

# UN APORTE JURÍDICO A LOS DEBATES SOBRE INSTITUCIONES Y DESARROLLO. APROXIMACIÓN DESDE PROBLEMÁTICAS COMPARTIDAS POR LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

**Carolina Fernández Blanco**

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication:

<http://hdl.handle.net/10803/482041>

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

Un aporte jurídico al debate sobre instituciones y desarrollo.  
Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América  
Latina

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO  
UNIVERSITAT DE GIRONA

2017





TESIS DOCTORAL

Un aporte jurídico al debate sobre instituciones y desarrollo.  
Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América  
Latina

CAROLINA FERNÁNDEZ BLANCO  
UNIVERSITAT DE GIRONA

2017

PROGRAMA DE DOCTORADO EN *DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA*  
Director: Jordi Ferrer Beltrán  
Tutor: Jordi Ferrer Beltrán

Memoria presentada para optar al título de *Doctora* por la Universitat de Girona



### ***Siglas y acrónimos***

Se presenta aquí una lista de siglas y acrónimos que aparecen en la investigación. Para facilitar la lectura al iniciar cada capítulo y utilizárselos nuevamente se reiterará en el texto a qué se refiere cada uno de ellos. El orden en el que se presentan es el aproximadamente el de aparición de éstos en el texto de la tesis.

Neo Institucionalismo Económico: **NIE**  
Desarrollo Humano: **DH**  
Objetivos de Desarrollo del Milenio: **ODM**  
Objetivos de Desarrollo Sustentable: **ODS**  
Estado de Derecho: **ED**  
Seguridad Jurídica: **SJ**  
Banco Mundial: **BM o WB**  
Fondo Monetario Internacional: **FMI**  
Ingreso Nacional Bruto: **INB**  
Producto Nacional Bruto: **PNB**  
Producto Interno Bruto: **PIB**  
Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: **PNUD**  
Comisión Económica para América Latina: **CEPAL**  
Organización para la Cooperación para el Desarrollo: **OCDE u OECD**  
Organización de las Naciones Unidas: **ONU**  
Industrialización por Sustitución de Importaciones: **ISI**  
Órdenes de Acceso Abierto: **OAA**  
Órdenes de Acceso Limitado: **OAL**  
North, Wallis, Webb y Weingast: **NWWW**  
Derechos Humanos: **DD.HH**  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos: **TEDH**  
Programas de Transferencias Condicionadas: **PTC**  
Ensayos Controlados Aleatorizados: **ECA**  
Berkowitz, Pistor y Richards: **BPR**  
Valor Esperado: **VE**

### ***Índice de cuadros y gráficos***

**Cuadro 1.** Deuda Externa Pública y Privada (porcentaje del PIB). Página 53.  
**Cuadro 2.** Instituciones informales: tipos y formas de interacción con las normas jurídicas. Página 223.  
**Cuadro 3.** Relaciones de competencia o contradicción entre normas formales prescriptivas e instituciones informales en T1 (eficacia). Página 249.  
**Cuadro 4.** Relaciones de competencia entre normas formales anti-directivas y permisos negativos e instituciones informales. Página 251.  
**Cuadro 5.** Demandas y Costes. Páginas 300.

**Gráfico 1.** Esquema de interacción entre hábitos convergentes, instituciones informales e instituciones formales. Página 239.  
**Gráfico 2.** Racionalidad Pragmática, Teleológica y control de los efectos. Página 378.  
**Gráfico 3.** Gráfico de Manuel Atienza. Página 411.



## **Agradecimientos**

A Jordi Ferrer porque confi6 en este tema de investigaci6n que presumo no es del todo convencional para la filosofa del derecho. Adem6s quiero agradecer su conducci6n como tutor y director, su lectura atenta de los avances de esta investigaci6n y su capacidad y generosidad para hacer que este grupo crezca y funcione de una manera excepcional. A Diego Papayannis con quien convers6 casi cada tramo de este trabajo y quien siempre, entre sus muy acertadas cr6ticas, se mostr6 entusiasmado con el avance del trabajo y me alent6 a explorar perspectivas que resultaban bastante ajenas a mi formaci6n anterior.

Quiero agradecer conjuntamente a todas las personas que mencionar6 a continuaci6n porque sin los debates, recomendaciones de bibliograf6a, sugerencias, correcciones y cr6ticas feroces nada de esto hubiese sido posible.

Ahora de manera particular agradezco a Carmen V6zquez, Marcela Chahuan, Sebasti6n Figueroa, Pedro Haddad, Jorge Sendra y Pablo Rapetti, los hist6ricos, los que estaban cuando yo llegu6 y me recibieron con los brazos abiertos (sepan los que ya no est6n por Girona que los echo mucho de menos). A los que pasaron m6s brevemente por aqu6 y dejaron su huella en mi trabajo y en mi experiencia en el doctorado, especialmente a Mat6as Parmigiani, Matija Zg6r, Francesco Ferraro, Marco Segatti y Natalia Castro. A los que est6n ahora y comparten conmigo este 6ltimo tramo aguant6ndome hasta el final, gracias a Lucila Fern6ndez Alle, Andrej Kristan, Jorge Baquerizo, Alex Vargas, Esteban Pereira, David Sierra y Piero Mattei.

Tambi6n a los que no son estrictamente del grupo pero que me ayudaron de muy diversas maneras: Melisa Castro, Natalia Wilson, Sebasti6n Ag6ero, Lorena Ram6rez, Victoria Inostroza, Lily Jones, Ilse Torres, Alejandro Calzetta, Manuel Vial y Maribel Narv6ez.

En el plano personal quiero reconocer la labor de "Petardo" que aunque no entienda de agradecimientos me acompa6 durmiendo bajo el escritorio de mi casa todos estos a6os mientras yo le6a y escrib6a. A mis padres y a Florencia, mi hermana, que desde el otro lado del Atl6ntico me brindaron siempre y como siempre su apoyo incondicional. A Nuri que cuid6 tantas tardes de mis hijos con mucho amor y dedicaci6n. Y por supuesto...a mis hijos, Dante y Clara, porque todo, absolutamente todo, adquiere sentido gracias a ellos. Espero haberles trasmitido lo feliz que me hizo escribir esta tesis y no haberles robado demasiado tiempo de jugar juntos y divertirnos. Finalmente, a Juli6n, mi gran compa6ero, con quien despu6s de tantos a6os juntos lo sigo pasando genial cada d6a y a quien con profundo amor dedico todo este esfuerzo, aunque no se pueda comparar al que 6l hace e hizo por m6 y nuestros hijos, especialmente en estos 6ltimos a6os. ¡Gracias!





### **Resumen**

La presente investigación parte de la constatación de que las actuales teorías que vinculan el desarrollo económico y humano con la presencia de determinado tipo de instituciones (entendidas éstas como “reglas del juego presentes en una sociedad”) no han tenido en consideración importantes aportes que el derecho y la teoría jurídica pueden realizar a sus estudios. Desde la perspectiva del derecho y la teoría jurídica, se sostiene que también podrían verse enriquecidos si incorporasen a sus análisis algunos elementos que provienen de otras ciencias sociales y de los estudios sobre instituciones y desarrollo, especialmente la idea de que las instituciones informales o normas sociales pueden ser, en oportunidades, disfuncionales a las normas jurídicas. Así la tesis central de este trabajo es que los estudios sobre instituciones y desarrollo deberían enfocar sus preocupaciones en cómo mejorar la eficacia, la efectividad y la eficiencia de las normas jurídicas sin descuidar tampoco el control de los “efectos” que las normas jurídicas pueden generar. Para ello se propone que sería necesario promover un enfoque racional de la actividad legislativa, conjuntamente con un modelo de aplicación de normas orientado a la eficacia y la evaluación de impacto de las medidas legislativas.

### **Resum**

Aquesta investigació parteix de la constatació que les actuals teories que vinculen el desenvolupament econòmic i humà amb la presència de determinat tipus d'institucions (enteses aquestes com "regles del joc presents en una societat") no han tingut en consideració importants aportacions que el dret i la teoria jurídica poden realitzar als seus estudis. Des de la perspectiva del dret i la teoria jurídica, se sosté que també es podrien veure enriquits si s'incorporessin als seus anàlisis, alguns elements que provenen d'altres ciències socials i dels estudis sobre institucions i desenvolupament, especialment la idea que les institucions informals o normes socials poden ser, en oportunitats, disfuncionals a les normes jurídiques. Així la tesi central d'aquest treball, és que els estudis sobre institucions i desenvolupament haurien d'enfocar les seves preocupacions en com millorar l'eficàcia, l'efectivitat i l'eficiència de les normes jurídiques sense descuidar tampoc el control dels "efectes" que les normes jurídiques poden generar. Per a això es proposa que caldria promoure un enfocament racional de l'activitat legislativa, conjuntament amb un model d'aplicació de normes orientat a l'eficàcia i l'avaluació d'impacte de les mesures legislatives.

### **Abstract**

This research has as starting point the observation that current theories that link economic and human development with the presence of certain type of institutions (understood as "rules of the game present in a society") have not taken into account important contributions that law and legal theory can make to their studies. From the perspective of law and legal theory, it is argued that they could also be enriched if they incorporate into their analysis some elements that come from other social sciences and studies on institutions and development, especially the idea that informal institutions or social norms may be in opportunities, dysfunctional to legal norms. Thus the central thesis of this work is that studies on institutions and development should focus their concerns on how to improve the efficacy, effectiveness and efficiency of legal norms without neglecting also the control of the "effects" that legal norms can generate. To this end, it is proposed that a rational approach to legislative activity should be promoted, jointly with a model of judicial enforcement of law aimed at promoting efficacy as well as the assessing of the impact of legislative measures.



## ÍNDICE

<b>Introducción</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo I</b>	<b>25</b>
<b>El desarrollo y su relación con el derecho. De la indiferencia por las instituciones a la centralidad del estado de derecho.</b>	<b>25</b>
<b>Primera parte. Breve historia de la breve historia del desarrollo y su relación con el derecho.</b>	<b>26</b>
1. <i>El desarrollo antes de ser Desarrollo.</i>	27
1.1. La relación entre las leyes y el progreso económico en algunos autores clásicos.	29
1.2. El periodo <i>entre guerras</i> y las primeras inquietudes por el desarrollo de las colonias.	32
2. <i>Posguerra y desarrollismo.</i>	34
2.1. El lugar del derecho y las instituciones en la teoría de la modernización.	37
3. <i>El estructuralismo latinoamericano y la escuela de la dependencia: el desarrollo en carne viva.</i>	42
3.1. El derecho en las escuelas heterodoxas latinoamericanas.	46
4. <i>Neoclasicismo, el regreso del mercado.</i>	49
4.1. Desregular, la principal tarea del derecho.	54
5. <i>Segunda generación de reformas: el Consenso de Washington y el renacer de las instituciones para el desarrollo.</i>	55
5.1. La limitada fidelidad de las reformas al planteo neo institucionalista.	58
<b>Segunda parte. El desarrollo en el siglo XXI. Las instituciones en el centro del debate.</b>	<b>60</b>
6. <i>El Neo Institucionalismo Económico.</i>	62
6.1. Instituciones, organizaciones y un primer acercamiento al proceso de cambio institucional.	64
6.2. Del modo en que las instituciones promueven el crecimiento económico: el camino desde la reducción de la incertidumbre a la generación de incentivos.	65
6.3. Percepciones, creencias, instituciones y cambio institucional.	69
6.4. La dependencia de la historia o del camino recorrido ( <i>path dependence</i> ).	70
6.5. La inestabilidad y las relaciones interpersonales: limitaciones para el cambio y el desarrollo económico.	71
6.6. Órdenes de acceso limitado y de acceso abierto.	73
6.7. Algunas reflexiones sobre el planteo del NIE y las instituciones.	76
7. <i>La revolución del desarrollo: el Desarrollo Humano.</i>	79
7.1. Libertades instrumentales y constitutivas.	82
7.2. Capacidades y realizaciones.	83
7.3. Desarrollo Humano, crecimiento económico e ingreso per cápita.	85
7.4. El mercado en el Desarrollo Humano: un espacio para el ejercicio de las libertades.	87
7.5. Amartya Sen y las instituciones.	88
8. <i>Puntos de encuentro y desencuentro entre el Desarrollo Humano y el NIE.</i>	99
9. <i>La posición "pro-ayuda internacional".</i>	101
10. <i>¿Qué subsiste en el Siglo XXI de los rasgos principales del desarrollo?.</i>	107
<b>Tercera Parte. Estado de derecho, seguridad jurídica y una introducción al problema de la (in)eficacia de las normas.</b>	<b>111</b>
11. <i>Estado de derecho y desarrollo.</i>	111
11.1. <i>Puntos de partida para el tratamiento del estado de derecho.</i>	114
12. <i>Estado de derecho: relaciones horizontales y verticales (y un adelanto de posición).</i>	119
13. <i>Perspectivas formales y sustantivas.</i>	125
13.1. Las versiones formales.	127
13.2. Enfoques sustantivos o materiales.	136

14. <i>Reconstrucción de los requisitos mínimos consensuados sobre ED y algunas de sus consecuencias.</i>	141
15. <i>Algunas consideraciones sobre los enfoques formales y sustantivos.</i>	143
15.1. El problema de la eficacia.	143
15.2. El énfasis en la actividad judicial y el poco interés en la actividad legislativa.	146
15.3. La necesidad de enfoques que comprendan todas las relaciones que estructura el ED.	149
16. <i>¿Y si la eficacia depende de la igualdad y la ausencia de pobreza?</i>	155
17. <i>Los programas de fortalecimiento del Estado de Derecho en América Latina.</i>	159
18. <i>La seguridad jurídica un camino que ensancha las promesas del ED.</i>	161
18.1. La seguridad jurídica como un estado de cosas.	163
18.2. La SJ como valor o norma- principio: una exigencia a los funcionarios del Estado.	164
18.3. Seguridad Jurídica y Desarrollo.	167
<b>Capítulo II</b>	<b>169</b>
<b>Instituciones, cambio institucional y Desarrollo: la compleja interrelación entre instituciones formales e informales.</b>	<b>169</b>
<b>Primera parte. La eficacia, efectividad, eficiencia y control de los efectos de las normas formales: una parte central de los enfoques institucionales para el desarrollo.</b>	<b>170</b>
1. <i>Algo más sobre normas formales y normas jurídicas.</i>	171
2. <i>Cuatro ejemplos de instituciones formales para el desarrollo y sus resultados.</i>	174
3. <i>Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas.</i>	179
3.1. Precisiones sobre la eficacia como mecanismo de evaluación de las instituciones que viabilizan políticas públicas.	183
3.2. Algunos problemas vinculados con la eficacia y la efectividad.	187
4. <i>Relaciones entre eficacia y efectividad.</i>	194
4.1. Normas altamente eficaces y efectivas (normas propiamente efectivas).	194
4.2. Normas altamente eficaces pero no efectivas.	195
4.3. Normas no eficaces pero efectivas (efectividad impropia).	198
4.4. Normas con baja o nula eficacia que no son efectivas.	200
5. <i>Las normas permisivas y las normas que otorgan potestades: importancia en el esquema de incentivos para el desarrollo.</i>	201
5.1. Las anti-directivas y la alternativa del “uso” de las opciones preferidas.	201
5.2. Consideraciones sobre la relevancia de las anti-directivas en los esquemas institucionalistas del desarrollo.	203
6. <i>La eficiencia de las medidas de desarrollo adoptadas a través de soluciones institucionales.</i>	206
7. <i>Efectos funcionales y disfuncionales de las normas y su vinculación con la efectividad.</i>	207
<b>Segunda Parte. Instituciones informales: una exploración de sus límites y sus interacciones con las normas formales</b>	<b>215</b>
8. <i>Las instituciones informales en las ciencias sociales y en la teoría del derecho.</i>	215
8.1. Los aportes que se pretenden realizar en esta parte del capítulo y una breve introducción.	216
9. <i>Dos grupos de instituciones informales y las posibles relaciones con las normas formales.</i>	218
10. <i>Buscando los límites de las instituciones informales. Un aporte a su tipología desde el derecho.</i>	223
10.1. Hábitos convergentes e instituciones informales.	223
10.2. Normas sociales y normas informales distinción de las normas morales y las normas jurídicas.	228
10.3. Surgimiento, existencia y desaparición de normas informales, normas sociales y normas formales.	229

10.4. Sanciones e incentivos.	233
10.5. Aplicación y exigibilidad.	236
10.6. Diferencias colectivas.	237
<i>11. Relaciones relevantes entre hábitos convergentes, instituciones informales, normas formales y efectos.</i>	238
11.1. Hábitos convergentes que se transforman en normas sociales y el camino de regreso (enfoque dinámico).	240
11.2. Instituciones formales que producen instituciones informales (enfoque dinámico).	242
11.3. Instituciones informales que incentivan la producción de normas formales (enfoque dinámico).	245
11.4. Instituciones informales que afectan a normas formales (enfoque estático).	246
11.5. Instituciones formales que afectan a instituciones informales (enfoque estático).	253
<i>12. Las normas formales en su laberinto.</i>	257
<b>Tercera Parte. Algunos debates sobre el cambio institucional eficaz y efectivo promovido mediante normas formales</b>	<b>259</b>
<i>13. Diversas perspectivas sobre el cambio institucional.</i>	262
<i>14. El mercado como agente del cambio institucional.</i>	266
14.1. Algunas consideraciones sobre la visión puramente mercantilista del cambio institucional.	268
<i>15. Los intentos de Douglass North por explicar el cambio institucional.</i>	270
15.1. Críticas a la propuesta de Douglass North y otros autores neo institucionalistas.	274
15.2. Las dificultades de la dependencia de la historia en su versión fuerte. Una posible versión matizada como alternativa.	276
15.3. Algunas diferencias en el enfoque del cambio institucional en Douglass North y Amartya Sen.	281
<i>16. La tesis de la congruencia como requisito del cambio institucional eficaz.</i>	283
16.1 Críticas a la tesis de la congruencia.	286
<i>17. La demanda como requisito del cambio institucional.</i>	295
17.1. La insuficiencia de la demanda como explicación del cambio institucional.	296
17.2. Consideraciones adicionales sobre la demanda, los costes y el poder relativo de los grupos.	299
<i>18. Un pequeño aporte al debate sobre cambio institucional.</i>	302
<b>Capítulo III</b>	<b>308</b>
<b>En busca de posibles soluciones a los problemas de las cuatro “E” (eficacia, efectividad, eficiencia y control de los efectos)</b>	<b>308</b>
<b>Primera Parte. La vinculación entre actividad legislativa y eficacia, efectividad, eficiencia y control de los efectos</b>	<b>313</b>
<i>1. Alternativas y estrategias legislativas para promover el cambio institucional.</i>	313
<i>2. Actividad legislativa racional para la eficacia, efectividad y eficiencia de las normas.</i>	320
2.1. Breve referencia al desencuentro histórico entre juristas y actividad legislativa. Los lugares de confluencia actuales.	320
<i>3. Una propuesta de aportes a un enfoque racional de la legislación.</i>	324
<i>4. Nivel de argumentación y racionalidad lingüística y comunicativa (Nr1).</i>	330
4.1. La racionalidad lingüística.	330
4.2. Objetivos, herramientas y posibles tensiones en Nr1.	331
4.3. Racionalidad comunicativa.	340
<i>5. Nivel de argumentación y racionalidad jurídico-formal (Nr2).</i>	341
<i>6. Nivel de argumentación y racionalidad Pragmática (eficacia) (Nr3).</i>	347
6.1. Diferencias y acuerdos con la propuesta de Atienza en Nr3.	348

6.2. Algunas ideas sobre la posible (si es posible) contribución a la mejora de la eficacia normativa desde la argumentación y la racionalidad legislativa.	355
6.3. La necesidad de generar una comprensión profunda de las normas.	360
7. <i>Nivel de argumentación y racionalidad teleológica (efectividad) (Nr4).</i>	376
7.1. Diferencias con Atienza en el nivel de racionalidad teleológica.	379
7.2. Exigencias adicionales de argumentación para los legisladores relacionadas con sus decisiones estratégicas (efectividad y eficiencia).	383
7.3. Breve recapitulación de la relación entre los efectos y la efectividad.	388
8. <i>Nivel de argumentación y racionalidad material (Nr5).</i>	389
8.1. La versión de la racionalidad ética en Atienza en 1997 y 2013.	390
8.2. La necesidad de argumentación (justificación) sobre aspectos sustantivos para la sanción, no sanción y la revisión de las normas.	391
8.3. La justificación necesaria para el dictado de normas, para el no dictado de normas y la revisión de la justificación de normas existentes.	395
8.4. La coherencia del sistema jurídico como aspecto relevante de la racionalidad material y como instrumento para la eficacia.	400
8.5. Breve excursus: ¿el desarrollo requiere de algún contenido concreto del derecho?	402
9. <i>El aspecto legislativo-procedimental y el valor epistémico de la deliberación.</i>	407
<b>Segunda parte. Condiciones de aplicación de las normas y evaluación de impacto: dos herramientas adicionales para la eficacia, la efectividad, la eficiencia y el control de los efectos</b>	<b>412</b>
10. <i>Las condiciones de aplicación de las instituciones formales y la eficacia normativa.</i>	412
10.1. Eficacia mediante la aplicación, disuasión individual y disuasión general.	416
10.2. La importancia del equilibrio entre la eficacia en la pre-adjudicación, la adjudicación y la post-adjudicación y las sanciones e incentivos.	419
10.3. Aplicación de las normas y estado de derecho.	425
10.4. Seguridad Jurídica y aplicación de las normas.	426
11. <i>La evaluación de impacto de las leyes.</i>	429
<b>Conclusiones</b>	<b>439</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>447</b>

## INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas las ciencias sociales retomaron su preocupación por las instituciones entendidas como “las reglas del juego presentes en una sociedad” (North 1995, 3) o como, el conjunto de reglas, normas y restricciones –escritas y no escritas— que gobiernan en la sociedad (Caballero y Arias 2013, 17). Estas “reglas del juego” relevantes se componen de normas o instituciones formales, de normas o instituciones informales y de las condiciones de aplicación de ambas (North 1991, 1995, 2005)<sup>1</sup>. Las instituciones informales también son *reglas del juego presentes en una sociedad*, pero a diferencia de las normas formales, no es posible identificar ningún órgano encargado de su producción y aplicación, sino que se generan por mecanismos difusos y se hacen valer también de una manera más dispersa, por medio de sanciones personales o sanciones a la reputación de quien las incumple (Carruthers 2012).

Este renacer de las instituciones tuvo, de la mano del Neo Institucionalismo Económico (NIE), un impacto especialmente importante en el pensamiento sobre desarrollo económico. Otras corrientes de pensamiento vinculadas al desarrollo, como el Desarrollo Humano (DH) también han otorgado un lugar relevante a las instituciones, aunque la centralidad de las instituciones no resulta tan “puro” en el planteo del DH por la multiplicidad de factores en que este enfoque sostiene su modelo.

La idea central que vincula a las instituciones con el desarrollo económico, en el caso del NIE y siguiendo a Douglass North, es la siguiente:

Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo (North 1995,3).

En definitiva, para el Neo Institucionalismo Económico, las instituciones cumplen un rol fundamental en la generación de incentivos para la inversión, la innovación y la reinversión, si este proceso ocurre entonces se genera crecimiento económico.

Para el DH y en palabras de Amartya Sen, el papel de las instituciones puede ser sintetizado del siguiente modo:

Los individuos viven y actúan en un mundo de instituciones. Nuestras

---

<sup>1</sup> Por el momento me referiré indistintamente a normas o instituciones informales y/o sociales, por un lado, y a normas, reglas o instituciones formales, por el otro. Más adelante, en el Capítulo II (segunda parte) se propondrá una distinción entre normas informales y normas sociales y ambas integrarán el conjunto al que North denomina instituciones informales.



oportunidades y perspectivas dependen sobre todo de las instituciones que existen y de cómo funcionan. Las instituciones no sólo contribuyen a aumentar nuestra libertad, sino que su papel puede evaluarse de manera razonable a la luz de su contribución a aumentarla. La concepción del desarrollo como libertad permite evaluar sistemáticamente las instituciones (Sen 2000a, 178)

No hay demasiadas controversias acerca de que las instituciones son relevantes para el desempeño económico y para el desarrollo humano aun cuando algunos autores les otorgan un rol secundario o subsidiario respecto a otros factores (especialmente Sachs 2001, 2003, 2014). Incluso aceptando como razonables posiciones que proponen que la ciencia y la técnica son los motores de la innovación y por lo tanto son primordiales para promover un desarrollo integral y sistémico (Bunge 2014), no hay modo de desatender a las reglas del juego en su función instrumental para la mejora de la ciencia y la técnica (¿acaso un alto grado de corrupción no puede arruinar las mejores políticas científicas?, ¿cómo lograr que sean efectivos los programas educativos científicos tempranos o los planes universitarios sino mediante instituciones bien diseñadas?). Los debates no se han presentado tanto respecto de la relevancia de las instituciones en el proceso de desarrollo económico o en la mejora de las capacidades humanas, sino que la dificultad con la que se han encontrado los planteos institucionalistas –puros o híbridos– ha sido la de cómo generar un cambio institucional real (no meramente formal) que promueva los incentivos adecuados o concrete la expansión de las capacidades humanas. Esta dificultad ha sido luego trasladada al ámbito del estado de derecho en donde la encrucijada se plantea sobre cómo fortalecerlo, y si es que ello es posible, en los países en vías de desarrollo<sup>2</sup>.

Esas dificultades –evidenciadas en la práctica, entre otras oportunidades, en los fracasos de los programas implementados en la última parte del llamado Consenso de Washington– han llevado a cuestionar la posibilidad de que el desarrollo pueda promoverse a través de cambios institucionales deliberados. Se ha distinguido entre un grupo de autores y actores del desarrollo que se han mantenido optimistas con relación a la posibilidad de promover cambios institucionales a través de la modificación de las instituciones formales, esto es, básicamente a través de la creación, modificación y

---

<sup>2</sup> A lo largo de la historia del desarrollo se ha denominado a los países considerados “no-desarrollados” de diversas maneras tales como países subdesarrollados, países del tercer mundo, países en vías de desarrollo y más recientemente países o economías emergentes. Otro modo de mencionar la diferencia de grado de desarrollo entre países es aludiendo a su posición en algún índice de medición del desarrollo. En este sentido el Banco Mundial (BM), por ejemplo, clasifica a los países por su Ingreso Nacional Bruto (INB) en países de ingreso bajo, ingreso mediano (que se subdivide en mediano bajo y mediano alto) o ingreso alto; por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), los clasifica de acuerdo al Índice de Desarrollo Humano (IDH) como países con desarrollo humano muy alto, alto, medio y bajo.

aplicación de normas jurídicas<sup>3</sup>; frente a otro grupo que es escéptico respecto de la posibilidad de promover deliberadamente cambios institucionales reales (ver sobre la distinción entre optimistas y escépticos Davis y Trebilcock 2008; ver otras razones de escepticismo en Seidman y Seidman 2008, 292-293)<sup>4</sup>. Incluso hay quienes expresan descreimiento acerca de que se pueda construir o fortalecer el estado de derecho en ciertos países en vías de desarrollo (Weingast 2012).

Uno de los puntos de partida de esta investigación es que el derecho y la teoría jurídica han sido desatendidas tanto por los optimistas –que han fracasado en la mayor parte de sus empresas de reforma institucional para el desarrollo–, como por los pesimistas, que por esa desatención, han subestimado la capacidad del derecho para que, bajo ciertas condiciones, sea un factor de cambio institucional con capacidad para promover el desarrollo.

Conceptualizadas las instituciones como las reglas del juego presentes en una sociedad, pareciera que el derecho y la teoría jurídica tienen mucho para aportar a los debates académicos y a los programas de desarrollo económico y humano. Sin embargo, en el mundo no-anglosajón, ningún campo jurídico y prácticamente ningún autor han demostrado mayor interés en el tema<sup>5</sup>, y han permanecido bastante ajenos a aquello que se discute así como también a las propuestas para fortalecer los mecanismos para la implementación de las medidas de políticas públicas orientadas a mejorar el desarrollo humano. Tampoco ha habido un gran interés por parte de las otras ciencias sociales en integrar a las discusiones a los juristas. Como resultado de este *cortocircuito* los debates sobre instituciones y desarrollo se han desarrollado en América Latina y el resto del mundo no anglo-sajón con muy poca o ninguna aportación desde el derecho y la teoría jurídica. Por su parte, en el mundo anglosajón –principalmente en EE.UU. y Canadá– en donde los juristas se han involucrado de algún modo en la cuestión, lo han realizado desde perspectivas jurídicas muy acotadas que, además, en general, no han podido liberarse totalmente de los modos de abordaje que propusieron los teóricos del llamado movimiento de “Derecho y Desarrollo” en las décadas de 1960 y 1970 (ver más adelante en esta introducción).

---

<sup>3</sup> Luego se verá que el concepto de instituciones formales abarca otros fenómenos normativos además de las normas jurídicas. Sin embargo, para la introducción del problema parece suficiente con asumir la identidad entre instituciones formales y normas jurídicas.

<sup>4</sup> Llamativamente Douglass North debe incluirse entre el grupo de escépticos. Se verá en diversas oportunidades a lo largo del trabajo que su visión del cambio institucional es, en algún sentido, poco dependiente de la agencia humana y como se ha señalado, si las instituciones no son maleables entonces no juegan ningún rol autónomo en la explicación del desarrollo económico y son simplemente un epifenómeno (Przeworski 2004, 166).

<sup>5</sup> Con excepción de Carlos Nino en su obra “Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino” (Nino 2005).

La falta de comunicación entre juristas y el mundo del desarrollo y el inexplicable desinterés recíproco, en definitiva, han privado tanto a los optimistas como a los escépticos de importantes aportes que desde el derecho y la teoría jurídica pueden realizarse a las discusiones sobre instituciones y desarrollo.

El mundo jurídico también ha obviado tener en consideración aportes de incuestionable valor que provienen de la literatura y de estudios empíricos sobre instituciones y desarrollo: especialmente resulta relevante incorporar al razonamiento jurídico la idea de que en el cambio institucional el derecho no es el único actor y que se trata, invariablemente y en todas las sociedades, de un sistema normativo que coexiste con otros conjuntos de normas con los que a veces tiene sinergias y en otras oportunidades –las más significativas por ser obstaculizadoras– se encuentra en tensión o competencia. En la literatura vinculada a la teoría jurídica, en general, las instituciones informales o reglas sociales son principalmente percibidas como una cuestión que no resulta un obstáculo para la eficacia o la efectividad de las normas jurídicas sino más bien todo lo contrario, pareciera que el conjunto normas informales constituye el tejido que permite al derecho ser reconocido como tal (Hart 1994) o ser eficaz (Postema 2012), algo similar aunque menos categórico parece surgir también en definitiva en Dworkin (Dworkin 1986). Sin descartar esta visión preponderante en el discurso jurídico pareciera que, sin embargo, resulta razonable atender a la idea de que hay normas informales o sociales que son disfuncionales a ciertas normas jurídicas o que las conductas que las normas sociales obligan o prohíben son contrarias a los objetivos por los que fueron sancionadas muchas normas jurídicas (pensemos, por ejemplo, en las arraigadas normas sociales que promueven la discriminación de las mujeres o la corrupción). De este modo, incorporar al razonamiento jurídico la idea de que las normas pueden ser eficaces (o no) y/o efectivas (o no), por razones normativas pero extra-jurídicas, como la competencia con las instituciones o normas informales, parece ser un camino importante para empezar a mantener un diálogo constructivo con el mundo del desarrollo.

La dificultad apuntada en el párrafo anterior respecto de gran parte de la literatura jurídica tiene su contracara en una visión opuesta en la literatura más frecuente sobre instituciones y desarrollo: en este campo encontramos una visión casi siempre unidireccional en donde el derecho es neutralizado por diversas instituciones informales, o explicaciones en las que la capacidad del derecho resulta insuficiente para poder vencer a las normas sociales disvaliosas<sup>6</sup>. De este modo, los análisis actuales más

---

<sup>6</sup> Esta forma de pensar sobre instituciones y desarrollo es probablemente reactiva a la que, en por lo menos dos periodos, mantuvieron los principales pensadores del desarrollo y que se vincula con un optimismo exagerado—que finalmente probó ser muy ingenuo— en que las reformas legales producirían cambios

reiterados sobre el tema no se detienen en el análisis del modo en que las instituciones formales pueden (o podrían) neutralizar o modificar instituciones informales disfuncionales o disvaliosas, y muy pocas veces abordan los modos en que se pueden formalizar provechosamente aquellas instituciones informales que son funcionales<sup>7</sup>. En segundo lugar, probablemente por la inercia de la focalización exclusiva en el impacto que las instituciones informales tienen en las formales, muchos autores han descuidado lo que Peter Evans y Ha- Joon Chang han denominado la capacidad *constitutiva* de las instituciones formales (Chang y Evans 2007). Esta capacidad constitutiva, de acuerdo con la interpretación del término que aquí se realiza, se proyecta en un doble sentido: como la capacidad de las instituciones formales para promover cambios en el estado de cosas y como un cierto grado de autonomía de las instituciones formales (o del derecho) de otras variables vinculadas a la historia, la cultura o el camino recorrido (lo que en términos generales se conoce como *path dependence*). Sin negar que las instituciones formales son siempre producto de un contexto temporal y espacial, se sostendrá que éstas pueden tener un mayor grado de autonomía que lo que muchas visiones institucionalistas están dispuestas a conceder.

Una de las hipótesis que entiendo resultará corroborada por la investigación es que la visión unilateral de cada uno de los grupos antes mencionados (juristas, por un lado y autores vinculados al mundo de las instituciones y el desarrollo, por el otro) impide, para unos, considerar al derecho como un instrumento útil y autónomo de otras circunstancias y, para los otros, resulta un obstáculo para aceptar que para que las normas formales puedan ser eficaces y efectivas es necesaria la consideración de factores extra-jurídicos en el diseño de las normas jurídicas.

Se sostendrá aquí que el derecho —si está diseñado correctamente— tiene la capacidad para generar situaciones sociales novedosas, es decir, para promover cambios sociales y/o económicos o ser el vehículo necesario para que ello ocurra. ¿Qué significa que el derecho o las normas formales puedan promover cambios sociales y/o económicos? ¿Y cuál es la diferencia con la segunda posibilidad antes mencionada?, es decir, ¿qué implica afirmar que el derecho puede ser el vehículo necesario para esos cambios sociales y/o económicos? En primer lugar, hay normas jurídicas de carácter general, que no tienen entre sus objetivos primarios influir en el desempeño económico

---

significativos por el solo hecho de entrar en vigor. El primer periodo al que se hace referencia podría ser ubicado aproximadamente entre 1955 y 1975 y es descrito con crudeza por David Trubek y Marc Galanter (Trubek y Galanter 1974); el segundo periodo se desarrolla ya bajo la influencia —mal interpretada y mal aplicada, a mi juicio— del Neo Institucionalismo Económico durante los años 90' especialmente en América Latina y África.

<sup>7</sup> Hay autores que se distinguen de esa generalización como Bicchieri (2006, 2017) o Aldashev, Imane y Platteau (2012).

sino que su principal finalidad es regular actividades y relaciones entre particulares, o entre particulares y el Estado, o dentro del Estado; y en esa estructuración de relaciones generan limitaciones e incentivos. Esas limitaciones e incentivos impactan en la actividad económica aun cuando ésta no sea su finalidad inmediata. Estas normas incluso pueden indirectamente generar una redistribución de recursos (tal es el caso del derecho de daños, las normas generales sobre contratos o las leyes sobre concursos y quiebras). Sobre este tipo de instituciones se construye principalmente la explicación que brinda el NIE sobre el lugar crucial de las instituciones en el desarrollo económico. En esta forma de influencia sobre el desarrollo, el derecho tiene un efecto de “mano invisible”. Un segundo grupo de normas con capacidad de influir en el desarrollo económico y muy especialmente con posibilidad de impactar en el desarrollo humano, se presenta cuando las normas vehiculizan políticas públicas destinadas concretamente a modificar el entorno social o económico. Aquí el derecho es un *instrumento* necesario para poner en marcha medidas económicas, sociales, referidas a la ciencia y la técnica o vinculadas con cuestiones ambientales y de muchos otros tipos, que tienen como principal objetivo modificar una situación que se considera injusta, inconveniente, disvaliosa, mejorable, etcétera. A este tipo de instituciones formales se dirige principal pero no únicamente la mirada del DH<sup>8</sup>.

El trabajo pretende transmitir un moderado, condicional y razonado optimismo en la capacidad del derecho (o las normas formales de los dos tipos mencionadas anteriormente) para producir cambios institucionales reales que conduzcan a mejoras en el desarrollo económico y humano. Este optimismo es *moderado* porque no afirma sin más que el derecho o los cambios institucionales formales sean capaces de resolver todas las situaciones que pueden obstaculizar el desarrollo económico o humano, pero sí muchas de ellas<sup>9</sup>. A su vez, es *condicional* porque exige que los cambios institucionales se realicen bajo unas condiciones que requieren la mejora técnica y una mayor racionalidad de los modelos de producción legislativa y que incorporen al razonamiento la inevitable interacción entre los mundos institucionales formales e informales. Finalmente es *razonado* porque no es un acto de fe o confianza sino que se darán fundamentos y ejemplos que respaldan esta visión medianamente positiva sobre las oportunidades de las normas formales de ser agentes del cambio institucional.

---

<sup>8</sup> Sería otra vez injusto sostener que el DH no percibe a las instituciones como generadoras de incentivos sino simplemente como mecanismos de intervención en los ámbitos sociales y/o económicos (por ejemplo ver en este sentido Sen 2004, 43).

<sup>9</sup> Como sostuvo Guillermo O'Donnell un golpe de estado difícilmente se detenga con un artículo de la Constitución (Przeworski 2004, 166).

La tesis se propone partir de un lugar diferente al del pensamiento promovido por los académicos norteamericanos del “Derecho y Desarrollo” y se asume para ello que el derecho y la teoría jurídica pueden realizar un aporte más significativo a los análisis de las relaciones entre instituciones y desarrollo que el que se ha aceptado hasta el momento. Las ideas centrales de este aporte pueden ser vistas como la labor de la construcción de puentes de diálogo entre el ámbito de las instituciones y el desarrollo, por un lado, y el derecho y la teoría jurídica, por el otro. Por supuesto que la ambición de reunión entre esos dos ámbitos es modesta y no tiene pretensión de satisfacer las necesidades completas de vinculación entre ellos.

El recorrido que seguiré puede ser presentado del siguiente modo.

El Capítulo I está dividido en tres partes. En la primera parte se realizará un breve recorrido por la historia del desarrollo comenzando desde antes de la aparición de esta disciplina como relativamente autónoma dentro del campo de la economía política (el pre-desarrollo) y abarcando su historia hasta el fin del siglo XX. En este recorrido se prestará especial atención a cómo las diversas escuelas de pensamiento y programas de implementación del desarrollo se vincularon con las instituciones en general y con el derecho en particular. En la segunda parte se presentarán las principales corrientes de pensamiento sobre desarrollo con influencia teórica y práctica en el Siglo XXI. Especial atención será otorgada a Neo Institucionalismo Económico y al Desarrollo Humano y a sus modelos institucionales. La última parte del primer capítulo estará destinada a presentar la vinculación entre desarrollo, los planteos institucionalistas y el estado de derecho; a revisar las principales corrientes de pensamiento jurídico sobre estado de derecho y a formular diversas críticas a las propuestas de construcción del concepto de estado de derecho que han obviado su preocupación por la eficacia de las normas. Asimismo se propondrá que la seguridad jurídica debería ser considerada también como un factor importante para la promoción del desarrollo económico y humano.

El Capítulo II se estructura también en tres partes. En la primera de ellas se introducirá un análisis normativo que puede entenderse como propio de la teoría del derecho y que permite explicar desde otra perspectiva qué significa jurídicamente que una institución diseñada para promover el desarrollo sea “exitosa” o “fracase”. Esto se traducirá en lo que considero es el principal problema de los fracasos de los planteos institucionalistas y que se vincula con la omisión de prestar una atención pormenorizada a lo que llamaré *los problemas de las cuatro “E”*: la eficacia, la efectividad, la eficiencia y el control de los efectos de las normas formales. La segunda parte de ese capítulo estará destinada a la identificación y descripción de los fenómenos normativos

informales (normas informales y normas sociales) y a reconocer los principales modos de interacción entre las normas formales y las instituciones informales. Esto es, los modos en que las instituciones informales pueden influenciar el éxito o, por el contrario, condenar al fracaso a las normas y/o a las políticas públicas tendientes a promover el desarrollo económico y humano. Para ello se realizará un análisis de cómo las instituciones informales pueden influir en la eficacia, efectividad o eficiencia de las medidas legislativas destinadas a promover el desarrollo. La última parte del capítulo se destinará a lo que parece ser la gran encrucijada de los planteos institucionalistas: ¿cómo y bajo qué condiciones se puede producir un cambio institucional real mediante la sanción, modificación o aplicación de las instituciones formales? Se recorrerán para ello diversas teorías del cambio institucional propuestas desde la economía y el derecho; todas ellas serán objeto de críticas pero también se extraerán los elementos e ideas que se consideran plausibles para explicar de un modo diferente cómo podría producirse el cambio institucional.

En el tercer y último capítulo se propondrán algunas ideas que dan cuenta de esas *condiciones* que, como se señalaba anteriormente en esta introducción, deberían estar presentes para sostener el moderado optimismo en la capacidad del derecho para vencer normas informales o sociales disfuncionales y/o coadyuvar a la promoción del desarrollo económico y humano. Es decir, se pretende realizar un modesto aporte concreto a la cuestión de cómo mejorar la eficacia y la efectividad de las normas formales así como a su eficiencia y control de sus efectos. En la primera parte del Capítulo III se presentarán ideas relativas a la íntima relación que se ha encontrado entre la actividad legislativa y lo que deberían ser algunas de las preocupaciones centrales de los enfoques institucionalistas del desarrollo. Se sostendrá que una aproximación más racional a la actividad legislativa que se nutra, entre otros, de elementos jurídicos, es esencial para conseguir la producción de normas formales con mejores perspectivas de eficacia, efectividad y eficiencia. Esta vinculación entre enfoques institucionalistas del desarrollo y producción legislativa ha sido un tema casi siempre descuidado en la literatura sobre la materia<sup>10</sup>. Luego, en la segunda parte del capítulo, se abordarán algunas cuestiones relativas a la vinculación entre eficacia y efectividad, por un lado, y las condiciones de aplicación de las instituciones formales, por el otro. Recordemos que las *condiciones de aplicación* son el tercer elemento, junto con las instituciones formales y las informales, que de acuerdo con D. North, estructuran el

---

<sup>10</sup> Claras excepciones a ello son Seidman, Seidman y Abeyesekere (2001); Seidman y Seidman (2008) y de modo más indirecto Berkowitz, Pistor y Richards (2003).

panorama institucional que finalmente allanará u obstaculizará el camino hacia el desarrollo económico. Finalmente, la última sección de este Capítulo III, se vincula con la evaluación o control de impacto de la eficacia y efectividad de las normas formales una vez que éstas ya están en vigor o cuando aún están en periodo de prueba o de implementación.

Presentada la hoja de ruta esencial, pasaré a continuación a exponer los más importantes puntos de partida para su lectura. Algunos de ellos son, además, razones de por qué se adoptaron determinadas decisiones a la hora de realizar esta investigación.

***La aproximación al concepto de desarrollo:*** tal vez resulte en principio sorprendente la decisión de no asumir un compromiso inicial y expreso con alguna de las teorías que exponen diferentes concepciones sobre el desarrollo. Esta decisión obedece a que los aportes que pretenden realizarse en este trabajo podrían ser útiles para diferentes teorías o posiciones sobre el desarrollo, especialmente para aquellas que consideran a las instituciones como un elemento relevante en sus explicaciones. Así, las ideas y debates que aquí se proponen pueden ser útiles tanto a las versiones del NIE como a quienes promueven una visión más amplia del desarrollo como el DH (o a enfoques todavía más integrales como el que propone Mario Bunge (2014)).

Lógicamente las cuestiones que se desarrollan en esta tesis no serán provechosas para todas las posiciones en todos los casos. Sin embargo, hay algunos puntos de contacto entre el NIE y el DH en los que ambas teorías podrían encontrar aportes en el mismo sentido. El crecimiento económico, por ejemplo, es considerado crucial tanto por el NIE como por el DH. Para los primeros, simplícidamente, puede entenderse que se trata, en definitiva, de uno de los principales objetivos del desarrollo. Mientras que para el DH se trata solo un medio para acceder a las libertades o capacidades constitutivas del desarrollo; sin embargo, es un medio de suma importancia ya que, según el propio Sen, los procesos liderados por el crecimiento económico son más ventajosos que los que se promueven por las políticas sociales únicamente pues son mayores las privaciones a las que es posible hacer frente si las rentas son elevadas (Sen 2000a, 68, 69)<sup>11</sup>. Por estas razones, como se verá a lo largo del trabajo, me referiré en muchas

---

<sup>11</sup> De manera algo injusta los críticos de Sen consideran que éste subestima el papel del crecimiento económico en el planteo del Desarrollo Humano. De acuerdo a mi entendimiento de la posición del Desarrollo Humano esa crítica no refleja realmente lo que esta posición promueve. El economista Paul Collier, por ejemplo, critica tácitamente a Sen cuando sostiene que “la tasa de crecimiento de los países más pobres ha sido negativa en términos absolutos y, en términos relativos, enormemente inferior a la del resto de los países en desarrollo. Hoy en día sin embargo de lo que se habla es de reducción de la pobreza y demás Objetivos de Desarrollo del Milenio, no de tasas de crecimiento. Muchas de las personas que se



oportunidades a “Desarrollo Económico” conjuntamente con las referencias al “Desarrollo Humano”. Por otra parte, la eficacia, efectividad y eficiencia de las instituciones (aun cuando las instituciones consideradas relevantes para una y otra teoría sean solo parcialmente coincidentes o unos las consideren medios y otros fines del desarrollo) es indiscutiblemente una cuestión que resulta significativa en ambos enfoques. Finalmente, el estado de derecho es considerado tanto por el NIE como por el DH como necesario para alcanzar los fines del desarrollo que ellos proponen.

Hay dos razones adicionales que me incentivaron a no descuidar la concepción del desarrollo que proponen tanto el NIE como el DH. El aporte del NIE al estudio de las instituciones es innegable. Estos aportes van desde la identificación de las instituciones como integradas por reglas formales, informales y sus condiciones de aplicación, o el modo en que se supone que éstas influyen en las perspectivas económicas, hasta el cuidado modelo con el que intentan explicar el cambio institucional. Si bien muchas de estas concepciones o explicaciones serán objeto de críticas en este trabajo, es indiscutible que se trata de importantes contribuciones a las discusiones. Por su parte, el DH propone un enfoque del desarrollo mucho más sugestivo, heterodoxo, integral y que parece, en definitiva, más afín con el modo en que concibo un modelo de sociedad razonablemente justa. Sin embargo, ese enfoque no se ha ocupado de dar respuesta de una manera medianamente sistemática a las cuestiones sobre cómo surgen las instituciones, compiten, triunfan unas sobre otras o se modifican. El enfoque del DH si bien admite la importancia central de las instituciones carece de suficientes explicaciones sobre ellas. Por ello, aun con las numerosas críticas que se expondrán al NIE, parece razonable aceptar, como punto de partida, su aproximación al concepto de instituciones y adaptar, cuando sea necesario, sus aportes al formato multi-institucional que propone el DH (ver Drèze y Sen 2002, 20).

***¿Por qué me alejo del campo o movimiento del Derecho y Desarrollo?:*** más arriba se adelantó una crítica a quienes continuaban pensando los problemas de la interrelación entre instituciones y desarrollo desde la perspectiva del llamado “Derecho y Desarrollo”. En el Capítulo I se expondrá brevemente de qué se trató este auto-denominado “movimiento”, cuáles fueron sus trabajos más relevantes, su desaparición y su reaparición. Aquí, por el momento, basta decir que, por lo general, los autores que escriben desde esa perspectiva continúan haciéndolo *desde* los países desarrollados

---

preocupan por el desarrollo se sienten más cómodas hablando de objetivos tales como escolarizar a las niñas que analizando el crecimiento...” (Collier 2009, 33).

*para* los países en vías de desarrollo, de algún modo reproduciendo la concepción tuitiva en la que se enmarcaron las principales corrientes del desarrollo durante el siglo pasado. Además, los campos jurídicos desde los que realizan sus análisis son limitados: algunas herramientas de sociología y antropología jurídica junto con alguna dosis de historia del derecho y derecho comparado son principalmente sus enfoques de trabajo. Me propongo en esta investigación, sin privar de importancia a esos campos de estudio, acercar otros que han sido, como ya dije, históricamente descuidados en los análisis que intentan vincular al derecho o a las instituciones con el desarrollo.

Finalmente, desde mediados de la década de 1970 y hasta la actualidad, quienes discuten desde esta perspectiva se han detenido largamente a revisar sus propias actividades pasadas, a formularse severas o indulgentes autocríticas y a revolver una y otra vez en la discusión sobre optimistas y escépticos que antes fue referida (ver entre muchos otros trabajos Trubek y Galanter 1974, Merryman 2000 y 2003, Trubek y Santos 2006, Tamanaha 2011, Trubek 2012 y 2014, Davis y Trebilcock 2008). Esto no implica, por cierto, que no pueda ser finalmente interesante para esos autores y funcionarios a cargo de diversos programas sobre “Derecho y Desarrollo” el incorporar una mirada jurídica más amplia y a la vez más profunda como la que aquí se propondrá.

**¿Por qué América Latina?:** los países de América Latina se encuentran aún entre los países considerados en *vías de desarrollo* y necesitan consolidar el crecimiento económico y mejorar aspectos esenciales del desarrollo humano.

Los países de la región no solo comparten la etiqueta y las características generales de los países emergentes sino que además tienen muchos problemas vinculados al desarrollo que son comunes entre ellos. En este sentido y solo por mencionar algunas cuestiones, los países latinoamericanos tienen similares problemas con respecto a la desigualdad en los ingresos entre los distintos quintiles de sus poblaciones; comparten altos índices de economía informal; de informalidad en la construcción y posesión de la vivienda y en la tenencia de tierras; ostentan el lamentable primer puesto mundial en violencia interpersonal; tienen similares tasas de crecimiento urbano; poseen, casi sin excepción, algún porcentaje de población perteneciente a pueblos originarios y serios problemas de desigualdad para con ellos; y por supuesto los países de América Latina, comparten importantes –aunque disímiles– niveles de pobreza e indigencia que continúan siendo, aún para las economías más aventajadas, más altos que lo deseable. El modo en que se ha producido el crecimiento económico en América Latina también responde a un patrón común. Se los ha reconocido como “episodios de crecimiento” sin

capacidad de perdurar en el tiempo. Evidencia reciente sobre el tema indica que las fluctuaciones de crecimiento a frecuencia de una década aproximadamente se encuentran en el centro de la historia del desarrollo económico de los países latinoamericanos (Gutiérrez 2007).

Las instituciones de América Latina también tienen algunos sellos indelebles que permiten realizar un análisis conjunto. Entre los más importantes el bajo grado de sujeción de los gobiernos y las poblaciones a los mandatos de la ley, es decir, una debilidad central en el respeto del estado de derecho. Una de las caras más preocupantes de esta situación son los altos niveles de corrupción que se presentan en la región. Especialmente los fenómenos de *petit* corrupción fuertemente presentes en casi toda América Latina<sup>12</sup> son un gran flagelo para las personas más pobres que deben pagar sobornos o someterse a otras formas ilegales de pérdida de la libertad (como comprometer su voto en las elecciones), para poder acceder a servicios básicos como seguridad, salud, educación o incluso para ser beneficiarios de los planes sociales proyectados justamente para combatir la pobreza. La pequeña corrupción actúa además como un distorsionador de muchas otras instituciones. Un simple ejemplo: si funcionarios de aduana corruptos permiten el ingreso de armas ilegales, la distribución de éstas entre personas vinculadas a delitos violentos aumentará la inseguridad, lo cual tendrá pocas posibilidades de ser neutralizado por las fuerzas de seguridad que, recibiendo sobornos de las personas vinculadas a esas actividades, harán caso omiso a sus obligaciones de investigar diligentemente (y el encadenamiento de sucesos puede seguir construyéndose). El ejemplo puede parecer trivial pero no lo es: estas situaciones de fragilidad institucional generan diversos problemas que tienen dos consecuencias negativas, (i) son en sí mismos factores que impiden el crecimiento económico y afectan el desarrollo humano<sup>13</sup> y (ii) son retro alimentadores de la fragilidad institucional que los promueve.

Otra razón que permite un tratamiento conjunto de los problemas compartidos por América Latina es que los países que la integran comparten la misma tradición jurídica.

---

<sup>12</sup> Excepciones dignas de mención podrían ser Chile, Uruguay y tal vez Costa Rica. La presencia extendida de la pequeña corrupción en el resto de los países de América Latina determina una enorme diferencia entre los problemas de corrupción en esa región y en otros países, como España o Italia, que también tienen altos índices de corrupción pero solo o principalmente se trata de problemas de *grand* corrupción.

<sup>13</sup> El Banco Mundial ha estimado que la reducción de la pobreza en los países severamente afectados por la violencia es, en promedio, cercana a un 1% más lenta que en otros países (Banco Mundial 2011, 60). Esa misma institución financiera ha estimado que si Haití y Jamaica lograran reducir el nivel de delitos violentos al de Costa Rica, crecería su PBI en un 5.4% anual: es decir, los costos de la violencia en estos dos países caribeños son equivalentes a los de una Guerra Civil (Banco Mundial 2011, 65). En términos generales el BM apreció que, en América Central, una reducción del 10% en el índice de homicidios generaría un incremento de un 1% anual en el ingreso per cápita (Banco Mundial 2011, 15).

El trasplante legal hacia América Latina que comenzó con las colonias españolas y portuguesas y en menor medida francesas, continuó luego de que los países de la región se independizaran, a través de una serie de trasplantes voluntarios. Casi todos los países latinoamericanos adoptaron sistemas legales fuertemente influenciados por la tradición legal francesa (Berkowitz, Pistor y Richard 2003; Garro 1993). Los países de esa región también comparten actualmente cierta similitud –aún cuando en este sentido las diferencias pueden ser mayores que en otros– en cuanto a su cultura jurídica (con cultura jurídica hago referencia a factores tales como cantidad de abogados por habitante, tipo de formación jurídica, grado de independencia del poder judicial, facilidades en el acceso a la justicia). Esto los diferencia enormemente de otros países o regiones también considerados en vías de desarrollo en los cuales la cultura jurídica es de menor dimensión o más desarticulada.

Por otra parte, la región ha optado generalmente por escoger metas del desarrollo que fueron compartidas por occidente. Como explica Filgueira:

Mientras el proceso de independencia en África, en la segunda mitad del siglo XX, y Asia ha optado por diferentes rutas de desarrollo, la peculiaridad de América Latina es que tempranamente hizo propias las metas de desarrollo occidentales (Filgueira 2009)

La afirmación anterior se comparte aún cuando merece destacarse que en algunas oportunidades los caminos escogidos para alcanzar esas metas del desarrollo occidentales han sido heterodoxos, por ejemplo, en el largo periodo de influencia de la escuela conocida como *estructuralismo latinoamericano* por el que todos los países de la región en algún momento atravesaron; en otras oportunidades, lamentablemente, esos caminos fueron impuestos desde afuera como en el caso de las condicionalidades exigidas durante el llamado Consenso de Washington.

América Latina en el siglo XXI tiene una preponderancia de democracias que –aun con sus particularidades y debilidades– pueden ser consideradas, en su mayoría, democracias liberales. Los viejos patrones de inestabilidad democrática y de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos parecen afortunadamente superados en la región y por eso es un momento adecuado para comenzar a pensar más allá e incorporar preocupaciones acerca de los problemas de desarrollo; estos sí continúan siendo una deuda.

La decisión de utilizar a los países de América Latina como canal para el análisis de la capacidad del derecho como conductor del desarrollo presume un desafío mayor que el que podría haber representado el escoger un único país para el análisis; sin embargo,

los aspectos comunes son suficientes como para –distinguiendo en los casos en que sea necesario– realizar un análisis conjunto. Esos aspectos comunes son lamentables contingencias que, entiendo, son en casi todos los casos superables e indudablemente mejorables. Comparto con Laporta que no hay nada “idiosincrático” en América Latina (Laporta 2015, 60), ni una excepcionalidad cultural inmodificable, ni un inevitable destino latinoamericano<sup>14</sup> que impidan que las condiciones institucionales y el estado de derecho mejoren sustancialmente en los países de la región.

Una última aclaración resulta pertinente: los debates, ideas y aportes que se pretenden realizar en este trabajo están pensados para ser razonablemente interesantes o útiles en periodos o condiciones de normalidad, no durante estados de excepción. En el mismo sentido, no creo poder hacer extensivas las principales ideas y conclusiones de esta tesis a los estados sumamente frágiles o fallidos. Afortunadamente la región, con algunas lamentables excepciones, vive actualmente más en condiciones de normalidad que de excepción y los casos de estados sumamente frágiles son muy pocos<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> No puedo evitar recordar aquí el “Poema Conjetural” de J.L. Borges (1943): “...Yo que anhelé ser otro, ser un hombre / de sentencias, de libros, de dictámenes / a cielo abierto yaceré entre ciénagas; / pero me endiosa el pecho inexplicable / un júbilo secreto. Al fin me encuentro / con mi destino sudamericano”

<sup>15</sup> Si bien no hay una definición unánimemente aceptada del término, un Estado fallido puede ser descrito como aquel en el que se presentan las siguientes características: la ruptura de la ley y el orden producida cuando las instituciones estatales pierden el monopolio del uso legítimo de la fuerza y se tornan incapaces de proteger a sus ciudadanos (o, peor aún, son utilizadas para oprimirlos y terrorizarlos); la escasa o nula capacidad para responder a las necesidades y deseos de sus ciudadanos, proveer servicios públicos básicos y asegurar las condiciones mínimas de bienestar y de funcionamiento de la actividad económica normal; en la arena internacional, la ausencia de una entidad creíble que representa al estado más allá de sus fronteras (Brinkerhoff 2005, 4). Paralelamente con el concepto de estados fallidos se construyó otra denominación para un fenómeno semejante: el concepto de estado frágil. De acuerdo con la OCDE la fragilidad de un Estado se define por la combinación de exposición al riesgo y la insuficiente capacidad del Estado, el sistema o la comunidad para manejar, absorber y/o mitigar esos riesgos (OCDE 2016). La organización *Fund For Peace* realiza anualmente un índice de Estados frágiles. En 2017 de los países de América Latina, Haití ocupa el puesto 11 de 178 y es posiblemente un caso de aquellos a los que las soluciones institucionales tal y como están presentadas en este trabajo no resultarían aplicables. Guatemala el siguiente país más comprometido con esta problemática se encuentra a una distancia considerable de Haití en el puesto 57. En el otro extremo el país con menor fragilidad es Uruguay en el lugar 157 (EE.UU ocupa el lugar 158) (Fund For Peace 2017).

## **CAPÍTULO I**

### **EL DESARROLLO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO. DE LA INDIFERENCIA POR LAS INSTITUCIONES A LA CENTRALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO.**

Este primer capítulo está dividido en tres partes. En la primera parte se propone realizar un recorrido por las principales escuelas que tuvieron influencia en el pensamiento del desarrollo económico desde antes de que esta disciplina tuviera la autonomía que adquirió durante la segunda mitad del siglo XX y hasta el fin de ese siglo. Al visitar cada corriente de pensamiento se prestará atención principalmente al modo en que cada una de ellas entendió al derecho y a las instituciones como herramientas para el logro de sus fines. La segunda parte estará destinada a presentar las corrientes de desarrollo más importantes que hoy, en lo que lleva recorrido el siglo XXI, son las que marcan el camino de esta disciplina. Junto con esa presentación se introducirán las principales cuestiones sobre la concepción de las instituciones que proponen tanto el Neo Institucionalismo Económico (NIE) como el Desarrollo Humano (DH) y que serán luego el un aspecto central de este trabajo. También integra la segunda parte una breve descripción de dos fenómenos que ocurren en el mundo del desarrollo y que sería desatinado obviar: los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y sus sucesores, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los ODM y los ODS, por razones vinculadas a su escaso interés acerca de los problemas institucionales serán de menor relevancia para la estructura general del trabajo. Finalmente, en la tercera parte del capítulo, se presentará la trascendente relación entre las visiones que consideran relevantes a las instituciones para el desarrollo y el estado de derecho (ED). En esa instancia se abordarán diversas perspectivas teóricas y se presentará la idea de que algunos de los principales problemas que presenta la región de América Latina en relación al estado de derecho no han sido abordados por la mayoría de los enfoques teóricos: el problema de la ineficacia de la ley. Si el diagnóstico sobre ineficacia de la ley y debilidad del estado de derecho es correcto, entonces las miradas interesadas en la vinculación entre instituciones y desarrollo deberían abordar seriamente el tratamiento de este problema.

## PRIMERA PARTE. BREVE HISTORIA DE LA BREVE HISTORIA DEL DESARROLLO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO.

En la corta historia del desarrollo como sub-disciplina de la economía, las escuelas y teorías que se sucedieron propusieron alguna *definición* de desarrollo (por ejemplo, en las escuelas predominantes en el Siglo XX esa definición se vinculaba principalmente con la consecución de un determinado nivel de ingreso per cápita); además de esa definición, las escuelas de desarrollo contemplaron —explícita o implícitamente— uno o más *objetivos* que consideraban debía promover el desarrollo (como la reducción de la pobreza, la promoción del consumo, la satisfacción de las necesidades básicas o la modernización de la sociedad); por otra parte, las diversas teorías se destacaron y diferenciaron especialmente por los *medios* que consideraron necesarios para lograr esos objetivos. Finalmente, las corrientes de pensamiento que han tenido algún grado de aceptación a nivel local o internacional, vieron traducidos sus planteos teóricos y los caminos propuestos para alcanzar sus objetivos, en un conjunto de *políticas públicas* con disímiles resultados. En síntesis, las distintas escuelas de desarrollo han propuesto una definición de desarrollo y unos objetivos que el desarrollo está llamado a cumplir; un conjunto de medios para promover el desarrollo y una traducción práctica de esos medios a través de una serie de políticas públicas.

En los siguientes subtítulos se recorrerán de manera superficial las más importantes corrientes de pensamiento sobre desarrollo y se identificarán los distintos elementos mencionados anteriormente respecto de cada escuela o posición teórica (concepto de desarrollo, objetivos, medios y políticas públicas para los casos en que las tuvieron). En este camino se prestará especial atención a la relación que las distintas posiciones atribuyeron al derecho y a las normas en general como promotoras del desarrollo. La identificación de las corrientes de pensamiento y su vinculación con el derecho será realizado de modo cronológico y con una focalización especial en lo sucedido en América Latina cuando sea relevante. Así el camino que se recorrerá será el siguiente: el desarrollo antes de ser desarrollo (pre-desarrollo) (puntos 1, 1.1 y 1.2); la transición del pre-desarrollo al desarrollo durante la pos-guerra y la llamada “escuela de la modernización” o “desarrollismo” (puntos 2, 2.1, 2.1.1 y 2.1.2); el estructuralismo latinoamericano y la escuela de la dependencia (puntos 3 y 3.1); el neoclasicismo en su primera versión (alrededor de la década de 1980) (puntos 4 y 4.1) y la segunda generación de reformas neoclásicas especialmente llevadas adelante durante la década de 1990 (puntos 5 y 5.1).

## 1. EL DESARROLLO ANTES DE SER DESARROLLO.

El desarrollo nació formalmente como sub-disciplina de la economía política luego de la segunda guerra mundial. Antes de ese momento si bien la palabra “desarrollo” aparecía ocasionalmente en textos de economía eran más frecuentes las referencias al “progreso económico” o “progreso material”. La breve recapitulación histórica que se presenta en los párrafos que siguen, tiene como principal propósito señalar diferencias entre el entendimiento del progreso material en el pre-desarrollo y los cambios que introdujo la “invención” del desarrollo a mediados del Siglo XX<sup>16</sup>. La pretensión no es aquí la de seguir sistemáticamente el camino recorrido desde los albores del capitalismo hasta la aparición del desarrollo sino mostrar ciertos rasgos que resultan interesantes para señalar en qué medida el desarrollo resultó una invención novedosa y en qué cuestiones se mantuvo el pensamiento vigente en los siglos anteriores.

En los inicios del capitalismo, entre el 1200 y el 1500 aproximadamente, el progreso económico era concebido como algo espontáneo en el cual el gobierno jugaba un rol muy marginal (Ardnt 1989, 13). Con la transición del feudalismo al estado-nación la promoción del progreso económico se tornó por vez primera un objetivo de las políticas de Estado para los gobernantes europeos. El surgimiento de este interés ha sido explicado muchas veces en la necesidad de aumentar los ingresos con objetivos militares (Rostow 1975, 105; Tilly 1985). Sin embargo, con el paso del tiempo la idea del bienestar económico de la nación superó a los objetivos meramente militares y se asumió que el incremento de la producción y del bienestar eran en sí mismos objetivos legítimos de la política estatal (Rostow 1975, 106). La búsqueda de progreso material, – identificada a partir de mediados de siglo XVIII con la modernización y la industrialización—recorrió en Europa variados caminos en los que el Estado tuvo una desigual influencia ( ver Gerschenkron 1962).

El progreso económico era visto en el pre-desarrollo como un objetivo endógeno de cada nación. La idea de que el progreso económico obedeció en muchos países a un “nacionalismo reactivo” (Rostow 1971, 24), describe con cierto grado de justeza lo ocurrido en Europa occidental, Japón y EE.UU. La política económica de los países avanzados en los territorios coloniales puede ser considerada una muestra interesante de esta concepción del progreso económico que se consideraba un objetivo únicamente hacia adentro de las fronteras.

---

<sup>16</sup> El Capítulo 4 del libro de Gilbert Rist *The History of Development. From Western Origins to Global Faith* se titula “The Invention of Development” y allí relata, con una fuerte dosis de ironía, el modo artificial en el que el desarrollo fue concebido (Rist 2008).



El propósito de obtener un beneficio económico fue la fuerza principal que movilizó a las naciones europeas a la aventura colonizadora. La expansión colonial tenía un indiscutible objetivo económico. Sin embargo, supuestos objetivos altruistas también acompañaron durante tres siglos y medio a los propósitos económicos. Las colonias también tuvieron su justificación en nombre de ciertos fines filantrópicos y políticos: la salvación de las almas en el Siglo XVI, la restauración de la ley y el orden en el Siglo XVIII y la bendición de la civilización occidental durante el siglo XIX y comienzos del XX (Ardnt 1989, 22).

De los objetivos declarados por los países expansionistas ninguno tuvo vinculación directa con el progreso económico en el ámbito de los territorios coloniales. Como señala con acierto Ardnt, es posible encontrar una genuina preocupación por parte de teóricos y administradores coloniales acerca del *bienestar* de las poblaciones en las colonias pero ninguna de estas preocupaciones se tradujo en inquietudes sobre procesos de desarrollo económico o progreso económico para las naciones coloniales (Ardnt 1989, 24).

Otra característica definitoria de la etapa pre-desarrollista fue la concepción del progreso material como algo inevitable, continuo y natural. Esta concepción, por lo general, estaba acompañada de un fuerte optimismo y el progreso material se equiparaba de manera automática a un mayor bienestar<sup>17</sup>.

La visión sobre la evolución natural del progreso material aparece claramente en la literatura sobre economía a partir de Adam Smith. En el texto fundante de la economía occidental moderna *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, Smith explica que la división del trabajo es la consecuencia gradual, necesaria aunque lenta, de una cierta propensión de la naturaleza humana a permutar, cambiar y negociar una cosa por otra, y a su vez, la división del trabajo es naturalmente precedida por la acumulación de capital (Smith (1775) 1958). A través de esta concatenación natural y fatal de sucesos se presenta el “progreso natural de la opulencia<sup>18</sup>” (Smith (1775) 1958).

Posteriormente otros economistas y sociólogos pre-desarrollistas compartieron esta visión del progreso económico como vinculado a la evolución natural de las cosas y lo inevitable de las etapas que debían sucederse para llegar a él, además, muchos

---

<sup>17</sup> Algunas excepciones al optimismo pueden encontrarse en Jean-Jacques Rousseau y en Thomas Malthus. El pensador francés señaló tempranamente al progreso económico como una causa de desigualdad entre los hombres (aunque compartía con sus contemporáneos la idea de que el progreso era natural e inevitable) (Rousseau (1755) 1923), mientras que el pesimismo de Malthus se vinculó con una lectura casi apocalíptica de la progresión geométrica del crecimiento poblacional y la capacidad de producción (principalmente de alimentos) (Malthus (1798) 1998).

<sup>18</sup> Smith titula al Capítulo I del libro tercero “Del progreso natural de la opulencia” (Smith (1775) 1958).

pensadores describieron ese camino de manera similar para todos los países aunque el mundo occidental hubiera recorrido ese camino antes y a otra velocidad<sup>19</sup>. Karl Marx y Frederick Engels, por ejemplo, aun en su lectura crítica acerca del capitalismo, describieron al progreso económico como un proceso compuesto por etapas que se iban superando y cada una resultaba insoslayable y precedía a la anterior de forma natural (Marx y Engels (1845) 1970)<sup>20</sup>. En el prólogo de la primera edición alemana de *El Capital*, Marx introdujo una frase que permite comprender la concepción imperante en el pre-desarrollo: “El país que es más desarrollado industrialmente solo muestra a los menos desarrollados la imagen de su propio futuro” (citado por Arndt 1981, 459).

La consideración del progreso económico (equiparable a lo que luego sería llamado “desarrollo económico”) como una sucesión de etapas generalmente inevitables ha marcado desde entonces a las principales ideas sobre esta materia. Ciertos rasgos de *evolucionismo social* subsistieron fuertemente durante el siglo XX en muchos economistas al pensar acerca del camino que deben recorrer las sociedades más atrasadas para equipararse a las más desarrolladas, actualmente esa tendencia se ha moderado<sup>21</sup>.

### **1.1. La relación entre las leyes y el progreso económico en algunos autores clásicos.**

El desarrollo económico y el derecho han tenido en muchas oportunidades caminos parcialmente compartidos. Mucho antes de que la sub-disciplina que hoy se conoce como *desarrollo* comenzara a gestarse, pensadores como Adam Smith, Max Weber o Jeremy Bentham habían señalado –con disimiles posiciones– la estrecha relación entre las normas y lo que entonces era llamado “progreso material” o “progreso económico”.

Es indudable que la idea sobre progreso económico estaba ligada centralmente en los pensadores clásicos a la acumulación de *capital físico*. Herramientas, máquinas,

---

<sup>19</sup> Max Weber podría considerarse una excepción respecto de la concepción del carácter universal del desarrollo del capitalismo. Weber brindaba una explicación de por qué el capitalismo había ocurrido únicamente en occidente (Weber (1923) 2001, Capítulo 22).

<sup>20</sup> De acuerdo con la descripción de Karl Marx, en principio todas las sociedades atravesaron un comunismo primitivo y después evolucionaron hacia la esclavitud, luego al feudalismo y posteriormente al capitalismo. Marx consideraba que el capitalismo contenía la semilla de su propia destrucción y la posterior etapa correspondería a los sistemas de economías socialistas (Marx y Engels (1845) 1970, 43 y ss.)

<sup>21</sup> Este evolucionismo no debe ser asociado automáticamente con el darwinismo ya que el rasgo central de la teoría de Charles Darwin no es el evolucionismo inevitable sino la *selección natural* que permite la supervivencia de las especies y así la evolución (esta distinción la realiza Rist (2008, 42)). En similar sentido, en uno de sus trabajos más recientes Douglass North distingue su modo de entender al evolucionismo social del que Darwin postulaba, explicando que el cambio económico se da a través de un proceso con características evolutivas pero, a diferencia de la descripción darwiniana, es la intención de los hombres y sus elecciones la que rigen este proceso (North 2005, viii).

edificios y otros bienes físicos constituían el *input* necesario para la producción y su presencia era lo que comúnmente explicaba el crecimiento a largo plazo (Cypher y Dietz 2010, 132). Sin embargo, algunos autores adicionalmente vincularon al derecho o las leyes con el progreso económico.

Adam Smith en sus *Lecciones de jurisprudencia* de 1762 comenzó definiendo *Jurisprudence* como la teoría de las normas por la cual los gobiernos civiles deberían ser dirigidos (Smith (1762) 1982, 5). La primer y principal función de los gobiernos regidos por las leyes debería ser la de mantener la justicia y ello significaba, de acuerdo con Smith, prevenir a los miembros de la sociedad de entrometerse en la propiedad de otros o apoderarse de lo que no les pertenece. Cuando este fin está asegurado entonces el gobierno puede dedicarse a promover la opulencia del estado (Smith (1762) 1982, 5). El texto de Smith no ha perdido prácticamente vigencia y la protección del derecho de propiedad continúa siendo hoy considerada por muchos la institución más significativa para la generación de incentivos que promueven el crecimiento económico.

Ningún autor del pre-desarrollo ha puesto el acento de manera tan aguda en la relación entre derecho y progreso económico como Jeremy Bentham. Dos de sus más interesantes contribuciones siguen siendo hoy objeto de debate: la relación entre derecho y seguridad como factor estimulante de la economía; y la relación entre las leyes y la propiedad. De acuerdo con Bentham el principal objeto de las leyes es el cuidado de la seguridad.

“...que es un bien inestimable y una marca distintiva de la civilización es producto enteramente del trabajo de las leyes. Sin leyes no hay seguridad; consecuentemente no hay riqueza, ni siquiera certeza de subsistencia. Y la única igualdad que puede existir en esa condición, es la igualdad de la miseria” (Bentham (1834) 2010, Cap. 5).

El derecho no le dice al hombre “trabaja y te recompensaré” en cambio le dice “Trabaja” y deteniendo la mano que te lo podría quitar “Yo te aseguraré el fruto de tu labor, lo cual es suficiente recompensa, que sin mí no podrías preservar” (Bentham (1834) 2010, Cap. 5). Observa Bentham que la industria es la que crea pero la ley es la que preserva (Bentham (1834) 2010, Cap. 5). La seguridad, se vincula con la salvaguardia de las expectativas hacia el futuro –expectativas que son propias de los hombres– y así con la generación de un estímulo. Las expectativas no sólo pertenecen al presente “Las expectativas unen nuestro presente con nuestro futuro, pasan por sobre nosotros hacia la generación que nos sigue” (Bentham (1834) 2010, Cap. 5).

Respecto al concepto de propiedad y de derechos de propiedad, se adelantaba a sus

contemporáneos el pensador inglés al sostener que:

...solo la ley ha logrado asegurar lo que todos los sentimientos naturales no son capaces de hacer: solo la ley ha sido capaz de crear una posesión completa y durable que merece el nombre de Propiedad (Bentham (1834) 2010, Cap. 5).

La propiedad no es natural, es enteramente una criatura de la ley. En tal sentido, la propiedad es la fundación de una expectativa (“la expectativa de derivar ciertas ventajas de la cosa que se dice ser poseída”) (Bentham (1834) 2010, Cap.8).

La seguridad consiste por lo tanto en asegurar que no haya conmoción o desarreglos sufridos por las expectativas que se encuentran fundadas en la ley y que consisten en el goce de una cierta cantidad de bienes. El legislador debe el mayor de los respetos a estas expectativas –a las que él mismo ha dado nacimiento–, y cuando no interfiere con ellas hace lo esencial para la felicidad de la sociedad; cuando la daña produce un mal proporcional a esa acción (Bentham (1834) 2010, Cap. 8).

El aporte de Max Weber en las primeras décadas del siglo XX es más amplio y delinea manera más sistemática la relación entre el derecho y el progreso económico (referido por Weber como *capitalismo*). La existencia de un sistema jurídico racional y calculable es uno de los presupuestos del capitalismo (Weber (1923) 2001). En Weber son más importantes para la promoción económica las funciones del derecho y su estructura que el contenido sustantivo de las leyes. En este sentido el sistema legal con capacidad de promover el capitalismo requiere la diferenciación entre el sistema legal, la administración política y la religión (lo que se denomina autonomía de la ley respecto de otras esferas de la sociedad); la presencia de leyes creadas por los hombres, forjadas a conciencia –en contraste con leyes recibidas por una tradición inmutable–; la aplicación consistente de la ley, esto es, la toma de decisiones legales con fundamento en reglas generales previamente emitidas (en contraste con normas emitidas *ad hoc*), y finalmente, la universalidad de la ley . Sólo un conjunto autónomo de leyes, diseñado a conciencia y con carácter universal podría ser suficientemente preciso como para ser influyente en el sistema de decisiones económicas (Trubek 1972, 727) .

La racionalización, sistematización y la posibilidad de calculabilidad del proceso legal constituyen las condiciones más importantes de un proyecto económico con intenciones de funcionar con estabilidad, y especialmente el proyecto del sistema capitalista no puede funcionar sin seguridad legal (Weber (1922) 1968, 883). Para Weber –del mismo modo que siglos después para el NIE y para Amartya Sen– el capitalismo requiere la ausencia de limitaciones irracionales en los mercados para proteger tanto la libertad del

mercado laboral como del de mercancías (Weber (1923) 2001, 161-164). Una de las más interesantes aproximaciones de Weber a la relación entre derecho y progreso económico resulta del análisis que realiza el pensador alemán acerca de la interdependencia entre el sistema legal, el sistema político y el progreso del capitalismo. El sistema legal racional, tal como fue descrito por él, ya existía en Europa –con excepción de Inglaterra– cuando la industrialización comenzó a florecer<sup>22</sup>. El sistema legal sólo facilitó su desarrollo. La cuestión que se debate desde entonces es si la situación inversa puede producir iguales resultados, es decir, si la reforma del sistema legal puede catalizar el crecimiento económico.

## **1.2. El periodo *entre guerras* y las primeras inquietudes por el desarrollo de las colonias.**

La historia de las colonias y el proceso de descolonización son relevantes en el camino escogido para reconstruir la historia del desarrollo y su relación con el derecho por diversos motivos: en primer lugar, como se explicó anteriormente, el tratamiento dado a las colonias es una muestra de la concepción endógena que se tenía del progreso material en el periodo previo a la invención del desarrollo; en segundo término, el modelo de los *mandatos* –que sucedió históricamente a las colonias– sentó las bases para la luego llamada *cooperación internacional para el desarrollo*; finalmente, por otros motivos, también resultarán relevantes ciertas huellas que se vinculan con la colonización y que repercuten en la forma de diseñar e implementar las instituciones en los llamados países sub-desarrollados.

En la invención del desarrollo, el Pacto de la Sociedad de las Naciones (contenido en el Tratado de Versalles) ha tenido un interesante papel ya que estableció de manera explícita y por primera vez, al progreso económico como un objetivo de políticas “hacia afuera” y marcó la transición del pre-desarrollo al desarrollo. Por otra parte, este tratado internacional fue uno de los primeros documentos jurídicos en donde el “bienestar y el desarrollo” se mencionaron de manera explícita y se convirtieron en objetivos de los países colonizadores (y otros que no lo eran) respecto de los territorios coloniales.

Dice la parte relevante del Pacto de la Sociedad de las Naciones<sup>23</sup>:

---

<sup>22</sup> Sobre el llamado *problema inglés* ver el detallado análisis de David Trubek (1972).

<sup>23</sup> El Tratado de Versalles se firmó en la ciudad del mismo nombre en Francia el 28 de Junio de 1919 y entró en vigor el 10 de enero de 1920. El 18 de abril de 1946 se disolvió la Sociedad de las Naciones y se extinguió la vigencia de este tratado.

Art. 22. 1. Los principios siguientes se aplican a las colonias y territorios que, a raíz de la guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aun incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno. El bienestar y desarrollo de esos pueblos constituye una misión sagrada de civilización, y conviene incluir en el presente pacto garantías para el cumplimiento de esta misión.

2. El mejor método para realizar prácticamente este principio consiste en confiar la tutela de esos pueblos a las naciones adelantadas que, gracias a sus recursos, su experiencia o su posición geográfica, están en mejores condiciones para asumir esta responsabilidad y que consienten en aceptarla. Ellas ejercerán esta tutela en calidad de mandatarios y en nombre de la sociedad.

La transformación de las colonias en *mandatos* tal y como fue acordada por la mayoría de las naciones independientes del mundo reunidas en la Sociedad de las Naciones (originalmente integrada por 42 países de los cuales 26 no eran europeos), contiene buena parte de la esencia de lo que fue luego el desarrollo. En primer lugar, se advierte un cambio significativo con el pre-desarrollo en tanto comienza a ser una preocupación de los países independientes el “bienestar y el desarrollo” de los países que pasaban de ser colonias a mandatos. Pero además la promoción del desarrollo en los países que pasaban a ser mandatos era, de acuerdo con este tratado, una “misión sagrada”, un objetivo aparentemente universal y un deber al que las naciones se comprometían a través de un tratado internacional.

Las características tutelares que el mandato heredaba de las colonias se conservarían también durante la era del desarrollo: en la década del 50 el conocimiento de los países desarrollados se intentó trasplantar a los países sub-desarrollados pues se consideraba que ese sería el camino hacia la modernización (Escobar 1988, 430)<sup>24</sup>.

Mientras tanto en EE.UU. un modelo económico nuevo y un también novedoso papel para el Estado norteamericano aparecían como el camino escogido para salir de la gran depresión. Bajo el influjo intelectual de John M. Keynes y la apuesta política del Presidente Roosevelt el llamado *New Deal* se ponía en marcha y el Estado abandonaba su rol clásico en la economía americana para pasar a tener uno mucho más activo e intervencionista. La idea de que el Estado, en ciertas circunstancias, podía ser la palanca para la promoción de la actividad económica, fue conservada en el

---

<sup>24</sup> A fines de la década del 1970 un escenario tutelar todavía más severo se impuso con la implementación de las llamadas *condicionalidades* y los países receptores de ayuda internacional debían compartir y hasta renunciar a sus poderes decisorios respecto de diversas cuestiones de política económica que hasta ese momento eran consideradas parte de la soberanía de las naciones independientes (Cypher and Dietz 2010, 573). Se volverá sobre la cuestión de las condicionalidades al analizar la etapa neo-clásica.

pensamiento de la escuela de la modernización.

## 2. POSGUERRA Y DESARROLLISMO.

En los momentos posteriores inmediatos a la II guerra mundial, la reconstrucción de Europa fue objetivo primordial de las naciones vencedoras y menos afectadas (principalmente EE.UU lideró exitosamente la reconstrucción a través del Plan Marshall y con el mismo objetivo se crearon en 1945 el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo –luego conocido como Banco Mundial–).

La preocupación por el desarrollo de los países pobres estuvo en un primer momento limitada al ámbito de la recién creada Organización de las Naciones Unidas (ONU) (Ardnt 1989, 49). Sin embargo, en pocos años, una vez cumplidos los objetivos de reconstrucción de la posguerra, la preocupación por el bienestar económico de los países más pobres comenzó a ganar terreno tanto en la producción intelectual como en la puesta en marcha de distintos programas de ayuda internacional por parte de los países desarrollados.

Las creaciones del economista Simón Kuznets, para dimensionar la actividad productiva de un país, el Producto Interno Bruto (PIB) y el Producto Nacional Bruto (PNB), marcaron un punto crucial en la historia del desarrollo: su aparición permitía *medir* el desarrollo de una manera rápida, estandarizada y universal<sup>25</sup>. Incluso con el tiempo el instrumento de medición se fagocitó al fenómeno que pretendía medir y durante varias décadas desarrollo y crecimiento del PIB o, en el mejor de los casos, desarrollo y PIB *per cápita*, se transformaron en una suerte de sinónimos.

La ruptura parcial con el pre-desarrollismo es especialmente notable en los siguientes aspectos: el progreso económico no sería a partir de ahora considerado como un objetivo de puertas adentro de las naciones; la lógica colonizador-colonizado, en cuanto a la extracción de recursos para las naciones adelantadas que ella suponía, quedaba excluida del discurso oficial del desarrollo. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, ciertos rasgos tuitivos presentes en las colonias y en los mandatos subsistirían en el discurso y la práctica del desarrollo por el resto del siglo XX y en menor medida también en el Siglo XXI.

El proceso de descolonización se inició de manera gradual pero sin discontinuidades

---

<sup>25</sup> Simón Kuznets sin embargo era escéptico de que su creación resultara una buena medida del bienestar de la población de un país y sostuvo ante el Congreso de los EE.UU que “*Es muy difícil deducir el bienestar de una nación a partir de su renta nacional per cápita*” (Kuznets 1934)

y esto permitió que la sub-disciplina naciente se expandiera rápidamente en los aspectos teóricos y comenzaran a implementarse también proyectos y programas para alcanzar los objetivos del desarrollo<sup>26</sup>. La Unión Soviética y el mundo desarrollado occidental (principalmente EE.UU) pulseaban por manipular el modelo económico de las naciones que se independizaban y una de las principales armas de esa guerra fría fue para los EE.UU. la ayuda económica y las promesas de desarrollo.

Desde entonces, la visión predominante del desarrollo puede ser presentada como un proceso promovido por un grupo de países desarrollados (generadores de políticas y financiamiento para el desarrollo) y recibido por los países sub-desarrollados (receptores del desarrollo). El desarrollo, hasta hace poco tiempo, fue escasamente pensado por los países desarrollados para ellos mismos o para sus poblaciones más desaventajadas<sup>27</sup>.

Desde su nacimiento –y hasta hace muy poco tiempo atrás– el desarrollo fue entendido como desarrollo *económico* y se lo vinculaba esencialmente con el proceso mediante el cual las economías eran transformadas y pasaban de tener una baja o nula relación entre crecimiento económico e ingreso per cápita a una relación en la cual se producía un aumento auto-sostenible y significativo del ingreso per cápita como característica permanente y a largo plazo (Adelman 1961,1). Esta concepción del desarrollo aún subsiste en muchas posiciones aunque generalmente se encuentra matizada con otros componentes.

Varios economistas dieron sustento teórico y práctico a la primera etapa del desarrollo. La corriente que ellos integraron se conoce como *desarrollismo* o *escuela de la modernización* y creció bajo la influencia teórica de John Maynard Keynes.

La predicción del desarrollo como una sucesión de etapas inevitables marcó –tal vez injustamente– la identidad de la escuela de la modernización. El historiador económico Walt W. Rostow, al igual que lo había hecho Marx tiempo antes, identificó las diversas etapas por las que las sociedades atravesarían en el camino hasta llegar a la etapa del consumo masivo (todos los países podían ser ubicados como transitando por alguna de

---

<sup>26</sup> El proceso de descolonización comenzó tímidamente antes del fin de la guerra cuando el Líbano se independizó de Francia (1943), en 1945 Corea se independizó de Japón, en 1946 Gran Bretaña concedió la independencia al actual Reino de Jordania (entonces Transjordania) y en 1947 la India y Pakistán (incluyendo el territorio actual de Bangladesh) adquirieron su independencia. En 1948 Gran Bretaña concedió la independencia al actual Sri Lanka y se fundó el Estado de Israel en los territorios palestinos hasta entonces bajo mandato conjunto de Gran Bretaña y la ONU; el resto de los territorios palestinos fue anexado en ese mismo año por los estados árabes de Egipto (Franja de Gaza) y Jordania (Cisjordania). Los miembros de la ONU crecieron rápidamente de 48 en 1948 a 100 en 1962. Solamente en África Subsahariana nacieron 23 nuevos estados entre 1960 y 1962 (Cfr. Peter Uvin, 2004, 12).

<sup>27</sup> Amartya Sen ha sido de los autores que más han insistido con la necesidad de que los países considerados desarrollados también piensen en los problemas de desarrollo que padecen (Sen 2000a, 21).



las siguientes categorías: la sociedad tradicional, la etapa de las pre-condiciones para el despegue, el despegue, el camino a la madurez y la era del consumo masivo) (Rostow 1959, 1-16). Lo que diferenciaba enormemente a esta descripción del crecimiento económico de las formuladas antes de la era desarrollista era la convicción de que resultaba posible *intervenir* para acelerar el proceso y pasar de una etapa a otra<sup>28</sup>. En eso consistía básicamente el desarrollo.

Como es posible apreciar la impronta de evolución social y con una única senda posible subsistió en el paso del pre-desarrollismo al desarrollismo. La descripción de Rostow, sin embargo, cayó rápidamente en desgracia por no ser un buen predictor de las etapas futuras en los países considerados subdesarrollados, sino una descripción histórica más o menos acertada de lo ocurrido en las naciones desarrolladas (principalmente en Europa occidental).

Las etapas descritas por Rostow no resultan sin embargo un buen *botón de muestra* para entender los medios propuestos por los desarrollistas para conseguir el crecimiento económico. En este aspecto resulta más interesante explorar también a autores como Paul Rosenstein-Rodan, Ragnar Nurske, Arthur Lewis o Albert Hirschman. El desarrollismo se integró con diversas corrientes pero las coincidencias, por lo general, fueron mayores que las diferencias. Todos los autores compartieron una visión sumamente optimista del proceso de desarrollo y asignaron al Estado un papel importante en la tarea de concretar ese objetivo. El papel del Estado como promotor de la actividad económica era alentado y en algunos casos se asumía que debía tener un rol necesariamente activo en el corto plazo. En el largo plazo las fuerzas del mercado serían suficientes como para reducir la función estatal a una meramente estabilizadora como en los países ya industrializados (Cypher y Dietz 2010, 141). También los caminos que conducían al desarrollo eran compartidos: la modernización de la sociedad generaría desarrollo y la modernización estaba personificada, en el aspecto productivo, por la industrialización.

Las diferencias dentro del primer grupo de teóricos del desarrollo se presentaron especialmente en los modelos a seguir para conseguir la industrialización (algunos pusieron el énfasis en las exportaciones, otros en la idea de un crecimiento equilibrado),

---

<sup>28</sup> Walt W. Rostow sostenía, por ejemplo, que con la ayuda de EE.UU para el año 1970 nueve países subdesarrollados pasarían el umbral necesario para ser economías con un crecimiento autosustentable. Estos países eran Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela, India Filipinas, Taiwán, Turquía y Grecia, también consideraba que posiblemente se encontraran en esta situación Egipto, Pakistán, Irán e Irak. La población de estas naciones, señalaba Rostow, incluye a mas del 80% del América Latina y a algo más de la mitad de la población de los países sub-desarrollados del Mundo Libre (Rostow, «Memo de Walt W. Rostow al Presidente J.F. Kennedy: "La idea de la década del desarrollo",» *Jfklibrary.org*, 1961, <http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-064-023.aspx> (visto el 22 de noviembre de 2013).. Con menos precisiones el argumento también se expone en Rostow (1960, 166).

mas no en la convicción de que la falta de industrialización era el primer obstáculo para el crecimiento.

El aspecto que resulta más interesante de la escuela de la modernización es el del papel del Estado. La naturaleza solamente no permitiría el salto a la modernización y los mecanismos del sector privado de los países subdesarrollados conducían a decisiones económicas sub-óptimas (Rosenstein-Rodan 1984). Por eso la participación del Estado en el proceso de desarrollo era esencial aunque debía ser moderada. Autores como Rosenstein-Rodan o Lewis consideraban que los mecanismos de mercado en soledad tampoco conducirían a la creación de las condiciones para el desarrollo auto-sustentable, debía existir un promotor, un planeamiento y una programación (generalmente a través de la inversión pública) y ese rol estaba reservado al Estado (Rosenstein-Rodan 1943). Sir Arthur Lewis y su visión sobre la mano de obra limitada como causa del subdesarrollo (Lewis 1954) también contribuyó a formar la idea de lo que más tarde se denominaría “Estados Desarrollistas”.

## **2.1. El lugar del derecho y las instituciones en la teoría de la modernización.**

Las ciencias sociales rápidamente se sintieron atraídas por la nueva sub-disciplina económica y vieron en ella un enorme potencial para resolver algunos de los problemas que eran preocupaciones centrales de sus campos de estudio. El derecho también sintió esa fascinación por el desarrollo aunque se incorporó a las discusiones un poco más tarde (a fines de la década del 50). A partir de este momento resulta conveniente distinguir entre dos cuestiones que suelen confundirse: por un lado debe prestarse especial atención al rol que las teorías del desarrollo otorgaron al derecho y el posible impacto de las reformas jurídicas en los resultados del desarrollo (lo que se revisará en el punto 2.1.1 siguiente); por otro lado, en esta década se conforma y adquiere una fuerza interesante el llamado movimiento de “Derecho y Desarrollo” –integrado principalmente por abogados y académicos del derecho norteamericanos—(punto 2.1.2).

### *2.1.1. El lugar del derecho en la teoría de la modernización.*

Los primeros pensadores del desarrollo no otorgaron al derecho un lugar fundamental en su desarrollo teórico. El derecho o las instituciones, no eran para los

modernizadores ni un problema ni una solución, sino un mero hecho o dato de la realidad.

Los primeros pasos del desarrollo enfrentaron tanto a los pensadores teóricos como a los encargados de llevar adelante los proyectos con una situación compleja: bajo la etiqueta de subdesarrollo había realidades muy diversas. Los países nuevos, recientemente descolonizados se encontraban en una etapa de desarrollo social, político y económico muy diferente a otras regiones. Los Estados recientemente independizados estaban en sus procesos fundacionales, las reglas vigentes eran parcialmente las heredadas de las colonias y parcialmente reglas religiosas o basadas en costumbres y carentes de los atributos generalmente compartidos por la legislación moderna. Por el contrario, otro grupo de los llamados países subdesarrollados, entre ellos los ubicados en América Latina, tenían tibios procesos de industrialización en marcha desde bastante antes de que se *inventara* el desarrollo, Estados nacionales ya conformados y sistemas jurídicos completos y modernos parcialmente trasplantados voluntariamente desde Europa occidental y EE.UU.<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> En el periodo colonial existió una unidad jurídico-cultural en América Latina por la aplicación del derecho indiano a los territorios de ultramar y ese derecho, luego de las declaraciones de independencia, comenzó a adquirir caracteres propios en cada país pero conservando fuerte influencia del derecho civil francés. Así un grupo de países trasplantó directamente el Código napoleónico (Haití y República Dominicana); los que se independizaron más tardíamente optaron por la adopción directa del Código Civil español de 1889, también fuertemente influido por el código napoleónico (Cuba, Puerto Rico); algunos países centroamericanos iniciaron su proceso de codificación civil a principios del Siglo XX y también hicieron suyos en buena medida los principales rasgos del Código Civil español de 1889 (Honduras y Panamá); un cuarto grupo, el más numeroso, reconoce inspiración en el Código Civil francés pero incorporó elementos propios. Especialmente importantes han sido los Códigos de Chile promovido por Andrés Bello y de Argentina apadrinado intelectualmente por Dalmasio Vélez Sarsfield. El código redactado por Andrés Bello fue adoptado por Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Colombia y El Salvador; por su parte el código Vélez Sarsfield tuvo fue adoptado textualmente por Paraguay. La República Oriental del Uruguay se inspiró en los códigos argentino, chileno y en un ante-proyecto brasileiro. Finalmente, es posible identificar un quinto grupo en el proceso de codificación que se produjo más tardíamente abandonando en gran medida la inspiración napoleónica: el Código Civil de Brasil (1917) y el Código Civil de México para el Distrito Federal (1928) que prontamente se extendería a los restantes estados de ese país. Es decir, para 1928 la totalidad de los países de la región tenían sus legislación civil desarrollada (Garro 1993 257-259; Berkowitz et al. 2003, 165-195.).

Con relación a la legislación comercial se verifica un proceso similar de identidad y trasplantes intrarregionales: durante un periodo breve posterior a las declaraciones de independencia se conservaron las legislaciones española y lusitana. Posteriormente la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1855 fueron influyentes en los procesos de codificación hasta que se dictaron los códigos comerciales de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867). Estos tres códigos con rasgos propios aportados por los codificadores locales se diseminaron como modelos rápidamente por el resto de la América hispanoparlante. En 1903 con la adopción por parte de Paraguay del Código de Comercio vigente en Argentina el proceso de codificación comercial estaba finalizado en América Latina (Garro 1993, 259-261).

Los procesos constitucionales –definitivos en la mayoría de los casos y provisionales en unos pocos– finalizaron en 1866 (Cuba). La influencia en estos procesos fue, a diferencia de la del derecho privado, primordialmente del derecho constitucional norteamericano, especialmente por la difusión de la obra de Alexis de Tocqueville *La Democracia en América del Norte* que había sido traducida al castellano de manera temprana (Garro 1993).

Respecto de los países en formación (ex colonias recientes), todo lo que la teoría económica de la época sostenía era que era necesaria la creación de *instituciones jurídicas adecuadas*. Respecto a este grupo de países subdesarrollados, la ley y el derecho no eran un problema y se consideraba que “suministros adecuados de este factor” emergerían ante la necesidad de contar con él (Trubek 1972b). Parafraseando el título del famoso artículo de Albert Lewis “Desarrollo Económico con oferta ilimitada de mano de obra” (Lewis 1954), explica Trubek, que la escuela de la modernización consideraba que el desarrollo se produciría con “oferta ilimitada de derecho” (Trubek 1972b, 3, 17). Los factores considerados puramente económicos eran aquellos cruciales para el desarrollo y las ciencias sociales en general y el derecho en particular, resultaban sólo instrumentales a las políticas económicas que promoverían el desarrollo. No se atribuía ningún potencial al derecho *per se* como motor del desarrollo: el derecho tenía un lugar instrumental y periférico en la promoción del desarrollo.

El Estado en el proyecto desarrollista ocupaba un lugar crítico, al menos hasta que las economías alcanzasen ciertos niveles de auto-sustentación. Sin embargo, el papel del Estado era de *facilitador o gestor* del desarrollo y en menor medida de *interventor* en la marcha de la economía. El papel de facilitador se llevaría a cabo mediante una fuerte orientación de la inversión pública hacia la infraestructura, mientras que la faceta de intervencionismo moderado se presentaría a través de algunas cuestiones que eran discutidas entonces –y se continúan discutiendo hoy–, tales como subsidios, direccionamiento de los créditos, políticas fiscales o políticas para asegurar la re-inversión. El importante papel reservado para el Estado en la primera etapa del desarrollo orientaba la necesidad de reformas jurídicas y de desarrollo legal primordialmente al derecho público mientras el derecho privado solo tenía una importancia estratégica residual.

Las actividades del Estado, tanto las de facilitación como las de moderada intervención, tenían necesariamente que estar enmarcadas normativamente y el diseño de esas normas se intentó en muchas oportunidades a través de los *trasplantes normativos* del derecho regulatorio vigente en los países ya desarrollados (Trubek y Santos 2006)<sup>30</sup>. La idea del trasplante normativo era consistente con el entendimiento del desarrollo económico como un proceso inevitable y de senda única: si todos los países recorrerían el mismo camino, las leyes exitosas en el mundo occidental

---

<sup>30</sup> Se entiende por trasplante normativo al traslado de una regla o sistema de reglas de un país a otro (Watson 1974). El tema había sido ya tratado con profundidad por Jeremy Bentham en *Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal law, Essay on the promulgation of laws, Capítulos III y IV* ((1834) 2010).

desarrollado debían serlo también en el tercer mundo. El trasplante de reglas o sistemas de reglas desde los países desarrollados hacia los receptores, ha sido una de las marcas de fuego del desarrollo desde sus primeros pasos y hasta nuestros días. En muchas oportunidades se ha señalado asimismo al trasplante normativo como la causa del fracaso de las instituciones promotoras del desarrollo.

### *2.1.2. El movimiento de Derecho y Desarrollo.*

El llamado movimiento de Derecho y Desarrollo se formó durante la etapa de efervescencia desarrollista y varias escuelas de derecho norteamericanas fueron sus principales ámbitos de trabajo. Fue tal vez el ala que voló más bajo del movimiento conocido como *Derecho y Sociedad*. El auto-denominado movimiento de Derecho y Desarrollo tuvo dos actividades principales en esta época: la de producción académica y la que dio respaldo a los programas legales que promoverían el desarrollo<sup>31</sup>.

En el plano intelectual, el movimiento del Derecho y Desarrollo no estaba aislado de lo que ocurría en el ámbito económico, y sus desarrollos intelectuales como los programas que promovían compartían parcialmente preocupaciones con la teoría de la modernización. Especialmente compartían una particular visión instrumental del derecho: en un sistema jurídico racional las normas eran valiosas por su capacidad conseguir objetivos concienzudamente escogidos (Galanter 1966). Sin embargo, desde el movimiento del Derecho y Desarrollo el derecho era considerado una herramienta poderosa –un factor imprescindible en la modernización y el cambio social– mientras que los economistas pensaban que el derecho sólo debía otorgar al desarrollo un marco legal y un mínimo de orden (Trubek 1972).

Pero desde el Derecho y el Desarrollo no se pudo llegar a un acuerdo interno sobre cuál era el papel preciso que podría jugar el derecho en la tarea del desarrollo económico (más allá de un acuerdo general sobre la capacidad general del derecho como agente del cambio social y la modernización en general)<sup>32</sup>. Un grupo de académicos promovía una visión similar a la weberiana y hacía hincapié en el sistema racional y el estado de derecho antes que en el contenido de la ley; mientras que otro sector de los miembros del movimiento de Derecho y Desarrollo, acentuaba el carácter de la finalidad o propósito de la ley (*purposiveness*) y su poderío (Trubek 1972, 5-6). De acuerdo a esta última perspectiva el desarrollo era concebido como una decisión

---

<sup>31</sup> Algunos de los principales trabajos académicos del movimiento de Derecho y Desarrollo son los siguientes: David Trubek (1972, 1972b,) Marc Galanter (1966).

<sup>32</sup> Como luego sí lo hizo el Neo Institucionalismo que asignó un papel crucial a las instituciones y así al derecho en la promoción del desarrollo económico.

voluntaria de transformación de la actividad económica y el Estado como el articulador de esa transformación (Trubek 1972, 6). Un derecho *moderno* sería el instrumento para conseguir que los objetivos del desarrollo se hicieran realizables. Así, cuanto más efectivas y penetrantes eran las normas diseñadas con el propósito de promover el desarrollo y encaminar los comportamientos, mayor la posibilidad de que ocurriera el crecimiento económico (Trubek 1972, 6).

Con relación a los *programas* de Derecho y Desarrollo, éstos se llevaron adelante de manera consistente con la idea de que el desarrollo no sólo implicaba movilizar recursos sino también conocimientos. Los primeros grandes programas de Derecho y Desarrollo se orientaron hacia la modernización de la profesión jurídica a través de la reforma de la educación legal. El objetivo de esos programas, al menos en América Latina que ya contaba con las bases del requerido derecho moderno, era que las nuevas generaciones de abogados adoptaran el modo de razonar utilizado en el derecho anglosajón, lo que, en teoría, contribuiría a generar las bases para un derecho con mejores capacidades para promover el desarrollo (Rodríguez Garavito 2000, 23). Entre 1960 y 1967 se implementaron programas de reforma de la educación jurídica varios países de América Latina, los más ambiciosos se llevaron adelante en Brasil, Chile y Colombia<sup>33</sup>.

Los programas de reforma de educación jurídica parecen actualmente algo ingenuos pero en su momento fueron, por un lado, resistidos por los profesores de América Latina y, por el otro, proclamados por los académicos norteamericanos como fundamentales para la modernización de las sociedades latinoamericanas. Estas reformas consistían principalmente en modificar la enseñanza tradicional para pasar de las clases magistrales a una forma más activa de participación de los alumnos (método socrático); en introducir el método de estudio del derecho a través de casos; y por último y especialmente importante para el desarrollo, los cambios proponían estimular dos aspectos afines al realismo jurídico norteamericano: la concepción del derecho como una herramienta para cambios sociales deliberados y la consiguiente necesidad de un ejercicio de la abogacía creativo, innovador y con interés en la resolución de problemas sociales (Rodríguez Garavito 2000, Gardner 1980). En definitiva, la tradición

---

<sup>33</sup> En Brasil el proyecto fue financiado por la USAID y la Fundación Ford y se llevó adelante desde un centro ajeno al ámbito universitario, según explica James Gardner, a raíz de la fría recepción de las propuestas de reformas en las facultades de derecho (Gardner, 1980). En Chile la situación fue diferente pues la invitación a formular una propuesta de reforma provino del entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile quien convocó a los miembros de la Fundación Ford para que evaluaran financiar un programa de reforma de la enseñanza del derecho. La propuesta fue aceptada por hallarse dentro del espíritu y los objetivos de la "Alianza para el Progreso" y se llevó adelante con modestos resultados (Merryman 2000, 481-499). Finalmente en Colombia, la Fundación Ford escogió en 1968 cinco facultades de derecho para realizar el programa de reforma de la educación jurídica (Gardner, 1980).

heredada de la cultura jurídica europeo-continental y el modelo universitario heredado de España, Francia y Portugal estaban en el corazón de lo que debía ser modificado. Más tarde, desde mediados de los años 90 se volvería a insistir, aunque desde otro ángulo, en las dificultades de la concepción del derecho en la tradición continental-europea para la promoción del desarrollo (La Porta, Lopez de Silanes y Shleifer 2008)<sup>34</sup>.

En los primeros años de la década del 70 los pensadores del Derecho y el Desarrollo comenzaron un proceso autocrítico severo que los llevó a reconsiderar muchas de sus posiciones: desde el etnocentrismo de sus postulados hasta la consideración de que los trasplantes jurídicos o metodológicos no producirían los efectos deseados. Las principales críticas se encuentran en el trabajo de Marc Galanter y David Trubek “*Scholars in Self-Estrangement: Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*” En ese trabajo Trubek y Galanter describen una exagerada ingenuidad en la asunción de que el modelo de “liberalismo legal” promovería las bases jurídicas para el desarrollo económico en cualquier rincón del planeta (Trubek y Galanter 1974, 1062).

El movimiento de Derecho y Desarrollo tuvo un *impasse* entre mediados de la década del 70 y principio de los 90 cuando con el surgimiento del NIE renació con una visión crítica pero muy activa.

### 3. EL ESTRUCTURALISMO LATINOAMERICANO Y LA ESCUELA DE LA DEPENDENCIA: EL DESARROLLO EN CARNE VIVA<sup>35</sup>.

El estructuralismo latinoamericano y la escuela de la dependencia (conocidas como las escuelas “heterodoxas latinoamericanas”) no pueden dejar de ser visitadas en un análisis de los problemas compartidos del desarrollo latinoamericano. Su gran influencia en las políticas de la región ha marcado a fuego las décadas de 1940 a 1980 y ha dejado fuertes huellas también para las décadas siguientes<sup>36</sup>. Además las dos teorías económicas (y la de la dependencia también podría considerarse como teoría *social*) han nacido y crecido dentro de la región con una visión que consideraba los problemas estructurales propios de América Latina. Con la llegada del nuevo siglo y luego de la poco alentadora experiencia neo-clásica en la región, el estructuralismo ha resurgido

---

<sup>34</sup> En rigor, el primer trabajo en este sentido es el de Max Weber quien de manera indirecta señaló cuestiones similares en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (Weber, (1797) 1991)). La ligazón entre la reforma protestante y desarrollo del *common law* se encuentra generalmente aceptada por la literatura sobre el tema (ver Berman 2003; y Fletcher y Shephard 2005).

<sup>35</sup> La frase “el desarrollo en carne viva” está tomada de la canción “Latinoamérica” de Calle 13.

<sup>36</sup> Las cuatro décadas habitualmente consideradas bajo la influencia de la heterodoxia latinoamericana no se han presentado durante el mismo periodo en los diferentes países y ningún país ha estado durante las cuatro décadas mencionadas bajo esa política de desarrollo.

(ahora denominado Neo Estructuralismo) con adaptaciones al mundo globalizado y correcciones de las dificultades demostradas por las experiencias pasadas en la región (Bielschowsky 2009, French-Davis 1988, Sunkel 1987).

El estructuralismo latinoamericano es una corriente que aunque asociada en muchos aspectos al desarrollismo o la modernización, presentó algunos modelos novedosos para el crecimiento y tuvo especial eco en las políticas públicas implementadas en la región. Muchos economistas latinoamericanos se alinearon rápidamente con el proyecto y encontraron en la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) el lugar donde desarrollar el proyecto estructuralista de manera integral combinando aspectos teóricos con capacidad de puesta en práctica<sup>37</sup>.

La teoría cepalina si bien continuó considerando al Estado como actor esencial del desarrollo y promovió la formación de “estados desarrollistas”, significó una ruptura frente a los enfoques evolucionistas como el de Rostow y los que lo precedieron. Para los estructuralistas el subdesarrollo (“condición periférica” en el lenguaje utilizado por esta escuela) no era una etapa previa al desarrollo a la que se podría llegar si se operaban los cambios necesarios sino un problema de sus *estructuras productivas* que se caracterizaban por su desarticulación y heterogeneidad. La superación de la “condición periférica” suponía una modalidad propia de introducir el progreso técnico, de distribuir el ingreso y de relacionarse con el resto del mundo (Bielschowsky 2009, 176).

Varios aspectos resultan interesantes para destacar sobre el estructuralismo: además de la ya mencionada ruptura con el evolucionismo social, por primera y casi por única vez el camino para llegar al desarrollo no era el que habían recorrido anteriormente los países del primer mundo; por otra parte, el estructuralismo consideraba que había finalizado el crecimiento promovido desde afuera (a través de las exportaciones) y que era necesario fomentar un crecimiento desde y hacia adentro.

La teoría estructuralista es muy rica y mucho más compleja que las políticas que se llevaron adelante para ponerla en marcha, sin embargo ha pasado a la historia principalmente por dos cuestiones: la política implementada en casi todos los países de América Latina, conocida como Industrialización por Sustitución de Importaciones (ISI) y el desarrollo teórico de la tesis Prebisch-Singer (o P-S)<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Entre otros, Raúl Prebisch (Argentina), Aldo Ferrer (Argentina), Celso Furtado (Brasil), José Medina Echavarría (España-México), Juan Noyola Vázquez (México), Víctor Urquidí (México), Jorge Ahumada (Chile), Anibal Pinto (Chile) y Osvaldo Sunkel (Chile).

<sup>38</sup> La teoría Prebisch-Singer postula que existe una tendencia al deterioro de los términos de intercambio entre el centro y la periferia debido a la inelasticidad de la demanda de productos primarios: en la medida que crece el ingreso mundial, la proporción de la demanda de bienes primarios tiende a declinar o a mantenerse constante, mientras que las importaciones industriales muestran un comportamiento elástico (a mayor ingreso mayor demanda) y por ello sus precios tienden a aumentar frente al aumento del



El origen de la política de las ISI se atribuye a Raúl Prebisch quien observó que dada la división internacional del trabajo, los países centrales producían bienes manufacturados que eran exportados a la periferia y las economías periféricas producían productos primarios para exportar a los países centrales, el mayor beneficio del comercio internacional era para los países centrales y nunca para los periféricos; de este modo la periferia debería producir cada vez más productos primarios para poder importar la misma cantidad de productos manufacturados (Cypher y Dietz 2010, 172).

A partir del postulado teórico reseñado en el párrafo anterior, desde la CEPAL se promovió fuertemente la industrialización mediante sustitución de importaciones y casi todos los países de América Latina, algunos con gobiernos democráticos y otros bajo gobiernos surgidos de golpes de estado, llevaron adelante en mayor o menor medida el modelo de la ISI<sup>39</sup>. En su implementación los países comenzarían a manufacturar en una primer etapa productos simples, consumibles (no duraderos) que hasta el momento eran importados (Cypher y Dietz 2010, 173). Pero el modelo de las ISI sin atenuantes era potencialmente generador de ineficiencias y castigaba desmedidamente al agro y al mercado exportador, por ello desde finales de la década del cincuenta, la CEPAL pasó a defender un modelo mixto que combinaba la sustitución de importaciones con la promoción de nuevas exportaciones, especialmente de origen industrial (Ocampo 2001, 27). Con el tiempo la CEPAL se volvió crecientemente pro-exportadora, aunque enemiga de un desmantelamiento abrupto de las estructuras de protección (Ocampo 2001, 27).

El modelo de las ISI, aunque tuvo consecuencias a largo plazo que resultaron en la generación de instituciones formales e informales sumamente disfuncionales, durante las décadas del 50 y 60 permitió un acelerado crecimiento económico y podría decirse que fue exitoso. Aun cuando la política de las ISI se implementó en casi toda la región,

---

ingreso. Estas diferencias de precios relativos entre los productos primarios y los industrializados, y el comportamiento de la demanda reforzaba la idea de la necesidad de una industrialización sustitutiva de importaciones. La teoría de P-S hasta fines del siglo XX había sido prácticamente indiscutida pero a raíz de la escasez de ciertos productos primarios –como el petróleo crudo–, la degradación ambiental y la apertura repentina de enormes mercados emergentes, la inelasticidad de los precios de los productos primarios no ha probado ser una ley económica indiscutible.

<sup>39</sup> Son generalmente asociados con las políticas de ISI los siguientes gobiernos latinoamericanos: Gustavo Díaz Ordaz (México, 1964-1970); la última presidencia de Getulio Vargas (Brasil, 1950-1954); Juscelino Kubitschek (Brasil, 1956-1961); primera y segunda presidencia de Juan Domingo Perón (Argentina 1946-1952 y 1952-1955); Arturo Frondizi (Argentina, 1958-1962); Salvador Allende (Chile, 1970-1973); Juan Velazco Alvarado (Perú, 1968-1975); Segundo Consejo Nacional de Gobierno (Uruguay, 1963-1967); Mario Echandi (Costa Rica, 1958-1962); Francisco Orlich (1962-1966). En Colombia y Ecuador la política de ISI se aplicó de forma tardía y menos intensamente (Filgueira 2009, 71). Los mencionados gobiernos no fueron los únicos que aplicaron la política de las ISI pero sí fueron los que lo hicieron de manera más consistente y de forma expresamente alineada con ese esquema.

la evolución de los países fue diferente: Brasil y México, por ejemplo, lograron aumentar su producción industrial en una proporción de diez veces la que tenían antes de este modelo; por el contrario, países con industrialización más temprana como Chile y Argentina solo triplicaron su producción industrial (Halperín Donghi et al. 2002, 356). En términos de crecimiento económico a corto y mediano plazo el modelo fue exitoso: entre 1950 y 1981 el PIB total de América Latina creció a una tasa anual del 5,3%. Además se desarrollaron industrias livianas, en muchos países el modelo contribuyó a propiciar la transición de una economía fundamentalmente rural a una más diversificada y nuevos servicios financieros y no financieros fueron demandados y ofertados. En esas décadas se llevó adelante la llamada “fase sencilla” del modelo de la ISI pero al acabar esa etapa se presentaron los problemas: las industrias livianas habían sido sustituidas pero la producción de bienes de capital así como la industria pesada seguían dependiendo de las economías centrales y no se había superado la necesidad de importar los bienes de capital. El crecimiento se estancó, la inflación creció y el déficit fiscal se tornó crecientemente inmanejable (Filgueira 2009, 35). Como una bomba de tiempo, a partir de 1982, la estructura de las ISI mostró todas sus desgracias: enormes desigualdades en la distribución de los beneficios del crecimiento económico entre clases sociales, entre población urbana y población rural, entre distintas regiones del mismo país y entre los diversos países de América Latina (Halperín Donghi et al 2002, 323).

Los problemas presentados en la puesta en práctica de la ISI llevaron a un replanteo significativo de la teoría estructuralista y de esta autocrítica surgió la que probablemente haya sido la más ambiciosa teoría social nacida en América Latina: la teoría de la dependencia. Si bien las ideas *dependentistas* fueron mucho más heterogéneas que las de los estructuralistas, las ideas centrales se encuentran plasmadas por Enrique Cardoso y Enzo Faletto en *Desarrollo y Dependencia en América Latina* (Cardoso y Faletto (1969) 1977) y desde una posición decididamente marxista en el artículo de Andre Gunder Frank “El desarrollo del subdesarrollo” (Gunder Frank 1967).

Para el objetivo de este trabajo los aportes más interesantes de la escuela de la dependencia son, por un lado, el abandono de una visión puramente económica en el análisis de las relaciones centro-periferia con la introducción de una perspectiva *integrada* del desarrollo que consideró tanto los aspectos económicos (estructurales) cuanto los aspectos sociológicos. Según Cardoso y Faletto en la visión integrada del desarrollo,

“Se trata [...] de buscar una perspectiva que permita vincular concretamente los componentes económicos y los sociales del desarrollo en el análisis de la actuación de los grupos sociales, no sólo de yuxtaponerlos. Ello supone que el análisis sobrepase el aporte de lo que suele llamarse enfoque estructural, reintegrándolo en una interpretación hecha en términos de “proceso histórico” (Cardoso y Faletto (1969) 1977, 10).

El segundo aporte relevante para este estudio de la teoría de la dependencia, es la introducción de la *cuestión colonial* como un hecho relevante para el análisis del desarrollo (Cardoso y Faletto (1969) 1977, Gunder Frank 1967). Para el dependentismo el paso de los países latinoamericanos por el periodo colonial marcaría necesariamente un camino diferente para el desarrollo que el de los países centrales. La importancia de la dependencia del camino recorrido o el peso de la historia (*path dependence*) ha sido retomada en estudios posteriores sobre desarrollo y desde hace algunos años ocupa un lugar central en las explicaciones sobre por qué subsisten ciertas dificultades para promover instituciones inclusivas y promotoras del desarrollo (Acemoglu et al 2000, 2001, 2003, 2005 y Acemoglu y Robinson 2012, North 2009).

El dependentismo tuvo menor incidencia en la elaboración de políticas públicas que sus antecesores, los estructuralistas. La política de las ISI tuvo una gran aceptación en América Latina y se aplicó con matices y modalidades propias durante las casi cuatro décadas anteriormente mencionadas<sup>40</sup>.

### **3.1.El derecho en las escuelas heterodoxas latinoamericanas.**

Los economistas heterodoxos latinoamericanos, al igual que los que integraron la escuela de la modernización, no consideraron al derecho *per se* entre los factores centrales para el desarrollo, sin embargo, paradójicamente, a través del carácter altamente instrumental que le atribuyeron hicieron de él una de las herramientas más importantes de sus políticas.

Durante las casi cuatro décadas con las que se puede identificar a las doctrinas heterodoxas como influyentes en las políticas latinoamericanas (1940-1980) el rol activo del Estado generó un fuerte desarrollo del derecho público y un escaso avance del derecho privado. Incluso el derecho público hizo uso –se *apropió*– del derecho privado para promover la actividad propia del Estado y no para vigorizar la actividad privada

---

<sup>40</sup> Chile ha sido el país que menos exposición tuvo a las ISI (1970-1973). Sin embargo, el país andino tenía un nivel de industrialización extraordinario –si se lo compara con el resto de la región– cuando el modelo de las ISI comenzó a ocupar el lugar central de la política de desarrollo regional (Halperín Donghi et al 2002, 306)

(por ejemplo, adoptó los modelos de sociedades comerciales para las empresas públicas como en el caso de la Sociedad Anónima del Estado). También ocurrió lo contrario, el derecho privado comenzó a adquirir ribetes más propios del derecho público. El surgimiento y difusión de cantidad de *empresas públicas* y la práctica de las nacionalizaciones generó que numerosas materias y leyes mercantiles se entremezclaran con leyes administrativas (por ejemplo, en México se dictaron la Ley Federal de Instituciones de Crédito y organismos Auxiliares, la Ley Federal de Turismo, la Ley de Instituciones de Seguro, entre otras (Nava Negrete 1965, 122)). En síntesis, los límites entre derecho privado y derecho público comenzaron a diluirse y un derecho mixto comenzó a gestarse bajo el nombre de *Derecho económico o Derecho económico del Estado* (Nava Negrete 1965, 120).

El derecho económico del Estado rompió con ciertas notas tradicionalmente liberales de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos: las normas adquirieron mayor flexibilidad y adaptabilidad a las necesidades cambiantes de los sistemas económicos en términos tanto de formación, interpretación como de aplicación; se presentaron con mayor fluidez y movilidad; elasticidad conceptual y hetero-integrado (la completitud de las normas muchas veces se lograba a través de elementos ajenos a ellas mismas); se aceptaba la aplicación de las normas de derecho económico a finalidades múltiples y en muchos casos diferentes a las que correspondían a su objeto formal; eran inestables y estaban dispersas en el ordenamiento jurídico; sus procedimientos eran flexibles al igual que sus sanciones (White 1976, 59 y ss.). En definitiva, como sostiene White, la seguridad jurídica estaba asociada a un modelo liberal pero también conservador que era necesario desterrar (White 1976, 59). Bajo el abrigo del naciente derecho económico fue posible para los Estados desarrollistas en su versión estructuralista llevar adelante dos de las actividades económicas principales del modelo ISI: la actividad reguladora y la empresaria.

La alteración de contratos entre particulares, la nacionalización de empresas y la expropiación con fines de utilidad pública afectaron de manera significativa la seguridad vinculada al derecho de propiedad durante la etapa del modelo ISI y son en buena medida un antecedente histórico de la hoy arraigada débil protección del derecho de propiedad en la región. En la versión latinoamericana del desarrollismo, la participación del Estado en la economía a través de la actividad regulatoria, no se produjo de la forma en la que lo hicieron, por ejemplo, los estados de bienestar europeos sino de una forma más explícita, global y con propósito de influenciar directamente la estructura productiva y participar en la planificación económica, y no simplemente de coordinar las

relaciones intersectoriales y asegurar condiciones de bienestar a la población.

El Estado empresario requirió que algunas constituciones políticas de América Latina fueran modificadas, en otras ocasiones se dictaron leyes marco que permitían el desempeño del Estado en su función de reestructuración económica<sup>41</sup>. El sector empresario del Estado pasó a ser de tal magnitud que las empresas se agruparon formando *holdings* (como la Corporación de Empresas estatales de la Argentina). El control de los monopolios fue –paradójicamente al alto nivel de control de la economía en general– muy pobre. Las leyes antimonopólicas vigentes en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México –copiadas principalmente de EE.UU.–tuvieron una escasa capacidad para dar respuesta al fenómeno. Señala White que sumada a esa ineficacia de la ley se produjeron en la etapa de las ISI situaciones típicamente monopólicas en las que predominaron situaciones dominantes y barreras a la competencia con propósitos proteccionistas o de fomento de la industria (White 1976).

Algunos de los problemas generados por las políticas de la ISI promovieron, de acuerdo al análisis realizado por Guillermo O'Donnell, que las naciones más ricas del cono sur de América Latina cayeran luego bajo regímenes autoritarios a partir de la década del sesenta y una nueva modalidad de poder político se consolidó a partir de esos golpes de estado a los que O'Donnell denominó *regímenes burocrático-autoritarios* (O'Donnell 1997). Con la llegada de estos regímenes burocráticos-autoritarios la ruptura con el modelo de las ISI sin embargo no se produjo, por el contrario, el modelo, con otras características añadidas, continuó profundizándose hasta la llegada de los regímenes alineados con el neoliberalismo (O'Donnell 1997).

El análisis de O'Donnell puede ser completado con la hipótesis de que el sistema jurídico construido durante el desarrollismo (tanto en el modelo heterodoxo del estructuralismo cuanto en el más ortodoxo del desarrollismo) permitió que los regímenes burocrático-autoritarios se consolidaran fácilmente. El carácter primordialmente instrumental otorgado al derecho permitió la construcción de un derecho *para* el Estado, dependiente de las necesidades del aparato estatal para su

---

<sup>41</sup> Por ejemplo, en Venezuela se sancionó una reforma constitucional en la que se estableció a la industria básica pesada como a cargo del Estado (art. 97); en Perú se puso en marcha un plan de adquisición gradual por parte del Estado de toda la industria básica; en México se reglamentó el art. 27 de la Constitución de 1917 para otorgar al Estado la explotación de diversos recursos (las leyes reglamentarias son de los años 1958 en materia de petróleo, de 1961 respecto de los recursos minerales y de 1973 en relación con las inversiones extranjeras); en Argentina la reforma constitucional de 1949 estableció la función social de la propiedad (art.38), dispuso que el capital estaba al servicio de la economía nacional y que su principal objeto era el bienestar social (art. 39) y el Estado se reservó el derecho de intervenir en la economía y monopolizar determinadas actividades, y se adjudicó exclusividad en el manejo de las importaciones y exportaciones (art. 40).

desarrollo y alejado de la visión liberal del derecho como límite al poder estatal. En el modelo de la ISI la preocupación genuina por el desarrollo se realizó en desmedro de muchos derechos individuales (no así de los derechos sociales que tuvieron en muchos países de la región en aquellos tiempos una importante consideración).

Los regímenes militares que comenzaron en América Latina en la década del 70 continuaron con las tendencias señaladas acerca del derecho económico del Estado. Las regulaciones crecieron desmedidamente aun cuando los objetivos económicos de los gobiernos dictatoriales fueron diversos. El desembarco del neoclasicismo entre mediados de los años 70 y fines de los 80 se enfrentó con un problema especialmente grave para esa perspectiva: el desbalanceo entre el desarrollo del derecho público y del mixto derecho económico del Estado frente a un descuidado e invadido derecho privado.

#### 4. NEOCLASICISMO, EL REGRESO DEL MERCADO.

Cuando todavía los *dependentistas* y los *estructuralistas* disputaban su lugar en la CEPAL, en la Universidad de Chicago, en el Instituto tecnológico Autónomo de México (ItAM) y en la Universidad Católica de Chile un nuevo tipo de ortodoxia comenzaba a tomar forma: el pensamiento económico neoclásico (Filgueira 2009, 36). La teoría de la dependencia promulgaba la intervención del Estado en la economía y la destrucción de las elites agrarias, mientras que el pensamiento neoclásico vio a las políticas de las ISI como un freno para el desarrollo de América Latina porque castigaba justamente al sector que tenía la mayor ventaja comparativa, el agro (Filgueira 2009, 35). Chile, a partir de 1973, se convirtió en el primer laboratorio del mundo para la aplicación de la economía neoclásica (Filgueira 2009, 36)<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> A esta etapa se la denomina frecuentemente *neoliberalismo*. No llamaré así a la etapa por las razones que siguen: el término neoliberalismo presume la existencia de un régimen liberal con alguna modificación o renovación (señalada por el prefijo “neo”). Sin embargo, se lo ha utilizado para hacer referencia a regímenes –como el de Alberto Fujimori en Perú o el de Augusto Pinochet en Chile– que mantuvieron poco o nada de las ideas que generalmente se asocian al *liberalismo*. En este sentido, si bien la referencia al liberalismo no convoca a conjunto cerrado de dogmas o ideas, ni a una doctrina emanada de un autor único, es posible identificar un núcleo duro de ideas asociadas a él que han evolucionado a lo largo de los siglos: el liberalismo del siglo XVIII comparte unos rasgos mínimos pero fundamentales con el liberalismo que, según se entiende en este texto, promueven en el Siglo XXI pensadores como Amartya Sen. Dentro de esos rasgos compartidos por el liberalismo, muy burdamente y sin pretender una completa enunciación, pueden mencionarse la oposición a los absolutismos (herencia del liberalismo de la ilustración); la separación entre religión y Estado (tal como promovían los liberales del siglo XIX); la existencia de libertad para llevar adelante el plan de vida escogido (lo que incluye pero excede con creces a la libertad de realizar cierta actividad económica o escoger un camino determinado para subsistir); el respeto por el estado de derecho y la imposición de límites al Estado en beneficio de la preservación de las libertades individuales y los derechos políticos de las personas. Finalmente, la invención de los derechos humanos en el Siglo XX es tal vez el esfuerzo más significativo por otorgar carácter jurídico y universal a gran parte de las ideas que se encuentran en el centro de las preocupaciones del liberalismo.

El fuerte desembarco de la ortodoxia neoclásica en América Latina puede relacionarse con la confluencia temporal de los siguientes factores:

a) La mayor parte de los países latinoamericanos ingresó en la década del 80 con importantes deudas externas producto no sólo de las políticas de ISI que generaron desequilibrios en la balanza de pagos, sino también por la desmedida recepción de préstamos del exterior. Los préstamos fueron efectuados sin demasiado control por parte de las entidades crediticias y aplicados mayormente al consumo en los países receptores<sup>43</sup>. En 1982 México suspendió el servicio de su deuda externa.

b) En ese año se sumó una fuerte crisis internacional que perjudicó a los países exportadores de materias primas lo que acentuó más todavía el desequilibrio en las economías exportadoras de productos primarios, como continuaban siendo las latinoamericanas a pesar de los varios años de intentos de industrialización.

c) Los principales referentes políticos a nivel mundial dieron un giro hacia políticas neoclásicas. Los mandatarios Ronald Reagan y Margaret Thatcher coincidieron en promover la economía de mercado y mover al Estado del papel que había tenido desde 1930.

d) La política del Banco Mundial había sido durante la década del 70 la de promover el desarrollo a través de la *satisfacción de las necesidades básicas*, lo que implicaba entender el subdesarrollo como un problema vinculado principalmente a la escasez de recursos. Esta visión de la superación del subdesarrollo como la satisfacción de las *necesidades básicas* originó que el BM realizara muchos préstamos a los países de América Latina durante las presidencias de Robert McNamara en la entidad crediticia internacional. Los países de América Latina también estaban endeudados con el Banco Mundial aunque en menor medida que con los bancos privados extranjeros (Cfr. Fernández Blanco 2013, 61-62).

Hacia el final de su segunda presidencia en el BM, McNamara comenzó a imponer fuertes *condicionalidades* frente a los préstamos que efectuaba el Banco. Así los países debían ceder algún tipo de capacidad de dirección de sus economías para poder recibir nuevos préstamos o financiar los anteriormente percibidos. Esto afianzó y profundizó la modalidad de las condicionalidades que marcaría la política económica durante la etapa del Consenso de Washington<sup>44</sup>. Ante las enormes deudas externas y el desequilibrio de

---

<sup>43</sup> Para un desarrollo completo de las causas de la llamada "crisis de la deuda" ver Halperín Donghi et al (2000, 342 y ss.)

<sup>44</sup> "Consenso de Washington" es como John Williamson denominó a la etapa que se describe en esta sección en un artículo en el que relataba los puntos básicos de acuerdo entre el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Casa Blanca, el Congreso de EE.UU. y los principales bancos estadounidenses (Williamson 1990). El término "Consenso de Washington" ha sido muy difundido y se lo utiliza en general

las balanzas de los países de América Latina, el FMI comenzó a realizar grandes préstamos a los países de la región y a imponer –adoptando la modalidad del BM– condicionalidades para los países receptores. Del mismo modo el BM para refinar las deudas o realizar nuevos préstamos también imponía condiciones.

A través de las condicionalidades comenzó una etapa de desarrollo conducido desde *afuera* y las más importantes instituciones financieras internacionales dejaron de financiar *proyectos* para comenzar a financiar *políticas* (Stiglitz 2008, 49). Es decir, los préstamos del BM y del FMI ya no se destinaron a los clásicos proyectos de infraestructura (por parte del BM) o a cubrir las necesidades de desequilibrios macroeconómicos pasajeros (en el caso del FMI) sino a financiar las políticas que, a su vez, eran la condición para la refinanciación de deuda o extensión de nuevos préstamos. El intento de regreso a la economía pura de mercado y el apartamiento del Estado como conductor de la economía implicaron fuertes cambios respecto de los anteriores períodos desarrollistas

Durante la etapa neoclásica se consideraron más costosos y por ello merecedores de mayor atención los fracasos en el mercado o en la gobernabilidad que las distorsiones que sólo afectaban la asignación estática de recursos (Rodrik 2006, 976). El concepto de desarrollo seguía siendo el construido por las primeras versiones del desarrollismo: un crecimiento económico que acompasara o superara el crecimiento poblacional de forma tal que la renta *per cápita* creciera. Sin embargo los caminos para conseguirlo habían variado drásticamente. Ahora el mercado era el gran actor y el camino para promover el desarrollo y los objetivos del desarrollo. Con un mercado sano la preocupación distributiva no sería central ya que el efecto derrame de una economía competitiva, comparado muchas veces con la suba de la marea, haría que todos los botes salieran a flote (Stiglitz 2008, 47) .

Las recetas para generar un mercado sano, sin embargo, se presentaron de un modo ingenuo y con un listado inflexible de metas que todos los países debían conseguir siguiendo los mismos caminos (recetas “de un solo talle”). En la visión de los promotores del Consenso de Washington el mercado –una vez erradicadas las barreras creadas por los propios Estados– funcionaría con precisión en cualquier economía, las externalidades no eran consideradas *a priori* como una cuestión a tener en

---

para denominar las políticas del periodo desde una perspectiva crítica (aun cuando el autor no lo haya acuñado con esa intención). En este trabajo se utilizará el término *neoclasicismo* para hacer referencia a esta etapa y eventualmente se la denominará también Consenso de Washington, cuando se haga referencia al conjunto de políticas que se intentaron difundir desde los organismos con mayor capacidad de influencia en la marcha del desarrollo de América Latina.



consideración como tampoco lo fueron los problemas estructurales (pobreza, desigualdad, altos índices de informalidad en la economía, etc.) y particulares de las economías. La etapa neoclásica se valió de los siguientes instrumentos para reordenar los mercados y poner en marcha el crecimiento económico:

- **Disminución del déficit fiscal.**
- **Disminución y racionalización del gasto público** (especialmente los subsidios se veían como una erogación que generaba interferencias en el mercado, financiaba emprendimientos ruinosos del Estado y desincentivaba la competencia) (Williamson 1990)<sup>45</sup>.
- **Fijación de las tasas de interés por el mercado.**
- **Tipo de cambio único y competitivo para permitir el regreso de las exportaciones; apertura del comercio internacional** (las políticas de protección industrial eran vistas como causantes de los serios problemas en la región por el castigo que implicaban al sector exportador y la distorsión en los costos de producción) (Williamson 1990).
- **Apertura a las inversiones extranjeras directas:** no por casualidad durante el Consenso de Washington se produjo un *boom* de suscripciones de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) entre países de América Latina y países del mundo desarrollado. Además las inversiones extranjeras directas eran necesarias para afrontar los procesos de privatizaciones que constituían una de las más importantes políticas de la época.
- **Control inflacionario.**
- **Privatizaciones:** La idea detrás de las privatizaciones era no sólo devolver al mercado lo que era del mercado sino además promover un alivio al déficit fiscal al generar un ingreso por la venta y conseguir empresas más competitivas que no requirieran permanentemente de inyecciones de capital por parte del Estado<sup>46</sup>.
- **Protección del derecho de propiedad:** El mercado libre necesitaba de una protección más fuerte del derecho de propiedad que el que las economías de América Latina habían garantizado hasta entonces. Sin embargo y a pesar de ser uno de los más importantes reclamos de esta etapa, lo que se hizo jurídicamente por reforzar esta protección no fue muy significativo en la primera parte del Consenso de Washington.

---

<sup>45</sup> A pesar de que la teoría se mostraba en contra de los recortes en educación y salud, algunos países para cumplir con el equilibrio fiscal demandado desde Washington también redujeron los gastos en educación y salud. Esto tuvo especial impacto en África en donde los programas de ajuste y estabilización coincidieron con el punto más álgido de la epidemia de HIV.

<sup>46</sup> Las privatizaciones en América Latina tuvieron diferente alcance. Economías con importantes sectores estatales, como Costa Rica, Ecuador y Uruguay, sólo privatizaron algunas empresas, mientras que otros, como Argentina, Bolivia, Panamá y Perú, efectuaron ventas de empresas estatales por valores superiores a 10% de su PIB. Chile decidió no privatizar empresas de sectores clave, como el cobre, el petróleo, la banca, el correo, los ferrocarriles y los puertos. La mayoría de los países mantuvo por lo menos un banco oficial y retuvo el control de todas o algunas de las empresas vinculadas a recursos naturales como el petróleo, el gas y el cobre; con excepción de Argentina que no mantuvo en poder del Estado ninguna compañía importante (privatizó inclusive la explotación de petróleo). Por el contrario, Uruguay, fue el país que menos avanzó en el proceso de privatizaciones en toda la región, reteniendo en el sector público los servicios eléctricos, el petrolero y las telecomunicaciones (el tema fue sometido a un referéndum en el que la población votó en contra de las privatizaciones) (Cfr. Fernández Blanco 2013, 71 y ss).

- **Desregulación:** Este aspecto clave de la política neoclásica será analizado con detenimiento en el punto que sigue.

Como resultado de estas políticas se regresó a los modelos exportadores. En los países de América del Sur, se gestó una tendencia hacia la "reprimarización" de sus economías, y México y los países centroamericanos y del Caribe, se convirtieron en plataformas de exportación hacia Estados Unidos, mediante maquiladoras (Guillen 2012, 58).

A los años ochenta se los suele llamar la "década perdida" y en ella el crecimiento económico sólo fue del 2% en la región (fuente CEPAL)<sup>47</sup>. La década siguiente, vio en principio una leve mejoría pero finalizó con un crecimiento promedio de sólo el 3% (fuente CEPAL). La llamada *década perdida* no fue producto únicamente de las recetas de Washington, sino que fue el resultado de la confluencia de la inestabilidad macroeconómica que arrastraba la región desde la década anterior, el enorme esfuerzo realizado para el pago de las deudas externas cuyo pago era presionado por los acreedores y que influyó en una disminución notable de la inversión pública; y niveles muy elevados de inflación, que no pudieron ser contenidos con los métodos impuestos desde Washington. Además, durante los años ochenta la región no solo enfrentó una marcada caída de la tasa de crecimiento del producto bruto, también se vio afectada en términos de las condiciones sociales y experimentó un pronunciado rezago frente a una frontera tecnológica en rápido movimiento (Bárcena 2010, 9).

La primera generación de reformas vio su fin formalmente cuando se desató la crisis de México de 1994. En general, en todos los países de América Latina los resultados fueron muy pobres y los montos de las deudas externas no sólo no disminuyeron sino que se incrementaron.

**Cuadro 1. Deuda Externa Pública y Privada (porcentaje del PIB)<sup>48</sup>**

Países	1980	1985	1990	1995
Argentina	14,3	60,9	47,9	39,3
Bolivia	46,7	50,6	77,6	71,3
Brasil	0,0	0,0	28,9	20,7
Chile	37,1	111,6	55,2	35,5
Colombia	14,4	28,5	31,5	23,9
Costa Rica	36,0	83,1	54,1	35,9

<sup>47</sup> En algunos aspectos la década no fue perdida, ya que fue en ella cuando la mayor parte de los países de la región retornaron a la democracia. Esta idea ha sido propuesta por Rolando Franco (1996,4).

<sup>48</sup> Fuente CEPAL. Referencias: /a Deuda externa pública. A partir de 2004 deuda activa no incluye deuda inmovilizada. /b Hasta 1992 corresponde a deuda externa pública únicamente. /c Deuda externa pública únicamente.

Ecuador	1,8	0,7	...	68,7
El Salvador/b	80,4	105,6	...	22,8
Guatemala/c	15,0	27,0	36,5	16,1
Haití/c	...	...	27,2	33,4
Honduras	45,3	69,9	98,4	89,8
México	22,3	46,6	...	52,8
Nicaragua/c	75,5	97,1	380,3	321,8
Panamá	50,7	59,0	92,3	65,1
Paraguay	20,7	41,7	34,5	25,2
Perú	57,3	93,9	78,1	62,2
Rep. Dominicana/c	32,1	73,7	49,6	25,8
Uruguay	15,5	73,4	40,4	23,0
Venezuela	39,0	52,1	75,5	50,1

#### 4.1. Desregular, la principal tarea del derecho.

El derecho en esta etapa tuvo un papel aún más intrascendente que en las etapas anteriores. Se trataba de otra de las cuestiones que aparecería cuando el mercado funcionase correctamente y la demanda de instituciones jurídicas generara la necesidad de adoptar nuevos marcos normativos. La principal función del derecho fue entonces, en este primer momento del Consenso de Washington, deshacer la complicada red de regulaciones, comisiones regulatorias, leyes que ampliaban el poder de policía del Estado y otras manifestaciones del derecho como interventor directo en la economía. A este fenómeno se lo conoció genéricamente como “proceso de desregulación”<sup>49</sup>.

El derecho durante la primera etapa Consenso de Washington no tuvo el carácter instrumental-económico que le asignaron los desarrollistas y todavía su potencial de “mano invisible” para el desarrollo no había sido re-descubierto. De este modo, la retirada del Estado de la economía se acompañaba con la retirada del derecho. La mínima expresión de Estado y la mínima expresión del derecho (especialmente centrado en establecer los límites al Estado) eran lo adecuado para promover una economía basada en la actividad de mercado.

La presencia de una versión *formal* e intermedia en cuanto a su robustez de estado de derecho era necesaria y suficiente para el funcionamiento del mercado<sup>50</sup>. Sin embargo, fortalecer el estado de derecho no formaba parte del núcleo duro de los

<sup>49</sup> John Williamson justificaba esta labor de la siguiente forma: La mayor parte de los países más grandes de América Latina se encuentran entre las economías de mercado más reguladas [...] entre estos mecanismos regulatorios encontramos controles sobre el establecimiento de empresas y de nuevas inversiones, restricciones a las inversiones extranjeras directas y a las salidas de dinero a modo de remisiones de ganancias, controles de precios, barreras para las importaciones, discriminaciones en la concesión de créditos, altos impuestos a los ingresos empresarios combinados con mecanismos de reducción discrecionales de las cargas impositivas, límites para los despidos a los trabajadores [...] En varios países de América Latina esta red de regulaciones está administrada por un grupo de pobremente pagados empleados administrativos. El potencial para la corrupción es entonces enorme (Williamson 1990)

<sup>50</sup> Ver la tercera parte de este capítulo para un desarrollo de las distintas concepciones del estado de derecho.

primeros programas de reformas neoclásicas. Se asumía que, como tantas otras cosas, el estado de derecho “aparecería” cuando el mercado lo demandase. Por ello, estos primeros programas de ajuste y estabilización implementados en América Latina no tuvieron entre sus objetivos principales la construcción del estado de derecho sino principalmente objetivos económicos (disminuir la inflación, equilibrar la balanza de pagos, privatizar las empresas públicas) y de manera secundaria, propósitos jurídicos pero orientados primordialmente a deshacer la maraña normativa heredada de tantos años de intervención estatal en la economía.

La tarea desreguladora fue eficaz y logró de manera bastante completa deshacer la intrincada red regulatoria. Sin embargo los resultados no se tradujeron en la eficiencia de los mercados que se preveía conseguir. El temor a la regulación dejó lagunas importantes pues la producción normativa no alcanzaba a cubrir la cantidad de normas que eran derogadas. Esto fue especialmente visible en las privatizaciones: la mayor parte de las privatizaciones se llevaron adelante con un escaso soporte normativo. El enfoque “privatice ahora, regule después” produjo que en América Latina y el Caribe, el 40% de los contratos de concesión se renegociaran apenas 2,2 años después de haber sido firmados (Chong y Lora 2007). En algunos casos, los excesos de costos en las concesiones y la falta de claridad en las reglas que regían las contingencias brindaron a los empresarios privados la oportunidad de obtener una renta económica del gobierno (Chong y Lora 2007); en otros casos, las privatizaciones directamente fracasaron y los contratos se resolvieron a los pocos años; finalmente hubo situaciones en las que los Estados no cumplieron sus compromisos con las empresas privatizadas y pusieron en riesgo o malograron los potenciales beneficios de esas concesiones.

##### 5. SEGUNDA GENERACIÓN DE REFORMAS: EL CONSENSO DE WASHINGTON Y EL RENACER DE LAS INSTITUCIONES PARA EL DESARROLLO.

Coincidiendo con los últimos años de ortodoxia económica (en la década de 1990), una nueva teoría económica ganó un lugar primordial en los debates sobre desarrollo: el Neo Institucionalismo Económico (NIE). A partir del terreno ganado por el NIE, las instituciones (entendidas como las *reglas del juego presentes en una sociedad* (North 1995)) asumieron un rol protagónico en la posibilidad de generar desarrollo económico. Por eso, la última etapa del neoclasicismo, ya influida por las nuevas tendencias neo institucionalistas, reconsideró su postura de indiferencia y hasta desprecio respecto del derecho, y en el periodo identificado con la *segunda generación de reformas* (también

llamado Consenso de Washington Plus<sup>51</sup> o Aumentado<sup>52</sup>), las instituciones y el derecho en general volvieron a adquirir relevancia para el desarrollo.

La segunda generación de reformas fundamentalmente trasplantó instituciones exitosas en el primer mundo a los países en vías de desarrollo sin considerar, nuevamente, los problemas estructurales de las economías ni las instituciones informales que interactuarían con las normas formales. Las reformas estaban primordialmente dirigidas a objetivos que buscaban –al igual que en la década anterior– principalmente promover las bases para el buen funcionamiento del mercado. Por ello y otras razones se sostiene que en la década de 1990 se promovió un auténtico “monocultivo institucional” (Evans 2007).

A partir de los años 90, los proyectos de reforma institucional han sido denominados proyectos de *fortalecimiento del estado de derecho* o de mejora de la gobernabilidad. Solamente el Banco Mundial reportó haber financiado 330 proyectos de fortalecimiento del estado de derecho (*Rule of Law Projects*) en esa década (Trubek 2006, 74). Una breve reseña de cómo funcionaron en la práctica estos programas se realizará en la última parte de este capítulo. El campo de estudio del Derecho y el Desarrollo, adormilado desde mediados de la década del 70, también resurgió en las principales escuelas de derecho de EE.UU. y Canadá.

La lista de las reformas institucionales “debidas” puede sintetizarse del siguiente modo:

- Reformas respecto de los gobiernos societarios (Rodrik 2006) y reformas vinculadas a la protección de accionistas e inversores (Burki y Perry 1999)
- Instituciones directamente vinculadas al mercado (regulación de bancos, redes de seguridad para eventuales fallas del mercado) (Burki y Perry 1999)
- Incorporación de políticas de competencia para contrarrestar las privatizaciones monopólicas (Stiglitz 2008)
- Políticas anticorrupción (Stiglitz 2008, Rodrik 2006, Burki y Perry 1999)
- Flexibilización Laboral
- Ingreso a la Organización Mundial de Comercio (OMC) (Burki y Perry 1999)
- Construcción de redes sociales de protección (Burki y Perry 1999, Stiglitz 2008)
- Primeras menciones a objetivos relacionados directamente con la reducción de pobreza (Rodrik 2006, Burki y Perry 1999)
- Reforma judicial para conseguir mayor eficiencia en la aplicación de la ley en general y en particular para hacer más efectivo el sistema de ejecución de contratos y protección de la propiedad (Burki y Perry 1999)

---

<sup>51</sup> Esta es la denominación preferida por Joseph Stiglitz en sus trabajos (Stiglitz 2003 y 2008).

<sup>52</sup> Dani Rodrik llama a esta etapa Consenso de Washington Aumentado (Rodrik 2006).

- Reforma de la Administración Pública para transformar las estructuras jerárquicas e ineficientes en nuevos modelos de gerenciamiento público (New Public Management) (Burki y Perry 1999)

De la lista anterior muchos proyectos se llevaron adelante y otros (como por ejemplo las reformas en la Administración Pública) se concretaron sólo parcialmente o ni siquiera se intentaron. Los programas más difundidos en la región pueden ser clasificados del siguiente modo: (a) buena parte de las reformas se ocuparon de los poderes judiciales con diferentes objetivos. En primer lugar tenían como propósito el promover un clima adecuado para el crecimiento del sector privado, en general, y de la inversión extranjera, en particular. En este sentido, el cobro eficiente de deudas, el cumplimiento coactivo de obligaciones contractuales y la protección de los derechos de propiedad fueron las principales preocupaciones de los proyectos de reforma (Rodríguez Garavito 2006, 190-191). Además, los programas buscaron reforzar la estabilidad de la democracia liberal en la región mediante la consolidación de un poder judicial independiente y eficiente, capaz de controlar las acciones del ejecutivo y el legislativo (Rodríguez Garavito 2006, 204). Finalmente se procuró una mejora del acceso de los ciudadanos al sistema judicial (Rodríguez Garavito 2006, 200). (b) Otro grupo de programas de reformas se concentró básicamente en cuestiones de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Penitenciario (Rodríguez Garavito 2000, 200). En muchos países se lograron mejoras importantes y en otros las reformas tuvieron menos brillo. Se crearon nuevos órganos (Tribunales Constitucionales, Consejos de la Judicatura o Magistratura; Defensores del Pueblo) y especialmente se modernizaron los procedimientos que abandonaron las concepciones de tinte netamente inquisitivo para adoptar un “sistema mixto”<sup>53</sup>. (c) La flexibilización laboral también fue una de las reformas parcialmente conseguidas por los programas de segunda generación neoclásica<sup>54</sup>. (d) Finalmente, un grupo de proyectos tuvo como objetivo el facilitar la

---

<sup>53</sup> El punto de partida para las reformas fue el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, presentado en 1988 por los procesalistas Jaime Bernal Cuéllar, Fernando De La Rúa, Ada Pellegrini Grinover y Julio B.J. Maier. Luego los distintos países adaptaron el proyecto con mejores y peores elecciones pero respetando los lineamientos centrales del Código Procesal Modelo. Los países de América Latina que han realizado reformas de este tipo han sido Argentina (1991) para el ámbito federal (esta reforma no estuvo basada en el Código Procesal Modelo sino en un proyecto de Ricardo Levene); le siguieron reformas importantes en Guatemala (1994) ; Costa Rica y El Salvador, (1998); Venezuela (1999); Chile y Paraguay (2000); Bolivia, Ecuador y Nicaragua (2001); Honduras (2002); República Dominicana (2004) y Colombia (2005). A esas reformas nacionales hay que adicionar las múltiples reformas de los procedimientos penales que se concretaron a nivel local en los diversos Estados o Provincias.

<sup>54</sup> Colombia y Guatemala (1990), Argentina (1991 y 1995); Perú (1991); Panamá (1995); Brasil (1998). El caso de Chile es diferente pues en 1990 cuando se restableció la democracia se realizó una reforma que revirtió parcialmente la fuerte flexibilidad existente durante la dictadura de Augusto Pinochet. El gobierno de Alberto Fujimori en Perú adoptó el sistema chileno existente antes de la reforma de 1990 (los datos surgen de Bensusán, 2007).

integración de los países en desarrollo a la economía mundial. En este contexto se promovió el ingreso de los países de la región a la Organización Mundial de Comercio y la suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión y tratados de libre comercio (Mercosur, NAFTA)<sup>55</sup>.

Las reformas institucionales de talle único no lograron tampoco los resultados esperados. Si bien el crecimiento económico en la década del 90 no fue en América Latina tan bajo como en la década anterior, se evalúa generalmente de manera muy crítica también a los resultados de la segunda generación de reformas. El propio Banco Mundial ha realizado duras consideraciones sobre su papel en esa etapa:

Un importante descubrimiento de los 90 fue que el diseño de las instituciones para estas funciones fundamentales puede tener un amplio espectro de formas. La mayor parte del trabajo empírico sobre la importancia de las instituciones se ha enfocado en el nexo entre desempeño institucional y actividad económica y casi ninguno ha analizado el nexo entre diseño institucional y su desempeño. Sin embargo ahora es ampliamente reconocido que la mera adopción de las leyes y las regulaciones formales de otro país no es garantía de producir el mismo rendimiento institucional y que diferentes criterios pueden acarrear resultados igualmente exitosos (Banco Mundial 2005, 52).

La crisis y la cesación de pagos al exterior decretada por la Argentina en diciembre de 2001 puede proponerse como punto simbólico del fin de la etapa neoclásica/neo institucionalista.

### **5.1.La limitada fidelidad de las reformas al planteo neo institucionalista.**

La supuesta fundamentación teórica de la etapa del Consenso de Washington Plus será revisada más adelante en este mismo capítulo. Sin embargo, es posible adelantar aquí algunos aspectos mediante la consideración de cuestiones en que las reformas institucionales de la etapa neoclásica no siguieron los dictados de la teoría Neo Institucionalista (al menos en la versión de Douglass North, que es la que se indicaba reiteradamente como fuente de inspiración y a la que se dedicará parcialmente esta investigación).

Como ha ocurrido muchas veces en la historia, las teorías sociales complejas y ambiciosas son muy difíciles de traducir en términos prácticos sin perder grandes líneas directrices o detalles determinantes. El NIE es una teoría que no sólo propone un

---

<sup>55</sup> Con algunas excepciones como Haití o Colombia, el resto de los países de América Latina suscribieron un promedio de 20 Tratados bilaterales de inversión cada uno durante la década del 90 y principios de la década de 2000 (Fuente SICE. Sistema de Información sobre Comercio Exterior (OEA)).

modelo de explicación sobre el mal o buen desempeño económico y el cambio institucional sino que contiene una serie de presupuestos de teoría política, sociológica y hasta cognitiva. Traducir todos estos aspectos complejos e interdependientes en un conjunto de políticas públicas exitosas es una tarea que dista de ser sencilla. Las cosas se complican aún más si la traducción de una teoría compleja a un conjunto de políticas públicas debe *estandarizarse* de modo tal que su marcha pueda ser controlada en diversos países a los que se les aplica la misma receta.

El consenso de Washington Plus no fue un buen espejo del NIE sino que sumó a la visión neoclásica ciertas pinceladas de institucionalismo pero sin desmontar la estructura de pensamiento y de acción inspirada en el neoclasicismo. Como mínimo tres aspectos centrales de la obra de D. North y otros de los principales pensadores del NIE fueron ignorados o contradichos por los programas de la segunda generación de reformas.

En primer lugar, en el diseño de los programas se asumió que llevando adelante reformas institucionales formales se lograría de manera automática modificar conductas fuertemente arraigadas. Es decir las instituciones informales y el modo en que éstas interactuarían con las nuevas pautas formales fue ignorado. En la obra de North, por el contrario, el modo en que los cambios institucionales operan es delicadamente descrito y de ninguna manera resulta un corolario automático de las reformas legales. Como se podrá advertir a través de la lectura punto 6 de este capítulo, en el NIE las creencias (racionales –como las ideas y las ideologías– e irracionales –como las religiones–) juegan un papel central en la creación de instituciones y en el resultado de éstas. En la versión neoclásica ni las instituciones informales ni el papel preponderante de las creencias fueron consideradas para la propuesta de políticas públicas.

En segundo término y vinculado estrechamente al análisis sobre cambios institucionales que realiza North, es impensable que el economista norteamericano concibiera reformas de modo inflexible y aplicables a todos los países de América Latina por igual. Además, los cambios institucionales fueron básicamente trasplantes de instituciones que funcionaban razonablemente bien en los países de ingresos altos. Estos trasplantes jamás estuvieron en el planteo teórico de Douglass North como queda claro en el párrafo que sigue:

La ley mercantil, las leyes sobre patentes, la integración institucional de distribución del conocimiento, la creación de un poder judicial, han sido partes importantes en el esfuerzo para hacer a los mercados más eficientes en los países desarrollados [...] Cuando ese tipo de cambios institucionales son



aplicados a las economías del tercer mundo frecuentemente alteran la distribución de recursos y producen inestabilidad política, a veces incluso conducen a producir el efecto contrario al intentado (North 2005, 21)<sup>56</sup>.

Finalmente, las reformas neoclásicas mantuvieron la firme creencia –subsistente de la primera etapa del Consenso de Washington– de que los sujetos responderían de un modo completamente racional optando siempre por aquello que les resultara más conveniente, sin considerar que los modos en que la realidad es *percibida* puede dar lugar a comportamientos o respuestas no-rationales. North se aleja del modelo que presume que las respuestas de los actores serán siempre perfectamente racionales:

¿De dónde vienen las percepciones que los individuos poseen? La teoría neoclásica simplemente salta este escalón y asume que las personas saben lo que están haciendo. Esto puede ser posible al evaluar un costo de oportunidad en el supermercado, pero es ampliamente incorrecto cuando se trata de elecciones más complicadas, en un mundo con información incompleta y en el que deben utilizarse modelos subjetivos para interpretar esa información incompleta (North 2005, 64).

Se sostiene, con sentido, que el aporte fundamental del NIE al pensamiento económico ha sido no sólo la aproximación a las instituciones como factor fundamental para el crecimiento económico sino la destrucción de las asunciones neoclásicas sobre la existencia en los mercados de información perfecta, racionalidad perfecta e inexistencia de costos de transacción (Ménard y Shirley 2014).

## **SEGUNDA PARTE. EL DESARROLLO EN EL SIGLO XXI. LAS INSTITUCIONES EN EL CENTRO DEL DEBATE.**

En el año 2006 el economista Dani Rodrik publicó un artículo muy difundido en el que despedía al Consenso de Washington y le daba la bienvenida a la *confusión* de Washington (“Goodbye Washington Consensus, Welcome Washington Confusion”, Rodrik 2006) y unos años después Joseph Stiglitz se preguntaba si existía realmente un consenso post consenso de Washington (Stiglitz 2008). Transcurrido algún tiempo desde esos escritos es posible afirmar que efectivamente estos primeros años del Siglo XXI han sido mucho más eclécticos en cuanto a las teorías del desarrollo y que ninguna

---

<sup>56</sup> Más expreso aún es el recelo de North y otros autores neo institucionalistas al trasplante institucional en los trabajos más recientes de este autor (ver entre otros North et al 2009b; North et al 2009a y North et al 2007).

predomina claramente sobre las restantes. Si algunas corrientes tienen mayor influencia en ciertas organizaciones (por ejemplo, el PNUD ha sido claramente conquistado por el Desarrollo Humano), en otras organizaciones el desarrollo se concibe de una manera heterogénea tomando en cuenta elementos de diversas escuelas e incluso combinando en los mismos programas pautas de una y otra teoría<sup>57</sup>. Es posible hallar programas vigentes tan disímiles como el “Índice de Facilidad para hacer negocios” y “Educación para Todos” ambos financiados por el Banco Mundial<sup>58</sup>. Tal vez el nuevo consenso pase más que por la adopción de una única corriente por la combinación de aportes de las corrientes más importantes. Conviven en este “consenso no monolítico” que aceptan los principales actores del desarrollo tanto diferentes visiones sobre qué es el desarrollo como ideas sobre cuáles son los medios para llevarlo adelante.

Sobre este “consenso no monolítico” se levanta un consenso adicional: un suceso que está en marcha desde el inicio del siglo y ha generado el consenso más absoluto de la historia del desarrollo. Se trata, primero, de la Declaración del Desarrollo del Milenio que enumeraba los bien conocidos Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y, luego, de la actual “Agenda 2030 para el desarrollo sostenible” que recoge los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS)<sup>59</sup>. Los ODM y los ODS tienen el no escaso mérito de haber logrado un consenso internacional superior, por ejemplo, al que logró la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948<sup>60</sup>. Las agencias y organizaciones internacionales, sin excepción, tienen entre sus objetivos colaborar con el cumplimiento de los ODS (y antes con los ODM) y alcanzar esas metas se ha convertido en parte importante de lo que significa el desarrollo en estas primeras décadas del milenio.

En los puntos que siguen se describirán las tres teorías que en el Siglo XXI integran el bloque más importante del *consenso no-monolítico* referido anteriormente<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> En el año 1998 el Banco Mundial, por ejemplo, adoptó un enfoque denominado “Marco integral del Desarrollo”. De acuerdo con este enfoque el desarrollo y los proyectos financiados por esa institución financiera deben: a) ser estrategias integrales y a largo plazo (incluyendo aspectos sociales y estructurales); b) otorgar autonomía para que los países diseñen y dirijan sus propios programas de desarrollo con participación de la ciudadanía; c) convocar a trabajar en las estrategias de desarrollo de manera conjunta a los gobiernos, los donantes, la sociedad civil, el sector privado y otros interesados; d) incluir evaluaciones del desempeño de los programas desarrollo. Ver <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTPPSPANISH/0,,contentMDK:20261876~pagePK:64130965~piPK:64130262~theSitePK:384979,00.html> (vistado el 9 de enero de 2013)

<sup>58</sup> Ver <http://www.bancomundial.org/projects/theme?lang=es>

<sup>59</sup> Declaración de los Objetivos de Desarrollo del Milenio A/Res/55/2 (2000) y complemento posterior aprobado en la Cumbre Mundial de 2005 mediante otra resolución de la Asamblea General A/RES/60/1

<sup>60</sup> Cuando la DUDH fue votada la ONU tenía 58 países miembros, de los cuales 48 votaron a favor, 8 se abstuvieron y 2 estaban ausentes; por su parte los ODM, tuvieron la aprobación unánime de los 189 miembros (y entre esos votantes había 147 jefes e Estado o Gobierno); los ODS, por su parte, fueron aprobados por consenso entre los 193 países que integraban la ONU en el momento de su votación.

<sup>61</sup> Hay una cuarta teoría que gana cada vez más espacio pero que aún no tiene la difusión y aceptación de las restantes tres que serán tratadas. Se trata del llamado *Neo Estructuralismo* y es una corriente que

## 6. EL NEO INSTITUCIONALISMO ECONÓMICO.

En este título se realizará una introducción a la teoría conocida como Neo institucionalismo Económico (NIE). Para ello se procurará mantener la atención en uno de sus mejores expositores, Douglass North. De manera secundaria se destinará algún espacio a autores, también influyentes, pero que se han concentrado en aspectos institucionales concretos dedicando menor esfuerzo a cuestiones más generales, que sí se precisan en la obra de North (me refiero a cuestiones generales tales como el proceso de cambio institucional, el papel del Estado o la vinculación entre instituciones, conocimientos y creencias).

Como se desprende de las páginas precedentes, históricamente las escuelas de desarrollo habían asignado a las instituciones un rol “no-central” (y hasta marginal) en el proceso de crecimiento económico. El NIE abandonó los clásicos conceptos de acumulación de capital físico, tecnología o estabilidad macroeconómica para explicar el desarrollo y el sub-desarrollo. A partir de ahora *las reglas del juego* serían fundamentales para explicar el desempeño económico.

El concepto de desarrollo no es un tema central en la obra de North aun cuando está claro que no se desentiende por completo de la noción clásica que lo equipara a “desarrollo económico” y por lo tanto, directa o indirectamente al crecimiento de la renta *per cápita*. En la obra de North se encuentran reiteradas referencias a los “países pobres” y los “países que no son pobres” pero no hay en sus trabajos una profundización mayor sobre qué significa que un país sea pobre o no lo sea. La equiparación clásica entre pobreza e ingreso per cápita (o la inversa) no está cuestionada en su obra.

En el mundo *no-ergódico*<sup>62</sup> descrito por North se entiende que el desarrollo económico exitoso (que no es equiparable a *episodios* de crecimiento económico), es aquel que se alcanza cuando se logra la *adaptación eficaz*, que genera una capacidad de resiliencia de las economías a las crisis y a otros reveses fuertes como las guerras o las catástrofes naturales:

Europa occidental y Estados Unidos están inmersos en lo que he llamado *adaptación eficaz*. Son economías y sociedades que han resistido todo tipo de traumas, guerras y cambios radicales de fondo, y que, a pesar de todo,

---

cuenta con un apoyo creciente entre economistas y políticos. Por el momento, tiene mayor influencia en la CEPAL que en otras organizaciones.

<sup>62</sup> *Ergódico* es un concepto utilizado en matemática y física y que se vincula con la probabilidad de que los estados se repitan. Se dice de algo que es *ergódico* cuando existe cero posibilidad de que un estado no se repita nuevamente.

han logrado adaptar su estructura institucional de tal manera que han alcanzado un crecimiento continuo sobre periodos de tiempo muy extensos (North 1999; 2005, 78).

La adaptación eficaz que conduce al desarrollo económico exitoso ocurre cuando el sistema de creencias ha evolucionado hacia una estructura institucional capaz de confrontar y resolver positivamente dilemas novedosos (North 2005, 69). La adaptación eficaz, como se verá, tiene mucha más relación con las instituciones informales que con las formales.

En sus últimos trabajos (2006-2009) North profundizó de alguna manera la descripción de las características de los países ricos y pobres a los que desde entonces denomina respectivamente Órdenes de Acceso Abierto (OAA) y Órdenes de Acceso Limitado (OAL) (North, et al. 2007; North et al. 2009a; North et al. 2009b)<sup>63</sup>. En esta nueva caracterización los OAA y los OAL no se diferencian de manera primaria por el nivel de ingresos sino que la renta per cápita es descripta como el resultado de una cantidad de cuestiones vinculadas al comportamiento de las elites, a la apertura de las sociedades y de la economía, a la capacidad de duración en el tiempo de las organizaciones y a otras cuestiones que serán revisadas en el punto 6.6 de este mismo capítulo. En los OAA se alcanza un mayor nivel de capacidad para afrontar los cambios (adaptación eficaz). Aun con esta caracterización más compleja entre los diversos órdenes, es el desarrollo económico (sea como crecimiento económico o como aumento de la renta per cápita) el objetivo omnipresente del desarrollo o, en la nueva terminología, el objetivo del paso de las OAL a las OAA.

El NIE no rompió con la tradición neoclásica pero produjo una revolución dentro de ella desbancando a los factores que tradicionalmente se asociaron al crecimiento económico y poniendo en su lugar a las instituciones (y al cambio institucional), alertando sobre la errada concepción estática del neoclasicismo, dando por tierra con la idea de la actuación racional de los individuos, de la información perfecta en los mercados y haciendo notar el error de no considerar los costos de transacción<sup>64</sup>.

No hay demasiadas controversias acerca de que las instituciones son relevantes para el desempeño económico aun cuando algunos autores minimizan ese rol (Sachs

---

<sup>63</sup> North a menudo se refiere a los países ricos como *desarrollados* (*developed*) pero no utiliza la palabra subdesarrollados ni ningún término similar para mencionar a los países de bajos ingresos a los que sí llama países pobres o de bajos ingresos. En los últimos trabajos, sin embargo la denominación de Órdenes de Acceso Abierto y Órdenes de Acceso Limitado (con sus diferentes niveles) ha sustituido, en el trabajo de North, a las denominaciones de desarrollados, ricos, pobres o a las referencias a los niveles de ingreso per cápita.

<sup>64</sup> La idea de la existencia de costos de transacción fue originariamente expuesta por Ronald Coase (Coase 1960).

2001, 2014). Las dificultades que el NIE encuentra –y admite en buena medida no tener más que respuestas parciales para ellas— giran en torno a dos cuestiones: cómo se producen los cambios institucionales y cómo hacer para que las economías más atrasadas logren el paso de los Ordenes de Acceso Limitado (OAL) a los de Acceso Abierto (OAA).

En los subtítulos que siguen se presentan de forma sumaria los aspectos más relevantes de los principales trabajos de North.

### **6.1. Instituciones, organizaciones y un primer acercamiento al proceso de cambio institucional.**

De aquí en adelante se seguirá la terminología utilizada por North y el Neo Institucionalismo. Las *instituciones* serán entendidas como las “reglas del juego presentes en una sociedad” (North 1995, 13). Las instituciones se integran, de acuerdo a la definición mantenida por North a lo largo del tiempo, con las (a) las instituciones formales, (b) las instituciones informales y (c) las características de aplicación de las instituciones formales e informales (*enforcement*). Las instituciones son entonces creaciones humanas *restrictivas* que estructuran las interacciones políticas, sociales y económicas (North 1991, 97). Originariamente las instituciones fueron creadas por el hombre para reducir la incertidumbre y generar orden (North 1991, 97).

Las instituciones formales, son algo más que normas jurídicas formales, ya que el concepto también comprende a las normas que nacen de otras fuentes de carácter no general (v.gr. un contrato). Las *instituciones o normas informales* (también llamadas *normas o instituciones sociales*)<sup>65</sup> se distinguen de las instituciones formales por diversas cuestiones, pero por el momento propongo distinguirlas por el hecho de que las últimas son creadas y aplicadas por algún organismo; mientras que en las normas informales es difícil identificar un órgano “oficial” de producción y se hacen valer de una manera más dispersa, vía sanciones personales o sanciones a la reputación de quien las incumple (Carruthers 2012, 7)<sup>66</sup>.

No debe confundirse en estos debates a las *instituciones* con las *organizaciones o entes*. Las organizaciones podrían equipararse a los equipos y las instituciones serían

---

<sup>65</sup> Como se adelantó, en el Capítulo II, se propondrá una diferenciación que North no realiza y que distingue entre dos tipos de instituciones informales: aquellas que llamaré *normas informales* y las que identificaré como *normas sociales*. Ambas integrarán lo que North llama indistintamente instituciones informales. Por el momento basta con identificar las instituciones informales en sus rasgos más característicos para poder distinguirlas de las instituciones formales.

<sup>66</sup> En los siguientes se realizará una aproximación más detallada al concepto de instituciones formales e informales.

las reglas del juego de un deporte (North 1995, 15). Las organizaciones están conformadas por grupos de individuos que se unen por algún objetivo común. Ese objetivo puede ser político, económico, cultural o educativo, entre otras varias posibilidades. Aquello que reúne a las personas alrededor de una organización son los objetivos inmediatos (por ejemplo, maximizar las ganancias en el caso de una empresa, ganar un torneo de fútbol en el caso de un club, o ganar las elecciones si nos referimos a un partido político); pero el objetivo último de las organizaciones es sobrevivir porque todas las organizaciones viven en un mundo de escasez y por ello mismo de *competencia* (North 1997, 3). La competencia de las organizaciones es, hasta cierto punto, el motor del cambio institucional como se verá algunos párrafos más adelante. A su vez la estructura institucional es la que moldea el tipo de organizaciones que pueden crearse y las características que éstas tendrán.

En la versión más actual del trabajo de North el cambio económico es mayormente un proceso deliberado, forjado por la *percepción* de los actores acerca de las consecuencias de sus acciones. Las percepciones vienen de las *creencias* de los actores –es decir, de la representación interna que tienen sobre su entorno– creencias que están típicamente mezcladas con sus preferencias (North 2005, viii).

## **6.2. Del modo en que las instituciones promueven el crecimiento económico: el camino desde la reducción de la incertidumbre a la generación de incentivos.**

El desempeño económico es el éxito o el fracaso de un esfuerzo humano deliberado por controlar el entorno (North 2005, 1). El cambio económico es el proceso que explica, en definitiva, la capacidad de controlar el entorno y por lo tanto el suceso o no de una economía. En el proceso de cambio económico convienen, de acuerdo con North, tres factores principales: la calidad y cantidad de los seres humanos (el factor demográfico); el *stock* de conocimiento humano y el marco institucional que define de manera deliberada los incentivos que estructuran la sociedad (North 2005, 1). De estos tres factores sólo el primero es relativamente desatendido –de manera expresa– por la obra de North.

El *entorno* que debe controlarse para el correcto desempeño económico comprende tanto el entorno físico o natural como el resultante de la interacción humana. El control del entorno reduce la incertidumbre; una vez que la incertidumbre está razonablemente controlada, se puede transformar en riesgo y eventualmente en competencia.

Las instituciones son límites a la actuación humana. A través de la reducción de las

opciones a un conjunto pequeño de acciones posibles las instituciones pueden mejorar la habilidad de los agentes para controlar el entorno (aunque la afirmación anterior no implica que las percepciones del agente –que son la fuente última de las instituciones— sean correctas y, de hecho, son casi siempre imperfectas).

La incertidumbre asociada con el entorno físico o natural ha sido radicalmente reducida, y aquellos aspectos de la incertidumbre física o natural que no han podido ser eliminados conducen, aún actualmente, a una serie de creencias no-rationales que juegan un papel importante como siempre lo han hecho en la historia de la humanidad (North 2005, 2, 16). Pero la reducción de la incertidumbre natural ha resultado en un incremento de la incertidumbre relacionada con la interacción humana que es mucho más difícil de controlar (North 2005, 93). En ocasiones la incertidumbre se genera sólo para ciertos actores. Por ejemplo, el desarrollo de la protección del derecho de propiedad hace que el entorno general sea más predecible pero resulta en un incremento de la incertidumbre de aquellos que tradicionalmente han usado la tierra sin tener título para hacerlo (North 2005, 15).

Hay un grupo básico de instituciones llamadas a reducir la incertidumbre física; de allí se deriva un conjunto más complejo de instituciones cuyo objetivo es reducir la incertidumbre emergente de la interacción humana. Si la incertidumbre se puede controlar entonces se transforma en *riesgo*. El riesgo es una condición de la cual es posible derivar una probabilidad de distribución de resultados de manera tal que uno pueda asegurarse contra esa condición; en cambio, de la incertidumbre, no es posible derivar esa probabilidad de distribución de resultados (North 2005, 14). Si la incertidumbre se transforma en riesgo entonces existen dos posibilidades: que las instituciones promuevan la competencia de las organizaciones o la obstaculicen.

Las instituciones inadecuadas acallan la competencia y generan incentivos para el *estancamiento*. Estas instituciones inadecuadas tienden, además, a persistir porque al impedir la competencia organizacional ralentizan el cambio institucional (las organizaciones que nacieron y sobreviven dentro de ese marco institucional generarán resistencia a los cambios que pueden ponerlas en peligro). Si las organizaciones no compiten entre ellas tienen pocos incentivos para invertir en nuevos *conocimientos* y *habilidades* y tienen muchos incentivos para resistir los cambios institucionales. Por el contrario, si se produce renovación de los conocimientos y habilidades se producen cambios en las creencias y/o en las preferencias que resultan finalmente en una modificación de la percepción del entorno. Los cambios en la percepción del entorno son los que conducen a promover cambios institucionales. Por otra parte, las

organizaciones ubicuamente preocupadas por sobrevivir, en un marco de competencia, tienden a promover cambios institucionales que les permitan la supervivencia o a resistir esos cambios cuando su marcha no se ve amenazada (en un entorno de no-competencia, por ejemplo) (ver por todo lo anterior North 2005, 59-60). En definitiva, una competición organizacional vigorosa conduce a un cambio institucional más rápido (North 2005, 60). El cambio institucional podría representarse como una puja de fuerzas entre organizaciones (integradas por individuos) que promueven los cambios y otras organizaciones que los resisten. En ese juego de fuerzas, si las instituciones promueven la competencia las posibilidades de cambio institucional serán mayores.

El crecimiento económico es dependiente de la existencia de instituciones políticas y económicas *estables* que son las que pueden promover menores costos de transacción. En adición es necesario que se desarrollen mercados políticos y económicos *impersonales*. La necesidad de un marco de estabilidad institucional y de relaciones impersonales serán objeto de reseña en el punto 6.6 de este capítulo.

La fuente primaria del crecimiento económico es la estructura institucional/organizacional de la economía política. Los países del tercer mundo son pobres debido a que sus constreñimientos institucionales definen una serie de costos para la actividad política/económica que no fomentan la actividad productiva (North 1995, 110). Las instituciones adecuadas son las generadoras de los *incentivos* necesarios para la actividad productiva. Si estos incentivos están presentes, hay inversión, innovación y reinversión y si estos hechos se producen hay crecimiento económico.

Los países pobres mantienen instituciones que promueven el estancamiento o la reversión de los incentivos, preponderan las que favorecen las actividades redistributivas antes que las productivas, crean monopolios antes que estructuras competitivas, y restringen oportunidades antes que promover su expansión. Raramente inducen inversiones en educación que incrementen la producción (North 1995, 9). Ese camino persiste, además, porque los costos de transacción de los mercados políticos y económicos junto con los modelos subjetivos de los actores no conducen a que se muevan incrementalmente hacia resultados más eficientes (North 1995, 9).

Ahora bien, en el planteo del NIE ¿Cuáles serían las instituciones básicas que podrían generar el paso de la incertidumbre al riesgo y luego a la promoción de un clima adecuado de competencia organizacional? Douglass North no propone –como sí lo han hecho otros autores– un listado o conjunto de instituciones imprescindibles, sin embargo, hay dos instituciones que aparecen recurrentemente en sus ideas como



centrales: la protección del derecho de propiedad y las características de ejecución de los contratos. Estas dos instituciones junto con la reducción de los costos de transacción (cuyo origen tiene vinculación pero no se limita a la protección fuerte del derecho de propiedad y a las características de ejecución de los contratos) forman lo que se ha denominado el “triángulo de oro” del NIE (Ménard y Shirley 2014). Si el triángulo de oro funciona correctamente los costos del mercado se reducen y se aumentan los incentivos promoviendo el ciclo virtuoso de incentivos-inversión-ampliación de conocimientos-cambio institucional y la repetición de ese ciclo.

El concepto de costos de transacción –formulado por primera vez por Ronald Coase en 1937– fue un desafío a la concepción clásica de que la economía era un proceso automático resultante del juego de la oferta y la demanda que establecía los precios. Los costos de transacción, de acuerdo con el aporte de Coase, tienen un importante impacto en el comportamiento de las empresas y luego en la economía en general. Si los costos de transacción son mayores que las ganancias que ese intercambio produciría, esa transacción no tendrá lugar y la mayor producción que podría circular (producto de la especialización) no se presentará. En este sentido, los costos de transacción no solo afectan los acuerdos comerciales sino que determinan qué bienes y servicios se producirán en una economía (Coase 1992, 716). Cuando North se refiere a los países pobres y explica que su estructura institucional define una serie de costos para la actividad productiva alude, en buena medida, a los costos de transacción (ver más arriba North 1995, 110).

El segundo grupo de instituciones centrales para NIE son los que protegen los derechos de propiedad. La concepción clásica y neoclásica asumía que lo que estaba en el mercado eran bienes físicos. Nuevamente Coase dio un vuelco a esta asunción y sostuvo que lo que la gente comercia son derechos: derechos de realizar ciertas acciones. Esos derechos con sus deberes y privilegios están establecidos por el sistema legal (Coase 1959). Estos derechos son ejecutados a través de la ley pero más a menudo a través de instituciones informales (Ménard y Shirley 2014).

Actualmente la protección de los derechos de propiedad que se considera valiosa para el desempeño económico excede la clásica noción de propiedad privada e incluye formas alternativas de propiedad. Sostienen Rodrik, Subramanian y Trebbi, que cuando los inversores consideran que sus derechos de propiedad están protegidos la economía tiende a crecer, pero nada está implícito acerca del modo concreto que los derechos de propiedad deben adquirir (Rodrik et al. 2004). Los autores entienden que esa seguridad ni siquiera está dada por la existencia de derechos de propiedad privada y que formas

alternativas de propiedad pueden producir resultados superiores. La comparación de la situación actual de China y Rusia sirve de ejemplo y respaldo a sus afirmaciones, el primer país todavía retiene vestigios de su régimen socialista en lo relativo a derechos de propiedad y ha organizado la producción a través de un complejo sistema muy diferente al adoptado en el mundo occidental, mientras que Rusia se ha volcado a las formas más clásicas de propiedad privada occidental y sin embargo, en este último país los inversores han sentido menos seguridad que en China (Rodrik et al. 2004).

Las características de la ejecución de contratos es el tercer pilar neo institucionalista y también, el aporte del NIE ha contribuido a asumir que los contratos no son perfectamente completos y, sobre todo, que las instituciones pueden generar distintos costes para hacer cumplir los contratos de manera compulsiva.

### **6.3. Percepciones, creencias, instituciones y cambio institucional.**

Hay una íntima relación entre el sistema de creencias y el marco institucional<sup>67</sup>. El sistema de creencias comporta la representación interna del entorno humano. Las instituciones son la estructura que los seres humanos imponen en el entorno con el propósito de producir los resultados buscados. El sistema de creencias por lo tanto, es la representación interna y las instituciones la manifestación externa de esa representación. La estructura del mercado refleja las creencias de aquellos en posición de crear las reglas del juego. Cuando las creencias existentes son conflictivas las instituciones reflejarán las creencias de aquellos en posición de hacer efectivas sus elecciones (North 2005, 50)

Los seres humanos hacen esfuerzos para usar sus percepciones sobre el mundo y controlar su entorno (a través de instituciones que limitan las opciones de acciones) reduciendo la incertidumbre. Sin embargo, no todos tienen el mismo peso para controlar el entorno: la determinación de quiénes serán las personas relevantes para (a través de sus percepciones) determinar de qué modo se actúa sobre el entorno, y el modo en que estas percepciones se traducen en el control del entorno son también resultado de la

---

<sup>67</sup> La palabra utilizada por North es *beliefs*, en algunas traducciones se ha utilizado la palabra *creencia* (North 1995) mientras que en otras traducciones se ha optado por la palabra *valores* (North 1999). Por otra parte hay cierto tipo de creencias que se califican como no-rationales (por ejemplo aquellas que provienen de la religión) y otro tipo de creencias que sí son racionales. Las creencias racionales no tienen límites demasiado claros y North en muchas oportunidades utiliza la palabra *beliefs* como sinónimo, por ejemplo, de *ideología*. Esto es claro, por ejemplo, cuando se refiere al marxismo (la no traducción del texto es intencional): "*Religious belief systems such as Islamic fundamentalism have played and continue to play a major role in shaping societal change; but equally significant is the critical role of secular ideologies and belief systems in decision making, as the rise and decline of the Soviet Union so vividly illustrates*" (North 2005,19).

estructura institucional (es decir, la combinación de normas formales, informales y el modo en que éstas son aplicadas) (North 2005, 104).

Podemos resumir el proceso explicado en los párrafos precedentes del siguiente modo: las personas tienen una determinada percepción de la realidad (la percepción es casi siempre imperfecta y muchas veces equivocada). Estas percepciones se construyen a partir de una serie de creencias y preferencias. La forma en que percibimos el mundo conduce a la creación de una estructura institucional, o matriz institucional (cuánto más imperfectas y/o equivocadas las percepciones se traducirán en instituciones que no producirán las restricciones buscadas o los resultados que esas restricciones tienen en la mira). A medida que nuestra percepción va cambiando (porque adquirimos nuevos conocimientos o habilidades que hacen cambiar nuestras creencias y preferencias) ponemos en marcha procesos que modifican esa estructura institucional. A su vez, las instituciones existentes limitan nuestras elecciones y así imponen ciertos límites a los cambios institucionales o hacen que la posibilidad de cambiar nuestras creencias (por ejemplo a través del aumento de los conocimientos) sea mayor o menor. Al cambiar nuestras creencias, cambiamos las percepciones y finalmente las instituciones. Se trata de un movimiento circular que según explica North existe desde la noche de los tiempos, cuando los seres humanos empezaron a querer trazar su destino (North 1999).

#### **6.4. La dependencia de la historia o del camino recorrido (*path dependence*).**

Resta un elemento importante para finalizar de describir el ciclo comentado en el subtítulo anterior: la dependencia del camino recorrido. El conocimiento humano es más que la acumulación de experiencias de un individuo en su vida. Es también la acumulación de experiencias de las generaciones pasadas. El conocimiento acumulado de una sociedad representado en lenguaje, memoria y sistemas de almacenamiento de símbolos que incluyen creencias, mitos y formas de hacer las cosas que conforman la cultura de una sociedad (North 2005, viii).

Para North es indudable que las opciones que tenemos en el presente están limitadas por la herencia institucional que llega del pasado. Sin embargo, si la dependencia del camino recorrido fuese sólo eso, bastaría con que se promovieran cambios radicales cuando las instituciones no estuviesen logrando sus objetivos. Una visión más comprehensiva del concepto obliga a reconocer, de acuerdo con North, que la dependencia del camino recorrido consiste en una serie de limitaciones en el

conjunto de opciones que tenemos en el presente que se derivan de la experiencia histórica del pasado (North 2005, 51). Esas limitaciones en el conjunto de opciones que tenemos en el presente provienen sólo en menor medida de las instituciones formales (si así fuera, como se dijo, bastaría con renovarlas radicalmente cuando fueran ineficientes), en mayor medida provienen de las instituciones informales.

En los últimos años muchos trabajos de autores vinculados al NIE intentan explicar el porqué del desarrollo y el sub-desarrollo haciendo de la dependencia del camino recorrido su principal argumento y con relación a América Latina explican el modo en que el pasado colonial marcó el recorrido institucional que se presentó a lo largo del siglo XX (Engerman y Sokoloff 2005, 2011; Acemoglu 2003; Acemoglu y Robinson 2006, 2012).

En North la dependencia del camino recorrido se exterioriza en cuestiones tales como la resistencia a los cambios y a la innovación en las sociedades que históricamente han mirado con sospecha y antipatía los cambios innovadores. En contraste, las sociedades que han tenido en su historial una buena predisposición hacia los cambios son las que han heredado un conjunto de capacidades que les permiten afrontar las situaciones novedosas y logran la adaptación eficaz que permite el crecimiento económico sostenido.

Los aspectos reseñados en este punto y en el anterior acerca del modo en que se produce el cambio institucional serán retomados en el final de Capítulo II cuando se presenten los modelos propuestos por diversos autores para conseguir cambios institucionales exitosos.

#### **6.5. La inestabilidad y las relaciones interpersonales: limitaciones para el cambio y el desarrollo económico.**

En la descripción de North sobre desempeño económico y cambio institucional se advierte la necesidad de un equilibrio entre dinamismo institucional y estabilidad institucional. Los cambios institucionales son necesarios para promover el cambio económico y resolver las situaciones novedosas (controlar el entorno ante las situaciones nuevas que continuamente se presentan en el mundo no-ergódico), sin embargo, la estabilidad institucional política y económica es pre-requisito para que esta capacidad de cambio sea posible (que en el mejor de sus estándares es denominada por el autor estadounidense como *adaptación eficaz*). Lo que en principio podría

parecer una contradicción entre los factores “necesidad de estabilidad-necesidad de cambio” tiene una lógica razonable en el planteo del NIE.

En efecto, sin un marco institucional estable la capacidad de reducir la incertidumbre se diluye; si la incertidumbre prima no hay oportunidad de transformarla en *riesgo* ni de generar la competencia que promueve el cambio institucional. La estabilidad institucional es requisito para el cambio institucional, el que se produce de manera gradual, creciente y altamente dependiente del camino recorrido.

La estabilidad institucional es tratada por North desde diversas perspectivas. Una de ellas, tal vez la revisada por el autor con mayor profundidad, es la que surge de las nociones de *orden* y *desorden*. Si bien la conceptualización de las nociones de orden y desorden es algo vaga, es razonable interpretar de sus textos que se trata de conceptos que no sólo aluden a situaciones de orden o desorden físico (como las que podrían presentarse en momentos de revueltas populares o situaciones de emergencias naturales) sino que se vinculan más bien con la estabilidad, predecibilidad y expectativas de confianza en las reglas del juego vigentes en una sociedad. En el desorden los derechos y privilegios de los individuos están disponibles para ser *apropiados*, existe disrupción de las relaciones de intercambio políticas y económicas y el cumplimiento se reduce como resultado de la desintegración de las normas y/o los cambios en la aplicación de éstas (North 2005, 106).

Explica North que el desorden es un problema endémico de todas las sociedades en algún momento de su existencia, sin embargo, algunas logran restablecer la estabilidad con más rapidez y en otras sociedades el desorden persiste por largos periodos e incluso cuando el orden se restablece resulta sumamente frágil (North 2005, 103).

América Latina es un buen ejemplo del último grupo de sociedades y como otros pensadores del NIE, Douglass North encuentra la explicación de este fenómeno en el pasado colonial bajo mandato español y portugués que tuvo la región. El objetivo de la Corona española era el de movilizar los valiosos recursos hallados en el continente americano hacia Europa y no el de promover el desarrollo de la región (por ello promovieron lo que Acemoglu, Robinson y Johnson han denominado instituciones extractivas (Acemoglu 2003; Acemoglu y Robinson 2012). Bajo el sistema colonial los derechos eran otorgados a los individuos y grupos de individuos en base a sus vínculos personales con la Corona y a éstos se favoreció concediendo derechos y tierras (entre esos grupos caben mencionarse a la iglesia y a los militares).

A partir de las declaraciones de independencia muchos países de América Latina adaptaron el modelo constitucional estadounidense pero sin contar en su recorrido

histórico con el mismo tipo de herencia que los británicos habían dejado en su paso por América. Las instituciones republicanas establecidas en las constituciones trasplantadas del modelo norteamericano rápidamente colisionaron con las elites formadas durante la colonia.

Especialmente deficientes fueron en América Latina las experiencias de autogobierno durante las colonias y el desarrollo de la protección de los derechos de propiedad. Se desató a partir de las independencias una lucha de grupos por controlar la política y la economía para utilizarla a modo de vehículo para el intercambio personal (North 2005, 113). En este marco, el lograr el establecimiento del orden se volvió *un fin en sí mismo* antes que un medio para otros objetivos y ello explicaría, de acuerdo con North, la perpetuación de regímenes autoritarios y el fenómeno del caudillismo (North 2005, 113). La continua puja entre los valores republicanos promovidos constitucionalmente, las elites y la necesidad de mantener el orden son tres piezas fundamentales del rompecabezas de la inestabilidad institucional en la región.

## **6.6. Órdenes de acceso limitado y de acceso abierto.**

Desde el año 2006 Douglass North junto John Wallis, Steven Webb y Barry Weingast (NWWW) han dedicado su trabajo teórico al desarrollo de un modelo que tipifica las sociedades por algunas características que permiten distinguir entre órdenes de acceso limitado (OAL) y órdenes de acceso abierto (OAA)<sup>68</sup>. Los OAL tienen además diversos estadios: frágiles, básicos y maduros.

Esta tipología aporta una descripción de las economías más completa que el clásico binomio desarrollo-subdesarrollo (o países ricos y pobres) pero que en definitiva, tiene como objetivo último explicar porqué hay ciertos países que han logrado un mayor desarrollo económico.

En los OAL se crean límites en el acceso a los recursos, a las funciones políticas y económicas y esos límites incluyen el acceso a las organizaciones; estos límites al acceso se traducen en un modo de generar rentas para las elites (North et al 2007, North et al 2009a)<sup>69</sup>. Los individuos poderosos que poseen privilegios y rentas

---

<sup>68</sup> La denominación utilizada en el subtítulo y con la que se continuará, es la que aparece en North, Wallis, Webb y Weingast (2007) y en el trabajo inédito de los mismos autores titulado «Limited Access Orders: Rethinking the Problems of Development and Violence,»(2009); en otras publicaciones los autores han cambiado la denominación de Ordenes de Acceso Limitado (OAL) por el de Estados Naturales (ver por ejemplo North, Wallis y Weingast (2009) o Weingast (2008-2009).

<sup>69</sup> Las rentas son el rendimiento de un recurso económico que excede el rendimiento que ese recurso tendría en su uso mejor uso alternativo (North et al 2009a, 19).

cooperan entre ellos a través de una coalición para evitar que la violencia ponga fin a ese estado de cosas. En sus trabajos NWWW asumen que la violencia es un fenómeno distribuido en la población antes que concentrado.

Mientras tanto los órdenes de acceso abierto (OAA) se basan en la competencia política y económica (ambas son necesarias para garantizar la competencia en la otra área), el acceso abierto a las organizaciones y el estado de derecho en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos. En el mundo actual algo más que una veintena de países, de acuerdo a la descripción de NWWW han logrado establecer OAA (North et al 2009b, 2). En los OAA el acceso a las organizaciones sociales, políticas y económicas, incluyendo la libertad de formarlas, está abierto a todos los ciudadanos. Correlativamente el Estado debe respaldar la formación de todo tipo de organizaciones: incluidas aquellas que se oponen a la actividad del gobierno o que tienen intereses encontrados con otras organizaciones ya existentes (esto será una diferencia importante con los OAL en donde la creación de organizaciones se produce de forma selectiva de acuerdo a los intereses de las elites). Esto generará la competencia necesaria en las actividades económicas y políticas.

En los OAA las relaciones personales todavía tienen importancia pero las categorías impersonales de individuos –*ciudadanos*- interactúan en áreas más amplias sin necesidad de que quienes participan en ellas sean conocedores de la identidad individual de los otros (North et al 2009a, 2). Como se adelantó en la introducción al NIE, este nuevo marco conceptual para explicar el desarrollo y el subdesarrollo coincide en general –aunque no siempre– con el criterio del ingreso per cápita: los países considerados como OAA se mantienen establemente en el grupo de los países con ingresos altos, sin embargo, la relación inversa no siempre es coincidente pues algunos países que tienen ingresos altos no son OAA (tal es el caso de los países exportadores de petróleo que integran el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo)<sup>70</sup>.

Dentro de los OAL, como se dijo, pueden distinguirse diferentes estadios. Los OAL *frágiles* son órdenes en los que el Estado apenas puede sostenerse a sí mismo frente a la violencia interna y externa; la pobreza es extrema y en ellos viven lo que Paul Collier ha identificado como *el billón de abajo* (Collier 2009)<sup>71</sup>. Cada facción de la coalición dominante tiene acceso directo a la violencia y el potencial de la violencia es el principal

---

<sup>70</sup> Una relación similar aunque tal vez algo más flexible se presenta también entre el Índice de Desarrollo Humano (IDH) y los ingresos.

<sup>71</sup> El libro de Paul Collier se titula en inglés *The Bottom Billion*, en la traducción al castellano se ha modificado el título y publicado como *El club de la Miseria: qué falla en los países más pobres del mundo* (Collier 2009).

determinante de la distribución de rentas y recursos. Las estructuras organizacionales del Estado son muy elementales y prácticamente no pueden respaldar a las organizaciones privadas de las elites. Estos países también tienen serias dificultades para construir y aplicar el derecho privado; lo máximo que el estado puede desarrollar es un híbrido entre derecho público y privado: leyes sencillas que gobiernan las relaciones entre individuos con fundamento en la identidad social y estipulan un conjunto de reglas que los *patrones* pueden utilizar para tomar sus decisiones (North et al 2009a, 42-43). En América Latina sólo Haití está etiquetado como un OAL frágil (North et al 2007, 11).

En los OAL *básicos*, a diferencia de los anteriores, el Estado está bien establecido y es generalmente capaz de reducir el riesgo de un estallido de violencia. Las organizaciones públicas son estables y pueden ser complejas, y de hecho son las únicas organizaciones durables por lo que las elites se identifican con ellas y obtienen sus rentas de ellas. Estas organizaciones también son útiles para forjar las creencias comunes. Las instituciones de las OAL son mayormente de derecho público y estructuran las relaciones internas del Estado y las relaciones del Estado con los miembros de la coalición dominante. Los OAL básicos poseen mayor resiliencia que los frágiles y son más estables (ver por todo lo anterior North et al 2007, 12). Un ejemplo de este tipo de orden es Cuba (North et al 2007, 12).

Finalmente los OAL maduros, en los que se incluyen casi todos los países de América Latina junto con Sudáfrica y la India, entre otros, tienen estructuras institucionales durables y es el Estado quien respalda un amplio abanico de organizaciones de la elites que existen fuera del propio Estado. El derecho público se encuentra bien articulado y especifica las relaciones entre los cargos y sus funciones; además provee los métodos necesarios para la resolución de conflictos dentro del Estado y para los conflictos que pudiera tener la coalición dominante entre sí o con el Estado. En las OAL maduros se admite un amplio espectro de organizaciones no-estatales incluyendo corporaciones de negocios domésticas; el Estado creará a su debido momento nuevas instituciones que presten servicios a esas organizaciones, incluyendo las que garanticen la ejecución de contratos y que minimicen los riesgos de expropiación de los bienes de la organización por otros miembros de la coalición dominante o por el propio Estado (ver por todo lo anterior North et al 2009a, 47 y ss.).



## 6.7. Algunas reflexiones sobre el planteo del NIE y las instituciones.

El NIE ha iniciado un camino que aunque cuestionado en sus resultados (especialmente por el escaso éxito de su mala traducción en la década del 90 en América Latina) no ha perdido vigencia<sup>72</sup>. Por el contrario, el NIE ha sabido recrear sus posiciones para superar los cuestionamientos y aún no hay una posición que supere las explicaciones que brinda el este enfoque acerca de las causas del éxito o fracaso del *desarrollo económico*.

Algunas de las críticas más frecuentes recibidas por esta posición serán parcialmente expuestas más adelante en este capítulo y a lo largo de toda la investigación cuando el contexto lo demande. Lógicamente también hay una cantidad de críticas que no se mencionarán por exceder el marco de interés de esta investigación. Por el momento sólo se adelantarán algunas cuestiones –que no integran el grupo de críticas más frecuentes– y que luego se profundizarán.

El primer grupo de comentarios se vincula con el lugar secundario que North le otorga a la relación entre instituciones informales y formales. Es improbable que North no considere la relevancia de esta interrelación y de hecho, en el párrafo que sigue, y que es solo un ejemplo de muchos otros similares, parece tomarlo en cuenta debidamente:

La estructura institucional formal de una sociedad consiste en el marco constitucional concebido de forma amplia –es decir, la estructura que define el modo en que se prevé se juegue el juego político–. Mientras un análisis de la Constitución de los EE.UU. podría darnos algún grado de comprensión acerca del proceso de toma de decisiones, éste sería tan incompleto que sería de escaso valor. El modo en el que el juego es realmente jugado es consecuencia de la estructura formal, de los límites impuestos por las instituciones informales y de sus características aplicación (North, 2005, 52).

En sus más recientes trabajos sobre OAA y OAL, el autor vuelve a abordar el tema con alguna precisión adicional y explica que muchos países en desarrollo tienen instituciones formales típicas de los OAA tales como legislaturas, poderes ejecutivos,

---

<sup>72</sup> Siempre he considerado que los “Informes sobre desarrollo mundial” que anualmente publica el Banco Mundial son un excelente termómetro para medir cuáles son los aspectos en discusión sobre desarrollo en el año de su publicación. En 2017 el informe del Banco Mundial se titula “La gobernanza y la las leyes” lo que da buena cuenta de que los debates sobre instituciones siguen aún en el centro de la escena (cfr. World Bank 2017).

cortes, burocracia y elecciones, pero esas instituciones, sin embargo, “sostienen” el OAL antes de promover la llegada del acceso abierto; la explicación radica en las limitaciones informales y el acceso restringido a esas instituciones: solo las elites tienen completo acceso a ellas y dan lugar a la aparición de las instituciones informales necesarias para que las instituciones clásicas de los sistemas abiertos continúen trabajando para mantener el acceso limitado (North 2007, 31). Explica North, que el surgimiento de esas instituciones informales muchas veces no es producto de una decisión premeditada sino que se construye a partir de la pequeña corrupción y las trabas burocráticas (North 2007, 31).

Sin embargo, a pesar de la relevancia que North parece otorgarle a la cuestión, no hay una mayor profundización de este aspecto (coincide con esta opinión Waylen 2014, 217). Un estudio más agudo del modo en que las normas informales interactúan con las formales es un interesante –y tal vez necesario– paso para pensar cómo puede lograrse un cambio institucional con efecto positivo en el desarrollo. Del mismo modo, a pesar de la presunta importancia que el NIE otorga a la relación entre instituciones informales y formales, no hay una preocupación por identificar las diferentes manifestaciones de las normas informales y sus posibles diferencias en la interacción con las normas formales así como las diferentes resistencias que las primeras oponen al cambio institucional. De hecho, North, citando a Colson, explica que en ausencia de normas formales estatales, un tejido social denso lleva al desarrollo de estructuras informales con una estabilidad sustancial, si las llamamos costumbres, leyes, usos o reglas normativas parece de poca importancia (North 1990, 38, con cita de Colson 1974, 51).

Todo lo contrario parecen entender otros autores como Christina Bicchieri (2006, 2011, 2017) o Georgina Waylen (2014) para quienes la distinción entre los diferentes tipos de instituciones informales es esencial para abordar la posibilidad de generar un cambio institucional. Es en esta línea en la que este trabajo también se enrollará. Así, es a mi juicio crucial entender qué tipo de institución informal es la que interactúa con una norma formal y de qué modo se presenta esa interacción para poder reforzarla en caso de que se considere beneficiosa o modificarla –incluso a través de la sanción de normas formales adecuadas– en caso de ser disfuncional.

El NIE, como ninguna otra posición en la historia del desarrollo económico, ha otorgado a las instituciones (las reglas del juego) un lugar central en su teoría, pero aparentemente de manera paradójica –salvo algunas excepciones– no se acerca a ninguna forma de reflexión aguda sobre el derecho. Es cierto que tampoco ha habido una reacción seria desde el derecho –otra vez con algunas excepciones– que intentara

apuntalar al NIE desde la perspectiva jurídica. Creo que no es en absoluto casual que el NIE no se haya acercado de un modo más riguroso al derecho: como se verá especialmente en el Capítulo II al tratar el tema del cambio institucional, el NIE entiende que el derecho (como las otras instituciones o reglas del juego) es un producto dependiente de la matriz institucional anterior y en cuya formulación la agencia humana tiene un estrecho margen de movimiento. Así, las instituciones son fuertemente endógenas y se reproducen a sí mismas con cambios que necesariamente resultan lentos, graduales y herederos de la matriz institucional anterior. El ámbito en donde se libran las batallas del cambio institucional no es el jurídico sino el de las relaciones de poder entre las elites y la posibilidad de competencia de las organizaciones (y ambas cuestiones están limitadas por las instituciones vigentes y a la vez éstas son herederas de una matriz institucional precedente). Sobre el final de este capítulo se abordará el tema del estado de derecho y allí, otra vez, se podrá advertir este escenario: el estado de derecho no es para North y otros autores algo que se pueda “construir” o “fortalecer” desde el derecho o desde una actividad estatal dirigida a tal efecto, sino que el estado de derecho aparece cuando las elites entienden que las relaciones impersonales pueden generar una mejora en las condiciones de una facción de la elite y a la vez no ser una amenaza para la coalición dominante (North et al. 148 y ss). Si ello ocurre promoverán la sanción de instituciones formales que transformen sus privilegios en derechos para toda la elite y esto facilitará el establecimiento del estado de derecho (North et al. 148 y ss).

En síntesis, son las relaciones económicas y políticas el único sustrato del derecho (con las limitaciones de la dependencia del pasado y la endogeneidad fuerte del planteo de North) por lo que pensar en el derecho como agente del cambio institucional es, para esta teoría, algo que carece sentido. En cierto sentido el derecho funcionaría como el equivalente en informática de una “terminal gregaria<sup>73</sup>” que solo produce resultados visibles luego de procesos que le son ajenos (básicamente procesos políticos originados por la modificación de las percepciones de aquellos que tienen capacidad para influir en ese proceso político).

Esta visión del NIE será controvertida en este trabajo. Por cierto sería ingenuo pensar que la ley tanto en su contenido y su forma de aplicación, es “...sólo una técnica racionalizada para ordenar las relaciones sociales” (O’Donnell 2002, 333) y cuya formulación es ajena al producto de las relaciones de poder. Tal vez un enfoque más

---

<sup>73</sup> Se denomina terminal gregaria o tonta a las terminales de computación que solo constan de una pantalla de salida y un teclado y están conectadas a una terminal inteligente que es la que realiza el procesamiento. Estas terminales no pueden funcionar como un dispositivo independiente.

justo, el que se intentará defender aquí, es pensar que se trata de una condensación dinámica de relaciones de poder y una técnica racionalizada (mejorable según veremos) para ordenar las relaciones sociales (O'Donnell 2002, 333).

Es evidente que se han dejado de lado en estos comentarios críticos dos aspectos fundamentales: por un lado la visión acotada de desarrollo que propone el NIE; en segundo lugar, la despreocupación del NIE por las cuestiones distributivas y por la evaluación de las consecuencias reales de los modelos institucionales que presume óptimos. Ambas críticas serán profundizadas cuando se desarrollen los principales aspectos del Desarrollo Humano.

Como se adelantó estos son los comentarios iniciales que se realizarán al NIE y a la obra de North. Luego se ampliarán y se propondrán otros debates a lo largo de los títulos y capítulos que siguen a este.

## 7. LA REVOLUCIÓN DEL DESARROLLO: EL DESARROLLO HUMANO.

Para presentar las características más sobresalientes de la concepción conocida como *Desarrollo Humano* (DH) procederé de manera similar al modo en que fue abordada la introducción al NIE, esto es, se explorará principalmente a un autor, en este caso a Amartya Sen, y de manera secundaria se expondrán las perspectivas aportadas a la teoría por otros autores.

La obra de Amartya Sen es vasta y sus aportes se vinculan no sólo al mundo del desarrollo sino a otros ámbitos de conocimiento<sup>74</sup>. La mirada, sin embargo, estará dirigida aquí a las propuestas vinculadas al desarrollo y las instituciones. De manera secundaria se detendrá la atención en las restantes cuestiones cuando ellas presenten relación con el interés central de esta tesis.

Si bien no todos los aportes de Sen y el DH son completamente novedosos (algunas de sus visiones y propuestas fueron expuestas antes por Adam Smith, Nicolas de Condorcet, John Rawls o François Perroux, sólo para mencionar autores de diversas épocas y orientaciones), es dudosamente discutible que esta nueva aproximación al desarrollo es revolucionaria. En primer lugar se trata de una teoría *integral* del desarrollo en diversos sentidos: no sólo propone un concepto de desarrollo que supera

---

<sup>74</sup> Solo por mencionar algunos aportes de su trabajo vale la pena destacar su famosa explicación sobre las hambrunas (Sen 1982); su particular concepción de la desigualdad (Sen 1992b); sus trabajos sobre el valor de la democracia (Sen 2000b); su obra sobre una particular idea de justicia (Sen 2010) o la demostración de la llamada paradoja de Sen (o paradoja liberal) en la que el autor demuestra que la eficiencia óptima de Pareto es conflictiva con el modelo más básico de liberalismo y por lo tanto, no siempre eficiencia y libertad van unidas en las decisiones sociales (Sen 1995, 1999, 2010)

a los tradicionales tanto en los fines como en los medios que propone para alcanzarlo, sino que además ubica al problema del desarrollo en un ámbito que excede lo meramente económico o político y presenta una aproximación a la justicia a través del desarrollo. La lectura que se propone de Sen es que la justicia y el desarrollo son conceptos que terminan fundiéndose: una sociedad más desarrollada es, en definitiva, una sociedad más justa de acuerdo a la concepción de justicia del autor indio. Finalmente, y no menos importante, el DH aun con sus innovaciones profundas, logró seducir a los centros del desarrollo más importantes del mundo, y hoy desde el PNUD hasta el Banco Mundial promueven una visión del desarrollo que parcial o totalmente abraza las principales propuestas del Desarrollo Humano.

De acuerdo con Sen, “(e)l desarrollo puede concebirse...como un proceso de expansión de las libertades reales que disfrutaban los individuos” (Sen 2000a, 19). Esta visión “contrasta con las visiones mas estrictas del desarrollo, como su identificación con el crecimiento del producto nacional bruto, con el aumento de las rentas personales, con la industrialización, con los avances tecnológicos o con la modernización social” (Sen 2000a, 19). Con esas poderosas afirmaciones comienza *Desarrollo y Libertad*, el trabajo más importante de Sen en materia de desarrollo. Explica Sen que el crecimiento del PNB o de las rentas personales pueden ser *medios* para expandir las libertades de los individuos pero no son los *fines* del desarrollo ni los únicos medios posibles (otros medios importantes –pero tampoco los únicos– son el acceso a los servicios de educación y de atención médica o la libertad de participar en debates y escrutinios públicos) (Sen 2000a, 19).

Según el enfoque del DH la expansión de la libertad es el principal fin y a la vez el más importante de los medios para promover el desarrollo. Es decir, la libertad es constitutiva del desarrollo pero además ciertos tipos de libertades tienen una capacidad instrumental para promover otros aspectos o tipos de libertad (Sen 2000a, 16). Lo que Sen denomina “libertades constitutivas”, “reales” o “sustantivas” del desarrollo son las que en definitiva hacen posible la libertad para escoger y realizar la vida que uno tiene razones para valorar.

De acuerdo con el enfoque del Desarrollo Humano (también llamado enfoque de las capacidades) cada persona debe ser considerada como un fin en sí misma (Nussbaum 2011, 35) y por lo tanto, aquello que resulta relevante es la *vida real* que las personas pueden conseguir y no es suficiente asegurar las capacidades para una región, un país, un grupo y ni siquiera una familia sino que debe preguntarse por las capacidades de

todas y cada una de las personas (Nussbaum 2012, 557)<sup>75</sup>. Necesariamente esta concepción del desarrollo debe desprenderse de las tajantes divisiones entre países desarrollados y no-desarrollados (o cualquiera de las diversas formas de mencionar esa situación). En efecto, hay países considerados desarrollados por su alta renta *per cápita* pero en los que amplios sectores de su población tienen, por ejemplo, menor expectativa de vida que países de muchos menores ingresos *per cápita* (tal es el caso de los afroamericanos en núcleos urbanos deteriorados de EE.UU. en comparación de los habitantes de países mucho más pobres como Costa Rica, Jamaica, Sri Lanka, etc.) (Sen 2000a, 39-41).

En definitiva, el objetivo del Desarrollo Humano es que las personas consideradas en sí mismas y no de manera agregada, puedan llevar adelante la vida que tienen razones para valorar, lo que requiere que los objetivos del desarrollo estén enfocados en asegurar y expandir las libertades o capacidades humanas (en ocasiones Sen se refiere a las libertades reales o constitutivas del desarrollo y a las capacidades como sinónimos<sup>76</sup>).

¿Cómo construye el Desarrollo Humano el camino teórico hacia la consecución de sus objetivos? Se propondrá una forma sencilla de reconstruir ese camino que además intenta superar algunas inconsistencias o ambigüedades advertidas en el uso del lenguaje por parte de Sen. La reconstrucción del camino comienza con la necesidad de que se aseguren ciertas *libertades* llamadas por Sen *libertades instrumentales* que son medios para llegar a las *libertades reales* que son en definitiva el fin del desarrollo. Ya en el espacio de las libertades *reales* (también llamadas libertades constitutivas o sustanciales del desarrollo) se crean o expanden ciertas *capacidades humanas* y se llevan adelante las *realizaciones* (que son las cosas que las personas “pueden ser o hacer” y el modo en que las personas pueden “estar”). Los conceptos de capacidades y realizaciones se presentan como dos ejes interdependientes, muchas veces difíciles de distinguir.

Las realizaciones (aquello que la persona consigue ser y hacer) resultan en un conjunto de capacidades humanas y a su vez son las capacidades disponibles las que permiten arribar a lo que somos y hacemos (realizaciones). Por ejemplo, la libertad de prensa es parte de las libertades instrumentales y es sin duda un medio para promover

---

<sup>75</sup> Martha Nussbaum y otros autores prefieren denominar a esta posición “enfoque de las capacidades” (*capabilities approach*), mientras que Sen, más enfocado en cuestiones económicas en sentido amplio, utiliza la denominación de Desarrollo Humano. Nussbaum ha profundizado el enfoque desde aspectos que exceden a lo económico (o al desarrollo entendido de manera amplia) para abordar principalmente cuestiones de filosofía y filosofía política.

<sup>76</sup> Martha Nussbaum es más terminante en este sentido y afirma que para Sen “capacidades” y “libertades reales o sustanciales” son lo mismo (Nussbaum 2012, 557).

la expansión de las capacidades, pero también para ciertas personas hacer uso de esa forma de libertad de expresión puede constituir parte de la vida que tiene razones para valorar (o sea, formaría parte de sus libertades reales o constitutivas). Otro ejemplo en similar sentido se presenta entre las realizaciones y las capacidades: la libertad para elegir la vida que un valora se encuentra en el núcleo del concepto de capacidades pero es a la vez una realización (“...una de las realizaciones que puede ser considerada como particularmente importante en los estudios sobre desarrollo es la de la libertad de elegir” (Sen 1988,16)). La capacidad como libertad para elegir (que es una realización, según la cita precedente) es a la vez “...la forma de conseguir distintas combinaciones de realizaciones (o en términos menos formales, la libertad para lograr diferentes estilos de vida)” (Sen 2000a, 100)).

En los dos subtítulos que siguen se presentarán algunos aspectos más detallados de los diversos componentes del camino a los objetivos del desarrollo humano presentados en los párrafos precedentes.

### **7.1. Libertades instrumentales y constitutivas.**

Como ya se ha visto en el enfoque del Desarrollo Humano se considera que la expansión de la libertad es el *fin* primordial del desarrollo (papel constitutivo) y también el medio principal (papel instrumental) (Sen 2000a, 55). El papel constitutivo de la libertad para el desarrollo se vincula con la importancia de ciertas libertades fundamentales para el enriquecimiento de la vida humana.

El camino hacia la libertad real (constitutiva del desarrollo) requiere de otras libertades que son requisito para conseguir los fines del desarrollo, se trata de las llamadas libertades instrumentales (es decir, las libertades concebidas como *medios*). Estas son, de acuerdo con Sen, las siguientes: 1) las libertades políticas: las oportunidades que la gente tiene para determinar quién debiera gobernar y sobre qué principios; de escrutar y criticar a las autoridades, de hacer uso de la libertad de expresión y de prensa sin censura; 2) las facilidades económicas: la oportunidad de los individuos de gozar de los recursos económicos con propósitos de consumo, producción o intercambio y la disponibilidad y acceso al financiamiento en todos los niveles de inversión; 3) las oportunidades sociales: provisión de educación, salud y otras cuestiones que influyen la libertad sustantiva de los individuos para vivir mejor; 4) las garantías de transparencia: son garantías respecto a lo que se ofrece y se espera de los otros. Entre ellas encontramos las medidas contra la corrupción, la transparencia

en los negocios financieros, las leyes de acceso a la información pública, etc. y 5) la seguridad en el sentido de protección<sup>77</sup>: ella constituye una red de seguridad para cuando el sistema no funciona o las personas por diversos motivos no pueden acceder a él. Algunos ejemplos de medidas vinculadas a la seguridad en el sentido de protección son los seguros de desempleo, los suplementos salariales para indigentes, los programas *ad hoc* para combatir el hambre o programas de emergencias para generar ingresos en los sectores de población más pobre. Estas libertades instrumentales contribuyen a la capacidad general de una persona para vivir más libremente y se complementan unas a otras (Sen 2000a, 57).

En el Anexo I de este capítulo se presenta un cuadro con mayor detalle acerca de cómo se componen las libertades instrumentales y las relaciones que presentan con las libertades constitutivas.

## 7.2. Capacidades y realizaciones.

Entre las libertades fundamentales que son el objetivo del desarrollo se encuentran algunas *capacidades* elementales como, por ejemplo, evitar la inanición, la desnutrición, la mortalidad prematura o gozar de las libertades vinculadas con la lectura, la escritura, el cálculo, la participación en política, la libertad de expresión, etc. (Sen 2000a, 55). El objetivo del desarrollo es la expansión de éstas y otras libertades y la evaluación del éxito o el fracaso del desarrollo ha de inspirarse en esta consideración (Sen 2000a, 55).

Las capacidades (también identificadas como libertades fundamentales por Sen) son el conjunto de oportunidades reales u opciones a disposición de los individuos para llevar adelante la vida que tienen razones para valorar (Sen 2009, 226, 233). El hacer uso (o no) de esas opciones conduce a lo que la gente finalmente *es* y *hace* y a cómo la gente *está*, es decir, a las realizaciones.

Las realizaciones son aquello que la persona consigue ser o hacer en la conducción de su vida (Sen 2008, 271). Las realizaciones son la realización activa (aunque no necesariamente en un sentido “muscular”) de una o más capacidades (Nussbaum 2011, 25)<sup>78</sup>. Gozar de buena salud es una realización, de la misma manera que lo es

---

<sup>77</sup> En el original en inglés se las denomina *protective security* (Sen 1999, 40) y en la traducción al castellano se las llama *seguridad protectora* (Sen 2000a, 57). Sin embargo, el concepto parece quedar mejor reflejado con las expresiones “seguridad en el sentido de protección” o “seguridad protectora”.

<sup>78</sup> Nussbaum en un trabajo anterior expone la diferencia entre capacidades y realizaciones a través del ejemplo de mujeres de países árabes o de culturas tradicionales que han tenido la posibilidad de experimentar no utilizar velo y sin embargo, regresan a ese hábito; y lo mismo, mujeres que han vencido las limitaciones para trabajar fuera del hogar luego de tener esa experiencia escogen volver a las actividades domésticas respecto del trabajo fuera de la casa; pero, explica la autora, que si les está



formarse como violinista e interpretar ese instrumento, convivir con la pareja que hemos escogido, o como propone Sen, participar en la vida de la comunidad y respetarse a uno mismo (Sen 2000a, 99). Algunas realizaciones son bastante elementales como estar adecuadamente alimentado o tener una buena salud, y estas son particularmente valiosas por razones obvias. Otras, sin embargo, pueden ser más complejas pero igualmente valorables como conseguir una autoestima razonable o estar socialmente integrado. Los individuos pueden, no obstante, diferir en el valor que ellos le otorgan a las diferentes realizaciones.

Las realizaciones dependen no solamente de los bienes poseídos por la persona sino también de la disponibilidad de bienes públicos y de la posibilidad de hacer uso libremente de los bienes privados garantizada por el Estado (Sen 1988, 16).

Las realizaciones y capacidades, a pesar de su íntima ligazón, mantienen la posibilidad de no presentarse conjuntamente. El ejemplo que propone reiteradamente Sen es el de dos personas malnutridas que pueden alcanzar las mismas realizaciones (su estado de salud y de malnutrición puede ser similar y esta situación permitirles parecidas posibilidades de *ser y hacer* cosas), sin embargo, si el motivo de la malnutrición de uno de ellos es la pobreza y el motivo de la mala alimentación del segundo es uno religioso o motivado en una protesta, las *capacidades* (en el sentido de libertad para elegir) de uno y otro serán diferentes (Sen 2009, 237).

El enfoque de las capacidades humanas ha motivado una modificación en la perspectiva sobre lo que es probablemente el problema más grande del desarrollo: la pobreza. La pobreza es entendida, a partir de este aporte, como un problema que no se limita a los ingresos sino como una situación en donde se presentan condiciones generales de privación de las capacidades humanas (Sen 2000a, 37; 114 y ss)<sup>79</sup>. Por

---

permitido no usar velo o trabajar fuera de la casa, se trata de retrocesos a nivel de las realizaciones y no en el nivel de las capacidades como ciudadanas (Nussbaum 2001, 86).

<sup>79</sup> La influencia de esta posición promovida por Sen y el DH es notable y desde hace algunos años la atención está puesta en la pobreza como un problema *multidimensional* y no únicamente vinculado a los ingresos. Por ejemplo, la Relatora Especial contra la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de la ONU, define a la extrema pobreza como "una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social (A/HRC/7/15, párr. 13), en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible (véase E/CN.4/Sub.2/1996/13)" (Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona; A/HRC/21/39, 2012, 4).

En similar sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU) identificó a la pobreza como "una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" E/C.12/2001/10, párr. 8).

supuesto que existe una relación inevitable entre renta y pobreza pero se trata de una relación instrumental y no constitutiva. El enfoque centra la atención en las privaciones constitutivamente importantes y no únicamente en las instrumentalmente importantes (como la renta). Existen ejemplos de relativa baja renta que no se traducen necesariamente en una privación de capacidades y a la inversa hay comunidades relativamente opulentas –o al menos no *pobres* en el sentido de renta– pero cuyos miembros se encuentran significativamente privados de sus capacidades, es decir de la capacidad para elegir la vida que valoran y luego, llevar adelante esas capacidades como combinación de realizaciones (los judíos en Europa en el siglo XVII, gais y lesbianas durante el siglo XX, o los desocupados en Europa que tienen acceso al cobro de razonables ayudas estatales<sup>80</sup>, etc.). En el enfoque de las capacidades la pobreza es entendida como la privación de las oportunidades de elegir la vida que uno valora.

El Desarrollo Humano se ha apartado del camino tradicional que equipara fuertemente al desarrollo con el crecimiento económico, el ingreso per cápita o con la mejora en alguno de los aspectos productivos de la economía como la industrialización, la acumulación de capital, etc. Sin embargo, se considera que dentro de las enormes diferencias entre las posiciones tradicionales y el DH, es posible encontrar ámbitos de coincidencia que permiten seguir comparando al DH con otras escuelas de desarrollo. A continuación se presentarán tres pilares que permiten sostener la “comparabilidad” del DH con otros enfoques sobre desarrollo: a) la importancia del crecimiento económico en el DH; b) el papel otorgado al mercado y c) la trascendencia de las instituciones para el DH.

### **7.3. Desarrollo Humano, crecimiento económico e ingreso per cápita.**

De manera temprana Sen ha advertido sobre su distanciamiento del criterio que erige al PIB o PNB per cápita como el signo más claro y contundente del desarrollo, pero también, en contra de lo que muchos de sus críticos aducen, no parece justo achacar a este autor una despreocupación por el crecimiento económico o el nivel de ingreso per cápita. De hecho, resulta significativo que Sen al diseñar el Índice de Desarrollo Humano (IDH) haya incluido como uno de los tres factores –el que mide la riqueza o estándar de vida– al Producto Nacional Bruto (PNB) *per cápita* y luego haya utilizado también las diferencias en la renta per cápita (y en educación) para

---

<sup>80</sup> Sobre el caso de los “parados” europeos y el cobro de subsidios ver Sen (2000,122 y ss).

dimensionar la desigualdad<sup>81</sup>.

Las razones de Sen para no equiparar crecimiento económico y desarrollo son muchas y son, de algún modo, la base de la construcción de su concepción innovadora del desarrollo. En primer lugar, el crecimiento económico a secas se preocupa solamente del crecimiento del ingreso per cápita sin ingresar en la cuestión de la *distribución* del ingreso entre la población. Es posible que un país aumente sus ingresos per cápita y a la vez la distribución de estos ingresos sea más desigual, inclusive es posible que las personas más pobres vean disminuidas sus rentas en términos de ingresos reales (Sen 1988, 13)<sup>82</sup>.

Por otra parte, el PIB per cápita sólo captura los medios del bienestar que pueden ser transados en el mercado y deja afuera los costos y beneficios que no tienen un precio de mercado. No obstante que en ciertas ocasiones los bienes que están fuera del mercado son incluidos en el PIB (por ejemplo la producción de los campesinos que es utilizada para consumo propio), la evaluación que refleja el PIB es usualmente restringida a productos *que tienen mercado* o para los cuales *un precio de mercado* puede ser fácilmente establecido (Sen 1988, 14).

Sin embargo, Sen explica que no pueden existir mayores dudas acerca de que *presentes otras cuestiones adicionales* una expansión de la riqueza debe realizar una contribución a las condiciones de vida de la gente (Sen 1988, 12). Esto indica que es posible encontrar ejemplos en los que no están presentes las “otras cuestiones adicionales” y se produce crecimiento económico –y el consiguiente aumento de la renta per cápita– que no se traducen en mejoras en la calidad de vida (el parámetro que utiliza Sen para calidad de vida es en este caso la mortalidad prematura (Sen 1988, 2000a)). De este modo Sen distingue entre los siguientes binomios: economías que han sido exitosas en crecimiento económico y en mejora de la calidad de vida (incluyendo reducción de la mortalidad prematura); economías exitosas en crecimiento económico pero no en la mejora de la calidad de vida; economías que “*no han tenido mucho éxito*”

---

<sup>81</sup> Amartya Sen, junto con un grupo de expertos, diseñó el Índice de Desarrollo Humano (IDH) que realiza el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El IDH es un indicador que aunque hoy en día se ha complejizado bastante, mide básicamente tres aspectos: el ingreso *per cápita*, la expectativa de vida al nacer y el grado de educación (medido a través de los años promedio de educación esperada y los años de instrucción efectivamente recibidos). A su vez estas variables se ajustan para los diversos países por el grado de desigualdad en los ingresos y en la educación. El índice en los últimos años ha sumado dos indicadores secundarios: igualdad de género y pobreza multidimensional. También se agregan en cada edición del IDH y el reporte que lo acompaña otro tipo de mediciones que varían de acuerdo a la temática del informe. Todos los informes están disponibles en <http://hdr.undp.org/es/>

<sup>82</sup> El economista Paul Collier es uno de los varios que está en desacuerdo con Sen en este aspecto. Según Collier el crecimiento económico generalmente trae beneficios para los ciudadanos de a pie y, aunque existen, son excepcionales los casos en los cuales se produce un crecimiento económico que solo beneficia a las elites (como en Nueva Guinea Ecuatorial) (Collier, 2009, 34).

(Sen 2000a, 66) en el crecimiento económico pero sí en la calidad de vida (los ejemplos de éstas serían Costa Rica, Kerala –una provincia del sur de India– y Sri Lanka), y finalmente, economías que han mejorado en primer lugar la calidad de vida y luego alcanzado el crecimiento económico (Corea del Sur o Taiwan).

Respecto de las combinaciones anteriores, debe tenerse en cuenta que de modo consistente Sen no desvaloriza al crecimiento económico como herramienta para el desarrollo humano y es posible afirmar que el estancamiento prolongado o el decrecimiento económico no son infravalorados como obstáculos para el DH. Las economías que han logrado mejoras en la calidad de vida sin grandes éxitos en el crecimiento económico son ejemplos de países o regiones que han mantenido una tasa de crecimiento discreta pero no regresiva. Lo que sí sostiene Sen es que es posible promover políticas de mejoras en la calidad de vida sin que sea necesario un nivel de riqueza propio de las economías consideradas más desarrolladas. Sin embargo, también es Sen el que advierte que los procesos liderados por el crecimiento económico son más ventajosos que los que se promueven por las políticas sociales únicamente, pues son mayores las privaciones a las que es posible hacer frente si las rentas son elevadas (Sen 2000a, 68, 69). Los éxitos de las políticas sociales con moderados crecimientos económicos—por otra parte estadísticamente más escasos que cualquier otro de los binomios presentados—no son “modelos a seguir” según lo acepta también Sen (Sen 2000a, 69).

#### **7.4. El mercado en el Desarrollo Humano: un espacio para el ejercicio de las libertades.**

El segundo pilar que nos permite comparar al DH con otras teorías sobre desarrollo es que esta última posición, al igual que los enfoques más tradicionales, otorga un papel importante al mercado, aunque no coincidan los motivos o fundamentos que explican el lugar relevante otorgado.

Sen considera que el Desarrollo Humano, no puede estar desvinculado de la libertad de mercado, aun cuando se trate de una concepción de libertad de mercado menos radical y muy distinta a la que la que postulan por ejemplo el NIE o la teoría neoclásica. Amartya Sen considera –con expresa mención a la influencia que Adam Smith tuvo en la elaboración de su posición—que intercambiar y transar bienes y servicios constituye una de las libertades básicas que los individuos tienen razones para valorar (Sen 2000a, 23). Los mercados son medios para el crecimiento económico pero son sobre todo una arena para el ejercicio de las libertades de las personas. Esta libertad de

mercado incluye pero no se limita a la libertad de participar en el mercado laboral como una forma mantener a los individuos libres de condiciones de sometimiento o esclavitud (Sen 2000a, 23).

También en consonancia con Smith, Sen sostiene que la denegación de oportunidades para realizar transacciones, como las que provienen, por ejemplo, de los *controles arbitrarios* pueden ser consideradas como fuentes de falta de libertad (Sen 2000a, 43). Por eso se aleja Sen de los detractores de los mercados libres y sostiene que:

*Estar genéricamente en contra* de los mercados sería casi tan raro como estar genéricamente en contra de las conversaciones (aun cuando algunas sean detestables y causen problemas a otros o incluso a los mismos que conversan). La libertad para intercambiar palabras, bienes o regalos no necesita una justificación defensiva basada en sus efectos favorables, aunque distantes; forma parte del modo en que los seres humanos viven en sociedad y se interrelacionan (al menos que se les impida por ley o decreto) (Sen 2000a, 23).

Como se adelantó, la visión de la libertad de mercado en Sen no es radical, por el contrario, si bien sostiene este autor en *Desarrollo y Libertad* que resulta difícil pensar en la posibilidad de conseguir un proceso de *notable desarrollo* sin utilizar *mucho* los mercados esto no excluye la importancia de la ayuda social, la legislación o la intervención del Estado (Sen 2000a, 24. Las itálicas no obran en el original).

## **7.5. Amartya Sen y las instituciones.**

El sentido de esta segunda parte del capítulo inicial es, como ya se dijo, repasar las que se consideran las principales teorías vigentes sobre desarrollo y entender especialmente cuál es su posición respecto a las instituciones, luego en los capítulos siguientes se intentará aportar algunas ideas acerca de cómo un tratamiento diferente desde el derecho podría contribuir a generar mejores resultados en la implementación de políticas de desarrollo sustentadas total o parcialmente en reformas institucionales.

Es momento entonces de ingresar en el papel que tienen las instituciones en la obra de Sen y en el Desarrollo Humano en general. Antes, sin embargo, merece la pena una aclaración: de manera algo injusta el trabajo de Sen y de otros autores vinculados a su pensamiento ha sido generalmente excluido de los principales debates sobre la importancia o la capacidad de las instituciones para conducir al desarrollo<sup>83</sup>. La lectura

---

<sup>83</sup> Véase por ejemplo Acemoglu (2003); Acemoglu y Robinson (2012); Rodrik, Subramanian y Trebbi (2004); Sachs (2003, 2012); Sachs, Mellinger y Gallup (2001); Trubek (2006); Trubek y Santos (2006);

que aquí se propone del trabajo de Sen y del DH es que para esa corriente las instituciones tienen una relevancia significativa (aunque no son los únicos caminos o herramientas para el desarrollo como para el NIE), y por este motivo la exclusión del DH de los principales debates sobre instituciones implica la pérdida de una oportunidad para profundizar la discusión sobre instituciones en un contexto teórico diferente pero en el que éstas tienen una relevancia indiscutible.

Siguiendo el uso más difundido del lenguaje en los debates sobre desarrollo, y por ser ese sentido el que interesa en esta investigación, se continuará utilizando la palabra *instituciones* como referencia a las *reglas del juego presentes en una sociedad* (North 1995), sean ellas formales o informales y a las características de aplicación de éstas (*enforcement*).

La relación de Amartya Sen con las instituciones es algo escurridiza. El desarrollo teórico del *concepto* de instituciones es prácticamente nulo en Sen aun cuando éstas se aprecian por el propio autor como fundamentales:

Los individuos viven y actúan en un mundo de instituciones. Nuestras oportunidades y perspectivas dependen sobre todo de las instituciones que existen y de cómo funcionan. Las instituciones no sólo contribuyen a aumentar nuestra libertad, sino que su papel puede evaluarse de manera razonable a la luz de su contribución a aumentarla. La concepción del desarrollo como libertad permite evaluar sistemáticamente las instituciones.

Aunque cada observador decida centrar la atención en determinadas instituciones (como el mercado, el sistema democrático, los medios de comunicación o el sistema público de distribución) tenemos que observarlas como un todo para poder ver qué pueden o no hacer en combinación con otras instituciones” (Sen 2000a, 178).

Una referencia similar aparece su libro *La idea de la justicia* :

Cualquier teoría de la justicia tiene que otorgar un papel importante a las instituciones, de suerte que la elección de instituciones constituye un elemento central en cualquier descripción plausible de la justicia (Sen 2010, 112).

Como es sencillo observar, del primer párrafo transcrito se desprende una concepción de las instituciones más amplia que en North. Las referencias de Sen a

---

Przeworski (2004); Davis y Trebilcock (2008). En alguna medida algunos otros autores han tratado el tema de las instituciones y el desarrollo humano tal es el caso de Pistor, Haldar y Amrit (2009) o Evans (2007). Entre los pensadores que se identifican a sí mismos como vinculados al Desarrollo Humano o al enfoque de las capacidades hay por cierto trabajos que profundizan sobre la relación entre esa corriente y las instituciones pero no necesariamente en el sentido que aquí se propone (ver por ejemplo, Alkire y Deneulin (2009); Johnson 2009; Frei (2007)).

instituciones incluyen también organizaciones públicas, privadas y organizaciones no-gubernamentales (Sen 2000a, 53), oportunidades de diálogo (Sen 1999, 26), partidos políticos (Dreze y Sen 2002, 22). Por cierto, Sen también utiliza el concepto de instituciones como las reglas que están presentes en una sociedad (Sen 2000a, 26) y éste último es el sentido al que se hará referencia en esta tesis.

El desarrollo requiere del uso de muchas diferentes instituciones—el mercado, los servicios públicos, los partidos políticos los medios de prensa, etc.—Estas instituciones pueden habitualmente suplementarse y complementarse entre ellas. Desde que libertades de distintos tipos contribuyen unas a otras, una visión centrada en las libertades requiere un enfoque institucional integrado. Es necesario entonces pensar en términos de formatos multi-institucionales (Drèze y Sen 2002, 20).

La visión comprehensiva e interdependiente del proceso de desarrollo que propone el DH impide —con lógica—que se haga pie únicamente en un aspecto, como podría ser el institucional, o lo promueva por sobre otros de manera permanente. El enfoque asume la existencia una interdependencia causal para el desarrollo humano de los aspectos políticos, jurídicos, económicos, etc. (Sen 2006). Aun tomando en consideración este enfoque multicausal del desarrollo humano se sostendrá que las reglas del juego tienen en el trabajo de Sen —y necesariamente en el Desarrollo Humano—una relevancia que ubica a esta teoría del desarrollo en similar situación a las otras que se apoyan primordialmente en las instituciones, esto es, debe superar similares escollos sobre las instituciones y su capacidad para transformar que otras teorías.

Sin embargo, las reglas del juego importantes para el DH exceden en mucho a aquellas que el NIE considera cruciales. Si para el NIE el triángulo de oro se compone por las reglas sobre derechos de propiedad; características de ejecutabilidad de contratos y reducción de costos de transacción (a lo que eventualmente se podría agregar la necesidad de la imparcialidad judicial), en el caso del DH las reglas importantes son aquellas que permiten el ejercicio de una libertad de opción real y no meramente una protección de la libertad en el sentido negativo.

No obstante las importantes diferencias con el NIE, Amartya Sen coincide con North en criticar la visión clásica que prescinde de la consideración de las instituciones (formales e informales) como vinculadas al crecimiento económico. En un texto en el que revisa el trabajo de Adam Smith, el autor bengalí explica que las ambiciones de auto-satisfacción personal que llevan a intercambiar bienes al carnicero, el cervecero y el panadero (tomados del clásico ejemplo de Smith en *La riqueza de las Naciones*)

pueden *motivar* a los personajes intercambiar esos bienes; pero, más allá de las motivaciones, ese intercambio solo podrá realizarse “correctamente” dependiendo de las condiciones organizacionales. El ejemplo del carnicero, el cervecero y el panadero “...no sólo ignora el rol de los códigos morales sino que subestima la función de las *instituciones* que sostienen y promueven las actividades económicas”<sup>84</sup> (Sen 1995b, 57. La itálica obra en el original). Sen remarca la necesidad de un desarrollo institucional para el mejor desempeño de las actividades económicas y advierte que, sin embargo, ese desarrollo puede tomar tiempo (como ha resultado evidente luego de la caída del bloque soviético) (Sen 1995b, 57). Las instituciones a las que hace referencia Sen en el trabajo que se comenta son tanto las llamadas instituciones informales como las formales pues para el autor las instituciones

“...se basan en arreglos interpersonales y entendimientos compartidos que operan sobre la base de patrones comunes de comportamiento, confianza mutua y confianza acerca de los comportamientos éticos de los otros” (Sen 1995b, 57).

#### 7.5.1. *Las instituciones formales en el trabajo de Sen.*

La visión de Sen sobre las instituciones no se reduce a la relevancia antes señalada respecto del desempeño económico. La faceta más interesante que propone este autor es la concepción de las instituciones como necesarias para el proyecto integral de desarrollo entendido como libertad.

El primer gran grupo de reglas formales relevantes en la visión que propone el DH podría identificarse a partir de las necesariamente contenidas en las *libertades instrumentales*. Las libertades políticas, las facilidades económicas, las oportunidades sociales, las garantías de transparencia y la seguridad en el sentido de protección o la seguridad como protección tal como son expuestas por Sen (ver Anexo 1 al final de esta parte del capítulo) se construyen básicamente a partir de reglas formales, prioritariamente, normas jurídicas.

Lo expuesto hasta aquí permite identificar un primer grupo de importantes reglas del juego formales que son las que establecen y aseguran las libertades instrumentales. A

---

<sup>84</sup> Amartya Sen es también escéptico respecto de que únicamente la auto-satisfacción sea el motor del intercambio de bienes. Encuentra que hay otras cuestiones (códigos morales) que aparecen también en la actividad de intercambio económico y que ellas son también consideradas por Smith en otros trabajos (cuestiones tales como la compasión, la generosidad y el espíritu público) (Smith, *The Theory of Moral Sentiments* 1790, Oxford: Clarendon Press, 1975, citado por Sen (Sen, *Behavioural Ethics and Economics Achievements* 1995b)



estas debe sumarse el modo en que otras reglas –esta vez de carácter informal– interactúan con las primeras y el modo en que las normas formales son aplicadas por las autoridades. Este conjunto de instituciones, cumplen el papel instrumental del desarrollo, es decir, son el medio para que las personas puedan llegar a ejercer las libertades reales o constitutivas del desarrollo, esto es, expandir y maximizar sus capacidades (en el doble sentido antes indicado como libertad de opción para conseguir la vida real que podemos tener razones para valorar (Sen 1999, 97) y como combinación alternativa de realizaciones que la persona puede lograr y de las cuales él o ella puede escoger un grupo (Sen 2008, 271)).

La relevancia de las instituciones formales aparece en la obra de Sen en diversas oportunidades además de en la configuración de las libertades instrumentales. Una de las oportunidades en donde el autor indio ha dedicado mayor detenimiento a explorarlas ha sido en sus trabajos sobre pobreza y hambrunas (Sen 1982)<sup>85</sup>. Sin embargo, la importancia de las instituciones formales en el análisis de las hambrunas es de algún modo inverso al propuesto por el NIE: en la explicación sobre hambrunas el derecho de propiedad aparece como un ingrediente insuficiente para evitar ese fenómeno aun sin considerar la presencia de instituciones informales que interactúan con ellas o de fenómenos ilegales de otro tipo.

Si fuese posible resumir en pocas palabras el trabajo de Sen sobre hambrunas podría decirse que su tesis central es que la estructura de derechos de una sociedad es la que limita la capacidad de las personas para acceder a los bienes (entre ellos los alimentos), y no son las catástrofes naturales u otras circunstancias desafortunadas – inevitables o no– que pueden producir escasez de alimentos o crisis en el precio de estos bienes. De hecho, en muchas de las hambrunas que se han producido los alimentos lejos de escasear abundaban (como en la gran hambruna de Irlanda 1845-1849). A este enfoque Sen lo denomina el enfoque de los derechos (*entitlements approach*) y se contrapone a las explicaciones más tradicionales que ponen el acento en la caída de la disponibilidad de alimentos (*food availability decline –FAD–*) (Sen 1982)<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Las hambrunas presumen la existencia de una situación de “hambre extremo” (*starvation*) pero el hambre extremo no es identificable sin más con las hambrunas. Las hambrunas se caracterizan no sólo por el hambre extremo sino porque su aparición se produce de manera virulenta, permitiendo además la aparición de enfermedades oportunistas o contagiosas, y con un resultado de muertes significativo. Las hambrunas, por las características antes mencionadas, también se distinguen de la situación de hambre endémico (Sen 1982, 39).

<sup>86</sup> La traducción más frecuente del trabajo de Sen sobre pobreza y hambrunas utiliza las palabras “derecho” y “derechos” para los vocablos en inglés *entitlement* y *entitlements*. La traducción no es convincente pero tampoco lo es la más tradicional que sería “intitulación” o “titulación”. Se ha seguido la opción de mantener la palabra “derecho” como aparece reiteradamente en trabajos que hacen referencia a esta obra de Sen.

El enfoque de los derechos se concentra en los medios para obtener alimentos que se encuentran aceptados por el sistema legal vigente en esa sociedad y a través de este enfoque pueden explicarse tanto el hambre extremo como las hambrunas (Sen 1982, 45)<sup>87</sup>.

La propiedad sobre los alimentos es uno de los más primitivos derechos de propiedad y en cada sociedad existen normas que gobiernan este derecho. El enfoque de los derechos se concentra en los derechos de cada persona para obtener lotes de mercaderías que incluyen los alimentos; el hambre resulta del fracaso de esos derechos para permitir el acceso a un lote de mercancías con suficientes alimentos (Sen 1982, 45).

Aun cuando no sea el objetivo principal del estudio que realiza Sen, una de las conclusiones que obtiene de él es que el enfoque libertario que pone el acento principalmente en el respeto de los derechos de propiedad en el sentido más clásico y se conforma con el cumplimiento procedimental de éstos puede llevar a situaciones de grave privación de las capacidades humanas. En este sentido explica el autor que la mayor parte de las hambrunas recientes han tenido lugar en sociedades en donde reinaba la “ley y el orden” y sin presencia de factores de ilegalidad en los procesos que llevaron a las hambrunas. Por el contrario, las fuerzas del orden protegían los derechos de propiedad frente a las demandas de los que reclamaban alimentos (Sen 1982, 48).

El enfoque propuesto pone el énfasis en los derechos (normas jurídicas) que se revelan a través del mapa de intercambios existente. Hay otros factores relevantes como las fuerzas de mercado pero ellos operan *a través* del sistema legal de relaciones (derechos de propiedad, obligaciones contractuales, modos permitidos para intercambio comercial, etc). El sistema jurídico se encuentra entre la disponibilidad de alimentos y el “derecho” (*entitlement*) a los alimentos (Sen 1982, 166). En definitiva, las instituciones formales son de tanta relevancia para explicar las hambrunas que tal como concluye el ensayo que se presume le valió a Sen el premio nobel “las muertes por inanición pueden reflejar la legalidad intensamente” (Sen 1982, 166).

Esta visión parcialmente opuesta a la del NIE no tiene como conclusión final una desvalorización general de las instituciones formales para el desarrollo. Por el contrario, sobre lo que alerta el autor indio es acerca de la necesidad de contar con *otras*

---

<sup>87</sup> El enfoque deja expresamente al margen del análisis a las causales ilegales como el saqueo de alimentos y las erróneas decisiones personales que llevan a no utilizar los medios legales disponibles (por ejemplo, una rigidez en los hábitos alimenticios por la que se resiste un cambio en la dieta) (Sen 1982, 45). Sen acepta que el enfoque tiene la limitación de no incluir las posibles hambrunas producidas por medios ilegales pero también advierte que las grandes hambrunas de la historia se produjeron “dentro de la legalidad” y sin violar los derechos de propiedad establecidos en los países (Sen 1982, 49).

instituciones que no se identifican con la visión clásica del derecho de propiedad. Así, por ejemplo, si el mapa de intercambios legalmente establecido incluyera normas relativas a la seguridad social (como seguros de desempleo o el derecho a obtener un salario mínimo por trabajo prestado al Estado, ambas incluidas más tarde por Sen dentro de las libertades instrumentales) (Sen 1982, 46; 2000a, 57 y ss.) el mapa de intercambio se vería claramente modificado y se inclinaría hacia una mayor posibilidad de prevenir el hambre y las hambrunas.

Una de las conclusiones a las que arriba Sen es que jamás se ha producido una hambruna en un país libre y democrático. Las hambrunas se han producido únicamente en países bajo regímenes coloniales o gobernantes extranjeros (como la ocurrida en las Indias Británicas o en Irlanda); en regímenes con un solo partido político (como la hambruna de la Unión Soviética en 1930, en China entre 1958 y 1961 o Camboya en los años 70); o bajo regímenes dictatoriales militares (Etiopía, Somalia y Sudan recientemente) (Sen 2000d)

Con fundamento en la conclusión anterior, otro grupo de instituciones formales adquiere relevancia en el estudio de las hambrunas: las libertades políticas (la democracia, es parte necesaria de lo que Sen denomina libertades políticas (Sen 2000a, 57).

Explica Sen que la democracia puede servir para movilizar la atención política hacia los más vulnerables. Los gobernantes de una democracia tienen necesariamente que prestar atención a las expresiones de necesidad, frustración y quejas que la gente puede expresar. Las elecciones multipartidarias, el debate político abierto y la libertad de expresión han evitado que se produzcan hambrunas en países democráticos (incluso cuando estos sean muy pobres y se encuentren atravesando por situaciones alimentarias muy adversas) (Sen 2000d, Sen 2010, 342). Como ya se ha visto, las libertades políticas (como el resto de las libertades instrumentales) se establecen o aseguran a través de instituciones formales (principalmente normas jurídicas).

Se retomarán en diversas oportunidades en esta tesis otras aproximaciones de Sen o el DH a las instituciones formales, lo dicho anteriormente da sustento suficiente para los dos principales objetivos de este primer capítulo: en primer lugar, explicar la relevancia de las instituciones formales para el desarrollo humano; y en segundo término, señalar al mismo tiempo, la diferencia que Sen y sus seguidores mantienen tanto con los llamados libertarios como con el NIE sobre el valor absoluto del derecho de propiedad como la “reina” de las instituciones.

### 7.5.2. Las instituciones informales en el trabajo de Sen.

De acuerdo con Sen las oportunidades de logros no sólo obedecen a decisiones personales tomadas de manera aislada o en base a elecciones individuales (no influidas por otros), sino que también se toman en consideración las preferencias de los otros (Sen 1998). Esta influencia de *lo social* en la realización de las libertades reales es a veces simplemente la consideración de las preferencias de los otros. Pero esas “preferencias de los otros” a veces pueden constituir auténticas normas informales si se transforman en “expectativas de comportamiento de y por los otros” que generan además la posibilidad de imposición de sanciones informales a quien las incumple.

En la cita que sigue, Sen reconoce el papel de las instituciones informales que amplían la libertad y las que las restringen, así como el modo en que estas se interrelacionan entre sí y con las instituciones formales. Reconoce Sen:

...el papel de los valores sociales y de las costumbres vigentes, que pueden influir en las libertades que disfrutaban los individuos y que tienen razones para valorar. Las *normas compartidas* pueden influir en algunos aspectos sociales como la equidad de los sexos, los tipos de cuidado de los hijos, el tamaño de la familia y las pautas de fecundidad, el tratamiento del medio ambiente, y muchas otras instituciones y resultados. Los valores y las costumbres sociales vigentes también afectan a la confianza en las relaciones económicas, sociales o políticas. En el ejercicio de la libertad influyen los valores, pero en los valores influyen, a su vez, los debates públicos y las interrelaciones sociales, en los cuales influyen las libertades de participación (Sen 2000, 26 – la itálica no obra en el original).

La descripción de Sen del fenómeno de las “mujeres perdidas” (Sen, 1990, 1993, 2003), y sus agudos análisis de la desigual distribución intrafamiliar (cuyo resultado más cruel es el de las mujeres perdidas) son buenos ejemplos dentro de la obra de Sen del modo en que este autor describe la interrelación entre normas formales e informales y el modo en que las segundas “triunfan” sobre las primeras.

En el trabajo más técnico sobre desigualdades intrafamiliares, Sen aborda el modo en que estas desigualdades se producen realizando un análisis adaptado del de los *entitlements* utilizado para explicar las hambrunas (Sen 1987). La diferencia será que esos *entitlements* ya no tendrán origen en *derechos* en un sentido jurídico o posibilidades de hacer uso de *derechos*. Aquí los *entitlements*, pueden traducirse como “legitimaciones” (antes que derechos) y el mapa de intercambios posible se construye íntegramente a partir de normas informales.

Los lotes de bienes a disposición deben considerarse no para el conjunto de la familia entera sino para cada miembro del hogar y lo mismo las dotaciones (*endowments*). Respecto de estos últimos los niños llegan al hogar con una dotación de “cero” y los adultos, en muchos casos, lo único que poseen es su fuerza de trabajo para aportar a la matriz de la dotación familiar (Sen 1987, 35). Esto es especialmente así respecto de las mujeres (excepto algunas excepciones) (Sen 1987, 35).

Pero la cuestión más grave es que, muchas veces, las mujeres no acceden siquiera a poder hacer uso de su fuerza de trabajo fuera del hogar. Aquí es donde la presencia de las normas informales y su vinculación con razones económicas tiene lugar en la explicación de la diferencia en la distribución intrafamiliar. En ciertos países y/o familias persiste la vigencia de instituciones informales que vedan el trabajo de la mujer remunerado fuera del hogar. Las oportunidades de las mujeres de trabajar fuera del hogar y obtener remuneración resultan cruciales para alterar el mapa de intercambios de legitimaciones intrafamiliar (Sen 1987).

Esta ausencia de legitimación para intervenir en el mapa de intercambio intrafamiliar explica también las preferencias por nacimientos de varones antes que mujeres en ciertas familias y/o países (Sen 1987; Banerjee y Duflo 2011, 160)<sup>88</sup>.

El trabajo original de Sen sobre las mujeres perdidas concluye con la esperanzadora admisión de que las mujeres perdidas pueden recuperarse a través de políticas públicas apropiadas (Sen 1992, 588). Esta idea de Sen trae a la mesa la discusión sobre la relación entre reglas del juego formales (las que implementan políticas públicas) y las instituciones informales. A esta relación será dedicada buena parte del segundo capítulo de esta tesis.

### *7.5.3. La perspectiva comprehensiva para la evaluación de las instituciones y algunos comentarios críticos sobre el DH en la versión de Amartya Sen.*

Sen propone un enfoque para la evaluación de la bondad o justeza de las instituciones que supera a las posiciones clásicas identificadas con el utilitarismo o el enfoque libertario. La aproximación de Sen al concepto de justicia centra la atención en “...la *vida real* que consiguen los individuos (o yendo más allá, en la libertad para conseguir la vida real que podemos tener razones para valorar)” (Sen 2000a, 97).

La evaluación del grado de justicia existente será principalmente a través de las

---

<sup>88</sup> En India debe considerarse no sólo la falta de legitimación en el mapa del intercambio intrafamiliar sino que se suma la seguridad de que al momento de que esa hija se case los padres tendrán que contribuir con la “dote”. La dote fue prohibida en el año 1961 a través de una norma formal (altamente ineficaz), pues la institución informal de contribuir con la dote ha subsistido.

opciones de oportunidad disponibles (capacidades) y no de las realizaciones efectivamente alcanzadas (pues cada individuo es responsable de las elecciones que realiza y puede optar por no “hacer” o no “ser”); en sentido opuesto, si las realizaciones se logran a través de la imposición –v.gr. un Estado que obligara a todos los que tuvieran habilidades musicales a ser miembros de la orquesta nacional—tampoco reflejarían la libertad de opción para llevar adelante la vida que uno valora.

Sen critica a las posiciones libertarias, principalmente a R. Nozick y F. Hayek (y en algún sentido también a J. Rawls), por no prestar atención a las consecuencias de las instituciones y solamente poner el acento en lo procedimental; también critica la posición utilitarista por dejar de lado como información relevante a los derechos y libertades y sólo considerar el resultado de las instituciones. Para superar los problemas de los estos enfoques tradicionales, Sen propone la valoración de los “efectos comprensivos” de las situaciones. Esta propuesta comprende valorar los *procesos precisos* a través de los cuales emergen las situaciones así como los resultados o efectos de esos procesos (Sen 2010, 54)<sup>89</sup>. En concreto, el estado de cosas o el efecto de la elección sometida a examen, puede incorporar la valoración de los *procesos* y no solo el resultado final estrechamente definido (Sen 2010, 246). Una evaluación de *resultados únicamente* nos obligaría a juzgar de manera similar un genocidio en el que mueren doscientas personas, una hambruna que lleva a la muerte a la misma cantidad de gente y un imprevisto tsunami que también arrasa con esa cantidad de vidas. Una evaluación únicamente basada en los procesos probablemente censuraría el primer caso y evaluaría del mismo modo a los dos últimos (asumiendo que en el caso del genocidio, no se respetan ciertos derechos y libertades, y que en los segundos sí)<sup>90</sup>; finalmente en la propuesta comprensiva de Sen las tres situaciones deben ser evaluadas de modo diferente y las dos primeras entrañarán grados de injusticia distintos. Lo que propone Sen es entonces un enfoque deontológico pero preocupado por las consecuencias (Sen 2010, 247). En el enfoque comprensivo de Sen no es tan importante para juzgar la justicia de una situación lo que los individuos terminan haciendo como las opciones de oportunidades a su disposición (Sen 2010, 260).

El planteo anterior genera algunos inconvenientes si intentamos vincularlo con sus trabajos anteriores y especialmente con las libertades instrumentales. Recordemos que las instituciones que permiten las libertades instrumentales son un grupo de

---

<sup>89</sup> El “efecto es el estado de cosas que resulta de cualquier variable relativa a la decisión en cuestión, como una acción, una regla o una disposición” (Sen 2010, 246).

<sup>90</sup> Vale la pena recordar que una de las hipótesis de Sen sobre las hambrunas es que ellas generalmente ocurren sin la existencia de situaciones de ilegalidad masivas o generalizadas.

instituciones formales a las que Sen considera valiosas *per se* y más allá de sus resultados. Sin embargo en el desarrollo del concepto de “evaluación comprehensiva” éstas no aparecen mencionadas como si todas las instituciones requirieran una valoración de sus resultados. No queda claro si se trata de una modificación de criterio (en tal caso ya no existirían en el esquema de Sen instituciones necesarias y todas estarían sujetas a la evaluación de proceso-resultado), o por si por el contrario, las instituciones antes mencionadas como valiosas deben exceptuarse de la evaluación comprehensiva.

Por otra parte no está claro qué efectos se medirían en el intento de realizar una evaluación institucional. El problema inicial es encontrar parámetros uniformes para otorgar a los resultados de las instituciones un valor positivo, considerando especialmente que esta medición debería realizarse de una manera “no-global” sino en relación a la vida real que los individuos pueden alcanzar. Por ejemplo, la titulación de tierras en *favelas* o barrios irregulares genera por un lado mejoras en la calidad de las viviendas, aumenta la escolarización de los niños y disminuye el número de hijos por familia (Galiani y Schargrotsky 2010). Pero por otra parte, produce una disminución en el ingreso de las familias porque deben afrontar el pago de impuestos y servicios que antes no abonaban. En el ejemplo propuesto, un sector, podría otorgar mayor valor a los resultados de la titulación y otro entender que mantener los ingresos anteriores a la titulación implicaría un mejor resultado.

Finalmente cabe también el mismo comentario que fue realizado acerca del NIE sobre la falta de interés por el derecho<sup>91</sup>. No hay en el trabajo de Sen una preocupación por el *derecho* como instrumento necesario para la creación e implementación de instituciones que realizan las políticas públicas que pueden conducir al desarrollo. Si bien en muchas oportunidades Sen maneja con profundidad cuestiones vinculadas al concepto de justicia lo hace generalmente desde una perspectiva de filosofía política y las herramientas jurídicas o de teoría del derecho que propone para sus análisis suelen ser demasiado generales. Considero que para el DH el aporte que puede realizar el derecho puede ser aún más significativo que para el NIE, por lo menos por dos motivos: en primer lugar, en el desarrollo humano nada parece indicar que el derecho o las instituciones formales sean un subproducto de factores sobre los que el propio derecho no tiene capacidad de influir o un *epifenómeno* como lo denomina Przeworski en su crítica al NIE (2004, 166). No hay en Sen, por ejemplo, explicaciones vinculadas con la

---

<sup>91</sup> Una excepción a esta crítica es una conferencia que Sen brindó en el Banco Mundial en el año 2000 en el que a pedido de esa institución se refirió a los procesos de reformas legales. Más adelante se hará referencia a ese trabajo de Sen (Sen 2006).

dependencia de la historia, ni razonamientos que limiten –de un modo fuerte– a la matriz institucional anterior las posibilidades de cambio institucional, tampoco hay en el DH explicaciones deterministas en términos culturales que puedan ser entendidas como límites apriorísticos a los cambios institucionales promovidos jurídicamente<sup>92</sup>. El segundo motivo que me lleva a sostener que el derecho y la teoría jurídica pueden ser más importantes para el enfoque del DH que para otros enfoques institucionalistas es que el formato multi-institucional (Drèze y Sen 2000, 20) promovido por los primeros requiere de mucha más actividad jurídica que el “triángulo de oro” del NIE. El DH requiere no sólo que las instituciones funcionen en el sentido de incentivos sino que además presupone una actividad estatal activa, un conjunto de *políticas públicas* que deberían funcionar adecuadamente para cumplir su cometido (como la seguridad en sentido de protección, los programas para incluir en el mercado a las personas de menores recursos, el acceso a la salud, la educación y al financiamiento en todos los niveles, para mencionar algunos casos claros). Esas políticas públicas o programas estatales se implementarán mediante complejos conglomerados de normas formales que merecen ser consideradas desde una perspectiva jurídica para evitar que fracasen.

#### 8. PUNTOS DE ENCUENTRO Y DESENCUENTRO ENTRE EL DESARROLLO HUMANO Y EL NIE.

A lo largo de las páginas anteriores se han señalado diversas diferencias entre las dos escuelas que presentan mayor interés para esta investigación. En las líneas que siguen se agregarán otras, sin intención alguna de exhaustividad, pero además este ejercicio comparativo reaparecerá también más adelante al evaluar, por ejemplo, los modelos de cambio institucional propuestos por unos y otros (Capítulo II, última parte).

Las diferencias principales entre el DH y el NIE son las que se vinculan con la concepción del desarrollo y por lo tanto, no hay acuerdo sobre cuáles son los *finés* que deben proponerse al pensar políticas de desarrollo. También los medios para alcanzar esos fines son claramente divergentes. De todos modos, hay algunos acuerdos entre

---

<sup>92</sup> Me refiero específicamente a una corriente de pensamiento que, probablemente como reacción crítica a los fracasos del Consenso de Washington, promueve la idea de que el estado de derecho o los cambios institucionales formales no pueden tener mayor influencia dentro de algunos ámbitos culturales. Uno de los trabajos más discutidos dentro de este grupo es el de Samuel Huntington, quien en su libro *Who Are We?* (Huntington 2005) sostiene que el grado de desarrollo alcanzado por EE.UU. tiene origen de manera primordial en los rasgos culturales y religiosos compartidos (el anglo-protestantismo) y tiene poco vínculo con la organización política definida por la Constitución y con las restantes instituciones de ese país. Sin embargo el grueso de los autores, lejos de ocuparse de la excepcionalidad americana, han dedicado su estudio a las culturas de los países en vías de desarrollo para concluir, en igual sentido, que poco sentido tienen las reformas legales en determinados ámbitos culturales. Una compilación interesante de trabajos sobre ese tema puede verse en Harrison y Huntington, *Culture Matters* (2000) a la que Sen respondió agudamente en su trabajo “How does Culture Matters?” (2004) .



ambas teorías y estas coincidencias –aunque sean parciales– son las que permiten que ambas tendencias coexistan en las grandes líneas directrices y en el corazón de muchos programas de desarrollo.

Uno de los acuerdos parciales entre ambas corrientes es que las dos entienden que el crecimiento económico es necesario para el desarrollo. Sin embargo, como debe haber quedado claro de la lectura de las páginas anteriores, para el NIE, el crecimiento económico es uno de los fines principales del desarrollo (si no el principal) mientras que para el DH es sólo uno de los medios para conseguir la vida real que las personas tienen razones para valorar.

Esta divergencia entre el carácter de medios y de fines que ambas teorías asignan a distintos factores se reitera en muchas áreas aunque de modo inverso: así, para el DH la igualdad de género es uno de los fines (o libertades constitutivas) del desarrollo, mientras que para el NIE es tal vez parte de una “economía inteligente” que podría generar mayor crecimiento económico<sup>93</sup>. Algo similar sucede con la educación y la formación de las personas, que en el DH integran los fines del desarrollo además de contribuir (como medios) al crecimiento económico<sup>94</sup>. Esta coincidencia-divergencia entre ambas corrientes es la que, en parte, permite que ambas tengan una aceptación simultánea en los grandes centros promotores del desarrollo. Si bien obviamente la diferencia entre medios y fines señalada anteriormente puede promover diferencias entre los objetivos de los programas o respecto de detalles significativos, las coincidencias en cuanto a la importancia de los factores (p.ej. la educación) permiten la promoción de programas que abarcan los intereses tanto de quienes se alinean prioritariamente con la visión institucionalista como de quienes se acercan al enfoque de las capacidades humanas.

Ninguno de los autores estudiados reniega de la posibilidad de que el cambio institucional sea llevado a cabo a través de financiamiento externo (ver en este sentido Sen 2006b). Si bien otros autores total o parcialmente identificados con el NIE cuestionan fuertemente al financiamiento externo como herramienta para el desarrollo (entre otros Easterly 2008, 2006, 2002; Moyo 2009), no parece ser ese el caso de North

---

<sup>93</sup> “Economía inteligente” es un concepto que utiliza el Banco Mundial en su informe sobre desarrollo (Banco Mundial, 2012).

<sup>94</sup> Explica Sen que: “Hoy en día, se reconoce en forma casi unánime la importancia del capital humano en el desarrollo económico... (L)a ampliación de la capacidad del ser humano tiene importancia directa e indirecta para conseguir el desarrollo. Indirectamente, permite estimular la productividad, elevar el crecimiento económico, ampliar las prioridades del desarrollo y contribuir a controlar razonablemente el cambio demográfico; directamente, afecta el ámbito de las libertades humanas, del bienestar social y de la calidad de vida, tanto por su valor intrínseco como por su condición de elemento constitutivo de este ámbito” (Sen 1998, 89).

quien sostiene que la ayuda externa podría ser efectiva en áreas como educación, salud o justicia, si está eficientemente diseñada con el propósito de transferir conocimiento y habilidades a la población residente en el país receptor de la ayuda (North 2005, 165).

Un último punto de encuentro merece ser mencionado: tanto en un enfoque institucionalista *puro* como el del NIE como en un enfoque institucionalista *híbrido* o *mixto*, pareciera que resulta inevitable la consideración de que mejores estándares de estado de derecho resultarán mejores condiciones para el desarrollo económico y humano. Sin respeto por el estado de derecho las instituciones formales dejan (o pueden dejar en cualquier momento por el mero arbitrio del gobernante o por el incumplimiento masivo por parte de los habitantes y no por otras reglas) de ser las reglas del juego. Sin estado de derecho no hay posible fundamento institucional para el desarrollo. Por este motivo todas las teorías que, de un modo u otro, han reconocido el valor de las instituciones en el desarrollo económico y/o humano han hecho especial hincapié en el respeto del estado de derecho. Esto no significa, sin embargo, que las diversas escuelas de pensamiento coincidan en qué significa “estado de derecho” excepto en sus rasgos más elementales.

#### 9. LA POSICIÓN “PRO-AYUDA INTERNACIONAL”.

Tal como se adelantó, el desarrollo en el siglo XXI se integra con diferentes enfoques y permite arribar a lo que se ha llamado un “consenso no monolítico”. Se han presentado dos de las principales perspectivas que integran ese consenso (el NIE y el DH) y resta presentar la última de las visiones que se estiman con más influencia teórica y práctica. A esta última, sin embargo, le será dedicado menor espacio y profundidad por una única pero poderosa razón: se trata de una postura que asume que las instituciones son un problema (o solución) secundario para el desarrollo. La visión institucional es escasa y muy resistida dentro de este enfoque. No obstante esta diferencia –que resta interés para esta investigación– es importante dejar en claro que esta visión del desarrollo que pone el acento en la cooperación internacional tiene un importante nivel de influencia práctica y sus fundamentos generan algunos de los debates teóricos más interesantes en la actualidad.

La cooperación internacional como eje central del desarrollo es una de las perspectivas más tradicionales de esta disciplina y –a pesar de sus diferencias radicales– conjuntamente con los enfoques que postulan al mercado como único motor

del desarrollo son visiones que pueden ser consideradas ortodoxas si se las compara con otras como el estructuralismo latinoamericano o el desarrollo humano.

La promoción de la cooperación internacional como columna vertebral del desarrollo ha sido fuertemente impulsada desde hace algunos años por el economista Jeffrey Sachs que sostiene que las causas del subdesarrollo y el fracaso del crecimiento económico se vinculan con ciertas condiciones geo-políticas y en mucha menor medida con cuestiones institucionales<sup>95</sup>. Explica Sachs que entre las 28 economías categorizadas por el Banco Mundial como de altos ingresos sólo Hong Kong, Singapur y parte de Taiwán se encuentran en zonas tropicales (y sólo representan el 2% de la población habitando en países de altos ingresos) (Sachs, Mellinger y Gallup 2001, 73)<sup>96</sup>. Continúan afirmando estos autores que casi todos los países ubicados en zonas templadas tienen ingresos altos o medios (incluidos los países que formaron parte del bloque soviético). La hipótesis, de acuerdo con estos autores, se ve comprobada en países que tienen ambos tipos de clima como Brasil, cuyo territorio más extenso y pobre se encuentra en zonas tropicales mientras que la parte más rica de esa nación es el sur que ya se ubica en zona templada (Sachs, Mellinger y Gallup 2001).

Según Sachs la ubicación geográfica no es determinante *per se* para el desarrollo y el crecimiento económico, sino que son las condiciones que ésta genera para la productividad: la cercanía a los trópicos se vincula con la presencia de ciertas enfermedades como la malaria o el cólera y se corresponde por lo general con la presencia de suelos infértiles para la agricultura. Más allá del problema de la cercanía a los trópicos, la falta de salida al mar o la extrema altitud de su territorio serán también factores que pueden influir en la capacidad de desarrollo. Las causas que mantienen a África Subsahariana atrapada en la pobreza son: el aislamiento geográfico, la baja tecnología disponible para la producción, las enfermedades y la limitación de recursos (Sachs 2003, 38). Para Sachs, es necesario en África Subsahariana, combatir el HIV, la tuberculosis y la malaria; solucionar la pérdida de nutrientes en las tierras; y mejorar la infraestructura construyendo más carreteras para conectar poblaciones remotas a los mercados regionales y a los puertos (Sachs 2003, 38). Esos países no han podido generar instituciones razonablemente eficientes para la productividad porque los

---

<sup>95</sup> La posición de Sachs es muchas veces identificada como la “hipótesis geográfica”. Entre otros así la identifican Acemoglu y Robinson y Adam Przeworski (Acemoglu y Robinson 2012, 48, Przeworski 2004)

<sup>96</sup> Sachs y sus colegas excluyen los países con menos de 2 millones de habitantes por lo que muchas naciones quedan excluidas de su evaluación. La lista actual no ha variado significativamente respecto de lo que Sachs explica, con excepción de la incorporación a la categoría de altos ingresos de los países que integran el Consejo de Cooperación para los Estados Arabes del Golfo muchos de los cuales se encuentran entre los trópicos (los países clasificados en 2017 como de altos ingresos pueden verse en <https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519>. Visitado el 5 de diciembre de 2017)

estados no han logrado formar un poder centralizado que pueda mantener la paz, construir infraestructura, asegurar el cumplimiento de los contratos cuando estos incumplen, y proveer otros bienes públicos. No hay posibles instituciones productivas en un contexto como el descripto (Sachs 2012, 144).

La solución que propone Sachs para afrontar los problemas geo-políticos que generan el subdesarrollo es la necesidad de que los países ricos cooperen con los países pobres de diversas maneras, pero especialmente mediante ayuda financiera para solucionar algunas de las trampas en las que estos están inmersos.

La contienda de Sachs con los institucionalistas no es sólo sobre los orígenes de los fracasos del desarrollo sino especialmente, sobre el modo de alcanzar las soluciones. Jeffrey Sachs sostiene que el institucionalismo resulta atractivo para muchas posiciones, ya que a través de él se atribuyen los altos niveles de ingresos en EE.UU., Europa y Japón a su supuesta superioridad institucional y se desvincula al mundo “rico” de sus responsabilidades financieras para con los países más pobres. Para Sachs, la ayuda internacional es fundamental para poder salir de la trampa de la pobreza<sup>97</sup> (Sachs 2003, 38). Por el contrario, para los interlocutores de Sachs en este debate, los fracasos del desarrollo son producidos por fallas institucionales y no por falta de recursos<sup>98</sup>. Muchos de los argumentos en respuesta a Sachs de los neo institucionalistas apuntan a que los recursos financieros destinados a gobiernos débiles, autoritarios, corruptos y hasta en ocasiones financiadores de conflictos armados, implican una profundización de las causas que impiden el desarrollo y no generan los incentivos esperados. Primero es necesaria una reforma institucional y recién luego, la ayuda económica tendrá algún sentido.

Ahora bien, la discusión adquiere muchos más matices cuando los problemas bajo análisis no se encuentran entre los casos más severos de estancamiento económico o bajo desarrollo humano. La situación de América Latina en general es de aquellas en las que la discusión puede tener más posibilidades de encontrar puntos de acuerdo. Las “trampas” geográficas en las que tanto insiste Sachs no son una característica fundamental de la región (tal vez la excepción sea el E.P de Bolivia). Se estima que en América Latina los problemas más significativos son institucionales, con excepción de

---

<sup>97</sup> Se conoce como trampa de la pobreza a un mecanismo por el cual la propia pobreza de una sociedad, de una persona o de una familia, retroalimenta el fenómeno e impide salir de él. Hay quienes consideran superar la trampa de la pobreza como esencial para promover el desarrollo (Sachs) y otros quienes directamente niegan que exista un mecanismo como el de la trampa de la pobreza (por ejemplo William Easterly, de quien se pueden consultar varios trabajos en ese sentido (Easterly 2008, 2006, 2002).

<sup>98</sup> La ayuda financiera internacional a la que se refiere Sachs no incluye los préstamos del BM o del FMI, sino que se trata básicamente de ayuda bilateral entre países realizada en forma de préstamos sin intereses o con intereses menores a los del mercado (*concessionary loans*) o subvenciones no reembolsables (Cypher y Dietz 2004, 583).

Haití ningún país de la región integra el “Club de la Miseria” y aunque algunos países tienen una geografía más generosa que otros, lo que casi todos comparten son gravísimos problemas de incumplimientos generalizado de normas, normas informales disfuncionales omnipresentes, corrupción, inestabilidad institucional, un frágil estado de derecho, y una enorme cantidad de instituciones formales no-inclusivas<sup>99</sup>.

La posición reseñada brevemente en esta sección es la que dio buena parte de los fundamentos a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que constituyeron auténticos desafíos que muchos países (con ayuda y contralor de organizaciones civiles nacionales e internacionales) asumieron de una manera seria y genuina. Por otra parte, gran parte de la financiación y de la cooperación internacionales que se produjo al inicio de este milenio se destinó a que los países lograsen cumplir con esos objetivos.

### *9.1. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000-2015) y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030). Breves consideraciones.*

Las agencias y organizaciones internacionales, sin excepción, tuvieron entre sus objetivos colaborar con el cumplimiento de los ODM y hoy lo hacen con relación a los ODS. Alcanzar esas metas se ha convertido en parte importante de lo que significa el desarrollo en estas primeras décadas del milenio.

Los ODM y los ODS tienen sutiles puntos de coincidencia con el DH y muchas diferencias en cuanto a la metodología y planteos teóricos, sin embargo, el fuerte consenso cosechado por los ODM y los ODS corrobora que el desarrollo en el siglo XXI es mucho más que crecimiento económico, que los mercados o las fuerzas privadas no resultan suficientes para asegurar bienes básicos como la educación y salud, y que el bienestar de las personas cualquiera sea el país que habitan está en el centro de los objetivos a conseguir.

En el interés de esta investigación no es central la cuestión de los ODM y los ODS básicamente porque ellos son un conjunto de objetivos y metas muy concretos que, aunque indudablemente vinculados con el desarrollo, no se asumen como teorías

---

<sup>99</sup> Collier en su libro *El Club de la Miseria* ubica dentro de la lista de países que lo integran tanto a Haití como a Bolivia y también menciona a Cuba como un caso muy particular en donde los bajos ingresos *per capita* conviven con estándares elevados en salud, educación y equidad (Collier 2009, 28). Sin embargo, Bolivia ha mejorado su actividad económica y reducido la pobreza sustantivamente en los últimos años. La pobreza y la indigencia, por ejemplo, han disminuido en Bolivia de modo muy alentador: alrededor de 2002 había un 48% de pobres de los cuales 18% eran indigentes; alrededor de 2009 la cifra de pobres había disminuido a 32,6% y la de indigentes al 11,9% de la población; finalmente en 2013 la pobreza afectaba al 22,3% de la población y la indigencia al 7,4%. No hay datos más actualizados para ese país en la fuente consultada (Fuente CEPAL. Disponible en [http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil\\_Nacional\\_Social.html?pais=BOL&idioma=spanish](http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=BOL&idioma=spanish). Consultado el 5 de diciembre de 2017).

completas sobre el desarrollo ni proponen un modelo teórico vinculado de algún modo con la relevancia de las instituciones. Como se adelantó, detrás de los ODM se advertía de un modo bastante claro la presencia de la corriente de pensamiento promovida por Jeffrey Sachs y otros autores que he identificado más arriba con la posición “pro-ayuda internacional” y que otros han denominado la “hipótesis geográfica”.

Varias cuestiones me han llamado la atención acerca de los objetivos excluidos de los ODM algunos de estos, no casualmente a mi entender, son la ausencia de todo objetivo vinculado con cuestiones institucionales y de buena gobernanza; la ausencia de un objetivo relacionado con el crecimiento económico (¿cómo sería posible hacer perdurables los objetivos sin crecimiento económico? ¿solamente a través de la ayuda internacional?) y finalmente, la omisión de toda consideración sobre las libertades individuales. En definitiva, los ODM parecían –con alguna excepción como la preocupación por la igualdad de género o la sostenibilidad ambiental– una versión *aggiornada* de las políticas de desarrollo vinculadas con la satisfacción de las necesidades básicas que promovió el Banco Mundial durante la década de 1970.

Son muchas las críticas que han recibido los ODM y ellas provinieron de posiciones tan disímiles como las de William Easterly (Easterly 2008, 2006, 2002) o Thomas Pogge (Pogge 2004). Muchas de esas críticas reflejan una parte interesante del debate actual sobre desarrollo, especialmente acerca del debate sobre si la ayuda financiera internacional es un camino razonable para el desarrollo o si sus consecuencias son, en definitiva contraproducentes<sup>100</sup>.

La llegada de los ODS en 2015 supuso un cambio cualitativo y cuantitativo tanto en los objetivos en sí mismos como en los compromisos asumidos y la metodología utilizada. Los ODM habían sido diseñados mayormente por un grupo de técnicos de la ONU, en consulta con expertos externos y pensados sólo para los países en vías de

---

<sup>100</sup> Si bien detenernos en la cuestión desviaría la atención de lo que resulta más central para esta tesis, es interesante, al menos, exponer mínimamente cuál es el núcleo de este debate. El prolífico debate sobre ayuda financiera tiene como representantes más paradigmáticos a los profesores William Easterly y Jeffrey Sachs (cada uno en un extremo de las posiciones discutidas); pero también hay otros autores, como Paul Collier o Dambisa Moyo, que plantean posiciones intermedias y en ellas muchas veces introducen interesantes vías de escape para lo que parece la discusión sin fin sobre ayuda internacional. Easterly sostiene que la ayuda internacional no solo evita que la gente busque soluciones a sus problemas, sino que además corrompe las instituciones y crea y alimenta una casta de burócratas internacionales y de ONG's que tienden a perpetuarse. Por eso a menudo sostiene que los países ricos tienen mercados y los pobres tienen burócratas. sostiene que la ayuda internacional es no solo ineficaz, sino que además es perjudicial: “La gente responde a incentivos. Piense en los incentivos que tienen quienes reciben ayuda extranjera. Ellos invertirán en el futuro si tienen altas tasas de retorno por esas inversiones. No hay razones para pensar que la ayuda brindada solo porque los que la reciben son pobres cambiará los incentivos para aumentar las inversiones. La ayuda no aumentará las inversiones; se utilizará para aumentar el acceso a los bienes de consumo” (Easterly 2002, 39).

desarrollo. Como adelanté, el gran motor de los ODM era la ayuda que se recibiría de los países de ingresos altos. Los ODS, por el contrario, fueron el resultado de un largo proceso en el que intervinieron múltiples grupos de trabajo, con la participación de muchos actores relevantes incluidos los Estados, organizaciones internacionales y locales, organizaciones no gubernamentales y académicos.

Los ODS, además de ser más ambiciosos en el número de objetivos y metas que los ODM, incorporan preocupaciones vinculadas con cuestiones institucionales y de crecimiento económico que contrastan con las omisiones señaladas respecto de los ODM. Así, por ejemplo, los ODS incorporan como objetivo Nro. 8 el “Trabajo decente y el Crecimiento Económico”, el objetivo 10 se vincula con la reducción de las desigualdades, y el objetivo Nro. 9 con la construcción de infraestructuras resilientes, la promoción de la industrialización inclusiva y sostenible y el fomento de la innovación. Finalmente, el Objetivo Nro. 16 bajo el título de “Paz, Justicia e Instituciones sólidas” recoge de manera directa algunas preocupaciones vinculadas con las instituciones y el buen gobierno, y en sus metas establece, entre otras cosas, “promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”, “crear instituciones eficaces, responsables y transparentes a todos los niveles”, “reducir sustancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas” y “garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”.

Por la amplitud de sus objetivos y metas, los ODS podrían pensarse como un catálogo destinado tanto a países desarrollados como a aquellos en vía de desarrollo. Sin embargo, aunque nada ni nadie niega que los ODS son objetivos a nivel global, si se atiende a la forma en que están redactadas especialmente las metas de cada objetivo se advierte que la dirección de las acciones tendrá primordialmente en la mira a los países en vías de desarrollo. Esta decisión de continuar enfocando los grandes problemas del desarrollo sólo hacia los países emergentes supone la pérdida de la oportunidad de romper con la visión clásica del desarrollo en donde los países de altos ingresos quedaban acriticamente fuera del ámbito los problemas del desarrollo<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Explica Sen, por ejemplo, que los afroamericanos que viven en EE.UU. tienen menos probabilidades en términos absolutos de llegar a la edad adulta que los habitantes de muchas sociedades del tercer mundo y concluye que "Si el análisis del desarrollo es relevante incluso en el caso de los países más ricos (en este libro sostenemos que en realidad lo es), puede considerarse que la presencia de esos contrastes entre los grupos dentro de los países más ricos es un importante aspecto para comprender el desarrollo y el subdesarrollo (Sen 2000a, 21)

## 10. ¿QUÉ SUBSISTE EN EL SIGLO XXI DE LOS RASGOS PRINCIPALES DEL DESARROLLO?.

El consenso sobre la pluralidad de teorías que podrían generar desarrollo y ciertos aprendizajes que han dejado los fracasos, han permitido la ruptura con algunos de los rasgos tradicionales del desarrollo señalados en las primeras páginas de este capítulo. Estos cambios se perciben tanto en la práctica (en los programas de desarrollo) como en las teorías que dan sustento teórico a los programas y proyectos. Los que interesan a esta investigación son los siguientes:

a) Desde la caída en desgracia del llamado Consenso de Washington existe una tendencia a aceptar que los procesos de desarrollo guiados *desde dentro* de cada economía tienden a producir mejores resultados que aquellos impuestos desde fuera a través de condicionalidades o programas inflexibles. Así, las características tuitivas – que con diferentes modalidades se entendieron como necesarias para el desarrollo desde la transformación de las colonias en mandatos–, tienden a moderarse aunque no han desaparecido. Lo que ha cambiado es el grado de autonomía de los países para decidir sus propias políticas de desarrollo aun cuando los fondos provengan de instituciones financieras internacionales o agencias nacionales de ayuda financiera a terceros países.

b) Lo dicho en el punto anterior no significa un regreso al pre-desarrollismo cuando, se recuerda, el progreso económico era un asunto interno de cada Estado en el que los otros países o la comunidad internacional no tenían razones para involucrarse. La idea de que el desarrollo puede y en algunos casos *debe* promoverse con ayuda externa, continúa estando en el centro de las políticas de desarrollo. Si bien la ayuda financiera es objetada seriamente por diversos autores (ver por ejemplo, Easterly 2008, 2006, 2002) estas posiciones no han influido seriamente en la actividad de las Instituciones Financieras Internacionales promotoras del desarrollo (BM, FMI, BID, etc.) ni en la actividad de las agencias nacionales que se dedican a financiar proyectos en terceros países (USAID, UKAID, etc.). Por el contrario, la ayuda financiera internacional y el compromiso de los países desarrollados para con los más pobres fue uno de los pilares de los ODM (aunque en la práctica no se hayan completado los aportes comprometidos) y es actualmente el Objetivo 17 de los ODS.

c) La tendencia de los programas de desarrollo es a promover la participación de las personas que serán de algún modo impactadas por esas medidas. En este sentido, la clásica formulación de programas de arriba hacia abajo, se ve alterada por una tendencia –no siempre conseguida en la práctica pero sí valorada en la teoría– hacia la



formulación de propuestas y toma de decisiones en un marco de mayor participación de las personas afectadas. Asimismo, el conjunto de *actores* del desarrollo se ha ampliado considerablemente: ya no son únicamente las IFI; las organizaciones internacionales (por ejemplo, ONU, UE, OEA) o las agencias de ayuda nacionales las que marcan la marcha del desarrollo. Hoy en día el desarrollo también concierne a ONG's, *think tanks*, universidades, fundaciones privadas (como "Open Society" o "Bill and Melinda Gates Foundations"). Esta diversificación en la distribución de recursos e ideas obedece parcialmente a la actual concepción del desarrollo vinculado primordialmente al bienestar real de las personas y no únicamente a aspectos macroeconómicos.

d) Quedan prácticamente pocos resabios de los rasgos *evolucionistas* en las nuevas corrientes de pensamiento sobre desarrollo. En el NIE, tal como es formulado en los últimos trabajos por North, podría aparecer alguna cercanía con el pensamiento evolucionista pero, sin embargo, no se mantienen en la propuesta del economista estadounidense los mismos rasgos de inevitabilidad y no regresividad que se señalaron sobre las corrientes de desarrollo clásicas y en la escuela de la modernización (North et al. 2007, 2009). Las coincidencias con la visión evolucionista se reflejan únicamente en la descripción de la necesidad de superar un estadio para alcanzar el siguiente y en la descripción de esos estadios con pretensión de universalidad.

e) Finalmente, el desarrollo en el siglo XXI comparte en gran medida (con exclusión de la teoría que he llamado "pro-ayuda internacional") una preocupación por las instituciones y el modo en que estas funcionan y se transforman. Los programas de financiamiento del desarrollo continúan, en buena medida, promoviendo reformas institucionales. Es evidente que se ha superado la etapa del monocultivo institucional descrita por Peter Evans (Evans 2007) y las preocupaciones institucionales exceden (aunque no siempre excluyen) a las que integraron aquellas estrategias de desarrollo.

## Anexo 1- Libertades instrumentales y sus relaciones

Libertades Instrumentales	Núcleo	Otras cuestiones incluidas	Principales relaciones con otras libertades en la obra de Sen
<b>Libertades Políticas</b>	Derechos Civiles y Políticos <sup>102</sup> .  Oportunidades que la gente tiene para determinar quién debiera gobernar y sobre qué principios.	Posibilidad de escutar y criticar a las autoridades, libertad de expresión sin censura.  Posibilidades de diálogo político, disenso y crítica.	Históricamente no ha habido hambrunas en regímenes democráticos y respetuosos de la libertad de expresión.  Incrementa las capacidades en el sentido de libertad de opción y posibilita la realización de diversas realizaciones.
<b>Facilidades Económicas</b>	Oportunidad de los individuos de gozar de los recursos económicos con propósitos de consumo, producción o intercambio.  La cuestión distributiva se suma a las oportunidades anteriores (agregativas).  Incentivos para las inversiones.	Disponibilidad y accesibilidad al financiamiento para emprendimientos a gran escala y para pequeños emprendimientos.	La libertad de mercado como arena para el ejercicio de las libertades sustantivas.  El crecimiento económico es fuente de ingresos para el Estado y ello sirve para mejorar otras libertades instrumentales como las oportunidades sociales y la seguridad en el sentido de protección.  Incrementa las capacidades en el sentido de libertad de opción y posibilita la realización de diversas realizaciones.
<b>Oportunidades Sociales</b>	Acceso a la salud, educación y otras cuestiones que influyen la libertad sustantiva de los individuos para vivir mejor.  Reducción de la mortalidad prematura.	Reducción de los índices de natalidad en los países en los que se requiere.	Es importante para la conducción de la propia vida y para una más efectiva participación en actividades políticas y económicas.  El control de la natalidad contribuye a reforzar la posibilidad de las mujeres de acceder a educación.  Resulta fundamental para la prevención de las hambrunas.  Incrementa las capacidades en el sentido de libertad de opción

<sup>102</sup> En la versión original de *Desarrollo y Libertad* en inglés (*Development as freedom* (Sen 1999)) se utiliza la expresión *civil rights*, lo que fue traducido en la edición castellana como *derechos humanos*. El concepto de derechos humanos excede, sin embargo, al de derechos civiles pues no sólo los supone sino que también abarca derechos económicos, sociales y culturales; un sistema de atribución de responsabilidad para los Estados infractores de estos derechos, y un conjunto de principios interpretativos enunciados por los tratados más importantes de derechos humanos y/o provenientes de la costumbre internacional y/o de las interpretaciones reiteradas de los órganos de aplicación de los tratados, que tampoco están recogidos en el concepto de derechos civiles. Por otra parte, el concepto de derechos civiles —especialmente tal como se utiliza la expresión en EE.UU.— abarca también los derechos políticos y por ello se han colocado ambos en el cuadro de las libertades instrumentales.

			y posibilita la realización de diversas realizaciones.
<b>Garantías de Transparencia</b>	Libertad de tratar con otros bajo garantías de publicidad y claridad. Se construyen sobre presunciones básicas en relación a lo que se ofrece y se espera de los otros.	Incluye el derecho de divulgar información.	Previene la corrupción, la irresponsabilidad financiera y los negocios oscuros.  Se vincula con las libertades políticas y la capacidad de acceder a facilidades económicas.  Incrementa las capacidades en el sentido de libertad de opción y posibilita la realización de diversas realizaciones.
<b>Seguridad en el sentido de protección</b>	Requiere proveer una red social de protección y prevención.  Son necesarios ciertos ajustes institucionales <i>fijos</i> (creados por medio de leyes) tales como seguros de desempleo o suplementos salariales para indigentes así como programas <i>ad hoc</i> para combatir el hambre o programas de emergencias para generar ingresos en los sectores de población más pobre.		Resulta fundamental para la prevención de las hambrunas.  Incrementa las capacidades en el sentido de libertad de opción y posibilita la realización de diversas realizaciones.

### TERCERA PARTE. ESTADO DE DERECHO, SEGURIDAD JURÍDICA Y UNA INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE LA (IN)EFICACIA DE LAS NORMAS.

#### 11. ESTADO DE DERECHO Y DESARROLLO.

El estado de derecho (ED) se asocia desde hace algunas décadas a casi todos los sucesos positivos que pueden esperarse del desarrollo: desde el crecimiento del PIB *per cápita* hasta el aumento de las inversiones extranjeras y el comercio internacional, hasta la mejora en el respeto por los derechos humanos o el descenso de la mortalidad infantil (Pistor, Haldar y Amrit 2009, 241)<sup>103</sup>. El Neo Institucionalismo Económico (NIE) y el Desarrollo Humano (DH) también sostienen, cada uno desde una perspectiva propia, que el fortalecimiento y respeto del ED es fundamental para la consecución de los objetivos que cada una de estas corrientes de pensamiento asocian al desarrollo.

La idea de que el ED es de crucial importancia para el desarrollo ha ganado un grado tal de aceptación en los últimos años que los viejos debates sobre derecho y desarrollo (algunos de ellos presentados en la segunda parte de este capítulo) han sido prácticamente sustituidos por debates sobre ED. De hecho, los antes llamados programas de “derecho y desarrollo” fueron renombrados desde mediados la década de los 80’ como programas de fortalecimiento del estado de derecho. La relación entre el derecho y el desarrollo se movió desde la periferia hacia el corazón del desarrollo. El ED se transformó no sólo en un instrumento para el desarrollo sino en un objetivo del desarrollo (Trubek y Santos 2006, 1).

Como se adelantó, tanto para el NIE como para el DH el estado de derecho cumple un rol fundamental en sus modelos institucionales para el desarrollo. Es que, como se dijo anteriormente, ningún modelo que pretenda explicar el desarrollo o las perspectivas de desarrollo sobre la base total o parcial de “las reglas del juego presentes en una

---

<sup>103</sup> Me referiré a estado de derecho como equivalente de la expresión en inglés *rule of law*. Advierto que hay quienes no contemplan el alcance y contenido de ambas expresiones de la misma manera pues vinculan al estado de derecho de manera necesaria con cuestiones sustantivas (Sauca 2009, 42). Considero que no hay nada esencial en el concepto de ED que impida considerarlo de modo formal o sustantivo y no únicamente de acuerdo a esta última concepción; sin embargo para evitar confusiones distinguiré generalmente entre versiones formales del estado de derecho y versiones sustantivas, materiales o “estado de derecho en sentido fuerte” (Bobbio 1986, 15)). Una segunda aclaración es importante: en la gran mayoría de las oportunidades utilizaré el término “estado de derecho” en castellano, sin embargo, cuando por cuestiones de fidelidad con el texto sea necesario mantener la expresión en inglés *Rule of Law* (o *rule of law*) utilizaré esta expresión en sustitución de la primera. Asimismo, prefiero utilizar “estado de derecho” a la expresión “imperio de la ley” que se utiliza a menudo en la literatura española, generalmente para hacer referencia a versiones formales del ED, pero, del mismo modo, mantendré esa expresión cuando los autores la utilizan en el mismo sentido que estado de derecho.

sociedad” puede lógicamente prescindir de que esas reglas funcionen como tales. Un puñado de normas formales sin la estructura que aporta a su organización el estado de derecho no cumpliría realmente ninguna función en la posibilidad de reducir la incertidumbre y generar incentivos para la inversión. Del mismo modo, en un enfoque como el del DH, las políticas públicas mejor diseñadas carecerían de sentido y el sistema democrático no podría ser sostenido sin la estructuración que permite el estado de derecho, asimismo, la presencia de instituciones sin estado de derecho no generaría los incentivos que Sen entiende éstas están llamadas a promover (Sen 2004, 43).

Pero no sólo desde las principales corrientes de pensamiento sobre desarrollo se insiste en esta estrecha relación, también quienes financian y conducen a menudo los programas de desarrollo se comprometen muy intensamente con la importancia del ED para el desarrollo. Así la asamblea general de la ONU –entre otros órganos de ese organismo internacional– ha reiterado en diversas oportunidades la estrecha relación entre ED y desarrollo<sup>104</sup>:

7. Estamos convencidos de que el estado de derecho y el desarrollo están estrechamente relacionados y se refuerzan mutuamente, y de que el progreso del estado de derecho en los planos nacional e internacional es esencial para el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el hambre, y la plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...(Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional, Asamblea General de la ONU, A/RES/67/1, 24 de septiembre de 2012)

En similar sentido, el Banco Mundial tiene entre sus principales preocupaciones y objeto de programas de ayuda financiera el fortalecimiento del estado de derecho. Con toda claridad ha sostenido en Informe sobre Desarrollo Mundial de 2017:

...el estado de derecho –la aplicación impersonal y sistemática de leyes conocidas tanto a los gobernantes como a los ciudadanos– es necesaria para

---

<sup>104</sup> No sólo en el mundo del desarrollo el respeto al ED es considerado como crucial sino que también la ONU, por ejemplo, ha considerado que es una de las garantías que contribuyen al mantenimiento de la paz mundial (Ver entre otros muchos documentos de la ONU la reciente Resolución de la Asamblea de la ONU 67/1. “Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels” A/RES/67/1). También el Consejo de Seguridad de la ONU ha fundamentado diversas resoluciones en la necesidad de restablecer el estado de derecho en países afectados por conflictos (ver entre otros S/PRST/2003/15, S/PRST/2004/2, S/PRST/2004/32, S/PRST/2005/30, S/PRST/2006/28, S/PRST/2010/11, S/RES/1325, S/RES/1820, S/RES/1888, S/RES/1612, S/RES/1882, S/RES/1674, S/RES/1894, S/RES/1373, S/RES/1456, S/RES/1566, S/RES/1904). La ONU tiene además un grupo de trabajo sobre estado de derecho que está integrado por diversas agencias de la organización. Ver <http://www.unrol.org/>

los países para alcanzar su potencial social y económico de manera más completa (World Bank 2017, 14).

Como parte de un fenómeno al que ya me he referido (ver Introducción y segunda parte este capítulo) las miradas institucionalistas hacia el desarrollo han evitado profundizar en importantes debates jurídicos y han prescindido de diversas herramientas que el derecho podría aportar a las discusiones sobre instituciones y desarrollo. En este contexto no resulta entonces llamativo que a pesar de la relevancia que se ha dado al ED por su relación directa con el desarrollo, los enfoques *jurídicos* sobre ED no se encuentren más que de manera muy marginal en las discusiones vinculadas al desarrollo. De alguna manera muy modesta intentaré en esta parte del trabajo aportar ideas para unir las genuinas preocupaciones del desarrollo por el fortalecimiento del ED con algunos debates jurídicos sobre este tema.

Otra vez, la posición del NIE con relación al ED parece ser escéptica respecto de la posibilidad de que éste se construya o fortalezca con herramientas jurídicas. En sus planteos el ED es un estado de cosas que “aparece” cuando las sociedades están en posibilidad de pasar de un Orden de Acceso Limitado *maduro* (o estado natural maduro en la otra terminología utilizada) a un Orden de Acceso Abierto. En estadios anteriores el ED es casi imposible de construir. Explican North y sus coautores, que un estado de derecho más complejo deberá emerger en los estados naturales maduros debido a que el estado de derecho no puede ser mejorado por mandato o decreto, muchos intentos de fortalecer y extender el estado de derecho en los estados naturales *básicos* han fallado (North et al. 2009, 74). En similar sentido se alinea Weingast quien explica que los estados naturales no pueden crear la certeza y predictibilidad requeridas por el estado de derecho; además ellos son básicamente “personales” no “impersonales” por lo que exhiben dificultades para brindar los beneficios de las políticas a clases objetivas de ciudadanos, como los pobres o los recientemente desempleados; los estados naturales no pueden crear igualdad de los ciudadanos frente a la ley (Weingast 2008-2009, 35).

Ahora bien, a pesar de que el NIE presenta un razonamiento inverso al que intuitivamente muchos recurrirían (es decir, hay que fortalecer el estado de derecho para poder pasar de un OAL o estado natural –o sociedad subdesarrollada– a un OAA –o sociedad desarrollada–) la idea de la centralidad del ED para el desarrollo no parece ser opacada. Incluso más, es posible pensar que, en los OAL maduros (o estados naturales maduros) como lo son la mayor parte de los Estados de América Latina (North et al. 2009a, 47) *es posible* contribuir de alguna manera a que se produzca el paso a un

OAA reforzando algunos de sus requisitos a través de programas de fortalecimiento del estado de derecho.

El consenso sobre la necesidad de que se fortalezca el ED es, sin embargo, un consenso a medias: más allá de algunas características del ED que ya no están sujetas a discusión (ver más adelante en el punto 14 los aspectos que integran este consenso según la reconstrucción que propondré), no hay un acuerdo sobre qué contenido debe asignársele a este ideal jurídico-político, ni tampoco son contestes las ideas sobre cómo fortalecerlo en los países en vías de desarrollo (si es que esto es posible). Incluso la falta de acuerdo sobre qué es o qué elementos deben necesariamente integrar el ED, se vio reflejado en el trabajo del Banco Mundial –principal promotor y financiador de los programas de fortalecimiento del ED– y no todos los programas financiados por esa institución eran consistentes en sus contenidos y perspectivas (Santos 2006, 256).

La estructura de esta tercera parte del capítulo será la siguiente: se recorrerán primeramente las principales ideas y los distintos enfoques sobre el estado de derecho, y se ofrecerá una crítica en la que se expondrán las razones por las que esos diferentes enfoques resultan insuficientes para los problemas de ED y desarrollo presentes en América Latina. Antes de finalizar con la cuestión teórica sobre ED, se explorará la posibilidad de que los problemas de eficacia de las normas (y por ende de debilidad del ED) obedezcan a la desigualdad imperante en la región. Luego se repasarán muy brevemente cómo funcionaron en la práctica los programas de fortalecimiento del ED llevados adelante durante la década de 1980 y 1990. Finalmente, se propondrá que una versión actual de la seguridad jurídica, como complemento del ED, puede resultar en una herramienta apta para aumentar las posibilidades de crecimiento económico y desarrollo humano.

#### 11.1. PUNTOS DE PARTIDA PARA EL TRATAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO.

Antes de comenzar a presentar las diversas ideas y debates en torno al ED y su relación con el desarrollo económico y humano creo necesario establecer algunos puntos de partida y presupuestos sobre los que se construye mi idea de las problemáticas que debe afrontar el fortalecimiento del ED.

*a) El estado de derecho no es maleable pero hay diversos caminos para fortalecerlo:*

Desde que el estado de derecho pasó a ser considerado uno de los mecanismos institucionales más importantes (o tal vez el más importante) para conducir a los países al desarrollo, el concepto de ED fue presentado de diversas maneras e incluso muchas veces mencionado de una manera indiscriminada que en situaciones ha motivado que no se tenga del todo claro de qué se habla cuando se habla de ED<sup>105</sup>.

Es cierto que solo hay un consenso parcial sobre qué características son definitorias del concepto de ED y ello puede conspirar contra la idea de que es importante tener en mira sus límites, pero como veremos, se trata de una ausencia de consenso sobre los elementos que rodean a una idea central sobre la que sí hay acuerdo entre los teóricos. Las distintas concepciones del ED (desde las más minimalistas hasta las sustantivas), han sido construidas con cierta racionalidad, y muchas veces como bloques que se presuponen unos a otros, por lo que no es posible poner y quitar piezas de la construcción sin privar de sentido al ED.

De lo dicho anteriormente se deriva que cualquiera sea la concepción del ED a la que se adhiera no resultará razonable que se la considere maleable o adaptable a un entorno cultural y no a otro, o a un grado de desarrollo y no a otro. Con especial referencia a América Latina, tengo la certeza de que las etiquetas que la ubican como una suerte de región excepcional respecto del ED no contribuyen demasiado a solucionar el problema y muchas veces ni siquiera constituyen una descripción precisa (ver por ejemplo la propuesta de García Villegas en la que se describe a la región como inmersa en una “cultura del incumplimiento de reglas” (García Villegas 2009)). Coincido en este aspecto con Francisco Laporta quien entiende que:

Ninguna de las directrices que voy a invocar depende para su validez de rasgo étnico o cultural alguno. Ni de la región como tal ni de ninguna de sus partes. No creo en ninguna «idiosincrasia» latinoamericana que pueda matizar los principios o las conclusiones sobre el Estado de Derecho que voy a invocar, ni explicar la situación actual como si de un destino fatal se tratara, ni ser un impedimento objetivo para la mejora de esa situación. Quizás en Antropología o en Historia del Arte se pueda – o hasta se deba – ceder a la tentación del «exotismo», pero en el examen de los fundamentos del orden jurídico no (Laporta 2015, 59-60).

Sin embargo, no debe derivarse de lo anterior que exista un único camino para fortalecer el ED. Cada región o país puede tener sus propias dificultades con relación al ED y los mecanismos para intentar fortalecerlo pueden variar significativamente.

---

<sup>105</sup> Por ejemplo, en un artículo ampliamente difundido Dani Rodrik se preguntaba si él era el único economista que utilizaba el término “*rule of law*” sin saber realmente de qué se trataba o si tal vez era el primero en sincerarse y hacer pública su desorientación (Rodrik 2008).



*b) El ED es una condición contribuyente al desarrollo y ello es suficiente.*

La correlación que existe entre los sucesos positivos del desarrollo y el respeto por el ED es estadísticamente indiscutible; sin embargo, hay quienes ponen en duda que se trate de una relación causal (Carrothers 2006, Davis 1998). No es propósito de este trabajo ahondar en las discusiones sobre si existe realmente una relación causal entre mejoras en el ED y progresos en los indicadores de desarrollo humano y económico. La aceptación de que un ED más fuerte es una *condición contribuyente* para el desarrollo me resulta suficiente para entender que cualquier aproximación al desarrollo desde una perspectiva institucional ortodoxa o heterodoxa requiere del fortalecimiento del estado de derecho. De la misma manera que resulta muy difícil (y claramente fuera de mi alcance) *probar* la causalidad entre el fortalecimiento del ED y, por ejemplo, la reducción de la pobreza o el aumento de las inversiones extranjeras, también resulta compleja y discutible la prueba de que son los avances en los otros aspectos lo que produce que se evidencien mejoras en el respeto del ED. En definitiva, la condición del ED de ser contribuyente a mejoras en indicadores de desarrollo parece suficiente evidencia para continuar pensando que el fortalecimiento del primero resulta una tarea que vale la pena.

*c) Las debilidades más frecuentes del ED en América Latina se vinculan con el incumplimiento de la ley.*

En América Latina no son frecuentes –por lo menos desde que acabaron las últimas dictaduras– los fenómenos de leyes secretas, retroactivas o fácticamente impracticables. Del mismo modo, los problemas de falta de claridad de la ley o la inestabilidad legislativa no son problemas endémicos de la región ni puede afirmarse que se trate de fenómenos que se producen con mayor frecuencia que en otras regiones –incluso en países considerados desarrollados–.

Creo que resultará compartido por quien lea este trabajo que la debilidad más común e importante del ED en América Latina es que las autoridades y los habitantes muestran a menudo (pero no siempre ni en todos los ámbitos) dificultades para actuar dentro del marco de la ley. Así se ha descrito, con acierto en algún sentido, a la “anomia” como la causa del subdesarrollo argentino (Nino 2005) (descripción que entiendo claramente aplicable a otros muchos países de la región). Si bien esta debilidad es notable no resulta tan profunda como para describir a la gran mayoría de los países

latinoamericanos como Estados sumamente frágiles o fallidos<sup>106</sup>. Finalmente, hay en la región otros serios problemas vinculados con el ED como la (circunstancial) falta de independencia o imparcialidad del poder judicial, el bajo nivel consecuencias para los funcionarios por el incumplimiento de las normas (*accountability*) o la ausencia de aplicación estricta de la ley (lo que redundaría en la violación de la igualdad ante la ley en un sentido formal). Este último grupo de problemas no es más que otra manifestación de la dificultad de las autoridades de guiar su conducta por lo que las normas ordenan ya que, como en casi todo el mundo occidental, son cuestiones que están contempladas expresamente en las constituciones y otras leyes de los países latinoamericanos.

La dificultad señalada respecto del ED es, sin lugar a dudas, un obstáculo enorme ya que mina lo que considero es la característica más central e irreducible del ED. Ello así, gran parte de las funciones y virtudes atribuidas al ED se ven claramente disminuidas.

El problema de la falta de adecuación de las conductas a lo prescrito por las normas ha sido entendido por la teoría jurídica como un problema de *eficacia* de las normas. Aunque se profundizará mucho más en el capítulo siguiente conviene tener en consideración que se seguirá cuando sea posible el concepto de eficacia propuesto por Pablo Navarro que asume que una norma general (N) es eficaz si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la mayoría de las ocasiones (Navarro 1990, 23). Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento esporádico de la norma (Navarro 1990, 23). Para este capítulo, a diferencia de los venideros, no me resultará relevante si la eficacia se produce por mera correspondencia, acatamiento o cumplimiento (ver Capítulo II donde se profundiza sobre esta distinción siguiendo a Navarro (1990, 16)).

Cuando me refiero al incumplimiento de la ley o a la dificultad de que la ley guíe en muchas oportunidades la conducta de las personas no estoy haciendo referencia a situaciones especiales de incumplimiento de la ley en las que se reclama abiertamente por la injusticia o inmoralidad de una norma o grupo de normas. La ineficacia no debe confundirse entonces con la desobediencia civil que es, por el contrario, una resistencia organizada, pública, pacífica y que acepta las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la norma aunque se trate de normas inmorales (ver Malem Señá 1988).

Si la descripción sobre las debilidades del ED en la región es satisfactoria la preocupación central debería ser acerca de cómo fortalecer la *eficacia* de las normas

---

<sup>106</sup> Como se dijo en la introducción Haití podría ser una excepción.

para que se redujera la proporción de habitantes y gobernantes que no actúan sujetos a las ellas. Como se verá, esta preocupación no ha estado demasiado presente en las concepciones y debates sobre ED, ni en los programas para su fortalecimiento. Los abordajes que se han realizado sobre el tema del incumplimiento de las normas, por otra parte, han tenido generalmente una orientación sociológica, antropológica o histórica pero poco se ha intentado desde la teoría jurídica.

*d) Es hora de modificar algunos usos del lenguaje del ED y de incluir a las personas jurídicas.*

La literatura sobre ED se refiere generalmente a “habitantes” o “ciudadanos”, prefiero emplear el término personas físicas por ser más claro e incluir no sólo a las categorías jurídicas anteriores sino a otras que hoy en día son sujetos participantes en las relaciones que estructura el ED. Así, al referirme a personas físicas incluyo, por cierto, a los *ciudadanos* (aquellas personas físicas con ciudadanía y por lo tanto con posibilidad de ejercer de modo pleno sus derechos civiles, políticos y sociales), a los *habitantes* (a los que se reconocen generalmente derechos civiles y derechos sociales –parciales o totales– pero puede no reconocérseles derechos políticos), a las personas que sin tener residencia se encuentran *transitoria y legalmente en un país* –turistas, personas en viajes de negocios–, y finalmente a quienes se encuentran *irregularmente* en el territorio de un Estado. Respecto de estos últimos, los Estados tienen obligaciones que variarán de acuerdo a lo que indiquen sus leyes domésticas y las obligaciones internacionales a las que estén vinculados, pero que no pueden, en ningún caso, avasallar las prohibiciones que surgen en última instancia de las normas de *ius cogens*<sup>107</sup>. Cuando los autores se refieran a “habitantes” o “ciudadanos” utilizaré esas palabras para no modificar la terminología escogida por ellos.

---

<sup>107</sup> La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) define en su Art. 53 a las normas imperativas o de *ius cogens*: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". A través del reconocimiento de este tipo de normas el derecho internacional actual impone ciertas prohibiciones y obligaciones a los Estados que son de carácter inderogable (excepto que otra norma de *ius cogens* la sustituya) y son aplicables necesariamente *erga omnes*. Estas normas imperativas se aplican también a países que no hayan contribuido a la formación de la costumbre o que incluso se hayan opuesto a ella. Es cierto que las normas de *ius cogens* no están recogidas en un listado al cual recurrir, pero sí hay ciertas normas indiscutidamente incluidas en esta categoría: la prohibición de la esclavitud, del genocidio, de la tortura, las garantías básicas del debido proceso, la prohibición de discriminación racial, etc.

Asimismo considero que una aproximación completa y actual al concepto de ED debería incluir en la misma categoría de las personas físicas, a las personas jurídicas. En algunas concepciones sobre seguridad jurídica se las ha incluido (Ávila 2012, 2015), sin embargo, en la literatura sobre ED no parecen haber sido aún consideradas. Estimo que no tiene razón de ser la exclusión de un actor tan significativo y poderoso en las sociedades actuales, y en cambio, su inclusión puede resultar en un interesante aporte para profundizar en las diferentes relaciones que estructura el ED y su interconexión, especialmente cuando la mirada se orienta, como en este caso, al desarrollo económico y humano.

*e) El respeto del ED es una cuestión de grados.*

Tal vez resulte obvio aclarar que la evaluación del cumplimiento o incumplimiento del ED no responde a un modelo *tout court* sino que su fortaleza o debilidad es una cuestión de grados. La misma aclaración es aplicable a la seguridad jurídica (ver en este sentido Gometz 2015). En ocasiones en el texto se encontrarán referencias sin condicionantes o sin referencias a los grados de “cumplimiento” o “respeto” del ED o de la seguridad jurídica, ellas deben ser leídas siempre bajo la advertencia anterior.

12. ESTADO DE DERECHO: RELACIONES HORIZONTALES Y VERTICALES (Y UN ADELANTO DE POSICIÓN).

El ED es usualmente entendido como un ideal jurídico-político que estructura dos tipos de relaciones: horizontales y verticales<sup>108</sup>. Las relaciones *horizontales* son aquellas que se establecen entre diferentes actores con la condición de que ninguno de ellos sea un ente estatal o esté actuando en ese momento como agente estatal o representante del Estado. Es decir, las relaciones horizontales estructuran los vínculos entre personas físicas entre sí, entre personas físicas y personas jurídicas, y entre personas jurídicas entre sí. Reitero que la condición es que las personas físicas no estén actuando como agentes o representantes del Estado y las personas jurídicas sean de carácter privado. Las relaciones horizontales de ningún modo deben presumirse simétricas, por el contrario, suelen existir entre los participantes de las relaciones horizontales enormes diferencias de poder, acceso a derechos o capacidad para exigir obligaciones. Ciertas concepciones sustantivas del ED que entienden que la

---

<sup>108</sup> Una aproximación similar pero mucho menos desarrollada puede verse en B. Tamanaha (2007, 8-15).

igualdad material es requisito de este ideal político jurídico tienen especial consideración por la asimetría mencionada.

Por su parte, los vínculos entre el Estado (incluyendo a sus autoridades, agentes actuando como tales, órganos y organismos del Estado y personas jurídicas de carácter estatal) y las personas físicas y jurídicas de carácter privado pueden entenderse como las relaciones *verticales* que estructura el ED. Considero conveniente, en el marco de un trabajo orientado al desarrollo económico y humano, profundizar en esta distinción, especialmente en la arena de las relaciones verticales: distinguiré entre cuatro tipos de relaciones verticales. La característica distintiva de todas ellas es que el Estado está presente como por lo menos una de las partes de la relación que estructura en esos casos el ED.

La mayoría de los enfoques han puesto su atención en los límites que el ED impone al Estado y sus agentes. De este modo, el ED actúa como una garantía para la libertad y otros derechos de los ciudadanos (llamaré a esta primer versión *relación vertical tipo uno*). A este tipo de relaciones se la ha vinculado con lo que algunos autores llaman el *estado de derecho liberal* (Ferrajoli 1995, 860).

En muy pocas ocasiones el interés académico y de los programas se ha preocupado por el cumplimiento de las obligaciones que las personas físicas y jurídicas tienen *para con el Estado* (*relaciones verticales tipo dos*). Las obligaciones de las relaciones verticales tipo dos incluyen pero no se limitan a las de tipo impositivo y de seguridad social; muchas otras integran esta categoría, como por ejemplo, las obligaciones de habilitación de comercios y viviendas, las de respeto por las normas de tránsito, las de respeto por las normas ambientales, etc. Claramente, a pesar de tratarse de obligaciones que impone el Estado a las personas físicas y jurídicas no estatales, los beneficios o perjuicios de su cumplimiento o incumplimiento, tienen impacto en otros habitantes, ciudadanos, empresas, etcétera.

La tercera forma de relación vertical es la que impone *deberes positivos* al Estado en beneficio de las personas físicas y jurídicas (*relaciones verticales tipo tres*). Este tipo de obligaciones –de seguridad, salud, educación y otras– han sido abordadas generalmente como obligaciones del Estado que están orientadas a satisfacer otro tipo de derechos de los ciudadanos diferentes de los que integran el núcleo típicamente liberal. Se ha hecho referencia a estas relaciones como *estado social de derecho* (Ferrajoli 1995, 860); sin embargo, en mi propuesta, las relaciones verticales tipo tres, tienen otros componentes no vinculados únicamente al bienestar social –aunque ellos están claramente incluidos –. En el esquema que presento, las relaciones verticales tipo

tres incluyen no sólo a los derechos sociales sino también a otros deberes positivos del Estado que no se vinculan necesariamente con *derechos subjetivos* de las personas físicas sino con obligaciones de otro tipo que pueden surgir de las constituciones o las leyes, tales como, la de proveer seguridad interior y exterior; la de promover infraestructuras que promuevan el desarrollo económico del país (carreteras, redes de ferrocarriles, espacios aptos para la instalación de industrias, etc.); la de establecer sistemas relativamente eficientes para evitar inundaciones o incendios, la de garantizar el cuidado del medio ambiente, etc. Respecto de este tipo de obligaciones del Estado confluyen necesariamente obligaciones de hacer por parte de éste y obligaciones de limitar la actividad de los particulares para el debido cumplimiento de esas obligaciones<sup>109</sup>.

Finalmente una última forma de relación vertical es la que se presenta cuando los actores involucrados son únicamente estatales (*relación vertical tipo cuatro*). Esta modalidad de relación no ha sido siquiera mencionada, al menos de modo expreso, por la doctrina sobre ED. Estimo que este tipo de relación está en el corazón del ED (y tal vez por eso los autores la consideran demasiado obvia y omiten realizar consideraciones sobre ella). Creo, sin embargo y a pesar de su obviedad, que vale la pena que al menos se la identifique claramente. En efecto, cualquier definición del ED comenzará por lo que he llamado más arriba *la característica más central e irreducible del ED*: la adecuación de las conductas de gobernantes y personas a lo que las leyes disponen. Es evidente que las conductas adecuadas de los gobernantes serán establecidas por normas que son dictadas por otros órganos o por alguna autoridad de más jerarquía del mismo órgano. Por lo general, las relaciones verticales tipo cuatro son instrumentales a los otros tipos de relaciones antes descritas: por ejemplo, el funcionario administrativo *debe* hacer efectivo el cobro de una multa dispuesta por su superior para que una relación vertical de tipo dos pueda ser cumplida; o la jueza debe resolver una medida cautelar tomando en consideración ciertos parámetros establecidos por el legislador de manera de restablecer el quebrantamiento de una relación horizontal (asumiendo que las partes de ese juicio son personas físicas o

---

<sup>109</sup> Este aspecto de las relaciones verticales tipo tres podría identificarse parcialmente con aquello que la doctrina administrativa usualmente llamaba “Poder de Policía” y que en la versión liberal se la caracterizaba “...como la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar solamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas contra los ataques y peligros que pudieran acecharla” (Gordillo 2009). La noción de Poder de Policía se está abandonando paulatinamente por la doctrina por diversos motivos, algunos de ellos vinculados al modo en que se desdibujó el concepto a raíz de la expansión que se le otorgó en diversos momentos. Especialmente durante la etapa de la Industrialización por Sustitución de Importaciones (ISI) en América Latina se amplió el concepto de una manera tal que se perdieron sus límites.

jurídicas privadas). En definitiva, describir este tipo de relaciones nos permite presentar un mapa completo de todas las posibles relaciones que estructura el ED.

De todas las relaciones descritas es la relación vertical tipo uno la que mayor interés ha despertado en académicos y programas de fortalecimiento del ED. Ello no parece ser accidental y se encuentra justificado por las preocupaciones históricas vinculadas con proteger a los habitantes de la tiranía del soberano que fueron señaladas ya por Platón y Aristóteles, y que dieron lugar a los primeros esbozos de lo que hoy llamamos ED. Luego, a la preocupación por evitar la tiranía, se sumaron otros valores a los que fue asociado el ED como los de garantizar la libertad (Hayek 1960 (1979)); asegurar los derechos de los ciudadanos en un sentido amplio (Dworkin 1986, 9-32); proteger la dignidad humana (Fuller 1960, 32-41); la seguridad, la predecibilidad de las reacciones estatales y sociales y el orden (Nino 2005, 42) o la protección de los Derechos Humanos (Neumann (1935) 1986, 4)<sup>110</sup>.

La visión parcial sobre los tipos de relaciones que estructura el ED resulta incompleta: todos los laudables objetivos y valores atribuidos al ED tendrían mejores perspectivas si las relaciones horizontales y los otros tipos de relaciones verticales son atendidas y consideradas como relevantes. La fragilidad del ED en América Latina, por ejemplo, no es sólo porque las autoridades del Estado no siempre están limitadas por lo que las leyes disponen sino también porque la eficacia de la ley es muchas veces baja en las relaciones horizontales, y en las relaciones verticales tipo dos es casi siempre muy débil. Las relaciones verticales relativas a los deberes positivos del Estado (relaciones verticales tipo tres) son también frecuentemente muy frágiles, y cada vez que un funcionario incumple con lo que una ley ordena se presenta un quebrantamiento de lo que he identificado como relaciones verticales tipo cuatro.

Una última aclaración parece necesaria aquí, y ello me obliga a adelantar, de alguna manera, una posición en este debate: el *contenido* de las relaciones horizontales y verticales que estructura el ED estará dado, en términos generales, por aquello que las constituciones y/o las leyes domésticas dispongan o por otras obligaciones legales que pesen sobre los Estados, como las provenientes del derecho internacional. La inexistencia de ciertos derechos garantizados a las personas físicas o la inexistencia de otras obligaciones para el Estado o las personas, no impide que el ED pueda ser realizado. Si las normas no garantizan derechos sociales, por ejemplo, será una sociedad menos justa que una sociedad en donde sí estén garantizados pero el ED

---

<sup>110</sup> Neumann tempranamente incorporaba la noción de Derechos Humanos como objetivo de la protección del estado de derecho cuando ese concepto no estaba aún internacionalizado ni tenía la trascendencia que luego de la segunda guerra mundial adquiriría.

puede perfectamente ser realizado aún ante esta ausencia (EE.UU es un posible ejemplo de esta situación). Lo mismo ocurre con otro tipo de contenidos: por ejemplo, si la constitución o las leyes no obligan a las autoridades a crear infraestructura apta para el desarrollo económico o no obligan a los habitantes a respetar, por ejemplo, la intimidad de sus pares, será una sociedad diferente en el segundo caso o con menos perspectivas de un desarrollo económico convencional, en el primer ejemplo, pero de todos modos puede existir un grado alto de respeto por el ED. Esta posición que asumo por diversos motivos (ver más abajo) no implica negar el estrecho vínculo entre el estado de derecho en su versión formal, la democracia, el respeto por los derechos humanos y ciertos principios que informan el libre mercado, todos ellos considerados habitualmente como los ideales políticos occidentales más importantes (Waldron 2008, 3; 2011, 3).

De todos estos ideales se podría ubicar al ED en la base misma de la estructura. En efecto, de acuerdo a cualquiera de las definiciones básicas de ED que se reseñarán en esta parte de la tesis, este ideal es necesario tanto para el funcionamiento correcto del sistema democrático<sup>111</sup>, como para el respeto de los derechos humanos y –de acuerdo a muchos pensadores, especialmente a los vinculados al desarrollo— también para el funcionamiento del libre mercado<sup>112</sup>.

La decisión de distinguir entre los distintos ideales no implica restar relevancia a ninguno de ellos, aunque sí es posible encontrar que algunos son necesarios para la realización de otros, como es el caso del ED. Aun siendo conceptualmente independientes, es fácil encontrar una relación y una dinámica de interacción entre ED, democracia, respeto y protección de los Derechos Humanos (DD.HH) y algunos elementos del libre mercado. Sin embargo, esa relación e interacción no impiden la distinción analítica de los cuatro elementos que continúan teniendo individualmente características propias que no comparten con los restantes.

El segundo grupo de motivos en que se apoya mi adherencia a una visión no material del ED es de índole práctica: los países que respetan el ED en su núcleo

---

<sup>111</sup> En el caso del sistema democrático, algunos autores sostienen que la relación necesaria es de doble vía: el ED es necesario para la existencia del sistema democrático y esta forma de gobierno es menester para la realización del ED (ver más adelante punto 13.2). En esta tesis se sostendrá (Capítulo III punto 9) que la deliberación es un mecanismo que coadyuva a la sanción de normas eficaces, sin embargo, se trata de una cuestión que si bien mejora las oportunidades de eficacia no es condición *sine qua non* de esta circunstancia (hay muchos ejemplos de normas eficaces que no fueron objeto de deliberación e incluso que no han sido siquiera discutidas por un parlamento). Esta contribución de la deliberación a la eficacia no implica que deba necesariamente incluirse a la democracia o a la deliberación como parte del ED.

<sup>112</sup> Cuando me refiero a libre mercado lo hago de una manera amplia que sólo excluye a las economías dirigidas centralmente, pero que no se refiere únicamente a modelos de mercado completamente desregulados.



formal necesariamente respetan, por ejemplo, los derechos reconocidos a los habitantes por sus leyes internas o sus obligaciones internacionales. Así, fortalecer el ED en su núcleo formal necesariamente implica aumentar las posibilidades de hacer efectivos los derechos. Lo contrario, poner el énfasis político y las energías argumentativas en el lado de los derechos cuando falla el núcleo mismo del ED es, como sostiene Laporta, "...poner un sombrero muy atractivo encima de un sujeto que no existe, porque cuando no hay un entramado de leyes que configuren con vigor y eficacia el esqueleto del ordenamiento jurídico lo demás son adornos inútiles" (Laporta 2007, 14).

La posición que adoptaré sobre el ED y que se verá reflejada en este capítulo y también en el Capítulo III podría calificarse de formal pero robusta: además de contemplar las características que han sido aceptadas por la mayor parte de los pensadores (las "características consensuadas". Ver más adelante punto 14) adicionaré dos cuestiones que entiendo centrales y vinculadas entre sí. Por un lado, pensar en la *eficacia de las normas* como punto de partida de cualquier debate sobre ED (sobre este punto versará buena parte de lo que resta de este capítulo), y por otro lado, la necesidad (vinculada también a la eficacia) de que las normas sean inteligibles para las personas que son sus destinatarias. Esta inteligibilidad, es una exigencia mayor que la habitualmente señalada respecto de la claridad o comprensibilidad de las normas. El aspecto de la inteligibilidad será discutido en los siguientes capítulos.

Más allá de la posición asumida, es necesario aclarar que los países de América Latina, que son objeto especial de interés de esta tesis, han adoptado constituciones rígidas con catálogos de derechos considerablemente completos y de calidad, y adicionalmente, todos los países de la región han ratificado diversos tratados de protección de los Derechos Humanos. Por estas razones *contingentes pero presumiblemente perdurables en el tiempo*, si los países de América Latina respetasen los enunciados formales o básicos del ED necesariamente respetarían diversos derechos humanos que surgen de sus constituciones o de sus obligaciones internacionales.

Por otra parte, aunque no se trata de una regla sino de una recurrencia estadística, los regímenes que no respetan los derechos humanos más fundamentales se caracterizan, al menos en sus más repudiables manifestaciones, por violar esencialmente los requisitos formales del ED y no por hacer explícito su rechazo por los derechos con los que arrasan. Así ocurrió durante el nazismo, durante el estalinismo en diversos periodos y en las más crueles dictaduras latinoamericanas.

Las distintas versiones y perspectivas del ED pueden ser categorizadas de diversas formas y muchas de ellas integrarán más de una categoría. Así, se ha identificado a las versiones del ED como “formales” en contraposición con “sustantivas” (Tamanaha 2004, Waldron 2011, Sauca 2009), o se las ha distinguido por su origen “pre-liberal” o “pos-liberal” (Tamanaha 2004), o por el carácter *instrumental* (Raz 1985, 279-282) versus el valor *intrínseco* que otros autores atribuyen a este ideal (Sen 2000)<sup>113</sup>. Por otra parte, una distinción adicional, aunque vinculada con la última señalada, nos conduce a un debate entre quienes consideran al ED como un ideal político-jurídico que permite minimizar los riesgos de arbitrariedad que puede crear el propio derecho (Raz 1985, 279 y ss.) versus quienes lo conciben como algo indistinguible del concepto mismo de Derecho (Fuller 1960, Waldron 2008, 5 y 10 y ss.). Para presentar los debates más importantes y formular algunas críticas y propuestas, tomaré la tipología más difundida que distingue entre versiones sustantivas y formales.

### 13. PERSPECTIVAS FORMALES Y SUSTANTIVAS.

Es frecuente que se identifique a ciertas versiones del ED como *sustantivas* y se las diferencie de aquellas a las que se señala como *formales*. Más allá de algunas críticas interesantes que se han hecho a esta diferenciación (Linfante 2015, 21-22)<sup>114</sup>, pareciera que es el modo más sencillo y difundido de diferenciar a los dos grandes grupos de

---

<sup>113</sup> Amartya Sen solo se ha aproximado marginalmente a la cuestión del ED, sin embargo, el siguiente fragmento es interesante como concepción no instrumental del ED con relación al desarrollo: “Un nivel básico de legalidad y de rendimiento judicial son constitutivos del desarrollo. Si esta integración de conceptos (desarrollo-legalidad-justicia) es cierta [...] entonces el desarrollo legal está constitutivamente involucrado en el proceso de desarrollo [...] Esto implica que aun cuando el desarrollo legal no contribuya una “lota” al desarrollo *económico* (aunque no estoy diciendo que sea el caso, pero incluso si esto fuera, contrafacticamente, cierto) incluso así las reformas legales y judiciales serían una parte crítica del proceso de desarrollo. La noción de desarrollo no puede ser conceptualmente desvinculada de las estructuras legales y judiciales” (Sen 2006, 42)

<sup>114</sup> Las críticas que realiza Isabel Linfante a la distinción entre concepciones formales y sustantivas se refieren al concepto de seguridad jurídica y no de ED; sin embargo, éstas son aplicables también a la clasificación propuesta respecto del ED. La autora cuestiona que se ubique a la seguridad jurídica como un valor, ideal o estado de cosas “formal”. Para esto propone tres posibles abordajes para la distinción: un primer abordaje intentaría distinguir entre valores últimos y valores no últimos (utilitarios): los valores sustantivos serían los valores “últimos”. Pero ello, aclara, nos llevaría a considerar que la estabilidad económica o el pleno empleo serían también valores formales lo que nos apartaría demasiado del uso generalizado de la expresión (Linfante 2015, 21). En la segunda interpretación se podría entender que la razón de llamar a la seguridad jurídica un “valor” formal es porque esta depende únicamente de rasgos formales del Derecho, con independencia de su contenido sustantivo (Linfante 2015, 21). En la tercera y última interpretación, se pretendería remarcar la idea de que el valor de la “seguridad” jurídica es independiente del resto de valores –los sustantivos– que encarnan el ideal de justicia (libertad, igualdad, etc), de modo que aquél podría desarrollarse en la misma medida tanto en un derecho “justo” como en uno injusto (Linfante 2015, 22). La autora opina que las dos últimas interpretaciones corren el riesgo de caer en un formalismo que denomina “rechazable”. Ello, pues según Linfante, una adecuada comprensión de la seguridad jurídica requiere que se relativice tanto su exclusiva dependencia de esos rasgos formales como la pretendidamente tajante distinción entre los diferentes valores jurídicos.

versiones del ED actualmente vigentes, y que las discusiones que esta categorización podría plantear no son las que interesan en este tramo de la investigación.

Ubicaré a las versiones formales entre aquellas que para predicar la existencia de ED exigen los siguientes requisitos: (a) ciertas características de la normas que se identifican con los requisitos de *legalidad* del ED (generalidad, claridad, publicidad, irretroactividad, estabilidad, factibilidad etc.). Asimismo, gran parte de los autores que también ubicaré en el ámbito de las versiones formales exigen (b) ciertos requisitos en el modo en que las leyes deben ser *aplicadas* por terceros (igualdad en la aplicación de la ley, independencia del poder judicial, etc); y finalmente, otros requieren que el ED (c) se presente en el marco ciertas características orgánico-institucionales del Estado (entre otras, división de poderes, control judicial de constitucionalidad, autonomía de la legislatura). A pesar de que los requisitos (b) y (c) podrían requerir (aunque en el caso (b) no necesariamente) cierto contenido en las leyes, y entonces podría cuestionarse su pureza como versiones formales, continuaré ubicando a esas perspectivas dentro de las visiones formales pues prefiero mantener como rasgo distintivo de las versiones sustantivas el reclamo de que el ED requiere para ser tal cosa la presencia de ciertos contenidos materiales (no procesales u orgánicos) vinculados a *derechos individuales o colectivos que benefician directamente a las personas* (como podrían ser el derecho a la propiedad privada, la libertad de expresión o el derecho a la seguridad social) o que resultan compatibles con postulados éticos definidos, sean estos de justicia, libertad, igualdad o cualquier otra cuestión (Neumann (1935) 1986, 45).

Habitualmente se sostiene que la vinculación necesaria entre ED y democracia es pasible de ser incluida tanto en las versiones formales como en las sustantivas. De acuerdo a quienes piensan de este modo, la decisión dependerá de la concepción de democracia a la que se refiere cada autor: si se trata de una concepción sustantivamente neutral y nada dice sobre qué tipo de derechos o contenidos sustantivos que debe proveer este sistema de gobierno, entonces podrá ser incluida en las versiones formales (Tamanaha 2004, 99). De lo contrario, si la democracia es entendida como un sistema que garantiza ciertos derechos o como un complejo sistema jurídico-político que garantiza no sólo ciertos derechos sino un “estilo de vida” como lo denomina Bovero (2015, 49) el reclamo de que sin democracia no hay ED debería ser considerado como parte de las perspectivas sustantivas<sup>115</sup>. La dificultad que encuentro

---

<sup>115</sup> Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tiene una visión amplia de lo que significa “sociedad democrática” en el ámbito de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para el TEDH el pluralismo, la tolerancia y la actitud abierta (*broadmindedness*) son los pilares de una sociedad democrática (ver ECHR *Handyside v. United Kingdom*, Sentencia del 7 de diciembre 1976,

para que la democracia pueda ser considerada dentro del espectro de los pensadores formalistas es que cualquier versión de esta forma de gobierno conlleva de manera necesaria el reconocimiento y efectivo goce de derechos políticos y algunos derechos civiles que les son accesorios (derecho a la libertad de expresión, de reunión, de asociación, por ejemplo), por ello, –de acuerdo a los límites que he trazado– ubicaré a quienes consideran a la democracia como un requisito del ED en el campo de las versiones sustantivas<sup>116</sup>.

### 13.1. Las versiones formales.

Jacque always said to me “I don’t dare do anything any more cause I’m afraid is not allowed”  
Diario de Ana Frank

Las versiones formales pueden ser definidas por su exigencia de que las leyes cumplan con ciertos aspectos intrínsecos y extrínsecos pero no requieren que éstas tengan algún contenido en especial. No creo que la distinción entre versiones formales e materiales sea una diferenciación fácil de sostener de una manera radical pues, a poco de comenzar a recorrer las distintas propuestas de los autores, se advierte que muchas de ellas están necesariamente condicionadas por la existencia de ciertos contenidos de la ley (y no meras condiciones formales de las normas) aunque estos contenidos no sean exactamente aquellos que las versiones sustantivas tienden a valorizar.

Una primera versión extremadamente delgada del enfoque formal ha sido señalada como tautológica desde lo retórico y carente de sentido práctico. Podría presentarse como la versión que sostiene que existe ED simplemente *cuando los soberanos gobiernan por medio de la ley*<sup>117</sup>. En inglés se la ha identificado como *Rule by Law* en

---

Series A No.24 (1979-80) 1 EHRR 737, para.49, *Sunday Times v. UK*, Sentencia del 26 abril 1979, Series A, No. 30, (1979-80) 2 EHRR 245, *Surek and Ozdemir v. Turkey*, (Apps. 23927/94), Sentencia del 25 noviembre de 1997, (1999) 27 EHRR 667.

<sup>116</sup> Incluso una versión muy delgada de “democracia”, como la que propone Bovero, permite dar cuenta de las razones que me llevan a excluir de las versiones formales el reclamo de que el ED necesariamente se integra con este modelo político. Explica Bovero: “...«democracia», que en mi lenguaje designa no un tipo de ordenamiento jurídico-político en su conjunto, como se suele pensar siguiendo la moda, ni tampoco una «forma de vida», como dicen quienes siguen otra moda distinta todavía peor, sino un tipo de régimen definido por una específica clase de reglas relativas a la titularidad y al ejercicio de los derechos políticos. Así pues, llamo «democracia» a aquella forma de régimen en la cual todos los individuos (capaces de actuar) que están sometidos a la obligación política de obedecer al ordenamiento jurídico, y, por consiguiente, a los mandos de las autoridades públicas, tienen un derecho-poder igual al de todos los demás de participar directa o indirectamente en el proceso de producción del ordenamiento mismo y de formación de los órganos de decisión política” (Bovero 2015, 49).

<sup>117</sup> Como señala Brian Tamanaha prácticamente no hay teóricos occidentales que identifiquen al ED con esta versión extremadamente delgada. Sin embargo, algunos teóricos chinos han sostenido que ese es el entendimiento del ED que se da en esa parte de mundo (Tamanaha 2004, 92 citando a Mufson 1995, 25).

contraste con las versiones que le siguen en exigencia que ya podrían ser consideradas como *Rule of Law*. Se dice que la versión anteriormente descrita es tautológica (Raz 1985, 265) pues toda acción gubernamental tiene que tener fundamentación en el derecho ya que las actividades no autorizadas por el derecho no pueden ser acciones del gobierno como “gobierno” (Raz 1985, 265). Por otra parte, de un modo u otro todos los gobiernos modernos utilizan la ley (entendida ésta en sentido amplio e incluso considerando a las leyes que pudieran ser manipuladas para dar legalidad a las acciones del gobierno) como instrumento para su gestión, por lo que el hecho de que un soberano gobierne por medio de la ley nada nos dice más que una obviedad. Pero además esta versión carece del sentido práctico más básico que se atribuye al ED, esto es, ser un límite contra la tiranía o los excesos del gobierno: solo se le exige al soberano gobernar mediante el uso de las leyes pero no se impone al soberano actuar él mismo de acuerdo a los límites que la ley impone.

Superada esa versión tautológica las restantes versiones formales, que por otra parte, son las más difundidas y aceptadas, parten de una idea similar que constituye el núcleo del ED: las autoridades gubernamentales y los habitantes deben actuar guiados por el derecho. Para que esta idea pueda ser realizada las leyes y/o las estructuras organizacionales de los Estados deben tener ciertas características. En la identificación de esas características aparecen las diferentes construcciones que los autores modernos han aportado. Encuentro que las diferentes versiones no son contradictorias sino que el diferente énfasis y las consiguientes diferencias entre una y otra obedecen a los distintos fundamentos o razones de ser que los autores encuentran en el ED. Por ejemplo, un autor como Hayek tendrá principalmente en mira la forma en que el ED asegura la *libertad*; mientras que en Fuller la preocupación es asegurar la *dignidad humana* y en Raz la *eficacia* de la ley. Por su parte, también las diferencias en las “listas” de características que cada autor ha propuesto pueden obedecer a su entendimiento instrumental del ED (Raz 1979 (1985)) o a la asimilación que realizan algunos autores entre ED y Derecho (Waldron 2008, Fuller 1960).

Voy a realizar un recorrido por las distintas características de las leyes o de la organización del Estado que los autores han identificado como necesarias para que la idea fundamental del ED sea realizable. Me centraré en los trabajos sobre ED de F. Hayek, L. Fuller, J. Raz, C. Nino y R. Guastini y de manera más marginal en las ideas

---

Algo similar explica Thomas Carothers respecto de otros países asiáticos que han tenido éxitos económicos en las últimas décadas sin sujetarse, sin embargo, a ninguna concepción que exceda la extremadamente delgada que se comenta en el cuerpo del texto (Carothers 1998, 97).

de J. Waldron<sup>118</sup>. A través de estos autores creo que se podrán presentar los debates más interesantes sobre el tema y que, además, son los que han realizado aportes más significativos a las discusiones.

I) En F. Hayek la razón de ser de que los habitantes y los gobernantes actúen dentro del marco de la ley es asegurar la libertad de los primeros. Explica Hayek que cuando obedecemos las leyes, y estas son normas generales y abstractas establecidas con indiferencia de su aplicación a nosotros, no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y somos, por lo tanto, libres. Esto es porque el legislador desconoce a qué tipo de casos particulares esta regla se aplicará y porque asimismo, el juez que las aplique no tendrá opción de decidir fuera del marco de la ley. Esta libertad sólo se obtendrá sin embargo si por “Ley” entendemos a las normas que cumplen con los siguientes requisitos:

- (a) son generales;
- (b) se aplican con igualdad a todos (Hayek 1960 (1979), 153). Aunque admite el autor que lo anterior no implica que, a veces, deban admitirse leyes que se dirijan a ciertos grupos en particular debido a características propias de las personas (como los ciegos, las mujeres o los ancianos) (Hayek 1960 (1979), 154);
- (c) además las leyes, para asegurar la libertad, deben ser claras, certeras y previsibles (Hayek 1960 (1979), 152 y ss);
- (d) en el momento de la aplicación, no deben aceptarse excepciones aunque ello arroje resultados injustos (Hayek 1960 (1979), 158).

II) La propuesta de Fuller puede ser entendida como una versión complementaria de la de Hayek pero que de ningún modo es contradictoria con ésta. De acuerdo con este autor, estas características son, además, constitutivas del concepto de Derecho. Por

---

<sup>118</sup> Jeremy Waldron sostiene una versión del ED que propone, no solo un modo de organización y control entre los poderes del Estado, sino de garantías procesales muy detalladas para la imposición de penas o de otras consecuencias jurídicas graves. De acuerdo con Waldron el ED se integra además de con los requisitos enunciados por Fuller, con las siguientes cuestiones procesales: a) ser oído por un tribunal imparcial que tenga la obligación de actuar a partir de pruebas y argumentos formalmente presentados ante él en relación a normas formales que regulen la imposición de penas, estigmas, sanciones o pérdidas económicas, etc.; b) jueces y magistrados formados jurídicamente cuya independencia de otros poderes esté asegurada; c) el derecho a ser representado por un abogado que cuente con el tiempo y la oportunidad necesarias para preparar el caso; d) el derecho de estar presente en todos los estadios críticos del proceso; e) el derecho de confrontar o interpelar testigos que declaren en contra del imputado; f) la seguridad de que las pruebas presentadas por el gobierno han sido obtenidas de una manera apropiada; g) el derecho a presentar prueba en beneficio de uno mismo; h) el derecho a exponer argumentos jurídicos sobre la valoración de la prueba y sobre la relevancia y pertinencia de las normas jurídicas relevantes para el caso; i) el derecho a que el tribunal exponga las razones que sustentan la decisión y que éstas sean sensibles o receptivas de las pruebas y argumentos presentados ante el tribunal; j) el derecho a presentar algún tipo de recurso ante un tribunal superior de similar carácter (Waldron 2011, 6).

ello, si alguna de las características de su lista no está presente (no basta con que esté debilitada, es necesario una ruptura radical) no hay fundamentos racionales para exigir a un habitante *su obligación moral* de cumplir con normas que no existen como tales (Fuller 1960, 39). La vinculación entre derecho y moral en este autor no pasa por asignar al derecho un *contenido* particular sino ciertas *formas* que son constitutivas de la noción de sistema jurídico.

La lista de Fuller se compone de la exigencia de que las normas sean:

- (1) generales;
- (2) públicas, o disponibles al menos para los sujetos obligados a cumplirlas;
- (3) prospectivas (esto es relevante no sólo para poder cumplir con la propia norma en cuestión sino para permitir la eficacia a las restantes normas del sistema sin que exista temor por el hecho de que otra norma venga a modificar retroactivamente aquello que esta permite o prohíbe);
- (4) comprensibles;
- (5) no contradictorias;
- (6) realizables, es decir, que se encuentren dentro de las capacidades o poderes de los sujetos a los que se dirigen;
- (7) suficientemente estables como para permitir que los sujetos realicen o no realicen las acciones que ellas ordenen;
- (8) no debe existir incongruencia entre el modo en que las normas son expresadas y el modo en que ellas son realmente administradas (Fuller 1960, 39).

III) El trabajo de Raz, especialmente su “lista”, contiene algunas características adicionales a las anteriores que introducen ciertos rasgos necesarios para la aplicación de la ley y no sólo ya para su formulación, aunque tampoco considera esencial alguna forma especial de organización del Estado (excepto por la independencia del poder aplicador de las normas) y admite que el ED puede ser respetado por gobiernos no democráticos.

El trabajo de Raz puede ser leído como el entramado de tres líneas argumentativas principales: en primer lugar, su idea de que el ED tiene como propósito principal proveer el marco para que el derecho pueda ser realmente una guía para la acción humana y en este aspecto radica el fundamento de los componentes de su lista. Así explica Raz que el ED tiene dos aspectos:

- (1) que las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo, y (2) que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda

ser guiada por él... por lo tanto, si el derecho debe ser obedecido tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos (Raz 1979 (1985), 267).

La segunda línea argumentativa principal es la de dar respuesta a una incipiente y creciente vertiente de pensamiento que –en sus palabras– hacía un uso promiscuo del término “estado de derecho” y lo vaciaba de contenido real (Raz 1979 (1985), 264). Especialmente para dar respuesta a esta última cuestión Raz, más que cualquier otro autor, asume una comprometida defensa de la virtud del ED en su versión formal:

...el estado de derecho es únicamente una de las virtudes que un orden jurídico puede poseer y por la que puede ser juzgado. No se debe confundir con democracia, justicia, igualdad (ante el derecho o de otra manera), ni con los derechos humanos de cualquier tipo ni con el respeto por las personas o la dignidad del hombre. Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de los derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del estado de derecho mejor que cualesquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad al estado de derecho (Raz 1979 (1985), 264).

La tercera idea central del texto de Raz es defender la distinción entre el ED y el concepto mismo de Derecho. Así, explica Raz que el ED es esencialmente un valor negativo en dos sentidos: la conformidad a él no causa bien, salvo impidiendo el mal y el mal que se evita es el mal que únicamente pudo haberse producido por el propio derecho (Raz 1979 (1985), 279). En este sentido queda claro el debate con Fuller, por un lado, y con los pensadores sustantivistas, por el otro, a los que caracteriza como haciendo un uso promiscuo del concepto de estado de derecho.

La “lista” de Raz, como se adelantó, tiene como principal propósito asegurar que el núcleo del ED pueda ser llevado a cabo, es decir: que las personas sean regidas por el derecho y lo obedezcan. Para ello, el derecho tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos y debe ser susceptible de ser obedecido (Raz 1979 (1985), 267). Para que el derecho pueda entonces guiar la conducta de los sujetos debe tener ciertas características:

(1) todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras (Raz 1979 (1985), 268);

(2) deben ser además relativamente estables (Raz 1979 (1985), 268);



(3) las disposiciones jurídicas particulares (u órdenes jurídicas) deben ser formuladas sobre la base de normas generales, prospectivas, abiertas, claras y estables (Raz 1985, 269-271);

(4) debe garantizarse la independencia del poder judicial (Raz 1979 (1985), 271);

(5) los principios de justicia natural deben ser observados. Esto incluye la presencia de juicios públicos y justos, llevados a cabo con ausencia de prejuicios (Raz 1979 (1985), 272);

(6) los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implementación de los otros principios para asegurar la conformidad de las normas al estado de derecho (Raz 1979 (1985), 272);

(7) los tribunales deben ser fácilmente accesibles: dada la posición central de los tribunales en el aseguramiento del estado de derecho (especialmente dada en los principios (4) y (6)) es obvio que su accesibilidad es de mucha importancia). Este principio incluye la celeridad y la ausencia de costos excesivos para el litigio (Raz 1979 (1985), 272);

(8) a los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho. Aquí se incluye no solamente a los tribunales sino también a la policía y a otras autoridades encargadas de la persecución penal (Raz 1979 (1985), 272 ).

De acuerdo con Raz, los principios 1 a 3 son los que requieren que el Derecho se conforme a ciertos estándares que permitirán que efectivamente las personas guíen sus conductas por las normas jurídicas; mientras que los puntos 4 a 8 son los que garantizan que la maquinaria de ejecución del derecho no prive a las normas de su capacidad para guiar la conducta y sea capaz de supervisar el cumplimiento del ED así como de corregir las desviaciones en el cumplimiento de la ley (Raz 1979 (1985), 273).

IV) Carlos Nino asume un enfoque claramente formalista y acepta que el ED es compatible con casi cualquier contenido incluso con aquellos que tengan un contenido repudiable y un origen ilegítimo (Nino 2005, 42). Sin embargo, también afirma que los valores a los que se asocia el ED (seguridad, predecibilidad y orden) son valores secundarios al valor justicia, el que no integra el ideal del ED, no obstante, el ED es necesario para materializar una sociedad justa (Nino 2005, 42).

La "lista" de Nino puede ser reconstruida del siguiente modo:

(1) Las normas jurídicas que se observan deben ser de índole *general*, tanto a los sujetos normativos como a la ocasión espacial o temporal de las acciones prescriptas;

(2) Las normas jurídicas deben tender a la universalidad [...] a ser aplicables a todos, no haciendo diferencias que no estén justificadas;

(3) las normas jurídicas deben ser, en general, irretroactivas;

(4) Las normas jurídicas deben ser estables;

(5) Las normas jurídicas deben ser públicas;

(6) Las normas jurídicas deben ser lo más definidas que sea posible. Esto significa que deben evitarse en la medida de lo posible la vaguedad y la textura abierta de las expresiones utilizadas en la formulación de las normas<sup>119</sup>;

(7) Los hechos condicionantes previstos en las normas jurídicas deben ser empíricamente verificables y debe ofrecerse a las personas interesadas en la aplicación o no de tales normas una razonable oportunidad de probar la ocurrencia o no ocurrencia de los hechos;

(8) Las normas jurídicas deben ser aplicadas estricta e imparcialmente a los casos particulares, o sea los jueces y otros órganos de aplicación no deben ignorarlas o aplicarlas haciendo diferencias que las normas no prevén;

(9) Las normas jurídicas deben ser aplicadas en última instancia por órganos independientes a quienes las han dictado. Este es un requisito que tiende fundamentalmente a asegurar el cumplimiento del requisito anterior (Nino 2005, 41-42).

Al inicio de este acápite se señaló que era posible discutir la existencia de planteos formales puros. Podrían dar cuenta de esta dificultad, por ejemplo, el requerimiento de F. Hayek de que la ley se aplique de modo igualitario, o de modo más claro aún, los

---

<sup>119</sup> Llama la atención este requisito propuesto por Nino, pues el propio autor admite en otro trabajo que la vaguedad es imposible de evitar: "Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad (Nino (1980) 2003, 45); luego el mismo autor dedica varias páginas a explicar diferentes casos de vaguedad, algunos de los cuales, admite, resultan inevitables (Nino (1980) 2003, 264 y ss). De todos modos, Nino contempla la posibilidad de avanzar en la atenuación de la vaguedad de conceptos básicos del derecho y atribuye esa tarea a la teoría del derecho (Nino (1980) 2003, 167).

Es más llamativo aún el requisito de evitar la textura abierta, ya que tal circunstancia es directamente inevitable. Tal como también el propio Nino reconoce el problema de la textura abierta constituye un vicio potencial que afecta a todas las palabras de los lenguajes naturales. Explica el autor que "...aun las palabras más precisas pueden suscitar dudas acerca de su aplicabilidad ante circunstancias insólitas e imprevistas...imaginemos que después de algún esfuerzo consigamos definir informativamente la palabra "lapicera" como un objeto que sirve para escribir con tinta sobre una superficie apta. Provisos de esta definición, nos hallamos, al parecer en condiciones de enfrentar al mundo, distinguiendo los objetos que son lapiceras de los que no lo sean. Pero ¿qué ocurriría si nos encontráramos con un objeto que posee las propiedades para designarlo con la expresión "lapicera" pero tiene además la propiedad concomitante de escribir en inglés lo que quisiéramos expresar en castellano, o la de escribir un poema místico cuando intentáramos redactar un manual de introducción al derecho, o la de negarse a escribir cuando pretendemos garrapatear una mala palabra? Seguramente ante esas extrañas circunstancias, revocaríamos la primitiva clasificación del objeto en cuestión como lapicera, asignándole probablemente otro nombre ad hoc más apropiado... Como es imposible prever todas las propiedades extrañas que pueden presentarse, la lista de las circunstancias que no deben darse para que sea aplicable una palabra, tiene que ser abierta...(Nino (1980) 2003, 266)

puntos 4 a 8 de la lista de Raz. Sin embargo, también podría pensarse que esos autores no requieren, por ejemplo, “una norma” que garantice la independencia del poder judicial o la obligación de aplicar la ley de modo igualitario, ya que podría tratarse de cuestiones que los autores consideran conceptualmente indescindibles del ED más allá de lo que el derecho positivo consagre. Si asumieramos esta última opción en la interpretación de los textos, la pureza de su discurso formal podría mantenerse indiscutida. Sin embargo, también podría pensarse en que el ED *le exige a la ley* algo más que ciertas características de legalidad: se exige de ciertas leyes además de esas características un contenido (que se asegure que los costos del litigio no serán excesivos, que se dote al sistema procesal de garantías para asegurar que el juez actuará libre de prejuicios, que se asegure que la ley se aplicará del mismo modo a todas las personas, etc.). Es cierto que no se trata mayormente de contenidos sustantivos sino de contenidos acerca de la organización del Estado y/o de los procesos de aplicación de la ley (aunque muchos de estos requisitos procesales u organizacionales pueden ser formulados también en términos de *derechos*).

En este sentido, Riccardo Guastini ha propuesto un enfoque del ED que, casi forzando los propios límites que he trazado al inicio, continuaré ubicando en el sector de los autores con una visión formal de este ideal. Guastini promueve una idea del *rule of law* altamente vinculada con modos particulares de distribución del poder del Estado y sus frenos y contrapesos.

V) La visión de Guastini sobre el ED ha sido calificada como “verdaderamente mínima” (Redondo 2009, 10), opinión que no comparto, pues más allá de la formulación inicial de lo que es el ED, que sí es despojada (como también lo es en Raz, por ejemplo) las características que este autor propone para “hacer realizable” el ED son justamente de las más completas y sofisticadas.

El punto de partida de Guastini es que el ED *implica que los actos del Estado – cualesquiera que sean—se ajusten al derecho* (Guastini 2002, 95). A pesar de la aparentemente parca definición de ED, Guastini se apresura a aclarar que el ED presupone la existencia de una constitución rígida, de lo contrario, el Poder Legislativo no tendría límites y no regiría para él la definición misma de ED (Guastini 2002, 95); a lo que agrega que, si bien se trata de un principio formal, el ED no tendría ninguna relevancia práctica si la constitución no impusiese límites al parlamento respecto al modo en que las leyes deben ser sancionadas y si no estableciese una declaración o carta de derechos (*bill of rights*) e incluso, tal vez, ciertos principios (Guastini 2002, 95).

A pesar de que el autor no se decanta por ningún derecho o conjunto de derechos en particular que debiera incluirse en la declaración de derechos (y por ello puede seguir sosteniendo que el ED es un principio formal), su concepción del ED se aleja rápidamente de esa primera versión despojada que puede llevar a interpretar su enfoque como minimalista.

De este modo, a través de los requisitos antes mencionados, puede comenzarse a reconstruir la “lista” de Guastini. El ED requiere entonces;

(1) existencia de una constitución rígida, que (1a) establezca los mecanismos para la sanción de las leyes y (1b) establezca una declaración o carta de derechos y posiblemente también principios.

Además, es condición para la efectividad del ED que los actos del Estado deben ser sometidos a algún tipo de control para asegurar que el núcleo del ED se cumpla. Este control debería ser tanto para aspectos sustantivos como procesales de los actos de gobierno. Por ello, concluye Guastini, la separación de poderes debe acompañarse de un diseño especial de frenos y contrapesos (Guastini 2002, 96). De este modo, la reconstrucción de la lista de requisitos puede continuarse del siguiente modo:

(2) el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deberían tener prohibido decidir sobre casos particulares y (2.a) los jueces no deberían tener facultades para dictar normas (no sólo por la ausencia de legitimidad democrática sino por también por la necesaria aplicación retroactiva que éstas tendrían (Guastini 2002, 96)). También como corolario de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, (2.b) los jueces deberían estar autorizados a revisar tanto los actos del Poder Ejecutivo como del Legislativo, lo cual requiere, especialmente para el último caso (2.c) la existencia en un ED de un sistema de control de constitucionalidad (Guastini 2002, 97)<sup>120</sup>.

El sistema de frenos y contrapesos también requerirá de un modo especial de relación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo y por lo tanto:

(3) el Poder Judicial debe estar sometido a la ley y no al Poder Legislativo, por lo que (3.b) los jueces no deberían ser designados por el Poder Legislativo (puede haber una excepción con relación a las cortes constitucionales o superiores) (Guastini 2002, 99); (3.c) el Poder Legislativo no debería tener poder para revocar sentencias del Poder Judicial aunque sí es aceptable que modifique una norma que ha sido interpretada por

---

<sup>120</sup> Respecto del control de constitucionalidad Guastini realiza una detallada distinción entre los diferentes posibles mecanismos (*ex ante*, *ex post*, difusos, concentrados, para el caso particular o *erga omnes* etc.). Sin embargo, se trata de una descripción y una evaluación de sus beneficios y desventajas pero no implican que el autor tome partido por una versión como necesaria o más conveniente para la efectividad del ED (Guastini 2001, 97-99).

el Poder Judicial de un modo que no conforma a los legisladores, pero esa reforma legislativa deberá tener siempre efectos prospectivos (Guastini 2002, 100).

También exige el ED para ser efectivo según Guastini que las relaciones entre Poder Judicial y Poder Legislativo se establezcan de cierta forma. La primera y más obvia consideración es que (4) el Poder Judicial debería ser independiente del Poder Ejecutivo y para ello (4.a) los jueces no deberían ser nombrados por el Poder Ejecutivo; y (4.b) el Ejecutivo no debería tener poder de revocación de sentencias dictadas por el Poder Judicial y otra vez, como ya se adelantó en (2.b) los actos del Poder Ejecutivo deberían ser revisables por el Poder Judicial (Guastini 2002, 100).

Finalmente el profesor italiano realiza un pormenorizado detalle de las características que el Poder Judicial debería tener para hacer realizable su independencia y así su capacidad de contralor del cumplimiento de la ley por los otros órganos del Estado: en primer lugar (5) en la designación de los jueces y magistrados deberían excluirse las elecciones populares, la designación vía poder legislativo (*supra* 3.b) y la designación por parte del Poder Ejecutivo (*supra* 4.a), el modelo ideal de designación de jueces según Guastini es el de los Consejos de la Magistratura u órganos equivalentes. En segundo término el ED reclama para asegurar la independencia (5.a) la estabilidad permanente de los jueces en sus cargos; (5.b) la remoción, suspensión y otras sanciones a los jueces debe ser producto de una medida impuesta por un órgano independiente del Poder Ejecutivo y Judicial –nuevamente la idea de un Consejo de la Magistratura es por la que se decanta el autor–; (5.c) debe regir la inmunidad de arresto de los jueces; (5.d) resulta incompatible la función judicial con la actividad política; (5.e) debe asegurarse a los jueces una remuneración consistente con la dignidad del cargo y las responsabilidades que conlleva esa función; (5.f) debe resultar prohibido el establecimiento de jueces o tribunales especiales designados *ex post facto*; (5.g) las decisiones judiciales deben ser motivadas; (5.h) debería existir un sistema de revisión de las decisiones judiciales por un órgano superior; (5.i) es imprescindible la persecución estatal en el área penal y la necesidad de que se encuentre en cabeza de un órgano diferenciado del Poder Judicial (Guastini 2002, 101-103).

### **13.2. Enfoques sustantivos o materiales.**

Entiendo que hay varias versiones del ED en sentido material, sustantivo o fuerte que comparten sólo algunas características y por ello parece más oportuno dividir en dos grupos a estos enfoques sobre el ED y señalar sus matices internos. Lo que ambos

enfoques comparten puede ser presentado a través de las palabras de Franz Neumann quien en 1935 recogió acertadamente el espíritu de esta posición: si el derecho no es nada más que la voluntad del Estado en términos jurídicos, entonces el postulado del estado de derecho no ofrece límites al poder del soberano (Neumann (1935) 1986, 45). Esas leyes “desmaterializadas”, sostiene Neumann, no limitan al legislador (Neumann (1935) 1986, 45). Podemos hablar entonces de estado de derecho material (*rule of a material law*) solamente si hay una suficiente expectativa de que el derecho material en cuestión se realice en el derecho positivo, o de que el derecho positivo que está en contradicción con el derecho material no sea aplicado (Neumann (1935) 1986, 46).

### *13.2.1. Enfoques sustantivos basados en el reconocimiento de derechos.*

Quienes conciben al ED como inescindible de ciertos contenidos sustanciales, en términos generales, no rechazan que sean condición necesaria de este ideal político los requisitos y características que los enfoques formales han propuesto. Por el contrario, más allá de alguna excepción sobre algún punto específico, todos parten desde esa plataforma para sumar los contenidos y valores que consideran imprescindibles para poder hablar de ED. La diferencia es que no consideran que esos requisitos formales sean condición necesaria y suficiente del ED sino sólo necesaria o, en otros términos, las versiones formales son el elemento central o mínimo del ED (Sauca 2009, 42). Por lo tanto, si los autores que entienden al ED en su versión fuerte o sustantiva consideran como elemento central o mínimo, las premisas y exigencias desarrolladas por los pensadores formalistas, para este grupo de autores, también rige la idea central del ED: los habitantes y los gobernantes deben actuar y estar limitados de acuerdo a lo que señala el derecho. Sin esta premisa no hay ED en ninguna de sus versiones.

Dentro del grupo de pensadores que defienden un ED material o sustantivo hay interesantes debates (planteados entre ellos mismos o entre ellos y otros autores que defienden concepciones formalistas o legalistas del ED), sin embargo, gran parte de estas discusiones son ajenas a lo que es relevante para esta tesis y no me detendré en ellas. Dedicaré a las versiones sustantivas menor espacio que al anterior grupo pues aquello que me interesa discutir como problemas vinculados al ED y el desarrollo surge en mayor medida de ese contenido mínimo que han expuesto los pensadores agrupados dentro de la visión formalista del ED.

Prácticamente resulta difícil encontrar autores que actualmente adhieran a una visión sustantiva del ED y consideren que únicamente un grupo de derechos (derechos civiles y políticos, o por el contrario, derechos sociales) son los que conforman el núcleo

necesario para poder entender que el ED se encuentra presente. Esas distinciones terminaron afortunadamente con la desaparición de la guerra fría y los pasos firmes que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se dieron para establecer como principios interpretativos de éstos su *indivisibilidad e interdependencia*; asimismo, contribuyó a este fenómeno el hecho de que muchas constituciones modernas recogieran en sus catálogos de derechos tanto a los derechos típicamente liberales como a los llamados sociales (Cfr. entre otras, las constituciones de España (1978) y Colombia (1991)); o que directamente, incorporaran con jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que esos países son parte y que incluyen el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales además del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, entre otros tratados internacionales (Cfr. Constitución de México (2011) y Constitución Argentina (1994)). Otros países, por su parte, han decidido por vía jurisprudencial y con carácter *erga omnes* otorgar a los tratados de DDHH la misma jerarquía que a sus constituciones (Cfr. Corte Suprema de Uruguay Sentencia 365/2009 y Sentencia 4.765/2011).

En términos generales, los autores suelen referirse actualmente a los contenidos materiales que defienden debe garantizar el ED haciendo referencia a los Derechos Humanos o Derechos del Hombre y, en menor medida, algunos continúan utilizando la expresión Derechos Fundamentales. Sendas expresiones engloban, para la mayoría de los autores, dos cosas que me interesa destacar: a) la ya anunciada cuasi-desaparición de los debates sobre derechos civiles y políticos versus derechos sociales; y b) el entendimiento de que el ED sin estos derechos no es tal cosa y que se pretende –en caso de que no sea así aún– la positivización de estos derechos; luego vienen las demandas de efectiva realización de los derechos y acceso a la justicia. Es decir, para gran parte de los autores que defienden una concepción material del ED este ideal se ve alcanzado cuando se dan los elementos formales ya señalados anteriormente y cuando, especialmente las constituciones pero también las leyes, reconocen un catálogo de derechos de las personas que incluyen tanto derechos civiles y políticos cuanto derechos sociales. Finalmente también podría alcanzarse el objetivo del ED material, cuando los países se han obligado a respetar los derechos que surgen de los tratados internacionales sobre derechos humanos y éste compromiso tiene modos de hacerse efectivo y reclamarse en sede interna.

Hay un segundo aspecto sobre el cual suelen coincidir los pensadores que defienden una versión fuerte como única posible del ED: la democracia es el sistema político necesario para que el ED en sentido material pueda ser realizado. Las razones que se

brindan para sostener esta necesaria interrelación son variadas. Algunas de estas son las siguientes:

a) Sólo la ley producida bajo un sistema democrático es expresión de la voluntad general y por ello, y sólo por ello, la expresión normativa suprema (Liborio Hierro 1996, 288) y por ello, la democracia, constituye “la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho” (Díaz 1975, 30). El elemento democrático, resulta necesario, para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley (y, en caso contrario, para justificar moralmente su desobediencia) (Liborio Hierro 1996, 288).

b) Otra línea sigue el argumento que brindé más arriba para descartar la inclusión en los enfoques formalistas de cualquier proclama que integrara necesariamente a la democracia en el ED: son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático, y complementariamente, es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales (Bobbio 1986, 15). “En otras palabras: es improbable que un Estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia, y por otra parte es poco probable que un Estado no democrático sea capaz de garantizar las libertades fundamentales” (Bobbio 1986, 16).

c) Ferrajoli propone también un interesante modo de ver esta interrelación:

El estado de derecho como resulta del conjunto de garantías liberales y sociales, puede ser, pues, configurado como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la democracia política. Precisamente si la regla del estado liberal de derecho es que *no sobre todo se puede decidir*, la regla del estado social de derecho es que *no sobre todo se puede dejar de decidir*, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede dejar de decidir, incluso aunque no interesen a la mayoría [...] Sin embargo, en un sentido no formal y político sino sustancial y social de "democracia", el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que refleja, más allá de la voluntad de la *mayoría*, los intereses y necesidades vitales de *todos* (Ferrajoli 1995, 864).

### 13.2.2. Enfoques sustantivos basados en derechos morales.

La versión de Ronald Dworkin de la concepción material del ED ha generado muchísimos debates que no tendré oportunidad de recoger aquí, simplemente me interesa señalar algunas características de esta versión para incluirlas en una crítica



general a las concepciones del ED. El enfoque de Dworkin se aleja en algunos aspectos de lo que antes he señalado como características del enfoque sustantivo sobre ED.

Dworkin distingue entre dos concepciones del ED, a la primera la denomina concepción “centrada en el cumplimiento del reglamento”, y se asemeja bastante a las posiciones formalistas e incluso a las concepciones materiales basadas en el reconocimiento de derechos, aunque en su descripción se omiten relevantes características que sí se incluyen en cualquier construcción moderna del ED en su versión formal. Sostiene Dworkin que de acuerdo a ella tanto el gobierno como los ciudadanos deben ceñirse a esa normativa pública hasta que se la modifique, siguiendo las disposiciones consignadas en el código mismo (Dworkin 2012, 28)

A la segunda forma de entender el estado de derecho la llama “concepción centrada en los derechos”. A diferencia del grupo de pensadores que promueven una visión material del ED que aboga por la inclusión de ciertos derechos en un catálogo positivo y un sistema político determinado, la visión de Dworkin supone que cada ciudadano posee derechos y deberes morales en relación con el resto de los ciudadanos y derechos políticos en relación con el Estado en su conjunto y acepta que “[...] esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo de modo tal que se los haga cumplir *cuando así lo requieran los ciudadanos [...]* (Dworkin 2012, 28). Pero agrega que si bien el modelo de los derechos acepta que el reglamento es, en este sentido, una fuente de derechos morales en los tribunales, niega que sea su única fuente.

Por consiguiente, si surge algún caso sobre el que el reglamento nada dice, o si sus palabras son susceptibles de interpretaciones opuestas, lo correcto es preguntar cuál de las decisiones posibles se adecua mejor a los derechos morales de las partes (Dworkin 2012, 34).

En un caso difícil, un juez que adhiera a la concepción del estado de derecho centrada en los derechos intentará elaborar algún principio que le parezca que reproduce, en un nivel de abstracción adecuado, los derechos morales pertinentes para las cuestiones que surgen del caso. Pero no puede aplicar ese principio a menos que, en tanto principio, sea coherente con el reglamento, en el siguiente sentido: no debe entrar en conflicto con otros principios que deben presuponerse para justificar la norma a la que se está apelando, o cualquier parte considerable de las otras normas (Dworkin 2012, 34)<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Algunos autores, siguiendo la línea planteada por Dworkin pero evolucionando la idea del autor estadounidense, han planteado un modelo de aplicación judicial del derecho en el que el juez al aplicar las normas jurídicas debería evaluar si esa norma es acorde con el sistema de principios *explícitos e implícitos*

#### 14. RECONSTRUCCIÓN DE LOS REQUISITOS MÍNIMOS CONSENSUADOS SOBRE ED Y ALGUNAS DE SUS CONSECUENCIAS.

A través del recorrido realizado hasta el momento es claro que no podríamos apelar a un concepto o enfoque de ED que compatibilizara todas las diferentes visiones. Sin embargo, como se ha dicho al inicio, pareciera que si reuniéramos todos los requisitos propuestos por los enfoques formales, no llegaríamos a una lista contradictoria o inconsistente. El gran salto para la imposibilidad de construir un ED que conforme universalmente parece ser la diferencia entre la inclusión necesaria para unos y la no necesidad para otros, de contenidos sustantivos o valores, principalmente *derechos* y un sistema de gobierno identificado con la *democracia*. Asimismo, como se ha visto, en los puntos inmediatamente anteriores a este, los autores que promueven una visión material del ED mantienen significativas diferencias.

No obstante estas grietas hay algunos puntos de acuerdo. Este es el acuerdo *mínimo* que he reconstruido sobre el contenido del estado de derecho. Vale la pena aclarar que se trata de una reconstrucción que no recoge uno a uno los requisitos enunciados por los autores, ni exige que todos los requisitos que mencionaré hayan sido señalados por todos los autores, se trata, de las exigencias mínimas y no contradictorias que la estructura básica del ED exigiría. Algunas de estas exigencias se derivan lógicamente de otras y no han sido expresamente sostenidas por muchos autores pero difícilmente pueden ser rechazadas. Por ejemplo, nadie duda de que es un requisito del ED que las leyes sólo pueden ser modificadas de acuerdo a lo que establecen las leyes; sin embargo, excepto Guastini, ningún autor ha señalado expresamente la necesidad de una constitución rígida (o un sistema jerárquico de leyes) que es condición necesaria para que el requisito enunciado tenga sentido.

Por cierto, como ya resulta obvio a esta altura, este consenso será necesario pero no suficiente para los enfoques materiales o sustantivos. De acuerdo a la reconstrucción

---

y ello debiera ser así en todos los casos, es decir, *sin considerar si se trata de un caso fácil o difícil*. Según describen Atienza y Ruiz Manero, hay una imagen muy extendida acerca de la manera en la que el Derecho guía la conducta de los órganos jurisdiccionales, que tiene como punto de partida la existencia de reglas de acción (razones perentorias) y que exige que el contenido de la resolución judicial esté basado en esas reglas y excluye que opere ninguna otra razón como base del contenido de la resolución. De acuerdo a esta descripción, sólo se requiere de la deliberación de los órganos jurisdiccionales en zonas periféricas originadas, bien por los déficit del lenguaje ordinario, bien por la relativa indeterminación del propósitos del legislador (Atienza y Ruiz Manero 1996, 23). Si la actividad judicial no se realiza como en la descripción anterior sino apelando en todos los casos a la ponderación entre principios y reglas, entonces la dimensión de obediencia a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria (Atienza y Ruiz Manero 1996, 23). Los autores aceptan que en este modelo de razonamiento judicial resulta más problemática la aplicación de los principios implícitos que los explícitos pues no se plantea únicamente el problema de cómo deben ser usados en cuanto premisas de la argumentación jurídica sino también el cómo se justifica adoptarlos como tales premisas (Atienza y Ruiz Manero 1996, 24).

realizada, el estado de derecho supone:

(1) la sujeción de las autoridades y las personas a la ley (o dicho de otra forma las personas y las autoridades deben ser guiadas por la ley);

(2) la imposibilidad de modificar la ley si no es de acuerdo a procedimientos que se encuentran establecidos en la propia la ley;

(2.a) la imposibilidad de modificar el contenido de la ley si existe una prohibición de hacerlo en ese sentido o una obligación de mantener el contenido de la ley. (2) y (2a) son una consecuencia necesaria de la sujeción de las autoridades a la ley;

(3) para que (1), (2) y (2.a) sean posibles es necesaria la existencia de una Constitución rígida como señala Guastini (2002) o por lo menos la existencia de una relación de jerarquía de al menos un grado entre diversos tipos de leyes, siendo perfectamente compatible con el ED la existencia de jerarquías de más de un grado;

(4) la necesidad de la existencia de un órgano de aplicación de la ley independiente de quien la crea y ejecuta; este órgano de aplicación debe tener poder para aplicar las normas tanto respecto de las relaciones verticales como de las relaciones horizontales, y;

(4.b) algún tipo de controles recíprocos entre las instituciones del Estado con consecuencias para los funcionarios o empleados cuando se incumplen (1), (2), (2.a) y (4) (*accountability*) ( ver O'Donnell 2002, 324).

Como parte del paquete mínimo del estado de derecho también se señalan algunas características que debieran tener las normas. En este sentido, comparten los autores sin discusión que:

(5) las leyes deberían ser públicas, generales, claras y comprensibles, prospectivas, fácticamente realizables y mínimamente estables. Para poder guiar la conductas de las personas y funcionarios las leyes deben intentar conformar un sistema consistente. Es decir, se debe intentar evitar las antinomias;

(6) las normas deben aplicarse estricta e imparcialmente a los casos particulares.

(7) La igualdad ante la ley es también parte del acuerdo básico sobre estado de derecho vigente pero, por supuesto, no hay acuerdo sobre qué significa o qué alcance debería tener esta igualdad. Para alcanzar el consenso mínimo que se intenta reconstruir se dirá que sobre lo que hay consenso es solo acerca de la *igualdad formal* (las leyes consagran derechos e imponen obligaciones que se atribuyen a cada individuo *qua* persona legal, sin que cuente su posición social u otras condiciones, con el único requisito de que el individuo haya alcanzado la mayoría de edad y que no se demuestre que sufre de alguna clase de invalidez que lo inhabilite (O'Donnell 2002,

311-312)).

Estos puntos de consenso serán de utilidad para las consideraciones que se proponen en el acápite siguiente y para las propuestas que se realizan en base a ellas.

#### 15. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS ENFOQUES FORMALES Y SUSTANTIVOS.

En este apartado expondré algunas críticas y comentarios a los enfoques reseñados hasta aquí. La perspectiva desde la que realizaré esa tarea intentará conjugar algunas cuestiones interesantes para una abordar una perspectiva del ED y su vinculación con el desarrollo con una aproximación jurídica al debate.

##### 15.1. El problema de la eficacia.

Desde las perspectivas más clásicas hasta aquellas que desafían a las versiones más ortodoxas del ED, ningún autor o enfoque ha rechazado que la idea central del ED es que *los habitantes y gobernantes deben actuar y estar limitados por la ley* (las formulaciones pueden variar pero la idea no es cuestionada)<sup>122</sup>. Si esto es así, entonces, *la eficacia* de las normas es central en cualquier aproximación a este tema. Una gran parte del Capítulo II estará destinada a profundizar sobre cuestiones relativas a la eficacia, pero por el momento reitero que entenderé que ella se presenta respecto de una norma cuando la mayoría de los sujetos destinatarios en la mayoría de las oportunidades cumplen con la acción que la norma obliga realizar o se abstienen de realizar las conductas prohibidas.

De todos los autores antes reseñados, sólo Raz y Guastini han hecho explícita una preocupación aunque sea indirecta sobre la eficacia. En el primer autor la cuestión es algo más evidente pues uno de los tres ejes de su trabajo sobre ED es acerca del Derecho como guía para la acción humana y por ello en el centro de sus preocupaciones está la pregunta de cómo debe ser el Derecho para que los gobernantes y los súbditos *puedan* ser guiados por él (Raz 1979 (1985), 267). Las características intrínsecas y extrínsecas de la ley así como los requisitos para su aplicación propuestos por Raz no son otra cosa que la respuesta a esa pregunta. Para que el derecho pueda guiar nuestras conductas debe ser prospectivo, claro, estable, general, aplicado de manera independiente e imparcial, etc.

---

<sup>122</sup> No me refiero únicamente a las versiones que han sido reseñadas aquí, sino también a otros enfoques que promueven, por ejemplo, la idea de que el ED en su versión más mínima es la que brinda la posibilidad de hacer de este ideal un “bien humano universal” (Tamanaha 1995, 2004); o aquella que promueve un Estado de Derecho inclusivo para conseguir que la ley funcione también para los sectores más pobres de la sociedad (ver PNUD, Comisión on the Legal Empowerment of the Poor 2006, 2008; Golub 2006).

Guastini, como ya señalé anteriormente, se aproxima al ED de un modo que en apariencia es extremadamente delgado pero que se revela finalmente muy robusto. Este autor propone que el ED implica que los actos del Estado –cualesquiera que sean– se ajusten al derecho (Guastini 2002, 95). Sin embargo, aclara casi inmediatamente que el ED *no tendría ninguna relevancia práctica* si no existiera una constitución rígida con un catálogo de derechos y ciertos límites al Poder Legislativo. Más aún, luego identifica una serie de requisitos en la organización del Estado (ver más arriba punto 13.1) que considera que son *condición para la la efectividad del ED* (Guastini 2002, 95). De manera indirecta Guastini atiende a la eficacia de las leyes ya que si el ED se define por el hecho de que los actos de gobierno se ajusten al derecho y luego señala una serie de requisitos que son condición de la efectividad del ED, estos son, en definitiva condiciones para la eficacia de las normas que rigen los actos del Estado.

Sin embargo, las exigencias que ambos autores indican para con la ley, sus modos de aplicación y sus modos de producción son condiciones necesarias pero no suficientes para conseguir que efectivamente los habitantes y gobernantes actúen sujetos y limitados por las normas formales. Se trata de aportes que, en el mejor de los casos, asumen una explicación del tipo de “mano invisible” por la que dadas esas condiciones el resultado buscado (es decir, la adecuación de las conductas a las normas) se produciría sin necesidad de adicionar otro factor.

No es necesario señalar aquí que en la práctica, las condiciones que integran las “listas” (consideradas conjunta o separadamente) no han sido suficientes para que el ED se encuentre dentro de parámetros razonables aún en países en los que, como muchos de América Latina, las características intrínsecas, extrínsecas y de producción de las leyes no se alejan patológicamente de los requisitos señalados en las mencionadas “listas”. Esta situación, al igual que muchos otros fracasos de la eficacia, puede encontrar respuesta en aquello que será tratado especialmente en el Capítulo II: la interacción y competencia entre normas formales e instituciones informales. Es que sin la consideración de la interacción de las normas formales con las instituciones informales el estado de derecho es un paradigma insuficiente. La mayor parte de los estudios sobre estado de derecho, especialmente aquellos provenientes de juristas, han abordado la cuestión dejando de lado esta interacción (Pistor et al. 2010) y por ello, en el mejor de los casos, sólo pueden plantear una serie de requisitos necesarios pero no suficientes para que este ideal jurídico-político se lleve adelante.

Adicionalmente a la omisión señalada en los párrafos anteriores, el problema de la falta de adecuación de las conductas a las normas ha sido analizado desde diversas perspectivas jurídicas con enfoques históricos, sociológicos o antropológicos que intentaron dar cuenta de por qué ciertos grupos o sociedades encuentran mayores dificultades en adecuar sus conductas a las normas (ver entre otros, Nino 2005, García Villegas 2009, Cao 2007, Brooks 2003, Harrison y Huntington 2000). La orientación de estos intentos de explicación se ha posicionado siempre en las *actitudes de los sujetos normativos*; el otro lado, es decir, “el lado de la ley” y su relación con la eficacia prácticamente no ha recibido atención<sup>123</sup> y cuando la ha recibido no ha sido dentro del marco de estudios sobre el ED o los modos de implementarlo (con excepción de Pistor et al. 2010).

¿Podría un enfoque sobre ED profundizar en los problemas de eficacia y superar el umbral necesario pero insuficiente que surge de las “listas” de autores como Raz o Guastini? No veo motivos para dar una respuesta negativa a esta pregunta.

Desde una perspectiva teórica, el problema de la eficacia, ha sido tratado con agudeza desde diversos enfoques jurídicos que otorgan un marco conceptual suficientemente sólido como para integrar las cuestiones de ED y eficacia sin que aparezca como una tarea desmedidamente ambiciosa.

Más allá de ese primer escalón que no presenta mayores problemas, el foco de los debates sobre ED debería moverse de sus preocupaciones casi exclusivas sobre la actividad de aplicación de la ley y sobre ciertas cuestiones funcionales del proceso legislativo hacia otros ámbitos. En el Capítulo III desarrollaré estas ideas, por ahora sin embargo, basta mencionar que estos otros ámbitos hacia donde podrían mirar los estudios vinculados con el ED podrían ser los siguientes: (a) aportes jurídicos a los procesos de diseño, debate y sanción de las leyes. En este ámbito se debería incluir el análisis de las posibles competencias e interacciones entre normas formales e instituciones informales; (b) abordaje de la aplicación de las normas por autoridades judiciales o administrativas desde una perspectiva vinculada a la eficacia y eficiencia de los procesos de adjudicación y su posible relación con la mejora de la eficacia de las leyes aplicadas; (c) la evaluación de la eficacia de las leyes *a posteriori* de su entrada en vigor a través de mecanismos estadísticos, análisis de regresión y/o evaluación de impacto a través de ensayos aleatorizados controlados. Los dos primeros puntos no presentan mayores dificultades para ser abordados desde una perspectiva jurídica; el

---

<sup>123</sup> Alguna excepción se encuentra en Oliver-Lalana (2008); Berkowitz, Pistor y Richards (2003) y Postema (2012). Más marginalmente Nino (2005) quien junto con el enfoque jurídico también utiliza argumentos históricos.

punto (c) requeriría, sin duda, de un trabajo interdisciplinario pero la idea de realizar evaluaciones de impacto respecto de las leyes a implementarse (por ejemplo, a través de la evaluación de planes piloto) o ya implementadas no es algo completamente novedoso (ver Abramowicz, Ayres y Listokin 2010, 2011).

Los enfoques sustantivos tampoco han demostrado interés en la eficacia y esta ausencia se manifiesta no sólo en el sentido en que se ha señalado más arriba respecto del núcleo formal del ED, sino también en cuanto al *plus* que sus enfoques ofrecen y que se vincula a la necesaria consagración o reconocimiento de derechos. Las principales preocupaciones de los juristas que promueven visiones fuertes del ED ha sido relativa a la ontología o fundamentos de los derechos que sostienen como necesariamente unidos al ED, a los modelos para el reconocimiento judicial de éstos y a la necesidad de un acceso a la justicia que de modo igualitario permita ese reconocimiento. Incluso aquellos autores que consideran que la democracia es el único posible sistema de gobierno dentro de un contexto de respeto por el ED, omiten dar mayores razones sobre la vinculación entre el modelo democrático y un posible fortalecimiento de la eficacia (la razón más fuerte esgrimida en este sentido es que el proceso democrático otorga mayores razones morales para obedecer el derecho (ver Hierro 1996, Díaz 1975))<sup>124</sup>. Las restantes razones se vinculan generalmente a los límites de lo que puede y no puede hacer el Estado en un ED y el modo en que la democracia garantiza, de algún modo, esas fronteras; sin embargo, reitero, esos límites al Estado que tanto preocupan y ocupan son límites trazados con acuarelas si la eficacia acerca de ellos es descuidada.

## **15.2. El énfasis en la actividad judicial y el poco interés en la actividad legislativa.**

Esta sub-sección tiene íntima vinculación con la anterior y la necesidad de vincular el ED con la eficacia que es, en definitiva, su núcleo más fundamental. Con excepción de Hayek y Fuller que apenas proponen requisitos para la aplicación de las normas, los restantes autores dirigen su atención de manera muy especial hacia las atribuciones del Poder Judicial y el modo en que es desplegada la actividad judicial, exigiendo, además de la independencia del Poder Judicial otros requisitos como la publicidad de los procesos, la imparcialidad de los jueces, la accesibilidad a la justicia, la capacidad de revisión de las actividades de otros poderes, la necesidad de motivación de las

---

<sup>124</sup> Una excepción a este comentario se encuentra en Nino (2005) que ahonda en las posibles implicancias de la deliberación como posible modelo para aumentar la eficacia.

sentencias, la necesidad de que se brinde al justiciable la posibilidad de presentar argumentos sobre la prueba y el derecho, etc. (Cfr. Raz 1979 (1985), Guastini (2001), Nino (2005), Waldron (2009))<sup>125</sup>. La forma en que está detallado el modo en que debe ser desplegada la actividad judicial contrasta en todos los casos con la escasa mirada hacia los procesos legislativos, de los que sólo se exige un *resultado*: que las leyes sean claras, prospectivas, generales, realizables y las restantes características de forma. Los autores no se acercan ni cuestionan cómo son o deberían ser los procesos o modelos de producción legislativa, ni al modo en que las leyes tienen que ser discutidas o diseñadas o al problema de las mayorías necesarias, entre otros aspectos.

Vale la pena aclarar que el alejamiento de la preocupación acerca de los procesos legislativos, se trata de un alejamiento general por parte de la teoría jurídica y no exclusivo de los estudios sobre ED: tradicionalmente la teoría jurídica se ha mantenido al margen de la argumentación sobre producción de normas jurídicas por considerar que esta actividad era más política que jurídica (Atienza 1997, 21; 1993, 119). Esta visión está cambiando paulatinamente y la idea de que el derecho y la teoría jurídica tienen algo para aportar a los procesos de creación de leyes (una idea que suena bastante natural) cada vez es más aceptada. Estimo que los estudios sobre ED deberían introducirse seriamente en el campo de la producción legislativa aportando una visión jurídica preocupada, entre otras cosas, por la eficacia. De otra manera las preocupaciones genuinas sobre los modos de implementar el ED, sobre su efectividad o su relevancia práctica quedarán siempre a merced de una “mano invisible” de cuya existencia me permito dudar seriamente.

En autores como Dworkin o los que siguen su línea de argumentación, el rol atribuido al Poder Judicial es tan esencial que el papel de la legislación queda, en el mejor de los casos, en un segundo plano (ello no es tan así en los restantes planteos formales y sustantivos analizados aunque en ellos se omite profundizar en modelos jurídico-racionales para la producción legislativa). Este excesivo énfasis en la tarea del Poder Judicial y especialmente la velada atribución de funciones de “producción” de normas a ese poder, permite realizar algunos comentarios con fundamento en los requisitos mismos del ED en sus versiones formales y también desde la perspectiva que propone un ED material orientado hacia el reconocimiento legislativo de derechos. Estas críticas son bastantes obvias por lo que, seguramente, no serán novedosas:

---

<sup>125</sup> También merece la pena señalar que la mirada ha sido dirigida en general hacia los procesos de aplicación de las normas llevada adelante por *jueces y/o magistrados* y poco interés ha despertado en los distintos enfoques sobre el ED, la aplicación de las normas por parte de órganos administrativos que, indudablemente, constituye un cúmulo significativo de casos en los que se aplica la ley.



a) quienes asumen como necesario el modelo democrático como parte del ED encontrarán seguramente una dificultad en aceptar que se atribuya al juez una función de creación normativa—aunque sea subsidiaria— en desmedro del legislador elegido por los ciudadanos. Esta función es central en la concepción del ED de Dworkin al propiciar que los jueces puedan (o deban) reconocer derechos morales que no han sido recogidos en “el reglamento”.

b) Similares objeciones podrían realizarse no ya desde la perspectiva de la democracia como sistema necesario en un ED, sino desde la división de poderes y los frenos y contrapesos que algunos autores identifican como necesarios para el ED (ver al respecto el trabajo de Guastini (2002, 96)).

c) Del mismo modo, la propuesta de Dworkin chocaría con el requisito de que la ley debe ser aplicada de modo estricto, es decir, sin formular distinciones que ellas no contienen (Nino 2005, 42) y sin que el juez pueda sustraerse de su aplicación aunque ello genere consecuencias injustas (Hayek 1960 (1979), 158);

d) Un enfoque como el de Dworkin, propone como valor supremo del ED a la “justicia” o la moralidad del derecho pero, como explica Liborio Hierro, se trata de una aparente elevación de la moralidad del Derecho porque presupone una racionalidad y una pureza en los órganos de aplicación del derecho tan grande o mayor que la otrora atribuida al legislador, pero lo hace, desde luego a costa del “imperio de la ley” (Hierro 1996, 303-304) o a costa de la certeza y previsibilidad del derecho.

e) El reconocimiento de un derecho moral por vía judicial puede generar una obligación o una carga que recaiga sobre otra personas física o jurídica o en un grupo de personas físicas o jurídicas. Estas obligaciones pueden llegar a ser bastante difusas y distribuidas de un modo imperceptible y anónimo entre las personas sometidas a la jurisdicción en donde se reconoce la vigencia positiva de un derecho hasta entonces moral. En tal caso, dicho reconocimiento no generará mayores problemas visibles de predecibilidad y seguridad; sin embargo, en otras ocasiones, el reconocimiento judicial de un derecho de este tipo podría tener como contracara la generación de obligaciones o cargas sobre una persona o grupo identificables y con responsabilidad directa en las satisfacción del derecho reconocido, y en estos casos sí puede cuestionarse más claramente que se afecten los valores de predecibilidad y seguridad que ampara el ED e incluso la prospectividad de las normas.

f) El acceso a la justicia y la independencia e imparcialidad, y más aun el modelo de aplicación del derecho que reclaman algunas visiones sustantivistas o formalistas robustas como la de Guastini, requieren previamente, del cumplimiento de otros

requisitos del ED, por lo que, si ellos no se presentan es probable que las altas expectativas colocadas en cabeza de los jueces no puedan ser realmente satisfechas. Otra vez, la eficacia debería ser una consideración prioritaria y previa a las preocupaciones sobre aplicación del derecho.

g) Finalmente, la inmensa mayoría de los incumplimientos por parte de las autoridades gubernamentales o de las obligaciones que se presentan en las relaciones horizontales no llegan a ser formalmente planteadas ante el Poder Judicial. Es razonable pensar, además, que esta “cifra negra judicial” de conflictos aumente cuanto más débiles sean los requisitos generales del ED y disminuya cuando más fuerte sea el ED en una sociedad, por lo que, poner el centro de gravedad en la actividad judicial parece ser, de algún modo, comenzar por lo que debiera ser el final de un recorrido y no su comienzo.

La alta concentración en la argumentación acerca del modo en que el Poder Judicial es un posible guardián de los derechos morales o garante de los límites al Estado, como se dijo, omite considerar la “cifra negra” de conflictos, es decir, aquellos no judicializados. Por eso se atribuirá una importancia marginal a la llamada “eficacia a través de la aplicación”, es decir, cuando se pretende que la aplicación de una norma sustituya a la eficacia propia de esa norma. Los verdaderos límites al Estado y la verdadera garantía de los derechos es que las normas sean eficaces *per se*. De ningún modo las ideas anteriores deben entenderse como un llamado a desatender las garantías judiciales o a restar importancia al papel del Poder Judicial como interprete último de las leyes ni a su función respecto al problema de la eficacia (ver Capítulo III).

### **15.3. La necesidad de enfoques que comprendan todas las relaciones que estructura el ED.**

Al inicio de esta parte del capítulo, presenté una idea sobre los cuatro tipos de relaciones que estructura el ED. Aun a riesgo de que resulte reiterativo, expondré nuevamente aquí brevemente los cinco tipos de relaciones identificadas junto a otros elementos antes no señalados,:

- la *relación horizontal* estructurará las relaciones entre personas físicas y jurídicas (ambas cuando no actúen como agentes o sociedades del Estado). Entran dentro de estas relaciones típicamente las relaciones regidas por el derecho privado (incluyendo al derecho mercantil) y parcialmente el derecho del trabajo. Como se adelantó, no debe presumirse que estas relaciones sean simétricas: en la mayoría de los casos tenderán a ser naturalmente asimétricas. El contenido de la ley puede, de

algún modo, moderar esa asimetría a través de múltiples recursos –por ejemplo los utilizados por el derecho laboral, el llamado derecho de los consumidores, o la protección fuerte de los inquilinos en ciertos países y las acciones afirmativas –.

- Las relaciones verticales *tipo uno* –que son las que mayor atención han recibido– estructuran las relaciones entre el Estado o sus agentes y las personas físicas y jurídicas privadas imponiendo límites a la actividad del Estado en beneficio de los administrados. Se trata generalmente de obligaciones de no hacer (o de abstención) o prohibiciones que pesan sobre el Estado.

- Las relaciones verticales *tipo dos* son las que estructuran las obligaciones y prohibiciones que pesan sobre los habitantes, ciudadanos y personas jurídicas y cuyo beneficiario directo es el Estado aun cuando los beneficiarios indirectos sean las personas físicas y jurídicas. El pago de impuestos, tasas y contribuciones o el cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social son las situaciones paradigmáticas de esta relación, pero hay infinidad de casos como la obligación de votar donde ello es obligatorio, el respeto por las normas de tránsito, las normas sobre limitaciones en las construcciones, las obligaciones sobre etiquetado de productos comestibles, las normas sobre elaboración y testeado de medicamentos, etc.

- Las relaciones verticales *tipo tres* son las que estructuran las relaciones entre el Estado y los administrados cuando las obligaciones que pesan sobre el primero son obligaciones positivas o de hacer. El goce de derechos sociales es lo que generalmente se asocia a este tipo de obligaciones, pero no veo motivos –especialmente en el contexto de un análisis vinculado al desarrollo– para no incluir también a otras actividades como las de seguridad interior y exterior, las de establecer ciertas condiciones para el desarrollo de la actividad industrial o comercial, el procesamiento de residuos o el control de los incendios, etc. Estos simples ejemplos permiten vislumbrar las numerosas obligaciones típicamente *de hacer* que pesan sobre los Estados y que exceden a los llamados derechos sociales.

- Finalmente, las relaciones verticales *tipo cuatro*, estructuran las relaciones entre diversos agentes del Estado o agentes y órganos u órganos entre sí (me refiero a órganos en un sentido amplio incluyendo organismos, agencias, unidades administrativas, etc.). Estas relaciones suelen ser verticales aunque pueden existir casos de vinculaciones entre agentes u órganos de igual jerarquía aunque distinta competencia por lo que se presentarían casos de vinculaciones horizontales dentro del ámbito del Estado. No obstante esa posibilidad prefiero continuar ubicando las relaciones Estado-Estado dentro del ámbito de las relaciones verticales.

Los cinco tipos de relaciones son identificables de manera separada pero se encuentran íntimamente ligadas e incluso hay muchas actividades o derechos que pueden exigir para su realización que se cumpla con más de un tipo de relaciones. Tomemos por ejemplo un derecho típicamente liberal y generalmente pensado desde la relación vertical tipo uno como es el *derecho de propiedad*. Ciertamente es necesario que el Estado no disponga sobre el destino que le daré a mi inmueble (relación vertical tipo uno) o que me compense justa y oportunamente en caso de expropiación (relación vertical de tipos uno y tres), pero además es necesario, que mis vecinos o los transeúntes no invadan permanente o transitoriamente mi propiedad (relaciones horizontales), para ello el Estado tiene la obligación de garantizar de alguna manera – por ejemplo, a través de un cuerpo de policía razonablemente eficiente–, que otros habitantes no usurpen mi propiedad o transiten sobre mi jardín (relación vertical de tipo tres) y también tiene el Estado la obligación de que si ello ocurre proveer el acceso a remedios judiciales (relación vertical de tipo tres) o de sancionar al funcionario que no cumplió su función de impedir que otros invadieran mi propiedad (relación vertical de tipo cuatro). Ahora bien, yo también tengo la obligación de respetar los límites del espacio público y no construir, por ejemplo, mi jardín sobre la acera, y muy especialmente, tengo la obligación de pagar mis impuestos (ambas integran las relaciones verticales tipo dos) para que sea posible que el Estado cumpla con todas las obligaciones de tipo tres y cuatro que se han señalado.

Realizaré en las páginas que siguen algunos comentarios acerca de las diferentes formas de relaciones antes identificadas y sus vinculaciones.

#### *6.4.3.a) La omisión de considerar las relaciones verticales tipo dos.*

Los autores han omitido en la mayor parte de los casos orientar la mirada a este tipo de relaciones verticales: pareciera como si la sujeción que se requiere de los habitantes a las normas fuese sólo de tipo horizontal<sup>126</sup>. Ello queda claro, por ejemplo, del siguiente

---

<sup>126</sup> Dentro de los enfoques que han sido reseñados en este capítulo es posible identificar las siguientes tendencias: Hayek de manera consistente vincula su preocupación por la libertad con las relaciones horizontales y con la dimensión vertical tipo uno; en Dworkin se advierte una preocupación explícita por las relaciones verticales tipo uno y en menor medida por las relaciones horizontales, sin embargo, su concepción de los derechos morales no excluiría *a priori* a las relaciones verticales de tipo tres en cuanto aquellos derechos pudieran reclamarse como derechos sociales; del planteo de Raz, a pesar de que se vislumbra una tendencia hacia las relaciones horizontales, podría pensarse que incluye a todas las relaciones ya que su orientación es amplia en el sentido de que “las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo”, pero no hay mención específica a ninguna de las relaciones identificadas en este capítulo; algo similar ocurre con el planteo de Nino. En Fuller, finalmente, las relaciones horizontales tienen un importante lugar pero el autor propone una interesante relación entre éstas y las relaciones verticales (ver más adelante en el cuerpo del texto). Riccardo Guastini deja de lado por completo a las relaciones horizontales. Recordemos que su definición básica de ED es que éste implica que *los actos del*

texto del Waldron quien señala que el *rule of law* no es solo acerca de los gobiernos y al referirse a las obligaciones de los ciudadanos expone que:

...requiere, también que los ciudadanos respeten y cumplan con las normas jurídicas, incluso cuando estén en desacuerdo con lo que ellas ordenan. Cuando sus intereses entran en conflicto *con los de otros*, ellos deben aceptar las determinaciones jurídicas sobre cuáles son sus derechos y obligaciones (Waldron 2016. La itálica no obra en el original)

Es cierto también que ningún autor ha excluido explícitamente a las relaciones verticales tipo dos de las posibles que se estructuran a través del ideal del ED; simplemente hay una omisión de atención hacia esta relación. Expondré a continuación las razones por las que entiendo que las relaciones verticales tipo dos son sumamente importantes para la realización del ED de manera integral. La primera razón es bastante obvia: cuando se afirma que el ED implica que los habitantes/ciudadanos y los gobernantes y autoridades guíen sus conductas por lo que la ley dispone, no se excluye a la relación vertical tipo dos por lo que no hay motivos teóricos para no abordarla.

La segunda razón es de índole práctico pero no por ello menos importante. Los valores que atribuyen al ED tanto los autores que promueven una visión formal como aquellos que consideran que el ED debe tener un contenido material son en la práctica irrealizables si se excluye a las relaciones verticales tipo dos. Como intenté mostrar en el ejemplo sobre el derecho de propiedad, aun un derecho del núcleo típicamente liberal requiere que el Estado haga mucho más que “no molestar” para garantizarlo, pues hay otros actores diferentes del Estado (los que integran las relaciones horizontales), que podrían interferir en el goce del derecho, y pesa sobre el Estado la obligación de impedir activamente que ello ocurra o proveer un remedio en caso de que ya haya ocurrido (obligaciones de tipo tres y cuatro). Es decir, todas las obligaciones que se atribuyen al Estado al describir las relaciones verticales de tipo uno, tres y cuatro *tienen un coste*. Especialmente creo que debe quedar claro que el goce efectivo de *todos* los derechos que las leyes y constituciones consagran tienen un coste. Como sostienen Holmes y Sunstein, ningún derecho es simplemente el derecho a que los funcionarios públicos no lo molesten a uno, y agregan que, si los derechos fueran sólo inmunidades contra la interferencia estatal la virtud suprema del gobierno en relación con el ejercicio de los derechos sería la parálisis o la incapacidad; pero un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera aquellas en apariencia

---

*Estado* –cualquiera que sean– se ajusten al derecho (Guastini 2002, 95). En el texto de Guastini no se exponen las razones de por qué esta visión tan acotada del *rule of law*.

completamente negativas como el derecho a no ser torturado por agentes penitenciarios o guardias de seguridad (Holmes y Sunstein 2011, 64)<sup>127</sup>.

Lo señalado anteriormente no rige únicamente respecto de los derechos o para las visiones que promueven un enfoque material del ED, pues también tiene un coste el modelo organizativo del Estado que respaldan las visiones formales (por ejemplo, el establecimiento de un poder judicial independiente e imparcial o la aplicación estricta de la ley cuando su consecuencia es la imposición de una pena de prisión). ¿De dónde obtiene esos recursos en la actualidad un Estado con una economía no dirigida centralmente?, las cifras para completar esta respuesta pueden variar de país en país pero en todos los casos resulta innegable que dependen crucialmente de la recaudación impositiva y de la seguridad social, es decir, dependen crucialmente del cumplimiento de las obligaciones verticales tipo dos<sup>128</sup>.

#### *6.4.3.b) La importancia para la eficacia de una visión integrada sobre las distintas relaciones.*

---

<sup>127</sup> No obstante lo anterior, pareciera que en una concepción liberal se requiere que la posibilidad de elección de las personas sea limitada en la menor medida posible y, por el contrario, cuando sea posible ésta sea extendida; por el contrario, los funcionarios públicos deben tener una mínima posibilidad de elección entre varias acciones (Kristan 2013, 482). Así, la lista de posibles acciones (es decir, la lista de acciones válidas) de los funcionarios públicos debe ser tan determinada como sea posible (Kristan 2013, 483).

Este punto de partida es importante, no sólo desde una perspectiva liberal como propone el autor mencionado, sino para el establecimiento instituciones que sean promotoras del desarrollo: tanto una perspectiva institucionalista pura como podría ser el NIE como una híbrida como la que representa el DH tienen en el seno de sus ideales a la libertad dentro de un marco de previsibilidad. Así para el NIE la libertad en un marco de previsibilidad y seguridad es el camino para generar los incentivos para la inversión, la innovación y la reinversión y de allí el crecimiento económico; desde la perspectiva del DH, la libertad que se concretiza en la expansión de las capacidades humanas es el núcleo mismo del concepto de desarrollo.

Plantearé esta idea de manera marginal únicamente pues a pesar de coincidir con ella, en la concepción del ED que propongo, concepciones no liberales serían igualmente aceptables como respetuosas de este ideal siempre que cumplieran con los requisitos formales que se han identificado como integrantes del consenso sobre su contenido y los dos elementos de la versión robusta que aquí propongo (es decir, la preocupación por la eficacia y la necesidad de promover leyes inteligibles). Sin embargo, también es cierto que al menos en la mayoría de los países de América Latina los paradigmas constitucionales continúan siendo mayormente liberales por lo que una exigencia como la propuesta por Kristan resultaría perfectamente compatible con sus programas políticos.

<sup>128</sup> La presión fiscal (que no debe confundirse con el esfuerzo fiscal) es el porcentaje del PIB cuyo origen es la recaudación impositiva. En 2012, por ejemplo, la presión fiscal de Argentina fue de 40,9; la de Brasil 35,7; la de Uruguay 34,9; la de España 32,9; la de Chile 25, y el promedio de la OCDE (excluidos Chile y México) 36,0 (Fuente BID, "Las tendencias actuales en la reforma fiscal", disponible en <<https://www.oecd.org/tax/tax-global/Session-1-BID.pdf>> visitado el 29 de agosto de 2016. Los datos proporcionados incluyen contribuciones a la seguridad social). Algunos países como México, Chile o Colombia que tienen recursos naturales valiosos cuya explotación está en manos del Estado tienen un interesante porcentaje de su PIB compuesto por estos ingresos pero este porcentaje es siempre considerablemente menor que el que proviene de impuestos.

Lo dicho en el cuerpo del texto acerca de la importancia de las obligaciones verticales tipo dos y especialmente del pago de impuestos, no significa que no sea necesaria una revisión profunda de los sistemas impositivos en América Latina que se caracterizan por su regresividad e ineffectividad y acentúan las desigualdades existentes en la región.

Entiendo que la relación entre las distintas dimensiones o relaciones del ED es esencial y que la fortaleza o debilidad de unas inciden en lo que sucede en las otras. En este sentido Fuller propone una reflexión importante: la capacidad del derecho para guiar las relaciones horizontales depende en buena medida del cumplimiento de las normas por parte de los gobernantes. Según expone el autor, hay una suerte de reciprocidad entre la “eficacia” horizontal y vertical (aunque él no se refiere a estos conceptos con las palabras que utilizo aquí). Explica Fuller que cuando esta relación de reciprocidad se rompe o deteriora por parte del gobierno no quedan bases sobre las que construir la obligación de los ciudadanos de observar la ley (Fuller 1960, 40). El argumento de Fuller es de índole sociológico, no estrictamente jurídico, si se me permite calificarlo así, la idea es que el incumplimiento más o menos sistemático de las normas por parte de los funcionarios del Estado genera un “deterioro de la actitud de deferencia hacia las normas jurídicas” (Laporta 2015, 72). Esta idea resulta perfectamente plausible y parece razonable considerarla para insistir en la necesidad de un enfoque integrado de todas las relaciones que estructura el ED.

Además de la relación señalada por Fuller y luego por Laporta, creo que hay otra más fuertemente emparentada con la aplicación de la ley: solo en un Estado con la capacidad para aplicar el Derecho puede presentarse una vigencia razonable del ED en todas las dimensiones que este ideal estructura (horizontales y verticales). No me refiero únicamente a la posibilidad de aplicar la ley por el Poder Judicial y a hacer cumplir las sentencias que este dicte, sino también a las instancias previas como las de *prevención* del incumplimiento de las normas por parte de personas físicas, jurídicas y por parte del propio Estado, así como de *investigación* cuando se trate del incumplimiento de una norma que así lo requiera (v.gr. ilícitos penales, violaciones de leyes ambientales, de leyes de salubridad e higiene en el trabajo, etc.) y de *reparación* cuando corresponda. Por cierto, el problema de la eficacia (de las relaciones verticales tipo tres y cuatro vinculadas en esta oportunidad con las actividades estatales de aplicación de las normas, prevención, investigación y reparación) se encuentra nuevamente en la base de la cuestión y podría presentar serios problemas de círculo vicioso: la ineficacia de las normas que rigen estas actividades podría llevar a un deterioro de la eficacia de las normas que estructuran las relaciones horizontales y los otros tipos de relaciones verticales<sup>129</sup>. Pero de la misma manera, una mejora sustancial

---

<sup>129</sup> Cuando me refiero a eficacia en este apartado lo hago de un modo amplio en el cual incluyo no solamente a la eficacia de la norma que obliga, por ejemplo, a la policía a impedir que circule un camión que no esté en condiciones o al oficial de aduanas a vigilar razonablemente que no ingrese un cargamento de mercadería prohibida, sino también a normas periféricas que pueden influir en la eficacia de éstas.

en algún aspecto de la capacidad del Estado para hacer valer el Derecho en todas las relaciones que el ED estructura puede llevar a un fortalecimiento gradual del ED. En este sentido es posible pensar en fortalecimientos estratégicos de aspectos centrales del ED que permitirían el inicio de un círculo virtuoso.

#### 16. ¿Y SI LA EFICACIA DEPENDE DE LA IGUALDAD Y LA AUSENCIA DE POBREZA?

Anteriormente defendí por diversos motivos una versión formal pero robusta del ED y creo que esos motivos siguen siendo razonablemente consistentes en el plano analítico a pesar de que aquí presentaré y discutiré ciertas ideas que *a priori* parecen plausibles y que vinculan –en el contexto de América Latina– a la ineficacia de las normas con la desigualdad social y económica.

La idea de que la desigualdad puede ser causante de la ineficacia de las normas –o de manera más genérica causante del fracaso del estado de derecho– fue planteada por diversos autores como R. Bendix (1964 (1974)), G. O’Donnell (2002), F. Laporta (2015) y O. Vilhena (2011)<sup>130</sup>. Siguiendo a este último autor la idea puede transmitirse del siguiente modo:

...la desigualdad destruye la comprensión y el conocimiento de los conceptos legales básicos, subvierte la promulgación de leyes y el uso de la coerción, y en última instancia atenta contra las construcciones de reciprocidad, tanto en términos morales como de ventajas mutuas... (Vilhena 2011, 34)<sup>131</sup>.

---

Básicamente pienso en la corrupción, el clientelismo, el manejo indebido de las influencias y las relaciones personales, etc.

<sup>130</sup> Bendix sostuvo que “Las generales de la ley y el cumplimiento imparcial de la legislación, en tanto virtudes internas de un sistema de Estado de derecho, están directamente asociadas a la noción de igualdad ante la ley mediante la expansión de la ciudadanía” (Bendix 1964 (1974), 92); luego O’Donnell recogió esta idea para analizar el progreso de las democracias y el estado de derecho en América Latina. No obstante su agudo análisis, O’Donnell se inclina por continuar defendiendo una versión formal del estado de derecho (O’Donnell 2002, 328 y ss.). Oscar Vilhena (2011), a quien seguiré en este argumento, parece ser quien más ha desarrollado las razones adelantadas por los otros autores. Finalmente, Francisco Laporta ha seguido el trazado de Vilhena agregando que “Una sociedad en la que las capas privilegiadas se hurtan a la ley y las capas deprimidas no tienen la posibilidad de acceso a su protección, simplemente no puede establecer un Estado de derecho. Si a esos argumentos añadimos la explicación de la desviación social, es decir, de la delincuencia, no como una iniciativa espontánea de los individuos, sino como un rasgo estructural de aquellas sociedades que por un lado muestran cotidianamente a través de sus medios de comunicación un canon de vida, y simultáneamente hacen imposible acceder a los medios para realizarlo, nos encontramos que esos graves problemas de desigualdad no sólo registran, sino que incluso fomentan estructuralmente el incumplimiento de las normas jurídicas. Y si, yendo aún más lejos, esas sociedades presentan situaciones en las que dos exigencias morales poderosas – por ejemplo, el respeto a los bienes de los demás y el deber de alimentar a los propios hijos – no pueden ser cumplidas simultáneamente, entonces los fundamentos mismos del orden jurídico se evaporan, porque se solicita de los ciudadanos en esa condición un comportamiento heroico, que, por definición, no es exigible ni moral ni jurídicamente. La cultura del incumplimiento adquiere aquí incluso una justificación moral autónoma que se superpone a la pretensión de vinculatoriedad de las normas jurídicas” (Laporta 2015, 79).

<sup>131</sup> Considero que tal vez el autor, al referirse a la destrucción de la posibilidad de conocer los conceptos legales básicos, no está enfocado en el problema específico de la desigualdad sino más bien en el de la



Si los intereses recíprocos en las relaciones de intercambio que hacen posible la producción y la circulación de la riqueza dentro de una comunidad no están satisfechos, los agentes con menos privilegios carecerán de razones para respetar las reglas de un juego que perjudica sus intereses sistemáticamente. Por otra parte, los privilegiados sienten que no hay ninguna restricción social para la maximización de sus intereses. Esta situación elimina los incentivos para cumplir las leyes y respetar los derechos en el ámbito de las relaciones interpersonales en ambos polos (Vilhena 2011, 41).

Oscar Vilhena sostiene que las personas extremadamente pobres, a pesar de tener sus derechos reconocidos formalmente, son incapaces de hacerlos valer y se transforman en “invisibles” a los ojos del resto de la población y del Estado mismo; sin embargo, en algún momento, desafían esa invisibilidad y terminan siendo “demonizados” por la sociedad y por las autoridades que, incluso, ven afectada su imparcialidad en la aplicación y creación de normas (Vilhena 2011, 36 y ss). Es decir, la ausencia de igualdad material generaría como resultado, por un lado, una afectación a la igualdad formal, así como de las relaciones horizontales que estructura el ED y las relaciones verticales tipo tres y cuatro. A su vez, las razones para que el Estado primigeniamente incumpla sus obligaciones tipo tres y cuatro, estarían también vinculadas a una imposibilidad de los más pobres y excluidos de “hacer valer” sus derechos o reclamarlos dentro del sistema.

No creo sensato de ninguna manera negar que la pobreza, la exclusión y la desigualdad puedan actuar como elementos coadyuvantes de que *ciertas* normas resulten ineficaces; sin embargo, considero necesarias algunas aclaraciones importantes: del universo de normas que se incumplen de manera sistemática hasta llegar a su ineficacia son muy pocas las que resultan posibles de ser vinculadas inequívocamente con una situación de pobreza o de desigualdad (básicamente los llamados por Ferrajoli “delitos de subsistencia” (2008, 80)). Por el contrario, pareciera que son las personas atravesando por situaciones de pobreza las que resultan mayormente afectadas por la ineficacia de las normas (piénsese, sólo por poner un ejemplo, en la ineficacia de los derechos que las leyes conceden a todos por igual pero las personas más pobres se ven impedidas de gozar o el modo en que las personas más pobres son víctimas de la pequeña corrupción). Una segunda aclaración, que las generalizaciones efectuadas de ambos lados del tablero omiten, es que de ninguna manera parece ser una afirmación cierta que todas las personas (ni siquiera una amplia

---

pobreza. Los restantes argumentos que siguen en el párrafo y en artículo que estoy comentando sí se vinculan de manera específica con la desigualdad.

mayoría) que atraviesan por situaciones de pobreza tiendan a incumplir las normas de manera sistemática o generalizada. En definitiva, me interesa llamar la atención sobre la posible falsa asunción de que el gran problema de la eficacia está en las clases bajas. La llamada “criminalidad de subsistencia” por ser más visible y afectar directamente a otros ciudadanos, sumada a la enorme difusión que se le da a este tipo de delitos en la prensa latinoamericana, pueden conducir a la falsa impresión de que los grandes problemas de eficacia de las normas se vinculan con este tipo de ilícitos, o lo que sería aún más grave y desacertado, que todas las personas pobres se dedican a este tipo de actividades.

Finalmente, tampoco creo plausible como explicación la idea monocausal de que las elites, cuando incumplen las normas, lo hacen porque sienten que no hay ninguna restricción social para la maximización de sus intereses (Vilhena 2011, 41)<sup>132</sup>. De todos modos, esta y otras posibles explicaciones sociológicas sobre el incumplimiento podrían tener sino una solución al menos una moderación si se pudiera concretar una mejora en la eficacia de las normas en el contexto del estado de derecho: así, los más pobres tendrían acceso a sus derechos (consagrados de manera muy amplia en todos los ordenamientos latinoamericanos) y mejorarían –paulatina o rápidamente– tanto su situación de pobreza como de exclusión, y al mismo tiempo, si fuesen las personas pobres las que incumpliesen las normas tendrían un juicio llevado adelante por un tribunal independiente e imparcial, que aplicaría la ley de manera estricta (lo que implica que también sería aplicada y del mismo modo, a una persona rica o de la elite que violara la ley, excepto que la ley indicara alguna diferente consecuencia vinculada a la situación económica de la persona que incumple la norma); por su parte, los más poderosos verían limitadas sus expectativas de maximizar ilegítimamente sus intereses y ello no ya por la ausencia de una “restricción social” sino por la presencia de una restricción jurídica.

Aun aceptando que intuitivamente hay algo muy sugestivo en la explicación de la desigualdad como causa de la ineficacia, las razones que propone Vilhena no parecen

---

<sup>132</sup> “...los privilegiados sienten que no hay ninguna restricción social para la maximización de sus intereses. Esta situación elimina los incentivos para cumplir las leyes y respetar los derechos en el ámbito de las relaciones interpersonales en ambos polos” (Vilhena 2011, 41). En similar sentido se expresa Gargarella “En casos de fuerte injusticia social, corremos el serio riesgo de que el Estado comience a mimetizarse con –o a representar exclusivamente– a los sectores más favorecidos por la desigualdad, a asumir su voz y a hablar como ellos. Esta era la posibilidad que anticipaba y rechazaba Rousseau, quien imaginaba y deseaba un derecho que la comunidad pudiera reconocer como propio, y en el que pudiera sentirse reflejada. Para él, en situaciones de fuerte desigualdad, las personas iban a dejar de compartir visiones, necesidades e intereses comunes. En tal situación, por tanto, iba a ser imposible alcanzar algo así como la “voluntad general,” y el derecho ya no iba a poder constituirse en reflejo de las aspiraciones de todos. En dicho contexto, podríamos concluir, la ciudadanía comienza a perder identificación con la ley, al tiempo que se diluyen sus razones para sentirse obligado por ella” (Gargarella 2011, 39).

suficientemente analizadas o expuestas como para neutralizar razonablemente a la versión inversa: la ineficacia de la ley es la que produce que se generen los fenómenos de “invisibilidad” y “demonización” con la consiguiente cadena de rupturas de las relaciones horizontales y verticales que estructura el ED. Es decir, si los países de América Latina con la cantidad y calidad de los derechos que han reconocido positivamente, lograran que éstos tuviesen eficacia, las situaciones de exclusión, marginalidad y ausencia de reciprocidad se verían, por lo menos, moderadas. Asimismo, si mejorara la eficacia de las normas que garantizan el acceso a canales institucionales para el reclamo de las situaciones de incumplimiento de los derechos o de situaciones de ruptura de las relaciones horizontales, también se morigerarían los efectos de la desigualdad e incluso se moderarían la pobreza y la desigualdad misma.

Llegados a este punto debemos también considerar que aunque la desigualdad no puede corregirse únicamente mediante mecanismos jurídicos, éstos pueden ocupar un lugar importante en esta labor. Los ejemplos son múltiples: reformas a los sistemas impositivos regresivos e injustos; implementación de planes de ayuda social; reformas legislativas para mejorar la calidad educativa pública; aumento en los índices de sanción de actos de corrupción, etc.. Si la única o principal explicación de la ineficacia de las normas es la desigualdad –a la falta de convencimiento antes expresada– debo sumar mi resistencia a aceptar una perspectiva tan pesimista. Es decir, si la ineficacia se explica por la desigualdad, las perspectivas de mejorar esta situación estructural indeseable son muy pocas pues por más que las normas se esmeren en corregir, por ejemplo, un sistema impositivo que beneficia a los ricos y castiga a los pobres, otra vez *las fuerzas de la desigualdad* impedirán que las normas para corregir la desigualdad sean eficaces.

De todos modos, en el Capítulo III se propondrá la idea de que es posible hacer un derecho más inteligible y transparente. La inteligibilidad, en el sentido de que las normas se vinculen a la razón práctica de los sujetos destinatarios y que se lo haga de un modo comprensible y con un lenguaje accesible, puede contrarrestar el problema señalado por Vilhena acerca de la falta de comprensión y conocimiento de los conceptos legales básicos por parte de las personas más pobres. Por otra parte, la transparencia en los fundamentos o razones subyacentes, que debería estar disponible en la generalidad de los casos, podría neutralizar el problema de que las leyes se sancionen con el objeto de maximizar los intereses de los estratos más ricos de la sociedad.

## 17. LOS PROGRAMAS DE FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA.

En la segunda parte de este capítulo, al revisar la relación histórica entre derecho y desarrollo, se hizo mención a que en la segunda parte del llamado “Consenso de Washington” se financiaron e implementaron en América Latina diversos programas tendientes al fortalecimiento del estado de derecho. En este espacio, variando la metodología utilizada en las anteriores secciones, realizaré una breve reseña de cómo fueron los programas de fortalecimiento del estado de derecho y ofreceré una mirada crítica sobre ellos que tiene un fundamento parcial en las perspectivas teóricas antes expuestas.

La primera crítica es tal vez la más importante: los llamados programas de fortalecimiento del estado de derecho que se llevaron adelante en América Latina desde mediados de la década de 1980 y hasta ya iniciado este siglo, no fueron programas integrales en donde se apuntara a construir el estado de derecho desde sus bases hacia los elementos más periféricos. Más bien se trató de programas que tendieron a reformar algunos sectores como el Poder Judicial o a modificar ciertos aspectos de la legislación como, por ejemplo, promover una ley de patentes o la titulación de tierras para quienes habitaban en asentamientos irregulares. Explica Carothers que se identificaban un grupo selecto de instituciones que fallaban y se determinaba de qué modo esas instituciones no reflejaban lo que sus contrapartes en países desarrollados hacían o tenían, entonces se modificaban o rediseñaban de acuerdo a los modelos exitosos (Carothers 2006, 21). La idea básica era que si las instituciones podían ser cambiadas para coincidir con los modelos, *el estado de derecho con todas sus virtudes emergería naturalmente* (Carothers 2006, 21). Esta construcción de un estado de derecho “emparchado” produjo que aquellas instituciones no modificadas, que de algún modo se vinculaban con las reformadas, no toleraran el impacto de los nuevos modelos y se tornaran aún más ineficientes. Algunos países además carecían de la capacidad estructural y el capital social para introducir reformas calcadas del primer mundo.

Los programas, como se dijo, se ocuparon de reformar instituciones y organizaciones que se percibían como ineficientes. Ellas se dirigieron, en buena medida, a la reforma de los poderes judiciales con el propósito de promover un clima adecuado para el crecimiento del sector privado, en general, y de la inversión extranjera, en particular (Rodríguez Garavito 2006, 33). En segundo lugar, los programas de estas décadas buscaron reforzar la estabilidad de la democracia liberal en la región mediante la

consolidación de un poder judicial independiente y eficiente, capaz de controlar las acciones del ejecutivo y del legislativo (Rodríguez Garavito 2006, 33) Un tercer objetivo fue la mejora del acceso de los ciudadanos al sistema judicial aunque se debe admitir que la introducción de esta preocupación apareció casi contemporáneamente con la entrada en crisis del modelo, es decir, casi sobre el fin de la década del 90. Un cuarto grupo de programas de reformas de Derecho se concentró básicamente en cuestiones de derecho penal, derecho procesal penal y derecho penitenciario (Rodríguez Garavito 2006, 34). Finalmente, un quinto grupo de proyectos de reformas tuvo como objetivo el facilitar la integración de los países en desarrollo a la economía mundial (Trubek y Santos 2006, 7).

En segundo lugar, los mecanismos para llevar adelante las reformas fueron inadecuados. Uno de los que más se utilizó fue el de los trasplantes legales. Los trasplantes legales son sencillamente el traslado de una regla o sistema de reglas de un país a otro (Watson 1974). La parcial ingenuidad de los oficiales internacionales optimistas respecto de los trasplantes legales, se complementó negativamente con el escaso interés o la mínima capacidad de acción de los operadores locales y no se advirtió que no todo lo que funciona en un sitio funciona en el otro de igual manera. El Banco Mundial, en una dura autocrítica sobre su labor en estas décadas aceptó que los trasplantes normativos y la imposición de recetas de un solo talle para todos los países había fracasado<sup>133</sup>.

Otro de los grandes problemas fue el de las reformas impuestas a través de condicionalidades con mínimos o nulos debates internos sobre sus bondades y con mínima o nula voluntad de realizar los cambios.

Tal vez por esa falta de voluntad reformadora, los gobiernos latinoamericanos han sido particularmente poco imaginativos en cuanto al mejor uso de la asistencia externa o a la identificación de oportunidades y necesidades para implementar reformas serias (Méndez 2002, 225). Las inversiones en infraestructura (edificios, equipamiento, organización, etc.) sin un sentido claro de cómo utilizarla para mejorar un servicio evidentemente deficiente (o sin una preocupación enfocada a obtener procesos y decisiones más justas) no es entera responsabilidad de los organismos de crédito

---

<sup>133</sup> El párrafo más elocuente de esta autocrítica –que ya ha sido reproducido previamente en este capítulo– es el siguiente: “Un importante descubrimiento de los 90 fue que el diseño de las instituciones para estas funciones fundamentales puede tener un amplio espectro de formas. La mayor parte del trabajo empírico sobre la importancia de las instituciones se ha enfocado en el nexo entre desempeño institucional y actividad económica y casi ninguno ha analizado el nexo entre *diseño* institucional y su desempeño. Sin embargo ahora es ampliamente reconocido que la mera adopción de las leyes y las regulaciones formales de otro país no es garantía de producir el mismo rendimiento institucional y que diferentes criterios pueden acarrear resultados igualmente exitosos” (Banco Mundial 2005, 52).

internacionales (Méndez 2002, 225). Esta situación, por supuesto, varió de país en país y no todos los gobiernos actuaron de igual manera ni con las mismas intenciones.

Sin embargo, en términos generales cuando nos referimos al fracaso de la imposición mediante condicionalidades nos referimos al problema central de estas reformas que es el que se tratará en el punto siguiente: la falta de sujeción de los gobernantes a las leyes.

Muchos gobiernos de América Latina no se sujetaron a las leyes que ellos mismos reformaban, ni a otras previas. Esto fue especialmente notable en la corrupción que acompañó muchas de las reformas, pero también algunas reformas fracasaron por no ser eficaces ellas mismas.

La literatura sobre desarrollo y estado de derecho señala casi siempre los fracasos de estos programas en América Latina. Hay que admitir, sin embargo, que en las reformas legales llevadas adelante en el periodo aquí comentado hubo algunos aciertos (reducción del tamaño de algunos estados hipertróficos, adopción de marcos legales para facilitar el comercio internacional, suscripción de (ciertos) tratados bilaterales de inversión que permitieron los grados de inversión extranjera directa de los que hoy goza la región, entre otros) que tal vez no tuvieron un reflejo inmediato pero sí sentaron las bases para las mejoras verificadas en el nuevo milenio. Sin embargo, a pesar de poder rescatar esos pequeños islotes de éxito, se comparte la idea del fracaso general de los programas sobre fortalecimiento del ED.

#### 18. LA SEGURIDAD JURÍDICA UN CAMINO QUE ENSANCHA LAS PROMESAS DEL ED.

Al inicio de este capítulo se sostuvo que el fortalecimiento del ED se consideraba una herramienta apropiada para promover el desarrollo económico y humano; asimismo se recorrieron los enfoques más influyentes sobre el tema y se introdujeron algunas ideas para sumar a las discusiones sobre ED. Esas ideas giraron en torno a la carencia de una aproximación al ED que orientara sus esfuerzos hacia la mejora de la eficacia de las normas. En esta parte del texto propondré que el ED podría ser complementado, como herramienta para el desarrollo, con la mejora de la seguridad jurídica (SJ).

La SJ aporta elementos adicionales a los que el ED exige y ellos constituyen un aporte a los enfoques del desarrollo que entienden a las instituciones como relevantes para mejorar este proceso o sus fines.

Algunas aclaraciones resultan necesarias antes de continuar: a menudo seguridad jurídica y estado de derecho se confunden cuando se hace referencia a uno y otro

concepto; de manera menos frecuente, se otorga a la seguridad jurídica un contenido muy reducido que se vincula exclusivamente a la “certeza del derecho”<sup>134</sup>. A continuación intentaré presentar una visión de la SJ que, por un lado, pueda diferenciarse del ED y, por el otro, resulte un estándar más ambicioso que la mera exigencia de la certeza del derecho. Por otra parte, entiendo que la SJ es un concepto vinculado de manera muy estrecha a lo jurídico: por ello descarto, por ejemplo, que puedan integrarse o confundirse los conceptos de seguridad jurídica y “seguridad humana” (como se propone en CEJA 2015, 130) aunque indudablemente la mejora de la primera podría influir en la mejora de la última.

Algunos autores han entendido a la SJ como un concepto normativo y otros como una situación fáctica. Desde la primera perspectiva se la ha entendido como una norma-principio (Ávila 2012 94-95, 2015); Linfante, de manera similar, lo entiende como un principio en el sentido señalado por Atienza y Ruiz Manero en el punto 4 de su tipología (Atienza y Ruiz Manero 1991, 103-105), es decir, un principio como norma que expresa uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (a semejanza de cuando hablamos de los principios de igualdad o de libertad) (Linfante 2015, 17). Mientras tanto Gometz prefiere adoptar la perspectiva de que se trata de un “estado de cosas” (Gometz 2012 70-72, idea considerada también por Ferrer y Fernández Blanco 2015, 245). Creo que la discusión sobre la raigambre de la SJ no debe ser sobrevalorada pero sí en cambio considerada como un camino útil para mejorar su precisión conceptual. La discusión sobre el carácter de la seguridad jurídica, según entiendo y comparto con Gometz (2012, 62-63), no resulta en versiones contradictorias sino, en todo caso, complementarias: la diferente visión (fáctica o normativa) dependerá del punto de vista del participante, si se adopta el punto de vista de las personas no puede ser sino un “estado de cosas”; mientras que si el participante es una autoridad pública (jueces pero también funcionarios administrativos o legisladores) el acento debe trasladarse a los requisitos, herramientas o deberes y prohibiciones que resultan adecuados u obligatorios para llegar a ese estado de cosas.

Aquí identificaré a la SJ como un “ideal jurídico”. Es decir, como un *estado de cosas que es esperable se presente cuando se cumplen ciertas exigencias (se respetan ciertos deberes y prohibiciones o se hace uso de herramientas o buenas prácticas) en la creación, accesibilidad y aplicación del Derecho. Se trata de un estado de cosas al que otorgo un valor positivo y por lo tanto al que sería deseable arribar en el mayor*

---

<sup>134</sup> No me refiero a los autores italianos que utilizan el término “*certezza giuridica*” como equivalente a seguridad jurídica, sino a visiones más estrechas que vinculan a la seguridad jurídica exclusivamente con cuestiones semánticas de las normas.

*grado posible más allá de si existe o no respecto de él un reconocimiento legislativo o constitucional.* Esta forma de abordar el tema me permitirá moverme con más libertad entre la mera descripción del estado de cosas (punto de vista de los beneficiarios de la seguridad jurídica) y las exigencias o herramientas (que recaen o tienen a su disposición diversos funcionarios públicos).

Los medios para alcanzar este estado de cosas podrían estar reflejados *en deberes o prohibiciones* para los funcionarios públicos tanto en sistemas en que exista un reconocimiento del principio o ideal de la SJ como en aquellos que no. Pensemos, por ejemplo, en la obligación de motivar las sentencias que podría ser un deber de los jueces en sistemas en donde la SJ esté consagrada expresamente y también en otros que no lo hayan hecho; pero también es posible pensar en *herramientas o buenas prácticas*, que sin ser propiamente deberes jurídicos o prohibiciones, contribuyen a fortalecer la seguridad jurídica. Por ejemplo, podría no existir norma que obligue a los tribunales cuando modifican su propia jurisprudencia a fundamentar extraordinariamente este cambio o a hacerlo con argumentos que específicamente respalden con razones jurídicas la decisión del cambio jurisprudencial, sin embargo, sin duda se trata de una buena práctica que coadyuva a fortalecer la SJ.

### **18.1. La seguridad jurídica como un estado de cosas.**

La concepción de la SJ que mejor capta la idea y la función que quiero atribuir a este ideal jurídico desde la perspectiva de las personas físicas y jurídicas (estado de cosas) es la que ha elaborado Gianmarco Gometz quien propone que se la entienda como:

[la] posibilidad difundida entre los individuos comprendidos en una clase dada, de prever la gama de las consecuencias susceptibles de ser espontánea o coactivamente enlazadas a actos o hechos, así como al ámbito temporal en el cual tales consecuencias jurídicas se producirán (Gometz 2012, 36 y 257-258).

En definitiva, puede entenderse que la SJ es en este sentido una *situación de hecho* (libre de todo requisito, exigencia o vinculación normativa) caracterizada por la disposición difundida de determinados individuos (los individuos de una “clase” no necesariamente todos los ciudadanos o habitantes) para la más o menos precisa, fiable, de largo alcance, previsión acerca de las consecuencias jurídicas efectivamente enlazables con ciertos actos o hechos (Gometz 2015, 30; 2012, 258).



Así, esta concepción de SJ no designa directamente cualidades de las normas del derecho, sino, como se dijo, una situación de hecho. Por lo tanto, afirmar que existe en determinado lugar un alto grado de SJ no equivale a afirmar que las normas de un sistema jurídico presentan ciertas cualidades que facilitan la predeterminación y el control de las valoraciones que los órganos jurídicos atribuyen a los comportamientos humanos y/o acaecimientos naturales, sino, más bien, a afirmar que determinados previsores (por ejemplo, los residentes de un cierto estado) tienen certeza relativa acerca de las consecuencias jurídicas que, en razón de ese derecho, serán conectadas por los otros asociados o por los órganos jurídicos a los actos o hechos considerados. Continúa explicando Gometz que SJ, entendida como una cuestión de hecho, no es sinónimo de “claridad” o “rigor” de las disposiciones en las cuales las normas están consagradas, ni de “ausencia de antinomias”, de “irretroactividad”, de “estabilidad de la normación”, o de otras cuestiones similares (todas típicas del ED y de la visión normativa de la SJ) sino de (incluso de una calificada) previsibilidad (de los hechos) del derecho (Gometz 2015, 31). Las cualidades de las normas son circunstancias, presupuestos o medios que de hecho aumentan el grado de esta certeza, sin ser, sin embargo, términos de su definición (Gometz 2015, 31). Todos estos elementos pueden ser considerados factores o, eventualmente, presupuestos de la certeza, en tanto su presencia permite, normalmente, previsiones más precisas, fiables y de largo alcance, mientras que su ausencia en ocasiones puede comprometer cualquier posibilidad de previsión exitosa. Éstos son, sin embargo, elementos externos a la definición de certeza entendida como previsibilidad, que en sí misma comprende tan sólo una referencia a una más o menos difundida, fiable, precisa, de largo alcance, disposición para la previsión (Gometz 2015, 31).

## **18.2. La SJ como valor o norma- principio: una exigencia a los funcionarios del Estado.**

La propuesta de Humberto Ávila de reconstrucción del concepto también es del tipo que me resultan satisfactorias por resultar suficientemente ambiciosas, por un lado, y no confundirse con el ED, por el otro. Sostiene el autor brasileño que la SJ se presenta cuando los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial cumplen con la exigencia de llevar a cabo sus funciones de manera tal de proveer a las personas físicas y de existencia ideal, la *confiabilidad* y *calculabilidad* jurídicas para permitir el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Para que exista confiabilidad y calculabilidad es

necesario que se asegure la *cognoscibilidad*, es decir la posibilidad de acceder al contenido del derecho desde una perspectiva material e intelectual (Ávila 2012, 580).

De acuerdo con Ávila, la SJ posee una dimensión estática y otra dinámica (Ávila 2012, 581). La dimensión estática se vincula al problema del *conocimiento* del Derecho, su saber, o el modo en que este es comunicado (Ávila 2012, 581). Es en esta dimensión en donde, con mayor frecuencia, se producen las confusiones entre SJ y ED ya que evidentemente los requisitos de claridad, no ambigüedad, prospectividad, estabilidad y otros que *son* exigencias formales del ED también son requisitos para la existencia en un grado mínimo de SJ. Sin embargo, *la función* de estos requisitos es diferente en el ED y en la SJ. En el ED las exigencias formales para con la ley tienen como objetivo que gobernantes, personas físicas y jurídicas *conozcan las normas y actúen en consecuencia*; mientras que en la SJ la necesidad de conocimiento de la norma se vincula primordialmente *a la posibilidad de prever la gama de consecuencias jurídicas de los propios actos y de los actos ajenos (de las otras personas físicas y jurídicas y del Estado)*.

Por lo tanto, si esta diferencia de objetivos entre uno y otro ideal es aceptable, puede pensarse en que la SJ puede requerir de exigencias adicionales en la dimensión de la cognoscibilidad del derecho, como la completitud y autosuficiencia de las normas, la posibilidad de acceso a orientación jurídica cuando se trate de materias complejas, la posibilidad de acceder con facilidad a la jurisprudencia, la correspondencia entre los “títulos” de las leyes y su contenido y el acceso a la información cuando una nueva norma es sancionada respecto de qué normas deroga (ver por todos estos requisitos Ferrer Beltrán y Fernández Blanco 2015, 254 y ss. y 264 y ss.). Adicionalmente podría sugerirse como mecanismo para la cognoscibilidad en el sentido que reclama la SJ, que las leyes contuvieran en sus fundamentos parlamentarios o exposición de motivos una explicación transparente sobre los fines o propósitos que se persiguen con ella (cuál es la *expectativa de efectividad* de esa o esas normas). Algunos de estos requisitos serán parte de lo que en el Capítulo III se señalará como característicos de la racionalidad legislativa.

En su dimensión dinámica la seguridad jurídica se vincula con el problema de la *acción* en el tiempo y prescribe los “estados ideales” que deben garantizarse para que el Derecho pueda asegurar derechos al ciudadano y, con ello, pueda servirle de instrumento de protección (Ávila 2012, 581). Estos “estados ideales” son la calculabilidad y la confiabilidad.

De acuerdo con el mismo autor, la confiabilidad denota un estado de cosas en el que el Derecho respeta los actos pasados, por lo que si la persona actuó de conformidad con el Derecho ayer, no se verá sorprendido hoy con un cambio injustificado y restrictivo de las consecuencias anteriormente aplicadas o aplicables (Ávila 2015, 212).

La confiabilidad marca los requisitos que el Derecho debe cumplir en la transición *del pasado al presente* e indica cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que el Derecho pueda *asegurar* derechos al ciudadano y, con ello, servirle de instrumento de *protección* (Ávila 2015, 212).

La calculabilidad, finalmente, revela un estado de cosas en el que los ciudadanos tienen la capacidad de anticipar y medir dentro de un espectro reducido y poco variado de criterios y estructuras argumentativas las consecuencias atribuibles (heterónoma y coactivamente o autónoma y espontáneamente) a actos, propios y ajenos, o a hechos, ocurridos o pasibles de ocurrir y el espectro razonable de tiempo dentro del que se aplicará la consecuencia definitiva (Ávila 2015, 212).

...habrá calculabilidad si el ciudadano consigue de forma aproximada medir las consecuencias que en el futuro se aplicarán a los actos realizados en el presente y si el cambio del Derecho no es brusco, esto es, que se produzca de un momento para otro y sin previo aviso, ni drástico, es decir, que suponga una modificación intensa y restrictiva de las consecuencias hasta entonces vigentes. La calculabilidad marca los requisitos que el Derecho debe cumplir en la transición del *presente al futuro* e indica cómo pueden realizarse los cambios y cuándo serán realizados, impidiendo que el ciudadano se vea negativamente *sorprendido* (Ávila 2015, 213).

Asimismo, la seguridad jurídica requiere, según Ávila, la posibilidad de realizar un control “jurídico-racional de las estructuras argumentativas reconstructivas de normas generales e individuales” (Ávila 2012, 580). De este modo, la SJ exige un importante *plus* respecto de los requerimientos del ED también respecto de la aplicación de las leyes. Sólo por mencionar algunos aspectos de lo que la SJ adiciona en este nivel, diré que la duración razonable de los procesos es parte fundamental de la SJ, así como también lo son ciertos requisitos en los procesos de aplicación de la ley que debe realizarse de manera racional, coherente y consistente (Ávila 2015, 220), lo que genera exigencias de motivación y fundamentación en un nivel adicional al esperado para cualquier tipo de resolución judicial cuando se modifica el rumbo de la jurisprudencia total o parcialmente. Finalmente, la publicidad y fácil accesibilidad tanto de la marcha de los procesos judiciales como de las sentencias definitivas o interlocutorias resultan

factores que contribuyen indudablemente a la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas para los interesados (ver Ferrer y Fernández Blanco 2015, 272).

### **18.3. Seguridad Jurídica y Desarrollo.**

La idea de esta breve presentación de la SJ es simplemente insistir en que el Derecho tiene otras caras para ofrecer a las visiones ortodoxas y heterodoxas que vinculan a las (buenas) instituciones con las (buenas) perspectivas para el desarrollo. La previsibilidad de las consecuencias de los actos y hechos excede aquello que el ED puede prometer desde sus versiones más delgadas hasta las más nutridas de derechos, y por ello la posibilidad de introducir en los debates sobre derecho y desarrollo cuestiones vinculadas a la SJ se presenta como una idea interesante para explorar.

La SJ es además un ideal necesario tanto para visiones del desarrollo asociadas primordialmente con el NIE como también para visiones cercanas al DH. Un mayor grado de SJ influirá en las perspectivas de fortalecimiento las capacidades humanas al disminuir los obstáculos que pueden presentarse para poder llevar adelante la vida que las personas tienen razones para valorar (Sen 1999, 26, 93). Desde otra perspectiva, mejoras en la SJ al disminuir la imprevisibilidad de las consecuencias jurídicas generarán mayores incentivos para la inversión disminuirán los costes de transacción asociados a la imprevisibilidad.

Permítaseme un ejemplo para concretizar esta relación que parece bastante obvia y por ello, a veces, difícil de explicar: asumamos la presencia del siguiente panorama (i) existencia de un Poder Judicial con altos costes, con una duración de los procesos poco razonable y baja predecibilidad en sus decisiones (alta variación de la jurisprudencia); (ii) regulaciones estatales altamente variables en cuestiones relativas a la contratación con el propio Estado (iii) alto índice de variabilidad de las normas sobre actividades financieras. Se trata de un panorama que no dista mucho de la realidad para casi ningún país de América Latina. En este escenario, por ejemplo, las empresas financieras aumentarán las tasas para la concesión de créditos para cubrir de algún modo las posibles modificaciones perjudiciales a las normas sobre actividad financiera y la eventual necesidad de recurrir a la justicia para la ejecución de contratos. También en este ámbito aumentarán los costes de transacción reales o eventuales por las dificultades para prever los cambios jurisprudenciales, los cambios en las normas sobre actividades financieras, etc. Estos costes de transacción se trasladarán a la actividad misma aumentando el interés de los préstamos y/o haciendo más complejo el acceso al

crédito (por ejemplo, tomando costosas precauciones para evitar recurrir a la justicia o aumentando los montos de depósitos o garantías exigibles al cliente). La situación descrita, obviamente, impacta en una merma de las inversiones en distintas áreas por los altos costes financieros, estimula la economía sumergida (los costes financieros podrían ser más altos en el mercado informal pero al menos podría accederse a estos al no requerirse garantías que no se condicen con el crédito solicitado)<sup>135</sup>. Además, es posible prever que las condiciones de competencia en un escenario de menos fortaleza de la seguridad jurídica estarán asociados en menor medida a los recursos genuinos que deberían integrar esa competencia (por ejemplo, precio y/o calidad de bienes y servicios, formación y/o capacidades de las personas candidatas a un puesto en la función pública) y en mayor medida al azar o a los contactos para conocer posibles consecuencias no previsibles de hechos o actos.

---

<sup>135</sup> Parte de los hechos que utilizo como escenario hipotético así como muchas de las consecuencias las he tomado de FORES- FRASER- TINKER FOUNDATION PROJECT (2000)

## CAPÍTULO II

### INSTITUCIONES, CAMBIO INSTITUCIONAL Y DESARROLLO: LA COMPLEJA INTERRELACIÓN ENTRE INSTITUCIONES FORMALES E INFORMALES.

En el capítulo anterior luego de presentados los aspectos más significativos de la evolución de las ideas del desarrollo y su vinculación con las instituciones, se introdujo la idea de la relevancia central que el estado de derecho (ED) tiene para las visiones institucionalistas ortodoxas y heterodoxas. Se señaló que tanto las visiones institucionalistas del desarrollo como las perspectivas jurídicas interesadas en el estudio del ED habían descuidado una idea central vinculada con la *eficacia de las normas jurídicas*, que podría ser clave para entender por qué en muchas oportunidades, las visiones institucionales no han tenido el éxito esperado y por qué hay regiones en donde el ED se presenta de una manera frágil y, por lo tanto, las perspectivas de encontrar instituciones que coadyuven al desarrollo económico y humano se diluyen.

Este capítulo se dividirá nuevamente en tres partes. En la primera de ellas me ocuparé de la cuestión de la *eficacia* de las normas formales, es decir, aquello que según se ha señalado no ha sido objeto especial de preocupación por las visiones institucionalistas del desarrollo ni de los enfoques jurídicos o económicos del ED. Además, agregaré tres elementos que creo de crucial importancia para el tema: la *efectividad* de las normas, su *eficiencia* y los posibles *efectos* que su eficacia y efectividad pueden producir. Estos temas, configuran lo que llamaré *el problema de las cuatro "E"*. La segunda parte del capítulo se destinará con mayor precisión a la identificación de las *instituciones informales*: se propondrán una serie de rasgos distintivos y una diferenciación entre normas sociales y normas informales. Asimismo se realizarán una serie de análisis sobre los posibles modos de interrelación y competencia entre normas formales, normas sociales y normas informales; y el modo en que esas relaciones pueden influir en la eficacia, efectividad, eficiencia y en los efectos de las normas formales. La tercera y última parte se ocupará de un tema que ha sido objeto de una gran producción teórica: ¿de qué modo se producen los cambios institucionales? ¿cuáles son las condiciones que deben estar presentes para que los cambios institucionales resulten en normas formales eficaces, efectivas y eficientes?. Se recorrerán cuatro ideas sobre el cambio institucional y se propondrán algunos aportes a estos debates.

**PRIMERA PARTE. LA EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA Y CONTROL DE LOS EFECTOS DE LAS NORMAS FORMALES: UNA PARTE CENTRAL DE LOS ENFOQUES INSTITUCIONALES PARA EL DESARROLLO.**

Los enfoques institucionalistas intentan, por lo general, explicar las razones de sus éxitos o fracasos, o lo que es similar, del éxito o fracaso del estado de derecho y de los programas que se implementan para fortalecerlo, como consecuencias de la relación de las instituciones formales con las instituciones informales (o con otros conceptos más amplios como los de “cultura”<sup>136</sup>). Sin embargo, en la mayoría de los análisis sobre el tema, las instituciones informales son presentadas como un obstáculo algo indefinido que impide el éxito de las instituciones formales. Es indudable la importancia del análisis de las instituciones informales y de la relación de éstas con las normas formales, pero para que ese abordaje tenga mayor sentido debe entenderse de qué modo las instituciones informales pueden ser un obstáculo o un incentivo para el éxito de las instituciones formales. En esta parte del trabajo se intentará presentar de manera detallada el modo en que las instituciones informales pueden impactar en las instituciones formales afectando su *eficacia, efectividad o eficiencia* por un lado, y, por el otro, relacionando a las instituciones informales con el surgimiento de diversos *efectos* de las normas (y en el sentido contrario, la formación de instituciones informales como consecuencia de los mencionados efectos de las normas). Eficacia, efectividad, eficiencia y efectos son entonces las cuatro “E” que ocuparán la atención de buena parte de lo que sigue de esta tesis.

Si imaginamos una política pública llevada a cabo mediante una norma formal N1 para solucionar un problema P podemos pensar –de manera harto simplificada– que desde el punto de partida –la detección del problema P– hasta su resolución hay un camino o *iter* que se presenta de manera más o menos ordenada cronológicamente: se detecta el problema P; el legislador dicta N1 que establece la conducta C1 con el propósito de resolver P; los sujetos normativos realizan (o no realizan) C1 y finalmente, se resuelve (o no se resuelve) el problema P. Resulta importante reconocer en qué parte de este camino impactan las diversas instituciones informales disfuncionales o en qué parte del camino las instituciones informales funcionales cooperan para la resolución de P.

---

<sup>136</sup> Ver Harrison y Huntington 2000; Huntington 2004; Cao 2007. También Sen 2004, ha tratado el tema pero con una posición contraria a los autores antes señalados.

Este análisis de las vinculaciones entre instituciones formales e informales será completado en la segunda parte del capítulo con un estudio más pormenorizado de la relación entre ambos tipos de instituciones (formales e informales).

#### 1. ALGO MÁS SOBRE NORMAS FORMALES Y NORMAS JURÍDICAS.

En el capítulo anterior, siguiendo el uso del lenguaje propuesto por Douglass North, se presentó un concepto de instituciones formales que se mantendrá aquí: normas o instituciones formales son algo más que normas jurídicas de carácter general, ya que el concepto también comprende a las normas de carácter no general y algunas de carácter no estatal (v.gr. un contrato, una sentencia, el reglamento de un colegio, las reglas de juego de un deporte federado, etc.). A diferencia de las normas informales las instituciones formales son creadas y aplicadas por algún órgano oficial (Carruthers 2012) o con reconocimiento jurídico (p.ej. el comité de disciplina de un deporte); mientras que en las normas informales es difícil identificar un órgano oficial o reconocido de producción y se hacen valer de una manera más dispersa, vía sanciones personales o sanciones a la reputación de quien las incumple (Hart 1961, 70; Carruthers 2012).

La atención en este capítulo (y en general en lo que sigue de la tesis) se dirigirá a las normas jurídicas de carácter general producidas por los órganos legislativos (o administrativos cuando asumen facultades legislativas), es decir, se dejarán de lado, salvo excepciones, las normas formales no generales y no estatales, tales como los contratos, los reglamentos de las organizaciones, o las reglas de un deporte; también quedarán de lado las resoluciones judiciales (y otras resoluciones aplicables a casos particulares como los laudos arbitrales) que también son indudablemente instituciones formales. El motivo de la focalización en normas legislativas o equivalentes es que, aún cuando existen excepciones, las políticas públicas que tienen como propósito promover el desarrollo económico y/o humano se materializan primordialmente a través de este tipo de instituciones formales.

Entenderé entonces por instituciones formales a las “normas” emitidas por un agente humano identificado y con competencia jurídica para hacerlo o por un órgano que actúa en representación de una organización o la sociedad en su conjunto y que también se halla investido de un poder legal para emitir normas (competencia). Estas personas u órganos investidos de poder jurídico para emitir normas se denominarán “autoridad normativa” y las normas que emitan estarán dirigidas a uno o varios agentes humanos o



personas jurídicas, denominados “sujetos normativos” (SN o S). Las normas formales serán válidas si son emitidas por una autoridad normativa que reúna las condiciones requeridas de competencia para que la norma resultante de su formulación sea válida (Bulygin y Mendonca 2005, 20). Es decir, la autoridad normativa debe tener competencia para dictar la norma (N1) en virtud de una norma anterior de competencia también válida (Nc).

En general se entiende que una de las finalidades principales que persigue la autoridad normativa al dictar normas es motivar ciertas conductas sociales (Bulygin y Mendonca 2005, 15) en agentes autónomos e inteligentes (Postema 2012, 84). Para que podamos entender que una norma es *eficaz*, las conductas que reflejen lo que la norma establece deben tener alguna vinculación particular con las normas que las prescriben, y aunque no es necesario que esa relación esté presente permanentemente, sí es exigible que *en última instancia* las normas estén presentes en *el razonamiento práctico* de los sujetos cuando llevan a cabo la conducta descrita por la norma (este tipo especial de vinculación se denominará *acatamiento*). El concepto de eficacia que se utilizará presume que los sujetos normativos no sólo son autónomos e inteligentes sino que además actúan voluntariamente al acatar las normas. Por este motivo, como se verá en el Capítulo III, no resulta demasiado relevante para esta investigación lo que se llamará *eficacia a través de la aplicación*.

El tipo de normas que aquí resultan de interés son principalmente aquellas que establecen obligaciones, prohibiciones o establecen permisos, potestades o competencias<sup>137</sup>, es decir, por un lado interesan las normas prescriptivas y por otro lado las que, siguiendo a Shapiro, pueden considerarse como anti-directivas (Shapiro 2011, 146).

Las conductas que son objeto de regulación y que aquí interesan pueden estar destinadas a estructurar relaciones horizontales, o sea, entre personas físicas y/o jurídicas entre sí (es decir, entre personas que no actúan en carácter de agentes del Estado); a estructurar relaciones verticales tipo uno (básicamente obligaciones de abstención por parte del Estado); relaciones verticales tipo dos, esto es, obligaciones o prohibiciones cuyos sujetos normativos son personas físicas o jurídicas privadas pero la conducta tiene como beneficiario directo o indirecto el Estado (por ejemplo, es obligatorio pagar impuesto a las ganancias para quienes obtienen beneficios

---

<sup>137</sup> Las normas que confieren potestades y poderes así como las normas de competencia son consideradas por algunos autores como normas que confieren permisos, pero muchos otros también entienden que no pueden asimilarse y que deben ser consideradas como de distinta naturaleza. Para una visión completa de este debate ver el trabajo de Jordi Ferrer, *Normas de Competencia: un aspecto de la dinámica jurídica* (Ferrer 2000).

económicos por más de X Euros anuales); relaciones verticales tipo tres, o sea, obligaciones de “hacer” que recaen sobre sujetos normativos que son personas u organizaciones que actúan como agentes estatales y que tienen como beneficiarios directos o indirectos de la realización de la conducta a las personas físicas o jurídicas privadas; y finalmente, pueden estar dirigidas a estructurar las relaciones verticales tipo cuatro que son las que se presentan cuando las todas las partes de la relación son estatales o actúan en representación del Estado (los jueces inferiores están obligados a elevar el expediente al tribunal de apelaciones luego de conceder un recurso de ese tipo).

A esas conductas (C) estarán orientados los análisis que se realizan en este trabajo al analizar la *eficacia* de las normas prescriptivas y el *uso* de las normas que confieren permisos, poderes o competencias. Sin embargo, aquí se sostendrá que las normas no sólo tienen ese objetivo inmediato de motivar conductas al que se ha volcado principalmente la atención de la dogmática jurídica, sino un fin último vinculado con alcanzar ciertos *resultados* social o económicamente deseables (R). La regulación de las conductas no es un fin en sí mismo. La regulación de las conductas es, en todo caso, instrumental y siempre debería ser posible encontrar una respuesta a la pregunta de “por qué” o “para qué” se regula la conducta de esa manera.

Como se adelantó, dentro del universo de las normas formales, interesan aquí principalmente las normas jurídicas, especialmente las de carácter general emitidas por autoridades normativas que actúan en funciones legislativas (o equiparables a éstas). Estas normas jurídicas integran sistemas y su existencia –en alguno de los sentidos jurídicos atribuidos este último término (Cfr. Caracciollo 1989; Bulygin y Mendonca 2005)—se vincula con la pertenencia a un sistema jurídico<sup>138</sup>. Los sistemas jurídicos –a diferencia de los meros conjuntos de normas—están ordenados jerárquicamente y tienen pretensión de ser completos en el sentido de que para ningún caso haya ausencia de solución (lagunas normativas); también tienen pretensión de ser consistentes en el sentido de no otorgar al mismo caso soluciones disímiles (contradicciones o antinomias) y económicos o independientes esto es, que no haya soluciones redundantes correlacionadas para cada caso (Cfr. Moreso y Vilajosana 2004, 114 ; Bulygin y Mendonca 2005, 43). Esta identificación de las normas jurídicas

---

<sup>138</sup> Excede el interés de esta investigación profundizar en los debates sobre el concepto de existencia de las normas jurídicas. Simplemente mencionar que se ha atribuido a este concepto diferentes sentidos (existencia como vigencia, existencia como pertenencia y existencia como promulgación que es presupuesto de los dos anteriores) y que es posible que no haya un solo concepto de “existencia” que pueda dar cuenta de los diversos tipos de normas (Bulygin y Mendonca 2005, 62-69). Esta diferencia, por ejemplo, quedará clara en la distinción que se formulará más adelante al introducir la cuestión de la existencia de las normas sociales y las normas informales.

como pertenecientes a un sistema y la presentación de los rasgos básicos de los sistemas jurídicos serán de utilidad en la segunda parte de este capítulo como distinción entre normas formales e instituciones informales.

Una cuestión interesante se ha planteado en los últimos tiempos respecto a la equiparación automática de todas las normas formales con el concepto de instituciones (entendidas estas en el sentido que le ha dado North, es decir, como *reglas del juego presentes en una sociedad*). Hay situaciones en las que las normas formales no tienen *ningún* tipo de eficacia, es decir, no llegan a ser operativas de ninguna manera, y son reemplazadas por instituciones informales, o son reemplazadas por normas de menor jerarquía (sin derogar la de mayor jerarquía), o simplemente su ineficacia total genera una laguna *de hecho* (la norma existe pero su ineficacia total hace que el ámbito que pretende regular quede de hecho sin regulación). Por ejemplo, el artículo 118 de la Constitución Nacional Argentina establece que los juicios criminales que se produzcan en el ámbito federal se terminarán por jurados. Esta norma hasta el día de hoy no fue recogida por un código de procedimientos y nunca se puso en marcha. Ni siquiera ha sido exigida a través de reclamos judiciales más que de manera muy aislada y sin que esos reclamos fueran exitosos.

En este tipo de casos es dudoso que el derecho (las normas formales que no son ni eficaces ni efectivas) puedan ser equiparadas a las *instituciones* pues no llegan a ser parte de las *reglas del juego* y nadie actúa pensando en que los otros lo harán constreñidos por ellas (Pistor, Haldar y Amrit 2009, 272). Por ello, si las normas formales no forman parte de las expectativas colectivas que moldean el comportamiento social resulta poco adecuado llamarlas “instituciones”: ningún acusado de cometer un delito un delito federal espera ser juzgado por jurados populares tal como lo indica el Art. 118 de la Constitución de la República Argentina así como tampoco ningún ciudadano realiza actividades tendientes a ser incluido o excluido de una potencial lista de jurados. La situación anterior no releva, sino todo lo contrario, de analizar los problemas de eficacia que se proponen en lo que sigue del texto.

## 2. CUATRO EJEMPLOS DE INSTITUCIONES FORMALES PARA EL DESARROLLO Y SUS RESULTADOS.

Se presentarán a continuación algunos ejemplos de normas o grupos de normas creadas con el objetivo de mejorar el desarrollo humano y económico que cumplen o incumplen de manera diversa, y en diferentes grados, los propósitos o resultados sociales para los que han sido dictadas. Asimismo, en los casos en que están

registrados o relevados, se presentarán diversos efectos que han tenido al ser implementadas.

Ejemplo 1. **Igualdad de Género**: son pocos los países del mundo que de manera ostensible mantienen normas formales que expresamente discriminan en razón del sexo; incluso en la mayor parte de los países del mundo occidental las normas jurídicas otorgan los mismos derechos y oportunidades a las mujeres y a los hombres; finalmente, algunos (cada vez más) países tienen en sus legislaciones normas que establecen medidas de acción positiva a favor de las mujeres (v.gr. leyes de cuotas para cargos electivos o para funciones judiciales)<sup>139</sup>. Estas medidas de acción positiva tienen como objetivo social mediato revertir un largo historial de discriminación de género en ciertos ámbitos e incentivar a las mujeres a involucrarse en actividades en las que usualmente había mayorías masculinas. Además, en el plano internacional, hay 189 países que han ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Sin embargo, a pesar de la proliferación de leyes de todo tipo para el fomento de la igualdad y la eliminación de la discriminación de género, ningún país del mundo ha logrado la igualdad total de género. Las normas informales siguen triunfando en esta batalla. De acuerdo al Índice de Brecha Global de Género el país más igualitario en cuestiones de género es Islandia que sólo alcanzó una igualdad de 0,878 sobre un total posible de 1 (World Economic Forum, Índice de Brecha Global de Género, 2017).

---

<sup>139</sup> Algunas de estas normas en el ámbito latinoamericano son las siguientes: Argentina, Ley 24.012 (1991) que impone un 30% de mujeres en cargos electivos y ubicadas en las listas en posibilidad cierta de ser elegidas y Art. 37 de la Constitución Nacional (1994). La ley 24.012 fue modificada en diciembre de 2017 y a partir de 2019 las listas deberán integrarse con un 50% de mujeres; Bolivia, Nueva Constitución Política (2009) arts. 26 y 147 y Ley 26 (2010) del Régimen Electoral; Brasil, Ley 12.034 (2009) para cuotas dentro de los partidos políticos y Ley 9504 (1997) que regula el Régimen Electoral; Colombia, Ley 1475 (2011) respecto de cargos colegiados y Ley 581 (2000) respecto de cargos administrativos; Costa Rica, Ley 8765 (2009) que dispone una paridad del 50% de mujeres en listas electorales y diversas resoluciones anteriores del Tribunal Supremo de Elecciones; Ecuador, Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas (2009); El Salvador, Ley de Partidos Políticos (2013); Honduras, Código Electoral (2004) y Decreto 54 (2012) que aumenta a 40% la cantidad obligatoria de mujeres en las listas y dispone que la igualdad será del 50% a partir de 2016; México, Decreto 135 (2014) que modifica el art. 41 para elevar a rango constitucional la paridad de género y sentencia 12.624 del Tribunal Electoral del Poder Judicial (2011); Panamá, Ley 54 (2012) que impone una paridad del 50% para los partidos políticos; Paraguay, Ley 834 (1996) que impone un 20% de mujeres en las listas electorales; Perú, Ley 28.869 (2006) que dispone que se integrarán con un 30% de mujeres las listas para los consejos municipales y Constitución Nacional (2005) que dispone que ese mismo porcentaje se aplicará para los consejos regionales, finalmente la Ley 28.094 de Partidos Políticos reitera la misma cuota para las candidaturas internas de los partidos políticos; República Dominicana, Modificación al Compendio Electoral (2000) y Ley Electoral 275 (1997); Uruguay, Ley 18.487 (2009) que no explicita cuotas pero exige que las listas se integren también con mujeres; Venezuela, Resolución 080721-658 (2008) que dispone igualdad del 50% en las listas electorales. Finalmente en España la Ley Orgánica 3/2007 dispone que las listas deben integrarse con un 40% de mujeres. Fuente: CEPAL con excepción de los datos de Argentina.

Ejemplo 2. **Planes Sociales I:** a partir de 1990 los planes sociales sufrieron una modificación radical en América Latina: se comenzó a entregar a los beneficiarios dinero en efectivo. Hasta ese momento los planes sociales se centraban mayormente en la provisión de ayudas en especie (entrega de alimentos o útiles escolares) y en la asignación de subsidios (subsidios a la luz, el gas, a ciertos alimentos básicos, etc.). La idea detrás de la entrega de dinero en efectivo era lógicamente combatir la pobreza, pero también resultaban mecanismos de promoción de la actividad económica general y se alineaba con el pensamiento que entiende a los subsidios específicos como grandes distorsionadores de la lógica del mercado.

Sin embargo, los mecanismos de implementación de estos nuevos planes sociales resultaron en una mutación de las relaciones clientelares antes existentes<sup>140</sup> (Gruenberg y Pereyra Iraola 2009)<sup>141</sup>. Estos planes sociales eran distribuidos, entre otros mecanismos, a través de “caudillos barriales”, cuadros políticos menores y otros contactos personales y eran moneda de cambio de favores partidarios y en algunos casos también se requería a los beneficiarios, a través de los intermediarios, el aporte de un porcentaje de lo recibido a personas, estructuras partidarias o barriales. Estas prácticas informales disfuncionales impedían que las ayudas dinerarias llegaran a la población más necesitada que cumplía con los requisitos para su obtención y se desviaban una gran cantidad de recursos en casos de *petit* corrupción (Gruenberg y Pereyra Iraola 2009).

Ejemplo 3. **Planes Sociales II:** con el objetivo de corregir el ineficiente resultado de los planes sociales antes mencionados y de asegurar que los fondos se utilizaran de manera correcta por los beneficiarios, en el año 2004 se lanzó en México un modelo diferente de plan social que se difundió rápidamente por toda América Latina y por otros países del mundo<sup>142</sup>. En este nuevo modelo se mantuvo la transferencia de dinero en

---

<sup>140</sup> De acuerdo con Christian Gruenberg el clientelismo político puede ser definido como una forma especial de vínculo resultante de un criterio personal antes que universal. En la relación clientelista, un individuo con mayor poder (el patrón) saca ventaja de su influencia y recursos para proveer protección, servicios o favores de otros individuos (clientes), quienes a cambio ofrecen asistencia, servicios personales, prestigio social o apoyo político al patrón en las elecciones. Entre estos dos individuos (patrón y cliente), pueden emerger los *brokers* (llamados “punteros” informalmente en Argentina y que aquí se llamarán “caudillos barriales”) quienes desarrollan una suerte de sistema de intermediación entre los servicios, bienes y favores que provee el patrón y la lealtad, asistencia, servicios personales, prestigio o apoyo político que proviene del cliente (Gruenberg 2006, 38)

<sup>141</sup> Es posible que el aumento de las denuncias haya obedecido a que se habilitaron canales antes inexistentes para realizar las denuncias por este tipo de prácticas. Lo cierto es que estos canales de denuncias permitieron conocer lo que antes probablemente también existía pero sobre lo que no había datos.

<sup>142</sup> En 2011 habían adoptado este tipo de planes 18 países de América Latina y beneficiaban a unos 129 millones de personas (Stampini y Tornarolli 2012, 3). En América Latina los principales PTC son los

efectivo como núcleo de la ayuda pero se agregaron *condiciones* que se imponen a los receptores del beneficio. Estas condiciones varían de país en país pero generalmente incluyen la escolarización de los hijos en edad de asistir a la escuela primaria, el seguimiento de calendarios de vacunación y el control pre-natal de embarazadas. Es por ello que se conoce generalmente a estos planes como Programas de Transferencias Condicionadas (PTC).

Más allá de las críticas que estos planes han recibido desde todos los espectros, lo cierto es que hasta el momento parecen cumplir con algunos de los propósitos o resultados sociales *inmediatos* para los que han sido diseñados (es decir, que el dinero llegue a los más necesitados y se cumplan las condicionalidades): evaluados varios países que han implementado PTC se comprobó que entre el 60% y el 75% de estas transferencias son captados por el 40% más pobre de la población (Cecchini y Madariaga 2011, 28) <sup>143</sup>.

Lo que aquí interesa no es tanto el acierto de la política de transferir dinero al quintil más pobre de la población o de hacerlo bajo ciertas condiciones, sino el modo en que el diseño de los PTC ha logrado, por lo general, superar las instituciones informales disfuncionales que reinaban en el ámbito de los planes sociales: el uso de éstos con fines de clientelismo político y la corrupción. Los PTC no han conseguido eliminar por completo las prácticas disfuncionales, pero lo interesante es que desde el diseño de éstos se intentó –y en buena medida se consiguió– desplegar una estrategia para combatirlos. Una de las cuestiones que muchos PTC han establecido es la obligación

---

siguientes: Argentina, *Asignación Universal por Hijo*, Decreto N° 1602/2009 y Decreto N° 446/2011; Bolivia, *Bono Juana Azurduy* (hasta dos años de edad) Decreto supremo no. 0066 (2009) y Decreto Supremo 0426 (2010) y *Bono Juancito Pinto* (hasta los 18 años de edad) Decreto Supremo 28899 (2006) y Decreto Supremo 1372 (2012); Brasil, *Bolsa Familia*, Ley 10836 (2004) y Decreto N° 7.758, (2012); Chile, *Ingreso ético familiar*, Ley 20.595 de 2012 y *Chile Solidario*, Ley N° 19.949 y Decreto N° 29 (2011); Colombia, *Más familias en acción (modificación del anterior programa Red Juntos)*, Ley 1.532 (2012); Costa Rica, *Avancemos* (destinado a la escolarización secundaria y terciaria para jóvenes de entre 12 y 25 años), Decreto ejecutivo no. 33154-MP-Mideplan-MEP-MTSS-MIVAH y Decreto 33677MP-MEP-MIVAH; Ecuador, *Bono Desarrollo Humano*, Decreto ejecutivo No.347-A /2003 y Decreto ejecutivo No. 1838/2009 y *Desnutrición Cero* (niños menores de un año y mujeres embarazadas), Decreto Presidencial 785; El Salvador, *Comunidades Solidarias (ex Red Solidaria)*, Decreto Ejecutivo 11 (2005) y Decreto Ejecutivo N° 72 (2010); Guatemala, *Mi bono seguro* (2012) (reemplaza a *Mi familia progresa*); Haití, *Ti Manman Cheri* (2012); Honduras, *Bono 10.000 Educación, Salud y Nutrición*, Decreto Ejecutivo PCM-010 (2010) y Decreto Ejecutivo PCM-024 (2010); México, *Prospera (ex Progresa-Oportunidades y ex Oportunidades)* Decreto por el que se crea la Coordinación Nacional de Prospera Programa de Inclusión Social (Septiembre 2014); Panamá, *Red de Oportunidades* (2006); Paraguay, *Abrazo* (niños hasta 14 años en situación de trabajo infantil) y *Tekoporá* (hogares en extrema pobreza con niños de hasta 14 años), ambos implementados por Decreto Presidencial 869/05; Perú, *Juntos*, DS N° 032 PCM-2005 y DS N° 062 PCM-2005; República Dominicana, *Progresando con Solidaridad* (2012), Decreto 488-12; Uruguay, *Asignaciones familiares* (2008), Ley 18.227. Cuba, Nicaragua y Venezuela no tienen actualmente ningún PTC en vigor, Nicaragua lo tuvo y lo discontinuó en 2006 y Venezuela y Cuba no los han implementado nunca. Fuente: Base de datos de programas de protección social no contributiva, División de Desarrollo Social, CEPAL.

<sup>143</sup> Respecto de los fines mediatos los resultados son más dispares en los diversos países que han instaurado los planes.

de que en los hogares biparentales mixtos el plan social sea cobrado exclusivamente por la mujer del hogar.

Ejemplo 4. **Titulación de tierras:** en América Latina a partir de la década del 90 se sancionaron leyes que promovían la titulación de tierras en barrios o asentamientos irregulares: si las tierras eran del Estado se cedían a sus ocupantes y si eran privadas se expropiaban y se transferían.

Básicamente la teoría detrás de la formulación de los programas predecía algunos efectos tales como un aumento en las inversiones realizadas en el inmueble para promover mejoras en la habitabilidad (De Soto 2000); acceso a la posibilidad de obtener créditos formales (De Soto 2000); saneamiento en el sistema de transferencias de la propiedad y determinación de los precios de la tierra por las fuerzas de la oferta y la demanda (PNUD, Comisión para el empoderamiento legal de los pobres 2008); aumento en los ingresos de los propietarios (De Soto 2000) y mejoras en la provisión de servicios (PNUD, Comisión para el empoderamiento legal de los pobres 2008).

Se realizaron diversos estudios de medición de impacto de estos planes a través de Ensayos Controlados Aleatorizados (ECA)<sup>144</sup>. Aquí nos concentraremos en dos de ellos realizados en Argentina (Galiani y Schargrotsky 2010) y en Perú (Field 2005). En el primer país mencionado los resultados fueron llamativos: la relación entre propiedad y acceso al crédito no se confirmó (solo se verificó un modesto aunque positivo efecto respecto de créditos hipotecarios) (Galiani y Schargrotsky 2010, 711). Tampoco se confirmó la relación entre título de propiedad y mejoras en los ingresos por aumento de la productividad de los propietarios (Galiani y Schargrotsky 2010, 711). Por el contrario, sí se demostraron efectos positivos sobre la inversión en la vivienda cuando se era propietario legal: la superficie construida aumentó en un 12% y la condición general de la calidad de la vivienda mejoró en un 37% (Galiani y Schargrotsky 2010, 701). Por otro lado, se comprobó que las familias que habitan las casas con título de propiedad suelen ser más pequeñas por dos motivos: la reducción de la cantidad de hijos por familia y la ausencia de familiares más lejanos conviviendo en la propiedad. Además se verificó que las familias que tienen menos hijos invierten más en educación: los niños de las familias propietarias han demostrado mejores resultados escolares y duplicado la tasa de finalización de la escuela secundaria (Galiani y Schargrotsky 2010, 711-712).

---

<sup>144</sup> Sobre la importancia de este tipo de estudios de impacto me detendré en el Capítulo III, punto 11.

En Perú el plan de titulación fue más ambicioso: entre 1996 y 2001 se otorgaron títulos al 80% de los habitantes que antes eran poseedores irregulares de las tierras. Esto benefició a 6,3 millones de personas, la mayoría de ellos viviendo debajo la línea de pobreza (Field 2005, 281). A través de un estudio de impacto se encontró que se produjeron aumentos de un 68% en la mejora de las viviendas en los años inmediatos a la obtención del título (Field 2005, 280). Aumentaron las solicitudes de crédito en un 110% pero sólo se concedieron el 49% de esas peticiones y a través de diversos análisis se concluye que gran parte de las mejoras en las viviendas se produjo con desembolsos del propio bolsillo de los nuevos propietarios (Field 2005, 288). De esta forma, el estudio sugiere –a diferencia del realizado en Argentina– que la titulación de tierras sería un incentivo para aumentar la productividad individual o familiar cuando el acceso al crédito es limitado o no alcanza para satisfacer la demanda (Field 2005, 288)<sup>145</sup>.

### 3. EFICACIA, EFECTIVIDAD Y EFICIENCIA DE LAS NORMAS.

A través de los ejemplos anteriores se ha intentado mostrar que los “resultados” de los cambios institucionales para promover el desarrollo económico y humano pueden ser dispares. Sin embargo, bajo el genérico e impreciso rótulo de “resultados” se engloba el reflejo de diferentes problemas de interacción entre instituciones informales y normas formales. La interacción entre las instituciones informales y las normas formales puede tener efectos en diferentes momentos del camino que se debe recorrer entre la detección del problema P y su resolución, y esto –como se verá– impactará en la eficacia, y/o en la efectividad, y/o en la eficiencia de las normas. Estos tres últimos conceptos y sus relaciones se intentarán distinguir aquí con mayor precisión desde una perspectiva jurídica amplia. Este abordaje es relativamente novedoso ya que, como se dijo en diversas oportunidades, la perspectiva jurídica ha sido generalmente olvidada

---

<sup>145</sup> Las conclusiones obtenidas respecto de Perú y Argentina en la titulación de tierras provienen de una metodología cada vez más difundida para medir el impacto de medidas vinculadas al desarrollo. Se trata de la evaluación de las medidas basada en la evidencia a través de Ensayos Controlados Aleatorizados (ECA) (Banerjee y Duflo 2011). Para realizar estos ensayos se aplican modelos de investigación emulados de las ciencias duras y en particular de los estudios farmacológicos y se divide a la población afectada en dos grupos: el “grupo tratado” (al que se le aplica la medida que se intenta evaluar) y el “grupo control” (que no recibe esa medida). Luego se produce un seguimiento de los resultados y efectos en cada grupo durante una cantidad de tiempo y ello permite obtener información bastante precisa sobre la eficiencia, la efectividad y los efectos no esperados de las medidas evaluadas en comparación con otras o con el *status quo* previo a la implementación de la política pública. En el Capítulo III se dedicará un espacio a este tipo de análisis de impacto.



como herramienta aun por quienes entienden a las instituciones como camino fundamental del desarrollo.

Se comenzará por las relaciones entre eficacia y efectividad de las normas *prescriptivas* dirigidas a promover el desarrollo, luego se analizará la importancia para el desarrollo de las normas que, en términos generales, establecen *permisos* y otorgan *potestades* y más adelante se sumará la cuestión relativa a la eficiencia de las instituciones formales.

Para el análisis de las relaciones entre eficacia y efectividad (cuyos conceptos se abordarán algunos párrafos más adelante) se dividirán las relaciones posibles en dos *tramos* que también coinciden con una existencia temporal sucesiva (son distintas partes del camino mencionado anteriormente): en el primer tramo (T1) se ubican la norma ( $N_1$ ) que prescribe la conducta ( $C_1$ ) y el cumplimiento (o no cumplimiento) por parte de los sujetos normativos de la conducta indicada ( $S.C_1$ ); en el segundo tramo (T2) se ubica la relación entre ( $C_1$ ) y la obtención del objetivo social o resultado buscado por la norma ( $R_1$ ).

**T1** [ $N_1$  ( $C_1$ )\_\_\_\_\_  $S.C_1$ ] **T2** [ $C_1$ \_\_\_\_\_  $R_1$ ]

Con relación a  $R_1$  es importante aclarar que se trata de los resultados sociales o económicos buscados por la política pública (la consecución de un estado de cosas considerado social o económicamente valioso) y que se implementa a través de una o más normas. Se trata de *resultados inmediatos o mediatos*. Estos resultados no se confunden con la conducta prescrita por la norma que es, en estos casos, un medio para alcanzarlos. Generalmente cada norma  $N_1$  tiene más de un resultado esperado (aunque en la mayor parte de los ejemplos que aquí se den se manejará únicamente  $R_1$  como posible resultado simplemente para hacer más sencillos los esquemas). Asimismo, ese resultado buscado puede variar con el tiempo: no es sólo aquél que el legislador asignó originalmente a la norma sino que diversas interpretaciones pueden asignar a esa norma un resultado social o económicamente valioso de manera sucesiva o simultánea con aquél que indicó (si es que lo hizo) el legislador.

Para entender mejor qué tipo de resultados son los que aquí interesan se podría adelantar que son el tipo de fines o propósitos frecuentemente individualizados al realizarse un análisis de razonabilidad o proporcionalidad de las normas (*scrutiny test*). Por ejemplo, si  $N_1$  dispone que las listas electorales deberán integrarse a partir de ahora con un 30% de mujeres podemos asumir, por ejemplo, que  $R_1$  es “revertir un

largo historial de discriminación de las mujeres en la actividad política” y R2 “incentivar a las mujeres a presentarse a cargos electorales”. Probablemente podamos también encontrar en R3 un fin temporalmente más inmediato, por ejemplo, “que en la próxima renovación del parlamento se incremente en un porcentaje X la presencia de mujeres elegidas”. Todos estos resultados (R1, R2, R3, RN) se diferencian de la conducta prescrita y, como se dijo, en una situación de correcto diseño normativo existe entre C1 y R1, RN una relación de medios a fines.

En la literatura jurídica se utiliza frecuentemente el vocablo “eficacia” para hacer referencia a diferentes relaciones entre normas y acciones, y algo similar sucede con la “efectividad”. Incluso hay cierta incompatibilidad entre el uso que se les otorga a los vocablos “eficacia” y “efectividad” entre los análisis en teoría del derecho y en sociología jurídica. Por lo general, en la teoría del derecho en castellano se hace referencia a la eficacia como una determinada relación de adecuación entre las normas y las conductas humanas (Kelsen 1979<sup>146</sup>, Navarro 1990, Navarro y Moreso 1996). Esta concepción responde a lo que arriba hemos identificado como el primer tramo de la relación que nos interesa (T1). Por su parte, desde la sociología del derecho se identifica a la “efectividad” de una norma como la relación de conformidad (o al menos de no contrariedad) con ella, de las situaciones o comportamientos que se hallan en su ámbito de competencia (Jeammaud 1984, 6). Es decir, también como T1. Mientras que la “eficacia” es entendida como “el logro efectivo de los resultados buscados por quienes las legislaron” (Jemmaud 1984, 6 y en igual sentido García Villegas 1993, 99). Por lo que para estos autores la eficacia es aquello que se refleja en el segundo tramo de las relaciones que aquí interesan (T2). El uso corriente de las palabras “eficacia” y “efectividad” no arroja mayor luz sobre la distinción, así como tampoco la aplicación de estos términos en otras ciencias<sup>147</sup> ni el uso que se les ha dado a los vocablos en otras lenguas<sup>148</sup>.

Esta ausencia de convenciones unívocas en el uso en el lenguaje permite cierta

---

<sup>146</sup> Kelsen asigna a la noción de eficacia un doble sentido, por un lado, el que se utilizará aquí y que se relaciona de manera genérica con la adecuación de las conductas de los sujetos normativos a lo prescripto por las normas. El segundo sentido mencionado por Kelsen se vincula con “...el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales —esto es que la sanción sea ordenada y cumplida en un caso concreto—” (Kelsen 1979, 25). Se volverá sobre esta idea de Kelsen más adelante.

<sup>147</sup> Por ejemplo, en medicina y farmacología se hace mención a la “eficacia” como los resultados de un tratamiento obtenidos bajo condiciones ideales, mientras que la “efectividad” son los resultados de ese mismo tratamiento en condiciones reales (Cleland 2003 y Singal, Higgins y Waljee 2014). Esta distinción en nada ayuda al intento de aclarar los usos de ambos términos en ámbito jurídico.

<sup>148</sup> Por ejemplo, en italiano se han identificado por lo menos cuatro sentidos con que se ha empleado el término “eficacia” (Pino 2012, 174; Tuzet 2016, 207) y además, el uso más corriente de los términos eficacia y efectividad es inverso al que es más aceptado por los autores de teoría del derecho que escriben en castellano.

libertad para escoger un uso u otro. Se seguirá entonces el lenguaje más utilizado por los teóricos del derecho castellano parlantes para el vocablo “eficacia” y se identificará a T1 como eficacia y se reservará la palabra “efectividad” para hacer referencia a las relaciones presentes en T2. Al referirnos al proceso completo que abarca la eficacia y la efectividad (T1+T2) lo haremos como *efectividad propia de N1*.

**Eficacia de N1 = T1 [N<sub>1</sub> (C<sub>1</sub>)\_\_\_\_\_S.C<sub>1</sub>] Efectividad de N1= T2 [C<sub>1</sub>\_\_\_\_\_R<sub>1</sub>]**

**Efectividad propia de N1 = T1 + T2**

Para ciertas normas la distinción entre los dos tramos antes propuestos es irrelevante pues la eficacia y la efectividad se presentan cuando se cumple el primer tramo de las dos relaciones antes esquematizadas. Se trata de normas que prescriben conductas que pueden concebirse como fines en sí mismas, por contraposición a las que tienen propósitos de tipo más instrumental. En el caso de la prohibición de homicidio, por ejemplo, el cumplimiento de la norma que prohíbe matar podría verse como el resultado exitoso de ambos tramos, pues es difícil concebir otros objetivos en la norma más allá de aquellos que se cumplen con la mera adecuación de la conducta a las acciones prescriptas por ella. Sin embargo, este no es ese el caso más frecuente en el ámbito de las medidas tendientes a promover el desarrollo ya que en este contexto, las normas suelen ser instrumentales a uno o más objetivos que no se cumplen con la mera adecuación de la conducta a la norma.

La efectividad absoluta (en el sentido de alcanzar por completo R1) es muy difícil de conseguir y algo similar ocurre con la eficacia<sup>149</sup>. Por lo tanto, es importante tener en cuenta que, aún cuando se haga referencia a normas eficaces o eficaces y efectivas siempre se estará realizando una evaluación sobre la consecución de ciertos *grados estadísticos* aceptables de eficacia y efectividad. Es tal vez importante distinguir aquí que es posible asignar distintos grados de eficacia a nivel estadístico o a un nivel general, sin embargo, a nivel individual (o caso a caso) la norma se cumple o no se cumple y no es posible identificar diferentes grados de cumplimiento como sí lo es a nivel general.

---

<sup>149</sup> Hay algunos ejemplos marginales de efectividad total de normas o conglomerados de normas. Un ejemplo impactante es el del éxito absoluto del programa de vacunación y control de la viruela promovido por la Organización Mundial de la Salud entre 1966 y 1980 que logró coordinar actividades y normas en distintos países y finalmente se consiguió que la enfermedad se erradicase por completo. Ver reporte de la OMS en <http://www.who.int/features/2010/smallpox/en/index.html>.

Por otra parte se debe tener en consideración que las normas de manera individual o aún grandes conjuntos de éstas pueden ser completamente ineficaces (nunca utilizadas o seguidas) y continuar siendo normas jurídicas válidas y vigentes (aunque ineficaces). Sin embargo, pareciera que no puede afirmarse lo mismo de un sistema jurídico (me refiero aquí al conjunto completo y sistemático de normas jurídicas vigentes en un determinado momento en una sociedad) y por lo tanto, si existiera la situación de un sistema jurídico que nunca se usa o se practica o que no se practica más (por ejemplo por haber sido sustituido por otro a través de una revolución) su falta de eficacia impediría que sigamos hablando de un “sistema jurídico” (ver Postema 2012, 84).

### **3.1. Precisiones sobre la eficacia como mecanismo de evaluación de las instituciones que viabilizan políticas públicas.**

Se identifican habitualmente tres modos de vinculación entre las normas y la realización de las conductas o generación del estados de cosas prescritas por éstas. Se trata de tres versiones de eficacia que van aumentando en intensidad. Pablo Navarro identifica estos tres casos del siguiente modo (Navarro 1990, 16):

Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1 y los sujetos normativos producen C1 (correspondencia).

Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos normativos conocen la existencia de (N) y producen C1 (acatamiento).

Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción C1, los sujetos conocen la existencia de (N) y producen C1 en virtud de (N) (cumplimiento)<sup>150</sup>.

En el caso de la **correspondencia** sólo se requiere una *coincidencia* (Hierro 2003, 76) entre el contenido de N1 y C1. Si la coincidencia es causal o casual es irrelevante en este primer enfoque. En el caso del **acatamiento**, a la coincidencia entre lo prescrito por N1 y C1, se suma el requisito de *conocimiento* de N1 por parte de los sujetos normativos (coincidencia y conocimiento), en este esquema intermedio la motivación es indiferente. Finalmente el caso del **cumplimiento** requiere además de la coincidencia entre N1 y C1, el conocimiento de N por los sujetos y que la *motivación* para realizar C1 también provenga de N1 (el sujeto hace C1 porque N1 prescribe C1).

---

<sup>150</sup> La referencia a “estado de cosas” en la cita anterior no debe confundirse con R1 presente en T2 ya que lo que aquí parece referir el autor no es la consecución de los objetivos sociales sino el estado de cosas que prescriben las llamadas “reglas ideales” o “reglas de ser” (Navarro 1990, 62. Ver también Navarro 1987).

El principal objetivo de adoptar una u otra versión de la eficacia es en este momento del trabajo contribuir con el aporte de elementos para la evaluación del éxito o fracaso de las medidas de desarrollo. En este sentido y tal como se explicará seguidamente, parece adecuado comprometerse con una versión intermedia de la eficacia que es la que se presenta en los casos de *acatamiento*.

La relación más débil (de correspondencia o coincidencia) al ser menos exigente que las restantes (acatamiento y cumplimiento) *puede* incluir los casos que las otras relaciones también recogen, pero también comprende la situación que llamaremos de *correspondencia simple* en la que resulta irrelevante el conocimiento de N1 por los S, o la motivación de éstos en N1. En el universo de esta versión débil se observan entonces los tres posibles casos de eficacia incluyendo, claro está, a la *correspondencia simple*. Esta versión de la eficacia no resulta una herramienta útil para evaluar *el aporte* (o la falta de aporte) de N1 para la resolución de un determinado problema. Frente al problema X se dicta N1 y un 40% de la población realiza C1 por correspondencia simple; un 30% por acatamiento; un 10% por cumplimiento y el restante 20% de la población no realiza C1: ¿Cómo podríamos evaluar en esta política la influencia o éxito de la norma formal si no es posible saber si el 50% de los que realizan C1 en caso de no existir N1 se comportarían de igual modo o no?, ¿cómo podemos saber si el 20% que no lleva a cabo C1 lo hace por falta de conocimiento de N1 o por que ha decidido no realizar C1 conociendo N1?

La relación intermedia (acatamiento) agrega un elemento más a la relación y exige el conocimiento N1 por los S y el comportamiento de acuerdo a ella. Esta versión parece ser la más adecuada, en el contexto de este trabajo, para la valoración de la eficacia de las normas pues permite incluir situaciones en las que N1 es una causa subsidiaria de la realización de C1 pero no requiere que exista entre N1 y C1 *necesariamente* una relación causal. La relación causal (o de motivación) no está excluida pero no es requerida. Esta relación de acatamiento permite captar las fluctuaciones de motivación: se considera que N1 es eficaz cuando es conocida por los S pero no se requiere que N1 sea *de manera permanente* la motivación para realizar C1.

Un ejemplo trillado pero que continua siendo oportuno y claro es el siguiente: Juan conoce N1 que prohíbe matar pero no es eso lo que motiva a Juan a no matar a su jefe de nombre Felipe (hay una multiplicidad de factores que hacen que Juan no mate a Felipe pero ninguno de ellos es habitualmente N1). Sin embargo, un día Juan recibe información acerca de que Felipe tiene planes para despedirlo de su trabajo y en ese momento la motivación para no matar a Felipe es únicamente N1 (Juan no mata a

Felipe *en virtud* de N1). Asumamos que luego Juan recibe explicaciones por parte de Felipe y se convence de que no existe ningún riesgo de ser despedido de su trabajo: aquí otra vez la motivación para no matar a Felipe es diferente que N1. De esta manera, la norma que prohíbe matar (N1) ha sido conocida y eficaz con relación a Juan (S) durante X cantidad de tiempo pero en esa línea temporal ha fluctuado el tipo de eficacia (de acatamiento a cumplimiento y nuevamente a acatamiento). N1 actuó en este ejemplo como la *última ratio* del comportamiento de Juan. Es decir, en el momento que Juan decidió no matar a Felipe *en virtud* de N1 la prohibición jurídica se incluyó en su razonamiento prudencial como una razón auxiliar (Bayon 1991 453, 465).

Si N1 no logra motivar a Juan para no matar a Felipe entonces la norma es ineficaz, pero dentro del universo de la eficacia son admisibles las fluctuaciones motivacionales antes explicadas.

Así, esta versión de la eficacia sólo requiere que se actúe en virtud de N1 en situaciones en donde las motivaciones extra-legales no están presentes y brinda mejor precisión que la relación de *correspondencia* para evaluar la eficacia de N1 de manera autónoma a otras motivaciones (normas informales, sociales, morales, religiosas, etc.) pero sin exigir que ella sea permanentemente la motivación de la conducta.

El motivo por el que no se adoptará la versión exigente o fuerte es que esta opción no permite considerar la fluctuación de motivaciones y requiere que de manera permanente los sujetos estén motivados por la norma: contra-fácticamente si no existiera N1 los sujetos no realizarían C1. Esto resulta relevante ya que los legisladores frecuentemente recogen en normas formales lo que ya era norma en una sociedad (eran una norma informal, social o normas “tradicionales” como podrían ser las instituciones del derecho indígena); la versión más exigente de la eficacia obligaría a forzar la ficción de que a partir de la publicación en el Boletín Oficial los sujetos normativos (que ya se comportaban así) han pasado a motivarse en la nueva ley o, por el contrario, lo que también arroja un resultado poco atinado, sostener que la ley es ineficaz porque la gente no se motiva en ella aunque se comporte de acuerdo a lo que ella indica. Por otra parte, los casos de esta versión más demandante están incluidos en la versión intermedia en los tramos en que la motivación es N1 y no otras cuestiones o normas extra-legales.

### 3.1.1. ¿Por qué una norma puede ser ineficaz o tener baja eficacia?

Los problemas vinculados a las razones o motivos por los que los sujetos deciden cumplir o no cumplir con las conductas indicadas por las normas jurídicas no serán

especial objeto de interés en esta investigación desde una perspectiva tradicional aunque se hará alguna mención tangencial al tema. Simplemente mencionaré aquí que habitualmente, con matices y con debates, los *juristas* entienden que las normas son cumplidas por temor a las sanciones, por utilidad, por respeto al orden, por respeto a la autoridad o por adhesión (ver por todas estas razones, entre muchos otros, Von Wright 1970, Raz 1985, Bayon 1991, Nino 1985, Hierro 2003)<sup>151</sup>. Asumiendo que estas razones o motivos para el cumplimiento son conjuntamente razonables podemos ensayar que una norma puede tener un bajo nivel de eficacia cuando se presentan una o más de las siguientes circunstancias:

- a) **Problemas técnico-legislativos que generan dificultades para conocer o comprender la norma.** Algunos de estos problemas serán tratados en el Capítulo III mientras que otras cuestiones han sido analizadas anteriormente al considerar que los requisitos formales del estado de derecho son condiciones necesarias (aunque no suficientes) para la eficacia.
- b) **Problemas en la implementación de las normas.** Tal vez esta circunstancia no se presente como potencial problema en todas las normas, pero sí en aquellas que requieren actividades positivas por parte del Estado y es muy importante respecto de las normas que implementan políticas públicas como algunas de las llamadas a revertir la desigualdad de género<sup>152</sup>.
- c) **Problemas en las condiciones de la aplicación de las normas (enforcement).** Evidentemente para ciertas normas la eficacia dependerá de una manera directa y más constante de los niveles aplicación. Por ejemplo, la eficacia de la norma que penaliza la omisión de poner monedas en el parquímetro para aparcar en la calle dependerá de una manera directa y constante de la aplicación de multas por esa infracción (Friedman 1975, 68), mientras que en otro tipo de normas la relación entre condiciones de aplicación y eficacia como acatamiento será más débil como en las normas que obligan a alimentar a los hijos (Hierro 2003, 141) o prohíben el canibalismo (Friedman

---

<sup>151</sup> Fuera del ámbito jurídico, otras ciencias, como la psicología, la economía o la sociología han intentado también dar respuesta a por qué se cumplen o no se cumplen las normas. Pareciera, a mi modesto juicio, que las explicaciones jurídicas desvinculada de otros elementos interdisciplinarios no pueden dar más que respuestas parciales y en todo caso siempre teóricas sobre el por qué del cumplimiento o incumplimiento de las normas. Me producen entusiasmo las nuevas propuestas jurídicas que intentan abordajes más interdisciplinarios como las que se enmarcan en la recientemente denominada “psico-deóntica” (ver Celano y Brigaglia (2016) y Brigaglia (2017)).

<sup>152</sup> No trataré en el marco de esta tesis cuestiones vinculadas a la implementación de políticas públicas ya que excede en mucho los objetivos de este trabajo y, por otra parte, requeriría de un trabajo interdisciplinario.

1975, 68). También en el Capítulo III se tratará precisamente la relación entre eficacia y aplicación de las normas.

- d) ***Interrelación y competencia con normas informales y sociales.*** Finalmente, otro gran grupo de razones por las que una norma puede tener baja eficacia, es el que resulta de especial interés para este trabajo y el gran olvidado para la mayor parte de los análisis jurídicos. Se trata de la ineficacia o de los bajos niveles de eficacia que produce la tensión o competencia que se genera entre las normas jurídicas y otras normas informales que integran diversos conjuntos normativos. Las sociedades funcionan simultáneamente con varios subconjuntos normativos, siendo las normas formales sólo uno de esos subconjuntos (Coleman 1990). Dentro de los otros subconjuntos normativos aparecen diversas manifestaciones de instituciones informales que interactúan con las instituciones formales y tienen consecuencias sobre la eficacia y/o la efectividad de las normas formales. Es decir, las normas informales pueden afectar los motivos o razones para la acción acerca de los que los juristas han dado cuenta. Así, por ejemplo, la presencia de instituciones informales disfuncionales puede disminuir el temor a una sanción por afectar justamente la posibilidad de ser descubierto en el incumplimiento y promover un comportamiento diferente al indicado por la norma, o puede, en otros casos, disminuir la utilidad de cumplir con la norma por resultar más costoso su cumplimiento que el de la conducta alternativa promovida por la norma informal disfuncional. La segunda parte de este capítulo se dedicará detalladamente al estudio de estas interrelaciones entre los mundos normativos formales e informales.

### **3.2. Algunos problemas vinculados con la eficacia y la efectividad.**

#### *3.2.1 Problemas para evaluar eficacia de ciertos tipos de normas.*

Desde una perspectiva *práctica* se considera con frecuencia que es complejo medir el grado de adecuación de las conductas a las normas. Sin embargo, tal afirmación debe ser matizada: respecto de algunas normas resulta muy sencillo tener una noción bastante precisa de la cantidad de comportamientos adecuados a ella (v.gr. el cumplimiento de la obligación del voto en los países en que se trata de una obligación o el cumplimiento de la norma que obliga a asegurar cuotas parlamentarias femeninas); hay otras normas sobre las cuales las mediciones de cumplimiento son más complejas



pero cada vez existen más herramientas tecnológicas y técnicas de muestreo que permiten avances significativos en este campo.

De todos modos, la posibilidad actual o potencial de medir en la práctica la adecuación de las conductas a las prescripciones es una cuestión sobre el que el derecho puede aportar poco. Sin embargo, hay otras preguntas que sí permanecen, de cierta forma, en el ámbito de lo jurídico, por ejemplo, ¿qué cantidad de acciones conforme a la norma deben producirse para poder hablar de eficacia? Pablo Navarro propone que una norma general (N) es eficaz si y solo si la subclase de sujetos normativos relevantes no infringen (N) en la mayoría de las ocasiones (Navarro 1990, 23). Es decir, la eficacia es compatible con el incumplimiento (no acatamiento) esporádico de la norma (Navarro 1990, 23). Esta forma, bastante vaga (según acepta también el propio autor. Ver Navarro 1987, 262) de dar respuesta a la pregunta anterior parece ser, sin embargo, un modo aceptable para formarnos una idea general acerca de a qué nos referimos en términos estadísticos al afirmar o negar que una norma es eficaz. De todos modos, como se dijo, pareciera que la eficacia –salvo casos muy marginales como el de los juicios por jurados en Argentina– es en la vida real una cuestión de grados más que de sentencias concluyentes por sí o no. Von Wright propone, en la misma línea de Navarro, una versión un poco más detallada:

El significado de (des)obediencia 'excepcional' y 'habitual' precisa de comentario. Si el mandato o prohibición es lo que hemos llamado [...] *eminentemente general*, la desobediencia a la norma es excepcional cuando la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones obedecen la norma. Si el mandato o la prohibición es general con respecto a la ocasión, pero dirigido a un sujeto particular, la desobediencia es excepcional cuando este sujeto en la mayoría de las ocasiones obedece la norma. De modo similar, si la prescripción es general con respecto al sujeto, pero para una ocasión particular solamente, la desobediencia es excepcional cuando la mayoría de los sujetos en esta ocasión obedecen la norma (Von Wright 1970, 139- 140).

Aplicar las definiciones anteriores de eficacia es indudablemente más fácil respecto a algunos tipos de normas: de los casos antes mencionados por Von Wright, sería más fácil identificar la eficacia de las normas generales dirigidas a un sujeto particular y de las normas generales con respecto a los sujetos pero para una ocasión particular solamente. A ello habría que agregar que también se requeriría para poder usar sencillamente la fórmula que el cumplimiento de la norma fuese a “todo o nada” o, como dice Hierro, cuyo cumplimiento es sólo del tipo sí/no (Hierro 2003, 79).

El problema más grande del abordaje de la evaluación de la eficacia es respecto de las normas eminentemente generales cuyo cumplimiento requiere una conducta pasiva.

Kelsen advirtió tempranamente esta dificultad y señaló que el súbdito se halla siempre, bajo cualquier circunstancia e ininterrumpidamente, obligado a no asesinar, a no estafar, a no atentar contra la propiedad de otro, etc. (Kelsen (1923) 1987, 380). Se trata de normas que imponen deberes negativos generales, erga omnes, y tienen un número inmenso, tendiente al infinito de ocasiones de cumplimiento (Hierro 2003, 79). La confección de un índice de eficacia que pudiera evaluar la eficacia de una norma sería siempre tendiente a 1 (en donde 1 es eficacia total) si lo aplicásemos a las normas que generan el problema de la “inconmensurabilidad de la obediencia” (Hierro 2003, 156)<sup>153</sup>.

Es posible asumir que esta dificultad de asignar a la eficacia únicamente la cara de la adecuación de las conductas a la norma ha sido lo que ha conducido a diversos autores, entre ellos Kelsen (1979, 25), a sostener que la eficacia tiene dos caras: la del acatamiento y la de la aplicación. Considero, sin embargo, que tal entendimiento de la eficacia no soluciona el problema de la medición de la eficacia respecto de los deberes negativos, generales y erga omnes. Veamos: propone Hierro reconstruyendo el pensamiento más difundido sobre el tema que, (1) una norma jurídica es eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, o (2) una norma jurídica es eficaz si, cuando no es cumplida, es general y mayoritariamente aplicada (Hierro 2003, 141). De lo anterior se infiere que (a) la norma será eficaz si es general y mayoritariamente cumplida, aun cuando en los casos de incumplimiento la norma no fuese general y mayoritariamente aplicada; (b) la norma será eficaz si aun siendo general y mayoritariamente incumplida, fuese general y mayoritariamente aplicada (Hierro 2003, 141). Por lo tanto, si esto es así, la situación descrita en (a) impide que se resuelvan, a través de la faceta de la aplicación, los casos que generan más dificultad para la medición útil de la eficacia como adecuación de conductas, esto es, los casos en los que se trata de obligaciones negativas, generales y erga omnes. Ello pues el problema radica en que adicionar la faceta de la aplicación no cambia en nada la dificultad para superar la tendencia al infinito de situaciones de cumplimiento de la norma.

Pero hay un argumento adicional y muy poderoso para descartar también la idea de la aplicación de la norma como segunda cara de la eficacia y este argumento es

---

<sup>153</sup> El índice de eficacia ( $I_e$ ) podría ser planteado, según Liborio Hierro, de este modo: ( $I_e$ ) es el resultado del número de conductas conformes ( $nCc$ ) dividido por el número de sujetos ( $nS$ ) multiplicado por el número de ocasiones ( $nO$ ). Entonces  $I_e = nCc/nS.nO$

El problema de la obediencia inconmensurable es que en ellas el número de ocasiones de cumplimiento es tendiente al infinito (en la mayor parte de las ocasiones, la mayor parte de los sujetos normativos no matamos, no lesionamos, no robamos, etc.). Entonces en la fórmula debiéramos reemplazar  $nCc$  y  $nO$  por  $\infty$  por lo que aún cuando ( $nS$ ) variase de una manera extraordinaria el resultado del índice sería siempre 1. Ver por todo Hierro 2003, 78-79.

aplicable también a los casos en los que no se presenta la dificultad de medir la eficacia de las normas generales y que imponen deberes de abstención erga omnes. También seguiré a Hierro en este caso cuando sostiene que:

...los jueces aplican las normas que consideran aplicables al caso y no aplican las que no consideran aplicables por lo que, en principio, la hipótesis de que haya normas aplicables que los jueces no aplican es una hipótesis, cuando menos, bastante opaca (Hierro 2003, 150).

...La idea de que las normas son eficaces, en defecto de cumplimiento, mediante su aplicación se convierte en una tautología porque aparentemente las normas que se aplican son las que deben aplicarse y las que no se aplican son las que no deben aplicarse, por lo que todas las normas son, en este sentido, absolutamente eficaces (Hierro 2003, 151).

El problema de la “inconmensurabilidad de la obediencia” es sin embargo un problema a medias para el uso que se pretende del concepto de eficacia en esta tesis.

Las razones por las que considero lo anterior son las siguientes:

- (a) la mayor parte de los autores acepta que la eficacia es una cuestión de grados, sin embargo, en el afán por encontrar definiciones precisas terminan dejando de lado la ventaja que ofrece, por su flexibilidad, mantener la idea de los gradualidad de manera permanente. Por lo tanto, es sólo relativamente útil la idea de que una norma *es eficaz* cuando la mayoría de las personas en la mayoría de las oportunidades cumple con la conducta indicada por ella. Si la eficacia es entendida siempre como una cuestión de grados no hay impedimento para poder, de algún modo, aproximarse a la eficacia de un modo comparativo. En los ejemplos que siguen tomo normas en las que recae el problema de la inconmensurabilidad de la obediencia: en la Ciudad de Córdoba (Argentina) en 1980 se denunciaban 30 robos a comercios por semana; el grado de eficacia de la norma disminuyó en 1990 cuando se comenzaron a denunciar 45 robos por semana y en la crisis de 2001 la eficacia de la norma mermó porque se incrementaron las denuncias hasta los 60 robos semanales. En el mes de diciembre de 2013 una huelga policial generó que el grado de eficacia de la norma cayera estrepitosamente pues solo en tres días se produjeron robos en 1000 comercios<sup>154</sup>. Esta comparación inter-temporal también puede realizarse de una manera geográfica: el número de homicidios dolosos cada 100.000 habitantes en Argentina en 2014 ha sido de 8; en España hubo en ese mismo año 1 homicidio doloso por cada 100.000

---

<sup>154</sup> Todos los datos del ejemplo son ficticios con excepción del que da cuenta de los robos producidos durante la huelga policial de 2013 (ver <http://www.lanacion.com.ar/1646540-advienten-que-1900-comercios-fueron-afectados-por-los-saqueos-en-14-provincias>).

habitantes y en El Salvador 64<sup>155</sup>. Evidentemente en 2014 la norma que prohíbe matar a otro ha sido más eficaz en España que en Argentina y en este último país más eficaz que en El Salvador. Por otra parte, también se pueden acotar más los ámbitos de evaluación de la eficacia de las normas y evaluar, por ejemplo, el grado de eficacia o ineficacia de la norma que prohíbe lesionar a otros solamente dentro de las relaciones de pareja o intrafamiliares, o entre asistentes a espectáculos deportivos, o el grado de ineficacia de la norma que prohíbe los sobornos considerando para ello sólo a las empresas que realizan contratos con el Estado Nacional o con un determinado Estado provincial.

- (b) La segunda cuestión que evita que, en el marco de este trabajo, sea un gran problema el de la imposibilidad de predicar eficacia por “sí o no” respecto de algunas normas es que, como se dijo, se entiende aquí que las normas no tienen un interés regulativo *per se* y que siempre hay razones subyacentes para su dictado. Estas razones son los objetivos o resultados sociales y/o económicos esperados (R1). En muchas ocasiones lo realmente importante es que el grado de eficacia sea suficiente (o no) para alcanzar los resultados sociales esperados (R1). Una norma puede, en este sentido, ser cumplida por el 99% de la población y sin embargo, el 1% que la incumple concentrar un mayor número de oportunidades de incumplimiento u ocasiones cualitativamente más significativas y resultar suficientemente determinante para que se frustren los fines propuestos por la norma; por el contrario, una norma puede ser cumplida por menos de la mitad de la población y promover igualmente que se alcancen los fines propuestos por la norma. Lógicamente la situación de normas con muy baja eficacia pero que logran igualmente su cometido social es poco frecuente y, por razones que se verán más adelante, sub-óptima.

A pesar de las dificultades que presenta la definición de Navarro sobre eficacia continuaré apelando a ella de manera genérica para expresar el concepto de eficacia aunque se debe tener en mente tanto la cuestión relativa a la permanente noción de grados con la que es necesario trabajar y la necesaria vinculación entre eficacia y efectividad (o conductas y resultados sociales esperados).

---

<sup>155</sup> Fuente Banco Mundial. Disponible en <http://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?view=chart>

### 3.2.2. Interpretación de las normas e identificación de los resultados sociales esperados.

Si bien las conductas obligatorias o prohibidas por las normas son habitualmente sencillas de conocer están siempre expuestas a interpretaciones. Así, una interpretación puede hacer que una norma tenga un nivel de eficacia aceptable (N1) y otra interpretación generar que el mismo texto legal resulte en una norma (N2) con menor nivel de eficacia. Por ejemplo, pensemos el caso de una regla de la administración pública que obliga a sus empleados a ingresar a las 9:00 de la mañana y el 80% de los empleados arriba a su lugar de empleo a las 9:05. Una interpretación – desafortunada a mi juicio– sostiene que la norma es altamente eficaz pues todos los trabajadores observan una notable puntualidad, ya que se trata de una regla que –aun siendo una regla– parece más una directriz al pretender que los empleados comiencen a una hora determinada y homogénea a prestar sus servicios y no se trata de una norma de carácter ritual (Hierro 2003, 79). Mi interpretación sobre la misma regla propondría que es altamente ineficaz pues el horario de ingreso al cumplimiento de una actividad laboral no puede ser entendido como meramente indicativo o como una directriz; el mandato de que las actividades comiencen a las 9:00 y no 9:05 puede obedecer a una serie de razones cuyos resultados pueden variar en esos cinco minutos.

Los propósitos o fines en el sentido de *resultados esperados* (R1) son aún más complejos de identificar: a veces ellos son explícitos (en la exposición de motivos o fundamentación de las leyes), pero en general esa explicitación no es completa o por lo menos no es un *numerus clausus*; otras veces es resultado únicamente de un proceso de interpretación, y casi siempre, producto de una combinación entre la explicitación y la interpretación.

Por cierto que la apelación total o parcial a la intención del legislador para intentar indagar en las razones subyacentes o los resultados sociales esperados no deja de ser problemática, pero entiendo que genera menos problemas de los que *a priori* es posible prever. En general los juristas cuando defienden o cuestionan la idea de indagar en las intenciones del legislador lo hacen desde la perspectiva de la aplicación judicial de una norma cuya interpretación suscita problemas. Explica Schauer que las intenciones constituyen la fuente necesaria de orientación para la toma de decisiones cuando falla la orientación de la regla que de otro modo estaría disponible (Schauer 2004, 283). Luego el autor propone una serie de ideas críticas y aceptables sobre esta opción interpretativa para resolver un caso gris o complicado. Sin embargo, el tipo de apelación a la intención legislativa que se sugiere aquí podría usarse para detectar el o los

resultados sociales esperados es bastante diferente de la utilizada en el contexto judicial y frente a un caso dudoso, complejo u oscuro. La evaluación de la efectividad requiere, casi siempre, de pinceladas mucho más gruesas que las que se necesitarían para llevar adelante la actividad interpretativa en sede judicial en los casos en los que hipotéticamente correspondería echar mano del recurso que apela a la intención legislativa (que son justamente los casos difíciles, oscuros o en la zona de los grises).

En el caso de las leyes sobre cuotas o cupos femeninos para los cargos electivos podríamos afirmar (para evaluar la efectividad de ese conjunto de normas) que de la norma que obliga a que las listas se integren con un 40% de mujeres en situación de ser elegidas, puede inferirse, sin que esta deducción sea demasiado cuestionable, que la intención del legislador es (R1) revertir un largo historial de discriminación de las mujeres en sede política; (R2) asegurar cuerpos representativos equilibrados en razón de género; y podría ser también un resultado más inmediato (R3) vinculado con asegurar que en los próximos parlamentos haya un 30% de mujeres. Como ejemplo de la otra posible apelación a la intención legislativa, asumamos que la norma llega a los tribunales en una elección en la que determinada provincia renovará sólo un parlamentario y que es cuestionada por una mujer que pretende ubicarse en primer lugar en una lista de diputados cuando por los votos obtenidos en la votación interna del partido le correspondería ocupar a partir del segundo lugar. En el caso judicial, como resulta obvio, la intención del legislador en la que habría que hurgar posiblemente sea de imposible identificación o difícilmente otorgará respuesta.

Dicho de otra forma, la intención o propósitos que pueden ser atribuidos al legislador son los trazos de una brocha bastante gruesa mientras que la tarea del juez es, muchas veces, pintar con pinceladas demasiado finas como para que sea útil o conveniente, en una contienda judicial y en la mayoría de los casos, apelar a la intención legislativa. Por el contrario, para evaluar la efectividad, en general, resultará suficiente contar con los trazos más gruesos. No obstante lo dicho hasta aquí, se reitera, no hay motivos para limitar la atribución de propósitos o resultados esperados a aquellos que se han hecho explícitos por el legislador. Como se verá más adelante, aun un efecto funcional puede convertirse –a través de la interpretación o en la formulación de futuras normas– en un resultado social valioso como para ser considerado un resultado social a perseguir.

Más adelante, en el Capítulo III se verá que sería una buena práctica el hacer lo más explícitos posibles los fines mediatos e inmediatos de las normas (es decir, R1) pues esta condición reforzaría diferentes aspectos de la seguridad jurídica y de la posibilidad

de evaluar la efectividad y valorar críticamente la acción de los encargados de diseñar las políticas públicas.

En definitiva, la eficacia es dependiente de la interpretación que se realice sobre la conducta permitida, prohibida u obligatoria, y también lo es la afirmación de que se ha alcanzado el objetivo de la política pública perseguida (R1).

#### 4. RELACIONES ENTRE EFICACIA Y EFECTIVIDAD.

En los párrafos que siguen se presentarán algunas de las relaciones entre eficacia y efectividad<sup>156</sup>. Previamente es conveniente una aclaración: las medidas de desarrollo son generalmente medidas complejas cuya realización se intenta a través de un *conjunto* de normas que se presuponen unas a otras para alcanzar el objetivo social buscado (R1). Es decir, para alcanzar R1 se presume una relación sistémica entre las conductas prescriptas y permitidas por las normas que integran estos conglomerados normativos. Por lo tanto, los ejemplos y análisis que se proponen a continuación son simplificaciones de relaciones más complejas. Especialmente en los ejemplos se deberá asumir que las restantes normas que integran la política pública son eficaces para poder asignar algún tipo de relevancia causal a la alta o baja eficacia de la norma analizada en relación con la consecución de R1, es decir, su efectividad (o ineffectividad).

##### 4.1. Normas altamente eficaces y efectivas (normas propiamente efectivas).

En este supuesto los sujetos normativos llevan adelante C1 que es lo indicado por N1 –acatan N1– y se alcanza R1 (se completan T1+T2).

---

<sup>156</sup> Carlos Nino en *Un país al margen de la ley*, realiza una caracterización diferente y desde otra perspectiva a la que se propondrá aquí sobre las relaciones entre eficacia y efectividad. Sin embargo, la caracterización de Nino guarda alguna similitud con la que se desarrollará a continuación y sirve también para advertir el distinto enfoque que es posible darle al tema. Nino distingue entre la (i) *lealtad normativa* que se presenta cuando el sujeto normativo está comprometido tanto con la realización de la conducta prescripta como con el resultado (aunque el resultado que busca relevar Nino no es necesariamente el mismo que interesa aquí); (ii) el *comportamiento finalista* que se presenta cuando no se realiza la conducta prescripta pero se pretenden alcanzar de todos modos los fines normativos (aquí el agente presupone que los fines sociales se obtienen solo con quererlos); (iii) el *comportamiento formalista* o ritualista en donde se observa la norma ignorando sus fines normativos (un ejemplo de ello sería el "...burócrata idiosincrático [que] suele adherir en forma ritualista a la norma sin ninguna consideración a los fines por los que ella fue dictada..."); y finalmente (iv) el *rechazo normativo* en el cual no se realiza la conducta prescripta y tampoco se aceptan los fines normativos (Nino 2005, 44-45). El enfoque de Nino, a diferencia del que se propone en aquí, no se centra en el comportamiento externo hacia las normas sino en una actitud hacia ellas (Nino 2005, 46).

En su trabajo Nino explica qué es la anomia, sus causas sociales y las consecuencias de su generalización también, al igual que en otros trabajos, el autor insiste en la necesidad de fortalecer la democracia deliberativa; sin embargo no dirige casi ninguna atención hacia los aspectos técnico-legislativos del fracaso normativo. En el punto 9 del Capítulo III se abordará la discusión sobre la importancia de la deliberación y se intentará complementar ese enfoque desde la perspectiva de la labor legislativa propiamente dicha.

Por supuesto que esta relación entre los distintos componentes de T1 y T2 dista de ser sencilla en diversos sentidos. Un análisis dirigido *únicamente* a los problemas de eficacia y efectividad debería abordar una cantidad de aspectos y problemas que aquí serán omitidos.

#### **4.2. Normas altamente eficaces pero no efectivas.**

Uno de los casos más frecuentes de fracaso de las soluciones institucionales para el desarrollo es el que se presenta cuando las normas tienen un alto grado de eficacia y sin embargo no conducen al resultado para el que han sido diseñadas, es decir, no son efectivas o son solo muy pobremente efectivas (se cumple T1 pero no T2).

A pesar de que el cumplimiento de T1 está presente en estos supuestos, es posible que las dificultades se presenten tanto en T1 como en T2. El primer grupo que se presentará es el que evidencia una falencia en T2.

##### *4.2.1. Normas eficaces pero no efectivas: problemas en la efectividad (T2)*

El más frecuente de estos problemas en T2 se presenta cuando existe (a) un **diseño institucional equivocado** (C1 no conduce a R1). Ejemplos de este tipo de problemas pueden ser desde los casos más obvios de falta de adecuación de medios a fines (normas arbitrarias o irrazonables) como casos más sutiles en los que luego de estudios o de un cierto recorrido en el tiempo, se comprueban inadecuados para resolver los problemas –o promover los incentivos– que se intentaban solucionar con el dictado la norma.

Dentro de los casos de normas que claramente no conducen al fin u objetivo social para el que han sido sancionadas propondré a modo de ejemplo un interesante caso de la jurisprudencia argentina. Se trata del caso “Arenzon” en donde se declaró la inconstitucionalidad de una norma que exigía a los aspirantes a matricularse en el Profesorado de Matemática y Astronomía tener una estatura superior a 1,60 metros. La Corte Suprema argentina sostuvo “...la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor –1,48 m.– no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemática y astronomía...” (CSJN, “Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno Nacional, Ministerio de Educación” 15/05/1984 - Fallos 306:400, Considerando 5 del voto de la mayoría)<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> De manera contundente también el voto particular de los jueces Belluscio y Petracchi rechazó la constitucionalidad de la norma sosteniendo que ese tipo de políticas “...rebajan las calidades humanas a la mensurabilidad física, establecen acriticamente una entrañable e incomprensible relación entre alzada y eficacia en el desempeño de la tarea docente, y empequeñecen la figura de los maestros al no advertir que



He mencionado anteriormente también como casos representativos de problemas de diseño institucional otros que son menos obvios y que requieren para la constatación de la deficiencia en el diseño de la norma o conjunto de normas de cierto tiempo y/o de estudios dirigidos específicamente a su evaluación. Un interesante caso en este sentido es el de los *microcréditos* que cuando a principios del Siglo XXI comenzó a difundirse como política de promoción del desarrollo y de combate de la pobreza fue recibida con mucho optimismo pero que, luego de diversos estudios de impacto, se reveló que sólo tienen un modesto potencial beneficioso pero no una capacidad transformadora sobre la reducción de la pobreza o la mejora sustancial de los niveles de vida así como tampoco mejoras en los indicadores sociales (Banerjee et al. 2015,13), incluso que los resultados del otorgamiento de microcréditos no necesariamente es positivo y puede ser negativo (Banerjee et al. 2015,1).

Pero también debemos considerar que aún normas bien diseñadas pueden fracasar por (b) la concurrencia de **factores externos a la norma** que la tornan inefectiva (v.gr. circunstancias económicas adversas producidas por una crisis internacional o una catástrofe natural).

#### *4.2.2. Normas eficaces pero no efectivas: el caso de las normas formalmente eficaces (problemas en T1).*

Como se adelantó, hay casos de normas eficaces pero con baja efectividad que presentan su principal problema en el primer tramo (el de la eficacia, T1). En este supuesto, el resultado de estos problemas en T1 se refleja en la no consecución de R1 o en la disminución del grado de obtención de R1. Se trata de lo que llamaremos normas *formalmente eficaces*: los S cumplen mayormente con C1 *pero además* realizan C2 (o C3, C4, etc.). Estas conductas alternativas deben competir con C1 (no en un sentido físico o literal pero sí respecto de sus “fines normativos” (Nino 2005, 44-45)), es decir, deben tender a neutralizar o a rechazar R1 (resultados inmediatos o mediatos de N1).

**Normas formalmente eficaces:** T1 [N1(C1)\_\_S(C1+C2+C3...)]

Un ejemplo de normas formalmente eficaces puede venir de la mano de los caudillos barriales del caso de los planes sociales: muchos de ellos actuaban conforme a N1 y realizaban C1 (por ejemplo, seleccionaban a familias sin ingresos y con hijos menores)

---

si éstos han de tener una vida fecunda les es forzoso ser, antes que altos, inteligentes y aptos en las técnicas de comunicación” (Considerando 11 del voto de los magistrados Belluscio y Petracchi).

pero además realizaban C2 (por ejemplo, pedían un “retorno” a esas familias del 20% de lo percibido mensualmente). Esta conducta alternativa podría haber producido el fracaso de R1 (v.gr. que los beneficiarios no lograran superar la llamada “trampa de la pobreza”) o una disminución en su efectividad y, con seguridad, una reducción de su eficiencia. La eficacia formal se presenta frecuentemente en el ámbito del derecho financiero e impositivo donde la multiplicidad de opciones de acción permite la generación de estrategias de elusión de alguna o algunas de las consecuencias de haber obrado conforme a N1.

El acatamiento de C1 junto con la realización de las conductas alternativas total o parcialmente contradictorias con los fines de C1 puede generar diversos resultados: a) que se alcance R1 aun cuando C2, C3 y C4 se superpongan de manera total o parcialmente contradictoria con C1 (aquí a pesar de todo se verifica la presencia de los dos tramos T1 y T2, por lo que no es realmente un caso de norma eficaz pero no efectiva); b) que R1 se alcance pero perdiendo algún grado de efectividad; c) que R1 se alcance pero con menor eficiencia o; d) que se frustre R1.

Por otra parte, las conductas alternativas total o parcialmente contradictorias con C1 pueden ser preexistentes a la sanción de N1 y en este caso el propósito inmediato de N1 podría ser el de eliminar esas conductas que conspiran contra R1; pero también esas conductas alternativas pueden ser endógenas a N1, es decir, N1 puede generar una serie de incentivos perversos para el S que realiza C1 y por ello realiza conjunta o sucesivamente con C1 otras acciones (C2, CN) como estrategia de elusión de alguna de sus consecuencias. Un caso real ocurrido en los EE.UU da cuenta de este segundo tipo de normas que generan incentivos perversos para la realización de conductas que contradicen los resultados esperados (R1) a pesar de la eficacia de N1: al final del siglo XVIII en algunos estados de EE.UU. la presencia de coyotes y otros animales salvajes se volvió un problema significativo para los granjeros y las autoridades. En Iowa, por ejemplo, se implementó una recompensa por la caza de coyotes. Ocurrió que se volvió más rentable entonces criar coyotes para obtener la recompensa que criar ovejas (Palmer 1897, 63 citado por Moreso 2016, 216). Como concluye Moreso al analizar el caso, claramente el objetivo de las autoridades no se consiguió, por el contrario, la existencia de la norma y la recompensa incrementó el número de coyotes en Iowa (Moreso 2016, 216-217)<sup>158</sup>. Sobre el final de esta primera parte del capítulo se abordará

---

<sup>158</sup> Advierto que el ejemplo tiene una complejidad que es necesario aclarar: La norma (N1) que generó el incentivo perverso de realizar una conducta alternativa (C2, criar coyotes) es una norma de la cual no se puede predicar eficacia porque no establecía una prohibición o una obligación sino (presumiblemente) un permiso y un incentivo para hacer uso del permiso. Se trata de un tipo particular de normas que serán

el tema de los *efectos* de las normas y allí se verá que cuando las conductas alternativas son endógenas a N1 pueden ser consideradas como efectos disfuncionales de N1.

Ambos supuestos (conductas preexistentes o conductas endógenas a la norma) permiten sostener la caracterización de N1 como una norma *formalmente eficaz*.

Finalmente puede enumerarse un caso más de normas eficaces pero no efectivas cuyo problema puede identificarse tanto en T1 como en T2. Se trata de las normas con alto nivel de eficacia (aquí sí en el sentido de que son acatadas en la mayoría de las ocasiones por la mayoría de los sujetos normativos destinatarios de ella) pero que no son acatadas por un subgrupo con relevancia significativa dentro de los destinatarios. Pensemos, por ejemplo, en una norma que prohíbe dar y recibir dádivas a los funcionarios públicos e imaginemos un país en el que el 99% de los funcionarios y ciudadanos cumple con esa norma pero el 1% encargado de las contrataciones más importantes no lo hace. Aquí es posible que algunos de los resultados sociales esperados por la norma se vean cumplidos pero que otros –tal vez muy importantes– no se puedan realizar por la *calidad* de los sujetos que incumplen N1. Este ejemplo permite divisar un posible nuevo elemento para sumar a los requerimientos de la eficacia: la necesidad de un análisis o consideración cuali-cuantitativa en el acatamiento de las normas.

#### **4.3. Normas no eficaces pero efectivas (efectividad impropia).**

Aunque infrecuente no es imposible pensar que los resultados sociales esperados sean obtenidos a través de conductas diferentes de las prescriptas por las normas, por la concurrencia de otras conductas (C2, C3, CN). Sin embargo, para poder hablar de efectividad impropia se debería poder afirmar que estas conductas alternativas que conducen a R1 *no se producirían* si N1 no existiera. Se trataría de un efecto funcional de N1 en el que paradójicamente N1 es incumplida.

Así, por ejemplo, la norma que obliga a frenar completamente el automotor en las señales de “stop” o “alto” o “pare” es generalmente incumplida por los conductores

---

analizadas más adelante en donde el “uso” del permiso o potestad no es indiferente para el legislador. En este caso la norma que perdió eficacia tal vez no haya sido N1 (está permitido cazar coyotes y se entregará una recompensa por ello) sino otra u otras, posiblemente más genéricas (v.gr. “está prohibido criar en ámbitos domésticos animales peligrosos” o “está prohibido realizar actividades que pongan en peligro la salud o la propiedad de terceros”).

latinoamericanos. La obligación de detener el coche<sup>159</sup> se reemplaza, en el mejor de los casos, por una disminución de la velocidad y una mirada rápida hacia la bocacalle o simplemente por esta última acción. Sin embargo, a pesar de la ineficacia de la norma, su finalidad (podríamos asumir razonablemente que es evitar colisiones con otros vehículos), en términos generales, se cumple por la presencia de las otras conductas descritas (disminuir la velocidad y mirar). Si el cartel de “pare” (N1) no existiera, los conductores no disminuirían la velocidad ni mirarían sino que simplemente se guiarían por la prioridad de paso en las bocacalles.

Algo similar ocurre con las normas sobre velocidad máxima en las autopistas: en España ha resultado en una disminución de accidentes la disposición que reduce el máximo de circulación en las autopistas; sin embargo, ese límite (de 120 km) es generalmente incumplido por los conductores (la media de circulación es de 130 km por hora), no obstante la baja eficacia de la norma, se han reducido efectivamente los promedios de velocidad si se los compara con la etapa previa a la sanción de la nueva norma que impone el máximo de 120 Km. por hora.

**Efectividad Impropia:** T1 [N1(C1)\_\_\_S(C2)] T2 [C2\_\_\_R1)

La efectividad impropia de las normas no es ideal y tiene riesgos ciertos. En primer lugar, puede resultar relevante el hecho de que la conducta prescrita por N1 sea C1 y no C2 para alcanzar R1 pues podría asumirse *a priori* que si el legislador optó por la conducta C1 y no C2 para la resolución del problema P esas conductas no son intercambiables sin coste (por ejemplo, sin disminución de la eficiencia), o que la elección efectuada resulta necesaria para otras cuestiones como podrían ser, mantener la coherencia del sistema jurídico, o incluso, para algún tipo de objetivo simbólico o expresivo del derecho. Por ejemplo, la norma que obliga a que sean las mujeres las que cobren los planes de ayuda social tiene ciertamente un objetivo de eficiencia (se ha comprobado que la distribución intrafamiliar de los recursos es más eficiente si la realizan las mujeres (Banco Mundial 2012, 5)), pero además la elección de las mujeres tiene un propósito simbólico de empoderamiento de las mujeres y de mejora general de la igualdad de género (Banco Mundial 2012, 5). Así, si se sustituyese al beneficiario por

---

<sup>159</sup> Las legislaciones nacionales consultadas son contestes en exigir la detención total del vehículo (Argentina, Chile, Colombia, República Dominicana, México, Guatemala, Honduras, El Salvador y Bolivia). Estos reglamentos de tránsito son además consistentes con la Convención de Viena sobre la Señalización Vial (1968) que en su art. 10.3. dispone “La señal B.2 “Alto” se empleará para indicar que, en la encrucijada donde está colocada, los conductores deben detenerse antes de internarse en ella y ceder el paso a los vehículos que circulen por la vía a la que se aproximen....”



## 5. LAS NORMAS PERMISIVAS Y LAS NORMAS QUE OTORGAN POTESTADES: IMPORTANCIA EN EL ESQUEMA DE INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO.

### 5.1. Las anti-directivas y la alternativa del “uso” de las opciones preferidas.

El esquema de T1+T2 se enfrenta a un problema significativo a la hora de valorar las normas que serán llamadas *anti-directivas* (Shapiro 2011, 146). En el grupo de las anti-directivas se incluirán las normas que confieren permisos, poderes, potestades y normas que otorgan cierto tipo de derechos en los que los sujetos tienen la opción de ejercer el derecho o no (v.gr. normas que garantizan la libertad de expresión o de sufragio cuando éste no es obligatorio<sup>161</sup>). La referencia general a normas *anti-directivas* engloba entonces a las normas que no tienen como propósito dirigir a los sujetos normativos a hacer o no hacer algo, sino que por el contrario, a través de ella se hará saber a los sujetos normativos que no se les requiere hacer o abstenerse de hacer una acción (Shapiro 2011, 146).

Estas anti-directivas requieren, para tener algún sentido práctico, de la existencia de normas prescriptivas tal como lo han señalado Alchourron y Bulygin (1991, 236). En lo que aquí interesa, las normas prescriptivas relevantes para otorgar sentido a las anti-directivas pueden ser identificadas del siguiente modo: (a) en términos generales una obligación *erga omnes* de no interferir ilegítimamente en el permiso conferido para hacer o no hacer algo (existe una obligación genérica de no interferir ilegítimamente en la libertad de celebrar un contrato de arrendamiento a quien esté en condiciones de hacerlo); (b) una vez hecho uso del permiso, surgirán para el sujeto que lo utilizó una serie de obligaciones, prohibiciones y probablemente también nuevos permisos (quien celebra un contrato de arrendamiento, por ejemplo, tendrá obligaciones, prohibiciones y posiblemente nuevos permisos relativos a la posesión del bien arrendado); (c) también luego de hacer uso del permiso surgirán para los terceros, ahora de manera más específica, nuevas obligaciones, prohibiciones y tal vez nuevos permisos que nacen de la nueva situación jurídica (los terceros no vinculados contractualmente al arrendamiento tienen la obligación de respetar la posesión de la que se ha hecho el contratante y, por ejemplo, la empresa que presta servicio de gas a la finca tendrá un permiso para celebrar un nuevo contrato con el nuevo poseedor) (d) finalmente los jueces y/o las autoridades administrativas encargadas de aplicar la ley que otorga el permiso, competencia, etc. tienen *la obligación* de garantizar que se pueda hacer uso del derecho, potestad, permiso, etc. siempre que estén dadas las condiciones y cuando

---

<sup>161</sup> Casos no incluidos en este tipo de normas serían, por ejemplo, las que garantizan el derecho a la vida o a la dignidad.

se presenten incumplimientos de las obligaciones o prohibiciones en los casos a) b) o c) anteriores. La diferenciación y enumeración anterior es necesaria pues suele confundirse el análisis de las normas que confieren permisos o potestades con algunas de las consecuencias que el uso (o no uso) de esa norma genera.

La imposibilidad de predicar eficacia acerca de normas que confieren potestades y otorgan permisos ha sido señalada en la mayoría de las discusiones y trabajos sobre este tema y no son demasiados los cuestionamientos sobre esta afirmación. En efecto, al no regular conducta alguna se ven satisfechas con cualquier proceder y no son susceptibles de violación (Vernengo 1983, 278).

Si bien la eficacia no parece ser una alternativa a aplicar para valorar el éxito de una medida permisiva, existe sí la posibilidad de medir el “uso” de una alternativa con relación a la otra.

Cuando se diseñan normas permisivas o que confieren potestades o derechos que intentan promover medidas de desarrollo, la elección que realice el sujeto normativo suele ser relevante con relación al objetivo de la política pública (R1). Parece razonable pensar que en los casos de políticas públicas para el desarrollo los legisladores tienen una preferencia para que se use o no se use una de las opciones disponibles. Es factible asumir que si se lanza un plan de titulación de tierras y enrolarse en ese plan es optativo, el legislador preferirá que se haga uso de la opción de la titulación; lo mismo es presumible respecto de los planes sociales, el legislador podría preferir que las personas sin recursos se inscriban en los planes sociales en lugar de recibir ayuda de la caridad (por ejemplo para poder mejorar los índices de escolaridad, o de vacunación o simplemente para combatir la pobreza de una manera que se considera eficiente).

Esta no-neutralidad del legislador en cuanto a la opción que puede escoger el sujeto normativo se visibiliza frecuentemente en el establecimiento de incentivos o, por el contrario, obstáculos o cargas que se establecen con relación a una u otra opción (piénsese, por ejemplo, en las ventajas que se conceden al empleador que contrata a personas con capacidades especiales o, por el contrario, las cargas y obstáculos que se suelen poner para llevar adelante una interrupción del embarazo en los países donde es legal, o las desventajas que por lo general impone la ley a quien pretenda crear una “sociedad de hecho” en lugar de constituir algún tipo más sofisticado de sociedad mercantil). Muchas veces, sin embargo, tales estímulos y obstáculos no se establecen y aún así es posible asumir que el legislador prefiere X a Y (como en los ejemplos de los planes sociales o de titulación de tierras).

Sin embargo, fuera del ámbito de las medidas de desarrollo en donde es difícil encontrar normas permisivas cuyas alternativas resulten neutrales para el legislador, los sistemas jurídicos están compuestos primordialmente de anti-directivas en las cuales esta “opción preferencial” del legislador no es expresa ni se puede especular con que exista (v.gr. es indiferente que se realice un testamento o se produzca una sucesión *ab intestato*; es indiferente que una garantía se otorgue a través una caución o un pagaré; o que el ejercicio de la libertad de expresión se realice por medios escritos o por la radio, etc.). En estos casos los fines de la norma (R1) se cumplen correctamente mediante el uso de cualquiera de las alternativas aceptadas por la norma o se presume que existirá una auto-regulación del uso de una u otra alternativa.

Por lo tanto, si bien parece difícilmente discutible la imposibilidad de predicar eficacia o ineficacia de las normas permisivas, con el propósito de evaluar el acierto de una política pública es posible medir el *uso* de una opción sobre la otra u otras.

También se sostendrá que aún cuando no se utilice una de las opciones que permite la norma ésta no se vuelve *ineficaz*. El legislador podrá haber hecho una mala elección sobre una de las opciones ofrecidas por la norma, o podrá haber caído en desuso una de las opciones, o ser circunstancialmente preferido por los sujetos normativos adoptar otro camino, pero ello no puede tornar a la norma ineficaz sino simplemente no-utilizada<sup>162</sup>.

## **5.2. Consideraciones sobre la relevancia de las anti-directivas en los esquemas institucionalistas del desarrollo.**

Es posible que esta subsección se desvíe un poco del hilo argumentativo trazado en este capítulo, sin embargo, creo que es una oportunidad propicia para introducir un nuevo diálogo con los pensadores del desarrollo, esta vez acerca de la importancia de las anti-directivas para sus esquemas.

Tanto el NIE como el Desarrollo Humano tienen (o deberían tener) especial interés en estudio de la dinámica de las normas que establecen permisos, confieren poderes o potestades, o en términos más generales son anti-directivas. En definitiva, algunas de las principales libertades instrumentales mencionadas por Sen serán producto de la existencia de normas que confieren permisos entendidos estos de manera amplia (libertades políticas y libertad de expresión, libertades económicas, etc.) y del mismo

---

<sup>162</sup> Es desdichado el ejemplo de Navarro al señalar como una institución ineficaz la norma que permite la constitución de enfiteusis en Argentina pues al tratarse de un tipo de contrato, su no uso no torna a la norma ineficaz (creo que es un mal ejemplo y no considero que por el contexto general de su obra, el autor pueda compartir que pueda predicarse eficacia de las normas permisivas) (Navarro 1999, 75)



modo la ampliación de las capacidades tal y como es planteada por Sen sería impensable en un mundo donde sólo rigieran obligaciones y prohibiciones. Como se ha señalado con anterioridad la aproximación de Sen al concepto de instituciones es bastante rudimentario y no hay en su trabajo profundización sobre qué tipo de normas resultan relevantes para su esquema aunque sí hay una diferenciación entre las instituciones prescriptivas y permisivas en cuanto a los roles que unas y otras cumplirían en el modelo de libertades instrumentales, las libertades constitutivas, las realizaciones, etc.

Por el contrario, en el trabajo de North hay una aproximación bastante más detallada al concepto de instituciones y un olvido llamativo en esta aproximación conceptual a las instituciones que conceden permisos o que son anti-directivas. Esta omisión resulta sorprendente ya que la importancia que debería atribuirle el NIE a estas normas debería ubicarse en la primera línea: con excepción del acento que esta teoría pone en los mecanismos para ejecutar los contratos, las normas que parecieran resultar esenciales en el esquema de “incentivos-inversión-innovación-reinversión” son aquellas que aquí se entienden como anti-directivas (complementadas, claro está, por normas prescriptivas sin las cuales las primeras no tendrían sentido práctico alguno). Sin embargo, North define insistente y exclusivamente a las instituciones como “constreñimientos u obligaciones creados por los humanos que le dan forma a la interacción humana” (North 1995) o como “creaciones humanas *restrictivas* que estructuran las interacciones políticas, sociales y económicas” (North 1991) olvidando toda referencia a los incentivos que provienen de las normas que son anti-directivas<sup>163</sup>.

Puede entenderse junto con Shapiro que las normas que imponen deberes, limitan nuestra libertad negativa, el objetivo de éstas es imponer constreñimientos a nuestras acciones. Por el contrario, tanto las normas que confieren poderes como aquellas que otorgan permisos, están designadas para incrementar nuestra libertad positiva. Ellas existen para proveernos la posibilidad de perseguir fines que valoramos (Shapiro 2011, 60). En el mismo sentido, Hart sostiene respecto de las normas que confieren potestades, que estas acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos y son uno de los grandes aportes del derecho a la vida social y esta relevancia

---

<sup>163</sup> Una crítica a North desde diferente perspectiva pero también relativa a la consideración de las instituciones como exclusivamente restrictivas ha sido formulada por Ha-Joon Chang y Peter Evans quienes proponen considerar a las instituciones como instrumentos “facilitadores”, más que restrictivos. Sin embargo, estos autores siguen pensando en normas prescriptivas aunque encuentren en ellas un carácter facilitador. Por ejemplo, explican Chang y Evans que “...las sociedades mercantiles...pueden dedicarse a la innovación más agresivamente porque existen derechos de propiedad intelectual que eliminan el temor de que otros agentes en el mercado copien sus ideas y usurpen las ganancias que les corresponden a los innovadores” (Ha-Joon Chang y Peter Evans 2007, 223).

queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas (Hart 1961, 34). Las anti-directivas son esenciales para proveer los incentivos necesarios para la actividad económica ¿De dónde provienen los “incentivos” sino de la posibilidad de *incrementar libertades positivas para perseguir los fines que valoramos o realizar nuestros deseos?*

Las normas que rigen los contratos (típicamente anti-directivas) ocupan un lugar central en los ordenamientos jurídicos de las economías con mercados libres o no dirigidas centralmente desde el Estado. Las normas sobre contratos son unas de las principales instituciones formales necesarias para la producción, para la inversión, para el intercambio de bienes y servicios, para la contratación de personas para el trabajo, sólo por mencionar algunos ejemplos de una lista ciertamente inabarcable. Algo similar sucede con el derecho de propiedad entendido éste no como el derecho a poseer ciertos bienes tangibles o intangibles sino como la consagración del *derecho a realizar ciertas acciones* (Coase 1959).

Más allá de la obvia importancia de las normas específicas sobre contratos y propiedad, algunos ejemplos adicionales de la importancia de las anti-directivas podrían ser los siguientes: (i) la existencia de normas dispositivas (a las que considero también anti-directivas) que con el diseño adecuado redunden en la reducción de costes de transacción y así en la generación de incentivos<sup>164</sup>; (ii) las formas y condiciones que las normas establezcan para poder llevar adelante válidamente las potestades y algunos permisos consagrados por las normas (a las que Shapiro denomina instrucciones de uso de las anti-directivas, Shapiro 2011, 67; 228) serán determinantes para aumentar o disminuir los costes de transacción y generar o diluir incentivos; (iv) la rigidez o flexibilidad para reconvertir o transformar situaciones jurídicas creadas a través del uso de normas que confieren poderes también puede ser un elemento importante para la generación de incentivos; (v) finalmente, en esta breve e incompleta lista de ejemplos, parece importante introducir el diferente conjunto de incentivos que pueden generar que las normas que confieren poderes, potestades o derechos estén pensadas para ser potencialmente utilizadas por amplios sectores de la población o solamente por las elites (sea porque sus “instrucciones de uso” son complejas o por que sus costes de utilización son altos).

Es innegable que las anti-directivas antes y luego de ser utilizadas generan un nuevo

---

<sup>164</sup> Entiendo por normas dispositivas a aquellas que permiten que otra norma o una parte de ellas mismas puedan ser dejadas de lado por las partes: (N1) los mutuos civiles se presumen gratuitos pero (N2) las partes podrán pactar intereses en los mutuos civiles que no superen a los admitidos en el ámbito mercantil. Este tipo de normas son esenciales en el derecho de los contratos.

conjunto de obligaciones y prohibiciones para los propios usuarios de la norma y para terceros (descriptas en el punto anterior con el ejemplo del contrato de arrendamiento), y es innegable también que el mayor o menor uso que se haga de las opciones de permisos o poderes dependerá de manera bastante estrecha de la medida en que se cumplan las obligaciones y las prohibiciones que existen antes y después de la utilización de la norma que confiere el permiso. En todo caso, las normas que confieren permisos son tan importantes para generar incentivos como aquellas que establecen restricciones o mandatos y se refieren directa o indirectamente a ellas. Las unas requieren de las otras para tener sentido, pero sin anti-directivas las reglas prescriptivas tendrían muy poca incidencia en la generación de incentivos.

#### 6. LA EFICIENCIA DE LAS MEDIDAS DE DESARROLLO ADOPTADAS A TRAVÉS DE SOLUCIONES INSTITUCIONALES.

En este caso el tratamiento del tema tiene el objetivo inverso al anterior: no ya proponer formas de pensar los problemas de las instituciones para el desarrollo desde una perspectiva jurídica sino, al contrario, introducir algunos conceptos sobre los cuales los juristas también deberíamos comenzar a pensar<sup>165</sup>.

El modelo escogido para considerar la eficiencia es el de la evaluación de la relación coste-efectividad. El análisis de coste-efectividad consiste en calcular la ratio de la “cantidad” de efecto –en el lenguaje utilizado aquí “el grado de R1”– que un programa ha conseguido por cada X cantidad invertida o, a la inversa, el costo requerido para alcanzar determinado impacto (Dhaliwal et al 2011, 5). Hay un modelo emparentado con el de coste-efectividad que es conocido como evaluación de coste-beneficio. La diferencia principal entre uno y otro es que en modelo de coste-beneficio ambos elementos son reducibles a un mismo patrón, generalmente monetario. A diferencia de ese modelo, la idea detrás de la eficiencia como de coste-efectividad es mantener el patrón monetario únicamente en los costes y asignar a la efectividad un objetivo de política pública (por ejemplo, prevención de la diarrea infantil). La adopción del modelo coste-efectividad parece más adecuada a los enfoques actuales del desarrollo en los que los objetivos se vinculan principalmente con la expansión de las capacidades humanas o la consecución de avances en el bienestar humano (como los enunciados en los ODM). Casi con seguridad la afirmación anterior recibiría una objeción desde la perspectiva del análisis económico del derecho pues desde ese enfoque es aceptable

---

<sup>165</sup> Evidentemente la eficiencia es un tema central en el análisis económico del derecho, sin embargo, fuera de ese ámbito no es algo que preocupe a los juristas ni en sus aspectos teóricos ni en su realización.

asignar un valor monetario a los resultados que se intentan conseguir. Por ejemplo, el costo marginal de prevenir un caso de diarrea debe ser menor o igual al costo marginal de curarlo (para ello es necesario asignar a la reducción de la diarrea un valor económico X a lo que se adicionará el gasto que podría generar el evento).

La evaluación coste-efectividad daría respuesta a preguntas como estas: ¿cuál es la forma de prevención por la que más casos de diarrea infantil se evitan por cada U\$S 1000 invertidos?, o ¿cuál la política pública que mayor cantidad de años de escolarización primaria adicional consigue cada U\$S 1000 invertidos?

En una comparación de la prevención de la diarrea infantil por cada U\$S 1000 invertidos en Kenia y Pakistán se determinó que la mayor eficiencia se alcanzaba con la presencia de dispensadores gratuitos de cloro en las fuentes de agua pues con esta medida se evitaron 494 casos (mientras que la entrega de cloro en los hogares logró evitar 333 casos, la cobertura de la fuente de agua previno 305 casos y las campañas para promover la higiene de las manos con entrega de jabón sólo 68 casos) (Dhaliwal et al 2011, 35).

Muchas veces los problemas de eficiencia (coste-efectividad) son problemas de diseño institucional. Se escoge un modelo de solución del problema que es más costoso o que tiene una menor efectividad al mismo costo (se previenen menos casos de diarrea o se obtienen menos años de escolarización). Sin embargo, si asumimos que la norma está diseñada correctamente –es eficiente en el sentido coste-efectividad–, entonces, como se expuso al presentar las posibles relaciones entre eficacia y efectividad, los problemas de la eficacia de las normas pueden perjudicar la eficiencia, bien aumentando los costes, bien disminuyendo la efectividad o afectando negativamente a ambas.

Una de las ventajas de la evaluación de coste-efectividad a través de los ECA es que la respuesta obtenida ya evalúa la eficacia de la norma (v.gr. el cumplimiento de la obligación de enviar los hijos a la escuela primaria) o el “uso” de la opción preferida por el legislador cuando se trata de una norma permisiva (v.gr. el “uso del cloro” en lugar de la opción “no uso del cloro”). Se volverá sobre este tema en el Capítulo III.

## 7. EFECTOS FUNCIONALES Y DISFUNCIONALES DE LAS NORMAS Y SU VINCULACIÓN CON LA EFECTIVIDAD.

En el capítulo anterior se había señalado como una crítica al NIE que la visión de las instituciones que proponía Douglass North dejaba de lado prácticamente la posibilidad de asignarles a éstas algún efecto *constitutivo*. Las instituciones, según la visión de

North y otros institucionalistas, son producto de las percepciones (que se componen por las creencias –racionales e irracionales– y las preferencias de los individuos)<sup>166</sup>. Las percepciones pueden ser entendidas como aquello que los actores perciben que serán las consecuencias de sus acciones. El sistema de creencias por lo tanto, es la representación interna y las instituciones la manifestación externa de esa representación. A su vez, las creencias están fuertemente limitadas por el pasado, la historia o el camino recorrido: el conocimiento acumulado de una sociedad representado en lenguaje, memoria y sistemas de almacenamiento de símbolos que incluyen creencias, mitos y formas de hacer las cosas que conforman la cultura de una sociedad (North 2005, viii). De este modo, las instituciones que pueden surgir son aquellas que permiten las creencias y percepciones, las que a su vez están limitadas – como conjunto de opciones– por la experiencia histórica del pasado (North 2005). La explicación es entonces prácticamente en un solo sentido: son las percepciones (formadas por las creencias y preferencias) las que permiten la aparición de ciertas instituciones pero solo indirectamente o de manera no-autónoma se atribuye a las instituciones algún poder para cambiar el sistema de percepciones o romper con el menú de opciones que nos llega del pasado (sobre este proceso nos detendremos con detalle en el la tercera parte de este capítulo).

Sin negar que las instituciones posibles están limitadas por una cantidad de circunstancias de *tiempo y lugar*, la posición que aquí se asume es que las instituciones (en este caso las instituciones formales) tienen mucha más capacidad para *constituir* situaciones novedosas que lo que el NIE parece estar dispuesto a aceptar. En este sentido, se comparte el enfoque propuesto por Peter Evans y Ha-Joon Chang en el sentido de entender a las instituciones formales como *constitutivas* de los intereses, de las preferencias y de las visiones del mundo de los actores económicos (Chang y Evans 2007, 219, 222). También Sen parece compartir esta visión:

...nuestro comportamiento depende no sólo de nuestros valores y predisposiciones, sino también de los hechos relativos a la presencia o ausencia de instituciones relevantes y a los incentivos –de prudencia o morales– que ellas generan (Sen 2004, 43).

El primer acercamiento que se propondrá para respaldar esta visión que atribuye a las instituciones formales un poder constitutivo es el de la consideración de los *efectos* de este tipo de instituciones. Sin embargo, la capacidad constitutiva de las instituciones formales no se agota en ellos.

---

<sup>166</sup> Para una crítica más completa al institucionalismo en este sentido ver Chang y Evans 2007.

Para el análisis que sigue se tomarán algunos instrumentos y conceptos utilizados en el análisis funcional del derecho y de la sociología, pero de ningún modo se pretende realizar un análisis funcional en toda su extensión. Las herramientas que se toman prestadas del análisis funcional son simplemente instrumentales para arribar a las explicaciones adicionales sobre efectividad e ineffectividad de las leyes y su capacidad constitutiva.

Asumamos por un momento que N1 es eficaz y efectiva y se obtiene, por lo tanto, R1. Esta cadena de relaciones exitosas no significa que la conducta C1 y el resultado R1 vayan a ser los únicos *efectos* de la norma una vez que ha entrado en vigor. Lo mismo podría predicarse de una norma que resulta ineficaz pero efectiva (efectividad impropia), eficaz pero ineffectiva, formalmente eficaz (efectiva o ineffectiva) o ineficaz e ineffectiva: todas estas combinaciones pueden producir igualmente otros efectos. La presencia de efectos, por lo tanto, no debe confundirse con la efectividad de la norma. Respecto del último par de combinaciones (ineficaz-ineffectiva) probablemente existan ciertos casos de normas completamente ineficaces o no operativas, de las cuales resulte difícil hallar un efecto<sup>167</sup>.

Los efectos pueden presentarse en diversos planos. Algunos de ellos podrían ser: (a) *modificaciones en estados de cosas* que se generan con la mera eficacia y/o efectividad de las normas<sup>168</sup>; (b) aparición/modificación de *creencias* que pueden ser racionales o irracionales (c) aparición/modificación de *conductas y actitudes* (Raz 1985, 212) ; (d) aparición/modificación de *disposiciones emocionales* como *sentimientos, opiniones y valores*<sup>169</sup> (Raz 1985, 212).

---

<sup>167</sup> Podemos retomar el caso del art. 118 de la Constitución Nacional Argentina y el establecimiento de juicio por jurados: es muy difícil entender que esta norma haya tenido *efectos* excepto en el ámbito académico en donde se han escrito numerosas páginas sobre el tema.

<sup>168</sup> En un estudio sobre el impacto de los planes de transferencias condicionadas en México se encontró una disminución del ausentismo laboral entre los adultos de los hogares beneficiarios además de alcanzarse los resultados sociales esperados (v.gr. vacunación, asistencia escolar, disminución de los problemas de alimentación, etc.) (ver Duflo 2004, 345). Esta consecuencia objetiva, que no había sido *prima facie* prevista por el legislador, sirve como ejemplo de la modificación en un *estado de cosas* (diferenciable de los otros planos como las creencias, actitudes, o disposiciones emocionales).

<sup>169</sup> Es Joseph Raz quien enumera dentro de las funciones sociales indirectas del derecho además de los efectos traducidos en prácticas o actitudes, también aquellos vinculados con disposiciones emocionales o valores (Raz 1985). Este aporte es valioso para el análisis que aquí se realiza, sin embargo, el enfoque general de Raz sobre las funciones sociales del derecho es diferente del que se presenta en este tramo de la investigación. En primer lugar, este autor hace referencia a las "funciones" en un sentido que, en el análisis aquí propuesto, se asemeja al de propósitos. Así según Raz, las funciones directas del derecho "...son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho" (Raz 1985, 212). Por su parte, las funciones indirectas son explicadas como "...aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento" que "no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación" (Raz 1985, 212). Hasta aquí pareciera que la definición de funciones indirectas podría coincidir con la aproximación al concepto de funciones realizado más arriba, sin embargo, según Raz estas son procuradas *ab initio* y son, de algún modo, calculables pues estas funciones indirectas "...son aquellos resultados que las disposiciones

Para que un efecto tenga relevancia o poder constitutivo se requiere algún grado de presencia regular en el tiempo y debe ser estadísticamente significativa entre la sub-clase de la población relevante, es decir, no debe tratarse de una mera aparición casual, circunstancial o sin permanencia en el tiempo. Como se verá más adelante, los efectos, además, pueden ser funcionales y disfuncionales respecto del propósito de las normas.

El aporte del análisis funcional que aquí interesa es principalmente la distinción entre *efectos* y *propósitos* (también llamados fines u objetivos) de las normas. Los propósitos pueden ser identificados con R1. Por el contrario, los efectos son una “consecuencia objetiva observable” que no se vincula con “disposiciones subjetivas” como podrían ser los propósitos, motivos o finalidades (Merton 1992, 97). Para conocer los propósitos necesariamente hay que indagar en una dimensión *intencional* o *intentar una reconstrucción racional de los propósitos de la norma* (lo que no implica necesariamente indagar en la voluntad del legislador como la reconstrucción intencional requeriría), en cambio, los efectos son consecuencias observables no vinculadas a la motivación de los participantes o a la reconstrucción racional de los propósitos o fines de la norma.

Los efectos, a su vez, pueden ser funcionales o disfuncionales. En la explicación que se propone se considerará que tanto los efectos funcionales como los disfuncionales comparten *la característica* de ser en principio y originariamente “opacos a los participantes” (Papayannis 2014, 364-365)<sup>170</sup>. Se entenderá que los “participantes” en el

---

jurídicas tienen la intención de alcanzar sean o no efectivamente logrados” (Raz 1985, 212). En definitiva, el equiparar las funciones a los propósitos (que en el caso de las funciones directas serían más inmediatos y en el de las funciones indirectas más mediatos) aleja el análisis realizado por Raz del que aquí se ha propuesto pero no impide que se consideren como “efectos” algunos de los que él identifica.

<sup>170</sup> Creo, al igual que Papayannis (2014, 264,265), que existen ejemplos que permiten ubicar a la opacidad originaria de las funciones –o de los efectos en general– dentro de las características generalmente presentes pero no como una de las condiciones de su existencia. Imaginemos que en determinado país los propietarios tienen un estatus impositivo diferente de aquellos que no poseen inmuebles, por lo que los beneficiarios de los planes de titulación de tierras mutarán en su condición tributaria por ser ahora propietarios; sin embargo, esto que es obvio y no pudo haber pasado desapercibido al legislador ni a los postulantes para conseguir los títulos no es *un propósito de la norma* sino una consecuencia observable de la eficacia de ésta (ni los legisladores sancionaron la norma para conseguir que X cantidad de personas cambiaran de estatus impositivo, ni los que se enrolaron en el programa lo hicieron con la intención de cambiar de categoría impositiva). Otro ejemplo, desde otra perspectiva, podría ser el siguiente: una familia opta por inscribirse en el programa de titulación de tierras y lo hace por distintos motivos (para poder sacar un crédito, para tener una propiedad a su nombre, para dejarle algo a sus hijos al morir) pero se trata de un matrimonio muy perspicaz que logra adelantar lo que luego será descubierto por los investigadores y se da cuenta de que si tienen una propiedad no tendrán que tener tantos hijos para que los mantengan en la vejez; y que, además, si tienen menos hijos podrán darles a éstos una mejor educación y así asegurar su bienestar para la vejez con mejores expectativas. En este caso lo que luego sería descubierto como *función* es para esta familia desde el inicio una motivación.

Sin embargo, es importante mantener la diferenciación y continuar apelando a la opacidad originaria por diversos motivos: (a) para que una función sea tal cosa *debe* efectivamente presentarse como una consecuencia observable, y podría ocurrir que, la motivación de la familia del segundo ejemplo para inscribirse luego no se concretara en un resultado objetivo (como explica Merton “La disposición subjetiva puede coincidir con la consecuencia objetiva, pero también puede no coincidir” (Merton 1992, 98)); (b) para

contexto de la condición anterior, son tanto los sujetos normativos, como las autoridades normativas y las de aplicación. Sin embargo, nada obsta que tanto los efectos funcionales como los disfuncionales se hagan, con el tiempo, visibles, conocidos y hasta procurados.

La diferencia entre los efectos funcionales y disfuncionales radica en que los *efectos funcionales* serán por definición *beneficiosos*. Robert Merton define a las consecuencias funcionales como aquellas consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado (Merton 1992, 127). En el modelo de explicación que aquí se propone, –interesado principalmente en la efectividad normativa– ese beneficio se presenta cuando la consecuencia o efecto genera una contribución directa o indirecta a la *efectividad en sentido propio* de la norma (o a la efectividad del sistema de normas que ésta integra), es decir, al cumplimiento de R1 a través de las conductas señaladas por la norma. Sin embargo, un efecto funcional no se confunde con la efectividad en sentido propio (T1+T2) sino que supone solamente una contribución a ese proceso<sup>171</sup>.

Los efectos o consecuencias *disfuncionales* son definidos por Merton como las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste de un sistema (Merton 1992, 127). En el contexto de la descripción que aquí se realiza se hará referencia a los efectos *disfuncionales* de una norma cuando las consecuencias observables de su implementación compitan con la finalidad de la(s) norma(s) (tiendan a contradecir o a neutralizar a R1) o conspiren contra la eficacia en alguno de los sentidos descritos anteriormente (ineficacia, eficacia formal, etc.).

La asignación de carácter funcional o disfuncional a un efecto requiere, por lo menos, de los siguientes pasos metodológicos: primero una actividad interpretativa relativa a la conducta indicada por la norma (C1), luego una actividad de identificación de los fines inmediatos o mediatos de la norma o del sistema en el cual esta se encuentra (identificación de R1)<sup>172</sup>, posteriormente una actividad de observación-descripción de la

---

poder referirnos a una *función* es menester algo más que la presencia casual o circunstancial de una consecuencia objetiva observable. Se requiere algún grado de presencia regular, difundida o sistemática de ella por lo que, aun cuando la predicción de la familia hubiese sido acertada (es decir, efectivamente hubiesen tenido menos hijos y conseguido una mejor educación para ellos), la intención de enrolarse en el plan por esta razón no transformaría a este acierto en una función si no se hubiese presentado el fenómeno de la reducción de hijos y mejor educación de una manera más regular y estadísticamente relevante.

<sup>171</sup> Dado que la atribución de contenido a los objetivos o propósitos de las leyes (R1) depende entre otras circunstancias de la actividad interpretativa, nada obstaría a que un interprete, con el tiempo, pudiera otorgarle a lo que en principio fue un efecto funcional la calidad de *propósito* de la norma, pero ello no autoriza a confundir *ab initio* las funciones con los propósitos de las normas.

<sup>172</sup> Como se dijo anteriormente la identificación los *resultados esperados* (R1) suele ser compleja y requerir una combinación de actividades ya que a veces ellos son explicitados por el legislador, pero en general esa explicitación no es completa con lo que debe completarse a través de la interpretación; otras veces es resultado únicamente de un proceso de interpretación (por ejemplo cuando el legislador no expone cuáles



consecuencia observable y finalmente una actividad evaluativa o de apreciación, relativa a los beneficios de esta consecuencia observable respecto del fin de la norma (R1) y/o respecto de la conducta (C1) o, por el contrario, las competencias o contradicciones percibidas.

Las frecuentes confusiones entre propósitos (o fines de la norma en este caso) y funciones ha llevado a los autores a proponer categorías distintivas dentro de las funciones. Merton (1992), por ejemplo, a través de la diferenciación entre funciones *latentes* y *manifiestas*, distingue entre las consecuencias o efectos que permanecen invisibles a los participantes (“efectos no buscados ni reconocidos” (Merton 1992)) de aquellos que, al tiempo, hacen visibles y son procurados.

Aquí se presentan algunos ejemplos vinculados a los casos propuestos al inicio del capítulo: al diseñarse los proyectos de titulación de tierras difícilmente se haya atribuido a las normas que lo integraban el propósito de *reducir la cantidad de hijos* de los beneficiarios o *duplicar la tasa de escolarización secundaria*. Estos fueron efectos o consecuencias observables que pueden ser consideradas *funcionales*. Probablemente hasta que fue revelado por los investigadores, ni los beneficiarios ni los legisladores conocían ese efecto. Hasta ese momento la función era meramente *latente*. Pero a partir del hallazgo algunas familias pudieron decidir inscribirse para participar en los programas *conociendo* el efecto e incluso contándolo entre los objetivos a conseguir en caso de ser elegidos. En este caso la función ya será *manifiesta*. Pero podríamos ir más allá e imaginar que, luego de la revelación de los investigadores, los legisladores de zonas de alta deserción escolar en la etapa de educación secundaria hubiesen promovido la sanción de leyes para la titulación *con el finalidad de* combatir ese problema educativo, y en esta instancia, la otrora función se habrá convertido en un *propósito*.

Además de los efectos funcionales y disfuncionales tal como han sido descriptos anteriormente, pueden presentarse otras situaciones que no son, por el momento, de mayor interés pero que conviene de todos modos tener presentes. Algunas de estas situaciones pueden ser: (a) efectos neutrales (afuncionales); (b) efectos funcionales para con la norma de la cual son endógenos pero que entran en competencia o contradicen a otras normas o conjuntos de normas<sup>173</sup>.

---

son los propósitos de las normas o cuando ha transcurrido demasiado tiempo entre el dictado de la norma y el momento de asignarle un resultado esperado a ésta).

<sup>173</sup> Un problema a considerar respecto de la identificación de los efectos es el de cuándo establecer un límite para entender que determinada consecuencia es efecto o no de una norma o conjunto de normas. Por ejemplo, imaginemos que como producto de un ingreso masivo de niños a la educación primaria (originada por la eficacia y la efectividad de los planes de transferencias condicionadas), se produce un

Los efectos disfuncionales de una norma pueden tener un impacto que explique en alguna medida la menor efectividad de una norma eficaz; o por el contrario, los efectos funcionales pueden mejorar las condiciones causales para que se consiga el resultado R1 que se procura a través de N1.

El análisis de los efectos funcionales y disfuncionales de las normas ha sido obviado por los enfoques institucionalistas del desarrollo como cuestiones de peso para la generación de incentivos para el crecimiento económico o para la mejora de las capacidades humanas. Entenderé que estos efectos –latentes o manifiestos– integran de manera relevante las circunstancias que pueden influir en las perspectivas de éxito o fracaso de las medidas de desarrollo pero no responden típicamente a la caracterización de “reglas del juego presentes en una sociedad” o sea, no pueden ser caracterizadas ni como instituciones informales ni como instituciones formales por no tener rasgos típicos de normatividad (por ejemplo, el punto de vista interno es irrelevante, los efectos son simplemente consecuencias observables). Los efectos son hijos naturales de las instituciones formales y aunque no se confunden con ellas tienen la posibilidad de eclipsar su efectividad o de mejorar las condiciones causales para arribar a los resultados para los que las normas han sido concebidas.

También es posible que los efectos funcionales o disfuncionales de una norma, cuando se presentan como *conductas* o *actitudes*, se arraiguen en una determinada sociedad o grupo y se transformen en prácticas o, en caso de alcanzar alguno de los caracteres que se describirán en la segunda parte de este capítulo, en instituciones informales o normas sociales. La cuestión de la formación de instituciones informales a través de los efectos de las leyes tampoco ha sido tratado con precisión por los institucionalistas.

Finalmente, es conveniente mencionar que los efectos de las normas pueden variar con el tiempo y muy especialmente, una misma norma puede tener efectos diversos en diversos contextos. Así, por ejemplo, la comparación de los resultados de los estudios de Perú y Argentina con relación a los planes de titulación de tierras permiten observar diversos efectos: en Perú el hecho de ser propietarios tuvo como efecto un aumento de la productividad de los beneficiarios mientras que en Argentina no se pudo establecer ninguna relación entre título de propiedad y mejoras en el mercado laboral o aumento de la productividad.

---

aumento de demanda de útiles escolares y por lo tanto un incremento en el precio de éstos. Ello podría ser un “efecto” del conjunto de normas que integran los programas de transferencias condicionadas. Pero ¿podría considerarse también un efecto que aumentase el valor del combustible o de la madera por la mayor demanda de útiles o por el aumento de precio de éstos?



## SEGUNDA PARTE. INSTITUCIONES INFORMALES: UNA EXPLORACIÓN DE SUS LÍMITES Y SUS INTERACCIONES CON LAS NORMAS FORMALES

### 8. LAS INSTITUCIONES INFORMALES EN LAS CIENCIAS SOCIALES Y EN LA TEORÍA DEL DERECHO.

Entre los ejemplos propuestos al inicio este capítulo se encontraba el de la persistencia de una marcada desigualdad de género aun en sociedades que desde sus normas formales intentaban corregir activa y honestamente ese fenómeno, por ejemplo, mediante medidas de acción positiva. Esa situación de persistencia y extensión de la desigualdad de género puede ser explicada a través de la tensión entre dos o más grupos de normas en competencia. Las sociedades funcionan simultáneamente con varios subconjuntos normativos, siendo las normas formales sólo uno de esos subconjuntos (Coleman 1990)<sup>174</sup>. Dentro de los otros subconjuntos normativos aparecen diversas manifestaciones de instituciones informales que interactúan con las instituciones formales y tienen consecuencias sobre la eficacia y/o la efectividad de las normas formales: la norma formal puede ser ignorada, trivializada o transformada (Pistor, Antara y Amrit 2009).

En los últimos años las instituciones informales han sido objeto de un renovado interés desde las ciencias políticas (Helmke y Levitsky, 2003, 2006; O'Donnell 2006), la sociología (Carruthers 2012, Evans 2007), la antropología (Aldashev, et al. 2012) y por supuesto la economía (entre muchos otros, North 1997, 1999, 2005; Ostrom 2000; Sen 2000; Williamson 2009). Es posible atribuir, aunque más no sea parcialmente, esta popularidad de las instituciones informales al descuido que hubo sobre ellas en los años en los que se implementaron las políticas del llamado Consenso de Washington Plus o aumentado. Con posterioridad a los fracasos de esas políticas, y tal vez como reacción desmedida a esa negación, algunos autores desarrollaron una serie de explicaciones en las que se atribuye a las instituciones informales y a la cultura, un enorme peso que supera en capacidad explicativa a la que se atribuye, en esos enfoques, a las normas

---

<sup>174</sup> Como se ha adelantado las normas formales no incluyen únicamente a las normas jurídicas sino también a otras normas que sin integrar estrictamente el sistema jurídico son creadas y aplicadas *a/ amparo* del sistema jurídico (el reglamento de disciplina de un club, un contrato entre particulares, las reglas oficiales que regirán en el juego del tenis y hasta el derecho aborígen en ciertos países). De todas las normas formales, sin embargo, las que resultan de mayor interés para los problemas de desarrollo y de implementación de las políticas públicas son las normas jurídicas, y en particular, las emitidas por los poderes legislativos o las que tienen este carácter aunque estén emitidas por otra autoridad (poderes ejecutivos asumiendo funciones legisferantes o poderes judiciales emitiendo sentencias con alcance *erga omnes*). Por lo tanto, las menciones que se realicen a partir de aquí a normas o instituciones formales se refieren a normas jurídicas de carácter legislativo o similar excepto que se aclare lo contrario

formales (Harrison y Huntington 2000; Huntington 2004; Cao 2007. En otro sentido pero también entendiendo que las instituciones informales prevalecen sobre las formales, Williamson 2009).

A pesar de la relativa reciente popularidad de las instituciones informales en diversos ámbitos de las ciencias sociales, cabe señalar que algunos de los primeros trazos de la era contemporánea<sup>175</sup>, en la caracterización del fenómeno de las normas sociales<sup>176</sup> provienen de la teoría de derecho y de la mano de H. Hart quien, de algún modo, describió los rasgos más significativos de las normas sociales que luego fueron completados y desarrollados por otros autores.

En el trabajo de Hart la identificación y descripción de las normas sociales tiene una función importante pero, finalmente, acotada en el planteo general de su teoría: para Hart la caracterización de las reglas sociales tiene como propósito final poder dar cuenta de la *regla de reconocimiento* que es, en definitiva, una regla social<sup>177</sup>. Para llegar a identificar a la regla de reconocimiento el autor inglés realiza una caracterización de las reglas o normas sociales y una diferenciación entre éstas y las meras prácticas o hábitos, por un lado, y el derecho o las normas jurídicas, por el otro. Algunos de estos conceptos y diferenciaciones se utilizarán en esta parte de la investigación.

### **8.1. Los aportes que se pretenden realizar en esta parte del capítulo y una breve introducción.**

La idea de profundizar en la tipología de las normas informales y explorar sus interacciones con las normas formales se aleja de los dos caminos más frecuentados por los estudios sobre este tema. Por un lado, se aparta de la visión más frecuente en la

---

<sup>175</sup> Otros autores a los que también se considera precursores en el tema son, desde la sociología, Émile Durkheim (1950) y Talcott Parsons (1937) (1968). La referencia a la era contemporánea se justifica ya que la preocupación por las normas sociales aparece ya en pensadores como Aristóteles y Platón

<sup>176</sup> De acuerdo a lo que se propone en el apartado siguiente y en los sucesivos, las *normas sociales* son solo uno de los dos grupos de normas que integran las instituciones informales.

<sup>177</sup> Esta función acotada de las normas sociales en el enfoque general de Hart se reveló en la segunda edición de *El concepto del Derecho* en el que el autor inglés aceptó las críticas de Ronald Dworkin respecto a que el concepto de normas sociales ignora la diferencia entre el consenso relativo a una *convención* – manifestada a través de las reglas convencionales de un grupo, (la conformidad general de un grupo hacia ellas es parte de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación)—y el consenso proveniente de *convicciones independientes* que se manifiestan a través de prácticas concurrentes en un grupo. En este sentido, concluye Hart en el *Postscript* a la segunda edición de su obra que, las prácticas concurrentes como la moralidad compartida por un grupo se conforman no por una convención sino por el hecho de que los miembros de ese grupo poseen y generalmente actúan por razones que resultan ser las mismas pero que, no obstante, son independientes. De este modo, Hart acepta restringir la función originalmente otorgada a las normas sociales desde que excluye al concepto de normas sociales de la explicación sobre criterios de moral individual o social (H. L. Hart 1994, 255-256).

teoría jurídica en la que las normas informales son *solamente* percibidas como el tejido social que permite al derecho ser reconocido, o ser eficaz o ser comprensible. Por otra parte la perspectiva que se adopta tampoco adhiere a la visión contraria y, por ello, no tiene como punto de partida la concepción de que las normas informales son determinantes *insuperables* del cambio institucional promovido a través de normas formales. Por el contrario, un moderado optimismo acerca de las posibilidades de los sistemas jurídicos para vencer normas informales social o económicamente inconvenientes es el impulso principal para realizar esta exploración. Como se sostuvo anteriormente comparto la concepción de que las normas formales tienen –cuando están bien diseñadas y son aplicadas en caso de incumplimiento– una capacidad constitutiva de los intereses, de las preferencias y de las visiones del mundo de los actores económicos (Chang y Evans 2007, 219, 222 y en similar sentido Sen 2004, 43).

En esta parte del capítulo, en primer lugar, se pretende realizar un aporte a la tipología de las instituciones informales desde una perspectiva jurídica. Luego, también desde esa misma perspectiva, presentar un enfoque alternativo (aunque no necesariamente opuesto) de aquello que preocupa a los teóricos de las ciencias sociales: la dinámica de interacción entre instituciones formales e informales<sup>178</sup>. Esta interacción ha sido generalmente abordada en un sentido dinámico, es decir, describiendo el modo en que las instituciones formales producen, crean o generan a las informales y viceversa, sin embargo, se ha prestado poca atención a los resultados de estas interacciones sobre la eficacia y efectividad de las normas jurídicas (que llamaré *enfoque estático*).

Por otra parte, el renovado interés por las instituciones informales por parte de los teóricos de las ciencias sociales y de la economía ha resultado en varias versiones sobre qué son las instituciones informales. Todas estas versiones comparten una característica: las instituciones informales son presentadas generalmente como participando permanentemente de los mismos rasgos. Sin embargo, pareciera que la caracterización uniforme (o “en un solo talle”) de las instituciones informales no capta diversas manifestaciones de éstas que pueden ser relevantes en la explicación de la interacción con las instituciones formales, y luego, en el resultado de la implementación de las políticas públicas formuladas para promover el desarrollo económico y la expansión de las capacidades humanas.

Se propondrá dividir a las instituciones informales en dos grandes grupos que comparten sólo parcialmente sus características constitutivas. Se trata de diferenciar

---

<sup>178</sup> Algunos trabajos jurídicos en este sentido se encuentran en Postema (2012) y Schauer (2015).

entre *normas sociales simples (normas sociales)* y *normas informales de conjuntos complejos (normas informales)*. De acuerdo a la caracterización que aquí se propondrá, las normas sociales y las normas informales conjuntamente constituyen aquello que North denomina *instituciones informales* ya que ambas integran las *reglas del juego* presentes en una sociedad y se diferencian de las normas formales (el otro gran conjunto de reglas del juego). Las características compartidas por las normas sociales y las normas informales pueden ser sintetizadas del siguiente modo:

Son reglas socialmente compartidas, usualmente no escritas que son creadas, comunicadas y aplicadas por fuera de los canales oficialmente aceptados, por contraposición, las normas formales están abiertamente codificadas en el sentido de que son establecidas, comunicadas y aplicadas a través de canales que son ampliamente considerados “oficiales” (Helmke y Levitsky 2004 y 2006).

A continuación se detallará algo más la diferenciación entre estos dos conjuntos de instituciones informales y se agregarán posibles combinaciones relacionales de éstas con las instituciones formales.

#### 9. DOS GRUPOS DE INSTITUCIONES INFORMALES Y LAS POSIBLES RELACIONES CON LAS NORMAS FORMALES.

Como se dijo, parece adecuado separar a las instituciones informales en dos grandes grupos que comparten algunos de los rasgos presentados por Helmke y Levitsky en el apartado anterior pero que se diferencian de manera significativa en otros aspectos.

El primer grupo, el de las *normas sociales*, se integra, por ejemplo, por las reglas que rigen de manera más general para toda la población o para grandes grupos de la población: las maneras de mesa; las que rigen las relaciones entre amigos, parientes, vecinos, compañeros de trabajo, etcétera; las reglas de etiqueta, de comportamiento en la vía pública y otras incluso más relevantes para el desarrollo de las capacidades humanas como las que rigen las relaciones de género, el tratamiento relativo a la orientación sexual o las relaciones intrafamiliares. Es decir, se trata principalmente de normas “generales” y que regulan tanto relaciones personales (la fidelidad entre parejas no convivientes) como relaciones impersonales (cruzar la calle con el semáforo en rojo o evadir impuestos). Estas normas sociales simples también se caracterizan por la dispersión de su creación, la dispersión de su aplicación, la ausencia de reglas de adjudicación, y otras características que se verán más adelante. En algún sentido las

normas sociales comparten rasgos con las normas consuetudinarias aunque también tienen diferencias con ellas (ver más adelante). Una gran parte de los trabajos sobre normas sociales parece hacer referencia a este tipo de normas (Carruthers 2012, Elster 1989, Pistor, Haldar y Amrit 2009, Bicchieri 2006, 2017).

El segundo grupo se integra con lo que llamaré normas informales que integran conjuntos complejos (se hará referencia a estas normas como *normas informales* o *normas informales de conjuntos complejos*). Se trata de conjuntos de normas que rigen la actividad interna de grupos de personas relativamente estructurados y permanentes que pueden tener un vínculo jurídico entre ellos o simplemente un vínculo de hecho. Aunque la idea no esté perfectamente reflejada podría llamarse a estos grupos *organizaciones informales*. Se ha descrito a estos grupos también como “comunidades de tejido cerrado y participantes repetidos” (Strahilevitz 2000, 1272). En este segundo grupo incluiré las normas informales que se generan, por ejemplo, en el ámbito de las organizaciones criminales permanentes (habitualmente referidas como “mafias”); las que rigen las relaciones en ámbitos cerrados tales como las prisiones; las que se crean en el ámbito de un grupo de investigación de una universidad o las que se establecen en el ámbito de un partido político. En los primeros casos, las personas del grupo en donde se genera la norma informal no están unidas por un vínculo jurídico; sin embargo, en el caso del grupo de investigación universitario o en el ámbito de un partido político, sí podrían sus miembros estar unidos por un vínculo jurídico.

Este grupo es más sofisticado y presenta algún grado mayor de concentración de la autoridad informal de producción y aplicación de las normas y es posible distinguir algunas normas rudimentarias de adjudicación, más claridad en las sanciones y hasta procedimientos también precarios de revisión de las sanciones. Hay ciertas organizaciones informales muy complejas con cuasi-sistemas normativos (algo más que meros conjuntos) y en esos casos lo que diferencia a una norma informal de una norma formal es básicamente la condición de oficial u “oficializable” en las condiciones actuales de la autoridad de emisión y aplicación.

Intuitivamente podría vincularse a las normas informales de sistemas complejos primordialmente con actividades clandestinas, ilegales o marginales, y de hecho ese tipo de organizaciones se rige primordialmente por este tipo de normas; sin embargo, también es posible pensar en normas informales que rigen actividades u organizaciones legales y hasta públicas: los conjuntos de normas informales que rigen en la organización y distribución de poder en el ámbito de los partidos políticos o en las organizaciones informales dedicadas a actividades lícitas como los movimientos



sociales incipientes u organizaciones solidarias dentro de un barrio. Otro importante grupo de trabajos académicos se ha dedicado a este tipo de normas informales (Ellikson 1994, Richman 2012, Morgan 2008).

La identificación de estas normas como *normas informales* obedece a que se trata de normas, muchas veces emitidas por una persona que posee poder suficiente como para hacerlo sin revestir carácter de autoridad formal. Es necesario tener en cuenta, sin embargo, que hay normas informales (que rigen en tejidos cerrados y con participantes repetidos) que comparten las características de las normas sociales en el sentido de la imposibilidad de identificar a su emisor y la dispersión en su aplicación.

Corresponde realizar una aclaración adicional sobre esta diferenciación entre normas sociales y normas informales: ella no está recogida en la literatura sobre el tema y por ello cuando se citen trabajos ajenos se mantendrá la denominación propuesta por el autor. Por lo general, los autores vinculados al derecho suelen referirse a *normas sociales* mientras que los autores vinculados a la economía y la ciencias políticas hacen referencia al mismo fenómeno como normas informales o instituciones informales. En esta investigación, retomando otra vez las distinciones, las tres expresiones designarán fenómenos diferentes: las *normas sociales* harán referencia a normas generales, sin autoridad de emisión ni autoridad de aplicación identificable, que siempre integran meros conjuntos de normas, etc.; cuando se aluda a *normas informales* se hará referencia a normas que suelen surgir en tejidos sociales cerrados y con participantes repetidos y en los que es posible (aunque no necesario) identificar a personas con poder suficiente para emitir una norma informal y con poder para aplicarlas; finalmente ambos grupos de normas serán mencionados conjuntamente como *instituciones informales* pues conjuntamente captan el fenómeno institucional relevante para el desarrollo económico y humano al que hacen referencia North y otros autores.

Las normas sociales y las normas informales pueden ser normas prescriptivas (es decir establecer prohibiciones u obligaciones) o normas que establecen permisos, potestades o competencias (que he referido anteriormente como “anti-directivas”).

Otra distinción que se tratará en esta parte es relativa a una diferenciación que proponen Helmke y Levitsky (2006, 18) entre aquellas instituciones informales que son *endógenas* a normas formales y aquellas que no lo son. Las primeras, de acuerdo a estos autores, “en sus orígenes están directamente relacionadas con alguna norma formal” (Helmke y Levitsky 2006, 18). Más adelante se introducirá una distinción que los autores mencionados no sugieren, entre instituciones informales endógenas que surgen inicialmente como *efectos* de la norma formal e instituciones informales endógenas

cuya creación es el *propósito o resultado social esperado* (R1) de la norma formal. Por su parte, las normas sociales *no-endógenas* a normas formales pueden identificarse principalmente en dos ámbitos: por un lado el ámbito que rige las relaciones entre personas y el vínculo entre personas y cosas, cuya regulación no resulta interesante para las normas jurídicas o se trata de ámbitos en los que le está vedado intervenir<sup>179</sup>. Por otro lado, las normas informales no-endógenas pueden surgir como respuesta a lagunas normativas o axiológicas, es decir, ámbitos que el derecho podría regular y sobre los que hay alguna demanda de regulación pero esa demanda es insuficiente para la generación de normas jurídicas o los actores que la demandan carecen de poder para promover cambios en las instituciones formales. Las normas sociales no-endógenas pueden ser además *preexistentes* a la norma formal que afectan y serán necesariamente preexistentes a la norma formal que se sanciona para neutralizarla o para fortalecerla.

Finalmente, las institucionales informales pueden ser funcionales y disfuncionales y valiosas o disvaliosas. Continuando con el uso dado a estas expresiones anteriormente se entenderá que las instituciones informales son funcionales cuando la interacción entre la institución informal y la formal genera una contribución directa o indirecta a la *efectividad en sentido propio* de la norma formal (o a la efectividad del sistema de normas que ésta integra), es decir, al cumplimiento de los propósitos (R1) de la norma formal (N1) a través de las conductas señaladas por la norma (C1). Por el contrario la institución informal será disfuncional cuando ella compita (i) con la finalidad de la norma formal (tienda a contradecir o a neutralizar a R1); (ii) conspire contra su eficacia (indicando como prohibidas conductas obligatorias o permitidas, obligando cuando la norma formal prohíbe o autorice, autorizando cuando la norma prohíbe u obliga, etc.); o (iii) eleve los costes de su cumplimiento o de su efectividad (perjudicando también su eficiencia).

Se introducirá en este momento una nueva distinción relativa a la evaluación de las instituciones informales como *valiosas* o *disvaliosas* para el desarrollo económico y humano. La apreciación de si una institución informal es valiosa o disvaliosa es independiente de su relación con normas jurídicas aunque existe entre ambas alguna conexión. En general, si se las evalúa sincrónicamente, las instituciones informales *funcionales* serán consideradas *valiosas* para el desarrollo, al menos para la facción o

---

<sup>179</sup> Me refiero a ámbitos de exclusión del Estado que garantizan una esfera de privacidad o de libertad como aquél que contempla el art. 19 de la Constitución Nacional de Argentina “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”

facciones que soporten esa norma formal (es de esperar que en la mayoría de las ocasiones la vigencia de las normas formales pueda ser justificada por las mayorías por ser, por lo menos, beneficiosa para el desarrollo humano). De tal modo que, evaluadas desde la perspectiva de la mayoría y en un momento determinado, las categorías de instituciones informales “funcionales” y “valiosas” tenderán a coincidir y lo mismo ocurrirá con las de “disfuncionales” y “disvaliosas”. Sin embargo, si la evaluación de las instituciones informales se produce diacrónicamente, es posible que tales categorías ya no coincidan. En efecto, por ejemplo, una norma social que pudo ser disfuncional en un momento más adelante en el tiempo puede ser considerada valiosa (y lo mismo puede ocurrir a la inversa). Las normas formales que prohibían votar a las mujeres (N1) coincidían a fines del siglo XIX con las normas sociales (Ni): estas últimas eran funcionales a N1 y evaluadas en ese momento eran además valiosas (de acuerdo al juicio de la mayoría). Sin embargo, evaluadas desde una perspectiva actual esas normas sociales pudieron ser en su momento funcionales a N1 pero hoy no pueden ser consideradas sino como disvaliosas para el desarrollo humano. Lo mismo podría ocurrir si la evaluación se realiza en el mismo tiempo por parte de un integrante de la minoría o de una facción que no apoya la norma formal: una militante del voto femenino de fin del siglo XIX o principios de siglo XX podría aceptar perfectamente que la norma social que coincidía con la prohibición de voto a las mujeres era *funcional* a esa norma jurídica pero evaluar que, a pesar de ser funcional, era una norma disvaliosa. En definitiva, la relación entre normas informales y normas jurídicas se evalúa en el ámbito de la “funcionalidad/disfuncionalidad” de las primeras respecto de las últimas; mientras que la evaluación de su “valor/disvalor” puede prescindir de la presencia de una norma jurídica. Sin embargo, en muchas oportunidades, al detectarse una norma social disvaliosa se promoverá la sanción de una norma jurídica para neutralizarla o extinguirla.

En síntesis, en lo que sigue se hará referencia a normas sociales simples y a normas informales de conjuntos complejos. Ambos tipos de normas constituyen las instituciones informales. Ambos grupos contienen además normas prescriptivas y normas que confieren permisos, potestades o competencias. Pueden ser endógenas a una norma formal (“efectos” de ésta o “propósitos” de ella) o pueden ser no-endógenas. Dentro de las instituciones informales no-endógenas encontramos aquellas que son preexistentes a la norma formal contra la que se las evalúa (y serán necesariamente preexistentes si la norma formal se sanciona para neutralizar a la institución informal o para fortalecerla). A su vez todas las combinaciones anteriores pueden ser funcionales o disfuncionales a

la norma o conjunto de instituciones formales contra el que se las evalúa. Finalmente, las instituciones informales pueden ser juzgadas como valiosas o disvaliosas para el desarrollo económico y humano<sup>180</sup>.

*Cuadro 2. Instituciones informales: tipos y formas de interacción con las normas jurídicas.*

<b>Instituciones informales</b>	
<b>Normas sociales</b>	<b>Normas informales (de conjuntos complejos)</b>
Prescriptivas	
Establecer permisos o potestades	
Endógenas a normas formales (efectos)	
Endógenas a normas formales (propósitos)	
No- endógenas a normas formales (preexistentes o no preexistentes a la norma formal contra la cual se las evalúa)	
Funcionales	
Disfuncionales	
Valiosas	
Disvaliosas	

Dos cuestiones que quedarán fuera de los análisis que continúan o que solo serán tratadas muy marginalmente son las siguientes: por un lado, *las razones* que llevan a seguir (cumplir) o no las normas informales o sociales; y por el otro, las razones o motivos concretos por las que esas normas han surgido o se mantienen. Ambos aspectos requerirían formación en otras ciencias como psicología, sociología, antropología o historia.

10. BUSCANDO LOS LÍMITES DE LAS INSTITUCIONES INFORMALES. UN APORTE A SU TIPOLOGÍA DESDE EL DERECHO.

### **10.1. Hábitos convergentes e instituciones informales.**

En primer lugar parece necesario insistir en la distinción entre hábitos convergentes e instituciones informales que es, por cierto, uno de los aspectos de las normas sociales

<sup>180</sup> En el marco de esta tesis he escogido que el juicio sobre el carácter valioso o disvalioso de las instituciones informales esté conectado al desarrollo económico y humano. Por cierto que este parámetro no es el único posible ni seguramente el más útil para un análisis que no esté estrictamente vinculado al desarrollo. Posiblemente en otros ámbitos podría evaluarse el carácter de valioso o disvalioso de las instituciones informales únicamente desde la perspectiva de las capacidades humanas y juzgarlas por el hecho de que ellas promuevan o no la expansión de las capacidades o libertades humanas o por otros tales como, por ejemplo, una perspectiva de derechos humanos o la idea de los bienes primarios de Rawls (Rawls 1971). También advierto que en muchas ocasiones la valoración de las cualidades positivas o negativas no será compatible si se las evalúa desde el DH o desde otras perspectivas preocupadas por el crecimiento económico exclusivamente.

que más producción teórica ha generado. El aporte de H. Hart, continúa siendo muy importante en esta tarea por lo menos para una parte de esta explicación. Hart, en la mayor parte de su obra se detiene en las normas sociales para conceptualizar la génesis de un sistema jurídico, por ello su mira está puesta un pequeño conjunto de normas sociales de alcance amplio que pueden dar cuenta primordialmente de la regla de reconocimiento. En este sentido pareciera que las normas sociales en Hart requieren por lo menos –en la explicación genética del sistema jurídico–, por un lado, alguna forma de aceptación o acatamiento mayoritario y por el otro, al menos por parte de los funcionarios encargados de aplicar las normas, una exigencia de consciencia acerca de la juridicidad de las normas en cuestión. Estas dos circunstancias, como se verá más adelante en este subtítulo, tal vez sean difícilmente trasladables al estudio de las normas sociales que aquí se propone.

Los hábitos convergentes o costumbres compartidas como los llama Bicchieri (2017, 3) no son los hábitos individuales, ni siquiera los hábitos que se encuentran suficientemente difundidos en un grupo social durante un periodo (utilizar el corte de pelo de moda), sino que son aquellos que se traducen en un comportamiento –respecto de una situación determinada– que resulta habitual, persistente en el tiempo y con alta presencia estadística en el contexto o situación.

En los hábitos convergentes es necesario y suficiente que las conductas converjan *de hecho* (H. L. Hart (1961) 1998, 65), los patrones de acción se crean y se sostienen por motivaciones de los sujetos actuando independientemente los unos de los otros (Bicchieri 2017, 15). Es una *conducta observable* respecto de la mayoría de las personas que integran ese grupo: cada uno se comporta del mismo modo sin ningún tipo de consideración acerca de si se trata de una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el otro (H. L. Hart (1961)1998, 71). Los hábitos convergentes por más que se presenten de forma habitual, persistente y difundida no son pautas de regulación de la conducta. Por ejemplo, cuando llueve la mayor parte de la gente utiliza paraguas para caminar por la calle (Bicchieri 2017, 15) o en gran parte del Cono Sur de América se toma “mate” como infusión. ¿La gente usa paraguas porque la mayoría de la gente lo hace?, ¿hay una expectativa entre los argentinos de que el otro tome mate?, ¿sería objeto de crítica una persona que decidiera utilizar un gorro de lluvia y un impermeable en vez de paraguas?. Aun cuando el no seguimiento de un hábito convergente pueda despertar la curiosidad en el resto de los que siguen el hábito hay diferencias en el sentido social que tiene la violación a una norma informal con respecto al que tiene el no seguimiento de un hábito convergente, en el tipo de

reacción que cada uno origina y en definitiva en la intensidad de la *presión social* en ambas situaciones. Las normas sociales, a diferencia de los hábitos convergentes, exigen la presencia “actitud crítica reflexiva con relación a esa conducta” (H. L. Hart (1961) 1998, 71).

Las normas sociales pueden ser entonces desobedecidas u obedecidas<sup>181</sup>; por el contrario los hábitos convergentes pueden ser seguidos o no, pero no hay un quiebre a un mandato en el no seguimiento de un hábito convergente. De acuerdo con Wozzley, las prácticas o hábitos convergentes son *el objeto de una descripción* mientras que las normas sociales son *el objeto de una prescripción*<sup>182</sup> (Wozzley 1967, 65).

A través de las palabras anteriores se presenta entonces el primer rasgo distintivo de las normas sociales prescriptivas: su incumplimiento da lugar a una sanción, reproche o crítica. Generalmente se asume que la cuestión de las sanciones –entendidas estas en términos generales y amplios– es crucial para la identificación de la presencia de las normas sociales y el primer gran escalón de diferencia con los hábitos convergentes.

Según propone Hart, el segundo aspecto que distingue un hábito convergente de una norma social es que cuando existen tales reglas sociales, ante la desviación no sólo se hace de hecho esa “crítica” (o reproche o sanción en sentido amplio), sino que las desviaciones respecto del modelo son aceptadas generalmente como una *buena razón* para formularla. En este sentido, la regla de reconocimiento, como regla social, se presenta a través de una regularidad de conducta *más* la consideración acerca de que las desviaciones de esa conducta justifica críticas (H. L. Hart (1961) 1998, 12 y ss; 65 y ss). La crítica a la desviación es considerada como legítima o justificada y también lo es la exigencia de cumplimiento frente a la amenaza de desviación. Además, salvo en lo que hace a “una minoría de transgresores recalcitrantes”, tanto la crítica como la exigencia de comportamiento de acuerdo a la norma social son consideradas como “...formuladas con buena razón, tanto por quienes las formulan como por aquellos respecto de quienes se formulan” (H. L. Hart 1998, 70).

Finalmente, Hart señala al *aspecto interno* como rasgo distintivo para que exista una norma social: por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. En su famosa analogía con el ajedrez, explica Hart que:

Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que «tiene

---

<sup>181</sup> Por el momento la atención estará puesta en instituciones informales prescriptivas. Más adelante nos detendremos en la cuestión de las que generan permisos o confieren poderes.

<sup>182</sup> El texto original de Wozzley se refiere a “*subject of description*” y “*subject of prescription*”. Sin embargo la traducción como “objeto de una prescripción” y “objeto de una descripción” parece más natural para el castellano y no altera el sentido.

opinión formada» sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan (H. L. Hart 1998, 71).

Ciertamente identificar en la práctica la línea que separa los hábitos convergentes de las normas sociales puede ser una actividad compleja ya que la diferencia es, en definitiva, de intensidad o grados en la reacción propia y ajena, y a menudo se obtendrán calificaciones diferentes sobre si una conducta pertenece a un mundo o a otro. Esta identificación, es además contextual por lo que variará a poco que nos movamos de una región a otra o incluso de un ámbito social a otro dentro de la misma región, país o ciudad.

Los tres aspectos señalados anteriormente pueden presentarse como los rasgos de normatividad que distinguen a las normas sociales de los hábitos convergentes. La presencia de estos rasgos conlleva necesariamente la de expectativas respecto de las conductas de los otros (que llamaré *expectativas normativas* para diferenciarlas de otras expectativas más débiles o azarosas)<sup>183</sup>. Las expectativas son *creencias* acerca de aquello que sucederá o que debiera suceder, las expectativas normativas, son entonces las expectativas que tenemos acerca de los comportamientos y creencias de las otras personas: son creencias acerca de cómo los otros reaccionarán o se comportarán frente a determinadas situaciones (Bicchieri 2017, 11-12). Dicho esto, el abordaje de las normas sociales o informales no se realizará prioritariamente desde la perspectiva de las expectativas pero esta explicación puede resultar útil en ciertos tramos<sup>184</sup>.

Como se dijo al iniciar este apartado, las líneas directrices trazadas por Hart son de utilidad para reconocer la diferencia entre un hábito convergente y una norma social, sin embargo, las normas sociales que aquí nos interesan que no se vinculan con el nacimiento de los sistemas jurídicos como las que interesaban a Hart, y por lo tanto requieren algunos ajustes en la descripción de los rasgos de normatividad que se diferencian de la descripción propuesta por el autor inglés: por ejemplo, con relación al aspecto interno, no se requiere que sea una mayoría de sujetos los que consideren a la

---

<sup>183</sup> Puedo tener la expectativa de que mi marido prepare la cena esta noche porque llegaré tarde y cansada. Esa expectativa tiene fundamentos en que conozco como suele actuar mi esposo y su preocupación por mi bienestar pero no en razones normativas.

<sup>184</sup> Cristina Bicchieri propone una forma de identificación de las normas sociales en la que las expectativas son centrales para esa tarea así como para promover el cambio de normas sociales disvaliosas (Cfr. Bicchieri 2017, 11 y ss. y 2006, 11 y ss.).

conducta como una pauta o criterio a seguir por el grupo sino sólo una mayoría dentro del grupo en el que rige la norma social o la norma informal en cuestión y que puede, incluso, ser un grupo poco significativo respecto del total de la comunidad (los cocineros o los tatuadores pueden compartir normas sociales en sus pequeñas comunidades, por ejemplo, relativas a la protección de la autoría de las recetas o de los diseños de tatuajes).

En las normas sociales generales que nos interesan así como en las normas informales, tampoco es exigible que quienes actúan conforme a ellas consideren o creen que su conducta se ajusta a las exigencias de las normas formales. Una norma social o informal puede tener los rasgos de normatividad antes mencionados y al mismo tiempo quien la lleva a cabo ser consciente de que su conducta es contraria al derecho (esto parece difícil de sostener en la explicación de las normas sociales de Hart limitada a dar cuenta del nacimiento de un sistema jurídico). Por ejemplo, el punto de vista interno de un caudillo barrial respecto de una norma informal que lo obliga solicitar un “retorno” por cada plan social otorgado, consiste en que el caudillo barrial piense que a quien sea que cumpla su función le corresponde pedir ese retorno, y que esté dispuesto a criticar a quienes estando en posición análoga no lo hagan. Todo este razonamiento del caudillo barrial puede ser compatible con la consciencia de que tanto su acción fundada en la norma informal como las de los otros que la realizan es contraria a diversos artículos del código penal. En definitiva, en el sentido que nos interesa en este trabajo, pareciera que no es necesario que quien actúa motivado por una norma informal o una norma social tenga la percepción o la creencia de actuar conforme a derecho. Es decir, a diferencia de las normas consuetudinarias o costumbres legales, las normas sociales no requieren la presencia de un elemento subjetivo o psicológico (*opinio juris*) que evidencie la creencia de que la práctica responde a una obligación legal (Cfr. CIJ, Plataforma Continental del Norte (1969, párr. 77))<sup>185</sup>.

Tampoco es necesario que la norma informal o la norma social sea considerada moralmente correcta por quien la lleva adelante. El caudillo barrial del ejemplo podría pensar que su función y los actos de corrupción que realiza en cumplimiento de su función no deberían existir por ser moralmente incorrectas pero justificar su accionar en otras cuestiones de diversa índole.

---

<sup>185</sup> Como se dijo anteriormente las normas sociales mucho más que las normas informales comparten rasgos importantes con las normas consuetudinarias (dispersión en la creación, la que se produce a través de acciones, pueden tener un sentido práctico o a futuro pero también pueden no tenerlo, etc.), pero también tienen diferencias como la señalada respecto de la *Opinio Juris* y la vinculada con la exigencia de vigencia temporal de unas y otras: las normas sociales solo requieren una reiteración en el tiempo (la misma que puede ser requerida para considerar a una actividad como un hábito convergente); dicha exigencia parece ser mayor en el caso de las normas consuetudinarias.



## **10.2. Normas sociales y normas informales distinción de las normas morales y las normas jurídicas.**

Es tal vez un buen momento para introducir brevemente una aclaración que aun siendo bastante obvia no resultará sobreabundante: las normas sociales y las normas informales no se confunden con las normas morales, las que integran otro u otros conjuntos normativos (que también pueden coincidir o encontrarse en tensión con las normas formales). De hecho las normas sociales o informales pueden coincidir con las normas morales pero también pueden ser contrarias a éstas y no comparten asimismo otro rasgos estructurales como el de autonomía en las normas morales versus la heteronomía de las normas sociales, el carácter imperativo incondicional de las normas morales contra la condicionalidad de las normas sociales (Bicchieri y Muldoon 2011), la unilateralidad de las normas morales contra la bilateralidad de las normas sociales, el carácter histórico y contextual de las normas sociales e informales contra el acontextual e intemporal (o inter-temporalmente válido de las normas morales).

Por otra parte y para terminar de presentar la posible interacción y diferencias entre normas morales y sociales o informales Cristina Bicchieri (2006, 1) propone un ejemplo en el que para los mismos sujetos ambos tipos de normas conviven de manera contradictoria: si preguntásemos individualmente a los sujetos de cualquier sociedad con altos índices de corrupción su opinión acerca de estas prácticas probablemente obtendríamos como respuesta que *de manera individual* la gran mayoría rechaza fuertemente ese tipo de conductas (las normas morales individuales proscriben esa conducta) de manera coincidente con lo que las normas jurídicas establecen; sin embargo, los sobornos a las autoridades públicas son corrientes y tolerados (la norma social o informal permite esa conducta). No es de especial interés de esta investigación ni está al alcance de mis conocimientos, encontrar las razones que podrían explicar esos comportamientos disociados, sin embargo, tener en consideración que ellos pueden existir es un elemento más a tener en cuenta a la hora de diseñar una política pública e intentar predecir sus consecuencias. En todo caso es una razón poderosa para insistir en la necesidad de llevar adelante regulares estudios de impacto de la aplicación de las normas formales para detectar este tipo de situaciones.

Del mismo modo que las normas jurídicas y las normas morales tampoco se confunden (cfr. Vernengo 1991, Moreso y Vilajosana 2004, 23). Estas diferencias no obstan a que una situación pueda estar regulada por los tres conjuntos normativos

simultáneamente de manera coherente o contradictoria. Como proponen Moreso y Vilajosana, un acto como el hurto será reprochable por una norma moral, por una norma jurídica y por una norma social (Moreso y Vilajosana 2004, 23); mientras que el dictado de una amnistía o indulto a un torturador resultará contrario a una norma moral, permitido por una o más normas jurídicas y probablemente resultará ajeno al ámbito de las normas sociales.

### **10.3 Surgimiento, existencia y desaparición de normas informales, normas sociales y normas formales.**

Las normas sociales surgen a través de *acciones u omisiones* que se reiteran y perduran en el tiempo y que son realizadas por un sector considerable de los sujetos normativos relevantes en el contexto correspondiente (alta presencia estadística)<sup>186</sup>. Estas acciones, reiteradas, duraderas y con alta presencia estadística pueden, en algún, momento adquirir los rasgos de normatividad antes descritos y a partir de allí identificarse como normas sociales y por lo tanto como expectativas de conducta normativas y recíprocas.

No creo poder afirmar que las normas informales de conjuntos complejos, a diferencia de las normas sociales, nazcan *siempre* de acciones, aunque por cierto esta posibilidad no está excluida y es frecuente. Pero también es posible y en esto radica probablemente una de sus características diferenciales, que ellas nazcan de un “acto de autoridad informal” (el caudillo barrial con mayor poder podría informar a los otros que “a partir de hoy los planes sociales sólo se asignarán a quienes acepten retornar el 20% de las sumas correspondientes”). Una de las diferencias más significativas entre una norma formal y una norma informal es que la autoridad normativa en un caso tiene una competencia oficial (u oficializable en ese momento) para dictar la norma mientras que la norma informal es dictada por una autoridad de hecho, o elegida por sus pares pero sin posibilidad de reconocimiento jurídico (u “oficial”) en el momento del dictado de la norma. Es decir, la autoridad informal no actúa al amparo del sistema jurídico aunque no necesariamente actúe en conflicto con él.

El hecho de que las normas sociales nazcan de *acciones* y algunas normas informales de conjuntos complejos también, no es contradictorio con que pueda

---

<sup>186</sup> Postema es quien sostiene que son las *acciones* las que crean y sustentan las normas de derecho internacional consuetudinario (Postema 2012, 82) y no veo razones para no tomar como válida esa descripción sobre el nacimiento de las normas consuetudinarias también para las normas sociales, aunque entre las normas consuetudinarias y las normas sociales existan diferencias de otro orden (como la ya comentada ausencia de *opinio juris* en el caso de las últimas).

asignárseles a ellas una racionalidad, sentido práctico u objetivo a futuro (en contra parece estar Elster 1989, 99) aunque esto no parece ser un requisito *sine qua non*. Por ejemplo, muchas normas sociales sobre comportamiento en la mesa o las que regulan la higiene personal tienen un “sentido” vinculado con la prevención de enfermedades. Esto es aún más claro en las normas informales de conjuntos complejos: es indiscutible que el caudillo barrial con sus actos de *petit* corrupción tiene un fin práctico no asociado con la inercia o la tradición. Sin embargo, algunas normas sociales –no parecen tener una racionalidad o sentido fácilmente identificable, ni beneficiar a nadie. Por ejemplo, las normas que indican que es obligatorio que los abogados varones se presenten en los tribunales con corbata, que prohíben a las mujeres fumar en pipa, o que indican que está prohibido eructar frente a terceros, no parecen obedecer a ninguna racionalidad concreta, sentido práctico u objetivo a futuro. Muchas de ellas solo se mantienen por inercia o a lo sumo tienen un sentido simbólico (por ejemplo, la corbata hace aparecer al abogado como suficientemente respetuoso del tribunal frente al que debe alegar o como un profesional “serio”).

Por el contrario, las normas formales no nacen de las acciones y requieren necesariamente de un *proceso intelectual* mucho más elaborado (como mínimo para crear una norma formal se debe describir la conducta prohibida u obligatoria, asignar a la violación de la prohibición alguna consecuencia, disponer quién está facultado para aplicarla, etc.). Como parte de ese proceso racional también es posible identificar en las normas formales un objetivo social mediato o inmediato (anteriormente hemos identificado a este sentido con el resultado social o económicamente esperado (R1) de la norma). En los sistemas democráticos, además, las normas jurídicas son generalmente producto de la deliberación pública y/o la negociación entre facciones políticas. Este antecedente deliberativo o producto de una negociación está ausente en las normas informales (aún cuando éstas, en ciertos casos, puedan compartir con las normas formales –no así con las normas sociales– el haber sido creadas “deliberadamente”). También está ausente en el caso de las normas informales la diferenciación entre quien emite la norma, quien la aplica y quien la ejecuta; incluso en los sistemas informales complejos suelen coincidir en la misma autoridad informal las tres funciones.

Son también las acciones las que modifican a las normas sociales y las reemplazan (Postema 2012, 82, aunque el autor también se refiere a normas consuetudinarias en ese pasaje). Al ser las acciones las que crean, modifican y reemplazan a las normas sociales éstas usualmente no son escritas y son comunicadas a través de la realización

de la acción que constituye el contenido la norma y/o a través de canales también informales (Helmke y Levitsky 2004, 727). La comunicación de las normas informales de conjuntos complejos también suele presentarse de manera informal y usualmente verbal. Para la comunicación de las normas formales se utilizan, por el contrario, canales formalizados (publicación en boletines oficiales o similares, publicidad, información en periódicos, etc.).

Tanto su forma de surgimiento como su modo de comunicación hace que las instituciones informales –se trate de normas sociales o normas informales– sean muchas veces difíciles de identificar y su existencia y alcance difícil de demostrar. Si bien esta falta de transparencia en la mayor parte de las situaciones no resulta problemática porque los sujetos normativos relevantes conocen las instituciones informales, en caso de discrepancias sobre su alcance o cambios, la prueba de su existencia será sumamente difícil. La formalización facilita el tratamiento de los conflictos declarados pues al haber normas jurídicas identificadas no se requiere averiguación y prueba de cuáles son las normas que rigen (Ferrari, 2000, 271). Por otra parte, como con acierto señala Christina Bicchieri (2006, 8), identificar normas sociales o normas informales que proscriben acciones es más complejo que identificar aquellas que permiten u obligan, ya que estas últimas pueden colegirse de la observación de acciones mientras que el cumplimiento de las normas que prohíben conductas se reflejará simplemente en la ausencia de esas conductas y un observador extraño a la comunidad podría pensar que la ausencia de esa conducta se origina en una situación no necesariamente vinculada a una norma social o informal.

La existencia y/o vigencia de las normas jurídicas o formales no está forzosamente vinculada a su eficacia: una norma formal particular puede no ser eficaz en el sentido de acatamiento y sin embargo estar vigente y “existir” en cualquiera de los sentidos que los juristas han dado a este término (Cfr. Caracciolo 1997; Bulygin y Mendonca 2005; Alchourron y Bulygin 1997; Kelsen 1986).

Por el contrario, en las normas sociales “existencia” (aquí en un sentido extra-jurídico pues no son normas jurídicas) y eficacia como acatamiento se superponen: ellas existen (“son”) en tanto son eficaces, es decir, la mayor parte de los sujetos normativos relevantes se comporta de acuerdo a ella en la mayoría de las ocasiones oportunas. No tiene mayor sentido sostener que existe una norma social o una norma informal (Ns) que ordena una conducta (C2) si muy poca gente en realidad hace C2 y si el incumplimiento de C2 no tiene ningún tipo de consecuencia (sanción en sentido amplio) (en similar sentido Woozley 1967, 72). Los conceptos de eficacia y existencia son

inescindibles respecto de las instituciones informales mientras que no ocurre lo mismo con las normas formales. En este ámbito de análisis es posible trasladar *mutatis mutandi* algunos criterios utilizados en el ámbito de las normas consuetudinarias. Así explican Alchourron y Bulygin que respecto de las normas consuetudinarias es natural pensar que su existencia debe consistir en algún tipo de vigencia o eficacia (1997, 12), por lo que:

...la eficacia (que) es una propiedad contingente de las normas legisladas (la proposición “La norma N es eficaz” es claramente sintética cuando se trata de normas legisladas), parece convertirse en una propiedad necesaria cuando es predicada respecto de normas consuetudinarias. La proposición “la norma consuetudinaria N no es eficaz” da la impresión de ser autocontradictoria y su negación “la norma consuetudinaria N es eficaz” sería, entonces, una proposición analítica (Alchourron y Bulygin 1997, 12)

Cabe cuestionarse si es posible arribar a la misma conclusión respecto de la eficacia para las normas informales que para las normas sociales: ¿una norma informal emitida por una autoridad también informal que no sea acatada sigue siendo una norma informal (ineficaz) o la falta de eficacia hace que no podamos ya referirnos a ella como a una *norma*? Me inclino a pensar que hasta tanto no sea eficaz ella no será una *institución* en el sentido de “regla de juego presente en una sociedad” que le ha dado North y no será parte de la expectativa normativa de comportamiento de los miembros de la comunidad ni tendrá ninguna relevancia como factor de interacción con las normas formales –que es lo que aquí nos interesa principalmente–.

Por otra parte, la validez es un atributo que sólo puede predicarse acerca las normas formales. Casi todas las versiones de “validez” son compatibles con este razonamiento y con la exclusión de las instituciones informales de esta calificación. Sea que entendamos a la validez como “la competencia de la autoridad creadora de la norma (o lo que viene a ser lo mismo, la legalidad del acto creador de la norma)” (Alchourron y Bulygin 1997, 12; Bulygin y Mendonca 2005, 20) o como el rasgo que está presente “...si ha sido creada de acuerdo con otra norma válida de un sistema jurídico” (Nino 2003, 114), no hay cabida para la calificación como válidas o inválidas de las instituciones informales ya que ni habrá en estos casos “autoridad creadora competente”, ni legalidad (o ilegalidad) del acto de creación de la norma, ni necesidad de adecuación a ciertas normas para la creación de otras. Parece por lo tanto que las normas sociales y las normas informales no son válidas o inválidas, si son eficaces entonces “son” o “existen”.

Es cierto, sin embargo, que en el grupo de las normas informales de conjuntos complejos el origen de la norma informal puede encontrarse en un acto de poder informal o de facto (el jefe de la mafia, el caudillo barrial con mayor poder, el jefe de la “ranchada”<sup>187</sup> etc.), sin embargo, ese acto de poder no es equiparable a lo que usualmente se refiere como validez de una norma por varios motivos: no hay otra norma válida que indique cómo se debe crear la norma informal y no hay una norma superior que indique que (Ni) es inválida si su contenido no se adecua a ella, ni hay tampoco una “competencia” de la autoridad para emitir la norma, lo que hay en cambio es una situación de facto que confiere poder suficiente para dictar la norma (me refiero aquí obviamente a “poder” en su sentido fáctico, no normativo).

#### **10.4. Sanciones e incentivos.**

Uno de los principales focos de atención en el estudio de las instituciones informales ha sido el tema de las sanciones. Como se adelantó algunos párrafos más arriba, no se asumirá acríticamente que la sanción concebida de una manera tradicional sea un requisito *sine qua non* para la existencia de una norma social o una norma informal pues hay normas sociales y normas informales no prescriptivas, como las que conceden permisos o potestades y que no tienen una sanción asociadas a ellas.

Respecto de las instituciones informales prescriptivas, por lo general, se mantiene el criterio de que las sanciones son parte constitutiva de éstas (Hart (1961) 1998; Helmke y Levitsky 2004 y 2006; Carruthers 2012) y aunque pueda referirse a ellas a través de modalidades alternativas tales como “medidas informales de refuerzo del cumplimiento” (Schauer 2015) o “suplementos motivacionales” como proponía Bentham (citado por Schauer 2015 sin indicar referencia más precisa), el espíritu de la sanción parece inevitable aunque éste sea entendido de modo amplio (incluyendo la crítica, los rumores, la burla).

Como se adelantó, el concepto de sanción que aquí se maneja como *mínimo necesario* de las instituciones informales es muy amplio y, en términos generales, puede entenderse que está presente cuando el quiebre de la norma tiene un significado social negativo que puede ser percibido por un observador externo y que es registrado por quien incumple la norma<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> En varios países de América Latina se llaman “ranchadas” a los grupos de presos que están alojados en el mismo pabellón y que se juntan para compartir comida, actividades o para protegerse de otros grupos.

<sup>188</sup> Lawrence Lessig explica de manera similar que “los significados sociales pueden funcionar como incentivos selectivos para inducir a la acción de acuerdo con una norma social” (Lessig 1995, 997)

A pesar de que la existencia de una sanción es esencial para la identificación de las normas sociales o informales no es necesario que el cumplimiento de éstas se produzca *siempre* por temor a dicha sanción. Peyton Young (2008) propone como razones para el cumplimiento de las instituciones informales las sanciones o los temores a las sanciones, las razones de coordinación (como hacer fila en lugar de empujarnos para conseguir ser atendidos en un negocio) y la internalización. Cristina Bicchieri (2006, 4) aporta un elemento adicional para tener en consideración: el componente automático o no deliberado de la realización de las conductas que consideramos normas sociales.

Efectivamente, al igual que lo que sucede con muchas normas formales el cumplimiento de las normas informales y normas sociales no obedece *en todas las oportunidades* al temor de una sanción. Ellas pueden ser cumplidas, además, por razones de coordinación o por internalización y pueden ser eficaces aún cuando el riesgo de sanción sea nulo. Como ejemplifica Elster, uno no tira basura en el parque incluso cuando nadie lo está mirando, ni se hurga la nariz frente a un tren que pasa lleno de desconocidos (Elster 1989, 104-105)<sup>189</sup>. Así, las normas pueden internalizarse y ser cumplidas de modo más o menos mecánico, o ser cumplidas para evitar sentir vergüenza (no por temor a una sanción) o por sentimientos positivos como sentir orgullo o por el deseo de ser aceptado en una comunidad.

Cabe preguntarse si hay una norma social que obliga a sancionar a quien incumple una norma social. La respuesta parece depender de otra pregunta ¿quien no sanciona a quien incumple una norma social está expuesto a su vez a sanciones o críticas? Esta segunda pregunta seguramente tendría respuestas que dependerán de las circunstancias y de la norma social violada originariamente. Si acudo al cumpleaños de una amiga sin un regalo y no doy buenas razones para esa omisión podría ser sancionada por mi amiga o por otros asistentes a la fiesta (criticada o no invitada a futuras celebraciones); pero si ellos o algunos de ellos omitieran la sanción no parece razonable predecir que serán a su vez sancionados por la omisión de sancionarme. Por el contrario, si el vecino (A) omite sancionar a otro (B) que de manera habitual corrige a sus hijos con castigos físicos menores (asumiendo que tal conducta no está prohibida por ley) es razonable predecir que el vecino (C) sancionará (criticará por ejemplo) a (A) por no sancionar a (B). Lo que sí parece es que esta cadena, aún en los casos donde es detectable una norma social que obliga a sancionar a quien incumple otra norma

---

<sup>189</sup> Seguramente cuando Elster escribió el ejemplo en 1989 no había una norma formal que multara el acto de tirar basura en el parque.

social, no es infinita y que rápidamente desaparece (una explicación similar se encuentra en Elster 1989). Por el contrario en las normas formales, la omisión de imposición de una sanción ante el incumplimiento de una norma formal, en teoría, debería generar una cadena de sanciones que debiera subsistir hasta el último eslabón. Si el agente de policía incumple sancionar a quien incumple una norma de tránsito, tendrá una sanción por ello y si no la tiene, el superior encargado de sancionar al policía debería tener una sanción por la omisión de sancionar y así sucesivamente.

Sin perjuicio de todo lo anterior, pareciera que –al igual que en las normas formales–, las instituciones informales que establecen permisos o potestades se presentan con otro tipo de mecanismos que no se identifican de manera clara ni siquiera con un concepto amplio de sanción. Antes de continuar con el tema de las sanciones parece conveniente diferenciar entre instituciones informales que establecen permisos o potestades que coinciden con los permisos y potestades establecidos positiva o negativamente por el sistema jurídico y aquellas normas informales que establecen permisos o potestades *contra legem*. El primer grupo de instituciones informales no presenta mayores problemas pues los permisos concedidos por las normas formales coinciden con aquellos que son establecidos por las normas informales o normas sociales. En todo caso normas formales permisivas que coincidan con normas sociales o informales en el mismo sentido se reforzarán mutuamente logrando que se eleve la posibilidad y las condiciones de “uso” del permiso formal (ver primera parte de este capítulo).

La atención estará dirigida en los próximos párrafos primordialmente a las instituciones informales que establecen permisos o potestades que se oponen total o parcialmente a normas prescriptivas establecidas por normas formales. En este grupo, el incumplimiento de norma informal o social que establece el permiso *contra legem* no generará la imposición de una sanción informal sino que se traducirá en la presencia (o promesa) de incentivos positivos como la reducción de los costes con respecto al cumplimiento de la norma formal o el incremento de beneficios con relación al uso de la norma formal.

Si para identificar a una institución informal prescriptiva (para diferenciarla de un hábito convergente) debemos atender a la existencia de un significado social negativo ante su incumplimiento (sanción en sentido amplio) y tal circunstancia no está presente en el caso de las instituciones informales que establecen permisos o potestades ¿cómo es posible identificar a las instituciones de este último tipo? Un posible camino para hacerlo es a través de la observación inversa: ¿la violación de la norma formal



producida por el uso del permiso informal tiene un significado social negativo o genera una sanción informal o pone en marcha los mecanismos para que se aplique una sanción formal? Veamos: pocos de nosotros alzaremos las cejas en tono de desaprobación si un amigo pide que se le extienda la factura del restaurante luego de una comida familiar a nombre de su empresa para reducir sus impuestos a las ganancias, ni llamaremos a la policía si alguien cruza el semáforo en rojo como peatón, ni criticaremos a un colega por “descargar” música o películas de internet sin pagar por ellas. Por el contrario, no estaríamos dispuestos a tolerar a quien hace grafitis en una pared interior de un museo, ni a justificar a quien no utiliza cinturón de seguridad en el coche, desaprobaríamos a quien deja su asiento del tren lleno de desperdicios y hasta estaríamos dispuestos a llamar a la policía si sabemos de alguien que maltrata a sus hijos. Estos últimos ejemplos podrían entenderse como casos en los que *no hay* un permiso informal pues la desaprobación social y consiguiente sanción en sentido amplio que genera la violación de la norma formal es similar a la que se genera ante la violación de una institución informal prescriptiva.

Como las excepciones a la necesidad de sanciones en sentido amplio se presentan únicamente en el ámbito de las instituciones informales “anti-directivas”, se seguirá haciendo referencia a las sanciones cuando no se aluda a este tipo de normas.

### **10.5. Aplicación y exigibilidad.**

Las normas sociales y las normas informales son además de creadas, *exigidas y aplicadas* desde fuera de los canales “oficialmente” creados (Helmke y Levitsky 2004, 727). Entiendo que “oficialmente” no se vincula aquí con una actividad necesariamente llevada adelante desde el Estado pero sí realizada al *amparo* del Estado. Por ello se exige para que una norma sea formal que la autoridad normativa sea oficial o en condiciones de “oficializarse” en el momento de dictar la norma. En la caracterización que se propone las instituciones de muchos sistemas normativos no estatales (incluso los que optan por mantenerse al margen del Estado<sup>190</sup>) se incluyen en la categoría de instituciones formales. Así, consideraré normas formales a las normas de disciplina de un club social o las normas que rigen en el comercio de diamantes que se conduce por reglas propias vinculadas mayormente al Talmud pero que tiene un órgano de aplicación en el *Diamond Dealers Club* y cuyos veredictos pueden ser recurridos a la justicia (Bernstein 1992) o a ciertas normas de derecho indígena cuyos órganos de

---

<sup>190</sup> Ver Bernstein (1992), Ellickson (1994) y Richman (2012). En algunos trabajos se equipara a la opción no-estatal con informalidad (Ellickson 1994). No es esa la caracterización seguida en este trabajo.

aplicación están reconocidos actualmente o pueden estarlo por imperio de disposiciones constitucionales (en sentido similar ver O'Donnell 2006, 289).

Mientras que las instituciones formales son aplicadas por algún órgano oficial u "oficializable" (en el sentido de que es posible en las condiciones actuales de ser reconocido como legítimo por alguna autoridad estatal), las instituciones informales se hacen valer de una manera más dispersa (Carruthers 2012) esto es especialmente así respecto de la normas sociales. En las normas informales de conjuntos complejos puede existir menor dispersión en la aplicación y podría identificarse, en algunos casos, una autoridad informal de aplicación, como el jefe de la mafia o el caudillo de mayor poder en el barrio, o el líder de un movimiento social, sin embargo, el órgano o persona que aplica la norma informal tampoco será oficial ni, en principio en las condiciones actuales, "oficializable".

Las instituciones informales pueden tener como consecuencia la amenaza de sanciones informales o de incentivos informales, pero la ausencia de una autoridad formal de aplicación hace que si la sanción no es aplicada o la promesa del incentivo no se cumple, no haya, por lo general, oportunidad de *hacer exigible* la sanción o la recompensa prometida. El monopolio del uso de la fuerza o de la autoridad para hacer cumplir las promesas implícitas en las instituciones informales es inexistente.

#### **10.6. Diferencias colectivas.**

Además de las diferencias entre las normas formales y las instituciones informales consideradas de manera aislada o individual, se presentan algunas diferencias también en el ámbito colectivo de unas y otras: mientras que las normas formales (especialmente las normas jurídicas) se presentan como un *sistema* que regula su propia producción, las normas sociales son meros *conjuntos* no sistemáticos de normas (en similar sentido Schauer 2015, 334).

Los sistemas de normas formales tienen diferentes grados de complejidad, completitud y sofisticación: no es lo mismo el sistema de normas de la Unión Europea que el sistema de normas que establece un club social o el de los comerciantes de diamantes retratados por Bernstein (1992). Sin embargo, algo comparten todos ellos: no sólo contienen normas primarias sino también reglas secundarias, de adjudicación, de reconocimiento y de cambio (Schauer 2015, 333). Mientras tanto, los conjuntos de instituciones informales, especialmente los que contienen a las normas sociales, se componen casi exclusivamente de normas primarias y, en algunos casos, normas que

establecen excepciones a esas normas primarias (Elster 1989, 101). Por su parte, los conjuntos de normas informales pueden tener algunas rudimentarias normas de adjudicación, pero carecerán de reglas de cambio.

A diferencia de los sistemas formales los conjuntos de instituciones informales no tienen pretensión de completitud<sup>191</sup>. La pretensión de coherencia o consistencia es también una característica de los sistemas formales, ya que en los conjuntos de instituciones informales pueden coexistir normas contradictorias y la que sea más eficaz (en el sentido de que un mayor número de sujetos normativos realice la conducta obligatoria o se inhiba de realizar la conducta prohibida) será la que en definitiva se “imponga” sobre la otra norma y promueva, finalmente, la desaparición de la norma contradictoria. Por otra parte, el ideal o mandato de certeza no está presente en los conjuntos informales que se caracterizan por estar integrados por normas que no necesariamente tienen los atributos de ser generales ni públicas y son generalmente más vagas y ambiguas que los sistemas de normas formales.

Por todas las características señaladas anteriormente, los ámbitos o actividades regidos primordialmente o parcialmente por instituciones informales *en sus aspectos más relevantes* resultan menos previsibles para el futuro y más inciertos para el presente<sup>192</sup>.

#### 11. RELACIONES RELEVANTES ENTRE HÁBITOS CONVERGENTES, INSTITUCIONES INFORMALES, NORMAS FORMALES Y EFECTOS.

Como se adelantó, uno de los objetivos de esta parte de la investigación es explorar las relaciones entre las instituciones informales y las normas formales y con otros componentes no institucionales (hábitos convergentes y efectos) que se consideran relevantes para explicar los éxitos o fracasos de las normas tendientes a promover el desarrollo. Los efectos, al igual que los hábitos convergentes, no integran el paisaje habitual de las teorías institucionales sobre desarrollo pero por su relevancia y su participación en las interacciones se considera importante incorporarlos a los análisis.

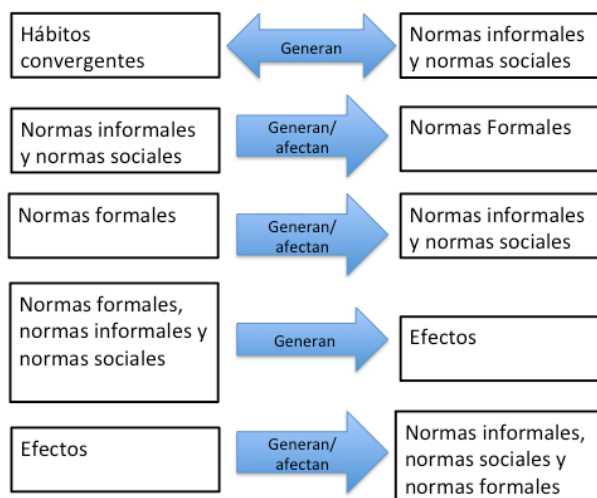
Estas relaciones se pueden esquematizar del siguiente modo.

---

<sup>191</sup> Algunos sistemas formales no tienen pretensión de completitud ya que se cuenta complementariamente con las normas jurídicas que rigen las situaciones no reguladas por el propio sistema (v.gr. el reglamento de un club social no preverá normas sobre responsabilidad civil en caso de accidente, ni regulará sobre la posibilidad de apuestas por dinero).

<sup>192</sup> No es posible pensar acerca de ámbitos en los que puedan evitarse las instituciones informales (ni es razonable pensar que tal mundo, de ser posible, fuera conveniente) por eso se justifica la aclaración de que en donde se perjudica la seguridad jurídica es en los ámbitos en los que las instituciones informales regulan los aspectos *relevantes* de las actividades.

**Gráfico 1.** Esquema de interacción entre hábitos convergentes, instituciones informales e instituciones formales



Las relaciones indicadas en las flechas son de dos tipos: “generación” y “afectación”. La primera es la relación que puede identificarse tras un enfoque *dinámico* en el sentido de que se pone en evidencia luego de un tiempo de interacción. Por ejemplo, existe desde hace siglos una norma social que prohíbe circular desnudo por las calles de Barcelona y esa norma social recién en 2011 fue recogida por una norma formal (la norma social fue *el antecedente*, en algún sentido, de la norma formal). Pero si sacásemos una foto hoy a los transeúntes de Barcelona no detectaríamos esta relación de “generación” simplemente veríamos a la gente vestida y podríamos afirmar que la norma jurídica es en este caso eficaz. Por el contrario, la relación de afectación, sí puede ser detectada de manera estática en un determinado momento del tiempo: si sacásemos una fotografía a los peatones que circulan por las calles de Barcelona veríamos que aun encontrándose el semáforo en rojo se aventuran a cruzar si no vienen vehículos. En este último caso, una norma social (que “permite” a los peatones cruzar con el semáforo en rojo) *afecta* la eficacia de la norma formal que prohíbe esa conducta. Es decir, para detectar una relación de *afectación* podemos detener nuestra mirada en un momento determinado del tiempo por lo que llamaré a ese enfoque “estático”. La distinción anterior no implica sostener que las relaciones de afectación se producen de manera instantánea o automática, pero una vez producidas, basta un enfoque sincrónico para poder describirlas. En general, como ya se dijo, la literatura, especialmente desde la economía, la sociología y las ciencias políticas, ha prestado más atención a las relaciones que se detectan mediante enfoques dinámicos.

Esta distinción entre los enfoques dinámicos y estáticos es útil para diferenciar algunos aspectos de la interacción entre normas informales y formales pero es evidente

que entre ellos hay también una vinculación. Tomemos el caso de la prohibición de fumar en lugares públicos que como norma formal fue altamente eficaz en casi todo el mundo y consiguió que se deje de fumar en esos lugares *afectando* de esta forma a una norma social que permitía esa actividad y que coincidía con el permiso jurídico anterior (enfoque estático). Esa afectación generó posteriormente el nacimiento de una norma social funcional a la norma formal (que refuerza el enunciado “está prohibido fumar en lugares públicos cerrados”) y también generó el surgimiento de una nueva y distinta norma social que podría formularse como “está prohibido fumar en los domicilios ajenos excepto que se cuente con autorización de quienes habitan en él” (enfoque dinámico).

Las relaciones entre normas formales e instituciones informales no se reducen, por cierto, al enfoque presentado anteriormente sino que pueden ser analizadas desde muy distintas perspectivas y pareciera que todas las normas formales al ser aplicadas, interpretadas e implementadas no pueden escapar de ser “contaminadas” por normas sociales o normas informales (Keith Hart 2006, 30). Como consecuencia de ello, no hay actividades completamente regidas por normas formales ni completamente regidas por normas informales. En cualquier intento de entender el fenómeno de la informalidad en la actualidad, es necesario considerar que los mundos de la informalidad y la formalidad se presentan como un *continuum*, y no como dos mundos separados como se describe en mucha de la literatura jurídica del siglo XX.

En los apartados que siguen se desarrollarán cada una de las relaciones expuestas en el esquema de relaciones presentado en el gráfico anterior.

### **11.1. Hábitos convergentes que se transforman en normas sociales y el camino de regreso (enfoque dinámico).**

Pareciera que el surgimiento de todas las normas sociales pasa en algún momento por el estadio de “práctica o hábito convergente” en el momento en el que la práctica o hábito es reiterado, persistente en el tiempo y estadísticamente relevante entre los sujetos normativos. Si luego la práctica adquiere rasgos normativos se genera una norma o institución informal. Las normas informales, por su parte, requieren también para ser tales que la conducta se reitere, persista en el tiempo y adquiera relevancia estadística dentro del grupo en donde rigen, aunque es posible que estas conductas adquieran esos rasgos de una manera más inmediata, por ejemplo, tras la emisión de la norma informal por la autoridad de facto.

La diferencia efectuada entre normas sociales y normas informales y el hecho de que las primeras atravesen en algún momento por el estadio de hábitos convergentes no

implica que éstas se relacionen *necesariamente* con tradiciones culturales, valores morales, creencias religiosas, costumbres y otras cuestiones similares, como lo han entendido algunos autores (Pejovich 1999, 166). En consonancia con las visiones “culturalistas”, en los estudios sobre desarrollo e instituciones se ha puesto un énfasis excesivo en las normas sociales que rigen las relaciones entre la población (es decir que rigen las relaciones horizontales) o que provienen de hábitos considerados culturales. En menor medida se han estudiado las normas informales y/o las normas sociales con relación al poder político (es decir, por ejemplo, las relaciones verticales) (sí lo han hecho O’Donnell 2006; Helmke Levitsky 2004, 2006) y casi ningún trabajo se ha dedicado a las normas informales y/o a las normas sociales en el ámbito de las actividades económicas y financieras y/o a nivel corporativo.

Es innegable que las normas sociales pueden formarse por herencias culturales, tradiciones, creencias religiosas, etc. que serán en todo caso diversas manifestaciones de las *creencias* (racionales o irracionales) de los sujetos —es decir, de la representación interna que tienen sobre su entorno (North 2005)—, sin embargo, como se verá más adelante, resulta muy difícil que las normas sociales (y las normas informales) surjan fuera de los moldes que las instituciones formales les proponen. Asimismo pareciera que las normas sociales e informales (y esto puede extenderse a muchos hábitos convergentes también) tienen fuertes condicionantes económicos, de arquitectura y hasta climáticos. Lo que quiero destacar a través de estas afirmaciones es que son realmente pocas las instituciones informales de carácter atávico o de tradición cultural difícilmente mutable con que muchas veces se asocia a la totalidad de las normas sociales y a muchas normas informales.

Tampoco resulta un elemento característico que las prácticas se “filtren desde abajo” como asume Schauer (2015, 328) en lugar de imponerse de arriba hacia abajo. De hecho muchas normas sociales parecen imponerse de arriba hacia abajo o desde las élites hacia quienes no las integran. Esto es tal vez más visible en el ámbito de las normas informales, por ejemplo, en el mundo de la actividad política o financiera en donde hay muchas normas informales que no recorren el camino propuesto por Schauer sino que reproducen de algún modo el esquema piramidal de producción de las normas formales. Aunque es especialmente visible en lo que se ha llamado normas informales de conjuntos complejos también puede observarse que ciertas normas sociales se generan de una manera que reproduce el esquema vertical de las normas formales que va de las élites a las bases.

Asimismo, la modificación en los hábitos para generar normas sociales se puede

intentar desde el Estado sin necesidad de generar deberes o prohibiciones (que serían las opciones estrictamente regulatorias de las conductas), a través de campañas de concientización para el cambio de conductas<sup>193</sup>, mediante acciones conocidas como “opciones de arquitectura” o “*nudge*” (Thaler y Sunstein 2009) que implican cambios en las condiciones que contribuyen a la formación de una norma social (p.ej. modificar la distribución de recipientes para reciclaje en las calles o instalar máquinas expendedoras de condones) o a través de “*opciones financieras*” como el subsidio de un determinado producto o la imposición de impuestos sobre otros (Kinzig et al. 2013, 166 y ss)<sup>194</sup>. Por supuesto que si aquello que se intenta imponer como conducta no es luego aceptado por un sector estadísticamente relevante de la población, no perdura en el tiempo, ni se vuelve una conducta regular, no será un hábito convergente, como tampoco será una norma social si no adquiere los rasgos de normatividad señalados anteriormente.

Es posible identificar también el camino de regreso de las normas sociales a los hábitos convergentes. Si pensamos en las normas sociales que regían la vida de nuestros padres o nuestros abuelos es posible que advirtamos que muchas de ellas han perdido los rasgos de normatividad y hoy son sólo —en el mejor de los casos— hábitos convergentes. En el ámbito de las cuestiones de género y de las relaciones intrafamiliares estos cambios son notables (lo que no implica que no resten muchos más): hace cien años era una norma que las parejas se casaran antes de convivir y una gran vergüenza tener un hijo sin estar casados, cuestiones que hoy en día han perdido por completo sus rasgos de normatividad y subsisten únicamente como hábitos convergentes<sup>195</sup>.

## **11.2. Instituciones formales que producen instituciones informales (enfoque dinámico).**

Contra lo que resulta por lo general considerado, las normas sociales y las normas

---

<sup>193</sup> Un ejemplo interesante es el que trae Waylen sobre la Segunda Guerra Mundial en EE.UU. en donde se intentó a través de diversas campañas modificar ciertas instituciones informales que regían las relaciones de género animando a las mujeres al uso de pantalones y del pelo corto para poder reemplazar a los hombres en actividades que hasta ese momento habían sido reservadas a ellos (Cfr. Waylen 2014, 218)

<sup>194</sup> Nótese, sin embargo, que aunque la opción del Estado para modificar los hábitos y luego las instituciones informales no sea específicamente mediante la prohibición de una conducta o la imposición de una obligación, las opciones alternativas que se enumeran en el cuerpo del texto no dejan de estar necesariamente ligadas a normas formales. Así, la campaña de concientización será aprobada por una norma formal y lo mismo ocurrirá con la redistribución de los recipientes de reciclaje o la decisión de imponer un impuesto sobre las bebidas con azúcar o alcohol. En este sentido, estas opciones alternativas no quedan al margen del análisis jurídico-institucional que aquí se propone pues las normas que disponen este tipo de medidas también pueden ser eficaces o no serlo o ser efectivas o no serlo.

<sup>195</sup> Cristina Bicchieri propone como ejemplo el de el vestido de novia blanco que era una norma social hasta mediados del siglo XX y hoy sólo puede ser considerado un hábito convergente (aunque ella los llama costumbres sociales) (Ver Bicchieri 2017, 3)

informales raramente surgen de manera espontánea y es muy difícil entenderlas aislándolas de las condiciones creadas por los gobiernos y los procesos políticos (Kinzig et al. 2013, 166). Como ya hemos visto en el subtítulo anterior incluso hay normas sociales y/o normas informales impulsadas por el gobierno o cuya *creación* puede atribuirse a una decisión planificada desde el Estado. Casos interesantes de este tipo de instituciones informales son las que se instalan en la población respecto al rechazo o al odio hacia otras naciones, lenguas, culturas o religiones (ver Lessig 1995, 973 y ss). También la construcción de la tradición es un modo de generar normas sociales que no resulta política ni socialmente neutral (sobre la construcción de la tradición ver Hobsbawm y Rengers, 1983). Esta afirmación no implica en modo alguno sostener que *todas* las instituciones informales se originen a partir de la existencia de una norma formal. Sin embargo, el marco institucional formal general será, en parte, el molde que otorgará forma y establecerá los límites de tanto de las normas sociales como de las normas informales (y también la interacción se verifica en el sentido opuesto).

En muchas ocasiones, que son las que interesan en este apartado, las normas sociales o normas informales son directamente endógenas a normas formales o a conjuntos de normas formales. Se trata de una relación más específica que la de marco general o “molde” antes referida. En estos casos más específicos de endogeneidad, como ya se adelantó en el punto 9 anterior, el surgimiento de la institución informal se produce, o bien como *efecto* de la norma formal (recordemos que los efectos funcionales o disfuncionales son en principio oscuros a los participantes), o bien, son directamente los *propósitos* o resultados sociales esperados de la norma formal.

Las instituciones informales endógenas que surgen como efecto de una norma formal suelen ser producto de un incentivo generado por esta última o de un cambio de hábitos producido por el cumplimiento de la norma. Esos efectos, en forma de incentivos o cambios de hábitos, se traducen en determinadas acciones que adquieren luego una alta presencia estadística entre los sujetos normativos relevantes, reiteración en el tiempo y los rasgos de normatividad antes descritos y dan lugar al surgimiento de nuevas instituciones informales. La prohibición de fumar en lugares públicos generó, por ejemplo, la norma social que extiende esa prohibición a los hogares ajenos e incluso, en algunos casos, a los hogares propios; sin embargo, las posibilidades de que el legislador hubiese vislumbrado la creación de esta norma social son escasas (especialmente en sociedades como España o el Reino Unido que resistían la prohibición formal), y por ello es posible asimilar este *resultado observable* a un efecto



luego convertido en norma social.

Como se dijo anteriormente, también es posible que una norma formal tenga como propósito o fin social (es decir como R1) la creación de una norma social o el fortalecimiento de una existente. Para el año 1909, por ejemplo, diecisiete estados de EEUU habían prohibido la venta de cigarrillos (no de cigarrillos ni de tabaco para fumar en pipa), y esa prohibición no tenía como fundamento cuestiones de protección de la salud ya que entonces no había más que intuiciones no comprobadas sobre su potencial dañino y la norma no prohibía fumar tabaco en otros formatos, sino únicamente detener a las mujeres del creciente hábito de fumar ya que éste se consideraba “escandaloso” por invadir un ámbito considerado de placer exclusivamente masculino (Lessig 1995, 1025-1026).

A esta altura debe resultar claro que no todas las normas sociales y/o normas informales son disfuncionales al sistema jurídico o a una norma formal. Por el contrario, muchas instituciones informales *endógenas* refuerzan el cumplimiento de la conducta ordenada o los resultados sociales esperados. Así explica Schauer:

...el derecho puede con frecuencia lograr el mayor bien no al ejercer directamente la coerción sobre quienes le están sujetos para que se comporten de manera socialmente deseable, sino en cambio creando o haciendo cumplir las normas sociales que luego influirán más directamente sobre la conducta. Si el derecho puede señalar la inaceptabilidad de una cierta práctica, se dice, pueden luego desarrollarse normas previamente inexistentes en contra de esa práctica, y normas previamente débiles pueden verse fortalecidas. De esta manera [...] el derecho puede tener un efecto sobre el comportamiento distinto de, o en adición a, su poder coercitivo más obviamente directo (Schauer 2015, 337).

Pareciera, sin embargo, que la razonable idea de que el derecho puede “lograr el mayor bien” creando o haciendo cumplir normas sociales que luego influirán más directamente en la conducta requiere necesariamente un mínimo grado de eficacia de la norma formal (en el sentido de acatamiento y también en su aplicación) y de efectividad. Una norma formal no eficaz o sólo débilmente eficaz difícilmente genere un cambio de hábitos capaz de convertirse luego en una norma social. Algo similar ocurre con la efectividad: si se sabe que una norma está mal diseñada y no conduce al fin social para el que fue sancionada no hay grandes estímulos ni para su acatamiento, ni se presentarán probablemente las condiciones para que se genere a partir de ella una nueva institución informal. Sobre estas relaciones de afectación a la eficacia y la efectividad se volverá más adelante.

### 11.3. Instituciones informales que incentivan la producción de normas formales (enfoque dinámico).

Muchas veces las normas formales o algunos de sus rasgos distintivos emergen de instituciones informales o, por el contrario, las normas formales se sancionan para repeler o neutralizar una situación social o económicamente indeseable generada por una institución informal.

Respecto del primer grupo (normas formales que emergen de instituciones informales), se trata de situaciones en las que el derecho resulta *convocado*, o dicho en otros términos, se genera una *demanda de formalización*<sup>196</sup>. Por las características propias de las instituciones informales (carencia de *fuerza de ley*, ausencia de un órgano encargado de la aplicación, falta de claridad sobre las sanciones, etc.) puede ocurrir que instituciones informales (contrarias o no contrarias al derecho) requieran en cierto momento su formalización para subsistir. Ello puede obedecer a que se trate de normas informales o normas sociales incipientes que aún encuentran resistencia en algún sector de los sujetos normativos relevantes o, por el contrario, normas informales que están perdiendo fuerza (menos cantidad de sujetos se comportan de acuerdo a ella o un grupo de sujetos identificables y estadísticamente relevantes –v.gr. “las mujeres”– deja de comportarse de acuerdo a ella), o que son cuestionadas por información novedosa u otra situación que no se presenta hasta el momento en forma de *acciones* (v.gr. se descubre y difunden las desventajas para la salud de los fumadores de segunda mano).

En los países de tradición romano-germánica la creación de normas formales que preexistieron como instituciones informales suele venir de la mano de reformas legislativas y no tanto del reconocimiento judicial. En todo caso, el reconocimiento de las instituciones informales por vía judicial no podría ser *contra legem* porque las normas sobre jerarquía normativa así lo establecen. Inclusive si la institución informal pudiera ser considerada una costumbre legal no podría ser reconocida si es contraria a normas jurídicas positivas<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Schauer (2015, 337) sostiene que estos casos el derecho resulta “invocado” pero la expresión parece un poco fuerte en ámbitos ajenos al *common law* por lo que la palabra “convocado” puede reemplazarla de manera más natural.

<sup>197</sup> Schauer propone el ejemplo de los pescadores de Walmer quienes secaban sus redes en espacios que eran nominalmente privados y cuando un propietario les impidió seguir haciéndolo los pescadores lo demandaron judicialmente y lograron que se reconozca que la costumbre de secar las redes en ese espacio prevalecía sobre el derecho de propiedad (Schauer 2015, 335). Este tipo de razonamiento sería prácticamente inviable en la mayoría de los países de tradición romano-germánica pues en estos la costumbre tiene un papel secundario y siempre inferior a las leyes.

De todos modos, aún cuando la norma informal no sea fuente directa para el reconocimiento judicial de un derecho u obligación, la norma informal anterior puede ser una pauta de interpretación para una norma formal y por lo tanto otorgarle un sentido diferente de uno anteriormente asignado u otorgarle un sentido originario. Si sólo podemos hablar de normas luego de una interpretación que le asigne sentido de manera unívoca (Bulygin y Mendonca 2005, 63), entonces las normas informales podrían actuar, en buena medida, como pautas para la creación de normas formales a través de la generación de las bases para una interpretación unívoca. Por ejemplo, la norma social que *obliga* a amamantar a los recién nacidos en América Latina y la fuerte tradición de amamantar en público –en la que coinciden el permiso formal y la norma informal– podrían ser una guía para los magistrados para interpretar que el amamantamiento en público no es típico del delito de exhibiciones obscenas o similar.

La otra posible relación de generación de una norma formal a raíz de una institución informal es cuando esta última es preexistente (o endógena a una norma formal diferente) y genera una situación social o económicamente indeseable que se quiere repeler o neutralizar a través de la sanción de una nueva norma formal. Estos casos serán revisados en el apartado siguiente.

#### **11.4. Instituciones informales que afectan a normas formales (enfoque estático).**

Las normas sociales y las normas informales interactúan con las normas jurídicas y las restantes instituciones formales influyendo en la eficacia de éstas o en su efectividad (de manera complementaria o contradictoria). Las instituciones informales también reemplazan de algún modo a las normas formales cuando éstas son ineficaces, no efectivas o se trata de un ámbito no regulado por el derecho. De todas estas interacciones resultan especialmente interesantes las que afectan negativamente la eficacia o la efectividad de las normas formales ya que es ese el mecanismo que puede influir en el fracaso de una política pública para el desarrollo. Es decir, son especialmente interesantes, las instituciones informales que resultan disfuncionales a las normas formales.

Varios autores han esquematizado las relaciones entre instituciones formales e informales de diferentes formas. Como se ha adelantado, la mayor parte de los trabajos se dirigen a dar cuenta de lo que aquí se ha llamado las *enfoques dinámicos*, es decir,

la relación entre ellas que genera la producción de unas y otras<sup>198</sup>. Esto resulta lógico pues la preocupación más grande y el enigma sin descifrar del institucionalismo gira en torno a cómo se produce el cambio institucional *real* (no meramente formal).

Hay una menor cantidad de trabajos que se ocupa en profundidad del aspecto que he llamado estático<sup>199</sup>. Los autores Gretchen Helmke y Steven Levitsky (2004 y 2006), por ejemplo, han esquematizado las diferentes posibilidades de interacción de las instituciones formales e informales en su versión estática. En la tipología de Helmke y Levitsky las instituciones formales pueden ser eficaces o no y su interacción con las instituciones informales puede generar resultados convergentes o divergentes respecto de los fines de las instituciones formales (Helmke y Levitsky 2006, 13/14 y 2004, 728/729). La convergencia de instituciones informales con normas formales *efectivas* produce lo que esos autores denominan instituciones informales *complementarias*, en este caso las instituciones informales llenan las lagunas de las normas formales; mientras que la convergencia con instituciones formales inefectivas genera un efecto *sustitutivo*. En el ámbito de las *divergencias*, las instituciones informales que interactúan con normas formales efectivas generan un efecto *acomodaticio* ya que alteran el espíritu pero no la letra de la norma (o en la explicación de Carlos Nino, se observa la norma formal con un sentido ritual, ignorando los objetivos que ella persigue (Nino 2005, 45)). Por su parte, la *divergencia* entre instituciones informales e instituciones formales inefectivas genera un efecto de competencia y socava a las disposiciones formales (por ejemplo, la corrupción, el patrimonialismo o el clientelismo) (Helmke y Levitsky 2004, 728-729).

El esquema de interacción de Helmke y Levitsky merece algunos comentarios. En primer lugar los autores atribuyen a la “eficacia” un sentido doble que van utilizando alternativamente según la argumentación requerida. En la explicación de estos autores por momentos la eficacia se vincula con la realización de la conducta ordenada por la norma y por momentos con el grado y características de aplicación de la norma (*enforcement*). Como se ha señalado con anterioridad es conveniente distinguir estos dos ámbitos ya que indudablemente se relacionan pero no se confunden.

El segundo comentario se refiere a una dificultad en el punto de partida de la tipología. En ella se asume que las instituciones informales interactúan con normas formales que *son* eficaces o no eficaces y de esa interacción se generan resultados que

---

<sup>198</sup> Cfr. entre muchos otros North, Wallis y Weingast (2009a); North, Wallis y Weingast 2009b; North, 2005; Mahoney y Thelen (2010); Schauer (2015); Aldashev et al. (2012); Carruthers (2012).

<sup>199</sup> Algunos trabajos en este sentido son los de Pistor, Haldar y Amrit (2009) y Helmke y Levitsky (2004, 2006)

pueden ser convergentes o divergentes con los propósitos de la norma formal. La dificultad observada radica en que se asume que la norma formal es eficaz o no eficaz de manera originaria o independiente de la institución informal que la afecta, cuando en realidad, en muchos casos, la ineficacia de la norma formal proviene justamente de la interacción con la institución informal y la eficacia de la norma formal del respaldo que recibe por parte de una institución informal. Es la norma informal o social la que torna ineficaz a la norma formal (y por ello no efectiva, lo que los autores comentados denominan *resultado divergente*) o por el contrario, es la institución informal la que refuerza el cumplimiento de la norma formal que gana parcialmente eficacia por esta interacción.

Se propone a continuación un modo alternativo de abordar este enfoque estático o “de afectación” de las normas formales que parte del punto de vista omitido por Helmke y Levitsky, es decir, en el análisis que se propone el resultado de la eficacia o ineficacia de la norma formal es producto de la interacción con la institución informal. Además se incorpora un elemento adicional al de la eficacia que puede vincularse con la *eficiencia* de la norma formal ya que se evalúa la posibilidad de que la norma informal no afecte directamente la eficacia pero sí influya sobre los costes de llevar adelante la conducta indicada por la norma formal.

En las relaciones de competencia entre normas que se propondrá a continuación se asume que todas las normas están correctamente diseñadas y se excluyen los casos de efectividad impropia<sup>200</sup> ya que son realmente casos marginales, así como casos en que la efectividad se afecta por situaciones excepcionales como crisis internacionales o catástrofes naturales, ya que la afectación a la eficacia de N1 no proviene en estos casos de la interacción con instituciones informales. Por el contrario, sí se considerará como una auténtica relación de competencia a lo que he llamado *normas formalmente eficaces* que, recuerdo, se presentan cuando además de cumplirse con la conducta indicada (C1) por la norma (N1) se realizan conductas alternativas (C2, C3, C4...) que neutralizan o anulan las consecuencias de haber obrado conforme a la norma formal.

---

<sup>200</sup> Son los casos en los que la norma es efectiva pero no eficaz.

**Cuadro 3: Relaciones de competencia o contradicción entre normas formales prescriptivas e instituciones informales en T1 (eficacia)**

<b>Norma Formal</b>	<b>Norma social o norma informal</b>	<b>Ejemplos del triunfo de la norma informal</b>
Prohíbe	Releva de la prohibición (otorga permiso)	Los peatones de las grandes ciudades de América Latina y sur de Europa cruzan los semáforos aun si están en rojo cuando advierten que no vienen vehículos.
Prohíbe	Obliga	En la India se prohibió formalmente la arraigada tradición de la “dote matrimonial” en el año 1961. Sin embargo, una familia con hijas mujeres está obligada actualmente a aportar la dote antes de que su hija se case.
Obliga	Releva de la obligación (torna facultativa la conducta)	Las normas sobre igualdad de género e igualdad en las condiciones de contratación obligan a dar igual tratamiento salarial a hombres y mujeres, sin embargo, la obligación es neutralizada por normas sociales y normas informales que admiten cualquiera de los dos caminos: que se otorgue trato diferente a hombres y mujeres en el ámbito de la contratación laboral o que se respete la obligación.
Obliga	Prohíbe	Luego de pronunciado el fallo <i>Brown vs. Board of Education</i> (1954) por parte de la Corte Suprema de EE.UU, en muchas escuelas públicas se continuó con las prácticas segregatorias impidiendo que los estudiantes afroamericanos se enrolasen en escuelas a las que también acudían estudiantes blancos <sup>201</sup> .
Obliga o Prohíbe	Mediante nuevas obligaciones, prohibiciones o permisos <i>informales</i> se aumentan o disminuyen los costes de cumplir/incumplir con la obligación o de cumplir/incumplir la prohibición.	Los caudillos barriales durante los planes sociales anteriores a los PTC muchas veces cumplían con sus obligaciones y seleccionaban a las familias más pobres, con hijos menores y otras cualidades requeridas por la norma jurídica para ser beneficiarios. Sin embargo, pedían un “retorno” de lo cobrado en esos planes sociales.

En el último caso ejemplificado (“Obliga o Prohíbe/aumenta o disminuye costes”) la prohibición u obligación se cumple pero se afectan para bien o mal los costes de cumplir con la norma. Mientras que en los pares anteriores la norma formal se incumple (no es eficaz o no lo es de manera óptima). En el caso de aumento/disminución de costes no se afecta directamente la eficacia pero sí puede haber una afectación indirecta y puede tener consecuencias en la efectividad y/o eficiencia de la norma formal.

Si las normas están correctamente diseñadas (cuestión que es asumida en el cuadro anterior), la afectación a la eficacia de las normas formales puede redundar –y casi siempre es así– en que los resultados sociales esperados por la legislación no sean

<sup>201</sup> Ver Orfield (2001) y Reardon (2014).

alcanzados. Recordemos que anteriormente se había presentado la eficacia y la efectividad en dos tramos respectivamente (T1 y T2)

Eficacia de N1 = T1 [N1 (C1)\_\_\_\_\_S.C1] Efectividad de N1= T2 [C1\_\_\_\_\_R1]

En los casos incluidos en el cuadro anterior la norma formal (N1) dispone la realización u omisión de realización de determinada conducta (C1) con el fin de alcanzar un determinado resultado social (R1), sin embargo, esa conducta es reemplazada por otra originada en una institución informal (Ni (C2)) y en la mayoría de los casos el resultado social esperado (R1) no se alcanza. Así la afectación a la eficacia perjudicará también su efectividad. Estos casos, representando a las instituciones informales a través de (Ni), pueden ser presentados del siguiente modo.

T1 [N1 (C1)\_Ni (C2)\_\_\_S.C2] T2 [C2\_\_\_\_\_¬R1]

En los casos señalados en el cuadro en los que la institución informal aumenta/disminuye los costes de cumplir con la prohibición/obligación, la norma informal o social, no se afecta directamente a la conducta dispuesta por N1(o sea su eficacia), sino que esta se cumple pero simultánea o sucesivamente se realizan otras conductas (C2, C3, C4...) que neutralizan las consecuencias de haber actuado conforme a N1 (afectando así su efectividad y/o su eficiencia). Estos casos – normas formalmente eficaces—pueden representarse de este modo.

T1 [N1 (C1)\_Ni (C1, C2, C3)\_\_\_S.C1, C2, C3] T2 [C1,C2. C,3\_\_\_¬R1]

En el cuadro que sigue se presentarán las posibles relaciones de competencia entre normas formales anti-directivas (es decir aquellas que confieren permisos, potestades o competencias) e instituciones informales, asimismo se presentarán las posibles relaciones de competencia entre instituciones informales y los permisos negativos, que consideraré establecidos por *default* por el sistema jurídico y por lo tanto como otorgados por normas formales. Estas de relaciones de competencia se producen cuando las instituciones informales prohíben u obligan a realizar algo que está permitido o que es facultativo. Como se dijo anteriormente, es posible y frecuente que las normas formales y las instituciones informales coincidan en aquello que permiten y en esos

casos –que por no ser problemáticos no están ilustrados en el cuadro—normas formales e instituciones informales se refuerzan mutuamente.

**Cuadro 4: Relaciones de competencia entre normas formales anti-directivas y permisos negativos e instituciones informales**

<b>Norma Formal</b>	<b>Norma informal</b>	<b>Ejemplos del triunfo de la norma informal</b>
Confiere Permiso, potestad o competencia	Prohíbe	En las sociedades en las que las legislaciones permiten la corrección de los hijos mediante actos físicos moderados rigen muchas veces normas informales que censuran esa práctica <sup>202</sup> .
Confiere Permiso, potestad o competencia	Obliga	En ciertos ámbitos altamente influenciados por el clientelismo y el fraude electoral, los ciudadanos tienen derecho a votar a cualquier partido de los que se presentan a elecciones, sin embargo, son obligados a votar por un determinado partido.
Confiere Permiso, potestad o competencia	Aumenta o disminuye los costes de hacer uso del permiso, potestad o competencia	Las prácticas afianzadas de corrupción que aparecen en muchos ámbitos al intentar hacer uso de un permiso o un derecho, suelen aumentar o disminuir los costes de hacer uso de los permisos, potestades, competencias o derechos.
Ámbito no regulado (permiso negativo)	Obliga	En el cono sur de América Latina (probablemente en otras regiones también) la práctica de amamantar a los recién nacidos ha adquirido rasgos típicos de norma social que obliga a tal conducta y se reprocha socialmente el no amamantar cuando no hay causas médicas que lo impidan.
Ámbito no regulado (permiso negativo)	Prohíbe	En EE.UU en gran parte de los estados no hay prohibición formal de amamantar en público, sin embargo, el reproche social de esta práctica es notable y prácticamente no se amamanta en público.

Uno de los casos señalados en el cuadro anterior merece una explicación adicional. Se trata del caso en el que la institución informal (Ni) eleva los costes de llevar adelante la actividad permitida por una norma formal (N1). Esta situación es muy frecuente ya que muchos casos de corrupción encuadran en esta descripción. En general cuando las instituciones informales compiten con normas formales que establecen permisos o potestades y su resultado es la elevación de costes, se produce el incumplimiento de una norma prescriptiva asociada necesariamente a la norma formal que establece el permiso o potestad pero el conflicto no es con la propia norma que establece el permiso. Como se ha adelantado en la primera parte de este capítulo, la existencia de

<sup>202</sup> En la República Argentina, por ejemplo, hasta agosto de 2015 estuvo vigente el art. 278 del Código Civil que establecía “Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores...”.



un permiso positivo genera una serie de obligaciones y prohibiciones genéricas (v.gr. no interferir con la posibilidad de hacer uso del permiso o potestad cuando estos correspondan) y concretas (si opto por hacer uso de la posibilidad de cobrar un plan social el empleado que toma mis datos tiene la obligación de consignarlos, de elevar los trámites a quien corresponda, la oficina correspondiente tiene la obligación de pagarme, hay una prohibición de cobrar impuestos sobre ese ingreso, etc.). Esto fue ya señalado por Hart en *El concepto del Derecho* cuando al referirse a las *power-conferring rules* sostuvo que “las potestades que ellas confieren son potestades para crear reglas generales del último tipo [reglas que establecen deberes], o para imponer deberes a particulares que, de otra manera, no estarían sometidos a ellos” (Hart (1961)1998, 42). Por lo tanto, la interferencia de la institución informal en competencia con la norma que establece un permiso, potestad, competencia, etc. generará la violación de una de las obligaciones o prohibiciones creadas por la norma que genera el permiso, potestad, competencia, etc.

En los ejemplos incluidos en los cuadros anteriores se han presentado casos de normas formales que no han podido *vencer* a una institución informal preexistente (como el caso de la India y la dote matrimonial) y casos de normas auténticamente endógenas a normas formales (como los casos de corrupción o clientelismo).

Para finalizar este apartado presentaré un ejemplo que reúne la interacción y la relación entre los enfoques dinámicos y estáticos que se presentan aquí. Muchas de las normas formales sobre relaciones familiares que hoy conocemos –por ejemplo las que legalizan las convivencias de hecho, el divorcio, o el tratamiento igualitario a los hijos nacidos fuera del matrimonio– comenzaron como normas sociales que se oponían (en alguna de las formas señaladas en los cuadros anteriores) a las normas formales sobre derecho de familia, que eran entonces más conservadoras, y esas normas sociales generaron la demanda de los cambios que finalmente recogieron las leyes (Waylen 2014, 218). Finalmente, cuando las leyes formales fueron modificadas aceptando otorgar derechos y obligaciones a las relaciones de convivencia, disolver matrimonios, y otorgar iguales derechos a los hijos extramatrimoniales, las normas informales preexistentes permitieron una mayor eficacia o mejores índices y calidad de uso de las nuevas normas formales.

### **11.5. Instituciones formales que afectan a instituciones informales (enfoque estático).**

Probablemente uno de los mayores desafíos de quienes tienen la tarea de diseñar e implementar normas formales que contribuyan al desarrollo económico y humano es vencer a las instituciones informales preexistentes que se consideran disvaliosas o disfuncionales para otras normas del sistema jurídico, así como modificar oportunamente y eficazmente las normas formales para contrarrestar a las instituciones informales (endógenas a la norma formal) que pudieron surgir como efecto de ésta y que resulten disfuncionales a ella.

Es también posible, como ya se indicó, que el objetivo de la norma formal sea fortalecer una institución informal que, por algún motivo, requiere un refuerzo adicional y en esos casos el derecho resulta *convocado* para fortalecer o reafirmar una norma informal. Muchas veces llevar adelante las sanciones informales puede resultar costoso (véase más adelante el caso de los fumadores de segunda mano en EEUU) o puede aparecer una situación novedosa que debilite a la institución informal y por ello requiera un apuntalamiento por parte de las normas formales (la aparición de mujeres fumadoras en EE.UU a principio del siglo XX o turistas díscolos que pasean desnudos por las calles de Barcelona), y en esas ocasiones es necesario suplementar las sanciones privadas con la fuerza del Estado. Porque el “hacer cumplir” la norma puede ser costoso para los individuos, con la formalización de la norma informal se produce un doble efecto: por un lado el deber de “hacer cumplir” la ley se pone en cabeza de individuos especializados como inspectores, policías o jueces (Axelrod 1986, 1106) y por otra parte, la sanción informal adquiere otro valor simbólico cuando tiene el respaldo de la norma formal.

Como explica Schauer uno de los caminos causales para lograr el cambio de conductas no estrictamente vinculado a la coerción se da cuando la propia existencia de la ley, refuerza las reacciones críticas de maneras que eran menos posibles o menos frecuentes antes de la promulgación (Schauer 2015, 340). En este sentido Lessig explica que los carteles de “prohibido fumar” en los lugares públicos habilitan a los no fumadores a hacer cumplir la norma mientras que si tales carteles no estuvieran esta situación se tornaría más difícil (Lessig 1995, 1032). Por otra parte, la formalización de la norma resuelve las posibles divergencias sobre la “existencia” de la norma social o

informal. En el ámbito de las normas sociales opresivas que se presentan en la forma de costumbres ancestrales, religiosas o muy arraigadas, el efecto positivo de las normas formales para erradicar o moderar esas costumbres también ha sido expuesto en estudios que dan cuenta de diversas situaciones contemporáneas en donde las reformas jurídicas consiguieron buenos resultados. De acuerdo al estudio conducido por Aldashev et al. el derecho ofrece a los ciudadanos más desaventajados una opción “de salida” que intensifica su poder de negociación dentro de la comunidad aún cuando no recurran necesariamente a los tribunales formales para hacer valer las normas formales (Aldashev et al. 2012, 183). De acuerdo a los autores bajo ciertas condiciones el derecho o las normas formales pueden actuar como un “ancla externa” o surtir un efecto “imán” atrayendo la costumbre en la dirección favorable a los grupos oprimidos o marginalizados.

Veamos de manera algo más sistemática las posibles relaciones de afectación de normas formales a normas informales:

**a) Norma formal que intenta fortalecer a institución informal (no-endógena) incipiente o debilitada y que es considerada valiosa:** en este caso la norma formal intentará reforzar la eficacia de la norma informal. Por ejemplo, a partir de 1986 en que se difundieron los primeros estudios que daban cuenta de los efectos perniciosos de los “fumadores de segunda mano”, se desarrolló en EE.UU una incipiente norma informal que vedaba fumar en espacios públicos cerrados. Pero también esa norma informal se enfrentaba con una gran resistencia por parte de los fumadores –amén de una gran movilización en su contra por parte de las compañías tabacaleras– por lo que las normas formales que fueron gradualmente sancionando los estados tenían serios riesgos de fracaso. Diversas técnicas y estrategias legislativas adecuadas lograron que la prohibición de fumar en lugares cerrados fuese de una altísima eficacia (ver Lessig 1995, 1025 y ss).

En general se considera que cuando la norma informal lesiona a terceros de manera directa y pública es más fácil de conseguir resultados efectivos a través de normas formales que intenten modificar esa conducta o fortalecer una norma informal débil (Kinzig, et al. 2013, 167). Por esta razón, tal vez, también las normas que prohíben fumar en lugares públicos también han sido eficaces en Europa y América Latina en donde no es tan claro que preexistiera una norma informal que atribuyera un significado social disvalioso al fumar en lugares públicos cerrados (respecto de Europa ver Lessig 1995, 1030 y en particular respecto de Gran Bretaña ver Kinzig et al. 2013, 170).

**b) Norma formal que intenta neutralizar a institución informal (no-endógena) considerada disvaliosa:** aquí la norma formal intentará neutralizar los efectos de la norma informal o volverla ineficaz. En muchos países del mundo se sancionaron leyes de cuotas o cupos de género para la participación en elecciones y en algunos casos también para las elecciones internas de los partidos políticos (como se adelantó al inicio de este capítulo todos los países de América Latina y España tienen leyes de este tipo <sup>203</sup>). Estas leyes tienen como propósito revertir un extenso historial de discriminación informal a la participación política de las mujeres. Hasta el momento los resultados de estas normas formales han sido muy disímiles pero no desesperanzadores. Las normas de cuotas funcionan de manera óptima como herramienta para aumentar el número de mujeres en elecciones parlamentarias si se dan conjuntamente las siguientes circunstancias: la aplicación por el Estado (*enforcement*) es adecuado (Waylen 2014, 220; Jones, Alles y Tchintian 2012), las normas sobre cuotas están bien diseñadas (no son laxas), se trata de una elección cerrada y el partido gana más de un escaño (Jones, Alles y Tchintian 2012). Como se observa, gran parte de las variables influyentes depende de un buen diseño legislativo: en los países en los que las leyes están correctamente diseñadas se ha logrado una presencia de legisladoras mujeres de entre el 37% y el 47%<sup>204</sup>.

**c) Norma formal que intenta neutralizar a institución informal (endógena) considerada social o económicamente disvaliosa:** en estos casos la institución informal disvaliosa es el *efecto* de una norma formal por lo que ella debe ser reformada, reemplazada o suplementada para neutralizar los efectos de la norma informal o volverla ineficaz. El caso de los planes sociales en América Latina es un buen ejemplo para retomar aquí. Como se dijo al presentar los ejemplos iniciales de este capítulo, durante muchísimos años la distribución de los planes sociales se rigió primordialmente por normas informales vinculadas al clientelismo y a actos de *petit corrupción* (Gruenberg 2006; Gruenberg y Pereyra Iraola 2009; Cecchini y Madariaga

---

<sup>203</sup> Para información actualizada sobre el tipo de leyes de cuotas vigentes en estos países ver el sitio web de CEPAL (Observatorio de Igualdad de Género) <http://www.cepal.org/oig/> (visitado el 20 de agosto de 2015)

<sup>204</sup> El resultado de un reciente estudio sobre cuotas en América Latina arroja que las legislaturas que combinan leyes de cuotas bien diseñadas y sistemas electorales propicios cuentan con un porcentaje de mujeres de entre el 37% y el 47% (estos son las dos cámaras del Congreso argentino, el Senado boliviano y la Asamblea Legislativa de Costa Rica); en más de la mitad de las 29 cámaras legislativas examinadas en el estudio las mujeres representan menos del 20% y en más de un tercio menos del 15% (Jones, Alles y Tchintian 2012, 355).

2011). Estas normas informales eran claramente endógenas a las normas formales que implementaban las ayudas sociales (no existían *estos* actos de clientelismo o corrupción sino asociados a la distribución de los planes sociales). Los Programas de Transferencias Condicionadas (PTC) que sustituyeron a los viejos modelos de planes sociales (tanto a los que entregaban dinero en efectivo como a los más antiguos que distribuían directamente bienes tales como alimentos o útiles escolares) tuvieron como objetivo, además de la imposición de condiciones relativas a la educación y la salud, corregir esas normas informales que afectaban la eficacia, la efectividad y la eficiencia de las normas sobre planes sociales.

Las herramientas de diseño institucional implementadas para neutralizar las normas informales de clientelismo y corrupción fueron entre otras, las siguientes: (a) la universalización de los beneficiarios ubicados dentro del grupo objeto de los PTC (b) la no imposición de obstáculos administrativos generadores de posibles relaciones “cliente-patrón”<sup>205</sup>; (c) el diseño de procedimientos y técnicas de selección de beneficiarios que buscan minimizar los errores de exclusión (familias que satisfacen los criterios de elegibilidad, pero no participan en el programa) y errores de inclusión (familias que no satisfacen los criterios de elegibilidad, pero participan) (Cecchini y Madariaga 2011, 28); (d) otra tendencia verificada en gran cantidad de países ha sido reemplazar los múltiples planes de asistencia social por uno o unos pocos que concentran esta actividad. Así se ha logrado mejorar la unificación de información sobre los beneficiarios e impedido la proliferación de beneficios duplicados (algunos de los cuales eran gestionados por duplicado o triplicado por los propios beneficiarios y otros obtenidos mediante relaciones clientelares); (e) incremento en la transparencia de la información relativa a los destinatarios (Cecchini y Madariaga, 173 y ss) (f) bancarización del pago; (g) apertura de canales de comunicación para la recepción de quejas o denuncias; (h) cobro por las mujeres en hogares biparentales mixtos<sup>206</sup>. Como era esperable no se ha eliminado el clientelismo pero sí se lo ha reducido considerablemente y sería deseable que los gobiernos continuaran la labor de neutralización de nuevas normas informales que pudieran surgir respecto de estos planes.

---

<sup>205</sup> En un estudio sobre Argentina se encontró, por ejemplo, que para anteriores planes sociales uno de los dos picos de denuncias por clientelismo se verificó en los momentos cercanos a las fechas en que estos planes “cerraban” la inscripción) (Gruenberg y Pereyra Iraola 2009)

<sup>206</sup> Ver por todos estos mecanismos Fernández Blanco (2013b).

**d) Norma formal que modifica a institución informal (no-endógena) de manera no deliberada (efecto):** el último caso que parece interesante plantear es el de normas formales que afectan a normas informales (socialmente valiosas o disvaliosas) pero que no han sido deliberadamente sancionadas con ese objetivo. Se trataría de un *efecto* de la norma formal. Durante ambas guerras mundiales se modificaron diversas normas formales que regulaban el trabajo de las mujeres otorgando a éstas mayores oportunidades y responsabilidades. No se trató de reformas laborales orientadas a mejorar la igualdad de género ni impulsadas por demandas feministas sino de reformas laborales requeridas para suplir la mano de obra de los hombres que habían marchado a la guerra (Weylan 2014, 218). Sin embargo, al finalizar ambas guerras se produjeron mejoras considerables en la igualdad de género, probablemente originadas (aunque no deliberadamente buscadas) en el cambio de las leyes laborales.

## 12. LAS NORMAS FORMALES EN SU LABERINTO.

De acuerdo con lo que se ha expuesto anteriormente pareciera que las normas formales se encuentran a menudo en un laberinto de difícil salida: por un lado su eficacia (que en condiciones de buen diseño y ausencia de situaciones anómalas conducirá a su efectividad) es requisito para superar algunas normas informales o normas sociales consideradas disvaliosas (es decir que perjudican el desarrollo económico o interfieren en la expansión de las capacidades humanas). Pero su eficacia puede estar justamente obstaculizada por la institución informal que pretenden superar. La interacción se presenta también en otro sentido pues pareciera que las normas formales brindan un marco genérico que permite el desarrollo de ciertas normas sociales o informales y no de otras, pero otra vez, ese marco o molde genérico dependerá de la eficacia de esas normas formales, que, a su vez estará limitado por su capacidad para neutralizar a las normas informales o sociales disvaliosas o aprovechar la sinergia de las normas informales o sociales valiosas o funcionales. En definitiva, pareciera que el laberinto es de difícil escapatoria.

Las normas sobre igualdad de género brindan un buen ejemplo: ellas son dictadas con el propósito de superar las desigualdades de género pero las normas sociales hacen que la eficacia de éstas sea insuficiente para neutralizar a la norma social disvaliosa. Tal como lo han expresado diversos autores y parece bastante obvio es mucho más fácil para una norma formal ser eficaz cuando existe una norma informal (sea incipiente, arraigada o debilitada) que es complementaria de ésta. Así se ha dicho

que "...como los *surfers* los legisladores...que quieran cambiar normas sociales que rigen la vida cotidiana deben esperar signos de una ola cultural que los soporte y cogerla justo en el momento indicado" (Kagan y Skolnick 1993, 85) o que "(E)n la mayor parte de los casos las leyes solo funcionan como suplementos (no como reemplazos) de la aplicación informal de la norma" (Axelrod 1986, 1106).

El hecho de que una norma formal que apuntala a una norma informal tenga más chances de ser eficaz es a esta altura casi evidente pero ¿es posible reemplazar o hacer "desaparecer" normas informales o normas sociales disvaliosas a través de normas formales cuando no hay soporte ni "olas culturales" que den signos de apoyo?, en definitiva ¿tiene el derecho una capacidad constitutiva de tal magnitud como la que han señalado algunos autores? (Chang y Evans 2007b, Sen 2006). Ya he adelantado mi opinión en este sentido al afirmar que comparto un moderado, condicionado y razonado optimismo sobre la posibilidad del derecho de salir de este tipo de laberintos (las razones de por qué es moderado, condicionado y razonado se comenzarán a vislumbrar en la última parte de este capítulo y se completarán en el Capítulo III).

Por cierto que si existiese una norma social que indicase que hay que obedecer el derecho y por lo tanto el mero incumplimiento del derecho generase una sanción informal en adición a la eventual que pudiera aplicarse desde la norma formal (ver Schauer 2015, 350 y ss.) gran parte –sino toda– la paradoja de las normas formales antes planteada desaparecería. Creo, sin embargo, que tal norma social es inexistente en gran parte del mundo y en algunas latitudes esto es aún más evidente. Pero aún cabe preguntarnos si puede promoverse una norma social en ese sentido.

Por el momento y para finalizar volveré un momento sobre las normas sobre cuotas de género en las elecciones. Las conclusiones del estudio de Jones, Alles y Tchintian (2012) permiten insistir en la importancia del buen diseño de las normas formales y del control de las consecuencias de su aplicación mediante estudios de impacto. Estas dos opciones no resuelven los problemas que quedan por debatir en la siguiente parte pero con seguridad proveen una mejor perspectiva de eficacia y efectividad, y permiten advertir el surgimiento de otras normas informales (seguramente en forma de efectos en principio) que podrían conspirar contra sus propósitos o, por el contrario, mejorar sus chances de eficacia-efectividad.

**TERCERA PARTE. ALGUNOS DEBATES SOBRE EL CAMBIO INSTITUCIONAL EFICAZ Y EFECTIVO  
PROMOVIDO MEDIANTE NORMAS FORMALES**

*Prejudices that appear unsurmountable at first view,  
may be got over with a little management.*

Jeremy Bentham

En los debates sobre cambio institucional que se presentarán, la atención estará orientada al cambio institucional promovido mediante normas formales. Las normas formales son promovidas, discutidas y finalmente sancionadas por las autoridades normativas por diversos motivos. Algunos de estos motivos, especialmente interesantes en el marco de medidas para promover el desarrollo, podrían ser los siguientes:

a) para establecer o promover una política pública antes inexistente que tuviera como propósito solucionar problemas vinculados al desarrollo (v.gr. aumentar los índices de escolaridad, disminuir las barreras para la inversión privada, solucionar un problema concreto de salud pública, etc.);

b) para corregir la falta de resultados, los pobres resultados o los resultados no esperados de normas formales preexistentes;

c) para dejar sin efecto una norma o un conjunto de normas por las que se implementó una política pública en el pasado. La opción de derogación podría darse en escenarios en donde el resultado buscado por las normas ya estuviese cumplido y no fuese necesario o fuese ineficiente mantenerlas vigentes, o cuando el resultado buscado dejase de tener interés o fuese considerado disvalioso.

El proceso de cambio institucional es crucial para que en los casos (a) y (b) se consigan normas eficaces y efectivas y en el caso (c) no se perviertan los resultados exitosos obtenidos o no se pierda su eficiencia, o por el contrario, para detener la obtención de los resultados antes buscados y ahora descartados del interés de las políticas públicas. Por otra parte, la necesidad de establecer una política pública –caso (a)–, puede obedecer a una infinidad de razones que van desde neutralizar fenómenos naturales hasta solucionar cuestiones originadas en el contexto internacional. Pero también, entre las múltiples razones posibles, la implementación de una política pública puede ser requerida para neutralizar o rechazar los efectos de una norma social o informal. En el caso (b), es más probable aún que la interacción con normas sociales o normas informales sea la causa de los pobres resultados que se quieren modificar a través del cambio institucional. También podría ocurrir que esos resultados sub-óptimos



o no alcanzados fuesen producto de algún *efecto* de la norma que también deberá corregirse.

Es tal vez un buen momento para retomar una de las premisas con las que se inició esta investigación: no encuentro motivos para dudar de la existencia de una relación estrecha e inevitable entre las instituciones formales e informales y el crecimiento económico. Tampoco veo plausible prescindir de un enfoque institucional para promover la posibilidad de que se expandan las capacidades humanas. Las instituciones formales concretamente pueden mejorar las capacidades humanas a través de medidas concretas que se propongan objetivos determinados (disminuir la deserción escolar en el nivel secundario o aumentar la participación de las mujeres en la actividad política, por ejemplo), o a través de incentivos que mejoren las perspectivas de crecimiento económico o, de una manera más general, a través de la generación de un marco propicio para que las personas puedan hacer uso y expandir sus capacidades y sus realizaciones.

Entiendo además que la vinculación entre las instituciones formales y el desarrollo humano y económico es de doble vía o de retroalimentación. Una mejora institucional puede comportar un paso hacia la expansión de un aspecto de las capacidades humanas y este avance, a su vez, forzar o fortalecer un cambio institucional diferente. Un ejemplo muy simple puede servir para situarnos: en el país X como resabio de una dictadura quedan aún leyes que no admiten la libertad de prensa sin censura previa o imponen responsabilidades ulteriores irrazonables. Si se derogan esas normas que restringen la libertad de expresión, evidentemente las libertades instrumentales –en el sentido que le ha dado Sen– avanzan notablemente y las capacidades humanas se expanden; asimismo, en este escenario imaginario es posible pensar que, a raíz de esa libertad de expresión conquistada se ventilaran diversos actos de corrupción que podrían promover la modificación de las leyes que reprimen el cohecho, lo que, a su tiempo (y asumiendo la eficacia de esas normas) podría llevar a que más empresas vieran incentivos para invertir en ese país y así influir en las perspectivas de crecimiento económico.

Ahora bien, todo el escenario de retroalimentación institucional presentado en el ejemplo imaginario anterior pierde fuerza o se vuelve intrascendente si la norma que deroga los controles de la prensa es ineficaz o si normas sociales o informales sobreviven a la derogación e impiden que se *ejerza* el derecho a la libertad de prensa; o si las leyes que reprimen el cohecho u otros actos de corrupción no tienen ningún tipo de eficacia o son dictadas de manera tal de que el enjuiciamiento de esas actividades

resulta en la práctica de imposible realización. En definitiva, el momento del cambio institucional es crucial para la eficacia y efectividad futura de las normas formales. Esta última parte del capítulo y parcialmente el próximo, se ocuparán de este problema sobre el que hasta hoy hay más sombras que luces. No tengo, por supuesto, pretensión de que este trabajo arroje la claridad que falta sobre el tema del cambio institucional y que logre desatar el nudo con el que nadie ha podido hasta el momento, pero sí que pueda servir para continuar los debates que en esta materia se están desarrollando.

Puede afirmarse que entre los autores contemporáneos, hay un grado de consenso sobre lo siguiente: para que un cambio institucional sea exitoso (esto es, eficaz y efectivo) debe existir una “vinculación” entre lo que ocurre en la esfera social y la norma promulgada, lo que a su vez producirá que los sujetos normativos tengan ciertas motivaciones para hacer uso o buen uso de las normas formales renovadas o creadas.

No se cuestionará la afirmación de que existe una necesidad de permeabilidad social hacia el cambio institucional formal y que debe haber algún grado de demanda sobre las normas, pero no se aceptará el extremo de que el derecho o las normas formales son sólo un suplemento (y no pueden ser el reemplazo) de los mecanismos informales (Axelrod 1986, 1106). La aceptación de que debe existir una permeabilidad social hacia los cambios formales (que repito, no parece, en términos generales desacertada), no nos releva de dar respuesta a los problemas señalados al final de la segunda parte de este capítulo: es casi una verdad de Perogrullo que las normas formales son menos costosas y tienen mejores perspectivas de ser eficaces y efectivas si hay un bagaje institucional y no institucional informal coincidente con éstas. Pero esta verdad evidente nos obliga a explorar cómo es posible (si es que lo es) afrontar situaciones en donde no hay bases institucionales informales o culturales que resulten completamente congruentes con esa solución legislativa<sup>207</sup>.

La evaluación de los diferentes modelos que intentan explicar el cambio institucional mediante un único mecanismo o como posible sólo bajo ciertas condiciones, me ha conducido al convencimiento de que no es posible –al menos en el estado actual del desarrollo de las ciencias sociales—hallar una explicación que funcione *a modo de ley natural o inevitable* sobre cómo evolucionan y se transforman las instituciones. Esta situación refuerza el optimismo razonado en la capacidad del derecho para producir

---

<sup>207</sup> La afirmación de que las normas formales tienen menos costes si hay un bagaje informal que las respalde tiene como presupuesto una concepción de la eficacia que responde a los modelos de “correspondencia” y “acatamiento” (este último es el que se considera en esta tesis como útil para evaluar el éxito de políticas públicas destinadas a la mejora del desarrollo humano y económico). Sin embargo, si la versión que se escoge es la de eficacia como *cumplimiento*, la afirmación resultaría incorrecta ya que en este caso no se consideraría eficaz a la norma formal ya que no sería posible (si es que fuese empíricamente comprobable) atribuir los comportamientos a la norma formal sino a los factores informales.

cambios sociales significativos y es una de las razones que actúa como aliciente para explorar el desarrollo de modelos más técnicos y racionales de legislación (ver Capítulo III).

En esta parte del capítulo se seguirá el siguiente recorrido:

a) En primer lugar se presentará una breve reconstrucción de diferentes explicaciones sobre cómo es posible generar un cambio institucional mediante normas formales. Esta reconstrucción incluirá la versión de que es el mercado el agente imprescindible para el cambio institucional (Hayek 1945, 1973) y la propuesta de Douglass North sobre cambio institucional y dependencia del camino recorrido (North 1999, 2005). Luego se explorarán dos versiones con una orientación más jurídica: por un lado, la que ha vinculado el buen uso o el uso de los cambios institucionales formales con la *congruencia* entre las normas formales y un bagaje de factores informales o sociales institucionales y no institucionales (Postema 2012) y finalmente, la visión que relaciona el cambio jurídico eficaz con la *demanda* de esas instituciones (Berkowitz, Pistor y Richard 2003). Todas estas explicaciones –con excepción de la última– comparten un núcleo común: la idea de que el cambio institucional es menos un producto deliberado y más dependiente de circunstancias que están fuera del alcance de las decisiones políticas o jurídicas.

b) Luego de exponer cada teoría sobre el cambio institucional se realizarán algunas críticas a éstas. Se asumirá la perspectiva del desarrollo humano para dar razones de ciertas críticas y se tomarán en cuenta posiciones asumidas anteriormente para formular estas apreciaciones.

c) En tercer lugar, se presentarán algunas ideas propias sobre el cambio institucional. Esta perspectiva, como se adelantó, asume un moderado, condicionado y razonado optimismo de que bajo ciertas circunstancias el cambio institucional deliberado es posible. En la construcción de este enfoque se tomarán algunas explicaciones de las posiciones revisadas que resultan satisfactorias.

### 13. DIVERSAS PERSPECTIVAS SOBRE EL CAMBIO INSTITUCIONAL.

La pregunta sobre cómo conseguir un cambio institucional real y en el sentido buscado por las normas promulgadas (es decir, que las normas formales logren

alcanzar los resultados para los que han sido diseñadas, lo que se ha identificado con la efectividad de las normas), ha desvelado a una buena cantidad de pensadores a lo largo de la historia. De manera muy rústica se podrían identificar dos grupos en esta discusión histórica: por un lado aquellos que consideran que el derecho eficaz y efectivo sólo puede ser producto de elementos previamente presentes en la sociedad que el derecho recoge y organiza a través de la institucionalización formal. Bajo este enfoque el derecho actúa en todo caso e irremediamente, como un mecanismo de segundo orden o subsidiario<sup>208</sup>. En el otro grupo se ubican quienes tienen un mayor optimismo en que el derecho puede promover *per se* cambios significativos y socialmente valiosos. De acuerdo con Lawrence Friedman el representante insigne de la primera posición sería el alemán Frederick Carl Von Savigny y del segundo grupo sería Jeremy Bentham (Friedman 1977, 68, 141, 206). Por cierto que ninguno de los dos grupos ha llevado sus proclamas hasta el absurdo: ni los historicistas de Savigny han promovido la idea de que es posible prescindir del derecho (Friedman 1977, 68) ni los optimistas han postulado que cualquier ley o conjunto de leyes tiene capacidad para promover cambios institucionales eficaces y efectivos (basta por ejemplo leer los fuertes reparos de Bentham hacia el trasplante legislativo entre naciones, (Bentham (1834) 2011, Capítulos I, III y IV)).

Dentro de la línea de pensamiento más allegada a Bentham, al menos en este aspecto, es posible identificar también a otros autores muy relevantes como Max Weber, Karl M y Talcott Parsons. Estos tres autores estuvieron además especialmente preocupados por la secuencia posible entre (lo que aquí llamamos) instituciones y el desarrollo económico y/o el desarrollo de los mercados, y se decantaron claramente por un optimismo en el que los cambios deliberados en el sistema institucional precedían a los cambios económicos o de funcionamiento del mercado.

Karl Polanyi sostuvo que la propensión natural hacia el intercambio de bienes a la que hacía referencia Smith, no había sido suficiente para conducir al éxito al mercado inglés. Polanyi afirmaba que el camino al libre mercado se abrió y se mantuvo abierto mediante un intervencionismo creciente, continuo y organizado centralmente (Polanyi (1944) 2012, 110). Para este autor, los mercados no eran algo natural; era el Estado a través del establecimiento de normas jurídicas el que generaba las condiciones para

---

<sup>208</sup> Indudablemente el derecho actúa muchas veces como un mecanismo subsidiario o de segundo orden y esta función del derecho para ordenar la vida social no es para nada despreciable. Sin embargo, lo que aquí se intentará defender es que no es esa su única posibilidad y que, en muchas otras oportunidades, funciona como un mecanismo de primer orden que logra por sí mismo guiar la conducta de las personas o "crear" los ámbitos y límites de las relaciones entre las personas en los que se organiza la vida en sociedad.

que éstos se desarrollaran. La concepción de que los mercados auto regulados son algo "natural" es, de acuerdo con Polanyi, una idea proveniente de pensadores del siglo XVIII como Malthus y Ricardo que intentaron vincular la economía a las visiones naturalistas, y tras esta visión, erigieron un aviso sobre las nocivas consecuencias de desobedecer o contradecir las leyes de la naturaleza. Por ello era necesario seguir las leyes de la naturaleza y la liberación del mercado era una necesidad ineluctable. Estas fueron las razones, según Polanyi, para reformar las antiguas leyes que protegían a los más pobres a través de un sistema de bienestar basado en las parroquias (Polanyi (1944) 2012, 139-140). Esta forma de organización, de acuerdo con el pensamiento económico más influyente en el siglo XVIII, era ineficiente porque detenía a las personas de moverse en respuesta a la demanda laboral. Tal situación forzó la promoción de leyes que permitieran a las supuestas leyes naturales subyacentes "actuar" correctamente ((Polanyi (1944) 2012).

Max Weber, unos años antes que Polanyi, sostuvo que el sistema legal racional era básico para el desarrollo económico ya que el sistema jurídico debía otorgar predictibilidad y racionalidad a las relaciones de mercado. Esa era no solo su función sino, además, la precondition del capitalismo (Weber (1923) 2001 y (1922) 1968)<sup>209</sup>. Parsons, siguiendo la tradición weberiana, fue más lejos: sostuvo que en las sociedades modernas –lo que no es extensible a civilizaciones pasadas– un sistema legislativo universal y general aplicable a toda la sociedad y no sólo a segmentos, altamente generalizado en términos de principios y estándares y relativamente independiente de organizaciones religiosas y grupos de interés, era esencial para el establecimiento de una burocracia moderna y el funcionamiento de los mercados y la moneda (Parsons 1964, 339-340, 351). El ejemplo del desarrollo del *Common Law* como sistema jurídico es para Parsons el hito más crucial de la civilización moderna y el pre-requisito de la revolución industrial en Inglaterra (Parsons 1964, 353). El sistema jurídico racional llegaría a un punto más avanzado (un "caso" de sistema legal racional a lo Weber) con el establecimiento de leyes precisas sobre el procedimiento democrático y el sistema de elección mediante el voto de los ciudadanos (Parsons 1964, 355).

Parcialmente herederos de esta última línea de pensamiento, los integrantes del llamado movimiento de "Derecho y Desarrollo" dieron sus primeros pasos convencidos de la necesidad de fomentar reformas legales para promover el desarrollo económico

---

<sup>209</sup> Weber conjuntamente con su optimismo en el sistema institucional formal, también sostenía una posición de algún modo determinista con relación a la posibilidad de desarrollo económico. Recordemos que este autor vinculaba fuertemente al Protestantismo con mejores posibilidades de un amplio desarrollo industrial (Weber (1904-5) 1991).

(Trubek 1972b, 2012, Galanter 1966). Aunque luego de sucesivas decepciones su optimismo mermó hasta prácticamente la desaparición del movimiento impulsada por sus propios actores (Trubek y Galanter 1974 y Trubek 2014), hoy ha resurgido como área de estudio y dentro de ella hay quienes se han sumado a la visión historicista y quienes se ubican entre los optimistas institucionales (Cfr. Davis y Trebilcock, 2008).

En los últimos años, con el surgimiento del Neo Institucionalismo Económico (NIE) y los fracasos de los programas de reformas legales que intentaban promover el desarrollo en los países emergentes, este debate ha recrudecido y han surgido enfoques actualizados. Especialmente ha ganado un lugar privilegiado en estas discusiones una versión moderna del enfoque historicista que se vincula con la dependencia del camino recorrido o dependencia de la historia (*Path Dependence*). Este es uno de los puntos fuertes en el planteo de D. North y de otros neo institucionalistas como Daron Acemoglu, James Robinson, Stanley Engerman y Kenneth Sokoloff (entre muchos otros textos ver North, et al. 2007; North 1999, 1995 1997; Acemoglu, 2003; Acemoglu y Robinson 2006, 2012; Engerman y Sokoloff 2011).

Sin embargo, y a pesar de este resurgir historicista subsisten visiones que sostienen firmemente la visión optimista, como las propuestas por Ha- Joon Chang, Peter Evans y Amartya Sen. Este último ha señalado, por ejemplo:

Es difícil entender la historia de los cambios económicos, por ejemplo, el surgimiento del capitalismo como sistema económico, sin tener en consideración la influencia de factores no económicos entre los cuales los cambios legales figuran en un lugar preeminente...el capitalismo no emergió hasta la evolución del derecho y el orden, y hasta que la aceptación jurídica y práctica de los derechos de propiedad hizo posible operacionalmente la economía basada en la propiedad privada. La eficiencia de los intercambios no pudo haber funcionado hasta que los contratos fueron libremente elaborados y efectivamente ejecutados a través de reformas legislativas y cambios en las conductas...Los negocios financieros no pueden desarrollarse con fluidez hasta que los altos retornos por corrupción no sean moderados y esto implica, otra vez, cambios legales y de conducta... De forma similar, la productividad laboral requiere que se disponga de mecanismos educativos, muchas veces provistos por el Estado... (Sen 2006, 42).

Como ya se ha adelantado, una de las hipótesis de esta tesis es que resulta posible tener un moderado, condicional y razonado optimismo en la capacidad del derecho para producir cambios institucionales reales que conduzcan a mejoras en el desarrollo económico y humano. Este optimismo es *moderado* porque no permite afirmar que el derecho o los cambios institucionales formales sean capaces de resolver todas las situaciones que pueden obstaculizar el desarrollo económico o humano, pero sí muchas

de ellas. A su vez, es *condicional* porque exige que estas modificaciones o cambios institucionales se realicen bajo unas condiciones que requieren la mejora técnica y científica de los modelos de producción legislativa. Finalmente es *razonado* porque no es un acto de fe o confianza sino que he dado y daré razones que respaldan esta visión positiva sobre las oportunidades del derecho y las normas formales de ser agentes del cambio institucional. Con las dos primeras condiciones en mente, la posición que aquí se sostiene es más cercana a la de los optimistas institucionales como Sen, Parsons, Polanyi, Weber o Bentham que a la de los historicistas clásicos y actuales.

#### 14. EL MERCADO COMO AGENTE DEL CAMBIO INSTITUCIONAL.

La tradición de explicar complejas interacciones sociales a través de la lógica del mercado parece gozar de buena salud a pesar de las múltiples críticas que desde diversas posiciones se le han realizado. Sin duda continúa siendo muy tentador como modelo porque reduce la cantidad de variables a tomar en consideración para encontrar explicaciones plausibles (aunque no siempre correctas, justas o completas) de fenómenos sociales complejos. Por supuesto que el dilema del cambio institucional no ha escapado a este tipo de explicaciones, e incluso tal ha sido el impacto de estos enfoques que el lenguaje mercantilista ha quedado fuertemente arraigado en diversas argumentaciones sobre el cambio institucional.

La influencia de Friedrich von Hayek en este modelo es innegable. El autor austríaco en su famoso artículo "*The Use of Knowledge in Society*" sostenía que los expertos, los académicos y los legisladores carecían del conocimiento necesario para tomar decisiones sobre qué estructuras legales y regulatorias maximizaban el bienestar. La cantidad de variables políticas, tecnológicas, económicas y sociales que determinarán, en definitiva, cómo operarán en la realidad los planes de los legisladores resultan imposibles de anticipar en el desconocido mundo real del futuro. Por ello para lidiar con el problema del conocimiento imperfecto Hayek defendía al mercado como sistema ya que era el único ámbito en donde una vasta red interconectada podría procesar la información necesaria (Hayek 1945).

En otro de sus trabajos fundacionales, Hayek sostenía que el *orden* era un requisito básico para la realización de nuestros planes y la satisfacción de las necesidades básicas (Hayek 1973, 45). El autor entendía al orden como un estado de cosas en la cual una multiplicidad de elementos de diverso tipo están tan relacionados entre sí de tal manera que podemos entender *el todo* por nuestro contacto con algún punto temporal o espacial y así formarnos un conglomerado de expectativas mutuas con

buenas posibilidades de ser finalmente correctas.

Ese orden originalmente se forma de una manera no deliberada, sino espontánea aunque, admite Hayek, en las sociedades actuales sobre ese orden espontáneo se construye otro deliberado pero este último siempre es de menor importancia y proporción que aquél que proviene de las costumbres o hábitos (Hayek 1973, 54).

Hayek distingue entre *reglas (rules)* y *órdenes directas (direct commands)*. Las primeras son las que rigen naturalmente los órdenes espontáneos (la sociedad) mientras que las segundas se presentan como las principales normas en las organizaciones. Sostiene Hayek en este sentido, que resulta necesario que los órdenes espontáneos se basen únicamente en reglas, guiando las acciones de los individuos por reglas antes que por órdenes directas (Hayek 1973, 57). Las organizaciones, por el contrario, se sustentan en reglas y en órdenes específicas (Hayek 1973, 56). En el caso de las organizaciones las reglas sólo llenan los espacios que las órdenes directas han dejado vacantes (Hayek 1973, 57). Las órdenes directas en las organizaciones son necesarias porque determinan la función o el rol que cada individuo cumple en la organización, el objetivo a cumplir y ciertos aspectos generales de los métodos a ser aplicados (Hayek 1973, 57).

Continúa explicando Hayek:

...es imposible no sólo reemplazar el orden espontáneo por organización y al mismo tiempo utilizar al máximo posible el conocimiento disperso de todos sus miembros, sino también mejorar o corregir este orden interfiriendo en él mediante órdenes directas. Adoptar esa combinación de orden espontáneo y organización nunca puede ser racional. Mientras que resulta sensato suplementar las órdenes determinantes de una organización por reglas subsidiarias y utilizar a las organizaciones como elementos del orden espontáneo, nunca puede ser ventajoso suplementar las reglas que gobiernan un orden espontáneo por órdenes aisladas y subsidiarias concernientes a esas actividades en las que las acciones están guiadas por normas generales de conducta. Esta es la substancia del argumento en contra de la "interferencia" o "intervención" en el orden del mercado. La razón por la cual esas órdenes aisladas... no pueden mejorar sino ser disruptivas del orden es que ellas se referirán inevitablemente a parte de un sistema interdependiente de acciones que se determinan por la información y se guían por propósitos sólo conocidos por las diversas personas interactuando pero no por la autoridad que emite las órdenes. El orden espontáneo surge de cada elemento equilibrando todos los diversos factores que operan en él y ajustando las diversas acciones entre ellos, un equilibrio que sería destruido si algunas de las acciones fueran determinadas por otra agencia sobre la base de diferente información y al servicio de fines distintos (Hayek 1973,



51)<sup>210</sup>.

Lo que nos dice el argumento general en contra de la "interferencia" es que a pesar de que podríamos aventurarnos a mejorar un orden espontáneo revisando las normas generales sobre las que se construye, y suplementar sus resultados a través de los esfuerzos organizacionales, no podremos mejorar los resultados a través de mandatos específicos que priven a sus miembros de la posibilidad de usar la información para sus propósitos (Hayek 1973, 59)<sup>211</sup>.

#### **14.1. Algunas consideraciones sobre la visión puramente mercantilista del cambio institucional.**

La visión del mercado de Hayek es pre-coasiana ya que, en su descripción, en el orden establecido por el mercado la información es perfecta y no hay costes de transacción. Actualmente, casi todos los enfoques –con excepción de ciertos libertarios extremos– asumen estas dos cuestiones como inevitables. Por lo tanto, toda la construcción relativa a la información perfecta que es el sustento de la explicación de Hayek ha quedado a día de hoy algo desactualizada. No obstante esta desactualización hace apenas unas décadas, durante la primera etapa del Consenso de Washington, las políticas sobre producción legislativa no estuvieron lejos de la idea de que las normas necesarias surgirían como respuesta a la demanda del mercado. La visión de que el derecho produciría aquello que resultaba necesario si el mercado funcionaba de manera sana y sin interferencias externas, fue la marca de fuego de gran parte de las políticas de la década del 80 y parte de los 90 en América Latina y África. También esta visión dominó varios de los procesos de transición de las economías del ex bloque soviético hacia el capitalismo y el resultado fue asimismo pobre ya que las reglas necesarias para el funcionamiento sano del mercado no emergieron espontáneamente y diversos

---

<sup>210</sup> El término "organización" es, de acuerdo con Hayek, el contraste del término "organismo". Mientras el primero es un orden "creado" o "hecho" mediante elementos exógenos (*Taxis*) el segundo es un orden espontáneo, que ha crecido endógenamente (*Kosmos*) (Hayek 1973, 52 y ss)

<sup>211</sup> ¿Cómo compatibilizar esta argumentación de Hayek sobre el cambio institucional con su visión sobre la importancia del estado de derecho? Pareciera en principio que podría haber alguna incompatibilidad entre la perspectiva que entiende que el nacimiento espontáneo de las normas es el único capaz de captar toda la información relevante y su defensa del estado de derecho tal como ha sido expuesta en el Capítulo I. Sin embargo, creo que el pensamiento de Hayek es, en este punto consistente. Para explicar su consistencia es necesario recordar que la protección de la *libertad* es el principal fundamento y valor del estado de derecho. Sin embargo, esa libertad que preocupa a Hayek es una libertad acotada: la libertad económica e individual. Así el mercado y la libertad que se requiere para participar en él sólo pueden ser garantizadas a través del estado de derecho. El estado de derecho, tal como lo caracterizó Hayek, resultaba sumamente funcional al hecho de que el "gran director" del cambio institucional fuera el mercado.

conjuntos de normas informales llenaron los vacíos legislativos de una manera contraria a la dinámica de los mercados libres y competitivos (ver Johnson 2009, 172).

Desde la perspectiva del desarrollo humano podría agregarse que el mercado cumple un papel muy importante para las libertades ya que intercambiar y transar bienes y servicios constituye una de las libertades básicas que los individuos tienen razones para valorar (Sen 2000a, 23). Por lo tanto, de acuerdo con Sen y retomando algunas cuestiones ya tratadas, es difícil pensar en la posibilidad de conseguir un proceso de *notable desarrollo* sin utilizar *mucho* los mercados pero ello no implica asumir que los mercados son la única vía para el desarrollo, ya que no debe excluirse la importancia de la ayuda social, la legislación o la intervención del Estado (Sen 1999, 24). En este sentido, el mercado si funciona de manera sana y no excluyente *puede ser* un mecanismo para el cambio institucional que contribuya al desarrollo humano no sólo por ser un espacio de ejercicio de las libertades sino también a través de la generación de demandas de normas formales. Por ejemplo, el mercado puede generar un reclamo de aumentos salariales o una demanda de mejora en las condiciones de trabajo. Pero nada asegura que los mercados funcionen de modo sano y transparente. Recordemos que los mercados –como todos los ámbitos de la sociedad– funcionan bajo un conjunto de normas formales e instituciones informales (que pueden ser funcionales o disfuncionales, valiosas o disvaliosas, etc.) y por lo tanto, también pueden generar situaciones discriminatorias o normas formales disvaliosas o, lo que es más frecuente, *no demandar* cambios institucionales que resulten valiosos para la expansión de las libertades humanas.

En definitiva el mercado cumple un papel importante en la asignación y distribución de recursos y en esa función también puede ser una fuente de demanda de instituciones formales. Sin embargo, el mercado no funciona como los autores clásicos y neo-clásicos lo describieron y es también una fuente de normas informales y sociales que no siempre resultan óptimas o beneficiosas para la expansión de las capacidades humanas. Los mercados no lograron, por ejemplo, que hombres y mujeres tuvieran igual remuneración por igual trabajo (Johnson 2009, 175). En otras áreas simplemente el mercado no es la fuente de demanda de cierto tipo de instituciones: los mercados no demandarán hospitales ni escuelas, menos desigualdad en las rentas y mucho menos la erradicación de la pobreza (ver en este sentido Alegre 2005, 178)

Luego del fracaso de las políticas neoclásicas, el discurso de Polanyi fue rescatado del olvido y considerado una versión posible y más realista del mercado. Desde el enfoque de este último autor el cambio institucional comandado por el mercado es

simplemente un sinsentido ya que las normas formales precedieron al mercado libre y éste no podría haberse estructurado sin un conjunto de políticas públicas que permitiera su funcionamiento. No hay tal orden espontáneo para Polanyi sino un conjunto de normas que favorecieron la posibilidad de un mercado auto-suficiente. Concomitantemente con la revalorización de Polanyi, el Neo Institucionalismo, desde otra perspectiva, también aportó aires renovados a las explicaciones mercantilistas: las diferencias esenciales entre las visiones clásicas y el NIE son que para estos últimos el mercado no transmite información perfecta, los sujetos no actúan siempre de modo racional y se toman en consideración las externalidades y los costes de transacción. De este modo, para North y otros autores del NIE, las instituciones son necesarias para el desarrollo económico ya que resuelven los problemas de información imperfecta y cuando son “buenas” instituciones lo hacen a costes suficientemente bajos.

#### 15. LOS INTENTOS DE DOUGLASS NORTH POR EXPLICAR EL CAMBIO INSTITUCIONAL.

Probablemente por su modo de entender el cambio institucional el Neo Institucionalismo Económico no ha podido ser traducido genuinamente en programas para el desarrollo. Esta carencia no es casual ni es una omisión teórica: la visión del cambio institucional que propone el NIE – al menos en la versión de Douglass North y otros autores– podría describirse como pesimista y de algún modo como un proceso determinado por fuerzas ajenas a la agencia humana.

El proceso de cambio institucional que describe North funciona en términos muy sintéticos del siguiente modo<sup>212</sup>: las personas, que integran las organizaciones (los jugadores del juego) tienen una determinada percepción de la realidad. Esa percepción es casi siempre imperfecta y muchas veces equivocada y se construye a partir de una serie de creencias y preferencias. La forma en que percibimos el mundo conduce a la creación de una estructura o matriz institucional. Cuánto más imperfectas y/o equivocadas las percepciones se traducirán en instituciones que no producirán las restricciones buscadas o los resultados que esas restricciones tienen en la mira o no

---

<sup>212</sup> Este proceso ya fue descrito de manera más resumida en el Capítulo I. En sus últimos trabajos (2006-2009) North profundizó la descripción de las diferencias entre países ricos y pobres y los denominó Órdenes de Acceso Abierto (OAA) a los primeros y Órdenes de Acceso Limitado (OAL) a los segundos (North, Wallis y Weingast 2007; 2009a; 2009b). En esos trabajos North junto con sus coautores brinda una versión del cambio institucional que describe las condiciones necesarias para el paso de los OAL a los OAA. El paso de los OAL a los OAA es *un modo de cambio institucional profundo* que da cuenta en términos alternativos del paso del subdesarrollo al desarrollo. Aunque North no se desvincula de sus anteriores explicaciones sobre cambio institucional a las que se hace referencia en este capítulo, en estos trabajos expone una ambiciosa teoría política más que económica sobre qué condiciones deberían darse para que este cambio radical ocurriera. Como en otras explicaciones de este autor –y de otros vinculados al desarrollo– la versión evolutiva y secuencial es fundamental.

generarán los incentivos necesarios para el desarrollo económico. A medida que la percepción de los agentes va cambiando (porque adquieren nuevos conocimientos o habilidades que hacen cambiar sus creencias y preferencias) se ponen en marcha procesos que modifican la estructura institucional (es decir las reglas del juego bajo las cuales jugarán los jugadores). A su vez, las instituciones existentes limitan las elecciones de los individuos y las organizaciones y así imponen ciertos límites a los cambios institucionales o hacen que la posibilidad de cambiar las creencias (por ejemplo a través del aumento de los conocimientos) sea mayor o menor. Al cambiar las creencias, cambiamos las percepciones y finalmente las instituciones. Se trata de un movimiento circular que según explica North existe desde la noche de los tiempos, cuando los seres humanos empezaron a querer trazar su destino (North 1999).

Para North las instituciones (formales e informales) son endógenas porque ellas necesariamente están determinadas y limitadas por el sistema del cual son parte integrante<sup>213</sup>. Las instituciones pueden transformarse cuando se da una dinámica particular entre organizaciones e instituciones pero de todos modos, las posibilidades de cambio institucional no son amplias. Las organizaciones son el producto de los incentivos del contexto institucional. Una vez formadas y en funcionamiento en un ámbito de competencia suficiente (que estará dado por el marco institucional preexistente) las organizaciones producen nuevos conocimientos e información a través de los cuales identifican cómo pueden mejorar sus situaciones y sobrevivir o perpetuarse. Sin embargo, si el contexto institucional limita la competencia o asigna recursos de manera no natural, las organizaciones tendrán magros incentivos para producir nuevos conocimientos y generar nuevas habilidades y tenderán a perpetuar la matriz institucional que les permite sobrevivir. En estos casos de baja competencia o pobres incentivos el cambio institucional será aún más lento y limitado. Sin embargo, en tiempos normales y en un contexto de competencia y no interferencia, los cambios también son graduales, lentos y limitados a la información y conocimientos que el contexto institucional anterior permite obtener a los jugadores.

Este tipo de anclaje en el anterior conjunto de instituciones se ha conocido como *Path-Dependence* (en castellano se lo ha traducido como “dependencia del camino recorrido” o “dependencia de la historia”).

---

<sup>213</sup> El sentido de “endogeneidad” al que hace referencia North no se superpone ni se emparenta con el sentido que se le ha dado a este vocablo al referirse al surgimiento de ciertas instituciones informales en relación con determinadas instituciones formales. En esta parte del trabajo se hará referencia a endogeneidad en un sentido similar al que utiliza North pero señalando algunas diferencias con su concepción.

De un modo sencillo, la dependencia del camino recorrido enfatizaría tres características: (1) un conjunto inicial de elecciones o eventos aleatorios que determinarán la *posición inicial*; (2) el subsiguiente refuerzo de esas elecciones o eventos a través de los “efectos de retroalimentación” y; (3) el momento en el cual los costes del cambio o de la sustitución pueden excluir o descartar buenas alternativas para ser exploradas a largo plazo (Prado y Trebilcock 2009, 351).

La dependencia de la historia se explica en que el conocimiento humano es más que la acumulación de experiencias de un individuo en su vida. Es también la acumulación de experiencias de las generaciones pasadas. El conocimiento acumulado de una sociedad representado en lenguaje, memoria y sistemas de almacenamiento de símbolos que incluyen creencias, mitos y formas de hacer las cosas que conforman la cultura de una sociedad (North 2005, viii).

La explicación de North sostiene que las opciones que tenemos en el presente están limitadas por la herencia institucional que llega del pasado y estas opciones limitadas incluyen también las que se refieren al cambio institucional (North 2005). Lo que las instituciones formales de una sociedad implementan será el reflejo de este legado, los constreñimientos informales corporizados en normas de conducta, convenciones y códigos auto-impuestos son el vehículo más importante de esta estructura. Las normas formales pueden ser transformadas de la noche a la mañana (por una revolución, por ejemplo) mientras que las normas informales cambian de forma mucho más lenta y juegan un rol crucial en la evolución política (North 2005, 51). Mientras que las instituciones formales pueden ser modificadas mediante una orden o mandato las instituciones informales evolucionan de formas que todavía no se ha comprendido completamente y que, por lo general, no son susceptibles de ser manipuladas deliberadamente por la acción humana (North 2005, 50)

El modo en que las sociedades humanas intentan dar forma a ese futuro nos lleva a un aspecto fundamental del proceso de cambio institucional: su naturaleza histórica. La dependencia de la historia no es “inercia” más bien es la limitación en el presente del conjunto de opciones que se derivan de la experiencia histórica (North 2005, 51-52).

De acuerdo con North, el proceso de cambio institucional en tiempos normales puede resumirse del siguiente modo:

- 1) La continua interacción entre instituciones y organizaciones en un escenario de escasez y por lo tanto de competitividad es la clave para el cambio institucional (North 2005, 59)

2) La competencia fuerza a las organizaciones a invertir permanentemente en habilidades y conocimiento para sobrevivir. El tipo de habilidades y conocimientos que los individuos y las organizaciones adquieren van modelando las percepciones sobre las oportunidades y por lo tanto las opciones que podrán progresivamente modificar las instituciones. (North 2005, 59)

3) El marco institucional provee los incentivos que determinarán el tipo de habilidades y conocimientos que se perciben como más eficientes o con mejores posibilidades de resultados (North 2005, 59)

4) Las percepciones se derivan de las construcciones mentales de los jugadores del juego (North 2005, 59).

5) La viabilidad, la rentabilidad, y de hecho la supervivencia de las organizaciones de una sociedad típicamente dependen de la matriz institucional existente. Esa matriz institucional es la que ha permitido existir a las organizaciones, por ello el cambio institucional es gradual y dependiente de la historia. Es gradual porque las organizaciones que han nacido en esa matriz institucional tenderán a resistir los cambios y es dependiente de la historia porque los cambios que promoverán las organizaciones serán gobernados por el tipo de conocimientos y habilidades en que han invertido los miembros de las organizaciones (North 2005, 62). El camino recorrido y el conocimiento y habilidades que hoy son el sustento de las percepciones "limitan las opciones futuras" (North 2005, 77).

La explicación que se ha expuesto hasta aquí debe ser matizada por dos ingredientes que el mismo autor provee en un trabajo anterior y que parecen razonables:

En cada paso del camino hay alternativas políticas y económicas que presentan [...] alternativas reales. La dependencia de la historia es un modo de angostar conceptualmente el conjunto de alternativas y enlazar la toma de decisiones a través del tiempo. Pero no es un cuento sobre inevitabilidad en donde el pasado claramente predice el futuro (North 1995, 98-99)<sup>214</sup>.

Dos cuestiones me interesan rescatar de este trabajo anterior de North: 1) la dependencia del camino o de la historia no implica sostener la ausencia de alternativas sino la reducción de éstas; 2) por causa de la razón anterior este enfoque no tiene como

---

<sup>214</sup> Desconozco si la exclusión de un párrafo como el que ha sido citado en los trabajos de D. North posteriores a 1995 obedece a un cambio de ideas y a un endurecimiento de su posición, o simplemente a una omisión.

aspiración predecir el futuro, ni puede ante condiciones iniciales exactamente iguales sostener que dos sociedades seguirán en el futuro caminos idénticos.

### **15.1. Críticas a la propuesta de Douglass North y otros autores neo institucionalistas.**

Es importante tener en consideración que las instituciones que concentran la atención de los neo institucionalistas no son el entramado complejo de instituciones que preocupan en esta investigación que es más cercano al “formato multi-institucional” del que hablan Dreze y Sen (2000, 20). La preocupación del NIE se orienta básicamente hacia la protección del derecho de propiedad en sentido amplio, las características de ejecución de los contratos y la reducción de los costos de transacción para actividades económicas, en general y contractuales, en particular; y subsidiariamente hacia la independencia judicial para la protección de los derechos de propiedad y la eficiente ejecución de los contratos.

De acuerdo con North las instituciones son cruciales para el crecimiento económico y la causa primaria de este fenómeno. Los países pobres son aquellos que tienen un conjunto de instituciones cuyos constreñimientos generan una serie de costes para la actividad productiva y por este motivo no resultan incentivos para ella (North 1990, 110). Conjuntamente con la importancia otorgada a las instituciones, el autor estadounidense, las concibe como fenómenos totalmente endógenos, es decir, su aparición y transformación está limitada por factores existentes en el sistema, que funciona de una manera cerrada e impermeable a factores externos. Además de ser fuertemente endógenas, la posibilidad de cambio institucional está limitado por la matriz institucional anterior: las instituciones preexistentes son el molde institucional para las instituciones futuras. De este modo, en la concepción de North las instituciones prácticamente no son manipulables (Przeworski 2004, 181) y dependen sólo mínimamente de la agencia humana. Esta aproximación presenta algunos problemas que se intentarán poner de relieve a continuación.

Si las instituciones son fuertemente endógenas y se reproducen a sí mismas con cambios que necesariamente resultan lentos, graduales y herederos de la matriz institucional anterior, entonces éstas no juegan ningún rol autónomo en la explicación del desarrollo económico: son simplemente un *epifenómeno* (Przeworski 2004, 166).

No es posible pensar en instituciones con alguna posibilidad de éxito (eficacia y efectividad en el sentido utilizado en esta investigación) si se sacan de su contexto espacio-temporal. Sin embargo, el panorama altamente cerrado e impermeable que

presenta North no parece una descripción razonable de las sociedades actuales. Uno de los factores que no parece haber considerado North es la influencia externa tanto en los países como en las organizaciones. El mecanismo de cambio institucional descrito por North funciona como un “sistema cerrado”, es decir, como un sistema físico que no interactúa con otros agentes ajenos a él, y cuyas evoluciones de movimiento sólo dependen de los atributos invariables (la geografía, el clima, o incluso podría considerarse así a las condiciones iniciales) y factores variables (las percepciones y luego las instituciones) incluidos previamente en el sistema. Resulta poco realista pensar que en el mundo del siglo XXI el cambio institucional de una sociedad está limitado a las opciones que se produzcan a raíz del cambio en la información, conocimiento y habilidades (que desata la cadena de cambio institucional descrita por North) *que la propia matriz institucional existente permite*, cuando el intercambio de información, conocimientos y habilidades no tiene hoy en día más barreras que aquellas que artificial y arbitrariamente puedan imponer los gobiernos (lo cual se presenta en un puñado de países solamente). No me refiero únicamente a la información tecnológica o científica que hoy en día circula sin fronteras sino también al modo en que las empresas multinacionales –por ejemplo– “imponen” en sus filiales del mundo la dinámica institucional dispuesta desde las oficinas corporativas que es muchas veces producto de la matriz institucional del país de origen de la corporación, o al modo en que los millones de migrantes contribuyen a la transformación de las instituciones a través de sus percepciones del mundo que provienen de una matriz institucional diferente.

Por otra parte, el lastre más importante para el cambio institucional en la descripción de North parecen ser las instituciones informales ya que de acuerdo con su visión éstas cambian de forma mucho más lenta (North 2005, 51) y generalmente no son susceptibles de ser manipuladas deliberadamente por la acción humana (North 2005, 50). No comparto ninguna de estas dos concepciones: la idea de que las instituciones informales cambian de forma lenta no parece estar corroborada por estudios empíricos ni por los hechos históricos. Como explican Bicchieri y Muldoon (2011) las normas (sociales) pueden cambiar bastante rápido y nuevas normas frecuentemente emergen en un breve lapso entre personas que antes eran completamente extrañas. Estudios realizados en grupos sociales y políticos emergentes muestran que en esos grupos nuevas normas se forman rápidamente y que el colapso de viejos patrones de conducta es frecuentemente repentino e inesperado. Estos estudios se han realizado en una variedad de contextos como el apoyo a la ley seca (*Prohibition*), la integración racial, la revolución sexual en la década de 1960, el consumo de alcohol en los campus



universitarios o el comportamiento de los pandilleros. Todos estos estudios respaldan un modelo de explicación de la formación de las normas sociales basado en las expectativas empíricas y normativas acerca de cómo se comportarán los otros y de lo que se considera que debería hacerse. Cuando estas expectativas dejan de estar presentes la norma informal o social rápidamente se debilita (Bicchieri y Mooldon 2011). Por otro lado, la historia nos muestra situaciones en las que las normas sociales han evolucionado más rápidamente que los cambios formales (recordemos, por ejemplo, los casos tratados en la segunda parte de este capítulo en los que situaciones de relaciones intrafamiliares habían avanzado como normas sociales mucho antes que en el mundo formal: el divorcio, la aceptación de la convivencia de hecho, el tratamiento igualitario de los hijos nacidos fuera del matrimonio, etcétera).

Con relación a la afirmación de North sobre la imposibilidad de manipular las instituciones informales, también en la segunda parte de este mismo capítulo se han expuesto variados ejemplos de cómo las normas sociales e informales en situaciones muy diversas fueron manipuladas a efectos de ser neutralizadas o, por el contrario, con el propósito de potenciarlas. Evidentemente neutralizar una norma social o informal que no está debilitada es una tarea compleja y a menudo costosa, pero no imposible.

## **15.2. Las dificultades de la dependencia de la historia en su versión fuerte. Una posible versión matizada como alternativa.**

Hay muchas versiones sobre qué es o qué alcance debe darse a la dependencia del camino recorrido o de la historia, algunas son más fuertes que otras y la de North es de aquellas que pueden considerarse especialmente de ese último tenor. Ello no sólo por concepción de este autor acerca de la dependencia de la historia propiamente sino también por la conjunción entre ella y su visión, también fuerte, de la endogeneidad institucional. Expondré algunas críticas a esta versión fuerte de la dependencia de la historia y luego propondré una versión que creo más moderada y adecuada.

Es posible identificar ciertos elementos coincidentes en los enfoques de la dependencia de la historia a pesar de diferir en la intensidad del compromiso respecto del pasado que asumen las distintas perspectivas. Todos los enfoques comparten los siguientes elementos: (a) la necesidad de descripción de un conjunto de condiciones iniciales o eventos que determinarán el punto de partida del análisis; (b) un conjunto de opciones determinadas por esas condiciones iniciales; (c) la tendencia a que esas opciones se refuercen mediante mecanismos de retroalimentación. A partir de aquí pueden observarse dos opciones derivadas de (c): (d1) la negación de que existan otras

opciones que las que ofrece esta evolución histórica (North 2005) o (d2) la consideración de que alejarse de las opciones que ofrece la evolución histórica o el camino recorrido sería tan costoso que su exploración no valdría la pena a largo plazo (Prado y Trebilcock 2009, 351).

Como se adelantó en el párrafo anterior, el punto de partida de cualquier modelo comprometido con la dependencia de la historia es el de “condiciones iniciales”. Pero, ¿Cómo se definen las condiciones iniciales? Creo que la mejor lectura del concepto de condiciones iniciales debe incluir al conjunto de instituciones que regían en el momento que se escoge como punto de partida. Es decir, no se trataría de un concepto mediante el cual se intenta describir cuestiones solamente fácticas sino principalmente institucionales. A partir de este punto de partida (conformado por hechos, instituciones preexistentes e instituciones trasplantadas, en el caso de la Colonia, por ejemplo) comienza la exploración hacia adelante que intenta dar cuenta de cómo y por qué las instituciones evolucionaron de una u otra forma. Por eso entenderé que el espiral entre instituciones y percepciones no tiene principio ni fin (creo que D. North estaría dispuesto a compartir esta afirmación).

En la versión fuerte de North y otros autores como Acemoglu, Robinson, Engerman y Sokoloff no se toma en consideración que en la formación originaria de las percepciones que permiten el nacimiento de ciertas instituciones (la matriz institucional del momento inicial) pueden influir cuestiones mínimas o incluso inobservables que integran las condiciones iniciales (Przeworski 2004, 184) y no sólo los grandes rasgos que suelen establecerse como explicaciones de la constitución originaria de las instituciones y su posterior evolución (por ejemplo, la forma en que se implementó el trabajo de los nativos en las colonias (Acemoglu y Robinson 2000, 2006, 2012) o la cantidad de población aborígen que había en los distintos países (Engerman y Sokoloff 2006). Incluso más, la construcción de las condiciones iniciales está delimitada de una manera crucial por aquello que los historiadores hayan –discrecionalmente– recogido del pasado por lo que nunca sabremos si esa reconstrucción que se utiliza como punto de partida se corresponde o no y en qué medida con la situación fáctico-institucional de esa sociedad en ese momento.

Del mismo modo, cuando la matriz institucional ya está constituida (es decir a partir del momento inmediatamente posterior a las “condiciones iniciales”), hay pequeños hechos, muchos de ellos menores en apariencia, algunos deliberados y otros casuales, que impactan en las condiciones generales de una sociedad o directamente en sus instituciones. Ellos permanentemente, como en un juego de azar, cambian el trazado de

las alternativas que la historia tenía preparadas para esa sociedad. Así lo muestra el siguiente ejemplo:

El heredero de una familia destacada, rica, conservadora y católica de Costa Rica fue enviado a estudiar al extranjero en 1920, tal y como su trasfondo familiar dictaba. Lo único que ocurrió fue que, en vez de ir a París, aterrizó en la Universidad de Louvain, en un momento en el cual era un semillero de ideología social-cristiana. Impregnado por estas ideas, volvió a su país, se convirtió en su presidente, se alió con el Partido Comunista, legalizó los sindicatos e introdujo una extensa legislación social. Alarmados por su alianza con los comunistas, Estados Unidos ingenió un golpe de estado, dirigido por un social-demócrata anti-comunista. A partir de entonces, en Costa Rica se alternaron social-cristianos y social-demócratas, todos respetuosos con la democracia y todos comprometidos con la igualdad. Entonces, si esta historia es cierta, una perturbación minúscula tuvo grandes y duraderas consecuencias (Przeworski 2004, 184).

La idea de incluir el ejemplo anterior propuesto por Przeworski no tiene como finalidad aseverar (como parece hacerlo el autor y se podría compartir) que lo que ocurrió en Costa Rica obedece efectivamente al azar que determinó que el ex presidente estudiara en una u otra universidad, sino más bien a cuestionar la dependencia de la historia como instrumento de explicación del cambio institucional. Es interesante comparar la explicación de la anécdota histórica que propone Przeworski con la de Engerman y Sokoloff, quienes pretenden fundamentar en razones históricas la explicación sobre la incidencia de la desigualdad en América latina y la menor incidencia de ese fenómeno en Costa Rica.

La desigualdad surgió aquí desde la dotación de grandes poblaciones de nativos americanos que sobrevivieron al impacto inicial de las enfermedades que trajeron los europeos y de las prácticas españolas (que fueron influenciadas también por las instituciones preexistentes nativo-americanas en México y Perú) de conceder a los miembros de la élite [...] reclamos sobre la tierra, sobre la mano de obra nativa, y los recursos minerales valiosos. Sin embargo, unas pocas áreas que tenían poblaciones nativas relativamente pequeñas, tales como Argentina, Uruguay y Costa Rica, se vieron menos afectados (Engerman y Sokoloff 2005, 4).

De la comparación de ambos análisis anteriores es razonable concluir que, por un lado, las explicaciones sobre estados sociales de cosas en el presente no pueden ser atribuidos a un único factor histórico; ni siquiera a un grupo de hechos del pasado pues no sabemos ni sabremos con cuáles otros hechos pudieron confluír a conformar la realidad pasada (no disponemos de información sobre su existencia). Por otra parte y

coincidiendo aquí con Przeworski, es inevitable que el azar trastoque permanentemente y de manera muy disímil la formación de la realidad actual y de las instituciones que la rigen.

A lo anterior debe agregarse que las instituciones formales cuando han tenido un mínimo de eficacia producen *efectos*. Esto es, resultados observables que *a priori* resultan oscuros a los participantes (legisladores y sujetos normativos) y que por ello son diferenciables de las conductas ordenadas por la norma y de los objetivos o propósitos buscados por éstas. En ciertas oportunidades los efectos se convierten finalmente en instituciones formales o informales. Por lo tanto los efectos de las instituciones formales son en sí mismos pequeños *shocks* que generan un nuevo conjunto de condiciones fácticas o institucionales que modifican adicionalmente el recorrido, las opciones y las oportunidades de juego que la historia tenía preparadas. Seguramente, se respondería a este comentario argumentando que estos efectos se producen también dentro de las opciones que el marco institucional posibilita y que no es factible que el *efecto* de una institución formal altere el recorrido rompiendo con las opciones posibles que previamente establecía el paisaje institucional. Este cuestionamiento puede tener lógica dentro del esquema de “sistema cerrado” que presenta la versión de cambio institucional de North mas no en la versión que aquí se propone que considera la permeabilidad a percepciones, hechos e instituciones que provienen del mundo exterior (situaciones internacionales, descubrimientos científicos y tecnológicos que se producen localmente o se “importan” o que llegan mediante multiplicidad de canales, percepciones de personas que no provienen de esa sociedad, tratados internacionales que de manera completamente voluntaria o por necesidad de integración al mundo los países han ratificado, etc.).

Con relación a la tendencia a la retroalimentación de las instituciones, aceptaré que ella puede existir en algún momento de la vida de las instituciones<sup>215</sup>. De hecho, no resulta disparatada la explicación de que esta tendencia es la que permite dar cuenta de por qué subsisten instituciones cuyos resultados son ineficientes, sub-óptimos o no racionales (Prado y Trebilcock 2009, 351)<sup>216</sup>. Ahora bien, como ya se ha expuesto no todas las instituciones formales e informales presentan necesariamente y en todo momento esta tendencia hacia su retroalimentación o reafirmación: en muchas oportunidades se debilitan por sí mismas o por la competencia con otras normas y

---

<sup>215</sup> Como es obvio las instituciones no tienen capacidad *per se* para generar los mecanismos de refuerzo y retroalimentación sino que son las personas en tanto individuos o como integrantes de las organizaciones las que promueven esos mecanismos.

<sup>216</sup> Prado y Trebilcock (2009), a diferencia de lo que se plantea aquí, parecen presentar a los mecanismos de refuerzo y retroalimentación como una característica permanente de las instituciones.

pierden su fuerza de tal manera que desaparece esa tendencia hacia su propio refuerzo. En el caso de las instituciones informales, como se ha explicado anteriormente, las normas muchas veces dejan de ser la expectativa de comportamiento de los otros y desaparecen súbitamente.

Por supuesto que en cierta instancia de la vida de las instituciones lo que debemos esperar es su *persistencia*. Las instituciones se presumen estables y esta condición es esencial para que puedan cumplir su rol en el desarrollo humano y económico. Como explican Chang y Evans “una institución totalmente maleable sería tan útil como no tenerla” (2007b, 227) y, por lo tanto, en condiciones ordinarias el índice de cambio del entorno será superior al índice de ajuste de las instituciones al entorno (Chang y Evans 2007b, 227 citando a March y Olsen 1989, 168). Pero esta estabilidad e índice de cambio más lento con respecto al entorno no implica inmutabilidad o sustracción de la posibilidad de manipulación deliberada.

Por lo tanto y a modo de resumen de las críticas antes expuestas: (a) la presencia de condiciones iniciales ínfimas, imperceptibles o no transmitidas por los historiadores generan una reconstrucción del conjunto de hechos e instituciones iniciales que será necesariamente incompleta y sesgada; (b) luego, el sistema no permanece cerrado al mundo exterior y pequeños *shocks* casuales o deliberados, producidos por diversas circunstancias –incluso por los efectos de las normas formales –tienen resultados visibles importantes que alteran las opciones que la matriz institucional inicial proveía; (c) la tendencia a la retroalimentación y refuerzo de las instituciones no es una constante en la “vida” de las instituciones: hay momentos de fortaleza en donde tal tendencia a subsistir y perpetuarse estará presentes pero también hay circunstancias en las que las instituciones –tanto formales como informales– se debilitan y desaparece esa propensión a la retroalimentación.

Por todo lo dicho anteriormente considero que se diluye el valor de la dependencia de la historia (al menos en su versión fuerte) como herramienta para explicar tanto (a) cómo han llegado las instituciones hasta nuestros días del modo en que lo han hecho; (b) cuál es el menú de opciones institucionales que el pasado nos ofrece en el presente.

Un ejemplo muy conocido podría ser de utilidad para concretizar las críticas anteriores: los países europeos no comparten un pasado común y se han formado y transformado pasando por situaciones muy diversas<sup>217</sup>. La versión fuerte de la dependencia de la historia no nos permitiría dar cuenta de cómo fue posible que la Unión Europea sea lo que es hoy, ya que, aun con sus déficits y dificultades, la UE ha

---

<sup>217</sup> Sobre la diferencia de la evolución temprana de los países europeos ver Gerschenkron (1962).

logrado generar un conglomerado de instituciones eficaces y efectivas que se aplican a países con matrices institucionales muy diversas y caminos recorridos también completamente diferentes.

Por supuesto que negar toda influencia del pasado en la construcción del presente sería un extremo también absurdo, por lo que es posible incursionar en una versión matizada de la influencia de la historia y aceptar que esta relación (no dependencia) se presenta del siguiente modo: a) los *policy makers* no diseñan o reforman las normas a partir de una *tabula rasa* sino dentro de un contexto institucional determinado (Prado y Trebilcock 2009, 349); b) esas instituciones son producto de una determinada trayectoria histórica que combina las condiciones iniciales perceptibles e imperceptibles, las registradas por los historiadores y las que no lo han sido. A lo anterior se suman los *shocks* deliberados o casuales que modifican permanentemente las opciones institucionales que se tienen a disposición. En todo caso, esa cantidad de factores azarosos y desconocidos no resulta útil para explicar por qué las instituciones evolucionaron de una u otra forma del pasado al presente; y, c) las instituciones *pueden* presentar una tendencia hacia su retroalimentación o reafirmación y en esos casos el coste de modificar una norma será mayor, pero de ningún modo esa tendencia es una característica permanente o inmanente de las instituciones ni tampoco es inderrotable.

Esta versión matizada de la relación entre instituciones e historia nos permite utilizarla como herramienta para el diseño institucional futuro pero no permite (como creo que tampoco lo permite la versión densa aunque los que la defienden consideran lo contrario) explicar cómo y por qué evolucionaron las instituciones de determinada forma.

### **15.3. Algunas diferencias en el enfoque del cambio institucional en Douglass North y Amartya Sen.**

Es tal vez un buen momento para explorar las diferencias básicas entre la concepción del cambio institucional de North y de Sen.

En North la dependencia de la historia cumple un rol decisivo en los límites posibles para el cambio institucional y la historia configura básicamente lo que North considera la cultura. Como Hayek, North suscribe el criterio de que la cultura es “la transmisión en el tiempo de un stock de conocimiento acumulado” (Hayek 1960, 27, citado por North 2005, 50-51). Tanto para Hayek como para North la evolución cultural (que incluye a las instituciones) requiere un proceso espontáneo: la capacidad de los seres humanos para comprender está limitada por las opciones que llegan del pasado y se erigen como

muros en el presente. Para Sen, por el contrario, el peso de la historia no tiene un papel preponderante, incluso rechaza que la “cultura” sea tan influyente como habitualmente se entiende en las perspectivas de desarrollo económico y de cambio institucional (Sen 2004). La transformación institucional es, según Sen, más dependiente de las posibilidades de participación y deliberación democrática que del peso de la cultura o del pasado (Sen 1999, 26).

Por otra parte la visión de la cultura que propone Amartya Sen es completamente diferente de la que presentan North y Hayek; para él la cultura no es un atributo homogéneo y pueden existir grandes variaciones dentro del mismo entorno cultural. Los deterministas culturales frecuentemente no consideran esta heterogeneidad y olvidan que las voces más discordantes son a menudo internas más que provenientes del exterior (Sen 2004, 8). Adicionalmente, señala Sen que la cultura no es estática, ni se encuentra aislada de otras culturas (Sen 2004, 8) como parece presentar la cuestión North.

Es por ello que Sen asume una posición más optimista respecto a las posibilidades del desarrollo a través del cambio institucional. Si la cultura puede ser influida con mucha más facilidad de lo que acepta North por las instituciones formales vigentes y sufrir modificaciones, entonces los cambios institucionales promovidos a través de la reforma de instituciones formales no son tan poco factibles y lentos como los describe North.

En Sen existe un reconocimiento de la agencia humana para la generación de instituciones formales que, a su tiempo, influirán en la modificación de valores, normas informales, costumbres, etc. La visión de Sen es, de algún modo, coincidente con la que se sostendrá en esta tesis acerca de la capacidad *constitutiva* de las instituciones formales, esto es, la capacidad de las instituciones formales para modificar la visión del mundo de las personas afectadas por ellas (Chang y Evans 2007b).

Por otro lado, la visión de Sen se aleja de las versiones economicistas en las que es el mercado la principal fuente de demanda de instituciones. Es posible entender que la versión de North sobre cambio institucional –aún siendo más compleja y refinada que la de Hayek– es finalmente una visión altamente mercantilista: la competencia entre organizaciones por sobrevivir es el catalizador del cambio institucional. Si no hay competencia no hay incentivos y el cambio institucional se torna aún más lento o se estanca.

Esta visión es inversa en Sen para quien las instituciones que generan las condiciones para el desarrollo no necesariamente son producto de relaciones de

mercado o de competencia sino muchas veces de políticas públicas orientadas a la expansión de las libertades.

Los siguientes dos enfoques que se presentan provienen de perspectivas jurídicas. Tanto la “tesis de la congruencia” de Gerald Postema (2012) como la “tesis de la demanda” de Berkowitz, Pistor y Richards (2003), a diferencia de los enfoques presentados anteriormente, no pretenden dar cuenta de *cómo* se produce el cambio institucional sino más bien de *qué condiciones son necesarias* para que el cambio institucional sea eficaz y efectivo.

#### 16. LA TESIS DE LA CONGRUENCIA COMO REQUISITO DEL CAMBIO INSTITUCIONAL EFICAZ.

De acuerdo con Gerald Postema para que un sistema jurídico esté en vigor debe existir cierto grado de congruencia entre las normas jurídicas formales y las costumbres y las prácticas de la vida ordinaria en la sociedad gobernada por ellas (tesis de la congruencia). De acuerdo con el autor un sistema jurídico está en vigor si logra ordenar la vida social de una comunidad en una medida sustancial, no siendo suficiente que una elite auto-designada se rija por él (Postema 2012, 84). Esta concepción de un sistema “en vigor” es asimilable a la idea de eficacia que he adoptado, aunque en Postema la visión es del conjunto o sistema jurídico mientras que el tratamiento de la eficacia se ha realizado en este trabajo se enfoca en la adecuación de las conductas a una norma o un conjunto determinado de normas. Esa diferencia no parece ser relevante a los fines del análisis sobre modelos de *cambio institucional*. Asimismo, sostiene el autor comentado que el derecho cumple su función normativa *a través* de la mediación de las prácticas sociales informales (tesis de la mediación) (Postema 2012).

Las dos tesis sobre la eficacia que propone Postema pueden ser reconstruidas del siguiente modo: para que el cambio institucional a través del derecho sea eficaz, debe existir cierto grado de congruencia entre las instituciones informales y las normas formales, y también entre estas últimas y los hábitos convergentes (tesis de la congruencia). De este modo se obtendrá el “mejor tipo” de eficacia del derecho pues éste como fenómeno social se encontrará mediando entre las instituciones informales y los hábitos convergentes<sup>218</sup>.

La tesis de la congruencia es presentada del siguiente modo:

...un grado considerable de congruencia entre las normas y las formas de razonamiento de un sistema jurídico y las costumbres sociales e informales,

---

<sup>218</sup> Unos párrafos más adelante se verá con más detalle qué significa para este autor esta “mediación”.



las prácticas y las formas de razonar que predominan en la sociedad gobernada por él es una condición necesaria de un sistema jurídico...La congruencia...no depende de que las normas jurídicas *reflejen* las normas informales. Las normas congruentes no son idénticas en contenido, incluso si se desprecian las muy diversas modalidades normativas que poseen el derecho y las prácticas sociales informales: tampoco deben servir –cada uno a su manera– fundamentalmente a los mismos valores...Además es improbable que la congruencia importe una correspondencia uno a uno... (Postema 2012, 94-95)

En definitiva, si quisiéramos representar gráficamente a la tesis de la congruencia no deberíamos imaginarnos un *puzzle* en el que todas las piezas encajan perfectamente formando un paisaje sino más bien una pintura impresionista en la que para formar el paisaje son necesarias miles de pinceladas cuya condición es que sean armónicas.

Pasaremos ahora a la segunda tesis en la que sostiene su argumentación Postema, la llamada *tesis de la mediación*. La tesis de la mediación sugiere que una parte sustancial de la guía normativa que suministra el derecho debe ser indirecta, es decir, mediada por las costumbres y prácticas informales de las que participan los destinatarios del derecho (Postema 2012, 98). La tesis de la mediación puede ser abordada desde dos direcciones. En primer lugar, una medida de que el derecho es “usado” está dada por su influencia y participación en las prácticas y normas sociales que más directamente modelan la vida de los destinatarios del derecho (Postema 2012, 98-99). Varios de los ejemplos que brinda el autor han sido ya presentados como interacciones entre normas sociales o informales y normas formales en la segunda parte de este capítulo (relaciones estáticas y dinámicas). Por ejemplo, propone Postema como casos de *mediación* cuando el derecho hace explícitas normas sociales, o cuando el derecho influencia directamente el surgimiento o arraigo de normas sociales particulares, o cuando eleva o disminuye las condiciones mínimas que se entienden como comportamiento social adecuado, etc. (Postema 2015, 99). En definitiva, en el primer enfoque de la tesis de la mediación el derecho modela y es modelado por las prácticas sociales informales, y su abordaje no difiere sustancialmente de aquel que se ha realizado con mayor detalle en la segunda parte de este capítulo.

En el segundo enfoque de la tesis de la mediación se asume la perspectiva de los sujetos normativos o los “destinatarios del derecho” como los denomina Postema. Aquí refiere el autor que es razonable esperar que respecto de los sistemas informales (y en mayor medida de los consuetudinarios) los destinatarios tengan un conocimiento extendido de las normas *in sensu composito*, pero ello no es exigible respecto del derecho que, en las sociedades modernas, ha adquirido un grado de complejidad y

vastedad considerables. Por ello, respecto del derecho es esperable que los sujetos normativos tengan un conocimiento y comprensión del derecho *in sensu diviso* que les permita, sin embargo, juzgar cuándo resulta necesario recurrir a un experto jurídico (Postema 2012, 102). Por lo tanto, este segundo sentido de la tesis de la mediación sugiere que para que ese conocimiento y comprensión *in sensu diviso* sea posible (1) las normas jurídicas deben ser adaptadas a esquemas que sus destinatarios puedan comprender fácilmente y aplicar, y además, deben presentarse de tal manera que a los destinatarios les sea posible razonar por analogía; (2) estos esquemas o supuestos estarán relacionados con costumbres o prácticas informales que los sujetos aprenden mediante la participación en ellas o a través de la observación de otros que participan en ellas (Postema 2012, 103). Por este motivo, sostiene el referido autor, que la guía normativa del derecho es indirecta, se encuentra mediada por las normas sociales informales y las prácticas en las que se encuentran integradas las normas jurídicas (Postema 2012, 103).

Tanto la tesis de la congruencia como el punto (2) de la tesis de la mediación desde la perspectiva de los destinatarios del derecho, tienen un fundamento común: la idea de que rara vez los ciudadanos tienen algo más que una comprensión rudimentaria de la mayor parte del derecho, y ciertamente muy poca o ninguna comprensión de sus características más técnicas (Postema 2012, 89). Por eso, según este autor "...es difícil sostener que los ciudadanos ordinarios aceptan estas proposiciones normativas y las tratan como pautas comunes para su conducta y las de los otros conciudadanos" (Postema 2012, 89).

Pues bien, dada la afirmación sobre la comprensión rudimentaria general del derecho por parte de los ciudadanos y el nulo o poco conocimiento de sus características técnicas (que deben leerse en conjunto como características "insuficientes" para que el sistema jurídico esté en vigor), Postema debe recurrir a la tesis de la congruencia y su complemento en la tesis de la mediación (solo en el aspecto antes mencionado). Esto es así según este autor porque para que el derecho esté en vigor debe ser comprensible desde un punto de vista práctico y esa comprensión:

...solo es posible si las exigencias del derecho son ampliamente conocidas, razonablemente constantes en el tiempo y generalmente consonantes con las costumbres y prácticas sociales e informales conocidas. El derecho no puede por sí mismo crear ese acopio de comprensión pública: lo presupone (aunque como veremos colabora en

buena medida para darle forma). La congruencia, por ende, es necesaria para la eficacia del cometido normativo del derecho (Postema 2012, 98).

### **16.1 Críticas a la tesis de la congruencia.**

En mi opinión y en el contexto de este trabajo, la tesis de la congruencia es la que resulta susceptible de mayores críticas, ya que la tesis de la mediación (excepto en el punto 2 de las exigencias para el conocimiento *in sensu diviso* del derecho), es compartida en este trabajo como descripción de la posible interacción entre los mundos formales e informales.

En su propuesta, Postema coincide con la concepción de eficacia de las normas prescriptivas (modelo de mandatos, según refiere Postema) que he propuesto en esta investigación. Es decir, para este autor, al igual que en la concepción escogida aquí para entender a la eficacia,

...las meras correlaciones fortuitas del comportamiento con las normas jurídicas establecidas no logran poner de manifiesto la efectividad del derecho. Para hacerlo, debe ser posible atribuir la conducta a los esfuerzos y al funcionamiento del derecho (Postema 2012, 85).

En otra oportunidad Postema sostiene que el mandato es efectivo si es obedecido y esto implica como mínimo que la prescripción figure adecuadamente en el razonamiento práctico del sujeto; así, puede que el mandato solamente informe al sujeto sobre los requisitos de su acción (guía epistémica) o más característicamente que suministre razones para actuar de determinada manera (guía motivacional) (Postema 2012, 90 con cita de Shapiro, 1998, 490). Así las cosas, aunque evidentemente Postema aplica el término “efectividad” a lo que aquí se llama “eficacia”, la concepción es coincidente: no basta la mera coincidencia en el comportamiento pero tampoco es menester que siempre el derecho actúe como guía motivacional, bastando para su eficacia que sea al menos una guía epistémica. También se comparte con el autor otro de sus puntos de partida: que *el derecho se dirige a agentes autónomos, racionales e inteligentes* (Postema 2012, 86, 89 y 91) y que por lo tanto, la eficacia lograda únicamente a través de un ejército que haga cumplir las leyes no es en realidad eficacia (Postema 2012, 86-87). Para el razonamiento y las críticas que siguen resulta relevante tener en consideración que se coincide con el autor en estos dos importantes puntos de partida.

En primer lugar, y como ya se dijo anteriormente, es una verdad casi evidente que si el derecho coincide armónicamente con las normas informales, las costumbres y los

hábitos convergentes sus expectativas de eficacia (como acatamiento o en sentido epistémico) serán mayores. Esto es, mayor número de personas se comportará de la manera que las normas indican en una mayor cantidad de oportunidades. Sin embargo, esta conclusión —que se comparte en principio— no nos habilita a concluir que el derecho no puede ser eficaz si falta la congruencia. Esa conclusión, a la que sí parece arribar el autor, o bien nos ubica nuevamente en el laberinto cuya descripción se introdujo en el punto 12 anterior, o bien representa una omisión en la explicación de Postema: si el derecho sólo tiene perspectivas de eficacia cuando resulta coincidente con las normas sociales, costumbres, etc. entonces las posibilidades de las normas formales para lidiar con normas informales y sociales disvaliosas son realmente muy bajas. Las críticas efectuadas a la posición de North son parcialmente extensibles a esta propuesta: el espacio para la agencia humana en el ámbito de la producción legislativa con posibilidades de eficacia y efectividad es muy poco significativo. Si por el contrario, en el esquema de Postema sólo hay lugar para las normas sociales o informales valiosas, el trabajo de este autor omite explorar el que aquí se considera uno de los mayores problemas para la eficacia del derecho: el de la interrelación entre normas formales y normas sociales o informales disfuncionales o disvaliosas. En definitiva, no hay en el trabajo que se comenta ninguna explicación que de cuenta de cómo el derecho puede ser útil para superar las instituciones informales disvaliosas.

En segundo término, Postema parte de una concepción que presume que los factores informales se encuentran distribuidos de manera homogénea en la sociedad, y son además ampliamente compartidos por la mayoría de sus integrantes. En este sentido, la posición de Amartya Sen sobre la ausencia de homogeneidad en la “cultura” de una sociedad es otra vez adecuada para dar respuesta al enfoque de Postema (ver Sen 2004, 8). Pero además, pareciera que justamente cuando los lazos sociales son débiles o no existen costumbres compartidas o normas sociales son las normas formales las que otorgan seguridad y predictibilidad a las relaciones humanas (Tamanaha 2004, 140). Es decir, sin necesidad de adherir al modelo de eficacia como “cumplimiento” (o guía motivacional), es posible resaltar que la función general del derecho de guiar la conducta de los sujetos normativos se pone sustancialmente de relieve cuando: (a) por alguna razón los sujetos se ven tentados de incumplir la norma (las razones extrajurídicas que generalmente acompañan al cumplimiento de la norma, momentánea o permanentemente desaparecen) y son las normas jurídicas las que resultan finalmente la guía de la conducta; o (b) no existen normas extrajurídicas u otros factores no-normativos informales que resuelvan cómo comportarse en determinada

situación y es el derecho el que regula la conducta de una manera no subsidiaria o secundaria. En la concepción de Postema que aquí se critica, la opción (b) sería dudosamente posible.

En tercer lugar, se pondrá en cuestión el fundamento más profundo que sugiere Postema para sostener sus dos tesis (especialmente la de la congruencia). El autor afirma, *como si fuese una verdad evidente*, que rara vez los ciudadanos tienen una comprensión más que rudimentaria de la mayor parte del derecho y muy poca o ninguna comprensión de sus aspectos técnicos. Esta crítica se dividirá en distintos aspectos:

a) De ninguna manera me resulta evidente o un dato indiscutible que los ciudadanos en el mundo actual (aunque en tiempos de Hart pudo haber sido diferente) tengan una *comprensión rudimentaria* de la mayor parte del derecho y *muy poca o nula comprensión de sus aspectos técnicos*. Muy por el contrario, pareciera que la mayor parte de los ciudadanos comprende adecuadamente la mayor parte de los mandatos, prohibiciones, autorizaciones y competencias que la ley establece *y que les conciernen*. Por ello, en la actualidad —excepto en sociedades con Estados fallidos o cuasi fallidos— la anomia es una cuestión de grados pero, en términos generales, el derecho es el que rige las conductas en la mayoría de las ocasiones. No hay muchos países en los que, utilizando palabras de Postema, el derecho “no esté en vigor”.

Me interesa señalar aquí que en el próximo capítulo realizaré una propuesta para que al diseñar las leyes los legisladores (entendidos en sentido amplio) enfoquen sus esfuerzos en lograr una “comprensión profunda” de las normas (idea que tomo parcialmente de Postema). La diferencia entre esa propuesta que formularé y lo que sustenta la crítica que realizo aquí, es que hay una diferencia de grados entre una comprensión rudimentaria, una comprensión “simple” y una comprensión profunda. Descreo de la verdad que Postema postula como evidente de que los ciudadanos tienen sólo una comprensión rudimentaria; creo que sí tienen una comprensión “simple” y por ello, como se dijo, casi todos los Estados del mundo no son completamente anómicos o fallidos; pero, sin embargo, una comprensión profunda llevaría a mejores índices de eficacia normativa.

b) Podría responderse al comentario anterior con el argumento de que si es el derecho el que rige la conducta en la mayoría de las ocasiones, es porque hay un grado suficiente de congruencia entre los mundos informales y los

formales. Sin embargo, este argumento choca parcialmente con otro argumento de Postema ya que según este autor el derecho moderno está “...más estrechamente vinculado con autoridades políticas centralizadas y formalmente institucionalizadas” y se ha “...vuelto más distantes de las costumbres sociales informales” (Postema 2012, 99). A pesar de aceptar una aparente contradicción entre las dos postulados e intentar resolverla, el autor comentado no logra, a mi juicio, dar una explicación satisfactoria de cómo es posible a través de la “congruencia” salvar esa brecha. Esta deficiencia en la explicación creo que resulta muy clara si pensamos en la existencia de grandes ámbitos del derecho y grandes líneas directrices trazadas por las normas formales en las que el mundo informal tendrá poco para aportar a la congruencia. En síntesis, aún cuando la congruencia no sea “uno a uno” o un *puzzle* sino más bien una pintura armónica los ámbitos regidos por uno y otro mundo *pueden* coincidir en algunos aspectos pero en otros tendrán poco para ser congruentes el uno con el otro.

c) Con relación a la afirmación de Postema de que los ciudadanos tienen muy poca o ninguna comprensión de los aspectos más técnicos del derecho disiento parcialmente pero de manera trascendente. Es cierto que los ciudadanos e incluso los abogados y juristas, desconocemos –y por lo tanto necesariamente no comprendemos– gran parte de los aspectos más técnicos del derecho. Esa situación se presenta de un modo opuesto a lo que estimo que acontece con las grandes líneas directrices del derecho a las que atribuyo mucho mayor índice de comprensión y Postema una comprensión sólo “rudimentaria”. Sin embargo, pareciera que conocer y comprender todos o gran parte de los aspectos técnicos es irrelevante cuando no nos conciernen. Por el contrario, por lo general, cada uno comprende los aspectos más técnicos de los ámbitos de la vida en los que se desenvuelve. Así, como madre, comprendo mis obligaciones y derechos respecto a mis hijos de manera suficiente; por el contrario, mi vecina que no ha tenido hijos aún probablemente los desconozca; el propietario de un taxi comprende las normas de tránsito y de habilitación de su vehículo de un modo que quienes no conducimos no necesitamos; los controladores aéreos comprenden los aspectos técnicos del derecho aeronáutico de un modo adecuado para desempeñarse; y me atrevo a afirmar que quienes han tenido experiencias reiteradas en el sistema penal comprenden suficientemente los aspectos técnicos del derecho procesal penal y del derecho de ejecución penal, etc.

d) Tal vez el aspecto más profundo de esta parte de la crítica está dada por dos posiciones que encuentro irreconciliables en la argumentación de Postema: no me resulta consistente que se conciba a los sujetos normativos como “agentes autónomos, racionales e inteligentes” con relación al ordenamiento jurídico (Postema 2012, 86, 89 y 91) y al mismo tiempo se consideren tan escasas las capacidades de “comprender” al derecho. Nótese que el autor no se refiere a una posible dificultad en “conocer” el derecho (dificultad que es más razonable en el mundo moderno) sino de “comprenderlo” (*grasp*). En esta inconsistencia claramente me vuelco hacia la idea de que los sujetos normativos son autónomos, racionales e inteligentes y por lo tanto, rechazo el punto de partida de la tesis de la congruencia, que indica que para superar la falencia en la comprensión es requisito necesario que las normas formales sean “consonantes con las costumbres y prácticas sociales e informales conocidas” (Postema 2012, 98).

En cuarto lugar, estimo que la tesis de la congruencia, tal como está planteada en el trabajo que comento, es más vaga que lo que el autor está dispuesto a conceder y que tal vaguedad la torna insatisfactoria. El texto no permite al lector formarse una idea de si la congruencia es una cuestión cuantitativa, cualitativa o son necesarias ambas. Si fuese una cuestión cuantitativa (es decir, si la tesis de la congruencia indicara que hay mayores perspectivas de eficacia cuanto mayor volumen de normas formales resulte coincidente con el cúmulo de factores informales), la tesis chocaría con una dificultad—aceptada por Postema—que radica en que hay cada vez más ámbitos en los que el derecho moderno se construye (de modo eficaz y efectivo) sobre cimientos propios y no sobre factores informales. Me resulta difícil encontrar posibles congruencias entre los factores informales que enumera Postema y las normas formales, en ámbitos como el derecho ambiental, derecho financiero, el derecho de las nuevas tecnologías o el derecho tributario. Se trata de ámbitos en donde no es sencillo encontrar un cúmulo de factores informales anteriores a la regulación formal, y/o ámbitos en donde el núcleo de lo regulado por el derecho es sumamente técnico y por lo tanto los factores con los que Postema exige la congruencia del derecho están generalmente ausentes.

Por el contrario, si la tesis de la congruencia fuese cualitativa y requiriese que solamente en las cuestiones más trascendentes, profundas y generales de la organización social hubiese congruencia, la tesis presentaría otras dificultades: (a) en primer lugar, podríamos pensar que la tesis de la congruencia —en su versión

cualitativa—sólo requiere que los rasgos más esenciales (las pinceladas más gruesas del cuadro) sean coincidentes entre las normas formales y los factores informales. Si ello fuese así, entonces podríamos pensar que la congruencia se requeriría respecto de aspectos tan generales y esenciales como los que mandan, por ejemplo, “no dañar a otros” o “respetar la propiedad o la posesión de los bienes de otros”. Si la congruencia necesaria fuese en los términos anteriores la tesis sería insustancial ya que –por lo menos en el mundo occidental– las condiciones estarían dadas para que las normas jurídicas de cualquier país occidental tuviesen perspectivas de eficacia en otros<sup>219</sup>. Planteada en términos tan amplios y generales la tesis parece, como se dijo, trivial. Podríamos pensar en reducir un poco sus márgenes y asignar a la necesidad de congruencia unas pinceladas intermedias. Entonces la congruencia sería necesaria respecto de (b) cuestiones centrales y generales sobre las cuales, sin embargo, no pudiésemos predicar una generalidad tal que la tornara intrascendente. Así, se podría asignar relevancia a la congruencia en cuestiones tales como “la tolerancia o aceptación de la diversidad (racial, nacional, religiosa, etc.)” o “el respeto de umbrales mínimos de igualdad de género”. Entonces la pregunta obligada resultará: ¿Qué tipo de normas podrían tener perspectivas razonables de éxito en sociedades cuyas normas sociales tienden a no tolerar o no aceptar a personas de diferentes religiones u orígenes étnicos? Es que acaso esos países deberían resignarse y asumirse como sociedades intolerantes sin hacer nada al respecto *desde* el derecho; o por el contrario, y rayando el absurdo, ¿requerirían esas sociedades que las normas formales se adecúen *grosso modo* a las prácticas de intolerancia o no aceptación? Como se dijo al inicio, esta versión cualitativa de la congruencia nos deja varados nuevamente en el centro del laberinto de las normas formales.

En quinto lugar, Postema incurre en la misma imprecisión que ya fue señalada respecto de varios autores y omite distinguir conceptual y funcionalmente entre las normas sociales, las normas informales, las costumbres, los hábitos y hasta los modos de razonar de los habitantes. En este sentido el autor comentado sostiene que:

...es esencial una congruencia sustancial entre las normas jurídicas y las costumbres, prácticas y formas de razonar sociales e informales (Postema 2012, 96).

En otra ocasión afirma que:

---

<sup>219</sup> Ya se han realizado múltiples referencias sobre las dificultades que presentan los trasplantes normativos aun entre países del arco occidental. Al tratar la tesis de Berkowitz, Pistor y Richards (la que llamaremos la “tesis de la demanda”) se volverá sobre el tema de los trasplantes.



...un grado considerable de congruencia entre las normas y las formas de razonamiento de un sistema jurídico y las costumbres sociales e informales, las prácticas y las formas de razonar que predominan en la sociedad gobernada por él es una condición necesaria de un sistema jurídico (Postema 2012, 94).

Asimismo, en otras oportunidades se refiere a “normas informales”, “normas sociales”, “prácticas sociales informales” y otros fenómenos más. Esta avalancha indiferenciada de conceptos obliga a preguntarnos el alcance de cada uno de ellos ya que del texto no resulta para nada claro. Por ejemplo, en ocasiones se refiere a “las costumbres” y podría pensarse que se trata de costumbres con estatus legal; pero, en otras ocasiones estas costumbres se identifican como “sociales e informales”. Tampoco queda claro cuáles son las diferencias entre las “prácticas sociales informales” y las “costumbres sociales informales”. Del mismo modo, ¿cuáles son las diferencias, si hay alguna, entre normas sociales y normas informales?

Esta imprecisión en el uso de términos, que engloban fenómenos tan diversos, promueve las siguientes dos consideraciones:

a) Aún si aceptásemos la tesis de la congruencia tal como la presenta el autor, el uso indiscriminado de los términos para referirse a fenómenos tan distintos es un obstáculo para su propuesta. Retomemos, por ejemplo, la diferenciación entre normas sociales y normas informales propuesta anteriormente<sup>220</sup>. Pareciera que la tesis de la congruencia es viable para las normas sociales pero no para las normas informales que no son “la gramática de la sociedad” (Ver Bicchieri 2006). No parece razonable que se exija como

---

<sup>220</sup> De acuerdo a la diferenciación que se propuso, las *normas sociales* son principalmente normas “generales” y que rigen tanto las relaciones personales (la fidelidad entre parejas no convivientes, las maneras de mesa, el trato entre vecinos o amigos) como las relaciones anónimas (cruzar la calle con el semáforo en rojo o evadir impuestos). Estas normas sociales se caracterizan por la dispersión de su creación, la dispersión de su aplicación, la ausencia de reglas de adjudicación, y otras características. En algún sentido las normas sociales comparten rasgos con las normas consuetudinarias aunque también tienen diferencias con ellas. Las normas sociales son, sin lugar a duda, la “gramática de una sociedad” (Bicchieri 2006). Lo que hemos denominado *normas informales* son conjuntos de normas que rigen la actividad interna de grupos de personas relativamente estructurados y permanentes pero no necesariamente unidos por un vínculo jurídico. Se ha descrito a estos grupos como “comunidades de tejido cerrado y participantes repetidos” (Strahilevitz 2000, 1272). En esta clasificación podríamos incluir las normas que rigen las relaciones entre internos de una prisión, las que rigen la organización de un grupo armado clandestino, las que se presentan, por ejemplo, de manera informal en la distribución de poder en un partido político, etc. Este grupo de normas es más sofisticado y presenta algún grado mayor de concentración de la autoridad informal de producción y aplicación de las normas y es posible distinguir algunas normas rudimentarias de adjudicación, más claridad en las sanciones y hasta procedimientos también precarios de revisión de las sanciones. Hay ciertas organizaciones informales muy complejas con cuasi-sistemas normativos (algo más que meros conjuntos) y en esos casos lo que diferencia a una norma informal de una norma formal es básicamente la condición de oficial u “oficializable” en las condiciones actuales de la autoridad de emisión y aplicación.

condición de la eficacia del derecho una congruencia entre las normas informales (tal como han sido definidas anteriormente) y las normas jurídicas.

b) Lo más problemático de este uso indiscriminado del lenguaje es la transformación de todos estos conceptos en la herramienta necesaria para lograr que las normas formales se adecuen a “...las formas de razonar que predominan en la sociedad” (Postema 2012, 94) o formulaciones similares. No veo razones para sostener que para que una norma sea inteligible o se adecue a las formas de razonar que predominan en la sociedad *necesariamente* deba existir una congruencia (*grosso modo*) con normas informales o sociales o con costumbres o prácticas. Por supuesto que si hay congruencia la eficacia será menos costosa (aunque probablemente sólo agregará un refuerzo formal a una situación ya vigente).

Algunos ejemplos ya familiares pueden ser de utilidad<sup>221</sup>: (a) en Europa, en general, no había una costumbre ni norma social (ni ninguna de las otras categorías) que limitara o impidiera fumar en ámbitos públicos cerrados, sin embargo, en casi todos los países se lo ha prohibido formalmente. La norma no contaba con ningún tipo de *congruencia* y sin embargo, resultó suficientemente inteligible y adecuada al modo de razonar de las sociedades y no presentó mayores dificultades en su eficacia; (b) en España –como en tantos otros países por no aventurarme a afirmar que en todos– no existía una tradición, costumbre o norma informal o social que inclinara a los habitantes a separar los residuos para reciclar; (c) tampoco había antes de la implementación de las normas formales una norma social, informal, o costumbre congruente con la práctica de utilizar cinturón de seguridad. También es posible pensar en situaciones más centrales para la vida social como (e) las fuertes normas sociales en el sur de EE.UU. que rechazaban integrar a personas afroamericanas y el modo en que las normas formales (no sin costes) finalmente revirtieron muchas de esas manifestaciones; o (f) la ausencia de tradición de oralidad en los procesos judiciales de España y los países de América Latina que no impidió que las normas que modificaron el arraigado proceso escrito resultaran bastante eficaces y efectivas.

En todos los ejemplos anteriores, información adecuada sobre por qué el cambio institucional era necesario y un conjunto de normas formales sobre el

---

<sup>221</sup> Los ejemplos (a) a (c) tienen sentido si se asigna a la tesis de la congruencia un sentido cuantitativo mientras que los casos (e) y (f) pueden incluirse también si se le otorga a la tesis un sentido cualitativo.

tema, que incluían sanciones en caso de incumplirlas, y que resultaron inteligibles y adecuadas al razonamiento práctico de los habitantes fueron *eficaces* y en algunos casos también generaron un cambio en los valores y en las costumbres. Hoy es posible identificar incipientes o arraigadas normas sociales que sancionan quienes incumplen con su obligación de reciclar los residuos o de llevar cinturón de seguridad en los coches, y muchos de nosotros no concebiríamos regresar a los procesos escritos. Es decir, no sólo las normas formales fueron eficaces sin congruencia sino que ellas mismas generaron una nueva norma, esta vez social o informal<sup>222</sup>.

La idea final de esta crítica es que el razonamiento práctico de un grupo o una sociedad es *algo más* y, sobre todo, *algo distinto* que el conjunto de normas informales, sociales o costumbres y que estas no son un elemento necesario para transformar en inteligibles o dotar de sentido a las normas formales. Las normas sociales y los restantes fenómenos normativos y no-normativos mencionados por Postema no parecen ser tan poderosos ni tan arraigados como para impedir la inteligibilidad de una norma (razonablemente bien diseñada) que no sea congruente con ellos.

Por otra parte, es difícil, luego de todo lo expuesto hasta aquí, compartir la idea de Postema acerca de que el derecho no puede crear un acopio de comprensión pública y simplemente lo presupone. No defenderé que el derecho es el único fenómeno que contribuye a la comprensión pública porque encuentro que esa posición extrema también carece de sentido, sin embargo, sí me comprometo con una visión en la que el derecho *puede* (al igual que otros fenómenos) modificar visiones y formas de entender el mundo de manera autónoma al conjunto de normas sociales, costumbres o normas informales presentes en una sociedad.

Como puede advertirse de los párrafos anteriores es posible presentar una versión depurada de la tesis de la congruencia (aunque mantener el nombre no tenga demasiado sentido) y que puede redefinirse así: habrá mejores perspectivas para un cambio institucional eficaz y efectivo siempre que haya una comprensión pública de las normas y tal cosa sólo es posible cuando se presenten “ámbitos comunes de información”, es decir, las proposiciones normativas jueguen un papel activo en el

---

<sup>222</sup> Postema acepta –como parte de la tesis de la mediación– la idea de que las normas formales pueden generar normas informales. Es otro de los aspectos en los que las tesis de la congruencia y la mediación son parcialmente contradictorias y, a mi juicio, Postema no logra resolver ese problema.

razonamiento práctico sobre la base de patrones y ejemplos inteligibles y conocidos (Postema 2012, 97). Esta versión depurada de la tesis de la congruencia, a la que desde distintas perspectivas, podría asumirse que adherirían muchos autores (Berkowitz, Pistor y Richards 2003; Rodríguez Blanco 2014) superaría todas las críticas formuladas anteriormente.

#### 17. LA DEMANDA COMO REQUISITO DEL CAMBIO INSTITUCIONAL.

El trabajo de Berkowitz, Pistor y Richards (2003) (de aquí en adelante BPR) tiene dos propósitos principales que no son exactamente dar cuenta de cómo puede producirse un cambio institucional a través de normas formales; sin embargo, su desarrollo permite sin forzar ninguna idea aplicar los conceptos allí expuestos a lo que interesa en esta parte de la investigación. Las finalidades principales del trabajo de BPR son (1) explicar las razones por las cuales los trasplantes legales suelen fracasar y por ello ser obstáculos para el desarrollo económico y (2) contraponer esa explicación a la que han defendido otros autores que sostienen que el tipo de origen legal (*Common Law* o Derecho Continental Europeo) es el predictor institucional más importante de las perspectivas de desarrollo económico (La Porta et al 1997 y 2008)<sup>223</sup>. BPR sostienen que la familia u origen legal no tiene la influencia pregonada por La Porta, López-De-Silanes, Vishny y Shleifer, sino que aquello que permite predecir el funcionamiento eficaz de las instituciones es *el grado de sentido* que tienen las instituciones trasplantadas en las diversas sociedades. Así, BPR explican que:

...para que las leyes sean eficaces, deben tener sentido en el contexto en el cual se aplican de modo tal que los ciudadanos tengan un incentivo para usar el derecho y demandar instituciones que sirvan para aplicar y desarrollar el derecho; además los jueces, abogados y otros intermediarios legales responsables del desarrollo del sistema jurídico deben ser capaces de aumentar la calidad de las normas de una manera que de respuesta a las demandas de "legalidad" (Berkowitz, Pistor y Richards 2003, 167).

---

<sup>223</sup> Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer y Robert Vishny sostienen –con matices a lo largo del tiempo– que el origen legal a que pertenezca cada sistema jurídico (el derecho continental europeo o el *common law*) puede tener consecuencias para el desarrollo. Los primeros estudios intentaron demostrar que los beneficios comparativos para el desarrollo provendrían de la mejor protección a los inversores que se verifica en los países del *common law* (La Porta et al 1997). Luego, los estudios de este grupo se fueron extendiendo a diversas áreas del derecho no solo comercial, sino también laboral, financiero e incluso civil, administrativo y procesal (comparando entre ambos sistemas la mayor o menor formalidad y el grado de independencia judicial) (La Porta et al 2008). En todos estos ensayos los economistas concluyeron que las instituciones del *common law* se caracterizan por promover mejores resultados económicos que los del derecho continental, ya que se asocian con mejores formas de ejecución de los contratos y mayor seguridad de los derechos de propiedad (La Porta et al 2008).

Esta aproximación es, hasta aquí, bastante similar a la “inteligibilidad” o “adecuación” al razonamiento práctico de la tesis de la congruencia de Postema en su versión depurada, pero a continuación los autores comentados agregan un elemento adicional.

El núcleo del argumento de BPR es que para que las instituciones jurídicas sean eficaces debe existir *una demanda de ellas* de modo tal que las leyes "en los libros" sean realmente utilizadas en la práctica, y de tal forma que los intermediarios del sistema jurídico responsables del desarrollo del derecho respondan a esa demanda (Berkowitz, Pistor y Richards 2003, 167).

...una estrategia de reforma jurídica debe estar orientada a mejorar la legalidad escogiendo cuidadosamente las normas cuyo significado puede ser comprendido y cuyo propósito es apreciado por los órganos encargados de la aplicación del derecho y por los agentes económicos que son en definitiva los consumidores finales de estas reglas. En síntesis, las reformas jurídicas *deben asegurarse que hay una demanda doméstica respecto de las nuevas normas y que las ofertas pueden encuadrar en esas demandas*. Un encaje adecuado entre oferta y demanda de normas es una condición crucial para mejorar la eficacia general del sistema jurídico que, a su tiempo, promoverá el desarrollo económico (Berkowitz, Pistor y Richards 2003, 182. El resaltado no obra en el original).

### **17.1. La insuficiencia de la demanda como explicación del cambio institucional.**

El trabajo de BPR propone dos aportes principales para los temas que aquí interesan. Estos dos aportes, a mi juicio, no tienen una vinculación necesaria y pueden ser considerados de manera autónoma. En primer lugar BPR sostienen que para que las leyes sean eficaces “...deben tener sentido en el contexto en el cual se aplican de modo tal que los ciudadanos tengan un incentivo para usar el derecho” (Berkowitz, Pistor y Richards 2003, 167). Este primer aporte es de algún modo coincidente con la versión reformulada de la tesis de la congruencia que hemos aceptado de Postema. Pero por otro lado los autores también proponen otro eje para la eficacia: el de la demanda doméstica de las normas y la posibilidad de que exista una oferta que la satisfaga.

El primer comentario crítico es que demanda e inteligibilidad no son factores que se impliquen el uno al otro. Así, (a) puede haber demanda y sin embargo una mala oferta que impida que el producto de esa demanda, esto es, la norma finalmente sancionada, tenga sentido en el contexto en el cual se aplica, y no incentive a los ciudadanos y

operadores del derecho a “usarla”; y, (b) puede haber asimismo una ausencia de demanda y, sin embargo, sancionarse una ley que sea inteligible y tenga sentido en el contexto. La buena oferta, en este caso, generará la demanda de uso.

Adicionalmente debe señalarse que los casos en que la demanda de cambio institucional es *inexistente* son bastante marginales y extraordinarios. Uno de ellos es el de los trasplantes legislativos no voluntarios a los que se refiere el trabajo de BPR, como los producidos en las colonias o más actualmente por las condicionalidades económicas durante la etapa del Consenso de Washington Plus o Aumentado<sup>224</sup>. También podría pensarse en una dictadura completamente al margen de la voluntad popular. No obstante, se reitera, son casos marginales y por lo tanto no resultan útiles para dar cuenta del proceso de cambio institucional en condiciones de normalidad.

Respecto de los trasplantes voluntarios no hay nada que indique que éstos se realizan necesariamente con ausencia de demanda, pero la demanda, en todo caso, no es suficiente pues no asegura la “inteligibilidad” o el “sentido en el contexto”. Esto podría conseguirse posiblemente mediante la adaptación de la norma trasplantada.

Retomando el argumento de que la ausencia total de demanda es muy improbable en un momento de normalidad institucional, cabría preguntarse entonces ¿por qué a veces las normas “demandadas” fracasan? (es decir, por qué no llegan a ser eficaces y/o efectivas). Las respuestas son múltiples y algunas han sido exploradas anteriormente al tratar la competencia entre los diversos mundos normativos formales e informales que pueden obstaculizar la eficacia de la norma o generar que ésta sea ignorada, trivializada o transformada (Pistor, Antara y Amrit 2009). También podría darse el caso de que existiera demanda pero que las técnicas legislativas fuesen tan deficientes que produjesen el fracaso de la institución; o que las condiciones de aplicación de la norma fuesen insuficientes, etc. Todas estas respuestas posibles nos acercan a dos conclusiones definitivas sobre la propuesta de BPR: (a) la demanda puede ser, en todo caso, un elemento más que coadyuve a la eficacia pero no hay una

---

<sup>224</sup> Hoy en día, luego de los fracasos de los trasplantes en la última etapa de las reformas neoclásicas prácticamente la modalidad del trasplante ha caído en desuso y ha sido reemplazada por la modalidad de la “imitación institucional adaptada”. Un caso interesante de imitación institucional adaptada es el de los Programas de Transferencias Condicionadas (PTC) a los que ya se ha dedicado atención. Estos programas fueron diseñados originariamente en México y muchos países del mundo (y casi todos en América Latina) han imitado la idea central y ciertos detalles de implementación pero adaptando, por ejemplo, las condicionalidades a las cuestiones más urgentes de desarrollo humano. Así, por ejemplo, Costa Rica ha apuntado, entre otras cosas, a que los jóvenes completen la escolarización secundaria, mientras que Paraguay ha incluido medidas para combatir el analfabetismo en los adultos y República Dominicana tiene un programa cuya condición es la “identificación” que promueve que sus habitantes obtengan sus documentos de identidad (Fuente CEPAL, Programas de Transferencias Condicionadas. Base de Datos de Programas de Protección Social no contributiva en América Latina y el Caribe. Accesible desde <http://dds.cepal.org/bdptc/>).

relación causal directa entre demanda y eficacia. La demanda *per se* resulta un elemento demasiado impreciso para ser un buen predictor de la eficacia normativa; (b) el núcleo del problema no es tanto la demanda –que como se dijo salvo casos excepcionales está presente– sino principalmente el modo en el que se concreta la oferta. Una demanda mal procesada que se traduzca en normas que no estén preparadas para la competencia con las normas informales o sociales que pretenden neutralizar o cuya exigencia de cumplimiento resulte compleja, solo por dar algunos ejemplos, será una “mala oferta” y la presencia de demanda en ese caso no variará la perspectiva de eficacia. Es por ello que el problema central no parece estar tanto del lado de la demanda cuanto del lado de la oferta y de otras cuestiones adicionales (la aplicación de las normas o el grado de poder para obstaculizar la demanda que tienen los grupos que deben soportar los costes).

Una de las cuestiones que omiten BPR es definir qué es demanda o qué grado de demanda se requiere para que (en su modelo) una norma sea eficaz. Qué se requiere para considerar que hay demanda: ¿es acaso una cuestión de porcentajes o volumen? o ¿basta que haya demanda por un sector reducido para que esté presente esta condición? Por lo general, la demanda de normas formales proviene de sectores identificados o identificables y que muy rara vez se corresponden con grupos representativos de una mayoría popular. Así, por ejemplo, los docentes demandarán unas condiciones laborales determinadas para ellos, los fabricantes de automóviles que se reduzcan los impuestos a los automotores nuevos, los jubilados pueden demandar mejores programas recreativos para la tercera edad, las mujeres que se respete la igualdad salarial ante iguales tareas, los propietarios de los 32 comercios emblemáticos de Barcelona requerirán especiales condiciones para poder mantener las puertas de sus tiendas abiertas, etc<sup>225</sup>. En todos estos casos evidentemente hay una demanda pero los grupos pueden ser muy amplios (mujeres) o muy pequeños (propietarios de comercios históricos), pueden ser muy poderosos (las automotrices) o muy poco poderosos (los jubilados). Como resulta obvio de los ejemplos anteriores, el volumen de la demanda no modifica las perspectivas de eficacia de las normas: las mujeres nunca han conseguido igual paga por igual trabajo y los comerciantes de negocios históricos han conseguido que se blinde su protección de una manera que hasta el momento ha resultado eficaz.

---

<sup>225</sup> Sobre la demanda de los propietarios de tiendas históricas de Barcelona, ver publicación en el periódico “La Vanguardia” del día 15 de marzo de 2015. Disponible en <http://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20150312/54428097333/barcelona-blinda-comercios-emblematicos.html>

## **17.2. Consideraciones adicionales sobre la demanda, los costes y el poder relativo de los grupos.**

Casi utilizando de excusa el texto de BPR realizaré en este apartado unas breves consideraciones adicionales sobre la demanda normativa desde una perspectiva que la combina con los costes que genera la oferta adecuada a esa demanda. Es decir, asumiré para este análisis que la concreción de una demanda en una institución formal genera necesariamente costes que deben ser soportados por algún sector de la sociedad. Así, el análisis considerará los siguientes elementos: (i) una demanda (que genera beneficios en el mismo grupo que demanda); (ii) una oferta legislativa razonablemente adecuada; y, (iii) la existencia de costes que debe soportar la sociedad o un sector de ésta por la efectiva sanción de la norma o normas (por lo general, los costes recaerán en un grupo diferente al que obtiene los beneficios pero también, en ocasiones sobre el propio grupo que demanda).

Estos elementos de análisis –especialmente el (iii)– se justifican ya que si tomamos en cuenta los ejemplos propuestos en el apartado anterior, pareciera que a la demanda y a la oferta hace falta adicionar algún factor que permita dar cuenta de por qué una norma con alto grado de demanda, materializada correctamente a través de un diseño legislativo adecuado (es decir, que ha sido traducida en una “buena oferta”), puede resultar de todos modos ineficaz. Para continuar con el uso del lenguaje propuesto por BPR se sugerirá un complemento que se concentra en el análisis de los costes que generan las demandas. Así, una demanda puede provenir de un grupo reducido pero tener altos o bajos costes en un segmento amplio de la población o, por el contrario en un segmento reducido; también puede ocurrir que la demanda provenga de un segmento amplio y los costes (gravosos o módicos) deban ser soportados por un segmento también amplio o por uno reducido. Asimismo tanto los grupos demandantes como los que deben soportar los costes tendrán diferentes grados de *poder* tanto para hacer efectivos sus reclamos de demanda, como para luego exigir el cumplimiento de las normas (controlar su eficacia y efectividad) y lo mismo ocurrirá del lado de quienes deben soportar los costes que tendrán mayor o menor margen de maniobra para oponerse a la norma y luego para intentar obstaculizar su eficacia y/o efectividad.

El aspecto del *poder* de los diversos grupos y de cómo éste puede influir en la eficacia y/o efectividad de las normas, no había sido introducido hasta este momento en este trabajo. Si bien el interés sobre este aspecto es limitado pues su tratamiento en profundidad requeriría una investigación específica sobre el tema, corresponde de todos modos su presentación ya que en muchas oportunidades este factor es altamente



influyente en las perspectivas de eficacia y efectividad de las normas. De todos modos, la capacidad de organización de los grupos o el poder de obstaculizar una norma de manera dispersa o desorganizada no es más que *otro de los elementos* que los legisladores o los *policy makers* deberían tomar en consideración en el momento de diseñar y redactar las normas.

En el cuadro que sigue se exponen las combinaciones de los tipos de demanda (de grupos reducidos y de sectores amplios) y de los dos tipos de costes (los que deben soportar sectores o grupos reducidos y los que se distribuyen entre sectores o grupos numerosos)<sup>226</sup>. Además se proponen ejemplos de cada uno de los supuestos y se realiza una muy superficial conjetura (no un pronóstico) de posibles escenarios para la eficacia en cada caso considerando los diferentes posicionamientos para exigir o controlar la eficacia y/o la efectividad de las normas.

La distinción entre demandas de segmentos reducidos y segmentos amplios se realiza considerando quiénes son los *beneficiarios* de la política pública demandada y no quiénes son los “portavoces” de esa demanda.

**Cuadro 5: Demandas y Costes**

Demandas y Costes					
TIPO DE DEMANDA / DISTRIBUCION DE COSTES	EJEMPLOS	PERSPECTIVAS DE EFICACIA/EFFECTIVIDAD	TIPO DE DEMANDA/ DISTRIBUCIÓN DE COSTES	EJEMPLOS	PERSPECTIVAS DE EFICACIA/EFFECTIVIDAD
<b>(I) Demanda por un segmento reducido/ costes concentrados en un segmento reducido</b>	<p>a) <i>Demanda de normas que resuelvan los problemas de clientelismo en la distribución de los planes sociales.</i></p> <p>b) <i>Demanda de normas que resuelven un problema ambiental limitado a una zona y cuya producción está atribuida a un actor identificado (v.gr. contaminación de un lago por una industria)</i></p>	<p><i>La capacidad de control y de poder para exigir el cumplimiento de la norma que posea cada uno de los grupos será relevante para la eficacia de la norma. En el caso del ejemplo (a) los beneficiarios de los planes sociales están en inferioridad de condiciones para resistir los obstáculos a la eficacia que podrían intentar los caudillos barriales. Por el contrario en el</i></p>	<b>(II) Demanda por un segmento amplio / costes concentrados en un segmento reducido</b>	<p>a) <i>Demanda de mejoras en la eficiencia persecutoria del sistema penal.</i></p> <p>b) <i>Demanda de normas que resuelvan un problema ambiental general cuyo autor esté identificado (v.gr. compañías de aviación o de minería a cielo abierto)</i></p>	<p><i>Las perspectivas de eficacia dependerán de la capacidad para obstaculizar la eficacia de la norma por parte del segmento que soporta los costes. En el ejemplo (a) esta capacidad será alta pues los costes de obstaculizar una mayor eficiencia del sistema de persecución penal son menores que los costes de permitir su eficacia. En el ejemplo (b) en el que los actores que soportan el coste tienen mucho más en juego, el coste de cumplir con la norma será menor que el coste de incumplirla. Sin embargo, los actores del ejemplo (b) a diferencia de los del ejemplo (a) tienen la posibilidad de organizarse, negociar, litigar y resistir legalmente la norma.</i></p>

<sup>226</sup> Ekridge, Philip y Garret en su libro *Legislation* presentan dos cuadros que han inspirado el que aquí se introduce pero que luego de los agregados realizados a este solo tienen en común la división entre demandas y costes de grupos reducidos y de grupos amplios (2007, 57 y 59).

		<i>ejemplo (b) la capacidad de control de la eficacia de la norma está mejor distribuido.</i>			
<b>(III) Demanda por un segmento reducido/ costes distribuidos en un segmento amplio</b>	<i>a) Demanda de aumento del precio de los servicios de transporte público. b) Demanda de mejoras en los servicios recreativos de los jubilados.</i>	<i>Dependiendo del poder del segmento demandante las perspectivas de eficacia no son malas ya que los costes distribuidos en un segmento amplio suelen dificultar la organización del grupo que los soporta, a lo que se suma el problema de los free riders en ese grupo (Cfr. Ekridge et al 2007, 57). Las diferencias de poder entre los grupos demandantes se reflejan en los ejemplos (a) y (b) encontrándose el grupo (a) en una indiscutible mejor posición para la demanda y luego para el control de la eficacia de la norma. Un posible factor de desbalanceo del buen pronóstico del caso (a) es que los costes que deba soportar el grupo amplio sean demasiado gravosos lo que podría promover su organización y hasta dar lugar al surgimiento de liderazgos para resistir el cambio institucional.</i>	<b>(IV) Demanda por un segmento amplio/ costes distribuidos en un segmento amplio</b>	<i>a) Demanda de normas que promuevan la igualdad salarial entre hombres y mujeres.  b) Demanda de normas que protejan de la degradación ambiental y que resulten en obligaciones para todos los habitantes (reciclar residuos, disminuir el nivel de emisiones de gases, etc.)</i>	<i>En ambos ejemplos los costes deben ser soportados también por los beneficiarios de la demanda. Lo que podría generar obstáculos para la eficacia dentro de los propios demandantes-beneficiarios. La gestión de la demanda a veces es problemática por la presencia de free riders y por que en grupos tan numerosos suele haber diversas posturas con respecto a la misma demanda (Ekridge et al 2007, 56). El surgimiento de líderes que conduzcan las demandas suele ser un punto de inflexión (v.gr. Rosa Parks o Martin Luther King en el caso de la lucha por la integración de afroamericanos en EEUU). En el aspecto del control de la eficacia otra vez aparece el problema de los free riders pero también la mera reforma legal resulta, en ocasiones, un empoderamiento para la exigencia de comportamiento de acuerdo a la norma. La resistencia a la norma suele producirse de manera autónoma mediante conductas individuales de incumplimiento y no de forma organizada.</i>

## 18. UN PEQUEÑO APORTE AL DEBATE SOBRE CAMBIO INSTITUCIONAL.

En este apartado se intentará realizar un modesto aporte sobre el cambio institucional promovido a través de normas formales. Se pretende superar las críticas que se han realizado a los enfoques expuestos anteriormente y, al mismo tiempo, rescatar ciertas contribuciones de cada una de esas visiones.

El cambio institucional a través de las reformas o sanciones de normas formales es un proceso complejo en el que no es posible encontrar la receta ideal. Menos aún si esa receta es de un solo ingrediente. En lo que sigue se presentarán varios factores combinados con los que se construye una posible idea sobre cómo pueden producirse los cambios institucionales formales que resulten eficaces y efectivos. Como se dijo desde la introducción el optimismo que se refleja en este conjunto de ideas es *moderado* en el sentido de que se acepta que hay situaciones en las que los cambios institucionales (o las instituciones aun siendo eficaces) no tienen capacidad suficiente para revertir situaciones indeseables o disvaliosas. Así también, en otras ocasiones, las instituciones requieren de factores no-institucionales para poder ser eficaces y efectivas (v.gr. ayuda financiera internacional).

También se dijo que este optimismo es *condicional*. Ello es así porque el proceso de cambio institucional para ser eficaz y efectivo requiere a modo de condición apuntar a mejores soluciones técnico-legislativas y considerarse seriamente como un proceso jurídico-racional y no meramente político. En el capítulo siguiente el interés estará orientado hacia la exploración de esas condiciones.

Por el momento, partiremos de la noción propuesta por Chang y Evans acerca de que las instituciones formales pueden ser un producto de la agencia humana<sup>227</sup> y no necesaria y únicamente un subproducto de otros factores. Pueden ser productos autónomos diseñados racionalmente y cuando adquieren cierta eficacia, pueden tener una función constitutiva de los intereses y las visiones del mundo de los actores (Chang y Evans 2007b, 219).

Schauer, desde otra perspectiva, también comparte esta visión optimista sobre el derecho:

...el efecto del derecho sobre las actitudes puede estar en función de la bien fundada conclusión, en el campo de la psicología, de que las

---

<sup>227</sup> Chang (2007a) y Chang y Evans (2007b) son quienes han utilizado la idea de que es posible dar un mayor espacio a la “agencia humana” en las explicaciones sobre cambio institucional. La idea de conectar agencia humana y cambio institucional se vincula con algunos conceptos básicos utilizados por los pensadores del Desarrollo Humano y el enfoque de las Capacidades y parece un buen reemplazo de otras versiones más tradicionales como cambios “deliberados” o “voluntarios”.

preferencias de la gente a menudo cambian como consecuencia de las elecciones forzadas. En la medida en que el derecho (o algo más) compele a las personas a adoptar comportamientos inconsistentes con sus preferencias previas, hay algunos mecanismos, de entre los que destaca el deseo de reducir la disonancia cognitiva, que bien pueden llevar a las personas a adaptar sus preferencias a lo exigido por el derecho [...] la coerción jurídica podría producir cambios en las preferencias justo de este modo, haciendo que la coerción subsiguiente, al menos para aquellos cuyas actitudes se han visto así modificadas, sea un tanto menos necesaria (Schauer 2015, 342)

La agencia humana en la construcción y diseño de las instituciones no implica sostener que los *policy makers* crean las instituciones sobre una hoja completamente en blanco: el camino recorrido a nivel institucional y no-institucional *puede* influir en las opciones que tienen y en las posibilidades de eficacia de las normas. Pero permanentemente estímulos, información y tecnología proveniente de afuera del sistema modifica esas opciones de manera tal que el recorrido institucional no está limitado más que por la posibilidad de que las normas resulten “inteligibles” o “adecuadas al razonamiento práctico de una sociedad” lo que estará influenciado por razones históricas, institucionales y por factores externos. Para traducirlo en términos coloquiales, las instituciones tendrán perspectiva de eficacia si son hijas de su tiempo y su lugar pero la historia o la cultura no señalan un sendero (o un conjunto de senderos) a los que resulta imposible añadir otros.

Por otra parte, la explicación sobre la herencia o el camino recorrido está en ocasiones sembrada de elementos azarosos y otros no azarosos pero muchas veces imperceptibles, que no resulta una herramienta útil para explicar por qué una institución ha evolucionado de tal o cual manera. Sin embargo, considerar el bagaje institucional y cultural presente en una sociedad permitirá tomar mejores decisiones para el diseño institucional futuro (por ejemplo, permitirá considerar cuáles son las normas sociales que podrían obstaculizar la eficacia de una norma). El camino recorrido o la historia a nivel institucional y no institucional no es un límite invencible a las opciones para el cambio institucional sino que puede ser considerado como *un conjunto de características* a tener en consideración para la consecución de mejores resultados en los procesos de cambio institucional.

En la visión sobre cambio institucional que se propone las instituciones tienen un proceso vital o una trayectoria. Ellas emergen, sobreviven y mueren (Ullman Margalit 1990, 756). Durante su supervivencia pueden sufrir modificaciones espontáneamente (como producto de la influencia de otros factores institucionales, cambios en la cultura, en las costumbres, etc.) o pueden ser *reformadas* de manera deliberada (Ullman

Margalit 1990, 756). La caracterización de las instituciones como permanentemente tendientes a reforzar su propia existencia o realimentarse (North 2005, Prado y Trebilcock 2009) es una visión que no parece reflejar más que el momento de mayor fortaleza de la vida de las instituciones. Los propios pesimistas institucionales o historicistas aceptan que el derecho o las instituciones formales son necesarias para reforzar instituciones informales debilitadas o incipientes, lo que señala que la caracterización de éstas como en una permanente actividad de retroalimentación y auto-refuerzo no es una descripción adecuada.

La idea que se promueve aquí es que aún en los momentos de mayor fortaleza, las instituciones informales disfuncionales y/o disvaliosas, pueden ser neutralizadas a través del diseño adecuado de normas, de su permanente evaluación y de una mejora en las condiciones de aplicación.

La vinculación entre el mundo de las normas formales y el de las normas sociales e informales y otros elementos no-normativos presentes en una sociedad (como la cultura, las tradiciones, etc.) es entonces de doble vía: interactúan de forma permanente influyendo mutuamente en sus procesos de transformación o afectando el modo en que se desempeñan (afectando la eficacia y la efectividad de las normas formales, por ejemplo). En este proceso de interacción no hay necesariamente una invencibilidad o superioridad de los factores informales o no-normativos sobre los formales pero es menester (requisito necesario pero no suficiente) que las normas formales tengan “sentido” (Berkowitz, Pistor y Richards 2003) o sean “inteligibles” y se construyan sobre “ámbitos comunes de información” (Postema 2012, 97). Por eso los legisladores y los jueces en sus roles de “creadores” de las normas deberían formularlas de manera tal de que fuese posible un compromiso práctico con respecto a ellas por parte de los habitantes (Rodríguez Blanco 2014, 23).

Adicionalmente, y como ya se adelantó, los procesos de interacción entre el mundo informal y el mundo de las instituciones formales está permanentemente influido por factores externos, ajenos en principio, a las reglas del juego presentes en esa sociedad y, ajenos también, a los factores no-institucionales (cultura, valores, religiones, historia, nivel de desarrollo científico) presentes en esa sociedad. Es decir, el proceso de interacción, modificación y afectación de normas formales y normas informales y sociales no funciona como un sistema cerrado como parece describirlo North. El proceso de construcción y mantenimiento institucional genera tensiones y contradicciones que promueven los cambios y los impactos exógenos pueden disparar o redirigir esos procesos (Chang y Evans 2007b, 219).

En este sentido, por ejemplo, hay un conjunto de factores que la mayor parte de los autores no toman en consideración y que estimo resulta de gran influencia para el cambio institucional: los avances científicos y tecnológicos. En general los trabajos sobre el tema ponen el acento en factores institucionales (formales e informales) o en factores no institucionales tales como la cultura, las tradiciones, las costumbres, los hábitos y hasta las religiones, pero omiten considerar que uno de los grandes motores para el cambio institucional son los avances científicos y tecnológicos. Los avances científicos suelen generar demandas legislativas y modificar –al igual que los cambios institucionales– las visiones del mundo que tienen los sujetos normativos. Por otra parte, la sanción o reforma de las leyes en respuesta a la demanda generada por estos avances científicos es también un vehículo de transformación de valores y visiones del mundo. Varios de los ejemplos que se han incluido en este trabajo tienen sus orígenes en descubrimientos científicos o técnicos que han generado una demanda de cambios institucionales: la demanda de la prohibición de fumar en lugares cerrados se originó en EE.UU y luego se esparció por el mundo a raíz de un informe de la máxima autoridad científica en salud de EE.UU. (*General Surgeon of the United States*) que advertía en 1986 sobre el riesgo de los fumadores pasivos o de segunda mano; los beneficios del uso del cinturón de seguridad fueron una demanda originada por los avances tecnológicos que permitían a los automotores circular a mayor velocidad y los estudios científicos que determinaban que su uso reducía hasta en un 50% la mortalidad; previamente a 1960 el derecho ambiental no existía ni a nivel doméstico ni internacional: fueron las nociones científicas posteriores a la II Guerra Mundial que dieron cuenta de que la biósfera era un sistema frágil y vulnerable a los daños inducidos por los seres humanos los que dispararon la idea de que la regulación y el derecho podrían hacer algo al respecto (Tarlock 2002). Cuando esta idea ganó aceptación en la última parte de la década del 60 se comenzaron a sancionar normas jurídicas de protección del aire, el suelo y los ecosistemas (Tarlock 2002).

Ninguna de las normas mencionadas en los casos anteriores tenía anclaje en la matriz institucional o en factores no- institucionales previos de los países (es decir, no había congruencia sea ésta considerada de modo cualitativo o cuantitativo), ni parece la historia haber jugado un papel demasiado determinante en las opciones que los legisladores tenían a su disposición. Los descubrimientos científicos y los avances técnicos son hoy por hoy tal vez los más fuertes motores del cambio institucional<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> Mario Bunge sostiene que en la sociedad moderna la ciencia y la técnica son los motores de la innovación (Bunge 2014, 13) y que por lo tanto un desarrollo integral y sistémico como el que el autor propone, requiere necesariamente de políticas científicas universalistas que favorezcan, en primer lugar, la

Finalmente un enfoque sobre la demanda de las instituciones (considerada de modo autónomo al “sentido” de éstas) puede ser útil en tanto y en cuanto considere de manera más precisa no sólo a quienes están del lado de la demanda sino también sobre quiénes recaerán los costes de hacer lugar al cambio institucional y cuál es el poder relativo para exigir/resistir el cumplimiento de las normas renovadas tanto de los grupos que promueven la demanda y son beneficiados por el cambio institucional (que promoverán la eficacia de la norma) como de aquellos que soportarán los costes (que resistirán la eficacia de la norma).

Sostener que las instituciones formales pueden modificar los valores y visiones del mundo de los sujetos normativos implica aceptar no sólo que no hay nada de inmutable en la cultura, sino también que la cultura no evoluciona “naturalmente” o de un modo predeterminado. Por el contrario, la cultura es obra de las personas que la construyen, la modifican y tienen derecho a gozarla<sup>229</sup> y en ese proceso las instituciones formales, como potencialmente transformadoras de la visión y los valores de los sujetos sometidos a ellas, tienen un papel significativo.

El enfoque sobre el cambio institucional expuesto en este apartado no ofrece la ventaja de presentar un camino allanado sobre el tema, pero como contrapartida, no evita confrontar con los verdaderos problemas que se presentan en el ámbito de las instituciones y el desarrollo. Indudablemente detrás la propuesta del optimismo condicionado de las instituciones como factores esenciales para el desarrollo humano y económico hay una serie de problemas identificables y muchos otros aún no identificados.

La visión del cambio institucional propuesta pone un acento importante (aunque no exclusivo) en el lado de la oferta institucional. Esto es posible por las propias características del enfoque que contempla que los *policy makers* tienen mayores posibilidades de acción y de decisión racional que como lo han entendido las restantes propuestas presentadas. Esta opción por la agencia humana y la confianza en una *posible* mejora de los procesos de producción legislativa, inclina la balanza de las

---

formación de investigadores y sistemas nacionales, si es necesario con la ayuda temporal de expertos extranjeros; que deje libre curso al intercambio de bienes culturales (libros, instrumentos científicos) y que favorezca el refuerzo de la interdependencia cultural de todas las regiones, especialmente la de una misma región (Bunge 2014, 67). Como expresó el premio Nobel argentino César Milstein la idea de que los países menos desarrollados no pueden darse el lujo de invertir en investigación básica “...es una receta segura para frenar el desarrollo tecnológico de un país en desarrollo. Subdesarrollado hoy y más subdesarrollado mañana, pues en el mundo en que vivimos, como en el de *Alicia en el país de las maravillas*, hay que correr muy rápido para mantenerse en el mismo lugar. Lo dijo Houssay hace muchos años (cuando le otorgaron el Premio Nobel): la Argentina es demasiado pobre para poder darse el lujo de no fomentar la investigación básica” (Milstein 1995, citado por Bunge 2014, 77).

<sup>229</sup> Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Preámbulo) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Preámbulo y Art. 3).

soluciones de la mayoría de los problemas hacia el lado de la oferta institucional y no hacia otras estrategias como la intervención en la cultura o la resignación.



### CAPÍTULO III

#### EN BUSCA DE POSIBLES SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS DE LAS CUATRO “E” (EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA Y CONTROL DE LOS EFECTOS)

Este último tramo de la investigación puede ser considerado como la confluencia de las diferentes líneas que los anteriores capítulos tuvieron en su mira como centrales. En él se propondrán tres ideas independientes aunque conectadas entre sí, cuyos objetivos se orientan a superar algunas de las dificultades vinculadas a la interacción entre instituciones y desarrollo que se presentaron a lo largo de la tesis. Como corolario de toda la investigación, se reitera que los estudios sobre instituciones y desarrollo deberían dirigir sus miradas de manera muy especial a los problemas sobre eficacia y efectividad de las instituciones formales. Particularmente la ausencia de eficacia resume de manera bastante completa el porqué de los fracasos de las soluciones institucionales para el desarrollo, y muy especialmente, se traduce en la ausencia del elemento más central del estado de derecho.

A riesgo de resultar redundante me permito aquí una reconstrucción esquemática de los anteriores capítulos que, espero, explique la relación entre el contenido de cada uno de ellos con los restantes así como el sentido de este. En el Capítulo I se señalaron las relaciones históricas entre instituciones y desarrollo y se orientó la mirada a los problemas específicos del desarrollo latinoamericano y sus vinculaciones con el derecho. En la segunda parte de ese primer capítulo, se reseñaron las posiciones más influyentes en el pensamiento del desarrollo actual y se indicaron algunas particularidades del abordaje institucional que realizan las principales escuelas del desarrollo vigentes en el siglo XXI. También se reseñó la importancia crucial que tanto el Neo Institucionalismo Económico como el Desarrollo Humano otorgan al “estado de derecho” como mecanismo catalizador de todo el potencial que las instituciones poseen para el desarrollo. Es decir, tener “buenas” instituciones en abstracto no cumplirá las expectativas de crecimiento económico y desarrollo humano: es el marco de un grado aceptable de respeto por el estado de derecho el que permitirá que esta relación sea satisfactoria. Por ello, la tercera parte de ese capítulo estuvo dedicado al análisis de los diversos enfoques sobre estado de derecho y se advirtió que todos ellos comparten una característica: la omisión de abordar seriamente la cuestión de que sus requisitos y exigencias son sólo condiciones necesarias pero no suficientes para lograr lo que considero es el núcleo central de ese ideal jurídico-político; esto es, que las personas actúen dentro del marco de la ley o, lo que es lo mismo, que sus conductas sean

guiadas por las normas formales. Esta omisión no resulta irrelevante para la región de América Latina en donde, de acuerdo al diagnóstico realizado en esa misma sección, la principal debilidad del estado de derecho es el de la persistente falta de adecuación de las conductas a lo que las normas formales disponen. La propuesta final de ese capítulo es que cualquier abordaje sobre estado de derecho que pretenda tener utilidad como marco adecuado para la promoción del desarrollo económico y humano debería considerar seriamente la posible interacción de las normas formales con las normas informales y, a partir de esa consideración, procurar las herramientas para que las primeras triunfaran sobre las segundas cuando éstas resultan disfuncionales o disvaliosas.

El Capítulo II puede ser considerado la espina dorsal de este trabajo. En él se exponen y se adoptan los conceptos que se retomarán aquí: la eficacia, efectividad, eficiencia y efectos de las normas (es decir las cuatro “E” a las que se refiere el título de este capítulo) y la relación entre instituciones formales e informales. Cada uno de estos conceptos se relacionó en aquel tramo del trabajo con diferentes problemas de la relación entre instituciones y desarrollo. En la segunda parte del Capítulo II se introdujo el problema de la relación entre normas formales e instituciones informales allí, además de distinguirse entre normas sociales y normas informales, se señalaron diferentes aspectos de la relación entre instituciones formales e informales, las que se identificaron como dinámicas y estáticas. La tercera y última parte del Capítulo II se destinó a la discusión acerca de las condiciones que debieran estar presentes para promover un cambio institucional con perspectivas de eficacia y efectividad. Algunas de las ideas recogidas de esa discusión se retoman aquí, entre otras oportunidades, al tratar la cuestión de la “inteligibilidad” de las normas.

Este último capítulo pretende un modesto aporte concreto a la cuestión de la eficacia y la efectividad de las normas formales así como a su eficiencia y control de sus efectos. Si estas ideas son medianamente sensatas la idea del título de esta tesis estará cumplida.

En primer lugar se presentará la íntima relación que se ha encontrado entre la actividad legislativa y la potencial eficacia y efectividad de las normas<sup>230</sup>. No pretendo,

---

<sup>230</sup> Me referiré genéricamente a “actividad legislativa” o términos similares y a “legisladores” o “edictores”, sin embargo, no restrinjo los análisis que aquí se proponen a la actividad parlamentaria propiamente dicha sino también a modos de producción legislativa heterodoxos como los que puede llevar adelante el Poder Ejecutivo o las administraciones provinciales, estadales, autonómicas, municipales, etc. Esto será así excepto en las cuestiones en las que específicamente se vincule la producción legislativa con la deliberación u otras manifestaciones típicas de la actividad legislativa parlamentaria. No quiero introducir aquí la discusión sobre el abuso de las formas de legislación no parlamentaria aunque advierto que ellas no satisfacen ciertos estándares importantes como la representatividad, la decisión mayoritaria y la

por cierto, abarcar todas o gran parte de las cuestiones y debates en torno a la producción racional de las leyes: este abordaje tiene una finalidad instrumental vinculada con la eficacia, la efectividad y la eficiencia de las normas y no pretende ser una nueva teoría o un análisis profundo sobre los enfoques existentes sobre legislación racional.

En la segunda parte del capítulo se abordarán algunas cuestiones relativas a la vinculación entre eficacia y efectividad, por un lado, y las condiciones de aplicación de las instituciones formales, por el otro. Recordemos que las “condiciones de aplicación” son el tercer elemento, junto con las instituciones formales y las informales, que de acuerdo con D. North, estructuran el panorama institucional que finalmente allanará u obstaculizará el camino hacia el desarrollo económico. Finalmente, la última sección, se vincula con la evaluación de la eficacia y efectividad de las normas formales una vez que éstas ya están en vigor o cuando aún están en periodo de prueba o de implementación.

Como se adelantó, se presentarán aquí algunas ideas sobre el modo en el que el *derecho*, por un lado y *la teoría del derecho*, por el otro, pueden contribuir a mejorar la *eficacia* y *efectividad* de las normas; luego también a su *eficiencia* y a la consideración y evaluación de sus *efectos*. El espectro que se pretende alcanzar es bastante amplio pero a la vez acotado: sería desmedidamente ambicioso y fuera del interés de este trabajo el intentar abordar, por ejemplo, una teoría racional de la legislación que abarcara todos los aspectos de ese campo, o explorar las condiciones de aplicación de las normas de una manera general. Es decir, los tres bloques que se presentarán en este último capítulo tienen como primordial y casi exclusivo objetivo ver de qué manera se puede favorecer la eficacia, la efectividad y la eficiencia de las normas jurídicas y la evaluación de sus efectos.

#### Puntos de partida para la lectura de este capítulo.

Antes de continuar, me interesa retomar algunas nociones que serán los puntos de partida de este capítulo. Por el momento pueden parecer ideas algo inconexas, pero creo que tras la lectura íntegra del capítulo adquieren sentido conjuntamente:

---

deliberación; sin embargo, también sostendré que gran parte de las ideas sobre legislación racional pueden ser aplicadas a esos procesos legislativos heterodoxos y resultaría importante que también las administraciones al actuar a modo de legisladores utilizaran esas herramientas.

a) Una ley ineficaz lo es siempre por un problema en el diseño de la ley sea éste originario o sobreviniente (en este sentido ver Calsamiglia 1993, 172) y no por problemas antropológicos, culturales o religiosos. Es la ley (o mejor dicho la actividad legislativa en el diseño de la ley, su implementación y eventualmente las condiciones de aplicación de esas normas) la que debe superar los escollos antropológicos, culturales, etc. que pudieran presentarse.

b) De manera consistente con lo que he mantenido a lo largo de la tesis, consideraré a los sujetos normativos como “agentes autónomos, racionales e inteligentes” con relación al ordenamiento jurídico (Postema 2012, 86, 89 y 91).

c) La lectura de esta última parte del trabajo debe realizarse a la luz de, por lo menos, los *requisitos mínimos* del estado de derecho<sup>231</sup>. Ello pues la eficacia que interesa para el desarrollo (y para muchos otros valores y objetivos también) no es cualquier eficacia (hay regímenes dictatoriales con un alto grado de eficacia en sus normas) sino aquella que se enmarca dentro de este juego de límites y garantías que se ha llamado “estado de derecho” y que tiene un valor en sí mismo además de ser instrumental a diversos fines. La eficacia sin estado de derecho no promueve ninguna de las posibles condiciones ventajosas que se han descrito respecto de las instituciones con relación al desarrollo económico y humano (una ley eficaz sobre ejecución de contratos, por ejemplo, que fuese aplicada de manera parcial o por un poder judicial no independiente no generaría incentivos para la inversión). Ello así, las exigencias del estado de derecho, no deben ser ignoradas en pos de la mejora de la

---

<sup>231</sup> De acuerdo a la reconstrucción realizada en el Capítulo I, los requisitos mínimos consensuados del estado de derecho son los siguientes: (1) la sujeción de las autoridades y las personas a la ley (o dicho de otra forma las personas y las autoridades deben ser guiadas por la ley); (2) la imposibilidad de modificar la ley si no es de acuerdo a procedimientos que se encuentran establecidos en la propia ley; (2.a) la imposibilidad de modificar el contenido de la ley si existe una prohibición de hacerlo en ese sentido o una obligación de mantener el contenido de la ley. (2) y (2.a) son una consecuencia necesaria de la sujeción de las autoridades a la ley; (3) para que (1), (2) y (2.a) sean posibles es necesaria la existencia de una Constitución rígida como señala Guastini (2002), o por lo menos la existencia de una relación de jerarquía de al menos un grado entre diversos tipos de leyes; (4) la necesidad de la existencia de un órgano de aplicación de la ley independiente de quien la crea y ejecuta; este órgano de aplicación debe tener poder para aplicar las normas tanto respecto de las relaciones verticales como de las horizontales, y; (4.b) algún tipo de controles recíprocos entre las instituciones del Estado con consecuencias para los funcionarios o empleados cuando se incumplen (1), (2), (2.a) y (4) (*accountability*) (ver O’Donnell 2002, 324). Como parte del paquete mínimo del estado de derecho también se señalan algunas características que debieran tener las normas, en este sentido, comparten los autores sin discusión que: (5) las leyes deberían ser públicas, generales, claras y comprensibles, prospectivas, realizables fácticamente y mínimamente estables. Para poder guiar la conductas de las personas y funcionarios las leyes intentar conformar un sistema consistente. Es decir, deben intentarse evitar las antinomias; (6) las normas deben aplicarse estricta e imparcialmente a los casos particulares. (7) La igualdad ante la ley es también parte del paquete básico consensuado sobre estado de derecho vigente pero, en este caso, no hay acuerdo sobre qué significa o qué alcance debería tener esta igualdad; puede afirmarse que hay consenso solo acerca de la *igualdad formal* (las leyes consagran derechos e imponen obligaciones que se atribuyen a cada individuo *qua* persona legal, sin que cuente su posición social u otras condiciones, con el único requisito de que el individuo haya alcanzado la mayoría de edad y que no se demuestre que sufre de alguna clase de invalidez que lo inhabilite (O’Donnell 2002, 311-312)).

eficacia ni tampoco en la construcción de un modelo de legislación racional o al hacer referencia a las condiciones de aplicación de las normas. De lo contrario, todas las posibles relaciones entre instituciones y desarrollo perderían sentido.

d) Una de las ideas centrales de esta tesis es que resulta posible tener un moderado, condicional y razonado optimismo en la capacidad del derecho (o las normas formales) para producir cambios institucionales reales que conduzcan a mejoras en el desarrollo económico y humano, incluso cuando esos cambios requieran vencer una norma informal o social fuertemente arraigada. Como ya se dijo en diversas oportunidades este optimismo es *moderado*. A su vez, es *condicional* porque exige que los cambios institucionales se realicen bajo unas condiciones que requieren la mejora técnica y científica de los modelos de producción legislativa. Finalmente es *razonado* porque no es un acto de fe o confianza sino que se han dado y se darán razones y ejemplos que respaldan esta visión medianamente positiva sobre las oportunidades del derecho y las normas formales de ser agentes del cambio institucional.

c) Finalmente, y esto es algo que no se ha dicho hasta el momento pero que resulta relevante: para poder pensar en un enfoque racional de la actividad legislativa es necesario asumir una visión que entienda que la ley no es *exclusivamente* un *acto de poder* (aunque negar la existencia de relaciones de poder vinculadas a la sanción de una ley también sería ingenuo), sino que tiene un propósito genuino de guiar la conducta mediante lo que la norma indica que es la conducta prohibida, permitida u obligatoria (lo que considero es una condición esencial del estado de derecho) y que esa “decisión” de guiar la conducta en cierto sentido tiene siempre un fin vinculado con un objetivo social o económico considerado, en el momento de dictarse la norma, como valioso. Otro entendimiento de las normas sería incompatible con el estado de derecho. Más necesario aún será dejar de lado las visiones que ven en la actividad legislativa no sólo únicamente un acto de poder, sino uno producto exclusivamente del *lobby* u orientado hacia fines oscuros, espurios o exclusivamente simbólicos<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> Me refiero con fines “exclusivamente simbólicos” a posiciones extremas como la de García Villegas quien sostiene que “...la eficacia simbólica debe ser entendida como una estrategia deliberada de las instancias creadoras o aplicadoras del derecho que consiste en desconocer los objetivos normativos en beneficio de otros objetivos no declarados...” (García Villegas 1993, 92). Lo anterior le permite concluir al autor colombiano que cuestiones tales como la ineficacia y/o la inefectividad del derecho deben ser consideradas menos como una disfunción que como una práctica concreta, que trata de imponer una legitimidad del control social (García Villegas 1993, 80).

## **PRIMERA PARTE. LA VINCULACIÓN ENTRE ACTIVIDAD LEGISLATIVA Y EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA Y CONTROL DE LOS EFECTOS**

Una de las aristas que han dejado de lado tanto los teóricos del estado de derecho como los enfoques institucionalistas del desarrollo ha sido el de la actividad legislativa; en el mejor de los casos las miradas estuvieron orientadas, como señalan Seidman y Seidman, a la actividad de detección de los problemas por parte de los *policymakers* y a cuestiones relativas a la implementación de las normas que generaban que se solucionaran o no aquellos problemas detectados (Seidman y Seidman 2008, 294), pero en general, se ha omitido toda consideración sobre el diseño de las leyes tanto en su parte sustantiva como formal (Seidman y Seidman 2008, 293). Esta omisión resulta llamativa a mi juicio pues pocas actividades estatales se vinculan de manera tan directa con la producción de normas formales y con la potencialidad de que estas sean eficaces, efectivas y eficientes. Estas consideraciones han sido ya señaladas a lo largo de este trabajo por lo que ahora me centraré en su desarrollo. El camino que propongo seguir es el siguiente: (a) en primer lugar, casi a modo de introducción, propondré una serie de alternativas estratégicas para el cambio institucional promovido legislativamente; (b) luego presentaré algunas cuestiones sobre el histórico desencuentro entre teoría del derecho y actividad legislativa; a continuación (c) realizaré una propuesta de aportes a un enfoque racional de la legislación. Estas propuestas tienen como principal objetivo abordar el problema de las cuatro “E”. Seguiré a Manuel Atienza (1997, 2005, 2013) para realizar estas propuestas y a la vez plantearé diversas críticas a sus trabajos. (d) Finalmente presentaré una idea vinculada con la posible relación entre mejoras en la *deliberación* en el proceso de creación de normas y la mejora de la eficacia y la efectividad de las normas.

### **1. ALTERNATIVAS Y ESTRATEGIAS LEGISLATIVAS PARA PROMOVER EL CAMBIO INSTITUCIONAL.**

Una de las cuestiones que se presenta recurrentemente en la literatura sobre cambio institucional es una tendencia a no diferenciar entre las distintas situaciones que se quieren superar y a omitir la exploración de alternativas para los diversos casos. A continuación se presentarán algunos ejemplos en los que las estrategias a adoptar pueden ser (o han sido en la práctica) diferentes para afrontar distintas situaciones. Se trata, por supuesto, de un conjunto de casos que se introducen a modo de ejemplo y que no pretenden agotar las posibles situaciones y estrategias.

Las alternativas legislativas que se proponen en esta sección deberían ser implementadas a la luz de lo que en los puntos siguientes se expone como un modelo o enfoque racional de la legislación. La idea de introducir estas alternativas antes de comenzar con el tratamiento y los problemas específicos del enfoque racional de la legislación es mostrar otra cara de la actividad legislativa que se vincula con las opciones de *estrategia* que tiene ante sí el edictor. Esta faceta jurídico-estratégica de la actividad legislativa, no ha sido incorporada generalmente a los estudios sobre “legisprudencia”<sup>233</sup> y podría resultar de utilidad aproximarse a ella desde esa perspectiva. Debe hacerse notar que, a pesar de la diversidad de opciones estratégicas que tiene el legislador y que aquí se ejemplificarán, casi todas ellas conllevan el uso de normas que establecen prohibiciones, obligaciones o confieren permisos, potestades, derechos, etc<sup>234</sup>. Es decir, aún cuando se trate de estrategias legislativas diferentes y algunas de ellas innovadoras, las herramientas deónticas siguen siendo las mismas. Por este motivo, aun frente a estas diferentes estrategias principalmente la cuestión de la eficacia de las normas prescriptivas continúa en el centro de la escena.

Una de las cuestiones que surcó esta tesis desde su inicio fue la de cómo conseguir que las normas formales pudieran derrotar o neutralizar a las instituciones informales cuando éstas son disfuncionales o disvaliosas, y a su vez, como conseguir que las normas formales pudiesen reforzar las normas sociales o informales cuando éstas son apreciadas como valiosas. Por ello gran parte de los ejemplos de estrategia jurídico-legislativa que aquí se propondrán abordan la cuestión de la tensión o sinergia entre instituciones informales y formales.

- a) Se sostiene habitualmente que la violación de una norma social genera sentimientos de vergüenza, angustia y remordimiento además de la posible sanción informal de incumplirla (Elster 1989, 100). Por lo tanto, en ciertas oportunidades, las normas formales podrían intentar reducir los costes de violar una norma social disvaliosa o aumentar los costes de seguirla. Las normas formales pueden modificar el sentido social negativo de incumplir una norma social. En 1804, Alexander Hamilton fue retado a duelo por Aaron Burr ex vicepresidente durante el gobierno de Jefferson. Hamilton, la noche anterior al duelo, escribió cuáles eran las razones por las que estaba en contra de aceptar

---

<sup>233</sup> “Legisprudencia” (*Legisprudence*) es como ha llamado Luc Wintgens a su propuesta de una teoría normativa de la racionalidad legislativa (ver sobre el origen del término Wintgens 2012, 231 y ss).

<sup>234</sup> Una excepción a se verifica en el caso de las normas aspiracionales que se señalarán como una de las posibles alternativas estratégicas por parte del legislador. En los casos de las normas prescriptoras de resultados es posible, sin embargo, identificar alguna prohibición u obligación aunque ésta no se traduzca en una conducta precisa (ver más adelante, punto f de esta sección).

el duelo (estaba en contra de derramar sangre en un combate privado que además estaba prohibido por el derecho<sup>235</sup>, tenía un hijo y una esposa, tenía obligaciones crediticias que honrar, no tenía ningún encono contra Burr y lo más importante, podía perder la vida) pero finalmente escribió que "...la habilidad para ser útil, sea resistiendo el mal o ejerciendo el bien...sería probablemente inseparable del prejuicio público en este caso". En otras palabras, la vergüenza y el temor a las sanciones informales fueron más fuertes que los argumentos racionales que él exponía para negarse al duelo (Axelrod 1986, 1095). Ciertamente son conjeturas, pero tal vez si las normas formales hubiesen prohibido el duelo en la época de la muerte de Hamilton en manos de Burr, aún cuando la norma no hubiese sido eficaz (en el sentido de que la mayor parte de los sujetos en la mayor cantidad de oportunidades se guiara por ella), el *sentido social* de rechazar el duelo hubiese sido otro. La norma formal que se opone a la norma social disvaliosa reduce el nivel de vergüenza y otorga una "explicación" para la conducta.

- b) La regulación del duelo en EE.UU. nos da oportunidad para presentar otra alternativa interesante. Cuando se comenzó a regular legislativamente esta práctica social altamente arraigada, los estados optaron por diferentes caminos: a) la prohibición lisa y llana del duelo con las correspondientes sanciones penales; y b) una forma indirecta de desaliento de la práctica mediante la imposición de una inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos a quienes participaran en un duelo. Esto resultó ser una solución legislativa interesante ya que la mayor parte de los participantes en esta práctica ocupaban cargos públicos o tenían aspiraciones de hacerlo. Dentro de la estructura retórica de la elite que estaba socialmente obligada a aceptar los duelos, una ley prohibiendo esta actividad "no era suficiente razón para rechazar un duelo" (Lessig 1995, 971). De hecho una norma del Common Law ya prohibía la actividad y había resultado completamente ineficaz. Por el contrario, la imposibilidad de ejercer cargos públicos (que era considerado "un deber de las elites") generaba un conflicto de deberes: el de aceptar el duelo y

---

<sup>235</sup> En el Distrito de Columbia donde se produjo el duelo no había ninguna norma estatutaria o legislación que prohibiera el duelo y estableciera sanciones, pero una norma del Common Law sí lo hacía. Esta norma, sin embargo, era completamente ineficaz ya que el duelo era una práctica social muy arraigada entre los hombres blancos y bien posicionados del sur de EE.UU. incluso hasta fines del siglo XIX. En el año 1839 el Distrito de Columbia prohibió legislativamente los duelos (Meade 2005).



el de servir a la Nación. Esta alternativa resultó un poco más eficaz que la primera opción (Lessig 1995, 971-972).

- c) La “parificación” de situaciones es una interesante alternativa para neutralizar normas sociales o informales disvaliosas: en Islandia –que tiene uno de los mejores desempeños mundiales en igualdad de género—una de las cuestiones que dificultaba la contratación de mujeres en edad de tener hijos era el temor a que esto efectivamente ocurriera y la empresa debiera soportar los costes de abonar los meses de baja maternal y/o contratar personal temporal. La solución, altamente satisfactoria, fue otorgar a los padres la misma cantidad de tiempo de baja por paternidad y hacer que ésta no fuese transferible a las mujeres. Hoy en día, contratar a un hombre o a una mujer conlleva los mismos riesgos para el empleador.
- d) La formalización o regulación de normas informales también ha resultado en un camino interesante para desarticular intrincadas redes de normas informales disvaliosas. El caso del *Lobby* en el Congreso de EEUU es un ejemplo interesante: durante años la actividad de los lobbyistas en EE.UU fue mirada con desconfianza por algunos y apoyada a ultranza por otros (que entendían que la libertad de expresión y la *petition clause* garantizadas en la primera enmienda de la Constitución otorgaban amparo a esta actividad). En 1946 se aprobó una ley que regulaba de manera muy rudimentaria e incompleta la actividad de los lobbyistas (*Legislative Reorganization Act*) y que prácticamente no fue aplicada. A partir de las demandas de mayor transparencia luego del escándalo de *Watergate* los recelos sobre la actividad de los lobbyistas se volvieron cada vez mayores y el desprestigio de la actividad legislativa también se incrementó. En 1995 se sancionó la *Lobbying Disclosure Act* que, por un lado, “blanqueó” las diferentes modalidades de lobby que hasta el momento permanecían en las sombras o respecto de las que sólo se conjeturaba sobre su existencia; y por el otro, dispuso el registro de todos los *lobbyistas*, legalizando la actividad e imponiendo fuertes exigencias de transparencia y límites. Además, impuso a los secretarios de cada una de las cámaras la obligación de notificar al *General Attorney* cualquier incumplimiento de las normas de la ley y estableció penas importantes por su incumplimiento (Cfr. por todo Ekridge, Frickey y Garret 2007, 318-347).
- e) La reforma o el reemplazo de la ley ineficaz o inefectiva es el camino más habitual para el cambio institucional; sin embargo, a veces no es posible

reformular la propia ley o resulta costoso en términos políticos. En estos casos, suele ser un buen camino, suplementar la ley ineficaz con otra que de algún modo *ponga dientes* a las normas. Un caso interesante de suplemento legislativo es el de la ley que establece cupos o cuotas de mujeres para cargos electivos en la Argentina (Ley 24.012). La ley estaba razonablemente bien diseñada, sin embargo, algunas situaciones no contempladas generaron que la ley sólo tuviese una eficacia formal y no fuese altamente efectiva. A esto se sumaba el problema de que los tiempos entre la oficialización de las listas y las elecciones eran demasiado exigüos como para que se pudiera hacer una revisión judicial de la interpretación efectuada por los partidos políticos o coaliciones de partidos. Así, una candidata llevó su caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Argentina aceptó una solución amistosa en la que se comprometió a revisar las situaciones que tornaban a la ley sólo formalmente eficaz (Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 11.307 “María Merciadri de Morini c/ Argentina”). En el año 2000 se reemplazó el decreto reglamentario original por el decreto 1246/00 en el que se *suplementó* la ley 24.012 con detalles y soluciones antes omitidas. Desde aquel entonces la efectividad de la ley se incrementó de manera notable y hoy en ese país entre el 37 y el 47% de los representantes parlamentarios son mujeres (Jones, Alles y Tchintian 2012, 355) y todo ello sin haber modificado la ley originaria.

- f) La opción de las llamadas “normas aspiracionales” (*aspirational norms*) y de las “normas prescriptoras de resultados” (*result-prescribing norms*) es también un camino posible para promover el cambio institucional. Si bien no están exentas de problemas (como los que describe Westerman 2007), estos nuevos tipos de normas como las califica, ofrecen alternativas a las clásicas prohibiciones y obligaciones que son generalmente estructuradas a partir de una conducta que se prohíbe o que se establece como obligatoria. En las normas aspiracionales, por ejemplo, se establecen *objetivos* tales como disminuir la contaminación o mejorar la seguridad en el trabajo sin señalar ninguna conducta concreta para obtener esos objetivos. Por su parte las normas prescriptoras de resultados, en vez de un objetivo general establecen la consecución de un *resultado*: los jueces deben pronunciar X cantidad de veredictos, las guarderías infantiles deben tener X cantidad de baños y X cantidad de ventanas; etc. Al igual que en el anterior tipo, la norma establece

resultados que deben alcanzarse pero sin establecer una conducta concreta a seguir (ver por todo Westerman 2007). De acuerdo con Kristan (2013, 487) este tipo de opciones legislativas requiere de algún grado menos de justificación por parte de los legisladores porque las opciones para las personas se ven menos restringidas al no imponerse una conducta en particular.

- g) Las opciones de *nudge* son también una herramienta regulatoria que de a poco se va incorporando a las alternativas legislativas en el mundo occidental. Se trata de modelos regulatorios en donde no se fuerza a nadie a realizar ninguna conducta en particular pero se ofrece información, alternativas facilitadoras o se impone una actividad complementaria para conseguir un fin posiblemente contraproducente para la persona. Sin obligar o prohibir ninguna conducta las opciones de *nudge* tienen el potencial de hacer a las personas “más sanas, más ricas y más felices” (Sunstein 2013, 9). En este tipo de modelo el legislador funciona como un “arquitecto de las elecciones” que tiene la responsabilidad de organizar el contexto en el cual las personas toman sus decisiones (Thaler y Sunstein 2009, 3). Por supuesto que muchas de las opciones de *nudge* se presentan en el modo de normas convencionales para los destinatarios de ellas (hay obligaciones y prohibiciones incluidas en el modelo) pero no para sus beneficiarios (que en un esquema tradicional de normas podrían ser también los destinatarios). Algunos ejemplos de este tipo de regulación: (i) exigencias de información disponible para el consumidor: los casos más clásicos son la información sobre los riesgos que produce el fumar o el consumir alcohol en las propias etiquetas; o la revelación de información posiblemente desconocida, por ejemplo, el nivel de consumo de combustible de los coches o de eficiencia energética de los electrodomésticos; (ii) opciones de *opt-in* y *opt-out*: la donación de órganos cuando se establece por defecto al renovar algunos documentos (como el DNI o la licencia de conducir) es otro caso clásico de *nudge*. En los países que así lo han establecido hay que marcar una casilla *para no ser* donante (*opt-out*). Esta modalidad aumenta enormemente la cantidad de donantes frente a modelos inversos, es decir, cuando la opción es marcar una casilla *para ser* donante. En España bajo el primer modelo sólo el 20% rechaza ser donante (Thaler y Sunstein 2009, 189). Otro ejemplo interesante viene de la Provincia de Buenos Aires cuyo gobierno intenta reducir el consumo de sal obligando a los restauradores a eliminar la

presencia de saleros en las mesas por lo que los clientes deben pedir al camarero la sal (una suerte de *opt-in*). Esta medida se asume que prevendrá los casos de quienes ponían sal antes de probar su comida y que el pequeño gesto de pedir la sal al camarero desincentivará el uso del producto<sup>236</sup>; (iii) opciones de redistribución del espacio y de los objetos: el ejemplo más clásico es el de la colocación de alimentos menos calóricos en lugares en los que su elección resulte más sencilla. También se ha probado, por ejemplo, que la colocación de recipientes de reciclaje de manera combinada ha tenido mejores resultados que otras opciones, incluso que el imponer una tarifa para la recolección de residuos (Kinzig et al. 2013, 167).

El *nudge* ha sido reconocido como un buen camino para superar normas sociales disvaliosas por su capacidad de hacer las acciones favorecidas por la norma formal más “convenientes” y al mismo tiempo hacer “evidentes” las conductas que se quieren desalentar (Kinzig et al. 2013, 167).

- h) Hay un último aspecto que resulta interesante presentar aquí. Las opciones legislativas para influir en normas sociales también dependen del tipo de norma social de que se trate: respecto de las normas sociales que tienden a coordinar conductas (normas de coordinación) se ha señalado que para que una de estas normas exista tiene que haber por lo menos una alternativa que pudiera haber servido de manera similar a la solución del problema de coordinación en la sociedad. Debido a la estructura básica de estas normas –que envuelve expectativas mutuas entre los participantes– es muy difícil que la norma social de coordinación cambie en su alternativa sin una revisión legislativa: generalmente no cambian a través de procesos evolutivos propios (Ullman-Margalit 1990, 757). Por el contrario, en las normas que solucionan problemas del estilo del Dilema de los Prisioneros –y que Ullman-Margalit identifica como normas PD (*Prisoner's Dilemma*)– los procesos evolutivos propios son posibles, pero conducen casi sin alternativa al deterioro de la norma ya que cualquier norma que represente una solución a un problema subyacente del tipo del PD enfrenta el problema de la deserción individual. Cuando esto sucede y adquiere una escala masiva, la norma se desintegra y genera una situación no-óptima pero estable (una sociedad con una tasa razonable de cumplimiento de las obligaciones impositivas puede, por una variedad de

---

<sup>236</sup> Ver <http://www.lanacion.com.ar/1377689-no-habra-mas-saleros-en-los-restaurants-de-la-provincia> y [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/05/110530\\_argentina\\_saleros\\_fuera\\_de\\_mesas\\_vh.shtml](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/05/110530_argentina_saleros_fuera_de_mesas_vh.shtml) (ambos visitados el 7 de febrero de 2017)

razones, derivar en una en donde la norma sea la evasión impositiva). Sin embargo, la evolución en sentido contrario (de una situación no-óptima pero estable a una óptima pero inestable) es mucho menos probable, y en estos casos la acción legislativa premeditada y una aplicación efectiva de las normas puede facilitar ese movimiento (Ullman-Margalit 1990, 757).

## 2. ACTIVIDAD LEGISLATIVA RACIONAL PARA LA EFICACIA, EFECTIVIDAD Y EFICIENCIA DE LAS NORMAS.

### **2.1. Breve referencia al desencuentro histórico entre juristas y actividad legislativa. Los lugares de confluencia actuales.**

Es muy tentador detener la mirada en el histórico desencuentro entre los juristas y la actividad legislativa; sin embargo, sólo cederé brevemente a esta tentación para presentar algunas de las versiones que se han dado sobre dicha desconexión. La cuestión puede ser abordada desde diferentes perspectivas: desde razones políticas hasta el rumbo que imprimieron al campo de lo jurídico las principales corrientes de pensamiento que dominaron en cada época; también se puede explicar esta desvinculación desde la dificultad que, muchas veces, encontramos los juristas para trabajar integrando nuestros conocimientos con los que provienen de otras ciencias o técnicas y que se requieren para asumir seriamente el trabajo legislativo.

Habitualmente se considera que en el derecho anglosajón los juristas han mostrado una mayor preocupación histórica por el momento de formación de las leyes. Esta diferencia puede obedecer a la característica de *concentración* en el diseño y redacción de las leyes contra la versión *dispersa* que es la frecuente en los países de tradición romano-germánica<sup>237</sup>. La concentración en un grupo de redactores especializados permite el desarrollo de técnicas que formal o informalmente van adquiriendo carácter de guías e incluso permite la formación o especialización de los redactores.

Sin embargo, no es sólo la parte estrictamente de técnica jurídico-legislativa la que me preocupa. Creo que el espectro de posibles ángulos desde donde ver el proceso legislativo es mucho mayor que el del proceso mismo de redacción. En este sentido, parece coincidir Waldron en que incluso en los países herederos del derecho anglosajón, la filosofía y la teoría del derecho se mantuvieron bastante alejadas del corazón de la problemática legislativa (Waldron 1995, 644).

---

<sup>237</sup> En Gran Bretaña desde 1869 se encomienda la redacción de los proyectos de ley al *Office of Parliamentary Counsel* que ha desarrollado y consolidado técnicas de redacción normativa que se han extendido por todos los países de cultura anglosajona (Zapatero Gómez 1994, 771).

Tal vez la explicación más universal sobre este divorcio es la que propone Wintgens cuando sostiene que el derecho, en una visión tradicional, tiene su propio método de estudio, llamado dogmática, o más ampliamente teoría jurídica de diferentes tipos. El modo en que las leyes son creadas mediante el proceso legislativo no aparece en el horizonte de la teoría jurídica (Wintgens 2003, 261). A estas razones hay que sumar las que provenían del ala legislativa que también fueron poderosas:

El legislador es un actor soberano dentro del espacio político. Él no puede estar limitado por las reglas, al menos no en el sentido en que lo está un juez. Si lo estuviera, no sería un soberano. En este punto de vista, la Constitución es un programa político que dirige la legislación. No es un conjunto de reglas vinculantes para el legislador. En consecuencia, el legislador no es considerado un actor legal. Únicamente es un actor político. Así, la legislación es una cuestión de la política. Al separarse el derecho de su origen político, la elaboración de la ley no es una materia de teoría legal (Wintgens 2003, 275-276).

Otra posible explicación, compatible con la anterior, es que la soberanía irreducible e intocable del legislador sumada a los sucesivos paradigmas teórico-jurídicos dominantes, dieron sustento a la construcción del mito del legislador racional, que creo que todavía influye en la idea de que existe una barrera entre lo jurídico y lo legislativo. El absolutismo iluminista encerraba aún la contradicción de defender al mismo tiempo la limitación del poder judicial y la carencia de límites al poder político (Prieto Sanchís 1998, 12). Sin embargo, esto cambia con el iluminismo liberal democrático y con la Revolución francesa: la ley ya no puede provenir de una voluntad despótica sino que se trata de una ley necesariamente limitada por el respeto a los derechos naturales y civiles (Prieto Sanchís 1998, 12)<sup>238</sup>. En los albores del moderno estado de derecho nace entonces el mito del legislador racional. Un legislador soberano por representar la voluntad del pueblo pero ahora limitado por la propia ley y por ello mismo necesariamente racional. Así bajo el ala de este mito "... como síntesis de su omnisciencia y omnipotencia, perfectos serán también sus productos, las leyes, tanto en lo formal...como en lo material...Fines y medios, materia y forma se funde todo en esa especie de razón suprema de un legislador que tiene, en versión laica, los atributos del dios medieval de la ley eterna" (García Amado 2000, 304).

Varias razones propiciaron que tanto el mito del legislador racional como la idea de soberanía intocable del legislador comenzaran a desmoronarse lentamente. A partir del

---

<sup>238</sup> La Constitución francesa de 1791 disponía entre sus "Disposiciones fundamentales" lo siguiente: "El poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que produzca agravio o ponga obstáculos al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente Título".

Siglo XIX algunas cuestiones que estructuraban las fronteras entre la teoría del derecho o la actividad de los juristas y lo legislativo fueron puestas en duda ya que se advirtió la falta de racionalidad de la ley, el fracaso del Código como cuerpo normativo con vocación de exhaustividad y eternidad, y paralelamente con el descrédito de la actividad legislativa, se dio una fuerte reivindicación de la figura del juez (Prieto Sanchís 1998, 19). Creo que probablemente en lo que se refleje con mayor dureza la “falta de racionalidad de la ley” es en la dificultad de que los legisladores lograsen la producción de leyes eficaces y efectivas. Como observa Calsamiglia:

Ese es el fin de la idea de un legislador omnisciente y omnipotente. La idea del aprendiz de brujo –que desencadena voluntariamente un conjunto de consecuencias que no puede controlar– se acerca mas a la realidad que la del semidiós que mediante su voluntad produce los resultados que pretende (Calsamiglia 1993, 168).

A esas razones, actualmente se han sumado otras de mucho peso que han promovido que a partir de la década de 1970 las fronteras que dificultaban toda intromisión de la actividad de los juristas en el campo de lo legislativo comenzaran a hacerse menos nítidas: la creciente internacionalización de los procesos de producción legislativa local tanto por influencias internacionales como por aquellas que se producen a nivel comunitario; el incremento de la participación ciudadana en los procesos de consulta y promoción de leyes; la multiplicación de fuentes legislativas o modos de legislación heterodoxos; la difusión de modelos de evaluación de leyes, etc.

A partir de la aceptación de la posibilidad de que la teoría jurídica pudiera tener alguna injerencia en el ámbito legislativo comenzaron a dividirse las aguas entre los autores que consideraban que el posible aporte de los juristas era meramente técnico-jurídico (Dascal y Wroblewski 1991; Bulygin 1991, 409-425 y de un modo más moderado Calsamiglia 1993) y aquellos que entendían que los juristas no debían limitarse a dar pautas sobre cómo seleccionar y usar los mejores medios para maximizar objetivos o fines, sino asimismo discernir entre los fines que pueden resultar preferibles o más justificados (García Amado 2000, 301) o incluso éticamente aceptables (Atienza 1997). Ambas corrientes fueron distinguidas entre sí apelando a la perspectiva “minimalista” para referir a la primera y “maximalista” para mencionar a la segunda. Si bien no es de interés central de esta investigación profundizar en esta discusión y tampoco parece central el debate para la cuestión de la eficacia y la efectividad de las normas, en el punto 8 realizaré algunas críticas concretas a la

propuesta de Atienza sobre su propuesta acerca del nivel de racionalidad ética o axiológica y propondré reemplazarla por un nivel que llamaré de “racionalidad material”.

Tanto uno como otro grupo de autores han demostrado un escaso interés (o tal vez se trate de escepticismo sobre la posibilidad de realizar un aporte significativo) por las cuestiones vinculadas a la eficacia y efectividad de las normas<sup>239</sup>. En lo que sigue intentaré abordar las dos cuestiones: la que ubico dentro de una esfera más formal o técnico-jurídico-legislativa (aunque sus bases teóricas se vinculan indudablemente con cuestiones muy trascendentes de teoría jurídica, ver por ejemplo, Bulygin (1991)) y otros aspectos que exceden lo técnico-jurídico y que se vinculan principalmente con cuestiones epistémicas, estratégicas y de coherencia del sistema jurídico.

Con respecto a las cuestiones técnico-jurídico-legislativas, el aporte que puede realizarse se considera modesto ya que a partir del interés que ha despertado la cuestión en juristas, administraciones públicas, organizaciones internacionales y *think tanks*, la cantidad de documentos que describen “buenas prácticas legislativas”, “directrices” o similares, e incluso leyes ha sido realmente abrumador<sup>240</sup>. Observo, sin embargo, que luego de un momento de auge de este tipo de documentos, ha mermado su producción y publicación en los últimos años.

No obstante los avances señalados aún no hay una teoría bien desarrollada de la legislación, que pueda jugar un papel equivalente, por ejemplo, al de la teoría del delito en el derecho penal, en cuanto guía para quien tiene que argumentar en relación con la

---

<sup>239</sup> Manuel Atienza (1997) se ha ocupado de la cuestión pero como se verá más adelante lo hace tímidamente; Oliver-Lalana (2008) también se ha preocupado por el tema de la eficacia pero desde el análisis de los debates parlamentarios: es decir, se trata de un tratamiento ex post de la cuestión mediante el estudio de las discusiones parlamentarias y no de un modo de promover la producción de leyes con mayor perspectiva de eficacia. Finalmente Calsamiglia (1993), al criticar el trabajo de Atienza, también ha tocado la cuestión de una manera superficial.

<sup>240</sup> Sólo por mencionar algunos documentos, leyes y/o directrices véase el informe “Mandelkern” (Mandelkern Group Final Report (2001), OECD (2005), OECD (2012), Comisión Europea (2016); Comisión Europea (2015), Comisión Europea (2005), Better Regulation Task Force (BRTF) del Reino Unido (2005). Para directrices promovidas por diversos países ver Sánchez Hernández (2009, 93 y ss) y García-Escudero Marquez (2013, 30 y ss). Para conocer las directrices de las distintas Comunidades Autónomas en España ver García Cano (2009, 145 y ss) y García-Escudero Marquez (2013, 37 y ss). Especialmente interesantes resultan las Directrices de Técnica Normativa (España) aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicada en el BOE del 29 de julio de 2005. En el ámbito latinoamericano encontramos los siguientes documentos y normas: en **Perú** es destacable la Ley n.º 26889, “Ley marco para la Producción y Sistematización Legislativa” (1997) y más recientemente el “Manual de Técnica Legislativa” de la Oficialía Mayor. Dirección General Parlamentaria (2010-2011); en **Argentina**, el Decreto 333/85 aprueba las “Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativos”; en **Chile** el artículo 14 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional de Chile se refiere a diversos temas de técnica legislativa y la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados ha publicado una Guía práctica para la elaboración de proyectos de ley (enero 2002); en **Ecuador** Ley Orgánica de la Función legislativa; en **Bolivia** encontramos el Manual de Técnicas normativas aprobado por el Decreto Supremo 25350 del 8 de abril de 1999; en **Paraguay** la Cámara de Senadores de Paraguay ha publicado una “Guía para la elaboración de proyectos de ley”; **Colombia y Ecuador** tienen en sus respectivas constituciones artículos que se refieren a la sistematicidad de las leyes (se verán más adelante en el apartado sobre racionalidad y argumentación jurídico-formal) norma sobre el (algunos de los datos incluidos en esta enumeración han sido conocidos a través de García-Escudero Marquez (2013)).



interpretación y aplicación de normas penales (Atienza 2013, 718). Comparto con Atienza la apreciación sobre esta carencia, pero creo que ello no obsta a que, utilizando las herramientas disponibles hasta hoy, se pueda (y se deba) exigir a los legisladores el mismo nivel de compromiso con su trabajo y de rigurosidad en las tareas de argumentación y producción legislativa que se exige, por ejemplo, a un juez, a un fiscal o a un abogado del Estado.

Antes de continuar debo realizar una aclaración: como ya se adelantó en la segunda parte del Capítulo II respecto de las instituciones informales, no podré aquí dar razones de por qué una determinada norma se cumple o no. Mi formación y conocimientos resultan absolutamente insuficientes como para poder dar esas razones <sup>241</sup>. Simplemente intentaré un esquema que permitiría prever –en términos generales– mayores oportunidades para que las normas sean cumplidas y que cuando ello ocurra alcancen los fines sociales para los que han sido concebidas y lo hagan, además, de una manera eficiente.

### 3. UNA PROPUESTA DE APORTES A UN ENFOQUE RACIONAL DE LA LEGISLACIÓN.

Como se adelantó, el principal objetivo de proponer ciertos aportes al enfoque de racionalidad legislativa será intentar contribuir a mejorar la eficacia y la efectividad de las normas y de ese modo, fortalecer el estado de derecho que resulta clave en la mejora de las condiciones para el desarrollo económico y humano, tal como coinciden todas las teorías del desarrollo (al menos aquellas que interesan aquí, que son las que proponen enfoques del desarrollo institucionalistas puros o híbridos). De manera menos central, la preocupación por la eficiencia y el control y evaluación de los efectos es de interés para este capítulo. Es necesario aclarar, sin embargo, que de acuerdo a la definición de “efectos” que se ha propuesto, éstos necesariamente quedan al margen de la actividad legislativa originaria y por lo tanto no integran el modelo de racionalidad legislativa. Recordemos que los efectos aparecen luego de entrada en vigor la ley y de un modo que no resultaba previsible para los participantes, por eso se dice de ellos que son en principio y originariamente “opacos a los participantes” (Papayannis 2014, 364-365), es decir, tanto a los sujetos normativos como a las autoridades normativas y de aplicación. Sin embargo, también me ocuparé de los “efectos” en esta propuesta de reconstrucción de un enfoque racional de la legislación, ya que éstos tienen –

---

<sup>241</sup> Hay autores que se han dedicado de una manera específica a entender por qué se cumplen algunas normas y otras no. En este sentido son enormes los avances que se han conseguido desde perspectivas interdisciplinarias como las que proponen Cristina Bicchieri (2006, 2011, 2017); Edna, Ullman-Margalit (1990), Kinzig et al. (2013).

generalmente– consecuencias que pueden ser o bien beneficiosas para la eficacia y efectividad de las normas (efectos funcionales), o bien, consecuencias que obstaculizan o neutralizan la eficacia y efectividad de las normas (efectos disfuncionales). Así, la evaluación y el control de los efectos puede resultar en una actividad pos-legislativa de importancia para futuras reformas.

El esquema de racionalidad legislativa propuesto por Manuel Atienza presenta un recorrido interesante para que resulte de guía para gran parte de este capítulo pero merecerá diversos comentarios críticos así como también algunos aportes teniendo en cuenta el interés especial de esta tesis por la eficacia, la efectividad, la eficiencia y el control de los efectos<sup>242</sup>. Atienza propone en su trabajo más completo sobre el tema cinco niveles de racionalidad legislativa: un nivel de *racionalidad comunicativa o lingüística* (Nr1); un nivel de *racionalidad jurídico-formal* (Nr2); un nivel de *racionalidad pragmática* (Nr3); un nivel de *racionalidad teleológica* (Nr4) y finalmente un nivel de *racionalidad ética* (Nr5)<sup>243</sup> (Atienza 1997). En el libro *Curso de argumentación jurídica*,

---

<sup>242</sup> Podría cuestionarse la elección del camino trazado por Atienza en lugar de, por ejemplo, el que ha propuesto Luc Wintgens. Este último autor es probablemente quien más profundamente ha trabajado sobre modelos racionales de legislación y también propone una serie de principios y deberes del legislador que sería posible adoptar como marco para esta parte del trabajo (Cfr. entre otros trabajos Wintgens 2003, 2006, 2012). Creo que vale la pena hacer expreso el por qué de la elección del camino propuesto por el autor alicantino y no por Wintgens. En primer lugar y más determinante: es Atienza quien se ocupa expresamente de los problemas de eficacia y efectividad, y aunque seré bastante crítica con su enfoque, al menos se advierte que estos temas están en el espectro de su modelo racional de legislación. También se ocupa Atienza de los problemas de racionalidad lingüística, importantes para la eficacia, y que para Wintgens no integran más que marginalmente lo que el llama legisprudencia; este tipo de cuestiones son para Wintgens parte de otro campo de conocimiento que es la “legística”. En segundo término, todo el modelo de Wintgens se construye alrededor de un punto de partida: la libertad como *principium*. La libertad es la “situación originaria” y por lo tanto en ausencia de alguna limitación *normativa y racional*, somos libres (Wintgens 2012, 283). De este modo (1) en ausencia de alguna limitación normativa y racional, somos libres. Esto significa que (2) la extensión de la libertad es indeterminada y (3) es bajo esta ilimitada extensión de la libertad que somos igualmente libres. (4) La igualdad es la primera dimensión normativa de la libertad, y en este sentido, nadie tiene el derecho de limitar la libertad de otro sin su consentimiento. (5) El consentimiento se refiere a una auto-limitación de la libertad o a la naturaleza reflexiva de la libertad. Por lo tanto, la libertad sólo puede ser limitada por un sujeto libre. (6) La reflexividad o autonomía, es entonces, la segunda dimensión normativa de la libertad y toda otra limitación equivale a un estado de dominación que viola la igualdad (Wintgens 2012, 283).

No estoy segura de que ese punto de partida sea suficientemente neutral como para servir para la construcción de un modelo racional de legislación universal, especialmente en el contexto que preocupa aquí que es el del desarrollo: ¿es compatible esa concepción de la libertad con un modelo de estado social fuerte?, ¿y con un proyecto estatal altamente intervencionista como el que se implementó durante el modelo de la Industrialización por Sustitución de Importaciones en América Latina? Incluso albergo algunas dudas de que ciertas consecuencias de la libertad como situación originaria y como *principium*, tal como las plantea Wintgens, sean compatibles con la concepción de libertad como expansión de las capacidades humanas promovido desde el desarrollo humano por un autor como Amartya Sen.

La decisión de seguir en general el esquema de Atienza y no otro, no implica que dejaré de utilizar o referir a los argumentos apropiados que se han propuesto en el desarrollo de otros modelos de legislación racional.

<sup>243</sup> Atienza menciona a los diferentes niveles de racionalidad como R1, R2, R3, R4 y R5. Yo he modificado esa denominación por Nr1, Nr2, Nr3, Nr4 y Nr5 ya que a lo largo de esta tesis he utilizado la nomenclatura R1, R2, etc. para referirme a los resultados sociales o económicos esperados con la sanción de una ley, es decir, en mi esquema R1 se vincula con la *efectividad* de las normas. Asimismo denominaré a cada nivel de

el autor agrega un sexto nivel vinculado con la eficiencia de las normas al que denomina *nivel de razonabilidad*, sin embargo, es muy poco lo que explica sobre él (Atienza 2013, 715). El nivel de racionalidad ética (*Nr5*), como ya he adelantado, lo reemplazaré (y renombraré) por un nivel que llamaré de *racionalidad material* y que se vincula, entre otras cuestiones, con la coherencia del sistema jurídico de un modo más general, que excede la consistencia (o ausencia de antinomias) requerida al sistema jurídico (la consistencia del sistema jurídico que es motivo de análisis en el nivel de racionalidad jurídico-formal (*Nr2*)).

De este modo, de acuerdo con el autor al que más seguiré para discutir sus ideas sobre el tema, la corrección de una decisión legislativa depende de que el contenido y la forma de la ley sean claros, sistemáticos (que no genere lagunas ni contradicciones – "coherente", en el sentido de consistente–), eficaces, socialmente efectivos, axiológicamente adecuados y eficientes (Atienza 2013, 715).

Antes de continuar creo necesario profundizar un poco en qué significa "argumentación" en el contexto de la producción legislativa. Explica Atienza que:

"En el Derecho existen básicamente tres contextos de argumentación: el de la producción o establecimiento de normas jurídicas; el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, y el de la denominada "dogmática jurídica". Sin embargo, las teorías de la argumentación jurídica que se han venido desarrollando en los últimos años [...], no se han ocupado prácticamente del primero de estos contextos, seguramente por considerar que se trata de una argumentación más política que jurídica" (Atienza 1993, 119)<sup>244</sup>.

Es claro a mi entender –al menos para lo que se requiere comprender en este trabajo– qué significa "argumentación" y a qué se refiere Atienza con cada uno de los tres contextos que menciona. Tampoco me genera duda alguna dónde encontrar la argumentación jurídica en el caso de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos y en la dogmática jurídica y qué mínimos estándares debo esperar de esa argumentación para encontrarla satisfactoria. Sin embargo no parece ser todo tan claro en el contexto de la argumentación legislativa. En primer lugar ¿dónde (en qué piezas jurídicas, documentos o registros) podemos encontrar la argumentación requerida en el

---

"racionalidad y argumentación" ya que considero que es posible diferenciar entre ambos procesos y resultados.

<sup>244</sup> En su trabajo del año 2013 Atienza detalla un poco más estos contextos de argumentación jurídica y señala otros que también han sido descuidados por la teoría del derecho. Por ejemplo, la argumentación fáctica o probatoria dentro del contexto de argumentación judicial, la argumentación que realizan los abogados en los procesos judiciales, la argumentación en la resolución alternativa de conflictos, etc (Atienza 2013, 704).

contexto de la producción de normas jurídicas? Hay quienes sostienen que la argumentación legislativa sólo puede aparecer reflejada en la solvencia y claridad del texto normativo (Santaolalla López 1991); hay otros que otorgan mucho valor a las actas de debate parlamentario como instrumento que refleja las exigencias relativas a la argumentación legislativa (Oliver-Lalana 2008 y 2016; Atienza 2013, ); valor que otros niegan a ese tipo de registros (Waldron 1999, 27-28); por su parte, Atienza, por ejemplo, considera de importancia como fuente o registro de la argumentación a las partes “declarativas” de las leyes previas al articulado (preámbulo, exposición de motivos, etc.) (Atienza 1997, 34-36) . A estos instrumentos deben sumárseles otros como, por ejemplo, los dictámenes de mayoría o de minoría en las comisiones parlamentarias; los dictámenes administrativos en caso de decretos, ordenanzas y otro tipo de legislación dictada por las administraciones; incluso investigaciones periodísticas o académicas pueden echar luz sobre estos procesos de argumentación<sup>245</sup>. En definitiva, no es tan fácil ni tan pacífico saber dónde pueden encontrarse las argumentaciones que exigiremos a los legisladores.

Creo que, como parte de una mejora en la racionalidad legislativa, los edictores deberían preocuparse por hacer públicas, accesibles y transparentes la mayor cantidad de “bases de datos” sobre el cumplimiento de sus tareas y sobre el cumplimiento de sus obligaciones argumentativas.

La segunda cuestión que parece conveniente adelantar es que la argumentación esperable en el contexto legislativo será muy diferente de la que es exigible en los otros ámbitos. Se trata de una argumentación más compleja que la que llevan a cabo los órganos judiciales, ya que es normalmente más abierta y menos estructurada y, por ello, más difícil de ser estudiada (Atienza 2013, 713, en similar sentido Atienza 2005, 311 y ss.). Por otra parte, las legislaturas son órganos numerosos en donde, a diferencia de los tribunales, es más difícil “encontrar” los argumentos que integran la argumentación (¿la argumentación de un parlamentario que en solitario pronuncia un discurso descabellado debe ser considerado parte de la argumentación legislativa que respalda la racionalidad a una norma?)<sup>246</sup>. Además, a diferencia de lo que ocurre en el

---

<sup>245</sup> Ver por ejemplo “Congresoscopio” el trabajo permanente de investigación legislativa que se realiza en el portal electrónico del diario “La Nación” de Argentina (disponible en <http://www.lanacion.com.ar/congresoscopio-t52478>. Visitado el 10/1/2017) o los trabajos de reconstrucción de los debates legislativos que ha realizado Oliver-Lalana (2008 y 2016).

<sup>246</sup> Daniel Oliver-Lalana utiliza una metodología en sus trabajos que podría resultar de utilidad sistematizar de alguna manera: reúne los principales argumentos pronunciados en el debate de manera reiterada y los agrupa. De esta manera simplifica la reconstrucción del debate y de la argumentación y descarta los argumentos solitarios o descabellados como parte de esa reconstrucción (ver Oliver-Lalana 2016). Utilizando esa metodología, por ejemplo, podrían neutralizarse las objeciones que realiza Waldron (1999,

ámbito judicial no tiene sentido la búsqueda de una "respuesta correcta" o de "la única respuesta posible" (Atienza 2013, 714 y 2005, 312) y tampoco la coherencia argumentativa, exigible en otros contextos, juega un papel central sino simplemente señala ciertos límites (Atienza 2013, 714 y 2005, 304). En definitiva, evaluaremos la argumentación legislativa no por su resultado, sino por su proceso (Atienza 2013, 715).

A pesar de que en la literatura sobre racionalidad legislativa a veces no se distingue claramente entre los conceptos de "argumentación" y "racionalidad", asumiré que ellos no se confunden ni se presuponen uno a otro necesariamente. El proceso de argumentación se presenta cuando los edictores de modo explícito y público justifican racionalmente la ley en los diversos niveles (lingüístico, pragmático, teleológico, etc.). Por su parte, la racionalidad, de la ley es de alguna manera el "éxito" de ésta en cada nivel (seguiré a Atienza en el uso que le ha dado este autor al término). Por ello, en algunos niveles no podremos saber si una ley es racional o no hasta que ella ha entrado en vigor (ello es especialmente claro en los niveles de racionalidad pragmática Nr3 y teleológica Nr4). Del mismo modo una ley o una norma racional puede dejar de serlo con el paso del tiempo por volverse ineficaz o no efectiva.

Por otra parte, como se ha adelantado, argumentación y racionalidad tal como se las considera en este trabajo, no se presuponen necesariamente aunque podamos asumir la existencia de un vínculo entre ellas. Una ley puede ser racional en todos los niveles y haber sido producto de un pobre nivel de argumentación. Lo contrario también es posible: una ley puede ser irracional (por no ser eficaz, por ejemplo) y ser el producto de un razonable o muy buen trabajo de argumentación legislativa. Sin embargo, esta última situación será previsiblemente menos frecuente: de algún modo la calidad de la argumentación legislativa (que no es otra cosa que la justificación racional de la ley) debería tener como resultado leyes o normas más racionales, es decir, más "exitosas" en todos los niveles que se analizarán. Por otra parte, una argumentación correcta, completa y transparente permite que se puedan llevar adelante controles sobre aspectos vinculados directamente a la racionalidad o éxito de las normas en sus distintos niveles. Por ejemplo, la argumentación sobre la necesidad o no de la sanción de una ley o sobre la adecuación de medios a fines contribuye a evaluar si finalmente la ley es o no racional.

Andrej Kristan (2013, 485), desde otra perspectiva y parafraseando a Wintgens (2012) explica que la obligación de argumentar se vincula con las condiciones que

---

28-29) sobre el valor de las actas de debate y la imposibilidad de reconstruir a través de ellas, por ejemplo, la intención legislativa.

posibilitan un control racional de las decisiones parlamentarias. En otros términos, lo que Wintgens denomina la *validez jurisprudencial* corresponde a unas condiciones que posibilitan el control de la racionalidad de la justificación (Kristan 2013, 486; Wintgens 2012, Cap. 8). A la anterior conclusión, que comparto, agregaría lo que se expuso en el párrafo precedente: la argumentación adecuada (ya veremos en cada nivel de racionalidad cuál debería ser) también posibilita *el control de la racionalidad (en el sentido de “éxito”) en sí misma de la norma o ley* dictada y no sólo como proponen Wintgens y Kristan el control de la justificación que motiva su sanción.

Finalmente un mayor y más exigente estándar de argumentación promete otras ventajas que no serán de principal interés en este texto, tales como la transparencia en la toma de decisiones públicas, la provisión de mejores herramientas interpretativas o incluso, por ejemplo, puede ser definitoria para la declaración de validez de una ley<sup>247</sup>.

La propuesta que realizaré se enmarca dentro de lo que podría denominarse un ideal normativo y asumo que en ciertos pasajes puede resultar muy exigente para el legislador o el edictor, sin embargo, no veo motivos para desistir de estos altos estándares cuando los exigimos jurídicamente en otros ámbitos de argumentación jurídica como la resolución de casos judiciales e incluso la actividad que despliegan los abogados litigantes.

Una última aclaración de esta larga lista de cuestiones preliminares: los niveles de racionalidad que presenta Atienza y que seguiré –algunas veces coincidiendo y otras disintiendo con él – no se presentan en un orden cronológico o de aparición en el trabajo legislativo o en la argumentación requerida a los edictores. No obstante que se podrían ordenar de un modo temporalmente más coherente el orden que propone Atienza no se presenta como una dificultad para comprender su esquema general y lo mantendré así.

---

<sup>247</sup> Daniel Oliver-Lalana explica que se trata de “una forma de control constitucional que, bajo nombres y con alcances diversos, revisa el proceso de justificación legislativa (*process review*)” (Oliver-Lalana 2016, 5). El autor propone tres ejemplos de este control de constitucionalidad atípico: la ausencia de estudio y discusión en el Congreso estadounidense contribuyó a convencer a la Corte Suprema de que una ley que pretendía salvaguardar la decencia en las comunicaciones violaba en realidad la libertad de expresión (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 1997, 874 y 879). Otro ejemplo viene del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien ha concedido en ocasiones importancia a defectos argumentativos similares a los de la Corte de EE.UU (Cfr. STJUE 9/09/2010 (C-92/09, Volker y Markus Schecke y Eifert), §§ 81 y 83). De modo inverso, también un proceso argumentativo cuidado puede inclinar la balanza hacia el lado de resoluciones que mantengan la validez de la ley. Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha valorado positivamente que una ley sea la “culminación de un análisis excepcionalmente detallado de las implicaciones sociales, éticas y jurídicas” del tema, así como “el fruto de mucha reflexión, consultas y debate” (TEDH 10/4/2007, *Evans v. UK*, § 86) (Cfr. por todo esto Oliver-Lalana 2016, 5).

#### 4. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN Y RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA Y COMUNICATIVA (NR1).

En el modelo de Atienza este nivel de racionalidad se denomina “racionalidad lingüística”. Sin embargo, de algún modo, el autor también se refiere por momentos a una racionalidad comunicativa que excede los problemas lingüísticos. Aunque estrechamente vinculados distinguiré aquí entre los planos lingüísticos y comunicativos.

##### 4.1. La racionalidad lingüística.

El sistema jurídico puede entenderse como una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común al emisor y al receptor (un lenguaje común) y de una serie de canales que aseguran la transmisión del mensaje (estos canales serían las leyes) (Atienza 1997, 29). Es por eso, una ley racional en este primer nivel exige que se trate de un acto de comunicación que cumpla su propósito de transmitir el mensaje del edictor al destinatario y requiere, por lo tanto, no sólo que se utilice un lenguaje comprensible para el destinatario sino que además se trate de un mensaje claro: deben evitarse los defectos sintácticos u oscuridades semánticas (Atienza 1997, 29), los términos ambiguos *per se* (ambigüedades sintácticas) así como, dentro de lo posible, las ambigüedades semánticas. Las exigencias anteriores pueden complementarse con otros detalles de los objetivos a los que el legislador debería aspirar en el nivel de racionalidad lingüística o las herramientas que tiene para alcanzarlos. De acuerdo con Helen Xanthaki, por ejemplo, el lenguaje utilizado por el legislador debería ser: claro, preciso, evitar ambigüedades, evitar vaguedades y, en lo posible, utilizar un lenguaje común o llano (Xanthaki 2008, 9-17). La cuestión, como advierte también la autora, es que a menudo alcanzar todos los objetivos puede resultar contradictorio.

Antes de presentar una propuesta ampliada de los objetivos en Nr1 y herramientas disponibles por parte del legislador, considero necesaria una reflexión que suele pasarse por alto: el modo de comunicación que se presenta a través de las leyes es diferente a casi todos los ámbitos de la comunicación humana. La actividad previa a la sanción de la ley es una actividad dinámica, dialogante, que busca el consenso o al menos la aceptación, en donde hay negociaciones, concesiones, marchas y contramarchas, etc. Este tipo de comunicación (con sus variaciones) es frecuente en otros ámbitos de la vida. En determinado momento, cuando la idea y su redacción están consensuadas o aceptadas y se plasma en un texto legal, toda la actividad dinámica anterior queda “congelada” en un puñado de palabras (Cyrul 2007, 51). Se pasa de una dinámica dialógica al monólogo estático del texto legal (Cyrul 2007, 51). El redactor de una norma debe recoger esas ideas que se han decidido congelar de un modo muy

especial: debe ser consistente internamente, conciso, conclusivo, completo, sin digresiones, sin ejemplos, no redundante (Cyrul 2007, 52), a lo que puede agregarse que deben evitarse, dentro de lo posible, y como ya se dijo anteriormente, las vaguedades y ambigüedades<sup>248</sup>.

La escasez de herramientas y la posible contradicción entre las exigencias comunicativas en el mensaje normativo obliga a asumir de un modo técnico la redacción de las normas. En lo que sigue de este apartado presentaré algunos objetivos a los que debería aspirar el legislador en Nr1 y las herramientas con las que cuenta. Paradójicamente, los objetivos de claridad y precisión ocasionalmente pueden colisionar entre sí, y del mismo modo, las herramientas para alcanzar cada uno de ellos o los dos también pueden entrar en tensión y, a menudo, ello ocurre. Los objetivos y herramientas que trataré a continuación no constituyen una lista cerrada y son sólo aquellos que considero más importantes. Se trata de los siguientes: (a) objetivo de claridad, (b) objetivo de precisión, (c) herramienta de evitar ambigüedades semánticas, (d) herramienta de evitar ambigüedades sintácticas, (e) herramienta de evitar vaguedades, (f) herramienta de consistencia interna, (g) herramienta de textos concisos y no redundantes, (h) herramienta de evitar textos normativos incompletos, (i) herramienta evaluar la necesidad de introducir enumeraciones no taxativas, (j) herramienta de uso de lenguaje llano y común.

#### **4.2. Objetivos, herramientas y posibles tensiones en Nr1.**

**(a) Objetivo de claridad:** El objetivo de que las leyes sean claras es una de las exigencias esenciales del estado de derecho. Es tal vez el objetivo más importante de Nr1, y junto con el objetivo de precisión, un fin en sí mismo. Su importancia radica en diversos motivos: la claridad es esencial para que las personas puedan comportarse de acuerdo a lo que la norma establece, la claridad aumenta la eficiencia de la norma reduciendo la necesidad de cuestionamientos judiciales y aumenta también la transparencia del sistema jurídico (Xanthaki 2008, 9, Wahlgren 2007, 84).

Por otra parte, como se verá, las restantes herramientas que se señalarán a continuación en Nr1, son instrumentales, en definitiva, de la claridad y de la precisión. Por ejemplo, conspiran contra la claridad de las normas las ambigüedades semánticas, las imprecisiones, las inconsistencias y las incompletitudes.

---

<sup>248</sup> Cyrul concluye que los textos normativos no pueden alcanzar la expectativa puesta en ellos pues son incapaces de reflejar el discurso y los fundamentos que la precedieron. Sugiere que la noción de "texto legal" debería ser complementada con alguna otra que pudiera superar los obstáculos referidos (Cyrul 2007, 52-53).



¿Qué es la claridad de una ley? Xanthaki propone en entender la claridad de los textos legislativos cuando ellos sean pasibles de ser fácilmente comprendidos o entendidos (Xanthaki 2008, 9). Coincido con Atienza (1997, 29) en este punto en la consideración de que el destinatario de la norma (el sujeto que tiene que realizar la conducta obligatoria, o no realizar la conducta prohibida, o puede decidir realizar la conducta permitida) puede no coincidir con el destinatario de la *información* del texto legal, ya que en ciertas materias las normas pueden estar dirigidas a especialistas (por ejemplo, en cuestiones tributarias, en seguridad industrial, en construcciones, en el derecho procesal, etc.) y finalmente ser el sujeto obligado otro sujeto (el obligado tributariamente, el propietario de un establecimiento industrial o el propietario de un terreno que comienza una construcción o el demandado en un juicio). En estos casos de disociación entre el sujeto destinatario de la información y el sujeto destinatario de la norma, basta con que la redacción del texto normativo sea claro para el sujeto destinatario de la información.

La realización de este objetivo se alcanza en mayor grado si se hace uso de las herramientas que se enumeran en los puntos c) y siguientes de este mismo apartado.

**(b) Objetivo de que los textos normativos sean precisos:** la precisión de un texto normativo se consigue cuando el enunciado es exacto, completo, concluyente y permite entender rápidamente qué casos quedan comprendidos en el espectro de la norma y qué casos no. En definitiva, una redacción precisa es contraria a una redacción vaga sobre los casos que quedan incluidos y excluidos de la pretensión reguladora. La precisión es considerada como un complemento necesario de la claridad pero que, sin embargo, puede entrar en tensión con ella pues a veces en el afán de no dejar nada sin definir o al alcance de la imaginación del lector las redacciones ven debilitado su objetivo de resultar claras (por ejemplo porque no es posible maximizar la herramienta de que los textos sean concisos) (Xanthaki 2008, 10).

Uno de los rasgos de un texto normativo altamente preciso es que sea concluyente en sí mismo, es decir, cuando los supuestos de hecho y las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento de ese supuesto de hecho se encuentran definidas en el propio texto (“el que matare a otro será reprimido con prisión de 8 a 25 años”). Sin embargo, cuando contribuya a mejorar la claridad del texto es aceptable que remita a claras referencias dentro del sistema jurídico<sup>249</sup>. Deberían por lo tanto evitarse, dentro

---

<sup>249</sup> La directriz 63 de las Directrices de Técnica Normativa (España) de 2005 dispone “Las remisiones se utilizarán cuando simplifiquen el texto de la disposición y no perjudiquen su comprensión o reduzcan su claridad”

de lo posible, las remisiones generales a principios o normas indeterminadas<sup>250</sup> o, lo que es un caso más grave, cuando la referencia es directamente a textos extrajurídicos.

Otra herramienta interesante para mejorar la precisión de las legislaciones sin conspirar contra la claridad es la posibilidad de complementar la legislación con anexos explicativos o glosarios en donde se pondrá especial cuidado en la precisión de ciertas *definiciones* (algo similar ha sido propuesto por Wahlgren 2007, 84).

El objetivo de la precisión es a veces de suma importancia y dependiendo de la materia legislada puede superar en importancia al de la claridad. En ámbitos como el del derecho tributario o el del derecho procesal en donde los destinatarios de la información son profesionales de estas materias, la precisión será probablemente más importante que la claridad. En otras áreas, como en la redacción de un principio general la precisión no será tan trascendente como la claridad. Sin embargo, en la mayoría de las materias a regular (derecho penal, derecho comercial, derecho ambiental, etc.) el equilibrio entre claridad y precisión debería ser el objetivo principal al que el legislador debiera aspirar.

Creo que es necesario realizar una consideración final: tanto el objetivo de precisión como el de claridad no pueden ser puestos a prueba de una manera completa *ex ante* (es decir antes de que la ley entre en vigor o esté implementada). Si bien es cierto que la lectura de un texto puede aparecer como indudablemente oscuro o impreciso, muchas veces aun un texto que *prima facie* no apareciera como padeciendo esos defectos puede luego resultar poco claro y/o impreciso. Por lo tanto, es posible pensar que la auténtica puesta a prueba de la claridad y precisión de los textos se da cuando éstos ya han sido interpretados (por los destinatarios y las autoridades). Cabe aún preguntarse cómo podríamos saber si el texto es claro y preciso después de que ha sido interpretado. Evidentemente no es sencillo dar una respuesta a esta pregunta que conforme a todas las posiciones teóricas por ello me decantaré por una fórmula sencilla y pragmática: si las diferencias en las interpretaciones sobre lo que la norma ordena son cuantitativamente importantes y cualitativamente significativas la norma podría no ser clara y/o precisa.

---

<sup>250</sup> El artículo 84 de Código Penal argentino reprime a quien por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o *inobservancia de los reglamentos* o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte. Esta remisión genérica a los reglamentos torna a la norma algo imprecisa pues no detalla cuáles son esos reglamentos. Se trata, sin embargo, de un ejemplo que aunque válido para explicar el supuesto resulta difícil de objetar como técnica legislativa ya que la variedad de actividades en donde puede producirse un homicidio culposo impide la enumeración de cada reglamento o la remisión más precisa a ellos.

A partir de aquí todos los elementos que se enunciarán dejan de ser objetivos en sí mismos y los consideraré meramente instrumentales a los objetivos de claridad y precisión que considero centrales para una racionalidad legislativa en el nivel Nr1.

**(c) Evitar ambigüedades semánticas:** las ambigüedades semánticas son prácticamente inevitables pero pueden moderarse si se advierte que una palabra en el contexto de la norma puede ser sustituida por otra, o complementada, para que refiera más precisa o claramente al concepto al que pretende hacer referencia la norma. Así, por ejemplo, una norma que estipulara “está prohibido vender alcohol a menores de 18 años” podría resultar en un problema de orientación (falta de claridad y precisión) sobre la conducta prohibida para un farmacéutico al que se presentase un menor a comprar alcohol fino de 75 grados. En el contexto de la norma tal vez sería más adecuada la redacción “está prohibida la venta de bebidas alcohólicas a menores de 18 años”. El objetivo de evitar ambigüedades semánticas puede ser problemático de compatibilizar con el del uso de lenguaje común o llano. Asimismo puede resultar problemático de compatibilizar con el objetivo de evitar incluir ejemplos o enumeraciones no taxativas ya que a veces la única manera de superar la ambigüedad semántica es precisando su significado en el contexto, o a través de herramientas como las enumeraciones o la exclusión de supuestos no recogidos en el uso que intenta el legislador.

**(d) Evitar ambigüedades sintácticas:** este tipo de ambigüedades tiene mayores posibilidades de ser superadas con la técnica correcta pues no están necesariamente presentes en el contenido del lenguaje sino que se trata de construcciones sintácticas defectuosas. Por ejemplo, el uso inadecuado de las conectivas “y” y “o”. En el caso de “o” puede ser interpretado como la función de una disyunción excluyente (de modo que el enunciado es verdadero sólo si se da una de las alternativas que menciona, pero no las restantes), o con el significado de una disyunción incluyente (con lo cual, el enunciado es verdadero, tanto si se dan algunas de las alternativas como si se dan todas ellas) (Nino (1980) 2003, 262).

El Código Penal Argentino en su art. 86 inc. 2 establece que el aborto no será punible “Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”. La jurisprudencia y la doctrina argentina han disentido históricamente sobre si el aborto no es punible en caso de violación (de cualquier mujer) o si es condición adicional a la violación que este delito tenga como víctima a una mujer idiota o demente (ver por todas las diferentes interpretaciones

Bergallo y Mitchell 2009).

Algo similar puede ocurrir con la conectiva “y” ya que en ciertos contextos puede conspirar contra la claridad del texto. El ejemplo que propone Nino (1980 (2003) 262) es el del texto que reza “Está permitido viajar con un bolso o un abrigo y un paraguas”, que podría llevar a confusión sobre si el paraguas se puede llevar junto con el bolso o exclusivamente cuando se lleva abrigo. En principio, con el debido cuidado y la técnica adecuada, el objetivo de evitar ambigüedades sintácticas no debería colisionar con ninguno de los restantes objetivos o herramientas.

**(e) Evitar vaguedades:** se trata de otro caso de imposible erradicación ya que las palabras de los lenguajes naturales padecen generalmente de una vaguedad que produce que ciertas circunstancias, hechos u objetos, queden en una zona gris en la cual puede ser dudoso si el término las refiere o no. Esto no implica que el legislador no pueda hacer sus mejores esfuerzos por evitar este tipo de dificultades<sup>251</sup>. Seguiremos con ejemplos del Código Penal argentino: el delito de robo se ve agravado en los artículos 166 y 167 cuando se realiza “en banda”. Es claro que una sola persona no constituye una banda y que 30 personas cómodamente podrían ser incluidas en el concepto de “banda”; sin embargo, ¿qué pasa cuando el robo se realiza por un grupo de tres personas? El legislador podría haber optado en este caso por eliminar el término “banda” y reemplazarlo por una frase tal como “cuando participaren en él tres o mas personas”. En oportunidades el uso de lenguaje común o llano puede conspirar contra el objetivo de evitar vaguedades. Las vaguedades conspiran contra la claridad pero muy especialmente contra la precisión de los textos normativos.

**(f) Consistencia interna:** si bien no es frecuente que una disposición normativa sea inconsistente en sí misma, no es imposible pensar que por algún defecto en su redacción se presente este problema. En ediciones muy antiguas del Código Civil Argentino el art. 2161 decía: "Si los derechos hereditarios fueren *legítimos*, o estuvieren cedidos como dudosos, el cedente no responde por la evicción". Esta redacción carecía de sentido tal como lo señala Nino ((1980) 2003, 171) e incluso puede señalarse que era axiológicamente inconsistente. ¿Por qué habría de darse la ventaja al heredero legítimo de no responder por la evicción y colocarlo en la misma situación de quien advierte transparentemente que los derechos cedidos son dudosos? La redacción fue

---

<sup>251</sup> Algunas voces se han alzado últimamente contra la idea que aquí se subraya de intentar reducir en la medida de lo posible las vaguedades. Ver en este sentido Endicott (2000).

posteriormente corregida sustituyendo la palabra “legítimos” por “litigiosos” con lo que la norma adquirió sentido y consistencia.

Es más frecuente, por cierto, la presencia de antinomias o inconsistencias entre diversos textos normativos, pero ello será objeto del nivel de racionalidad legislativa jurídico-formal (Nr2) y de acuerdo a una propuesta que realizaré, también del nivel de racionalidad pragmática (Nr3).

**(g) Textos concisos y no redundantes:** entiendo que una disposición normativa es concisa cuando transmite el mensaje con claridad y precisión pero sin extenderse innecesariamente<sup>252</sup>. Es decir, los textos normativos deberían tender a ser lo más económicos posibles hasta el límite en que el mensaje perdiera claridad o precisión. Cuanto más extensos sean los textos normativos más probabilidades habrá de que disminuya su claridad por la dificultad de comprender fácil y rápidamente el texto; también es posible que aumenten las ambigüedades sintácticas así como las posibles antinomias internas y las redundancias.

**(h) Evitar textos incompletos:** cuando el texto normativo pretende ser concluyente es importante que otorgue todas las soluciones posibles a los hechos que son su presupuesto. Es cierto que un texto puede ser incompleto y complementarse con otra norma a la que refiere explícitamente o no. Sin embargo, también puede ocurrir que esto no suceda y la laguna se produzca en ese sistema jurídico por una laguna u omisión de consideración de una situación que requiere solución en *un solo* texto normativo<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> En este sentido, por ejemplo, las Directrices de Técnica Legislativa de España proponen en la directriz 101 que “...La claridad y sencillez exigen respetar el orden normal de los elementos de la oración, prescindiendo del hipérbaton, y evitar todo aquello que, sin aportar precisiones de contenido, complique o recargue innecesariamente la redacción de la norma: emparejamiento de sinónimos léxicos o sintácticos (una actitud clara y manifiesta; exhibió e hizo ostentación); epítetos triviales (“fiel” en fiel reflejo, “claro” en claro exponente); perífrasis superfluas (ser de aplicación por aplicarse). En esa misma línea, se evitará el uso de formas de pasiva para aquellos casos en que el español tiene en las oraciones activas o en la pasiva con “se” su forma más adecuada de expresión...” (Directrices de Técnica Normativa (España) aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicada en el BOE del 29 de julio de 2005).

<sup>253</sup> Imaginemos un texto normativo que dispone: “A partir del día 1 de abril sólo podrán circular por las calles los automóviles en los días que les asignan los incisos (a), (b) y (c) de este artículo.

- (a) los días lunes, miércoles y viernes los coches cuyas matrículas finalizan en 2,4,6 y 8;
- (b) los días martes, jueves y sábado los coches cuyas matrículas finalizan en 1,3,5,7 y 9;
- (c) los días domingo podrán circular todos los coches incluidos en los incisos (a) y (b)”.

La norma tal como ha sido presentada deja sin solución sobre los días de circulación a los coches cuya matrícula finaliza en 0 y por la forma en que está redactada es posible entender que es la única norma que regula la cuestión y por lo tanto parece posible entender que una laguna normativa se produjo en el sistema pero por la incompletitud de una sola norma.

**(i) Evaluar la necesidad de introducir enumeraciones no taxativas:** los ejemplos o enumeraciones no taxativas son una herramienta legislativa que genera simultáneamente soluciones y tensiones, por ello resulta muy importante la evaluación de la necesidad de incluirlas. Por un lado, la inclusión de enumeraciones no taxativas o ejemplos puede ser útil para generar claridad y precisión en la norma, incluso puede contribuir a su “inteligibilidad” cuando el destinatario de la norma es un público no especializado y la norma regula aspectos que podrían no ser fáciles de comprender con una definición abstracta<sup>254</sup>. En otras oportunidades, sin embargo, la inclusión de ejemplos conspira contra la claridad, e incluso puede resultar en imprecisiones por generar dudas sobre si casos no incluidos como ejemplos son abarcados también por el ámbito de prescripción de la norma.

En caso de optar por la introducción de ejemplos el legislador debería intentar evitar especialmente que se afecten las herramientas de que los textos sean concisos y no redundantes. Veamos: el artículo 303 del Código Penal argentino tipifica el delito de “lavado de activos” y dispone que “(S)erá reprimido ... el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal...”. El ejemplo es satisfactorio ya que la frase general “pusiere en circulación” incluye por lo menos dos supuestos enumerados (transferir y vender); por otro lado, disimular y convertir parecen ser ejemplos de redundancia pues generalmente para “disimular” debemos “convertir” algo en otra cosa a la que queremos que se parezca.

Por el contrario pareciera que cuando la enumeración es taxativa las situaciones problemáticas anteriores suelen superarse pues no es necesaria la introducción de frases generales que refieran a situaciones no ejemplificadas. En estos casos precisión y claridad parecen confluir sin tensiones<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> En el Preámbulo del Código Civil chileno, por ejemplo, se defiende expresamente el uso de ejemplos en ese texto legal: “Por lo que toca al mérito y plan que en este código se han seguido, observaré que hubiera podido hacerse menos voluminoso, omitiendo ya los ejemplos que suelen acompañar a las reglas abstractas, ya los corolarios que se derivan de ellas, y que para la razón ejercitada de los magistrados y jurisconsultos eran ciertamente innecesarios. Pero, a mi juicio, se ha preferido fundamentalmente la práctica contraria, imitando al sabio legislador de las partidas. Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones; los corolarios demuestran lo que está encerrado en ella, y que a ojos menos perspicaces pudiera escaparse”.

<sup>255</sup> El art. 5.1 de la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia, por ejemplo, no deja lugar a dudas: “Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígenas, originarios campesinos, *que son* el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, cáchobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasú'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapieta, toromona, uru-chipaya, weenha-yek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco” (la itálica no obra en el texto original).

**(j) Uso del lenguaje sencillo y común:** la herramienta de utilizar un lenguaje sencillo y común (*plain language*) ha adquirido en los últimos años una fuerza importante y ha tenido diversas consagraciones legislativas<sup>256</sup>; del mismo modo, ha cosechado también detractores (un resumen de ese debate puede verse en Barnes 2006, Xanthaki 2008, 12-13). En muchos aspectos el “movimiento del lenguaje sencillo” excede la idea del mero uso de un lenguaje sencillo y común, y se proyecta de un modo más general sobre toda la técnica legislativa. Por ejemplo, entre otras cuestiones, las propuestas incluyen el diseño accesible y amigable en términos gráficos de las leyes, la organización de los textos legales de formas más aptas para la lectura por legos, la redacción “personalizada” de acuerdo a qué grupo sea el destinatario de las normas (Xanthaki 2008, 12-13; Sullivan 2001).

Como hemos visto, el uso del lenguaje común puede implicar el uso de términos vagos o ambiguos que podrían evitarse apelando a un lenguaje algo más sofisticado; sin embargo, al mismo tiempo puede resultar en un interesante instrumento para facilitar la comprensión por audiencias no especializadas. Debemos aceptar que la legislación habitual está redactada generalmente teniendo como audiencia potencial principalmente a los jueces y abogados; esta circunstancia es más marcada todavía en los textos que son producto de la legislación decimonónica, muchos de los cuales aún están vigentes.

No me introduciré en el debate general sobre las ventajas y desventajas de utilizar esta herramienta, solo la relacionaré con algunas ideas por las que creo que su utilización vale la pena en el contexto de los problemas que analiza esta tesis: en primer lugar, como herramienta para mejorar en términos generales la “inteligibilidad” de las normas; en segundo término, como instrumento para intentar conjurar una situación omnipresente en América Latina: la existencia de diferencias culturales notables entre los diferentes quintiles de la sociedad así como la presencia de sociedades multiculturales compuestas por población descendiente de pueblos originarios, migrantes, grandes grupos urbanos, población rural, etc. Con relación al segundo aspecto considero que el uso del lenguaje llano y común es un buen punto de partida

---

<sup>256</sup> Por ejemplo, las Directrices de Técnica Legislativa (España) señalan en el Nro. 101 que las normas deben ser redactadas en “Lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible” (Directrices de Técnica Normativa (España) aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicada en el BOE del 29 de julio de 2005); en EE.UU se ha aprobado la “Plain Writing Act of 2010” que establece lo siguiente: “The term “plain writing” means writing that is clear, concise, well-organized, and follows other best practices appropriate to the subject or field and intended audience”; asimismo Australia, Canadá, Sudáfrica y otros países también han adoptado este modelo (ver Sullivan 2001).

para empezar a buscar soluciones a aquello que señalaba Oscar Vilhena (2011, 34) y que fue expuesto y discutido en la parte final del Capítulo I. La posición de Vilhena puede ser reconstruida sintéticamente en que la ineficacia de la ley es producto de la pobreza y la desigualdad porque las leyes no pueden ser comprendidas por el sector más pobre de la población. Considero, como sostuve anteriormente, que la pobreza y la desigualdad pueden ser factores que obstaculicen de alguna manera la eficacia de la ley o el alcanzar mayores grados de estado de derecho; sin embargo, la ineficacia sigue siendo *un problema de la ley*. Es la ley la que debe adaptarse a las circunstancias (pobreza, déficits educativos, diferencias culturales, etc.) para superar los problemas que impiden su eficacia; en este sentido, el uso del lenguaje sencillo y común es, tal vez, un buen instrumento para comenzar esa tarea.

Me interesa aquí intentar establecer quién tiene que ser el “nuevo” destinatario, que reemplace a los históricos destinatarios de las normas, los jueces y abogados<sup>257</sup>. Se han propuesto diferentes soluciones para establecer a quiénes se deben dirigir las normas en el contexto del uso del lenguaje sencillo y común. Tal vez sea necesario distinguir primero entre tres tipos de normas: (a) normas generales (las normas del código penal, del código civil, de regulación del tránsito, etc.); (b) normas cuyos destinatarios integran un grupo determinado pero heterogéneo (las leyes de alquileres, por ejemplo, deberían estar destinadas tanto a propietarios como a modestos o poderosos inquilinos); (c) normas cuyos destinatarios integran un grupo primordialmente homogéneo (las normas sobre la convocatoria a becas posdoctorales o las normas para acceder a un programa de transferencias condicionadas).

Las opciones que se han propuesto son resumidamente las siguientes: (i) las normas deberían estar dirigidas a las personas “de la calle”, al ciudadano ordinario de una ordinaria inteligencia y una ordinaria educación (Murphy 1992 citado por Sullivan 2001) y en la misma tónica se ha dicho que “El destinatario de las normas jurídicas es el ciudadano. Por ello deben redactarse en un nivel de lengua culto, pero accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla...” (Directriz 101, Directrices de Técnica Normativa (España)); (ii) Las normas deben estar dirigidas al “lector real” y no a todos los destinatarios ni al hombre medio ya que éstos nunca leerán realmente la norma. Escribir para el ciudadano medio puede generar imprecisión y ausencia de claridad para el que en definitiva será el lector real (Cfr. Sullivan 2001, 125); (iii) las

---

<sup>257</sup> El abandono de los jueces y abogados como destinatarios de las normas jurídicas debería ser razonable y consistente con ciertos criterios. Sería poco sensato, por ejemplo, que las leyes procesales no estuvieran generalmente destinadas a la lectura por abogados y jueces; sin embargo, las leyes procesales podrían iniciarse con un capítulo que explicara a las personas sin formación jurídica qué se requiere para iniciar un juicio o cuáles son los primeros pasos a seguir si la persona es demandada o denunciada, etc.



normas deben dirigirse al grupo más vulnerable que será afectado por la legislación (esta es la posición adoptada por Sullivan 2001).

En el contexto de América Latina y de lo que interesa en esta tesis pareciera que la opción más adecuada es la que se expuso en último lugar. Dirigir las normas al ciudadano medio u ordinario no resolvería los problemas de multiculturalidad, diferencias educativas y de comprensión que se han señalado como presentes en la región; por su parte, el argumento de que los ciudadanos no leen las leyes y que, por lo tanto, éstos debieran dirigirse a los “lectores reales” parece una argumentación algo falaz: evidentemente si los textos no están dirigidos a los ciudadanos éstos no los leerán, pero si se dirigen a ellos ¿por qué excluir *a priori* la posibilidad de que comiencen a leerlos?

Evidentemente la opción de dirigir la redacción y estructura de las leyes al grupo más vulnerable de todos los afectados por la ley puede producir tensiones con relación a ciertos grupos respecto de los objetivos de claridad y precisión; también puede entrar en tensión con otras herramientas como las de evitar ambigüedades o el uso de términos vagos. Ello es especialmente así en el caso de las normas generales y, en menor medida, en las leyes dirigidas a grupos identificables pero heterogéneos. Por el contrario, para la redacción de normas dirigidas a grupos relativamente homogéneos parece ser una gran solución.

Sin embargo, los problemas y tensiones detectados podrían no ser necesariamente un problema si se pudiese, dentro de la propia ley, ordenar el articulado de una manera que pudiese dirigirse a cada grupo destinatario. Por ejemplo, una ley de alquileres podría estructurarse de manera tal que fuese posible identificar qué normas están dirigidas a los propietarios, cuáles dirigidas a los inquilinos y finalmente las dirigidas a los jueces encargados de aplicar la ley; o un código procesal, como se dijo anteriormente, podría iniciar su articulado explicando con sencillez qué pasos debe seguir el ciudadano si quiere iniciar una demanda o si es demandado.

#### **4.3. Racionalidad comunicativa.**

Si bien se trata principalmente de una actividad pos-legislativa, la racionalidad comunicativa de un texto normativo resulta de suma importancia para conseguir su eficacia y efectividad. En el nivel Nr2 encontraremos que un requerimiento de la racionalidad jurídico-formal será el de *accesibilidad* de los textos normativos. En Nr1, sin embargo, la racionalidad comunicativa exige una actividad proactiva más importante por parte de las autoridades. Se trata no sólo asegurar la accesibilidad al enunciado

normativo sino de difundir activamente la sanción o modificación de la norma y/o el objetivo de política pública buscado a través de su sanción y hacerlo por canales adecuados para llegar al receptor. Por supuesto que este tipo de actividades no se requiere para todo tipo de normas, pero en ocasiones, la eficacia y la efectividad dependen, en buena medida, de una oportuna y correcta difusión de la norma.

#### 5. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN Y RACIONALIDAD JURÍDICO-FORMAL (NR2).

En este nivel de racionalidad el fin de la actividad legislativa puede entenderse como el de alcanzar o mejorar la sistematicidad del sistema jurídico. De acuerdo con Atienza:

El fin de la actividad legislativa es la sistematicidad, esto es, el que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias, lo que hace que el Derecho pueda verse como un mecanismo de previsión de la conducta humana y sus consecuencias... (Atienza 1997, 32)

Este nivel de racionalidad, tal como está planteado por Atienza, puede tener impacto en la obtención de normas eficaces y efectivas. La presencia antinomias, por ejemplo, obstaculiza la eficacia (y efectividad) de una de las opciones en contradicción (siempre que se realiza la conducta C1 que está en contradicción con C2 se afecta la eficacia de esta última); las lagunas, por su parte, generan situaciones que pueden ser un escollo para la eficacia y efectividad no sólo por el hecho mismo de la falta de solución normativa a un caso que ha sido considerado relevante por el legislador, sino porque dichas ausencias de soluciones normativas suelen generar que los interpretes “completen” de manera individual o grupal el contenido del vacío normativo y en esa tarea eviten el cumplimiento de obligaciones o burlen prohibiciones y/o lleven adelante conductas alternativas que entorpecen la posibilidad de que se alcancen los objetivos sociales buscados con la sanción de la norma.

Ahora bien, la racionalidad-jurídico formal puede incluso ser más determinante para la eficacia y la efectividad de lo que se ha señalado en el párrafo anterior si no limitamos la sistematicidad a los problemas de completitud, consistencia y economía como lo han hecho las perspectivas más difundidas (Atienza 1997, Calsamiglia 1993). Se pueden encontrar algunos problemas de sistematicidad que pueden ser todavía más influyentes en la eficacia y efectividad de las normas (algunos de estos tal vez estos no sean problemas que afectan la *lógica* del sistema pero sí su funcionalidad).

Propondré entonces dividir los problemas en Nr2 en dos grupos: el primero y más difundido, relativo a la racionalidad que se alcanza cuando se reducen o eliminan antinomias, lagunas y redundancias, es decir cuando el sistema no presenta o presenta

un menor grado de vicios lógicos; y un segundo conjunto de cuestiones de sistematicidad *secundarias*. Estas cuestiones de sistematicidad secundarias no se vinculan de manera directa a los problemas lógicos antes mencionados, pero pueden contribuir a su producción. Se trata de cuestiones relacionadas con el *orden* del sistema jurídico y su *accesibilidad* (el acceso a las disposiciones y normas que integran el sistema jurídico). Las cuestiones secundarias son además significativas para afrontar los problemas de eficacia y efectividad de las normas.

Incluiré en este conjunto secundario las siguientes cuestiones: (a) problemas de hipertrofia normativa (Oliver-Lalana 2008, 540); (b) problemas de coordinación en sistemas jurídicos compuestos (Oliver-Lalana 2008, 540); (c) problemas de accesibilidad formal, ordenamiento y digresiones del sistema jurídico.

Por otra parte, este conjunto secundario de cuestiones vinculadas con la sistematicidad es de suma importancia para otro ideal que se ha señalado como relevante para los problemas vinculados a las instituciones y el desarrollo: la seguridad jurídica. En este sentido, los problemas secundarios en Nr2 serían un obstáculo para la posibilidad de alcanzar la cognoscibilidad de las normas o del “contenido del derecho” (Ávila 2012, 580). Estas dificultades, como se dijo, no sólo pueden interferir en la eficacia y efectividad de las normas sino también en la seguridad jurídica, esto es, en la posibilidad de prever la gama de consecuencias jurídicas de los propios actos y de los actos ajenos (en un sentido horizontal –de las otras personas privadas– y vertical, es decir, del Estado).

**(a) Problemas vinculados con la hipertrofia normativa:** en las sociedades modernas la regulación de casi todos los ámbitos de la vida, de las actividades, de los problemas sociales e incluso de las cuestiones macroeconómicas se realiza por vía de normas formales<sup>258</sup>. En América Latina se trata de un problema especialmente grave (como ya observaba Bulygin en 1981 (1991, 410<sup>259</sup>), que ha llevado a que uno de los principales objetivos del llamado Consenso de Washington en la región fuese el de iniciar un drástico proceso de *desregulación*. Las razones que alentaban el proceso de desregulación se vinculaban básicamente con una visión del desarrollo que entendía

---

<sup>258</sup> Eugenio Bulygin observa en el fenómeno de la regulación por vía de leyes una característica de las sociedades modernas: “La solución anticipada de conflictos sociales por medio de normas generales ha surgido en una etapa relativamente tardía de la evolución social y ha desempeñado durante mucho tiempo un papel bastante modesto. Lo muestra claramente la historia del derecho romano: desde las Doce Tablas (primer conato legislativo) hasta muy avanzado el imperio el número de leyes era escaso; el protagonista de la vida moderna era el pretor y no el legislador (Bulygin 1991, 409).

<sup>259</sup> El trabajo de Bulygin “Teoría y Técnica de Legislación” ha sido publicado en 1991 en el libro *Análisis Lógico y Derecho* pero se trata de una reproducción de la publicación realizada en la revista *La Ley* (46) 1981.

que los mercados libres y desregulados eran los que llevarían al crecimiento económico y a la solución de todos los problemas de desarrollo de América Latina (ver Capítulo I). Por cierto, no es este el problema que me ocupa en esta sección del trabajo, ni la visión del desarrollo que comparto; sin embargo, resulta innegable que de alguna manera la hipertrofia normativa puede interferir con la eficacia, la efectividad de las normas y la eficiencia del sistema jurídico en general. Como señala Oliver-Lalana:

...cuantas más normas contiene un sistema jurídico, mayor es el riesgo de que los afectados por ellas las desconozcan o las incumplan, de que colidan unas con otras y generen dificultades de interpretación, y también más difícil y costoso resulta fiscalizar su cumplimiento (Oliver-Lalana 2008, 540)

A las razones brindadas por Oliver-Lalana se pueden agregar algunas otras vinculadas con la eficiencia: cuanto mayor sea el número de leyes vigentes mayor será el costo administrativo de implementarlas, controlar su cumplimiento y eventualmente de hacerlas cumplir por medios litigiosos<sup>260</sup>. Se han elaborado diferentes propuestas para evitar la inflación normativa que se conocen en general como programas de “simplificación normativa”. Estos habitualmente incluyen tres pilares: la *desregulación*, es decir reducir el número de normas vigentes; la *consolidación*, reunir las normas que se encuentran dispersas en publicaciones conjuntas sobre un mismo tema (también llamada codificación informal) (Sánchez Hernández 2009, 91), lo que lograría identificar posibles antinomias, redundancias y lagunas, y al mismo tiempo, hacer más transparente y accesible la regulación; y finalmente la *racionalización*, que implicaría reemplazar normas muy específicas que regulan diversas áreas por otras de carácter más general (ver por todo Better Regulation Task Force (BRTF) 2005, 32).

Hay países que han implementado políticas concretas destinadas a la reducción de la hipertrofia normativa, como la radical medida holandesa que exige, en el ámbito de la regulación de la actividad comercial, que por cada norma sancionada se derogue alguna otra (*one in-one out*) (ver sobre el antecedente holandés Better Regulation Task Force (BRTF) 2005). Una medida intermedia y más razonable podría ser la de establecer *una exigencia argumentativa* justificatoria de la *necesidad* de la norma. De este modo, el edictor (sea el Poder Legislativo u otra autoridad) debería poder argumentar sobre la necesidad de que la política pública se vehiculice mediante una nueva ley, y descartar razonadamente que las normas existentes conduzcan al objetivo

---

<sup>260</sup> El organismo *Better Regulation Task Force* (BRTF) del Reino Unido calculaba en un informe de 2005 que ese país, reduciendo el número de normas vigentes y promoviendo un proceso de simplificación legislativa en el área del derecho de los negocios, podría incrementar su PNB en un 1% anual (Better Regulation Task Force (BRTF) 2005, 3).

propuesto y/o que la mejora en la aplicación de la normativa existente no permita alcanzar esos mismos objetivos de política pública (Informe Mandelkern 2001, Sánchez Graells 2009, 47).

Del mismo modo, para evitar problemas de hipertrofia normativa, podría exigirse al legislador la revisión periódica de la legislación existente y la derogación o modificación de las normas obsoletas.

**(b) Problemas de coordinación en sistemas jurídicos compuestos:** hoy en día casi todos los sistemas jurídicos se componen de diversos subsistemas que deben ser coordinados (municipales, autonómicos, provinciales, supranacionales, etc.). La falta de integración o coordinación entre los diversos subsistemas jurídicos puede presentar los mismos defectos lógicos que se detectan respecto de un sistema jurídico único: problemas de antinomias y redundancias, pero también lagunas, especialmente axiológicas. Como explica Oliver-Lalana, en los sistemas jurídicos complejos, la racionalidad sistemática cobra una valencia adicional, relativa a la distribución de competencias, que también puede condicionar la eficacia de aplicación y, sobre todo, la efectividad (Oliver-Lalana 2008, 540). Las duplicaciones de obligaciones para los administrados (aunque no se trate estrictamente de redundancias) son especialmente habituales y además de ser claramente ineficientes pueden promover la ineficacia o la ineffectividad de las normas en alguno o en ambos subsistemas (ver Ferrer y Fernández Blanco 2015, 268).

**(c) Problemas de accesibilidad formal, ordenamiento y digresiones del sistema jurídico:** se trata de problemas diferentes pero que se vinculan de algún modo, y todos tienen la consecuencia de hacer menos accesibles los textos legislativos y por lo tanto, obstaculizan su eficacia, efectividad y pueden resultar en una pérdida de eficiencia.

*Problemas de accesibilidad formal:* me referiré aquí a la accesibilidad formal ya que la accesibilidad material (poder comprender las normas) es principalmente un problema que se ha tratado en Nr1 y que se tratará también en otros tramos de este capítulo. Me refiero con “accesibilidad formal” a la posibilidad de conocer el contenido de los textos normativos mediante algún tipo de búsqueda activa pero sencilla (la información que llega al sujeto normativo de forma espontánea, es decir, sin que éste promueva una búsqueda integraría la racionalidad comunicativa ya revisada en Nr1). Se trata, según entiendo, de un estamento superior al que exige el estado de derecho que requiere meramente que las leyes sean públicas, es decir, que no sean secretas. La exigencia

de leyes públicas se cumpliría, por ejemplo, con la publicación de las normas en un Boletín Oficial o similar. Sin embargo, con ello no se resuelven los problemas de accesibilidad formal cuya solución contribuiría a la racionalidad jurídico-formal, ésta requiere la posibilidad de acceso a la información por medios más amplios (compendios de normas, publicación en internet, publicación en boletines especiales dirigidos a los destinatarios de las normas, campañas publicitarias cuando sea necesario, etc.). La cognoscibilidad formal también se ve comprometida por razones indirectas como son los casos que se tratan a continuación.

*Problemas de Ordenamiento:* un fenómeno que acompaña a la inflación normativa es el de la dispersión de las normas en leyes individuales. Es la situación opuesta a la codificación, en donde una sola ley –posiblemente modificada a lo largo del tiempo–, recoge centenares de normas. Los Códigos, por otra parte, contrariamente a lo que sucede con la dispersión de leyes, están ordenados con algún sentido, suelen tener un índice temático y una lógica que reduce las oportunidades de antinomias, redundancias y lagunas. Por este motivo, los programas que promueven la *simplificación legislativa* tienen entre sus objetivos el de aumentar el grado de codificación, la refundición (que implica la codificación pero adicionando una modificación a la legislación) (Sánchez Hernández 2009, 90) y la consolidación (ver apartado anterior). Lógicamente, los problemas de dispersión y desorden del sistema jurídico aumentan las posibilidades de antinomias, lagunas y redundancias pero también obstaculizan la accesibilidad formal de los sujetos a las normas<sup>261</sup>.

---

<sup>261</sup> Un emprendedor que quisiese instalar en Argentina un servicio que ofreciera safaris para la caza de animales, o un veterinario que quisiera especializarse en animales silvestres deberían lidiar con las siguientes normas dispersas en leyes, decretos y resoluciones individuales (todas se encuentran vigentes. He eliminado algunas por resultar intrascendentes para el ejemplo): Ley 20961 (1975) Prohibición de la caza del ñandú y del guanaco; Ley 22344 (1980) se aprueba la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre; Ley 22421 (1981) Ley de Protección y conservación de la fauna silvestre; Ley 23094 (1988) Convenio para la conservación y manejo de la vicuña; Ley 23918 (1991) Convención sobre conservación de las especies migratorias de animales silvestres; Ley 24702 (1996) Establecimiento de Diversas Especies como Monumentos Naturales; Ley 25052 (1998) Prohibición de cazar orcas en territorio nacional; Ley 25463 (2001) Declárese monumento natural a la Panthera onca conocida como yaguareté, yaguar, tigre overo y onca pintada; Ley 25577 (2002) Prohíbese la caza de cetáceos en todo el territorio nacional, comprendiendo este el mar territorial, la zona económica exclusiva y sus aguas interiores. A estas leyes nacionales hay que sumar los Decretos Reglamentarios y otros Decretos del Poder Ejecutivo Nacional tales como el 691/81 de Reglamentación de la Ley de Protección a la Fauna Silvestre; el 522/97 sobre especies amenazadas de fauna y flora silvestre; el 666/97 Decreto reglamentario sobre conservación de la fauna silvestre; el 1347/97 sobre la Autoridad de aplicación de la Ley sobre Diversidad Biológica. Y como si ello fuera poco hay que sumar más de cincuenta resoluciones de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible (el nombre de la Secretaría ha cambiado a lo largo del tiempo) y finalmente una cantidad de normas de carácter provincial que también regulan la cuestión.

*Problemas de digresiones:* hay dos casos que reflejan los problemas de digresiones de las leyes de un modo muy claro: las leyes “ómnibus” o las leyes que se refieren a varias temáticas, y las leyes cuyos títulos no se corresponden con su contenido<sup>262</sup>. El problema no opera sólo con relación a la cognoscibilidad o accesibilidad formal de las normas, sino también, como se verá, a la posibilidad de aumento de las antinomias y a la posible sustracción a la discusión parlamentaria de normas que se “cuelan” en leyes destinadas a regular otras áreas. La cuestión ha sido incluso considerada en dos constituciones de América Latina: la Constitución de Colombia dispone en el art. 158 que “todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella...”. El art. 169 de esa misma Constitución prescribe que “el título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido”. Por su parte, el art. 136 de la Constitución de Ecuador establece una norma similar a las ya referidas de Colombia y dispone que “Los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían . Si el proyecto no reúne estos requisitos no se tramitará”.

La Corte Constitucional de Colombia ha tenido diversas oportunidades para interpretar y aplicar las normas antes referidas. Tres ideas de su jurisprudencia parecen relevantes; las dos primeras se vinculan propiamente con la racionalidad jurídico-formal y con la vinculación de ésta con la racionalidad pragmática (Nr3), es decir, con la eficacia. Explica, en este sentido, la Corte Constitucional colombiana que:

...las diferentes disposiciones contenidas en el cuerpo de una ley deben guardar coherencia y resultar de cierta manera relacionadas entre sí, de tal modo que quienes estén llamados a cumplirlas puedan consultarlas acudiendo a su clasificación por el tema al que se refieren, bajo el entendido de que normas aisladas no se encontrarán recogidas dentro de leyes que regulan otros tópicos ajenos a su contenido particular (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 290/00, Parte VI, 4).

En una resolución posterior el tribunal colombiano agregó adicionalmente que:

...es el de un control de tecnificación del proceso legislativo, dirigido a evitar las incongruencias normativas...(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 214/01, Parte III, 3.3.)

---

<sup>262</sup> Ambas cuestiones han sido incluidas como factores para valorar la seguridad jurídica en el Proyecto de Indicadores sobre Seguridad Jurídica en Iberoamérica (Ferrer y Fernández Blanco 2015).

El tercer grupo de argumentos se vincula con la posible sustracción al control y al debate de los legisladores de ciertas normas:

El propósito buscado [...] es garantizar que el debate democrático se desenvuelva con transparencia y legitimidad, para que la deliberación y aprobación de las leyes se concentre en materias previamente definidas, conocidas y discutidas dentro de cada una de las Comisiones y Plenarias de las Cámaras Legislativas, y se impide así que se introduzcan en los proyectos o leyes asuntos totalmente contrarios o extraños a los allí tratados o a su finalidad.

Entre las ideas que presentaré, la sustracción de las normas a la deliberación se vincula también, aunque indirectamente, con la eficacia ya que, como se verá más adelante, la deliberación es un elemento que puede influir en la eficacia de las normas por razones epistémicas.

#### 6. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN Y RACIONALIDAD PRAGMÁTICA (EFICACIA) (NR3).

Este nivel de racionalidad, que se asocia al concepto de eficacia que se ha utilizado en este trabajo, es, junto con el siguiente (racionalidad teleológica, Nr4), el que resulta de mayor interés. Por ello propondré aquí un recorrido más extenso que se estructurará del siguiente modo: (a) Diferencias y acuerdos con la propuesta de Atienza en Nr3; (b) algunas ideas sobre la posible (si es posible) contribución a la eficacia normativa; (c) la necesidad de generar una comprensión profunda de las normas.

De acuerdo con Atienza la racionalidad pragmática consiste (en una primera versión, que se transcribe de modo completo) en “la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley” (Atienza 1997, 36). En esta versión, que luego el autor desecha generando una crítica que expondré en el acápite siguiente (punto a.ii), la racionalidad pragmática tal como la presenta Atienza coincide básicamente con mi preocupación sobre la eficacia de las normas, ya que ésta, en términos generales, se presenta cuando una norma prescriptiva es cumplida por la mayoría de los destinatarios en la mayoría de las oportunidades.

En el Capítulo II (primera parte) se abordó la problemática de si se puede predicar eficacia acerca de normas que establecen permisos, potestades, facultades (que he identificado, siguiendo a Shapiro, genéricamente como “anti-directivas (Shapiro 2011, 146)). Se aceptó la idea de la imposibilidad de predicar eficacia respecto de ellas pero se propuso que es posible, no obstante, tomar en consideración el “uso” de una u otra alternativa. En términos muy sencillos: si del universo de las parejas convivientes en



1960 un 85% estaba casada y en el año 2017 sólo un 45% lo está, el “uso” de la potestad de contraer matrimonio ha disminuido. Debe tenerse en consideración que en muchas medidas de desarrollo la opción de “uso” o “no uso” por la que se decanten las personas puede no ser indiferente para el edictor. Por ejemplo, podría no ser indiferente para el edictor que las personas que cumplen con las condiciones para ser beneficiarios de un plan de transferencias condicionadas opten por no inscribirse en el programa y seguir recibiendo ayuda de una parroquia o de otra entidad benéfica. Ello pues, el propósito perseguido por el legislador no es únicamente la satisfacción de las necesidades de alimentos o vestimenta sino la escolarización, el seguimiento de los programas de vacunación, el control médico de las mujeres embarazadas, etc. Así, aun cuando no se pueda hablar propiamente de eficacia de las normas anti-directivas, es todavía posible introducir su análisis en el marco de la racionalidad pragmática para evaluar si efectivamente se hace “uso” de las opciones preferidas por el legislador (en cuyo caso la norma anti-directiva sería exitosa).

### **6.1. Diferencias y acuerdos con la propuesta de Atienza en Nr3.**

(a.i) La primera impresión que produce la lectura de este nivel de racionalidad en Atienza es de algún modo de desorientación o falta de ideas por parte del autor. De acuerdo a lo que entiendo y definiendo este nivel de racionalidad es un aspecto crítico de la cuestión legislativa. De hecho la existencia de Nr1 y Nr2 no tendría mayor sentido si no fuese con relación a Nr3, Nr4. Es decir, Nr1 y Nr2 son instrumentales a Nr3, Nr4: ¿para qué se exige que las leyes sean claras, precisas o que sean accesibles?, ¿cuál es la razón de ser en el marco de argumentaciones sobre racionalidad legislativa del ideal de sistema jurídico con menor cantidad de antinomias, lagunas o digresiones?<sup>263</sup>. La única respuesta plausible a estas cuestiones es que se exige racionalidad en Nr1 y Nr2 para que (a) las personas guíen sus conductas de acuerdo a lo que las normas establecen (Nr3), (b) y ello se requiere porque hay ciertos objetivos sociales o económicos que se quieren obtener como resultados de esas conductas (Nr4). Por la relevancia esencial de Nr3 es que llama la atención, en el esquema de Atienza, la escasez de propuestas y consideraciones.

---

<sup>263</sup> Es posible que estas cuestiones tengan en el marco de la argumentación sobre interpretación del derecho otras razones de ser. Sin embargo, en un estudio sobre racionalidad legislativa no veo demasiadas oportunidades para no considerar a Nr1 y Nr2 como instrumentales a Nr3, Nr4 y eventualmente a Nr5.

Sin embargo, hay que aclarar, que no ha sido este autor el único que ha eludido la tarea de buscar alternativas para formular normas más eficaces (ya hemos visto, por ejemplo, la omisión en la mayoría de los casos de una mirada más seria hacia el problema de la eficacia en los autores que se han dedicado al estudio del estado de derecho y la total despreocupación por la cuestión de quienes entienden que las instituciones son esenciales para el desarrollo).

(a.ii) Hay en la concepción de la racionalidad pragmática de Atienza una diferencia esencial con el concepto de eficacia que he sostenido a lo largo de este trabajo. Como adelanté unos párrafos antes, el autor matiza a lo largo de su trabajo la afirmación de que la racionalidad pragmática es la adecuación de las conductas a lo prescrito por la norma y finalmente modifica esencialmente esa definición proponiendo que la racionalidad se da cuando existe una adecuación entre el comportamiento de los destinatarios y “los deseos o intenciones (como quiera que haya que interpretarlos) del edictor” (Atienza 1997, 44).

En mi propuesta, la eficacia (y su correspondiente faceta en el modelo de racionalidad legislativa, es decir, la racionalidad pragmática (Nr3)) se presenta, como ya se adelantó, cuando una norma prescriptiva es conocida y cumplida por la mayoría de los destinatarios en la mayoría de las oportunidades. Asimismo, los deseos o intenciones del edictor (que prefiero llamar “resultados esperados” (R1) para desprenderlo, aunque sea mínimamente, de la difícil cuestión de indagar en la voluntad del edictor) aparecen con más claridad en el momento de evaluar la efectividad de la norma (Nr4). En la instancia de la racionalidad pragmática (Nr3) y *en el contexto de la racionalidad legislativa* la voluntad o la intención del legislador no juegan un papel relevante. En principio, no nos interesan en esta instancia las razones subyacentes que llevaron al legislador a sancionar esa norma y por ello tampoco interesa demasiado cuál es su intención. La eficacia se puede “medir” por la adecuación de las conductas a lo que ordena la norma más allá (en principio) de cuál sea es la voluntad del legislador<sup>264</sup>. Así lo que interesa es saber simplemente si las conductas se adecúan a estas prescripciones o permisos: “está prohibido circular en bicicleta sin luces”; “...a partir del día 1 de enero se podrá circular en bicicleta tanto por las aceras como por las calzadas”; o, “es obligatorio el uso de casco para circular en bicicleta”; sin que sea conveniente, en esta instancia (no así en Nr4), preguntarnos por qué el legislador obliga

---

<sup>264</sup> Sostengo que la intención del legislador es *en principio* irrelevante porque excepto que la interpretación sobre cuál es la conducta que la norma ordena, prohíbe o autoriza sea muy conflictiva, la “intención del legislador” como mecanismo para interpretar la norma no será la primera opción ni de los ciudadanos ni de los jueces.

a circular con luces aún durante el día o cuál es la razón subyacente a la permisión de circulación por calzadas y aceras.

La probable razón de que Atienza considere de manera diferente a la racionalidad pragmática es que en su trabajo aparece reiteradamente y con un lugar demasiado central a mi entender, el fenómeno de la posible sanción de leyes para que no sean cumplidas.

Los casos en que se dictan leyes para no ser cumplidas son relativamente frecuentes y están conectados con el uso simbólico del Derecho. Ahora bien, lo que es irracional aquí no es el uso simbólico del derecho (que pudiera serlo en el nivel R5), sino un uso frustrado del mismo (Atienza 1997, 44).

De acuerdo al párrafo anterior se puede sostener que frente a una norma que indique “Es obligatorio X” si el deseo del legislador es  $\neg X$  y los sujetos realizan X se da un caso de irracionalidad pragmática aun cuando la norma es eficaz (de acuerdo con Atienza es irracional porque fracasa el uso simbólico del derecho); del mismo modo, le permite sostener al autor que *hay* racionalidad pragmática cuando frente a la misma situación los sujetos no realizan X, dado que la voluntad o el deseo del legislador es que no se realice X.

Realizaré algunas consideraciones sobre esta perspectiva del autor alicantino. Algunas de ellas serán de carácter pragmático y otras serán críticas desde el plano teórico:

- Desde una perspectiva fáctica considero, a diferencia de Atienza, que esta situación no es frecuente sino marginal en la práctica. Es posible que alguna legislación tenga o haya tenido las características que propone el autor pero no creo que sea una situación tan frecuente como para incluirla en el análisis con el lugar con que se lo ha hecho y derivar de su existencia el 50% de las situaciones que el autor identifica en el gráfico que se acompaña como Anexo 2.

- Uno de los problemas que encuentro es la radicalidad con que está formulado el supuesto: “leyes que se dictan para no ser cumplidas”. Se ha explicado a este modo de entender a la legislación simbólica como el caso en que una ley resulta inefectiva pero sirve a otros objetivos sociales y políticos diferentes del que ha sido proclamado oficialmente (van Klink 2016, 19). También se ha señalado que es posible identificar tres objetivos perseguidos al dictar este tipo de legislación: primero, la confirmación del sistema de valores defendido por un grupo en particular; segundo, la demostración o la simulación de poder por parte del gobierno y tercero, la resolución de un conflicto social

entre dos o más grupos o partidos políticos (van Klink 2016, 23). Incluso se ha defendido que la legislación simbólica puede afectar la realidad social aunque de un modo diferente a como lo hace la legislación ordinaria o instrumental. Así, puede servir a objetivos de pacificación de grupos antagónicos, la simulación de poder en situaciones de emergencia o la (re)distribución de status en la sociedad (van Klink 2016, 24). De estos tres objetivos y sus consecuencias no se deduce como necesaria la consecuencia radical propuesta por Atienza de que el legislador *desee* el incumplimiento de la norma que ha dictado. Por el contrario, ninguno de los anteriores casos presume *per se* esa situación de deseo del legislador aunque es posible prever que esas normas tendrán un sentido simbólico más grande que el de su verdadera eficacia. Pero, si se diera el caso de que resultaran eficaces o un juez ordenara su aplicación entiendo que difícilmente podríamos sostener que resultarían irracionales en el nivel de racionalidad pragmática. Incluso es posible pensar la posibilidad de que el legislador esté convencido de que la norma no resultará eficaz (por ejemplo, si se sancionara una norma que prohíbe circular por las autovías a más de 90 kilómetros por hora); es posible que el legislador sea escéptico sobre la posibilidad de que esta norma vaya a ser eficaz (por lo menos en el corto plazo) pero ello no implica que el edictor *desee o tenga intenciones* de que no se cumpla, mucho menos que resulte irracional en el nivel de Nr3 si la norma finalmente resulta eficaz. Lo mismo ocurre en los casos identificados por van Klink o de las normas dictadas por compromiso, por demagogia o por presiones internacionales.

- La última cuestión práctica que señalaré es la siguiente: ¿cómo nos será posible conocer que la intención o deseo del legislador es que la norma se incumpla? Es obvio que esta aclaración sobre su verdadera voluntad no aparecerá explícitamente en ningún sitio. Podría, sin embargo, inferirse la voluntad del legislador por la presencia de malas técnicas legislativas que hicieran que la norma fuese imprecisa, poco clara o incompleta, por ejemplo. No obstante, en este caso ¿cómo distinguir si se trata de una irracionalidad en Nr1 o Nr2 o si se trata del deseo del legislador de sancionar una norma para no ser cumplida?

Regresaré ahora a un análisis teórico de la propuesta de Atienza y la confrontaré con algunos de los puntos de partida de este capítulo (ver al inicio del capítulo “puntos de partida para la lectura de este capítulo”).

- La radicalidad con que está formulado el supuesto del uso simbólico del derecho por Atienza (“leyes que se dictan para no ser cumplidas”) sólo puede ser concebible como racional en un universo en el cual resulta aceptable que el legislador tenga una

“agenda oculta”. Así, la sanción de leyes con el objetivo (deseo o intención) de que éstas no sean cumplidas pretende que las conductas sean guiadas de un modo que, por lo menos, no es transparente: se pretende guiar la conducta no a través de lo que manda o prohíbe la norma sino a través de algún mecanismo que no nos es transmitido ni parece posible que podamos conocer. Es cierto que la “agenda oculta” podría ser, para Atienza, una irracionalidad en el nivel Nr5 (racionalidad ética) y no pragmática; sin embargo, también podría ocurrir que el contenido de esa agenda oculta sea de lo más loable y por lo tanto racional en Nr5 para este autor (todo ello, claro está, si alguna vez podemos conocer cuál es el contenido de esa agenda oculta). Por estos motivos creo que el problema no debe ser postergado al nivel de racionalidad ética; por un lado, porque muy probablemente no podremos conocer la agenda y por lo tanto no podremos saber si son fines loables o no; y porque, aun en casos de “agendas ocultas” éticamente aceptables encuentro razones poderosas para entender que no puede entenderse que haya racionalidad en Nr3 en estos casos. Esto es especialmente así si se pretende construir un modelo de legislación racional sustentado en los requisitos básicos del estado de derecho.

- En efecto, aceptar como racional que el legislador dicte una norma para que no sea cumplida me resulta muy difícil de compatibilizar con las exigencias más elementales del estado de derecho: ¿cómo se compatibiliza esa situación con el mandato más elemental del estado de derecho, esto es, que los ciudadanos y autoridades actúen dentro del marco de lo que las normas disponen?; ¿para qué exigiremos a los legisladores normas claras, fácticamente realizables y comprensibles si de todos modos el legislador no quiere que la norma se cumpla y ello es “racional”?; ¿cómo compatibilizar esta situación con la potencial aplicación de la ley por un órgano independiente, imparcial y obligado a aplicar estrictamente la ley? (¿acaso a ese órgano debiera resultarle relevante lo que el legislador desee?).

- Finalmente parece difícil de encajar la propuesta de la racionalidad pragmática respecto de las normas que se dictan para no ser cumplidas con otro de los puntos de partida de este trabajo: la idea de que las personas son “agentes autónomos, racionales e inteligentes” con relación al ordenamiento jurídico (Postema 2012, 86, 89 y 91). Si esta idea sobre la racionalidad, inteligencia y autonomía de las personas es aceptada, es difícil admitir la posibilidad de que se entienda racional la manipulación del comportamiento a través de acciones que se indican como obligatorias o prohibidas pero cuyo cumplimiento/incumplimiento no es deseado por el edictor. Se trata de

supuestos en donde, para que haya racionalidad pragmática, se debería privar a los sujetos de sus atributos de racionalidad y autonomía.

Esta diferencia esencial con Atienza me impide utilizar el esquema gráfico que aquí se acompaña como Anexo 2 y que el autor ha incluido en su trabajo (Atienza 1997) y que ha sido reproducido y utilizado por otros autores (Oliver-Lalana 2008), y me llevará también a promover otras críticas asociadas al modo en que se interrelacionan los diferentes niveles de racionalidad.

Como he adelantado en el Capítulo II, veo posible que el edictor tenga entre sus propósitos (evaluables en Nr4, nivel de la efectividad) uno simbólico o de un uso expresivo del derecho, pero este uso del derecho no se confunde con una “agenda oculta” por parte del legislador. Por ejemplo, las leyes sobre matrimonio entre personas del mismo sexo no sólo han permitido que las parejas homosexuales hagan uso de un derecho o una potestad, sino que además han tenido un efecto simbólico en las sociedades en donde han sido aprobadas, dando a este tipo de relaciones afectivas una visibilidad y una legitimidad que antes se mantenía más oculta. Las actitudes hacia las relaciones entre personas del mismo sexo han cambiado y posiblemente sea gracias – al menos parcialmente—al efecto simbólico de las leyes que les otorgan los mismos derechos y obligaciones que a las parejas heterosexuales. También considero posible y frecuente que los resultados simbólicos no sean buscados ni esperados por los edictores y se manifiesten como “efectos” de las normas (para que los “efectos” sean apreciables, también será necesario, en general, algún grado de eficacia de las normas).

Finalmente en los últimos años se ha identificado un nuevo tipo de legislación simbólica que no se vincula con el modelo que trae a colación Atienza ni con los resultados expresivos o simbólicos que pueden ser buscados activamente por el legislador o ser los *efectos* de la sanción de una norma. Se trata de un modelo de legislación simbólica “positiva” (para distinguirla del modelo antes criticado) (van Klink 2016, 24). La diferencia esencial con el modelo tradicional de legislación es que la legislatura ya no emitirá comandos respaldados por sanciones severas sino normas abiertas y aspiracionales que pretenden modificar los comportamientos no ya mediante amenazas sino indirectamente mediante el debate y la interacción social (Poort et al. 2016, 2)

Una ley puede ser denominada simbólica en el sentido positivo del término si ella ha adquirido un sentido extraordinario dentro de la comunidad jurídica y

política. La ley no es meramente un conjunto de reglas, sino también un símbolo de algo más elevado, más valioso (van Klink 2016, 24)

Algunas normas identificadas al inicio de este capítulo (las normas aspiracionales y de resultados) pueden identificarse con este modelo de legislación<sup>265</sup>.

(a.iii) Del escaso análisis que concede Atienza a este nivel de racionalidad rescato un aporte que creo significativo: la distinción entre fracasos por factores subjetivos y objetivos. Así, los fracasos subjetivos obedecerían a la “falta de motivación de los destinatarios (por ejemplo, por falta de sanciones adecuadas)” (Atienza 1997, 37), mientras que los fracasos por factores objetivos resultan de la falta de previsión de cuestiones objetivas para que la norma pueda ser eficaz (tales como falta de cobertura financiera o administrativa, deficiente infraestructura, etc.).

Respecto de los factores subjetivos que podrían llevar al fracaso de la racionalidad pragmática es poco más lo que aporta Atienza al análisis. Según explica el autor:

...es posible que la ley (los comportamientos prescritos en la ley) no se haya cumplido por falta de motivación subjetiva de los destinatarios. El remedio sería, en tal caso, el establecer sanciones (positivas y negativas) adecuadas... (Atienza 1997, 45).

Luego el texto continúa tratando el tema en unas pocas líneas adicionales en donde el autor destaca las ventajas de las sanciones positivas con relación a las normas más características del Estado social (Atienza 1997, 45), y con ello se termina el análisis de la cuestión.

La crítica con que se inicia esta sección es especialmente visible en esta parte del trabajo de Atienza: ¿es razonable limitar el análisis del fracaso de las normas jurídicas por factores subjetivos a una cuestión de inadecuación de las sanciones? Creo que el camino que deja sin explorar el autor es muy amplio y la sensación es que, como en otros autores, esta omisión no puede deberse a un descuido o a una sincera creencia de que son sólo las sanciones inadecuadas las que generan la ineficacia de la ley. ¿Hay tal vez un escepticismo en la posibilidad de resolver la cuestión de la ineficacia cuando ésta se produce por factores subjetivos? Es posible. A intentar erradicar parte de ese escepticismo se destinará la próxima etapa de este capítulo.

---

<sup>265</sup> Este modelo de legislación simbólica es complejo y discutible aunque puede ser sumamente valioso para modificar normas sociales. No me detendré en los debates generados a su alrededor aunque creo que resultan muy valiosos. Si bien se trata de un modelo legislativo surgido en Holanda algunos trabajos que contribuyen al debate han sido promovidos desde la academia española (ver, por ejemplo, Oliver-Lalana 2011, 179 y ss.).

## **6.2. Algunas ideas sobre la posible (si es posible) contribución a la mejora de la eficacia normativa desde la argumentación y la racionalidad legislativa.**

Como ya se ha dicho es posible advertir un escepticismo generalizado respecto de la posibilidad de diseñar y producir leyes que sean más eficaces. Este escepticismo no es inmotivado: es muy difícil prever las reacciones de las personas ante una nueva norma o prever los efectos de las leyes o las conductas alternativas a la conducta exigida por la norma que pueden generarse y/o instalarse a modo de hábito colectivo o incluso de norma informal o norma social. Es decir, siguiendo la distinción propuesta por Atienza, es más probable (y menos reprochable) que se produzca el fracaso por razones subjetivas que por razones objetivas. En definitiva, la sombra del legislador aprendiz de brujo de la que hablaba Albert Calsamiglia (1993, 168) es imposible de erradicar. Como ese mismo autor sostenía:

La cuestión es compleja porque las consecuencias no intencionales de las acciones son impredecibles. Las modernas corrientes de la elección racional han puesto de manifiesto que los efectos de nuestras decisiones no se corresponden necesariamente con nuestras intenciones y que en muchas ocasiones traicionan los valores y las metas que sostenemos...Ahora bien si siguiéramos fielmente la tesis de la irracionalidad de las consecuencias, parece que deberíamos renunciar a cualquier tipo de previsión. Es, sin embargo, indudable que el plantearse cómo van a reaccionar los ciudadanos, o el presuponer que los hombres actúan por razones supone un avance. La vieja idea de que la voluntad del legislador puede cambiar el mundo está en crisis. En el otro extremo se encuentra la idea de la imprevisibilidad, tesis que es parcialmente verdadera pero que no vacía de sentido al intento de preguntarse por la reacción de los ciudadanos (Calsamiglia 1993, 171).

El optimismo moderado que comparto con Calsamiglia me lleva a compartir también su reflexión sobre que efectivamente vale la pena intentar una aproximación racional a la legislación en el área de la eficacia normativa:

Dejando bien claro que en muchas ocasiones las consecuencias que producen las decisiones son involuntarias –ni queridas ni previstas– y, poniendo de manifiesto el dilema que en el mundo de la responsabilidad se produce –se es responsable por lo que se quiere o por lo que se hace– tampoco cabe pasar de ahí al anarquismo legislativo, que podríamos enunciar del modo siguiente. Ya que es posible que las consecuencias difieran de los propósitos es igual como legislemos, puesto que no podremos controlar todos los resultados. Por tanto todo vale. (Calsamiglia 1993, 168).



Más allá del sinsentido de aceptar el anarquismo legislativo y/o sumirnos en el escepticismo absoluto, creo que actualmente hay herramientas teóricas y prácticas que pueden ser útiles para que el optimismo sea todavía un poco mayor. En primer lugar, considero que en cualquier aproximación a un modelo de legislación racional ya no resulta razonable mantener la creencia de que las normas tendrán perspectivas de eficacia por el solo hecho de haber sido dictadas por una autoridad pública legítima y por el hecho de que el Estado tenga capacidad de hacerlas valer por la fuerza. Del mismo modo, los requisitos formales del estado de derecho (publicidad, generalidad, no retroactividad, etc.) deben ser entendidos como condiciones necesarias pero no suficientes para la eficacia. Pareciera que el camino a recorrer pasa por deshacernos de la ficción reinante acerca de la desvinculación entre los espacios de lo formal y lo informal. La falta de racionalidad en Nr3 (en el sentido que la entiendo aquí, es decir, como ausencia de eficacia) es principalmente ocasionada por la tensión entre diversos subgrupos normativos presentes en las sociedades (Pistor, Haldar y Amrit 2009). El aporte que el Neo Institucionalismo ha realizado al debate institucional es, en este aspecto, difícil de rechazar: las instituciones formales nacen y existen de una manera no aislada del mundo de las instituciones informales (y lo mismo ocurre a la inversa) y entre instituciones formales, informales y condiciones de aplicación de ambas existe un proceso de permanente interacción.

i) Algunas de las herramientas teóricas que permitirían vincular los mundos formales e informales han sido tratadas a lo largo de esta tesis y las enunciaré brevemente relacionándolas ahora con la actividad legislativa en el nivel Nr3:

a) Si bien continúa siendo cierto que los legisladores no pueden controlar las reacciones de las personas con relación a una nueva norma lo que sí deben tomar en consideración en su razonamiento es que las normas formales pueden ser sancionadas (i) para neutralizar o erradicar una institución informal que se considera disfuncional o disvaliosa; (ii) para reforzar una institución informal que se considera valiosa; (iii) para neutralizar o erradicar una práctica o hábito colectivo (que no llega a ser una institución informal) que se considera disfuncional o disvalioso; (iv) para fortalecer una práctica o hábito colectivo que se considera valioso; o para (v) regular un ámbito, actividad o solucionar un problema que no está vinculado con la presencia previa de instituciones informales o hábitos colectivos y finalmente para (vi) prevenir una situación disvaliosa que aún no ha ocurrido pero que se puede predecir con cierto grado de razonabilidad que se producirá inmediata o mediatamente. Esta previsión de situaciones futuras puede sustentarse en la presencia de instituciones informales u otras prácticas sociales,

o en factores objetivos que no se vinculan con ellas (como por ejemplo, la previsión de que debido al cambio climático se prevén en el futuro mayores lluvias y es necesario construir mecanismos de prevención de las inundaciones).

En los casos (i),(ii),(iii), (iv) y cuando así lo amerite el caso (vi), el legislador debería intentar conocer con la mayor precisión posible cuáles son y cómo funcionan las instituciones informales preexistentes. Entre otras cosas, el legislador debería intentar determinar y argumentar sobre lo siguiente: si se trata de normas informales o normas sociales; cuál es la razón de ser de esa norma (por ejemplo, no será la misma solución si la institución informal tiene origen en un tema económico, religioso, una creencia fáctica o puramente social)<sup>266</sup>; cuáles son las sanciones más habituales frente a su incumplimiento; qué grupo se ve beneficiado por la existencia de la institución informal y qué se puede hacer para compensar la futura pérdida de beneficios; qué grupo de sujetos destinatarios de la norma (o no) puede intentar resistir el cumplimiento de la norma formal y qué capacidad de organización tienen; qué grupo de sujetos destinatarios de la norma (o no) pueden promover el cumplimiento de la norma formal y qué capacidad de organización tienen<sup>267</sup>; qué capacidad de organización tienen los “demandantes” de la norma para promover su cumplimiento y evitar el triunfo de las instituciones informales preexistentes.

b) En similar sentido, los legisladores deberían poder anticipar y argumentar, aunque sea de manera imperfecta y/o imprecisa, qué instituciones informales inexistentes previamente podrían generarse a raíz de una nueva norma (lo que he llamado anteriormente instituciones informales endógenas a una norma formal). La posible anticipación de instituciones informales disfuncionales o disvaliosas debería ser resuelta, dentro de lo posible, también legislativamente.

c) Una última cuestión a tenerse en consideración y que se aleja un poco de los anteriores requisitos. Como señala con acierto Atienza hay una relación entre el incumplimiento de las normas o su fracaso por razones subjetivas y las sanciones e incentivos que se establezcan por su cumplimiento/incumplimiento. Por cierto esta relación si bien importante no es la única que debe considerarse relevante como ya se dijo. Más adelante, al tratar la vinculación entre eficacia y aplicación de las normas se

---

<sup>266</sup> Por ejemplo, en los países donde existe la problemática del fomento del casamiento de niñas pre-adolescentes las razones para esta institución informal pueden ser económicas ya que se trata generalmente de áreas donde el trabajo para las mujeres escasea y con el casamiento temprano hay un miembro menos de la familia para alimentar; religiosas pues con el casamiento prematuro se asegura la castidad hasta la llegada del matrimonio; puramente sociales pues de este modo se promueve una entrada temprana en la actividad de ama de casa de la mujer o se evitan los estigmas que recaen en ciertas áreas sobre las mujeres que contrajeron matrimonio luego de la pubertad (por todos estos casos ver Bicchieri 2017, 4-5).

<sup>267</sup> Ver Capítulo II especialmente cuadro 5 dentro del punto 17.2.

verá más en detalle esta cuestión. Por el momento vale la pena tener en consideración que los legisladores deberían analizar concienzudamente y justificar racionalmente la vinculación entre el incumplimiento y la sanción o el cumplimiento y el incentivo o premio. Esta relación debería ser suficientemente equilibrada como para que motive el cumplimiento por parte de los sujetos normativos y no desmotive el cumplimiento por parte de los jueces u otros aplicadores del derecho por considerar desproporcionada la sanción o el incentivo. Por otra parte, al analizar estas cuestiones el edictor debería tomar en consideración las estructuras con las que cuenta para poder hacer efectiva la sanción o el incentivo: aumentar las penas por evasión tributaria carece completamente de sentido si el Estado no cuenta con una estructura que le permita detectar esas infracciones. Las debilidades en el sistema de detección de las violaciones a las normas o en los sistemas de adjudicación o de imposición de sanciones afectan determinadamente incluso a una equilibrada relación entre incumplimientos y sanciones o cumplimientos e incentivos.

ii) El fracaso de la racionalidad pragmática por razones objetivas no despierta tanto escepticismo como el que se produce por razones subjetivas. Del mismo modo en que resulta indiscutible que el legislador no puede realizar juicios anticipativos precisos sobre la dimensión *subjetiva* de la racionalidad pragmática (aunque sí cuenta con herramientas para mejorar las perspectivas potenciales de eficacia), es también difícil rechazar la idea de que en la dimensión *objetiva* es exigible que cuente con toda la información necesaria para diseñar y aprobar leyes que no fracasen por ese motivo, y que no es descabellado, incluso, pensar en algún tipo de responsabilidad para el edictor por el fracaso en la racionalidad pragmática cuando obedece a razones objetivas. No veo motivos para privilegiar a la labor parlamentaria o administrativa respecto de otros cargos o responsabilidades públicas (indudablemente atribuiríamos responsabilidades a un juez si se desempeña mal por razones evitables).

iii) Llevar adelante las tareas enumeradas en (i) y (ii) anteriores requiere que el legislador o edictor cuente con *bases empíricas y jurídicas sólidas*. Las bases empíricas se requieren tanto para determinar las instituciones informales preexistentes como para, por ejemplo, identificar a los grupos que demandan o se beneficiarán de la nueva institución o a aquellos que deberán soportar los “costes” de esa nueva norma o conjunto de normas. Es cierto que contar con estas bases empíricas puede, en ocasiones, resultar costoso para los Estados pero ello no siempre es así y en ciertas oportunidades una investigación a través de entrevistas, visitas a los sitios geográficos donde impactará la ley, el estudio de lo ocurrido en otros países u otras regiones del

país ante leyes similares, etc. podrían ser herramientas útiles para conformar las bases empíricas necesarias para promover legislación con mayor perspectiva de eficacia.

Un cúmulo importante de información fáctica puede provenir de la evaluación de impacto de normas que ya están vigentes. Estos estudios de impacto pueden producir información importante sobre la eficacia, efectividad y eficiencia de normas y la detección de sus efectos (ver más adelante punto 11). El producto de estas evaluaciones permite conocer las posibles necesidades de modificaciones de la propia ley evaluada y también puede proveer información sobre el éxito o fracaso de normas similares previamente a la sanción de otra.

Al referirme a “bases jurídicas” tengo en mente dos cuestiones diferentes: por un lado, la información jurídica necesaria para que las normas no fracasen por razones objetivas (por ejemplo, que no se sancionen leyes cuyos costes de implementación no están contemplados en el presupuesto) o por razones vinculadas con la racionalidad jurídico-formal (es decir, no se sancionen leyes contradictorias, redundantes o se produzcan lagunas); por otro lado, estimo que tanto la racionalidad lingüística y comunicativa, como la racionalidad jurídico-formal y la que aquí nos ocupa, es decir, la racionalidad pragmática, requieren cierta formación jurídica. Esto no implica asumir que solamente las personas con formación jurídica pueden legislar pero sí que podría exigirse que abogados integraran obligatoriamente los equipos de asesores (cosa que habitualmente ocurre) y, sobre todo, que los legisladores recibieran, en todos los casos, una formación mínima previa a la asunción de su banca. Si se quieren promover mejoras en la racionalidad legislativa y a la vez se asume, como es lógico, que no puede exigirse que todos los legisladores sean juristas, no resulta irrazonable exigir una formación mínima a los legisladores. La vocación política no garantiza los conocimientos en cuestiones de técnica legislativa; del mismo modo en que se exige a los jueces una formación especial (el ser graduados de una facultad de derecho como mínimo, y en muchos casos, superar pruebas o formaciones), sería un interesante experimento social el formar de algún modo a los legisladores. Otra alternativa interesante podría ser la concentración y profesionalización de ciertas actividades legislativas en un órgano similar al *Office of Parliamentary Counsel* de Gran Bretaña pero adaptado a las necesidades del sistema continental. Finalmente, una idea que no es nueva pero que merece ser retomada (sobre esta idea ver Bulygin 1992, 411): las facultades de derecho deberían proveer una mejor formación en modelos de racionalidad legislativa desde una perspectiva jurídica tanto en la formación de grado como en las ofertas de posgrado.

Continuaré en los subtítulos siguientes con otras ideas sobre cómo sería posible mejorar las perspectivas de eficacia de las normas sociales desde una mejora de la racionalidad legislativa.

### **6.3. La necesidad de generar una comprensión profunda de las normas.**

En el Capítulo II al analizar los modelos de cambio institucional propuestos por algunos autores, consideré importantes dos ideas muy similares provenientes de los textos de Postema (2012) y Berkowitz, Pistor y Richards (de aquí en adelante BPR) (2003) y que aquí completaré con otras propuestas realizadas por Rodríguez Blanco (2014, 2018 próxima publicación). Se trata, en pocas palabras, de la idea de que las normas sean *inteligibles* para la población (Postema 2012) lo que implica la presencia de “ámbitos comunes de información”, es decir, cuando las proposiciones normativas juegan un papel activo en el razonamiento práctico sobre la base de patrones y ejemplos inteligibles y conocidos (Postema 2012, 97). Entiendo que la inteligibilidad de las normas, tal como lo presenta Postema, es un requisito más profundo y amplio que otros que se consideran exigencias del estado de derecho tales como la “claridad” (Hayek 1960 (1979), 152 y ss y Raz 1979 (1985), 268) o el ser “comprensibles” (Fuller 1960, 39)<sup>268</sup>.

En similar sentido BPR sostienen que las normas deben ser *significativas* para tener mejores perspectivas de eficacia, esto es, deben tener *sentido en el contexto en el cual se aplican* (Berkowitz, Pistor y Richards 2003, 167).

Estas ideas son, por cierto, más abstractas que las anteriores pero, a la vez, muy vinculadas a ellas y no creo que resulten de difícil traducción práctica. El requisito de inteligibilidad de las normas y la cualidad de resultar significativas pueden vincularse de algún modo con el razonamiento práctico. En este aspecto resulta esclarecedor el trabajo de Verónica Rodríguez Blanco (2014, 2018 próxima publicación). Aunque esta autora no muestra especial interés en los procesos legislativos, ha desarrollado algunas ideas que encuentro que comparten un núcleo común con la inteligibilidad de las normas y la cualidad de ser significativas. Rodríguez Blanco propone que un mayor compromiso con el razonamiento práctico y el conocimiento práctico resulta clave para entender la autoridad y la normatividad de la ley: los agentes se comprometen con acciones intencionales y muestran ese compromiso mediante el razonamiento práctico

---

<sup>268</sup> La claridad y la comprensibilidad parecen ser requisitos propios de la racionalidad legislativa en el nivel lingüístico (Nr1).

cuando cumplen con normas jurídicas<sup>269</sup>. Consecuentemente, legisladores y jueces en su papel de creadores del derecho deberían promover formulaciones de las leyes que hagan posible este compromiso práctico si pretenden que las normas jurídicas sean cumplidas. Esto es especialmente cierto cuando las normas jurídicas requieren la realización de actos complejos a lo largo del tiempo (Rodríguez Blanco 2014, 23). La autora continúa con su idea de este modo:

Si nuestras acciones están guiadas por normas jurídicas, ellas necesitan guiarnos en el despliegue temporal de los sucesivos pasos de una acción y es sólo a través de sus razones o *logos* que esto es posible (Rodríguez Blanco 2014, 38).

Cuando los legisladores y los jueces crean directivas jurídicas operan como escritores de manuales de instrucciones aunque de un nivel más complejo. Ellos necesitan asegurarse de que los destinatarios van a decidir cumplir con las normas jurídicas o las directivas y de esta forma realizar el estado de cosas buscado...Así, para los destinatarios con ciertas capacidades racionales y en casos paradigmáticos, la comprensión de las razones como valores de las normas legales y directivas legales les permitirá decidir o elegir cumplir con la regla y los guiará a través de las diferentes series de acciones que se requieren para el cumplimiento de las normas y directivas (Rodríguez Blanco 2014, 72)<sup>270</sup>.

La idea de que los legisladores actúen como redactores de manuales de instrucciones ha sido también defendida, desde una perspectiva práctica, por los promotores del uso del lenguaje sencillo y común para la redacción legislativa.

... las leyes redactadas en lenguaje común no se presentan como la legislación ordinaria [...] [hace referencia a un proyecto de ley canadiense] por ejemplo, se presenta como un manual de uso de un programa de software o las instrucciones para el montaje de una bicicleta [...] el primer párrafo de la versión en lenguaje común bajo el título “Cómo usar esta ley” es

---

<sup>269</sup> Aunque la preocupación principal de Rodríguez Blanco no sea el proceso legislativo, la autora acepta que las conclusiones de su libro pueden ser útiles también para esa tarea (Rodríguez Blanco 2014, 36).

<sup>270</sup> Rodríguez Blanco argumenta, en otro trabajo, que el requisito de la inteligibilidad merece mayor atención en el ámbito de la producción del derecho internacional, especialmente en el derecho internacional privado, ya que en el derecho doméstico o interno “...los jueces y legisladores proveen la necesaria justificación cuando el Estado hace uso de la coerción y demanda a los ciudadanos que obedezcan las decisiones de las cortes y jueces. Jueces y legisladores dan razones para la acción que justifican por qué la ley demanda a los ciudadanos realizar ciertas actividades en circunstancias específicas” (Rodríguez Blanco 2018, próxima publicación). Discrepo en este punto con la autora y creo que la situación es justamente la inversa de la que ella considera, por lo menos en el contexto de América Latina en donde la ineficacia de las normas es un reflejo probable de esta falta de comunicación del *logos* o de la no inteligibilidad de las normas. Cuando esas razones se transmiten no se lo hace con la profundidad y consistencia que creo que la propia autora atribuye al sentido de inteligibilidad. Por otra parte, considero que en el derecho interno por la masividad de la legislación y la diferencia de comprensión y/o de compromiso que tienen los participantes en el sistema jurídico, la dificultad para transmitir el *logos* de las normas es mucho mayor que en el derecho internacional.

explícito en la cuestión de cuál será la audiencia considerada” (Sullivan 2001,123).

Entiendo que en las ideas anteriores (la inteligibilidad, la cualidad de ser significativas en un contexto o las razones de orden que permiten el compromiso de la razón práctica) hay un núcleo común que se vincula con una *comprensión* de diversos aspectos de las normas<sup>271</sup>.

La comprensión profunda a la que me refiero –acepto que, por ahora, con bastante imprecisión– tiene, sin lugar a dudas, relación con el contexto social (las instituciones informales, las costumbres, los modos de razonar más frecuentes, etc.), aunque, como ya se debatió largamente en la última parte del capítulo precedente, no se requiere necesariamente para la presencia de esta comprensión profunda de una congruencia entre las normas formales y el mundo de lo informal. Dado que las cuestiones de vinculación entre el contexto social y las normas jurídicas y especialmente la relación entre conjuntos normativos informales y formales han sido tratadas con profundidad anteriormente, me interesa especialmente en este acápite señalar que esa comprensión profunda, además de con el contexto social, puede vincularse con (i) *los fines de la norma* (o los resultados sociales esperados con la sanción de la norma) y con (ii) *la relación entre la norma en cuestión y otras normas formales vigentes*. Esta última cuestión, que llamaré la “coherencia” del sistema jurídico, será tratada en el nivel de racionalidad material (Nr5) por ser más propio de él que de este; sin embargo, debe tenerse en cuenta que además del valor *per se* que pueda tener la coherencia (u otros valores que puedan asignársele), podría tener un valor instrumental vinculado con una mejora de la eficacia de las normas (ver más adelante punto 8.4) .

Antes de ingresar en el terreno de los fines de la norma y su relación con la eficacia, avanzaré con otros aspectos que creo esenciales para entender a qué me refiero con comprensión profunda y los restantes conceptos propuestos por los autores así como la relación de todos estos con la eficacia.

Las ideas comunes a los conceptos propuestos por Postema, BPR y Rodríguez Blanco que he reducido probablemente de manera deficiente en la frase “comprensión profunda”, no requieren que los destinatarios respalden o aprueben el *contenido* de las leyes que deben cumplir: puede haber una comprensión profunda y, al mismo tiempo, un rechazo del contenido de la norma (que puede luego traducirse en actos contrarios a la conducta indicada por la norma o no). No obstante lo anterior, si las ideas de la inteligibilidad, sentido (como relevancia significativa) y comunicación de la razón o logos

---

<sup>271</sup> Más adelante detallaré con más precisión a qué diversos aspectos de la norma me refiero.

de las normas, son efectivamente buenos predictores de mejores resultados en la eficacia, es posible que la comprensión profunda de la norma y sus propósitos resulte en un incentivo adecuado para el cumplimiento por parte de aquellos que en principio estarían dispuestos a incumplirla.

### *6.3.1. Los tipos de incumplidores: incumplidores de núcleos duros e incumplidores periféricos.*

Hay una idea que creo adecuado introducir en este momento y que se relaciona con los posibles tipos de incumplidores. Así es posible distinguir entre núcleos duros de incumplidores y los incumplidores periféricos: en muchas situaciones en las que una norma o un grupo de normas resulta ineficaz hay un grupo de incumplidores duros, esto es, personas que resisten activamente el mandato de la norma por diversas razones (cargar con los costes que ellas generan, verse privados de beneficios, etc.), pero también hay un grupo, generalmente más amplio y por ello más determinante para la baja o alta eficacia de la norma, que no tiene razones de peso para incumplir la norma sino que sólo carga con pequeños costes de cooperación, privación de beneficios menores o esporádicos o razones similares que podrían ser –previsiblemente– más fácilmente vencibles. Son los que he denominado los incumplidores periféricos. Identificaré tres tipos de incumplidores periféricos: los *free rider* inversos, los *free rider* y los desconocedores.

El primer grupo de incumplidores periféricos llevan a cabo razonamientos inversos al del *free rider* y que responden al dilema clásico del prisionero (Laporta 2015, 79): si la mayoría no coopera, es decir, no cumple con la norma (por ejemplo, pagar impuestos o reciclar la basura) y yo lo hago, vería mínimamente perjudicados mis intereses o mi comodidad y como resultado del incumplimiento masivo, no me beneficiaría del resultado social buscado por la norma (los impuestos recaudados no serán suficientes para mejorar la educación pública, la salud o la seguridad; la degradación ambiental continuará igual o peor). Se trata de casos que conducen a lo que Carlos Nino ((2005) 2011) denominó anomia o ilegalidad “boba” en la que la acción colectiva es menos eficiente que cualquiera otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una *cierta* norma. En otras palabras hay anomia boba cuando la acción colectiva se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación (Nino (2005) 2011, 39).

También es posible identificar a los incumplidores *free riders* que se benefician con el cumplimiento general de la norma y con los resultados sociales alcanzados pero ellos



no cooperan (ver Nino (2005) 2011, 139). Este tipo de incumplidores si bien importantes para la caracterización general de los tipos de incumplidores, son insuficientes (en cantidad o calidad), en principio, para producir la ineficacia de la norma (o su baja eficacia) y su ineffectividad. Sin embargo, si los *free riders* crecen en número o en calidad, la norma dejará de ser eficaz y/o perderá su efectividad. Las normas ineffectivas pero eficaces, suelen generar, con el tiempo la pérdida del incentivo para su cumplimiento y terminan siendo también ineffectivas.

Finalmente, otro grupo de incumplidores periféricos, actúan como incumplidores por desconocimiento: desconocen sus obligaciones o consideran que son desplazables según la situación (lo que implica, en definitiva, desconocer que *ellos* son los obligados más allá de que los rodeen especiales circunstancias), desconocen las razones subyacentes de las normas o el “cómo” la conducta ordenada contribuiría a alcanzar el resultado esperado y además incumplen porque todos incumplen y “no pasa nada”. No hay en el caso del incumplidor “ignorante” una especulación con que se alcancen de todos modos los resultados esperados (como en los *free riders*) o con la posibilidad de que igualmente aunque ellos cooperen no se alcanzarán los resultados (como en los *free rider* inversos). El resultado esperado, básicamente es desconocido o es desconocida la relación causal entre la conducta y el resultado social esperado, o lo que es peor aún, hay un desconocimiento de la obligación o prohibición, no en cuanto a tal, sino en cuanto a asumirse (reconocerse) como sujeto destinatario de ella<sup>272</sup>.

Si los incumplidores periféricos comenzaran a cumplir la norma que desobedecen es posible que paulatinamente los resultados buscados por ésta comenzaran a hacerse visibles y otros incumplidores periféricos pudieran ser persuadidos de comenzar a seguir la norma. Por otra parte, y aún cuando los resultados sociales no se alcanzasen (por ejemplo, porque requieren más tiempo para ser alcanzados o incluso porque la norma está mal diseñada) la mera eficacia produce eficacia: como ha descrito Bicchieri (2017, 19) a menudo las conductas que desplegamos son condicionales a lo que los otros hacen. Especialmente a lo que hace lo que consideramos nuestra red o comunidad de referencia<sup>273</sup>. En definitiva, la eficacia promueve más eficacia y la ineffectividad promueve la ineffectividad.

---

<sup>272</sup> Carlos Nino propone otras estructuras de interacción que conducen a resultados ineffectivos como “el juego de la aseguración”, “el juego de la gallina” o “la batalla de los sexos” (Nino (2005) 2011, 139 y ss.). Por su parte, García Villegas, desde una perspectiva diferente al autor argentino, se ha ocupado de hacer una taxonomía de incumplidores que, de modo consistente con sus trabajos, asocia mayormente a cuestiones culturales. Así, ha identificado al “el vivo”, “el rebelde”, “el arrogante”, “el taimado”, “el déspota” y “el restaurador” (García Villegas 2011, 240-257)

<sup>273</sup> Seguramente no nos importará si las mujeres en la India contraen matrimonio a edades muy tempranas para tomar una decisión sobre si casarnos o no a los 16 años, pero sí resultará un parámetro a seguir lo

### 6.3.2. Los fines de la norma y su sentido como aspectos relevantes para la eficacia.

Creo que la comprensión profunda de las normas requiere que los sujetos destinatarios entiendan diversos aspectos de ellas: indudablemente comprender cuál es la conducta requerida y otras circunstancias sobre el modo, tiempo o lugar de aplicación es la más elemental comprensión requerida, del mismo modo en que lo es el entender las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento. La racionalidad lingüística y comunicativa (Nr1) permitiría conocer esta parte elemental de las normas. Especialmente el uso del lenguaje sencillo y común permitiría la redacción de normas comprensibles para las personas con menor nivel educativo cuando ellos fueran los destinatarios de las normas o cuando se tratase de normas generales o destinadas a grupos que ellos integran o podrían integrar.

Otros aspectos de la norma que requieren ser conocidos y comprendidos son los fines de las normas o los resultados sociales esperados con su sanción; su sentido en el contexto social y eventualmente el por qué de la acción requerida con relación al fin buscado. El siguiente ejemplo de Rodríguez Blanco puede echar algo de luz sobre lo que aquí se intenta transmitir:

Un buen capuchino no es sólo el resultado de los movimientos de mi cuerpo, el encendido de la máquina, y el verter los granos de café y la leche y así sucesivamente. Afirmar de forma inteligible que estoy haciendo un capuchino es entender; es decir saber prácticamente por qué estoy encendiendo la máquina, llenando la máquina con los granos de café y la leche y así sucesivamente. Por último, es entender que un capuchino es una bebida caliente que me va a animar –ánimica y físicamente– durante el día, es decir, los extremos de una acción diacrónica compleja proporcionan la forma completa o el *logos* de mis movimientos corporales. Para entender *qué* estoy haciendo es necesario comprender *por qué* lo estoy haciendo. La comprensión de estos dos extremos no es independiente cuando reflexionamos sobre ellos desde un punto de vista deliberativo o desde el punto de vista de quien lleva adelante las acciones (Rodríguez Blanco 2018, próxima publicación).

---

que hace nuestro entorno para evaluar si somos demasiado jóvenes para contraer matrimonio. Lo mismo ocurre con cuestiones más triviales (como usar tacones altos o no usarlos) y con cuestiones de obediencia a las normas: si llegamos a una ciudad en donde todos los peatones arrojan papeles y restos de comida al suelo nos veremos menos limitados a no hacerlo o a buscar un recipiente adecuado en donde tirar los desperdicios. Un interesante experimento se realizó en Minnesota acerca del pago de impuestos: se dividió a los contribuyentes en cuatro grupos y se les brindó diferente información. Al primer grupo se le explicó detalladamente en qué se habían aplicado sus impuestos (educación, protección, bomberos, etc.); al segundo grupo se le informó sobre los riesgos de sanciones por el incumplimiento de sus obligaciones tributarias; el tercer grupo recibió un ofrecimiento para recibir ayuda sobre cómo completar los formularios y trámites para el pago de impuestos; el cuarto grupo solo recibió información de que el 90% de los otros contribuyentes de ese Estado ya habían completado sus obligaciones tributarias. El único efecto significativo que se encontró sobre el pago de impuestos fue respecto del último grupo (Thaler y Sunstein 2009, 72)

El texto anterior es muy sugerente pero podría objetarse que no siempre conocer por qué lo estamos haciendo otorga sentido a lo que estamos haciendo. Es decir, podría ponerse en duda que *en todos los casos* el conocer el por qué y para qué de las normas sea *realmente* un modo de mejorar su eficacia. Volveré sobre este posible cuestionamiento más adelante pero ahora señalaré algunos casos en los que no veo razones que respalden ese tipo de críticas potenciales:

(a) **casos en que las normas cuyo por qué, para qué y cómo resultaba desconocido y finalmente parecen dar buenas razones para cumplir la norma.** Pensemos, por ejemplo, en la norma que obliga a los empleadores a pagar seguridad social y otras cargas a las trabajadoras/es del hogar. Se trata de un “gasto extra” para las familias que aparentemente no tiene ninguna ventaja para el empleador. Incluso el empleador podría pensar que es un dinero que entra en el sistema impositivo general y que se utiliza para fines diversos por lo que, en atención a su escepticismo con relación al pago de impuestos, justificaría evitar ese coste. Sin embargo, si se hace transparente el por qué y para qué el empleador puede finalmente entender que el dinero que debería pagar mensualmente es un aporte jubilatorio que permitirá a su empleada/o retirarse con una pensión y, más todavía, que si el empleado/a tiene un accidente laboral los costes asociados con ese incidente no tendrá que soportarlos él de su bolsillo y no tendrá que afrontar un eventual juicio por ello.

En un estudio realizado en Argentina sobre las razones esgrimidas por los empleadores domésticos para no cumplir con los aportes de sus empleadas se concluyó que las respuestas recibidas para justificar ese incumplimiento revelaban una significativa “falta de claridad respecto a las obligaciones patronales que implica la contratación de este tipo de servicios” (Pereyra 2015, 98). Las respuestas, que evidenciaban el desconocimiento de las normas y de los resultados sociales esperados, sugerían además que la “responsabilidad” del incumplimiento se debía a hechos propios de las empleadas ya que ellas eran las que no querían o no necesitaban los aportes (Pereyra 2015, 99). Las respuestas recogidas fueron agrupadas y los resultados fueron que no se realizaban los aportes a la seguridad social: (a) porque la empleada ya estaba “en blanco” (regularizada) en otra casa; (b) porque la empleada tenía un plan social y si era regularizada, lo perdía; (c) porque era extranjera y estaba

haciendo (o no tenía) los papeles; (d) porque el marido de la empleada estaba en blanco y entonces ella ya tenía obra social (Cfr. Pereyra 2015, 98).

Tanto la falta de claridad con relación a las obligaciones patronales como el traslado de la responsabilidad a hechos o situaciones propias de las empleadas demuestra la ausencia de conocimiento de las normas, sus objetivos y sus consecuencias, incluso en un sector que no es económicamente desaventajado (los empleadores de este caso podrían ser identificados como incumplidores ignorantes o por desconocimiento).

También conocer las razones subyacentes así como el “cómo” la norma puede contribuir a alcanzar los resultados esperados podría ser una herramienta interesante para el caso de los incumplidores periféricos. Es posible que el incumplidor periférico (especialmente el *free rider* inverso) incumpla porque nadie cumple y este incumplimiento masivo no sea costoso por no tener consecuencias (esta última cuestión es una situación que principalmente se revertirá mediante los mecanismos de aplicación de la ley). El incumplidor periférico inercial al que le es revelada la razón de ser de la norma y el por qué podría *su* conducta contribuir a obtener el resultado social esperado es posiblemente un perfil de incumplidor para ser revertido mediante el conocimiento de las razones subyacentes de la norma y, especialmente, por la información sobre la relación de medios a fines entre la conducta y el resultado social esperado.

**(b) Casos en los que conocer el por qué y para qué de las normas favorece que se exija su cumplimiento por terceros y/o por el beneficiario directo del resultado social esperado.** ¿Por qué es obligatorio tener un seguro para circular por la calle con un automóvil?; ¿cuál es la razón por la que se sancionó una norma que prohíbe fumar en lugares públicos cerrados?; ¿por qué está prohibida la fabricación de juguetes y pinturas que contengan plomo?; ¿cuál es la razón por la que está prohibido pescar atún blanco y otros peces durante cierta época del año?; ¿por qué son las mujeres las únicas autorizadas a cobrar las asignaciones en los programas de transferencias condicionadas en los hogares biparentales mixtos? Imaginemos por un momento que desconocemos todas las respuestas a estas preguntas. Imaginemos ahora que nos son reveladas. Entiendo que todas estas normas adquieren su verdadero *sentido* y pasan a ser realmente *inteligibles* cuando conocemos los objetivos o

resultados sociales esperados con su cumplimiento. Además, conocer esas razones nos da, a su vez, razones para reclamar su cumplimiento. Ese reclamo de cumplimiento puede ser primero informal (increpar al pescador que violó la veda en los meses de desove de los peces, solicitarle al profesor fumador que no fume en el aula, reclamar a nuestro empleador que aporte a la seguridad social o explicarle a nuestro esposo por qué somos las mujeres las que tenemos el derecho/deber de cobrar la asignación de la ayuda social); luego, si el reclamo informal no funciona podremos eventualmente recurrir a modalidades de aplicación de la norma por las autoridades dando razones y entendiendo las razones de “*por qué*” y “*para qué*” la norma.

**(c) Casos en los que conocer las razones puede resultar un elemento importante para moderar, neutralizar o eliminar una hábito o una norma social disvaliosa.**

Explica Cristina Bicchieri que intentar inducir un cambio en el comportamiento depende críticamente de la comprensión de las razones que están detrás de nuestras elecciones (Bicchieri 2017, 5). La gente necesita razones para cambiar y darse cuenta de que algunas de sus “creencias fácticas” son falsas, el conocer estas razones puede darles un empujón para considerar alternativas<sup>274</sup>. Más adelante se verán algunos estudios vinculados con prácticas higiénicas. En uno de ellos la población consideraba que el lavado de manos sin jabón era suficiente para evitar la transmisión de enfermedades a los niños, y en el otro, se desconoce cuál era la creencia pero se probó que luego de la provisión de letrinas gran parte de la población continuó con la práctica de la defecación al aire libre. En el primer caso se brindaron explicaciones sobre el por qué la necesidad del lavado de manos con jabón y la conducta se modificó significativamente. En el segundo caso, se probó que la mejora de las condiciones sanitarias fue insuficiente para modificar la conducta<sup>275</sup>. Como explica Bicchieri muchas de las intervenciones que intentan modificar la práctica de la defecación a cielo abierto se basan en la creencia de que las condiciones

---

<sup>274</sup> La cuestión parece ser más compleja cuando las creencias son “normativas” (o religiosas); por ejemplo, “las mujeres deben casarse tempranamente para asegurar de que lleguen vírgenes al matrimonio” o “nuestra religión indica que las mujeres deben cubrirse el rostro con un velo” (ver Bicchieri 2017, 11)

<sup>275</sup> Los casos que pongo como ejemplos no pueden asimilarse sin más a cuestiones de eficacia porque no se trata de normas prescriptivas sino de incentivos para modificar una conducta que no está prohibida (al menos en el caso del lavado de manos sin jabón), pero sí pueden identificarse con el uso de la “opción preferida por el legislador” que fue tratado como mecanismo alternativo a la medición de la eficacia cuando el supuesto involucraba normas no prescriptivas.

económicas o ecológicas son los factores causales más importantes y que modificándolos se mejorará esta práctica. Estas intervenciones han fracasado y ello parece obedecer a que los *factores causales* son otros diferentes de las situaciones económicas o sanitarias (Bicchieri 2017, 27) y se sugiere que hay detrás de estas prácticas una norma social, una costumbre, un hábito convergente o alguna expectativa normativa. En este contexto *las razones* podrían jugar un papel preponderante: la gente debe reconocer primero las consecuencias negativas de la defecación al aire libre (Bicchieri 2017, 17).

Ahora bien, fuera de los supuestos anteriores (no menores pero no universales) cabe preguntarse si en ciertos casos conocer las razones subyacentes a la norma no puede tener el resultado contrario y alentar una justificación del incumplimiento de la norma cuando el sujeto evalúa que no está presente *en su caso concreto* esa razón. Schauer propone algunos ejemplos del desafío a la norma a través de la utilización de la justificación subyacente, como el del conductor avezado que conduce su automóvil excediendo el máximo permitido de 80 km. por hora; se trata, en el ejemplo, de un coche en perfecto estado de mantenimiento en una mañana despejada de domingo. Al ser interceptado por la policía el conductor manifiesta: “El límite de ochenta kilómetros por hora está establecido para garantizar la seguridad en el tránsito, y en verdad, yo estaba conduciendo de manera muy segura [...] Mi auto se encuentra en buenas condiciones y nunca he protagonizado un accidente. Puede comprobarlo. Los dos sabemos que ochenta es solo un promedio para todos los conductores y todas las condiciones, pero la verdadera meta del límite de velocidad es garantizar que se conduzca de manera segura, y no puede negar que yo conducía de manera segura” (Schauer 2013, 31).

Antes de continuar con mi argumentación quiero hacer manifiesta mi coincidencia con Schauer cuando el autor afirma que, más allá de cual sea la justificación subyacente (o resultado social esperado) de la norma, es la norma misma la que resulta relevante:

...una de las principales características de las reglas –la que las convierte en reglas– es que lo que la regla dice realmente importa [...] lo que la regla dice es el factor crucial, aun si lo que dice parece incorrecto o inconsistente con la justificación subyacente a la propia regla, y aun si seguir lo que la regla dice da lugar a una mala solución en alguna ocasión particular (Schauer 2013, 34).

Incluso propongo ir más allá de la posición de Schauer y extender la conclusión del autor no sólo a los casos en los que la norma “parece incorrecta o inconsistente” para afirmar que sigue siendo la regla la que debe respetarse aun en los casos en los que *efectivamente* la conducta exigida por la norma no conduce al fin para el que ha sido dictada. Se trata de casos en los que hay un problema de diseño institucional que debe ser remediado *jurídicamente* y no ignorando la norma.

Es por ello que las (eficaces y eficientes) condiciones de aplicación de las normas son cruciales para una mejora de la eficacia así como para, por otra parte, detectar los casos de leyes manifiestamente irrazonables que no conducen al fin o que resultan arbitrarias o desproporcionadas y así relevar de la obligación del cumplimiento de la norma. Pero si no se trata de normas irrazonables o arbitrarias, considero que en una eficaz y eficiente aplicación de la ley, el juez o la autoridad competente actuará como el policía del ejemplo de Schauer y le dirá al conductor avezado "...ochenta significa ochenta, no lo que usted cree que es conducir de manera segura" (Schauer 2013, 31).

Me detendré aquí a explicar por qué considero que conocer los resultados sociales esperados de la norma o la situación que la norma quiere remediar no debería generar la preocupación de alentar el incumplimiento por la auto-evaluación de que, en el caso concreto, no se encuentran presentes las razones subyacentes de la norma. Reitero que mi punto de partida es que los sujetos normativos son “agentes autónomos, racionales e inteligentes” *con relación al ordenamiento jurídico* (Postema 2012, 86, 89 y 91). Por lo tanto, si este punto de partida es aceptado, ante la pregunta ¿por qué se dictó esta norma? o ¿para qué sirve esta regla? o ¿por qué tengo que hacer yo esto para que se produzca ese resultado?, los sujetos no se conformarán con una respuesta que no los considere seres racionales y que diga “porque sí” ni es previsible poder convencerlos fácilmente con respuestas que indiquen “porque la ley así lo indica” (más allá de que esta última respuesta sea, en definitiva, la razón que habilita la sanción o aplicación compulsiva de la norma). De este modo, entiendo que, si no se hace explícito ese resultado social perseguido con la sanción de la norma, los sujetos buscarán (imaginarán) una respuesta que los conforme, e incluso más, una respuesta que, además, podría variar para adaptar la justificación al incumplimiento de acuerdo a la situación (“la veda de la pesca de atún es porque las multinacionales quieren vender calamares ya que tienen superabundancia en esta época del año” o alternativamente, “el atún blanco está en riesgo de extinción y por eso se veda su pesca, pero capturar un ejemplar no cambiará la situación”).

Unos párrafos atrás han sido expuestas las diversas justificaciones recibidas en un estudio realizado en Argentina sobre por qué los empleadores no tenían regularizada la situación laboral de sus empleadas domésticas. Esas respuestas son un claro caso de cómo ante el desconocimiento, los sujetos “llenan” de contenido o de razones subyacentes (erróneas muchas veces) a las normas. Si este mecanismo de reemplazo de las razones reales por razones supuestas se produce efectivamente, entonces el desconocimiento del resultado social esperado o de las razones subyacentes de la norma generará el mismo riesgo de auto-justificación del incumplimiento que si éstas se conocieran pero con el riesgo de que en los “rellenos imaginarios” sea más fácil encontrar un hueco para justificar la conducta incumplidora o lo que es más posible aún, que el “relleno imaginario” de los fines de la norma se realice de modo tal que en la situación en la que se encuentra el incumplidor la razón subyacente creada por el sujeto no esté presente (pesco atún blanco porque las multinacionales ya ganan bastante y no tengo por qué perjudicarme por beneficiarlas a ellas)<sup>276</sup>.

Es cierto que, al igual que el conductor que excede los 80 km. por hora, cualquier obligado por cualquier norma podría alegar que no “está obligado” en el caso concreto porque no están presentes las razones subyacentes de las normas pero esta “auto-justificación” del incumplimiento estará igualmente presente si se priva de razones a los sujetos racionales; y además, si las razones son inteligibles y tienen sentido en el contexto de la sociedad en el que se dicta la norma, pareciera que brindarán mejores razones para cumplir y exigir su cumplimiento.

Creo finalmente que el conocimiento de las razones de las normas y los otros elementos que he señalado como relevantes son además buenos conductores para que las normas formales tengan efectos *constitutivos* de los intereses, de las preferencias y de las visiones del mundo de los actores (Chang y Evans 2007, 219, 222). Así, la norma que *a fuerza de imposición judicial* revierte el historial de una sociedad de no tener regularizada a las empleadas domésticas puede resultar, a mediano o largo plazo, en una modificación de las conductas y en la eficacia por acatamiento de la norma. Sin embargo, si las razones de ser de la norma que obliga a los empleadores a tener a sus empleadas domésticas inscriptas y a pagar las cargas sociales son transmitidas y tienen sentido en el contexto de la sociedad la norma podrá a mediano plazo ser eficaz en el sentido de acatamiento y además ser constitutiva de los valores de la sociedad.

---

<sup>276</sup> Asumo que no parece fácil de probar que este mecanismo de sustitución o creación de las razones subyacentes se produzca o se produzca siempre, pero, por otro lado, parece un mecanismo bastante regular en el razonamiento humano. Los niños, por ejemplo, sólo hasta los dos o tres años se conforman con un “porque sí” y luego ya exigen razones y si no se las otorgamos las asumen.



### 6.3.3. las razones de las normas: exigencias argumentativas y su inclusión en los textos legales.

Si aceptamos entonces que conocer las razones subyacentes o el ¿por qué?, ¿para qué? y ¿cómo? la norma resultan relevantes, nos enfrentamos a un nuevo problema ¿cómo podemos conocer *por qué* las normas mandan realizar determinadas conductas, prohíben otras o las autorizan? Del mismo modo ¿cómo es posible conocer *la razón de ser* de una norma? Aquí aparecen dos posibles actividades exigibles al legislador o el edictor en Nr3, que, a su vez, conectan diversos niveles de racionalidad. Se trata de, por un lado una exigencia argumentativa sobre los aspectos que se señalarán a continuación (ver puntos a, b y c siguientes) y, por otro lado, la “traducción” de esa tarea argumentativa a textos a los que debieran poder acceder las personas (obligaciones propias de Nr1). Así, la explicitación de los fines u objetivos sociales de la norma debería integrar necesariamente alguna parte de las leyes. No veo razones para desechar la siguiente propuesta: dado que las partes no normativas de las leyes (como la exposición de motivos, introducción, antecedentes, disposiciones directivas o preámbulo) han perdido en la actualidad mucho de su valor originario, no pareciera descabellada la posibilidad de introducir normas o cláusulas declarativas que incluyan declaraciones de fines y que integren el articulado de la ley<sup>277</sup>.

Esta propuesta también parece estar en línea con las ideas del movimiento de uso del lenguaje llano y común (que como se dijo al tratar el tema excede en mucho el mero uso de un tipo de lenguaje). Debe tenerse en cuenta que no es necesario prescindir de aspectos más técnicos en el articulado de la ley pero ese tipo de información y reglas pueden integrar una parte de la ley destinada a los funcionarios o autoridades. Imaginemos cómo podría formularse una la ley, redactada en lenguaje común y sencillo, que apele al razonamiento práctico de las personas destinatarias y que contenga alguna declaración de objetivos sociales perseguidos con ella. Para continuar con uno de los ejemplos más utilizados en esta tesis he escogido una imaginaria ley de acceso a los programas de transferencias condicionadas:

---

<sup>277</sup> No quisiera desviar demasiado la atención en el debate sobre si las partes no normativas de las leyes (tales como las exposiciones de motivos, preámbulos, introducciones o antecedentes) deben ser mantenidas o eliminadas de la práctica legislativa moderna. Hay quienes sostienen que las normas deben ser suficientemente completas y claras en sí mismas y que, por lo tanto, la razón de ser de esos textos preliminares resulta superflua y no debiera contribuir a la actividad hermenéutica ni a la tarea didáctica o de difusión (Santaolalla López 1991, en contra de esa posición está Atienza 1997, 34-36 con quien coincido en este aspecto). Para un análisis bastante completo del concepto y funciones del preámbulo y las disposiciones directivas ver Martín Casals (1986, 59-86). Por otra parte ocurre frecuentemente que las exposiciones de motivos u otros textos preliminares al articulado no resultan suficientemente claros y precisos y sólo brindan razones muy genéricas sobre por qué se dicta la norma o reproducen en otro lenguaje el contenido de la ley; en otras oportunidades, hay un problema de accesibilidad y es difícil hallarlos fuera de la publicación oficial.

Art. 1: Esta ley está organizada para facilitar a las personas a acceder a una ayuda en dinero en efectivo que se otorgará mensualmente a las familias que cumplan con determinadas condiciones. La información más importante para los posibles beneficiarios se encuentra en los artículos 2 a 10. Los restantes artículos son aspectos técnicos que no resultan, en principio, necesarios de entender o conocer<sup>278</sup>.

Art. 2: Esta ley tiene como propósito brindar ayuda económica a las familias cuyos miembros adultos no tengan un empleo o que tengan un ingreso mensual total menor de X y tengan hijos entre 0 y 18 años o hijos mayores de esa edad discapacitados. Esa ayuda económica tiene como principal objetivo que los niños asistan a la escuela primaria y secundaria, reciban las vacunas obligatorias y sean controlados al menos una vez al año por el médico<sup>279</sup>.

Art. 3: Para cumplir con los objetivos de esta ley, las familias que reciban la ayuda económica *deberán* cumplir con las siguientes obligaciones: (a) inscribir y enviar al colegio de manera regular a los niños y adolescentes entre 6 y 18 años; (b) aplicar a todos los niños y adolescentes las vacunas obligatorias que se le informarán en la primer visita al médico y concurrir a una revisión médica anual por lo menos y (c) presentar los certificados de escolaridad y vacunación a la oficina que controlará el cumplimiento de estas condiciones.

Art. 4: En los hogares integrados por un hombre y una mujer adultos, será la mujer la única autorizada al cobro mensual de la ayuda. Esta medida se ha tomado ya que se ha detectado en diversos estudios que las mujeres administran más eficientemente el dinero doméstico y, además, es propósito de esta ley empoderar a las mujeres a través de la administración de sumas de dinero.

Además de estar incluidas estas razones en el cuerpo normativo de la ley o en alguna parte de ella, debería existir una actividad de comunicación activa (racionalidad comunicativa Nr1) orientada a difundir cuáles son esos fines sociales buscados por el edictor; cuáles son las razones de la norma y por qué se exigen, prohíben o autorizan ciertas conductas y su relación con los resultados esperados.

La idea que aquí propongo es que la actividad legislativa en Nr3 requeriría que el legislador argumentase primero y luego expusiese por algún medio escrito diversas circunstancias que podrían promover una comprensión más profunda de distintos aspectos de las normas. Ese análisis debería contar luego con la debida difusión.

---

<sup>278</sup> La idea de este primer artículo la adapté de una propuesta de Sullivan (2001, 123).

<sup>279</sup> Es interesante comparar el texto imaginario propuesto con el artículo más similar del Decreto 1602/09 que implementa en Argentina el programa de transferencias condicionadas en ese país (conocido como "Asignación Universal por Hijo"): "Artículo 14 bis.- La Asignación Universal por Hijo para Protección Social consistirá en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de DIECIOCHO (18) años que se encuentre a su cargo o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.714, modificatorias y complementarias".

Algunos puntos que creo deberían integrar en este aspecto el análisis y la argumentación legislativa son los siguientes:

a) *Los objetivos sociales o económicos que pretenden ser alcanzados con la sanción de la norma* (en los términos utilizados en esta tesis los resultados esperados (R1)) que se vinculan con la efectividad de la norma y que serán analizados en el siguiente nivel de racionalidad (Nr4). En caso de que existieran algunos objetivos inmediatos y otros mediatos a ser alcanzados deberían indicarse separadamente<sup>280</sup>. Asimismo, si existiese por parte del legislador la intención de que la eficacia de la norma contribuyere a algún fin simbólico o expresivo del derecho –tal como éste ha sido entendido en esta investigación– también debería hacerse transparente a los habitantes.

b) *Las razones por las que es necesario alcanzar esos objetivos sociales y económicos.* Aquí se deberían proveer fundamentos y datos empíricos serios que informaran sobre (i) la desmejora o aparición de una situación social o económica disvaliosa que se intenta solucionar y sus causas; (ii) la mejora o desaparición de una situación social o económica que justifica la derogación de una norma o su modificación y sus causas, (iii) las razones por las que se prevé una situación social disvaliosa a futuro y por qué es necesario prevenirla. Esta justificación también se vincula con la necesidad de evitar la hipertrofia normativa.

c) *La relación de adecuación de medios a fines entre las conductas exigidas o autorizadas y la consecución de los resultados sociales o económicos buscados por la norma.* Esta justificación de la relación de racionalidad de medios a fines debería realizarse tanto para los objetivos inmediatos como para los mediatos. Es decir, se deberían dar razones sobre su proporcionalidad y razonabilidad y al mismo tiempo hacer explícita la relación entre eficacia y efectividad de la norma. Se continuará profundizando esta idea al analizar la racionalidad teleológica (Nr4).

Por cierto no toda esta información *tiene* que integrar alguna norma o cláusula (en el ejemplo de los programas de transferencias condicionadas no he incluido, por ejemplo, el punto b) ni el c) por resultar en este caso información evidente). Sin embargo, sí

---

<sup>280</sup> Reitero aquí un ejemplo propuesto en el Capítulo II. Si N1 dispone que las listas electorales deberán integrarse a partir de ahora con un 30% de mujeres, el legislador debería hacer explícito, por ejemplo, que el resultado social esperado es mediano y se vincula con “revertir un largo historial de discriminación de las mujeres en la actividad política” (R1) e “incentivar a las mujeres a presentarse a cargos electorales” (R2). El legislador también podría indicar un resultado esperado temporalmente más inmediato, por ejemplo, “que en la próxima renovación del parlamento se incremente en un porcentaje X la presencia de mujeres elegidas” (R3).

debería ser objeto de argumentación y estar plasmada en algún documento accesible por las personas así como integrar, en caso de ser necesario, la política de comunicación (Nr1).

Antes de pasar al nivel de argumentación y racionalidad teleológica (Nr5) quisiera retomar un tema cuyo tratamiento final había quedado postergado para esta última parte del trabajo. En el Capítulo I se exploró un argumento relativo a la posibilidad de que debilidad del estado de derecho y la ineficacia de las normas en América Latina no proviniera de un problema en el diseño de las normas o en la articulación del estado de derecho sino de un contexto especial en la región en el que la pobreza y la desigualdad pudiesen identificarse como las causas principales de la debilidad y la ineficacia<sup>281</sup>. Se adelantó en ese momento que la discusión continuaría en este capítulo evaluando la posibilidad de que un enfoque racional de la legislación que tuviese en consideración esa circunstancia contribuyera a mejorar esa situación.

Como se dijo al introducir el tema, no parece una evaluación del todo justa identificar como única o principal causa de la ineficacia a la pobreza y la desigualdad (me remito a lo dicho en el Capítulo I); sin embargo, en aquellos “bolsones” de ineficacia vinculados estadísticamente a la pobreza y la desigualdad, la comprensión profunda de las normas, tal como se la ha planteado aquí, es decir con la utilización amplia de la concepción legislativa del uso del lenguaje sencillo y común, puede ser un elemento que facilite o mejore la eficacia normativa o la fortaleza del estado de derecho en contextos de extrema pobreza o desigualdad. Creo que estas ideas son especialmente útiles para promover mejores posibilidades de *accesibilidad y exigibilidad* de las personas más pobres a sus derechos o a los beneficios que les corresponden. De este modo, adoptando y adaptando una de las ideas centrales del trabajo de Amartya Sen, la comprensión profunda de las normas sería un medio para la superación de la pobreza (entendida esta en el sentido multidimensional que se ha adoptado) pues permitiría el acceso a las libertades instrumentales que a su vez conducen a las libertades o capacidades constitutivas del desarrollo (recordemos aquí que la pobreza es la forma

---

<sup>281</sup> En la concepción de pobreza que se considera más adecuada se la describe como un fenómeno multidimensional que no se vincula exclusivamente con la escasez de recursos económicos. Por ejemplo, la Relatora Especial contra la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de la ONU, define a la extrema pobreza como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social (A/HRC/7/15, párr. 13), en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible (véase E/CN.4/Sub.2/1996/13)” (Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona; A/HRC/21/39, 2012, 4).

más significativa de privación de las capacidades humanas (Sen 1999, 37; 114 y ss)). Al mismo tiempo, esta comprensión comportaría un fin en sí mismo pues la mera mejora de la eficacia y del estado de derecho resultan parte constitutiva del desarrollo humano.

#### 7. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN Y RACIONALIDAD TELEOLÓGICA (EFECTIVIDAD) (NR4).

Una norma (N1) es racional en el nivel Nr4 cuando la conducta que ella obliga, prohíbe o autoriza (C1) *es realizada* por los sujetos y *conduce* al resultado social o económico inmediato y/o mediato que se espera con su sanción (R1)<sup>282</sup>. En la primera parte del Capítulo II denominé a esta situación de eficacia más efectividad como “efectividad en sentido propio”, para distinguirla de otros supuestos (que se verán más adelante) en los que hay efectividad sin eficacia.

**Eficacia de N1 = [N<sub>1</sub> (C<sub>1</sub>)\_\_\_\_S.C<sub>1</sub>] Efectividad de N1= [C<sub>1</sub>\_\_\_\_R<sub>1</sub>]**

Por otra parte, esa racionalidad será mayor o más completa si las normas son además eficientes, esto es, si las conductas (C1) incluidas en la norma (N1) son las que conducen al mayor grado de realización del objetivo social o económico buscado (R1) y lo hacen, además, al menor coste. El análisis de coste-efectividad, que se propone aquí como medida de la eficiencia, consiste en calcular la ratio de la “cantidad” de efecto –el grado de (R1)– que una solución normativa ha conseguido por cada X cantidad de dinero invertida o, a la inversa, el costo requerido para alcanzar determinado impacto (Dhaliwal et al 2011, 5)<sup>283</sup>.

Tal como señala Atienza, los sujetos obligados a realizar las conductas o destinatarios de las prohibiciones o autorizaciones no son siempre los que se benefician con los resultados esperados con la sanción de las leyes (Atienza 1997, 37-38).

En el análisis de este nivel de racionalidad propondré (a) una crítica a la propuesta de Atienza; (b) una exigencia adicional de argumentación para los legisladores relacionada con sus decisiones estratégicas y de eficiencia; (c) una breve recapitulación de la relación entre los efectos y la efectividad.

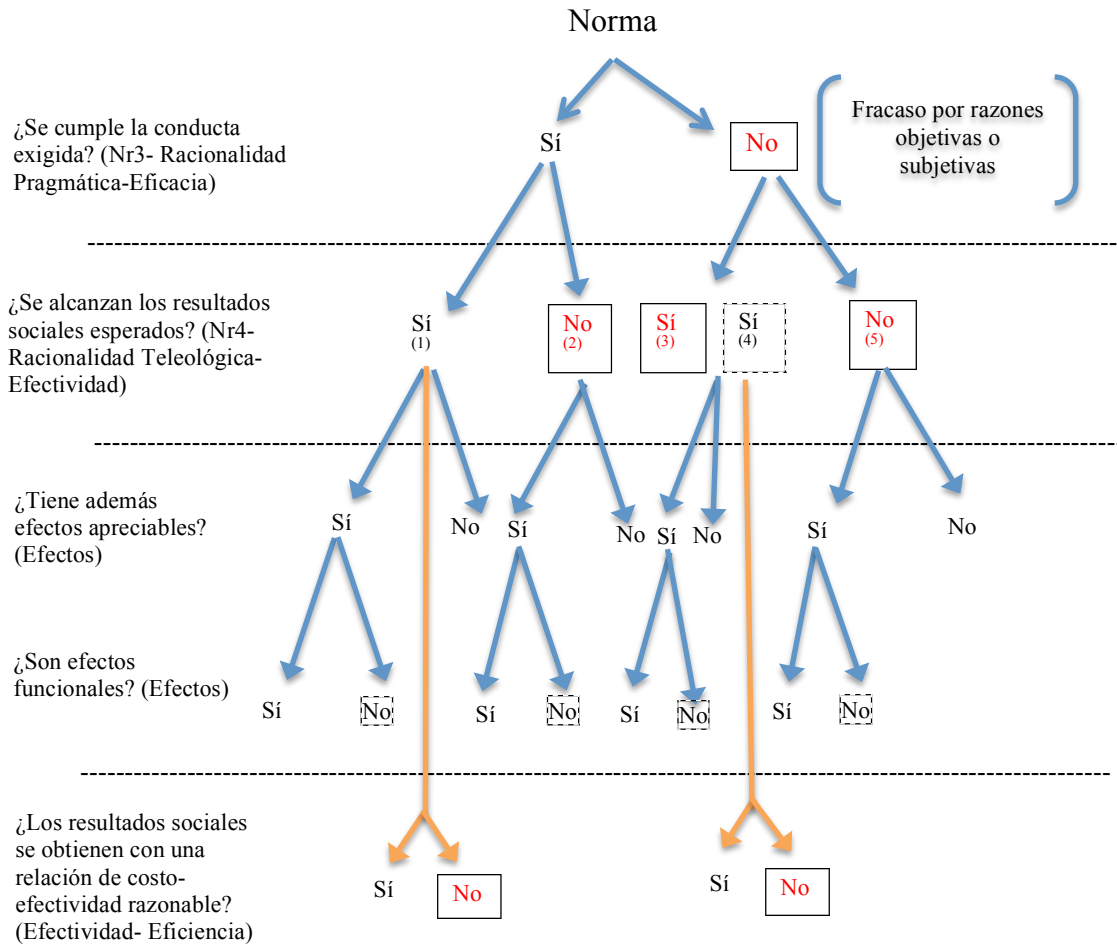
---

<sup>282</sup> Atienza define la racionalidad teleológica por la negativa y sostiene que: “En el nivel R4, cabe decir que una ley es irracional si y en la medida en que no produce efectos o produce efectos no previstos y que no pueden considerarse como deseados o deseables” (Atienza 1997, 38)

<sup>283</sup> Como he adelantado en el texto, Atienza propone en su trabajo más reciente un nivel de racionalidad adicional vinculado con la eficiencia (lo denomina “razonabilidad”). Se trata, de una perspectiva muy interesante y diferente a la que propondré aquí. El autor comentado propone evaluar la eficiencia de un modo “intra-racionalidades” legislativas y no con relación a la efectividad como lo presentaré aquí. De este modo, para Atienza en el nivel de la razonabilidad, hay una exigencia de que exista un equilibrio entre los distintos niveles de racionalidad y el sacrificio de alguno de esos fines (por ejemplo, de la racionalidad lingüística o de la racionalidad jurídico-formal) tiene que hacerse a un coste razonable (Atienza 2013, 715).

Para poder brindar una mejor explicación de este nivel de racionalidad el esquema que sigue puede resultar de alguna ayuda y especialmente puede resultar interesante su comparación con el elaborado por Atienza e incluido en el Anexo 2. En el esquema que se elaboró, se excluyen los problemas que se han encontrado respecto del trabajo de Atienza en Nr3 así como aquellos que se señalarán en este nivel de racionalidad.

**Gráfico 2. Racionalidad Pragmática, Teleológica y control de los efectos**



**Notas:**

- Los recuadros en línea continua con texto en rojo indican ausencia de racionalidad en Nr3 y/o en Nr4
- Los recuadros en línea discontinua indican la posible irracionalidad en Nr3 o Nr4.

- (1) Normas eficaces y efectivas. Efectividad en sentido propio. Racionales en Nr3 y Nr4
- (2) Normas eficaces pero no efectivas (defectos de diseño legislativo). Irracionales en Nr4.
- (3) Normas no eficaces pero que consiguen los resultados sociales esperados por casualidad, por circunstancias sociales u otras razones no vinculadas con la existencia de la norma. Irracionales en Nr3 y Nr4.
- (4) Normas no eficaces pero efectivas (efectividad impropia). Irracionales en Nr3 y posiblemente en Nr4.
- (5) Normas no eficaces ni efectivas. Irracionales en Nr3 y Nr4.

## 7.1. Diferencias con Atienza en el nivel de racionalidad teleológica.

Algunas de las divergencias con el trabajo de Atienza que expresaré respecto de este nivel se reducen a un diferente uso del lenguaje (a.i), sin embargo, otras conllevan una crítica por la falta de precisión en los conceptos que utiliza el autor (a.ii); otro grupo de diferencias (a.iii) obedece a las distintas consecuencias que tiene en este nivel la consideración que hace Atienza en el nivel Nr3 de la posibilidad de que el edictor haya sancionado una norma con el objetivo de que no sea cumplida (ver anteriormente punto 6.1. a.iii); finalmente, disientiré con Atienza (a.iv) en su consideración de la existencia de racionalidad legislativa en ciertos casos.

(a.i) La diferencia en el uso del lenguaje es que Atienza se refiere, en principio, a los “efectos” del cumplimiento/incumplimiento de las conductas ordenadas por la ley para referir (de modo poco claro a mi entender, tal como explicaré en el punto siguiente) a lo que yo he llamado en este trabajo los “resultados esperados” (R1) con la sanción de la norma. Por el contrario, en esta tesis se ha distinguido entre *efectos* y *propósitos* (también llamados fines, objetivos o resultados esperados) de las normas. Los propósitos pueden ser identificados con R1. Por el contrario, los efectos son una “consecuencia objetiva observable” que no se vincula con “disposiciones subjetivas” como podrían ser los propósitos, motivos o finalidades (Merton 1992, 97). Para conocer los propósitos necesariamente hay que indagar en una dimensión *intencional* o *intentar una reconstrucción racional de los propósitos de la norma*.

(a.ii) Sin embargo, Atienza también utiliza el vocablo “efectos” para referir a algo similar al uso que he dado a esa palabra siguiendo a Merton. Sostiene este autor que es posible que una ley tenga “...efectos apreciables, pero que no son los declarados por el edictor, ni han sido tampoco previstos por él, ni pueden, finalmente, estimarse como positivos” (Atienza 1997, 47). Llegado este punto la falta de diferenciación entre las consecuencias intencionales y las que no lo son, se confunden de una manera que, creo, genera una pérdida de valor explicativo del esquema de este autor en Nr4. Indudablemente sería todo más claro si se distinguiera entre objetivos o propósitos de las normas como los resultados sociales esperados de los “efectos” que son, de acuerdo a lo que aquí se sostuvo, en principio “oscuros a los participantes” (Papayannis 2014, 364-365) y desvinculados de disposiciones subjetivas o intencionales.



Tampoco es claro el autor comentado al distinguir entre “efectos declarados” y “efectos previstos por el edictor” y “efectos positivos (deseados o deseables)” (ver Anexo 2). Lamentablemente no se extiende en mayores explicaciones sobre qué contenido asigna a estas categorías en su análisis. Creo que la única posibilidad de asignar un contenido autónomo a la categoría “efectos previstos por el edictor” se presenta en los casos señalados con los números 3 y 13 en su gráfico incluido en el Anexo 2. La reconstrucción de la situación 13 es la siguiente: hay una norma que no se cumple y cuyo cumplimiento *no es deseado* por el edictor (es decir, para Atienza, es racional en Nr3), que, sin embargo, tiene efectos apreciables, pero *no* tiene los efectos declarados por el edictor y, sin embargo, *sí* tiene los efectos previstos por el edictor (por lo cual Atienza la considera también racional en Nr4). El caso 3 es similar pero en él el legislador sí quiere que se cumpla con la norma y ésta se cumple por lo que también es racional en Nr3. Con fundamento en estos ejemplos si quisiéramos atribuir a la categoría “efectos previstos por el edictor” algún sentido autónomo de “efectos declarados” deberíamos pensar que es necesaria la existencia de unos “efectos declarados” que difieren de los “efectos previstos por el edictor”. Estos últimos serían de algún modo –a diferencia de los declarados– reservados o no hechos públicos (otra vez la “agenda oculta” del legislador) y diferirían necesariamente de los declarados (de lo contrario no se justifica la diferenciación).

Algo similar ocurre con la introducción de la categoría “efectos positivos (deseados o deseables)”. Creo que aquí Atienza se refiere parcialmente a lo que yo he llamado “efectos funcionales” (serían los “efectos positivos *deseables*”); sin embargo no queda claro qué serían los “efectos positivos *deseados*” ¿son estos diferentes de los efectos positivos declarados y/o de los efectos previstos por el legislador? Me resulta muy difícil llenar de contenido al supuesto identificado con el número 4 en el gráfico de Atienza y que ese contenido no se superponga con los efectos positivos declarados ni con los efectos previstos por el legislador (ello especialmente considerando que se trata de efectos positivos y *deseados* (no deseables)).

(a.iii) Como se adelantó en el nivel anterior (Nr3), me resulta complicado de aceptar que se afirme la existencia de racionalidad pragmática cuando la voluntad del legislador es que la “ley no se cumpla”; ello además de tratarse claramente de una situación que, de existir, resultaría muy marginal y de difícil comprobación. Por lo mismo, todas las posibles consecuencias derivadas de esta situación me resultan necesariamente irracionales. Por el contrario, Atienza concluye que es posible que exista racionalidad

teleológica (es decir en Nr4, nivel de la efectividad) cuando los sujetos incumplen una norma cuyo incumplimiento es deseado por el edictor (entonces hay racionalidad en Nr3) y se logran así cualquiera de los “efectos” que incluye el autor en su análisis: los “declarados por el edictor”, o los efectos “previstos por el edictor” o se logran “efectos positivos (desados o deseables)” aunque los dos anteriores no se alcancen (situación señalada con el número 14).

(a.iv) Otras divergencias con la propuesta de Atienza en este nivel de racionalidad se dan por el hecho de que él entiende que hay racionalidad teleológica en ciertos casos en los cuales yo no podría admitirla<sup>284</sup>. Estas diferencias posiblemente obedezcan al distinto uso de los términos o las imprecisiones terminológicas que encuentro en el trabajo de Atienza y que ya han sido señaladas.

De acuerdo a mi entendimiento de la racionalidad teleológica en los casos en los que las normas no son eficaces ni efectivas, no hay racionalidad pragmática ni teleológica (supuesto identificado como 5 en el Gráfico 2), mientras que en los casos de normas eficaces pero no efectivas hay racionalidad pragmática pero no hay racionalidad teleológica (supuesto 2 en el Gráfico 2). Para Atienza, sin embargo, hay racionalidad teleológica en el caso indicado en su gráfico como supuesto 24, en el que una norma no es eficaz (irracional en Nr3), produce efectos apreciables, pero ellos no son los “declarados por el legislador” ni los “previstos por el legislador” pero se trata, sin embargo de “efectos positivos”. De acuerdo a mi forma de ver la racionalidad teleológica el caso del supuesto 24 del gráfico de Atienza sólo podría constituir un caso ineficacia e inefectividad con efectos funcionales<sup>285</sup>. Sin embargo, dado que los efectos (sean estos funcionales o disfuncionales) no son previsibles ni pueden ser parte del diseño legislativo (de lo contrario dejan de ser efectos y pasan a ser propósitos), la mera presencia de efectos funcionales o positivos no convierte al supuesto en un caso de racionalidad teleológica.

Para lo que sigue vale la pena una pequeña aclaración: si bien en la práctica casi todos los supuestos de efectividad requerirán previamente de que la norma sea eficaz,

---

<sup>284</sup> De acuerdo al gráfico acompañado como Anexo 2 y al análisis que efectúa Atienza (1997, 47-48), los únicos supuestos de irracionalidad teleológica que él encuentra son los indicados en su esquema con los números 5, 10, 15, 20 y 25. Todos ellos en la última línea del gráfico y enmarcados en línea continua.

<sup>285</sup> Si bien es cierto que se requiere cierto grado de eficacia de la norma para que puedan producirse efectos (funcionales o disfuncionales), hay oportunidades en donde el cumplimiento de la norma es tan bajo que no puede considerarse eficaz, pero, sin embargo, produce efectos. Estos casos se dan particularmente cuando la ineficacia de la norma no se presenta en forma de su absoluto incumplimiento sino en forma de conductas alternativas que compiten con el cumplimiento de la conducta ordenada por norma, la que también se realiza (he llamado a este supuesto “eficacia formal”) o con su cumplimiento parcial (por ejemplo, si la norma indica que está prohibido circular a más de 100 km. por hora y la media alcanzada es de 115 km./h cuando antes la media era de 130 km. por hora, la norma es defectuosamente cumplida pero logra reducir la velocidad media).

hay veces que el objetivo social se cumple por otras razones. Estos casos, poco frecuentes por cierto, requieren distinguir entre dos supuestos (ver Gráfico 2): por un lado, el caso señalado en ese esquema como (3) en los que el resultado social buscado (R1) se alcanza por azar o por circunstancias sociales que no se vinculan con la existencia de la norma que es, en este caso, ineficaz. Tal caso es irracional tanto en Nr3 como en Nr4 porque la existencia de la norma no tiene ninguna vinculación con la consecución de los fines u objetivos sociales<sup>286</sup>. Por el contrario, en el caso señalado como (4) el resultado social buscado se alcanza por la existencia de la norma aunque esta no se cumpla<sup>287</sup>. Es posible asumir que, en estos últimos casos, las conductas alternativas a la ordenada por la norma por las que, de todas formas se alcanza el resultado social esperado, desaparecerían si la norma no existiese o fuese derogada. En estos casos creo que debe evaluarse de manera particular si hay o no hay

---

<sup>286</sup> Se trata claramente de casos muy marginales. Un ejemplo podría ser el siguiente: en la Ciudad de Buenos Aires la Ley 1854 obliga a los vecinos a separar los residuos para el reciclaje y también impone obligaciones posteriores a cargo del Gobierno de la Ciudad para disponer de esos residuos en plantas de reciclaje. Durante años los habitantes resistieron la obligación y no separaban los residuos. Luego de varias campañas de concientización, ajustes legislativos y difusión de la ley, poco a poco los habitantes de la ciudad fueron adquiriendo el hábito de clasificar los residuos. Sin embargo, según reclaman los habitantes y algunas entidades no gubernamentales, es el gobierno el que no cumple ahora su parte de la obligación (ver Greenpeace, Avina, Farn 2015). No obstante la ineficacia de la norma, en la Ciudad de Buenos Aires, especialmente a partir de la crisis de 2001 y en los años subsiguientes, aparecieron muchísimos “recuperadores informales” (conocidos popularmente como “cartoneros”) que recogían residuos reciclables y los vendían a industrias interesadas, impidiendo de este modo que se produjeran mayores daños derivados del entierro de basura. Dado que se trata de actividades informales es difícil conocer el porcentaje exacto del aporte que los recicladores informales realizaron al reciclaje de residuos pero hay quienes estiman que fue alrededor de entre el 15% y el 20% durante el año 2002, lo que equivale a porcentajes europeos de reciclaje (Diario “El País” edición del 25 de agosto de 2002. Disponible en <[http://elpais.com/diario/2002/08/25/opinion/1030226408\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2002/08/25/opinion/1030226408_850215.html)>. Visitado el 1/1/2017). Evidentemente la ley fue y es ineficaz, tampoco fue efectiva pero por razones sociales ajenas a la existencia de la ley, los índices de reciclaje alcanzados durante los primeros años posteriores a la crisis fueron probablemente aquellos a los que se hubiera aspirado lograr con la sanción de la ley. El caso es un ejemplo claro de una ley ineficaz y no efectiva (irracional en Nr3 y Nr4) en la que, sin embargo, se alcanzan los resultados sociales esperados.

Hoy la situación de los recuperadores informales ha cambiado bastante y muchos de ellos asociados en cooperativas han sido contratados por el gobierno o reciben subsidios para contribuir a la tarea de reciclaje (ver The Guardian, edición del 20 de enero de 2016, disponible en [http://www.eldiario.es/theguardian/cartoneros-reciclaje-llega-Buenos-Aires\\_0\\_475953346.html](http://www.eldiario.es/theguardian/cartoneros-reciclaje-llega-Buenos-Aires_0_475953346.html) visitado el 1/1/2017 y Diario “La Nación” edición del 13 de septiembre de de 2013. Disponible en <<http://www.lanacion.com.ar/1619353-los-cartoneros-con-lo-reciclable>> . Visitado el 1/1/2017)

<sup>287</sup> En el capítulo II llamé a este supuesto “efectividad impropia”. Se trata también de casos poco frecuentes. El ejemplo que se propuso era el siguiente: la norma que obliga a frenar completamente el automotor en las señales de “stop” o “alto” o “pare” es generalmente incumplida por los conductores latinoamericanos. La obligación de detener el coche se reemplaza generalmente por una disminución de la velocidad y una mirada hacia la bocacalle o simplemente por esta última acción. Sin embargo, a pesar de la ineficacia de la norma, su finalidad (podríamos asumir razonablemente que es evitar colisiones con otros vehículos), en términos generales, se cumple por la presencia de las otras conductas descritas (disminuir la velocidad y mirar). Es posible asumir que si la norma que ordena parar y la señalización de “pare” no existieran, los conductores no disminuirían la velocidad ni mirarían sino que simplemente se guiarían por la prioridad de paso en las bocacalles. En este caso, una norma no eficaz conduce al objetivo social para el que ha sido dictada.

racionalidad teleológica y en esa evaluación deberían ser consideradas también cuestiones de eficiencia<sup>288</sup>.

## **7.2. Exigencias adicionales de argumentación para los legisladores relacionadas con sus decisiones estratégicas (efectividad y eficiencia).**

Como ya se ha adelantado entiendo que hay racionalidad teleológica cuando una norma (N1) exige, prohíbe o autoriza una conducta (C1) y esa conducta es *realizada* por los sujetos y *conduce* al resultado social o económico inmediato y/o mediato que se espera con su sanción (R1). Esta forma de presentar la racionalidad teleológica es una simplificación para entender el supuesto más básico de efectividad, ya que si bien, en general, las normas primarias comprenderán algún supuesto de prohibición, obligación o permisión, los legisladores tienen muchas alternativas para decidir cómo y en qué medida utilizan esas opciones (tal como se ha visto al inicio de este Capítulo al explorar las diferentes posibilidades estratégicas con las que cuentan los legisladores). Por ejemplo, para solucionar el problema P, se puede optar por hacer obligatoria la conducta C1 o la conducta C2; prohibir totalmente la conducta C3 o sólo prohibirla parcialmente; los destinatarios de la norma pueden ser la totalidad de los sujetos de una comunidad S1 o sólo un grupo de ellos; se pueden asimismo modificar las consecuencias jurídicas ya existentes para el caso (aumentar o disminuir sanciones, modificarlas o modificar de algún modo los incentivos positivos); se pueden modificar circunstancias de modo, tiempo y lugar de aplicación de la norma, etc.

Supongamos, por ejemplo, que el problema detectado es el incremento de la obesidad infantil y los correlativos problemas de salud de niños y adolescentes de todas las clases sociales, por lo que el objetivo del legislador es “disminuir los índices de obesidad infantil a corto y mediano plazo”<sup>289</sup>. En tal caso el legislador tendría ante sí

---

<sup>288</sup> Como se adelantó en el Capítulo II la efectividad impropia de las normas dista de ser una situación ideal. En primer lugar, puede resultar relevante el hecho de que la conducta prescripta por N1 sea C1 y no C2 para alcanzar R1 pues si el legislador optó por la conducta C1 y no C2 para la resolución de un determinado problema es posible que esas conductas no sean intercambiables sin disminución de la eficiencia. También es posible que la elección de determinada conducta resulte necesaria para otras cuestiones como podrían ser mantener la coherencia del sistema jurídico, o incluso, para algún tipo de objetivo simbólico o expresivo del derecho.

<sup>289</sup> Tal como se adelantó en el Capítulo II los resultados sociales esperados son generalmente más de uno. En el ejemplo, sólo para simplificar y demostrar posibles problemas de racionalidad y/o argumentación he propuesto un único resultado u objetivo social esperado. Por otra parte, los resultados sociales esperados no son estáticos ni son únicamente los que el legislador expone. Una interpretación posterior de la ley podría entender que el resultado social o el fin de la norma es “educar alimentariamente a los más jóvenes” además de “disminuir los índices de obesidad infantil y adolescente en todas las clases sociales”. Por otra parte, frecuentemente ocurre que en la interpretación se identifican resultados sociales asociados muy directamente con la conducta ordenada aunque diferenciables de ella, así, si la opción del legislador fuese

diversas opciones todas ellas, en principio y en abstracto, potencialmente efectivas. Algunas de estas opciones serían, por ejemplo: (a) gravar con impuestos adicionales a los productos hipercalóricos y/o a los refrescos azucarados; (b) disponer una dieta más equilibrada en los comedores escolares y aumentar las horas de educación física en las escuelas; (c) prohibir la venta de estos productos en atracciones infantiles, parques, cines, etc.; (d) subvencionar la oferta de meriendas y desayunos saludables; (e) establecer un arancel extraordinario para la atención médica en hospitales públicos para niños y adolescentes considerados médicamente obesos; (f) incluir en el menú escolar de los niños con sobrepeso infusiones de hongos tibetanos que han arrojado buenos resultados en la reducción del peso; (g) prohibir de manera completa la venta en todas las tiendas de alimentación y supermercados de todos los productos considerados hipercalóricos y de las bebidas azucaradas<sup>290</sup>.

Además debería disponer sanciones para los casos de incumplimiento o incentivos para el cumplimiento, y disponer quien será la autoridad de aplicación. Y todavía hay otras opciones estratégicas a considerar por el edictor que se vinculan, de alguna manera, con el nivel de racionalidad-jurídico formal (Nr2). En este sentido, el legislador debería evaluar para la opción (a), por ejemplo, si es más efectivo modificar la ley que regula los impuestos extraordinarios al alcohol o al tabaco y agregar a las bebidas azucaradas y los alimentos altos en calorías a esa regulación o sancionar una nueva ley.

¿Pero qué es exactamente lo que deberían evaluar los legisladores para elegir las opciones disponibles?, o ¿sobre qué deberían argumentar los legisladores en el nivel de racionalidad teleológica?

1) La primer respuesta que deberían buscar los edictores en este nivel de racionalidad es la más obvia y necesaria: ¿los medios escogidos conducen de manera directa o indirecta al resultado social esperado de manera inmediata o mediata?<sup>291</sup>. Este razonamiento requiere, como ya se adelantó al analizar la

---

la de aumentar las horas de educación física en los colegios, un intérprete podría colegir que también es un resultado esperado el de “generar una cultura de la actividad física en las generaciones más jóvenes”.

<sup>290</sup> A las alternativas presentadas anteriormente hay que añadir otras que pueden considerarse opciones legislativas menos ortodoxas (algunas de las cuales han sido mencionadas al inicio de este capítulo). Así, podría también conjunta o alternativamente con las anteriores, iniciar una campaña publicitaria para informar sobre los riesgos de la obesidad infantil; informar en el envase de los productos hipercalóricos sobre los riesgos de su consumo o alguna otra estrategia de regulación tipo *nudge*; podría mediante una norma prescriptora de resultados establecer que debe disminuirse la producción de gaseosas azucaradas y alimentos hipercalóricos en X cantidad de litros/toneladas anuales, etc.

<sup>291</sup> Tal vez antes de esta pregunta correspondería preguntarse si los fines o resultados esperados son lícitos o válidos constitucionalmente. Sin embargo esa pregunta correspondería más bien al nivel de racionalidad jurídico-formal (Nr2) y al nivel de racionalidad material (Nr5) y no a la racionalidad teleológica. Asumiremos para lo que sigue del análisis que efectivamente se trata de fines lícitos.

racionalidad pragmática, que el legislador haga explícitos y claros los objetivos o resultados sociales esperados con la sanción de la norma. Esta explicitación debiera ser, además, lo más exhaustiva y transparente posible.

El razonamiento *mínimo* que se debe exigir a los legisladores puede ser similar al que utilizan los tribunales cuando realizan análisis de racionalidad básicos (*rational relationship test*) frente a planteos de desigualdad de tratamiento legislativo para regulaciones socio-económicas, es decir, cuando no están involucradas categorías sospechosas<sup>292</sup>. Los legisladores deberían entonces argumentar acerca de la razonable adecuación de medios a fines y si estos se producirán de manera directa (y de qué manera) o indirecta (y de qué manera). En el caso de que los resultados esperados se pretendan alcanzar de manera indirecta, los edictos deberían dar razones adicionales sobre qué otras circunstancias debieran estar presentes o están efectivamente presentes para que la efectividad indirecta sea posible. Resulta admisible que esa argumentación se sustente en especulaciones racionales (*FCC v. Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307 (1993)) pues al no estar todavía vigente la ley es posible que no existan pruebas o registros empíricos de la adecuación de medios a fines. Sin embargo, cuando la argumentación se fundamente en especulaciones racionales esta debiera cumplir con ciertos requisitos tales como ser lógicamente consistente (es decir, no incurrir en falacias); resultar compatible con la solución precisa del problema detectado y no con un objetivo diferente; y ser una solución universal y ajustada para el problema detectado (es decir no resultar *irrazonablemente* sobreincluyente o subincluyente)<sup>293</sup>.

Por ejemplo en el caso del ejemplo de la obesidad infantil, la opción (a) gravar con impuestos a los alimentos hipercalóricos y los refrescos azucarados podría (indirectamente, por un desaliento económico) disminuir su consumo en las clases sociales más bajas pero difícilmente impactaría satisfactoriamente en los estratos de mayor capacidad económica; asimismo, la medida tiene un objetivo final que no está directamente vinculado con la disminución del consumo sino con la recaudación impositiva. Algo similar ocurre con la opción (e) que proponía

---

<sup>292</sup> Ver como buenos ejemplos de análisis de racionalidad simple los fallos de la Corte Suprema de EE.UU. *FCC v. Beach Communications, Inc.* 508 U.S. 307 (1993) en donde se niega la ausencia de racionalidad entre medios y fines, y *Morey v. Doud* 354 U.S. 457 (1957) en el cual se acepta la falta de adecuación de medios a fines. En la jurisprudencia Argentina el caso "Arenzon", ya mencionado en el Capítulo II, es también un buen ejemplo de aplicación de este razonamiento jurídico, aunque en este caso se trataba de la afectación a un derecho civil y no una regulación socio-económica (CSJN, "Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno Nacional, Ministerio de Educación -Dirección Nacional de Sanidad Escolar", 15/05/1984 - Fallos 306:400).

<sup>293</sup> Todas las normas son de algún modo sub y sobreincluyentes (ver Schauer 2004, 89 y ss) por eso la necesidad de argumentar a favor de que las normas en el caso concreto no son *irrazonablemente* sub o sobreincluyentes.

establecer un arancel extraordinario para la atención médica en hospitales públicos para niños y adolescentes considerados médicamente obesos<sup>294</sup>. En este último caso, además de resultar una solución posiblemente subincluyente pues podría eventualmente desalentar la obesidad sólo en clases sociales bajas que se atienden exclusivamente en hospitales públicos y a los que un arancel extraordinario podría llevar a modificar la dieta, la conducta establecida por la norma podría resultar incompatible con otras disposiciones sobre igualdad en el acceso a la salud pública (esta contradicción no sería específicamente una irracionalidad sino en Nr2 o en Nr5 en relación con Nr3).

Además, cuando el tema a legislar lo amerite, los argumentos que se brinden deben estar científicamente o técnicamente respaldados, es decir, excluyendo, entre otras cosas, relaciones fundadas en prejuicios (como la asunción de que las personas de baja estatura no pueden ser buenos profesores)<sup>295</sup>, religión, pseudociencias o conocimientos tradicionales (como podría ser la propuesta del ejemplo anterior de obligar a los menores a consumir una infusión de hongos tibetanos para reducir el sobrepeso). En caso de estar disponibles además pruebas o datos empíricos sobre la relación de medios a fines éstas deberían integrar la argumentación legislativa de este primer núcleo. En este sentido, por ejemplo, la opción (b) del ejemplo anterior (imponer una dieta más equilibrada en los comedores escolares y aumentar las horas de educación física en las escuelas) podría acompañarse de pruebas y datos empíricos sobre la relación entre ejercicio físico y pérdida de peso y sobre la importancia de que al menos una de las comidas fuertes del día resulte saludable.

La relación de medios a fines que creo debiera integrar la argumentación legislativa mínima en el nivel de racionalidad teleológica incluye no sólo la relación de adecuación de las conductas exigidas a los fines, sino también la adecuación de las consecuencias del incumplimiento a la consecución de los resultados sociales esperados. El aumento de penas como solución a ciertos delitos que aparecen recurrentemente es, por ejemplo, una situación que requeriría de una argumentación precisa sobre su adecuación a la consecución de la disminución de

---

<sup>294</sup> Si el problema detectado fuera un incremento en los gastos de salud pública producidos por la obesidad infantil y adolescente, el sentido de las normas señaladas como (a) y (e) y sus objetivos sociales serían más ajustados a la opción de gravar con impuestos adicionales los productos calóricos o cobrar aranceles extraordinarios; sin embargo, el objetivo social buscado en el ejemplo es simplemente “disminuir la obesidad infantil y adolescente a corto y mediano plazo”.

<sup>295</sup> Para una mirada jurídica sobre la validez de diferenciar con fundamento en probabilidades, estereotipos y estadísticas ver Schauer (2003) y Lippert-Rasmussen (2011). Desde una perspectiva económica este tipo de análisis es sumamente difundido (ver por ejemplo Fang y Moro 2011).

ese delito y sobre el que, con fundamento en experiencias anteriores de aumento de penas, seguramente existen datos más o menos precisos sobre su efectividad.

2) El segundo nivel o dimensión argumentativa requeriría que el legislador dé razones de por qué de todas las opciones legislativas disponibles (de las opciones debatidas y de las opciones vigentes en el derecho comparado, por ejemplo), la escogida es la que, a su juicio, tiene *mejores perspectivas de efectividad*.

En este juicio, además de la adecuación de medios a fines, otros elementos también pueden ser de importancia como la posible relación coste-efectividad. Ello obedece a que, en muchos casos, la eficiencia y la efectividad no son pasibles de ser analizadas separadamente. Por ejemplo, la opción (b) de modificar la dieta escolar y agregar horas de educación física en las escuelas parece ser más efectiva que la opción (c) de prohibir la venta de productos hipercalóricos en parques, atracciones infantiles, cines, etc. ya que el consumo en esos sitios es esporádico. Además, la opción (b) es, por ejemplo, más costo-efectiva que la opción (d) que implicaría gastos considerables para la subvención de meriendas y desayunos saludables y sus resultados posiblemente menos apreciables. Las normas manifiestamente ineficientes necesariamente reducen la efectividad y cuando ello produce una pérdida de efectividad considerable dejan, a mi entender, de ser racionales en el nivel teleológico (ver gráfico 2).

En esta instancia los legisladores deberían incluir argumentos vinculados con el análisis de la presencia de instituciones informales y por qué la opción escogida es la que mejor se adecúa al objetivo de fortalecer las instituciones informales consideradas valiosas o al de neutralizar o erradicar las instituciones informales disvaliosas.

3) El tercer anillo de argumentación en el nivel de racionalidad teleológica debería contemplar las potenciales consecuencias funcionales y disfuncionales predecibles y los efectos simbólicos o expresivos buscados activamente con la sanción de la norma. Esta argumentación (especialmente en lo relativo a las posibles consecuencias disfuncionales previsibles) debería realizarse tanto respecto de las opciones descartadas como de la finalmente aprobada. Así, por ejemplo, es posible que la prohibición lisa y llana de la comercialización de todos los productos hipercalóricos fuese una opción, en abstracto, más efectiva que cualquier otra, sin embargo, las consecuencias previsibles de tal prohibición resultarían disfuncionales y desventajosas (podría pensarse en el surgimiento de un mercado negro como



ocurre habitualmente frente a las prohibiciones absolutas de consumo de algún producto o sustancia, en la pérdida de muchos puestos de trabajo, en la producción ilegal de este tipo de productos sin el correspondiente control bromatológico, etc.). En la consideración de las posibles consecuencias valiosas o disvaliosas deberían tomarse en cuenta las instituciones informales que interactuarán con la conducta a realizar (Nr3) y con la efectividad esperada de la norma (Nr4).

### **7.3. Breve recapitulación de la relación entre los efectos y la efectividad.**

Así como ciertas consecuencias son pasibles de ser vislumbradas y evaluadas, hay otras consecuencias de la eficacia y efectividad de las normas que no es posible predecir hasta tanto la norma no está en vigor o implementada. Dicha imposibilidad muchas veces está presente aun cuando el edictor haya realizado un trabajo serio de investigación sobre las instituciones informales existentes y otras circunstancias sociales no normativas. Estas “consecuencias objetivas observables” diferenciables de aquello que se vincula con los propósitos de la norma, y no reveladas a los participantes de manera anticipada, son lo que he identificado como “efectos”. Por las anteriores características, los efectos no integran y no pueden integrar como *objeto de argumentación* ninguno de los niveles de racionalidad legislativa; no obstante ello, los efectos son consecuencias que pueden afectar a las normas (en su eficacia o efectividad) de manera funcional o disfuncional.

Como ya se desarrolló en el Capítulo II, la diferencia entre los efectos funcionales y disfuncionales radica en que los primeros serán por definición *beneficiosos* (Merton 1992, 127). En el ámbito de la efectividad ese beneficio se presentará cuando la consecuencia o efecto genere una contribución directa o indirecta a alcanzar el resultado social esperado (R1) u otro resultado considerado socialmente ventajoso. Los efectos o consecuencias disfuncionales son definidos por Merton como las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste de un sistema (Merton 1992, 127). Se identificarán así los efectos *disfuncionales* de una norma cuando las consecuencias observables de su implementación compitan con la finalidad de la(s) norma(s) (tiendan a contradecir o a neutralizar a R1) o conspiren contra su eficacia.

Puede ocurrir que uno o más efectos disfuncionales de una norma afecten de tal manera a la efectividad que anulen las ventajas de que la norma sea efectiva o que anulen directamente la efectividad (se dejan de conseguir los resultados sociales para los que la norma había sido dictada). También podría ocurrir que la norma continuase siendo efectiva pero se afectasen la eficacia o efectividad de otras normas. Por ello, en

el gráfico 2 del punto 7 anterior, se señaló que los efectos no funcionales de las normas pueden llegar a ser potencialmente generadores de irracionalidad en el nivel de racionalidad teleológica. Continuando con el caso hipotético de la obesidad infantil, supondremos que el legislador optó por la opción de la prohibición total de la venta de productos hipercalóricos (a pesar de vislumbrar una serie de consecuencias no deseables); es posible que la norma haya sido efectiva durante los primeros meses (y probablemente más efectiva que cualquier otra) pero al cabo de un tiempo actos de corrupción comenzaron a aparecer y a generalizarse entre los funcionarios encargados de controlar que se cumpla la prohibición y de evitar el mercado ilegal de estos productos. Esta consecuencia observable de la prohibición (no advertida como posible por el legislador) desembocará en la falta de efectividad de la norma que prohíbe la venta de esos productos<sup>296</sup>.

Los efectos pueden ser manifiestos y requerir la modificación o derogación de una o más normas pero también pueden ser menos evidentes y sólo detectables a través de métodos de evaluación de la eficacia y efectividad de las leyes que pueden ser útiles también para capturar la presencia de estos fenómenos (ver más adelante punto 11).

#### 8. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN Y RACIONALIDAD MATERIAL (NR5).

Como he adelantado al inicio del capítulo, propondré denominar al último nivel “*nivel de argumentación y racionalidad material*” en sustitución de la denominación propuesta por Atienza (“*nivel de racionalidad ética*”). Las razones que justifican el cambio de nombre (y también de contenido) se desarrollarán a lo largo de este sub apartado. Sin embargo, puedo presumir que de acuerdo a la nueva versión propuesta por Atienza (2013) la modificación de la denominación del nivel de racionalidad podría ser discutida pero no debería ser rechazada de plano por el autor alicantino. En la versión más actual de la racionalidad ética Atienza sostiene que:

...las conductas prescritas y los fines de las leyes suponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética (tendrían que ser conformes con los valores constitucionales adecuadamente interpretados) (Atienza 2013, 715)

El nivel de argumentación y racionalidad material, tal como lo presento, puede ser entendido como un nivel que permite evaluar la racionalidad del contenido del derecho, no desde una perspectiva ética, sino desde una perspectiva jurídica y de racionalidad

---

<sup>296</sup> El efecto disfuncional hipotético que presento está obviamente tomado de los hechos históricos que ocurrieron como efectos de la llamada “Ley Seca” o “*Prohibition*” en EE.UU.

legislativa en sí misma. Como en los anteriores niveles la mirada estará dirigida a la eficacia y efectividad de las normas y no tengo pretensión de contemplar todos los problemas y cuestiones que eventualmente podrían incluirse en un nivel de racionalidad material o sustantiva.

En mi propuesta este nivel comprenderá los siguientes aspectos: (a) la necesidad de una justificación sobre aspectos sustantivos para la sanción de las normas y la necesidad de revisión adecuada y oportuna de esa justificación y (b) la necesidad de que la norma se inserte de una manera coherente en el sistema jurídico (que como veremos es un concepto más amplio que el de la consistencia).

Propondré que una norma es racional en el nivel material (Nr5) si su sanción y su permanencia en el sistema jurídico está justificada y se inserta coherentemente dentro del sistema de valores que promueve el sistema jurídico.

Antes de comenzar me detendré mínimamente en una crítica a la versión de 1997 de Atienza y algunos comentarios sobre la propuesta actual (2013).

### **8.1. La versión de la racionalidad ética en Atienza en 1997 y 2013.**

Manuel Atienza en su anterior versión de la racionalidad ética sostenía:

...una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque la haya dictado quien carece de legitimación ética, bien porque prescriba comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos (Atienza 1997, 39).

La versión de 1997 no incluía ninguna referencia a los valores constitucionales por lo que no quedaba claro si el juicio sobre la racionalidad ética podía ser un juicio individual y en solitario (lo que justificaría la decisión de incumplir la norma por ser irracional en el nivel ético, incumplimiento que también parecía justificado por Atienza<sup>297</sup>). Este esquema me generaba serias dudas en muchos aspectos (desde la identificación de una autoridad que careciera de legitimación ética hasta el problema de entender como irracional una norma que no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese); pero mi principal problema era admitir (como racional) que el juicio sobre la adecuación ética de las leyes y la justificación de su incumplimiento proviniera de los

---

<sup>297</sup> “El problema esencial de los destinatarios es, por tanto, el de cuándo existe obligación ética de obedecer a las leyes” (Atienza 1997, 39).

propios sujetos obligados y se produjera de manera individual, disgregada y silenciosa<sup>298</sup>.

De acuerdo con el Atienza de 1997 todos los niveles de racionalidad anteriores eran instrumentales a un único y último fin que era la racionalidad ética. Esto no es ni ratificado ni rectificado en la nueva versión de 2013. Si esta posición se mantuviese sería oportuno agregar la crítica promovida por Calsamiglia:

Lo importante de una ley no es la declaración de principios que ofrece sino lo que consigue. Una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley. Puede tener una racionalidad ética, pero si no se cumple, si no se obedece, no consigue su objetivo fundamental (Calsamiglia 1993, 173).

[...]

En el modelo de Atienza se afirma que la racionalidad ética es el fin y las otras racionalidades son instrumentales. Sin embargo, creo que esos instrumentos son componentes de la racionalidad ética porque un muy buen diseño ético de una ley no produce una buena ley. Lo que consigue la ley es el criterio fundamental (Calsamiglia 1993, 173).

Respecto de la versión actual de la racionalidad ética la crítica más importante que podría realizarse es acerca de la falta de precisión sobre cuál es el significado de la frase “valores constitucionales adecuadamente interpretados”. Una posible interpretación de esa frase podría suponer la superposición de este nivel de racionalidad con el nivel de racionalidad jurídico-formal (Nr2). En este sentido, podría interpretarse que una norma que se oponga a los valores constitucionales será inconstitucional, por lo tanto inconsistente con el sistema jurídico en el cual pretende insertarse y por ello irracional en Nr2. Sin embargo, también es posible darle a la frase conflictiva una lectura a otra luz que podría no superponerse con Nr2 y ser compatible con algunos aspectos de la idea de racionalidad material que se presentará aquí.

## **8.2. La necesidad de argumentación (justificación) sobre aspectos sustantivos para la sanción, no sanción y la revisión de las normas.**

Como se adelantó, las pretensiones de este trabajo son limitadas en el ámbito de la racionalidad material y los límites auto impuestos pasan por no perder el hilo conductor respecto de la eficacia y la efectividad, la relación entre actividad legislativa y estado de

---

<sup>298</sup> Hago hincapié en la idea de un juicio sobre la adecuación ética de las leyes que se produzca de manera *individual, disgregada y silenciosa* porque quiero diferenciar esa situación –que conduce a la ineficacia de las normas– de otros supuestos en donde la injusticia o inmoralidad de una ley conduce a un movimiento o manifestación de desobediencia civil. No hay en el caso de la desobediencia civil una “justificación” o “auto-justificación” del incumplimiento sino una protesta abierta contra la norma.

derecho, y agregaré aquí algunos aspectos muy superficiales sobre actividad legislativa y desarrollo.

Muchos aspectos que surgirán en esta sub-sección han sido ya tratados como requisitos argumentativos o de racionalidad en niveles anteriores. Sin embargo, en este nivel esas mismas exigencias serán entendidas como justificando cuestiones de índole material o sustantiva. Así, por ejemplo, en el nivel de racionalidad teleológica se propuso una exigencia argumentativa vinculada a la adecuación de medios a fines. En ese caso la justificación se requería para poder evaluar si la norma, una vez sancionada y en vigor, realizaba el propósito para el que había sido dictada, es decir, para poder valorar su efectividad. En el caso de la racionalidad material se requerirá de una argumentación similar sobre la adecuación de medios a fines pero no ya para evaluar su efectividad sino, por ejemplo, para valorar si de todos los medios disponibles el legislador ha escogido aquel que resulta menos lesivo a otros valores constitucionales o que resulta menos disruptivo de la coherencia del sistema de valores que promueve el sistema jurídico.

Aclaradas las cuestiones anteriores creo que para empezar a explorar este nivel de argumentación material es menester, por un lado, saber cuáles son los contenidos legislativos necesarios que consideramos debe tener un sistema jurídico (esto nos dará respuesta a cuándo una intervención legislativa está justificada en el nivel material y cuándo una intervención legislativa es exigible) y por otro lado, cuáles los límites de ese contenido legislativo (esto nos dará respuesta a la pregunta de cuándo el contenido es injustificado por exceder esos límites). La respuesta a ambas preguntas dependerá crucialmente de decisiones o posiciones vinculadas con los puntos de partida sobre los que se construye la propuesta de racionalidad legislativa. Así, para un autor como Wintgens, que considera que es la libertad como *principium* aquello que justifica la intervención legislativa y a su vez limita al legislador, los posibles requisitos o principios en el nivel sustantivo o material serán diversos que, por ejemplo, los que propone Kristan cuyo punto de partida es una determinada concepción del estado de derecho y sus extensiones (Kristan 2013, 481). Trataré de delinear los contenidos necesarios y límites que creo coherentes con los puntos de partida de este trabajo en general y del capítulo en particular:

(1) *Contenidos necesarios*: el legislador debe dictar normas que se adecúen al programa constitucional. Esto es debe recoger legislativamente –cuando sea necesario– los principios, el programa político, económico y social que establece la Constitución. La Constitución no es entendida aquí únicamente como un límite a la

actividad legislativa sino también como un mandato de actividad<sup>299</sup>. El dictado de esas normas es el reflejo de la adecuación del comportamiento del legislador a la ley, por lo que podría considerarse que su dictado implica realizar lo que aquí se ha identificado como el núcleo principal del estado de derecho. De este modo, la adecuación del comportamiento de los edictores a la ley requiere que, cuando sea necesario, se traduzcan las directrices constitucionales en normas, programas o medidas concretas<sup>300</sup>. Cuando se piensa en este tipo de mandatos constitucionales que pesan sobre el legislador generalmente se vincula el contenido de estas obligaciones con la satisfacción de derechos de las personas (como en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional español citada en una nota al pie anterior); sin embargo, creo que no sólo las relaciones verticales tipo uno y tres que estructura el estado de derecho deberían ser objeto de esta obligación sino también las relaciones horizontales en cuanto las constituciones garantizan muchas veces derechos para el ejercicio de los cuales es necesario regular las relaciones horizontales<sup>301</sup> y, por supuesto, las relaciones verticales tipo dos, que como se dijo al analizar la cuestión del estado de derecho, resultan fundamentales para cualquier visión del estado de derecho que se pretenda asociar positivamente con el desarrollo. Asimismo las relaciones verticales tipo cuatro (Estado-Estado) son un mandato constitucional esencial al que el legislador debe atender para transformar, cuando sea necesario, la estructura organizativa del Estado en normas jurídicas.

Además, en relación con el interés de esta investigación, podría identificarse una obligación de los legisladores de sancionar las normas conducentes al desarrollo si así lo establece la constitución. Por lo general, las constituciones aún cuando no

---

<sup>299</sup> El Tribunal Constitucional español ha hecho referencia a esta obligación del legislador desde una perspectiva de derechos. No veo razones para no entender en el mismo plano a sus obligaciones relativas al desarrollo. Ha sostenido el TCE que "...de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa” Tribunal Constitucional Español, Sentencia 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985) fundamento 4.

<sup>300</sup> Por supuesto que no es difícil identificar normas constitucionales que no requieran de una traducción legislativa y por ello se hace hincapié en la idea de que la obligación de actuar es sólo cuando resulte necesaria.

<sup>301</sup> Pienso, por ejemplo, en los arts. 17 y 20 de la Constitución Nacional Argentina que establecen respectivamente el derecho de los habitantes a "...usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles [...] enseñar y aprender” y que garantiza a los extranjeros el derecho a "...ejercer su industria, comercio y profesión...”.

mencionen expresamente la palabra “desarrollo” asumen algún modelo de crecimiento económico, de distribución y de desarrollo social<sup>302</sup>.

Asimismo, para que estos mandatos tengan sentido debe entenderse que existe una obligación adicional a la anteriormente descrita y que exige dictar las normas necesarias para evitar que se frustren las medidas adoptadas. Es decir, además de resultar una obligación intentar alcanzar la eficacia y la efectividad de las normas dictadas en respuesta a los lineamientos constitucionales, deben dictarse normas que repelan situaciones normativas o fácticas que entorpezcan su eficacia y efectividad. Así, por ejemplo, considero que cualquier modelo de desarrollo de los que hemos seguido en este trabajo exige una actividad legislativa proactiva para eliminar la corrupción.

Finalmente, pero de relevancia primordial, las normas formales deben asegurar que se cumplan con los requisitos mínimos del estado de derecho. Así, considero que existe una obligación de asegurar positivamente la no retroactividad de las normas (con excepción de ciertos casos que benefician al ciudadano), la imparcialidad e independencia de los jueces, un sistema de control acerca de los mecanismos que se utilizan para la sanción y/o derogación de normas, un sistema de control sobre la legalidad del contenido de las leyes, etcétera.

Estas obligaciones de dictar normas en determinado sentido no releva de la justificación o argumentación que se debe brindar durante el proceso legislativo y que será objeto de tratamiento más adelante.

(2) *Contenidos no necesarios pero autorizados y justificados*: el legislador tiene amplio margen para legislar acerca de aspectos que no responden a mandatos constitucionales siempre que éstos estén justificados en los términos que se verán más adelante, que estén autorizados expresamente o no estén prohibidos directa o indirectamente, no se opongan a límites constitucionales y no generen innecesaria hipertrofia normativa (los dos últimos supuestos generarían irracionalidad en Nr2). Además propondré como requisito adicional de justificación que este tipo de contenidos no resulte en una ruptura de la coherencia del sistema jurídico –como se verá, la coherencia es un concepto más amplio que el de la consistencia–.

---

<sup>302</sup> Constitución Nacional Argentina, Art. 75 “Corresponde al Congreso... inciso 19. “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”. Otras constituciones tienen también referencias concretas al desarrollo pero sin adoptar un modelo concreto lo que aparentemente sería discrecional del poder político: la Constitución Política del Perú en su Artículo 192 dispone “Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo...”.

(3) *Límites jurídicos*: los legisladores deben actuar –por el mismo principio central del estado de derecho– limitados por las normas. Así, la Constitución y otras normas superiores a la que se dicta en el caso concreto, imponen límites infranqueables al contenido de las normas y al modo en que se lleva adelante la actividad legislativa.

(4) *Límites derivados de la coherencia como un elemento de racionalidad material*: acerca de este límite que propondré incorporar como un elemento de la racionalidad material me detendré más adelante en el punto 8.4. Es necesario aclarar que no se trata de un límite jurídico (no está impuesto por el derecho positivo) sino que se construye como un requisito propio del modelo de legislación racional que aquí se propone.

### **8.3. La justificación necesaria para el dictado de normas, para el no dictado de normas y la revisión de la justificación de normas existentes.**

Como se sostuvo al inicio de este capítulo, los legisladores, a diferencia de los jueces, poseen un campo muy amplio para desplegar su actividad por lo que el control sobre *aquello que hacen o dejan de hacer y por qué lo hacen o lo dejan de hacer*, se torna especialmente relevante. Esta relevancia se vincula con algunos requisitos señalados como constitutivos del estado de derecho, especialmente con el requisito de que las decisiones de los órganos del Estado puedan ser revisadas y controladas por otros y eventualmente se impongan responsabilidades a los funcionarios públicos<sup>303</sup>.

(a) Considero que en el nivel de racionalidad material, el primer requisito argumentativo es muy general y se vincula con las razones generales (el *por qué*) el legislador adopta determinada medida legislativa. Como indica Kristan:

...toda decisión particular por parte del legislador debe ser acompañada por una notificación de las razones. Además, debido a que cada elección por los poderes autoritativos es cuestionable (por arbitraria), deben ser publicadas las razones que fundamentan el haber adoptado una de las diversas posibilidades de acción. En caso contrario, estas razones no se podrían realmente revisar (Kristan 2013, 483).

---

<sup>303</sup> Hay algunas exigencias que podrían vincularse con el nivel de racionalidad material (especialmente por la vinculación que planteo que existe entre este nivel y las posibilidades de establecer responsabilidades políticas o de otro tipo) pero que no incluyo en este apartado ya que no tienen relación directa con la actividad de justificación o de argumentación sino que más bien deberían proponerse como ideas de *lege ferenda* sobre la actividad legislativa. Por ejemplo, la transparencia de la actividad legislativa debiera ser garantizada de manera tal que fuera posible controlar *aquello que hace el legislador*: conocer su agenda de reuniones, los proyectos que ha presentado, cómo ha votado, a cuántas sesiones ha concurrido, cuáles son sus gastos de representación y otras cuestiones.



El deber general de justificación del contenido de las normas se puede precisar un poco más a través de los siguientes requisitos adicionales y más precisos. Algunos de estos requisitos se vinculan con exigencias argumentativas de otros niveles anteriores.

(b) Es posible entonces adicionar a la exigencia argumentativa general señalada anteriormente la siguiente: como las personas no siempre están en condiciones de comprender algunos aspectos técnicos de la legislación, las decisiones legislativas deberían estar explícitamente conectadas a valores o intereses abstractos (Kristan 2013, 484)<sup>304</sup>. De esta manera, especialmente respecto de leyes complejas o muy técnicas, es posible controlar de alguna manera preliminar si el legislador al dictar una norma lo hace dentro de las alternativas que son mandato constitucional, que son permitidas (y en tal caso si está justificado su dictado) o si se excede en aquello que la constitución o las leyes superiores le permiten. Por otra parte, esta transmisión de los valores o intereses abstractos constituyen una forma más de dar a las personas la posibilidad de conocer profundamente las normas, de hacerlas inteligibles y de poder controlar su *coherencia* con el resto del sistema jurídico (requisito de este nivel de racionalidad material).

(c) Lo anterior se conecta con otra idea que tomo de Kristan y que constituye el segundo requisito específico. Los legisladores deberían justificar que el contenido dado a la norma es necesario para proteger el valor, lograr el objetivo o el fin de la intervención legislativa y mostrar que otro tipo de intervenciones no serían suficientes para llegar al fin u objetivo de la (Kristan 2013, 486). Se trata de una argumentación similar a la que se ha propuesto como exigencia en el nivel de racionalidad teleológica sobre adecuación de medios a fines pero respecto de los *valores* que informan la sanción de una norma.

(d) Si la norma en cuestión es además restrictiva de derechos constitucionales de las personas o de algún modo implementa diferenciaciones en el acceso a derechos entre personas que se fundamentan en categorías sospechosas, surge un nuevo requisito justificatorio: ésta debiera expresar que el contenido de la norma se encuentra en directa relación con la necesidad de protección del valor y que se trata del medio menos restrictivo de todos los que se tenían al alcance (para ello se deberán descartar justificadamente los otros medios posibles)<sup>305</sup>. La idea es, similarmente a lo propuesto

---

<sup>304</sup> Tomo esta idea de Andrej Kristan aunque él no encuentre para ella la misma razón de ser. En el caso de Kristan la idea de la explicitación de los valores se vincula con la posibilidad de que el electorado escrute la conducta de los legisladores (Kristan 2013, 484).

<sup>305</sup> En general se considera que la raza, el origen étnico, nacional o religioso, y en ciertas ocasiones el sexo o la orientación sexual son categorías sospechosas. No se trata de un *numerus clausus* y lo importante para identificar una categoría sospechosa es que la diferenciación se realice sobre la base de cuestiones

en el nivel de racionalidad teleológica, trasladar el análisis de racionalidad o de razonabilidad que ha desarrollado la jurisprudencia a la instancia legislativa. En este caso, al tratarse de restricciones de derechos o de potenciales diferenciaciones irrazonables fundamentadas en categorías sospechosas, en lugar del test de racionalidad simple (*rational relationship test*) se requerirá un más exigente estándar que podría ser el llamado test de racionalidad intermedia (*intermediate scrutiny*) o el test de racionalidad estricto (*strict scrutiny test*). Esta mayor exigencia tiene un doble propósito. Por un lado, pretende que el legislador no exceda los límites impuestos por la Constitución restringiendo arbitrariamente el acceso a derechos a quienes ésta se los ha concedido. Es decir, es un test que el propio legislador debería imponerse para demostrar que está actuando dentro de los límites que la Constitución le impone y por ende, siguiendo los lineamientos más elementales del estado de derecho. En segundo lugar, si el test está realizado concienzuda y sinceramente se tratará de un modo de sancionar leyes más eficientes ya que serán más infrecuentemente declaradas inválidas por los mecanismos de control de constitucionalidad.

(e) Adicionalmente creo que debería pesar sobre los legisladores un deber de revisar las normas obsoletas y derogarlas o modificarlas. Hay varios sentidos en los que se puede vincular eficacia, efectividad y el contenido desactualizado de las normas:

(i) muchas normas son completamente eficaces porque la conducta que ellas mandan o prohíben han dejado de ser un hábito convergente o porque ha desaparecido la norma social que se intentaba neutralizar con la norma formal o la situación generadora de la necesidad de la norma. Es decir, se trata de casos en donde la interacción social ya no está fallando (Wintgens 2012, 283). El caso de la subsistencia de la prohibición del duelo en muchos códigos penales de occidente es un ejemplo de ello. En este caso el resultado social esperado no ha perdido actualidad (nadie duda de que sigue siendo un resultado social valioso que la gente no se bata a duelo) pero ha perdido sentido la norma por la desaparición de la conducta como problema que conduce a un resultado social indeseado. Esto no es en sí mismo un problema en los términos en los que aquí se entiende la legitimación para un contenido legislativo (para un autor como Wintgens la norma está deslegitimada y no está justificada por los principios de alternatividad y densidad normativa y debe ser derogada (2003, 39)), pero sí es un problema para la

---

inmutables o difícilmente modificables (Lyng v. Castillo 477 US. 365); que se trate de rasgos visibles o notorios y que el grupo diferenciado se encuentre en una situación inferior para proteger sus derechos por medio del proceso político (United States vs. Carolene Products, 304 U.S. 144). Sin embargo, más allá de estas líneas generales para reconocer las categorías sospechosas, es posible encontrar una variedad de matices en cada país de lo que podrían resultar categorías sospechosas de acuerdo a sus composiciones demográficas, culturales, etc.

posible generación de hipertrofia normativa y por lo tanto genera una irracionalidad en Nr2.

(ii) Otras normas consagran como obligatorias o prohibidas conductas que han quedado obsoletas o desactualizadas aunque el resultado social esperado sigue siendo valioso. La diferencia con el caso anterior es que en estos el resultado social no se logra alcanzar por la forma anacrónica en que está concebida la conducta prohibida u obligatoria. Schauer trae el ejemplo de la Séptima Enmienda de la Constitución de EE.UU que prohíbe que se someta a juicio por jurados todo litigio que no supere los veinte dólares (Schauer 2013, 40). El resultado social esperado con la regla era evitar poner en movimiento la maquinaria judicial por juicios con poca relevancia económica, y aparentemente, podría seguir siendo una razón subyacente válida y vigente. Sin embargo, la depreciación del valor de la moneda desde 1791 hasta hoy ha tornado a esa suma irrelevante y en este caso “las palabras de la ley derrotan a su propósito” (Schauer 2013, 41). La revisión de este tipo de situaciones generaría que normas formales socialmente valiosas volvieran a ser efectivas.

(iii) El último caso de normas obsoletas es tal vez el más conflictivo y se presenta cuando el resultado social esperado es el que ha quedado superado o desactualizado, y justificar o argumentar (hoy) para mantener la norma resultaría problemático para el legislador de acuerdo a los estándares de justificación presentados anteriormente y el que se presentará en el punto siguiente vinculado con la coherencia del sistema jurídico. En estos casos, las normas pueden ser eficaces o no, pero más allá de ello el problema es que el resultado social esperado es hoy –a diferencia de lo que pudo haber ocurrido en el momento de su dictado– considerado disvalioso, innecesario o superfluo por el sistema jurídico.

Hay muchos ejemplos de este tipo de situaciones. Especialmente resultan difíciles de justificar en este nivel de racionalidad las normas que impiden a las mujeres (o a otro grupo determinado por ciertas características inmutables) realizar ciertas actividades como administrar sus bienes cuando han contraído matrimonio (Art. 1749 del Código Civil chileno); o que impiden a las mujeres realizar ciertos trabajos como la “destilación, fabricación o mezcla de licores” (art. 10 de la ley 11.317 de Argentina), trabajar en la “carga y descarga de navíos”, “en canteras y trabajos subterráneos”, “como maquinistas y foguistas” (todos estos supuestos integran el art. 11 de la ley 11.317 de Argentina)<sup>306</sup>. Finalmente el caso más llamativo de esta legislación argentina, establece como

---

<sup>306</sup> Insólitamente la ley 11.723 que regula el trabajo de niños y mujeres (dictada originariamente en 1924) fue derogada casi por completo en 1974 con excepción de los artículos 10 y 11 que son los que parcialmente se reproducen en el texto y los artículos 19 a 24 que se encuentran, todos ellos, en vigor.

prohibido el trabajo de mujeres en “el expendio de bebidas alcohólicas, destiladas o fermentadas y en cualquier local o dependencia en que se expendan” (también en el art. 11 de la ley 11.317 de Argentina). El cumplimiento de la norma llevaría a que las mujeres tuvieran prohibido trabajar en todo tipo de restaurantes, cafeterías, bares e incluso en supermercados. Obviamente esta norma es completamente ineficaz y su ineficacia es entendida como “natural” o “justa” ya que diversas normas sociales que han surgido y se han arraigado desde 1924 impiden encontrar disvalioso que una mujer trabaje en estas tareas y por el contrario consideran que este tipo de trabajo en manos de una mujer es positivo o deseable. Pues bien, aquí la norma social ha avanzado más rápidamente que la legislación y resulta coherente con el resto del sistema jurídico mientras que la norma formal vigente ya no es coherente con las razones como valores de las normas en su conjunto.

Su ineficacia es, sin embargo, problemática por varios motivos: en primer lugar, como ya hemos dicho, “...una de las principales características de las reglas –la que las convierte en reglas– es que lo que la regla dice realmente importa...” (Schauer 2013, 34) y esta regla está vigente por lo que más allá de las razones subyacentes (rechazables sin lugar a dudas) y el cambio de normas sociales verificado, sigue siendo una norma vigente y habría que cumplirla excepto que fuese derogada o declarada inconstitucional; por otra parte, cualquier reclamo por su incumplimiento pondría a los jueces en una encrucijada pues excepto que la declararan inconstitucional deberían aplicarla<sup>307</sup>; finalmente reitero una idea que mantuve a lo largo de esta tesis: no son las personas o los sujetos normativos quienes debieran juzgar sobre las bondades o sobre la justicia de una norma formal y utilizar ese juicio como fundamento para su incumplimiento. Razonamientos como este son los que considero que producen la mayor parte de los problemas vinculados a la ineficacia que –en este caso– podría parecer razonable para casi todos pero en otros casos sólo parecerá razonable para algunos y finalmente la idea de que podemos cumplir o incumplir la norma según nuestro criterio de justicia se termina instalando. Si se pretende corregir ese modo de auto-justificar masivamente el incumplimiento normativo, la racionalidad en Nr5 requiere que las autoridades revisen regularmente que el contenido de las normas no esté desactualizado o sea incongruente con los valores que promueve el sistema jurídico.

(f) El último requisito argumentativo que propondré en este nivel de racionalidad material será desarrollado en el punto siguiente y se puede resumir de este modo: al dictar una norma los edictores tienen la obligación de revisar que los valores o las

---

<sup>307</sup> Estimo que habría muy buenas razones para esa declaración de inconstitucionalidad.

razones de esas normas sean coherentes con los valores constitucionales y con los valores más relevantes que las otras normas del sistema jurídico promueven. Esto es lo que llamaré la coherencia del sistema jurídico.

#### **8.4. La coherencia del sistema jurídico como aspecto relevante de la racionalidad material y como instrumento para la eficacia.**

Habitualmente se evalúa la consistencia o inconsistencia de un sistema jurídico mediante la constatación de la presencia o no de antinomias. Es decir, la precisa contradicción entre un caso C de un universo de casos que está correlacionado con al menos dos soluciones incompatibles entre sí (Moreso y Vilajosana 2004, 105). Esta visión de la consistencia de un sistema jurídico vinculada con la racionalidad jurídico-formal (Nr2), como se refirió anteriormente, es de suma importancia para que las normas resulten eficaces. Sin embargo, creo que es posible evaluar la congruencia de un sistema jurídico en términos que no se limiten a su consistencia lógica sino también a la coincidencia y armonía entre las razones como valores de las normas (Rodríguez Blanco 2018, próxima publicación), es decir a su coherencia<sup>308</sup>.

Por cierto, la ausencia de coherencia a la que me referiré no tendrá como consecuencia la exclusión de la aplicación de una norma como ocurre frente a la inconsistencia lógica, pero es posible prever que un más alto grado de coherencia promoverá un mayor conocimiento profundo o inteligibilidad de las normas.

Las incoherencias pueden presentarse en diferentes escalas y en distintas versiones, desde casos muy notables como cuando una ley contradice de manera directa las razones y valores que otras promueven<sup>309</sup>; hasta casos en donde los *efectos*

---

<sup>308</sup> Me refiero aquí a “coherencia” de un modo mucho más modesto que como lo utiliza Luc Wintgens para quien la coherencia es uno de los cuatro principios de la jurisprudencia y tiene un contenido mucho más ambicioso y amplio que el que pretendo darle en este apartado. A pesar de la diferencia de profundidad, de algún modo imperfecto es posible asimilar la idea de coherencia que aquí transmitiré a lo que Wintgens denomina nivel de coherencia<sub>2</sub> y nivel de coherencia<sub>3</sub>. No obstante estas aclaraciones tomaré algunas de las ideas de Wintgens respecto de la coherencia aunque sin pretender utilizar completamente su concepción de este término (ver Wintgens 2012, 235-257).

<sup>309</sup> Los casos de Chile y Argentina respecto de las mujeres que se han planteado anteriormente pueden ser un buen ejemplo de ello. En este sentido Chile, ha firmado y ratificado la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” y cuenta con leyes muy avanzadas sobre igualdad de género y de prohibición de la discriminación tales como la ley 20.609. Sin embargo, el Código Civil chileno todavía mantiene el régimen de que las mujeres casadas no pueden administrar el patrimonio conyugal ni el propio. El Art. 1749 dispone que “El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales”. “Como administrador de la sociedad conyugal, el marido ejercerá los derechos de la mujer que siendo socia de una sociedad civil o comercial se casare, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150...”.

de una ley resultan contradictorios con los valores que promueven otras normas<sup>310</sup>; situaciones en donde ciertas normas contradicen los valores promovidos por una política pública enunciada por el poder político y que se ha reflejado en diversas normas<sup>311</sup>; o incluso la falta de coherencia podría aparecer de la mano de ciertas excepciones a la aplicación de las normas cuya justificación no parece obedecer más que al mantenimiento de privilegios y no resisten los estándares más básicos de análisis jurídicos sobre igualdad ante la ley<sup>312</sup>. También, por supuesto, la falta de coherencia tal como la entiendo aquí comprendería lo que interpreto describe Atienza en la versión actual de la racionalidad ética, esto es, la posible falta de conformidad de una norma o un conjunto de ellas con los valores constitucionales aun cuando esa incoherencia no llegase a ser tan profunda como para representar un caso de “inconstitucionalidad” (en tal supuesto la irracionalidad se presentaría en Nr2 y no en Nr5).

Estas ausencias de coherencia en el sistema jurídico generan irracionalidades en el nivel material pero además son potenciales generadores de problemas en el nivel de la eficacia (Nr3) y ello no tanto por la dificultad para comprender una determinada institución o regla del juego sino para entender *el juego* en sí mismo y para poder comportarse de acuerdo a lo que el juego exige pudiendo prever cuál es el comportamiento exigido, exigible o esperable aunque se desconozca la norma precisa que rige en ese ámbito.

Asimismo, estos problemas de coherencia, pueden generar ineficacia por profundizar las oportunidades para los incumplidores periféricos (¿por qué voy a pagar impuestos si los jueces no lo hacen?) y para la “racionalización” de la justificación del incumplimiento normativo (¿por qué voy a pagar lo mismo a una mujer que a un hombre si contratar a un hombre es a largo plazo más barato ya que no tendré que afrontar los costes de su baja maternal?).

---

<sup>310</sup> Muchos países tienen normas sobre igualdad de género e igualdad de trato y condiciones laborales entre hombres y mujeres pero al establecer que las bajas por nacimiento de un hijo rigen exclusivamente para las mujeres, producen un *efecto disvalioso*: que la contratación de una mujer sea siempre más riesgosa para el empleador y ante la opción de contratar un hombre o una mujer se decanten por el primero o trasladen el riesgo de la baja maternal a la desigualdad salarial.

<sup>311</sup> Ciertos países latinoamericanos como Argentina, Brasil o Uruguay en la primera década de este siglo y parte de la actual, promovieron como política pública primordial la reducción de la pobreza y la desigualdad. Para alcanzar esos objetivos se sancionaron diversas leyes y muy especialmente se hizo hincapié en sostener y mejorar los programas de transferencias condicionadas y se logró, en buena medida, una mejora de ambos problemas. Sin embargo, no se modificaron las políticas impositivas que establecen impuestos regresivos y que afectan de una manera directa a los más pobres y profundizan las situaciones de desigualdad.

<sup>312</sup> En la República Argentina el impuesto a las ganancias se aplica a todos los habitantes que perciban un ingreso que supere un monto que se ajusta anualmente. Sin embargo, sin ninguna razón jurídica que justifique tal diferenciación, los jueces, fiscales y defensores oficiales están exentos del pago de ese impuesto.

Llegado este punto es posible dar algunas precisiones más sobre qué significa la “comprensión profunda” de las normas: como ya he adelantado, considero a los sujetos normativos como “agentes autónomos, racionales e inteligentes” con relación al ordenamiento jurídico (Postema 2012, 86, 89 y 91) y por lo tanto capaces de comprender no sólo las reglas aisladamente sino cómo ellas se interrelacionan y, de alguna manera, el modo en que funcionan como sistema. Comprender profundamente una norma o un conjunto de normas implica entender la conducta prohibida, obligatoria o autorizada; comprender las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento de la norma; entender para qué se ordena esa conducta; comprender por qué hay una relación de medios a fines entre lo que la norma exige y el resultado esperado; y finalmente tener la tranquilidad (en el sentido de no tener que especular en contra de ello) de que esa norma se inserta dentro de un sistema jurídico que promueve valores que no serán incoherentes o inconsistentes. Siguiendo con la tan útil analogía propuesta por D. North, un conocimiento profundo de las normas nos permite *entender* el juego que promueven las normas formales y no sólo conocer y comprender sus reglas. Esto resulta tal vez muy sencillo para quienes nos hemos formado en derecho y estamos a diario en contacto con el devenir del sistema jurídico, sin embargo, no es tan claro para el resto de las personas que pueden llegar a tener un conocimiento profundo (incluso un conocimiento técnico) de ciertos aspectos del derecho por desempeñar una actividad o función que así lo requiera, pero que tal vez fuera de esas áreas no entiendan el modo en que se juega el juego.

#### **8.5. Breve excursio: ¿el desarrollo requiere de algún contenido concreto del derecho?**

Antes de pasar a la próxima sub-sección creo necesario introducir un último tema vinculado al desarrollo y la racionalidad material en el ámbito legislativo: ¿el desarrollo requiere de algún contenido específico del derecho para poder predicar que se cumple con este nivel de racionalidad material?. La respuesta, lógicamente, depende de la concepción del desarrollo que se adopte y dentro de éstas incluso será posible encontrar fuertes matices y diferencias. No pretendo dar una respuesta exhaustiva a esta pregunta pero tampoco resulta irrelevante su tratamiento en el contexto de esta tesis. Antes de intentar un listado sumamente incompleto de “contenidos”, debo aclarar que este es solo tentativo y no hay, como ha quedado probado luego de la experiencia del Consenso de Washington, ningún camino único o una única alternativa posible. Más aún, elementos centrales tanto del NIE como del Desarrollo Humano pueden ser

reinterpretados o aplicados de una manera heterodoxa. Como se ejemplificó en el Capítulo I, los derechos de propiedad han sido entendidos en China de una manera completamente diferente a la concepción tradicional que tenemos en el mundo occidental sobre ellos y el resultado ha sido –en términos de crecimiento económico– mucho mejor que el de Rusia que luego de la caída del régimen comunista se volcó rápidamente a una concepción tradicional del derecho de propiedad. Con todas estas cuestiones bajo consideración me permitiré delinear un esquema mínimo y superficial de contenidos que tanto el NIE como el Desarrollo Humano podrían requerir de las instituciones formales.

Un enfoque como el del NIE exigirá que los contenidos se vinculen fuertemente con lo que se ha llamado el “triángulo de oro” de esta concepción (Ménard y Shirley 2014), es decir, la protección del derecho de propiedad en sentido amplio, las características de ejecución de los contratos y la reducción de los costes de transacción para actividades económicas, en general y contractuales, en particular. La protección fuerte y amplia del derecho de propiedad debería incluir no sólo la protección del derecho a la propiedad de los medios de producción o a la propiedad de los bienes inmuebles, sino también la protección de la propiedad de bienes inmateriales como la propiedad intelectual. Incluso algunos pensadores que podrían identificarse de algún modo con esta línea de pensamiento promoverían seguramente en América Latina programas para la titulación de tierras para los poseedores irregulares o formas de simplificación para la realización de actividades comerciales que permitieran la inclusión de las personas con menos recursos en la economía oficial y la protección de los derechos de propiedad de éstos.

Asimismo, las características de aplicación de las leyes y en particular los modelos para hacer efectivo el cumplimiento contractual serán de suma importancia como “contenido” del derecho en una visión como la del NIE. De acuerdo con North, la creación de un sistema judicial relativamente imparcial que resuelva las disputas contractuales ha sido un bloque crítico en el camino hacia el desarrollo económico, la evolución de los tribunales, los sistemas jurídicos y un cuerpo relativamente imparcial de aplicación judicial ha jugado un rol mayor al permitir el desarrollo de un sistema de contratación complejo que se puede extender en el tiempo y el espacio... (North 1992, 478-9).

La disminución de los costes de transacción puede conseguirse de una infinidad de maneras y dependerá de cada sistema en particular encontrar las mejores opciones; sin embargo, una lista orientativa y con pretensión de universalidad es la que puede



extraerse de los factores y sub-factores incluidos en el “Índice Facilidad para Hacer Negocios” del Banco Mundial<sup>313</sup>.

Por otra parte, no creo que ninguna visión emparentada con el NIE pueda descuidar el contenido del derecho en lo que se refiere a “recoger en normas” los requisitos formales del estado de derecho. Como ya se ha dicho en diversas ocasiones en este trabajo, las buenas normas pierden sentido si existen aisladamente, esto es, fuera del contexto de seguridad, previsibilidad y orden (Nino 2005, 42) que otorga el estado de derecho. Sin el contexto de un estado de derecho medianamente fuerte, las instituciones dejan de ser los “constreñimientos” o “limitaciones a la interacción humana” (North 1991,97; 1995, 13) que permiten el paso del *estado de incertidumbre* al de “*riesgo*” (recordemos que el riesgo es una condición de la cual es posible derivar una probabilidad de distribución de resultados de manera tal que uno pueda asegurarse contra esa condición. En cambio, de la incertidumbre, no es posible derivar esa probabilidad de distribución de resultados (North 2005, 14)).

Finalmente pareciera que cualquier esquema mínimo de contenido legislativo que pretendería promover el desarrollo desde el prisma del NIE, requeriría el fortalecimiento institucional de la competencia y la eliminación al máximo posible de los elementos que conspiran contra ella (intervención del estado en el favorecimiento de ciertas actividades, la promoción indiscriminada de subsidios y muy especialmente la corrupción pública).

Con relación al Desarrollo Humano (DH), la otra gran escuela de pensamiento sobre desarrollo a la que se ha seguido en esta tesis, los posibles contenidos de la ley son aún más difíciles de reducir a un listado medianamente limitado. Otra vez, el contenido de las leyes necesario para la expansión de las capacidades humanas dependerá del contexto de cada país y no parece haber una receta única para ello. Esto es aún más

---

<sup>313</sup> Los factores y sub-factores más vinculados a la reducción de los costos de transacción son los siguientes en el Índice de Facilidad para Hacer Negocios 2017: Apertura de un negocio (sub-factores: procedimiento, tiempo, costo y capital mínimo para abrir una sociedad de responsabilidad limitada); Obtención de un permiso de construcción (sub-factores: procedimiento, tiempo y costo de cumplir con las formalidades para obtener un permiso de construcción y la calidad control y mecanismos de seguridad en el sistema de permisos de construcción); Obtención del suministro de electricidad (sub-factores: procedimientos, tiempo y costo para obtener la conexión a la red eléctrica, la confiabilidad del suministro de energía eléctrica y la transparencia de las tarifas); Registro de la propiedad (sub-factores: procedimiento, tiempo y costo de transferir una propiedad y del sistema de administración de catastros); Obtención de un crédito (sub-factores: existencia de créditos con garantías de bienes muebles y sistemas de información para la extensión de créditos); Pago de impuestos (sub-factores: pagos, tiempo y ratio total de impuestos para una firma cumplidora de todas las regulaciones impositivas incluyendo los procesos post-presentación); Comercio Transfronterizo (sub-factores: tiempo y costos para exportar productos con ventajas comparativas e importar autopartes); Ejecución de contratos (sub-factores: tiempo y costo para resolver una disputa comercial y la calidad del proceso judicial); Resolución de insolvencias comerciales (sub-factores: tiempo y costo, resultado y ratio de recuperación ante insolvencias comerciales y la fortaleza del marco legal para temas de insolvencias); Regulación del mercado laboral (sub-factores: flexibilidad en la regulación del empleo y aspectos de la calidad laboral) (Banco Mundial, *Doing Business Index* 2017, 14).

claro en Sen que en otros autores como Martha Nussbaum. Amartya Sen se ha negado a reconocer una lista de capacidades humanas centrales –de las que podría derivarse con mayor precisión exigencias para el contenido de la ley–; por el contrario, Nussbaum ha propuesto este listado<sup>314</sup>. No obstante esta dificultad, pareciera que podemos extraer *algunos requisitos mínimos* que debiera exigirse a la ley desde lo que Amartya Sen ha denominado las libertades instrumentales (1999, 38 y ss.; 2000, 56 y ss.) y otros derivados de ellas que he identificado en el Anexo 1 (Capítulo I). En este sentido la ley debería garantizar a los habitantes ciertas libertades políticas y los derechos civiles. Muy especialmente el sistema democrático debiera asegurarse como método para la elección de autoridades de gobierno y también debiera asegurarse el derecho a la libertad de expresión sin censura (conectado necesariamente con la democracia en cuanto posibilidad de escrutar y criticar a las autoridades) (Sen 1999, 146- 159). Dentro del contexto de la importancia del sistema democrático, Sen ha insistido en la necesidad de que se lleven adelante debates públicos por sus efectos en la formación de valores (Sen 1999, 158) por lo que la transparencia en las discusiones sobre políticas públicas debiera estar asegurada legislativamente.

La segunda de las libertades instrumentales es la que Sen denomina “facilidades económicas” y se vincula con la oportunidad de los individuos de gozar de los recursos humanos a partir de una suerte de catálogo amplio y abierto pero que las enumera, mientras que Sen ha optado considerar que la lista relevante es contingente y depende del debate público y por lo tanto varía en función de los contextos y de las distintas circunstancias (Sen 2006, 123 y ss.). De modo harto resumido la “lista” de capacidades centrales de Nussbaum contiene a las siguientes: 1) *Vida*: la capacidad de vivir la vida de manera completa, no corriendo el riesgo de morir prematuramente o de manera que no valga la pena seguir viviendo; 2) *Salud Física*: salud, incluyendo la salud reproductiva, la nutrición y la vivienda.; 3) *Integridad corporal*: estar a salvo de la violencia física, doméstica y sexual. Incluyendo la libertad de tener una vida sexual satisfactoria y opciones en el control de la reproducción; 4) *Sentidos, Imaginación y pensamiento propio*: lo que incluye pero no se reduce a, la formación educativa y la posibilidad de practicar alguna religión 5) *Emociones*: la capacidad de tener lazos con cosas y personas que no sean uno mismo; 6) *Razón práctica*: la capacidad de formarnos una concepción del bien y de razonar críticamente en la planificación de la propia vida; 7) *Afiliación* en dos sentidos: A) la capacidad de vivir con y hacia otros, mostrar preocupación por los otros (en esta capacidad se incluye la libertad de reunión y de expresión), B) las bases sociales para el auto-respeto y la no humillación (aquí se incluyen las prohibiciones de discriminación en razón de la raza, la religión, el sexo, la orientación sexual, la casta, etc.); 8) *Otras especies*: ser capaz de vivir en relación con y por preocupación por otras especies como los animales, las plantas y el entorno natural; 9) *Juego*: ser capaz de jugar, reír y participar en actividades recreacionales; 10) *Control sobre el propio entorno* en dos sentidos: A) Político: posibilidad de participar efectivamente en las elecciones de las opciones políticas, libertad de asociación y de expresión, B) Material: derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles en sentido amplio, a buscar trabajo en igualdad de condiciones y a relacionarse con otros trabajadores (Nussbaum 2003, 41-42).

---

<sup>314</sup> Tal vez el punto de disenso más trascendente entre el enfoque de las capacidades que propone Martha Nussbaum y el del desarrollo humano que plantea Sen es que la primera prefiere trabajar las capacidades humanas a partir de una suerte de catálogo amplio y abierto pero que las enumera, mientras que Sen ha optado considerar que la lista relevante es contingente y depende del debate público y por lo tanto varía en función de los contextos y de las distintas circunstancias (Sen 2006, 123 y ss.). De modo harto resumido la “lista” de capacidades centrales de Nussbaum contiene a las siguientes: 1) *Vida*: la capacidad de vivir la vida de manera completa, no corriendo el riesgo de morir prematuramente o de manera que no valga la pena seguir viviendo; 2) *Salud Física*: salud, incluyendo la salud reproductiva, la nutrición y la vivienda.; 3) *Integridad corporal*: estar a salvo de la violencia física, doméstica y sexual. Incluyendo la libertad de tener una vida sexual satisfactoria y opciones en el control de la reproducción; 4) *Sentidos, Imaginación y pensamiento propio*: lo que incluye pero no se reduce a, la formación educativa y la posibilidad de practicar alguna religión 5) *Emociones*: la capacidad de tener lazos con cosas y personas que no sean uno mismo; 6) *Razón práctica*: la capacidad de formarnos una concepción del bien y de razonar críticamente en la planificación de la propia vida; 7) *Afiliación* en dos sentidos: A) la capacidad de vivir con y hacia otros, mostrar preocupación por los otros (en esta capacidad se incluye la libertad de reunión y de expresión), B) las bases sociales para el auto-respeto y la no humillación (aquí se incluyen las prohibiciones de discriminación en razón de la raza, la religión, el sexo, la orientación sexual, la casta, etc.); 8) *Otras especies*: ser capaz de vivir en relación con y por preocupación por otras especies como los animales, las plantas y el entorno natural; 9) *Juego*: ser capaz de jugar, reír y participar en actividades recreacionales; 10) *Control sobre el propio entorno* en dos sentidos: A) Político: posibilidad de participar efectivamente en las elecciones de las opciones políticas, libertad de asociación y de expresión, B) Material: derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles en sentido amplio, a buscar trabajo en igualdad de condiciones y a relacionarse con otros trabajadores (Nussbaum 2003, 41-42).

embargo, algunas ideas sobre acceso al crédito y al financiamiento para todos los niveles de inversión son también explicitadas por este autor y allí es posible identificar un núcleo de posibles contenidos de la ley para facilitar esta libertad instrumental. En otros pasajes de sus trabajos Sen hace hincapié también en la ausencia de restricciones arbitrarias a la libertad de mercado como mecanismo para el desarrollo de las libertades humanas (Sen 2000, 43-44) por lo que podría hallarse allí una clave para aquello que las leyes deberían abstenerse de contener.

La tercer libertad instrumental que identifica Sen está dada por las “oportunidades sociales”, por lo que la ley debiera garantizar eficazmente a todos los habitantes el acceso a la educación, salud y otras cuestiones que influyen la libertad sustantiva de los individuos para vivir mejor. En cuarto lugar el autor identifica a “las garantías de transparencia” y entre ellas encontramos las medidas contra la corrupción, la transparencia en los negocios financieros, las leyes de acceso a la información pública. La última libertad instrumental identificada por Sen es la seguridad en el sentido de protección o seguridad protectora. Muchas de las políticas públicas que se identifican de una manera directa con el desarrollo humano se vinculan a esta libertad instrumental: se trata de asegurar una red de seguridad para cuando el sistema no funciona o las personas por diversos motivos no pueden acceder a él. Algunos ejemplos de medidas vinculadas a la seguridad protectora son los seguros de desempleo, los suplementos salariales para indigentes, los programas *ad hoc* para combatir el hambre o los programas de emergencias para generar ingresos en los sectores de población más pobre.

En todo caso, a pesar de la dificultad para enumerar el contenido mínimo que deberían tener las leyes para promover el DH, Amartya Sen ha sido muy claro en la necesidad de su eficacia y efectividad, y en la evaluación positiva de que efectivamente éstas aumentan las capacidades humanas. En este sentido ha sostenido:

El desarrollo jurídico debe, constitutivamente, tomar nota de la mejora de las capacidades de las personas - su libertad - para ejercer los derechos y beneficios que asociamos con el progreso legal. Dada esta necesidad de integridad conceptual (en este caso, la necesidad de ver el desarrollo jurídico no sólo en términos de legislación y leyes sino en términos de libertades y capacidades efectivas), todos los instrumentos que influyen causalmente en estas libertades deben tenerse en cuenta al evaluar qué progresos se están haciendo para mejorar el desarrollo de un sistema legal y judicial (Sen 2006, 44)

## 9. EL ASPECTO LEGISLATIVO-PROCEDIMENTAL Y EL VALOR EPISTÉMICO DE LA DELIBERACIÓN.

La diferencia entre debatir y deliberar puede ser presentada, a grandes rasgos del siguiente modo: en un debate o una discusión (parlamentaria o en cualquier otro ámbito) se presentan argumentos contrapuestos y se despliegan recursos retóricos con el fin, o bien de convencer a un grupo que no tiene opinión formada sobre el tema, o bien de justificar racionalmente la idea, creencia o convicción que se posee y así reafirmarla. En la discusión o debate hay pocas perspectivas de convencer al que tiene la creencia, idea o convicción contrapuesta y la concesión de algún grado de razón al oponente es advertida como un signo de debilidad o de derrota parcial. Asimismo también hay pocas perspectivas de modificar la idea o creencia propia. El éxito del debatiente es que al final del proceso se reafirme su conjunto de creencias inicial. En el debate el objetivo principal no es entender y ser entendido sino convencer a ese grupo de personas sin opinión y/o “ganar” la discusión por haber respaldado la idea, creencia o convicción de manera más solvente que el otro y de ese modo, reafirmarlas.

Por el contrario, en la deliberación hay una relación dialógica que se inicia y mantiene con propósitos muy diferentes de los que sustentan el debate o la discusión. Creo que el principal propósito de la deliberación (en general, no sólo en el ámbito parlamentario) es optimizar la toma de decisiones a través del fortalecimiento del proceso por el que se llega a la decisión. Para ello, la actitud del deliberante debe ser necesariamente abierta y flexible, entre otras cosas, a la recepción de nuevas ideas que se aceptan como mejores, de argumentos que no se habían considerado, a la aceptación de errores en el razonamiento o en las consecuencias que entendía generaría su idea. Se delibera para entender o comprender más profundamente y para, a partir de este proceso, optimizar la toma de decisiones o los resultados de la decisión<sup>315</sup>. Esto no significa necesariamente que las decisiones tomadas tras una deliberación sean siempre las mejores, ni siquiera sustantivamente correctas; a pesar de ello, es posible afirmar que la deliberación tiende razonablemente a producir mejores resultados<sup>316</sup>.

Como se adelantó en la introducción de este capítulo una de las ideas a presentar se vincula con el valor epistémico de la deliberación y la posibilidad de que las normas

---

<sup>315</sup> Cuando me refiero a la optimización de la toma de decisiones o de los resultados no tengo en mente (solo) una visión eficientista de la cuestión como el lenguaje utilizado podría sugerir.

<sup>316</sup> Advierto con Estlund que en una sociedad diversa, habrá pocos acuerdos en torno a qué significa una decisión “mejor en lo sustantivo” o “sustantivamente correctas” pues los parámetros de justicia serán necesariamente discutidos (Estlund 2011, 146).

sancionadas tras procesos deliberativos tengan mejores perspectivas de eficacia y efectividad. Habitualmente se sostiene que la deliberación pública y la participación ciudadana otorgan un mayor grado de *legitimidad procedimental* a las normas, y que ese mayor grado de legitimidad debería coincidir con un mayor grado de aceptación y acatamiento de las normas (Friedman 1977, 115). En similar sentido, Estlund sostiene que las decisiones tomadas tras la deliberación tienen considerables virtudes epistémicas que, por más que arrojen resultados incorrectos, proveen de una fuerza moral que las hace obligatorias (Estlund 2011, 32-33 y 195 y ss.)<sup>317</sup>; sin embargo, no son exactamente los argumentos de la legitimidad o del valor moral los que me interesa destacar aquí, sino uno más directo que vincula las ventajas epistémicas de la deliberación al posible aporte a que las normas sean inteligibles y adecuadas al razonamiento práctico de la sociedad, es decir, a la “comprensión profunda” de las normas<sup>318</sup>. Demás está decir que desarrollar exhaustivamente este tema requeriría de una investigación completa y enteramente dedicada a ello por lo que sólo plantearé algunas ideas muy elementales y siempre con el objetivo final de contribuir a posibles mejoras en la eficacia y efectividad de las normas.

Los procesos legislativos parlamentarios generalmente entrañan discusiones y debates pero muy pocas veces deliberaciones. Esto es así, por lo menos, en la actividad parlamentaria formal (aquella que podemos conocer porque es pública); sin embargo, es posible asumir que la actividad política previa a la que nos es dable conocer, ha atravesado, aunque sea mínimamente, por algún proceso deliberativo. Es sin embargo la deliberación *pública* la que rescato como idea fundamental y necesaria: ello por dos motivos, en primer lugar, para el control de la argumentación legislativa al que se hizo referencia largamente a lo largo de este capítulo. Las exigencias de argumentación que fueron propuestas anteriormente si son insertadas en un contexto

---

<sup>317</sup> El ejemplo que propone Estlund es el del jurado: “El juicio por jurados, cuando se encausa sin irregularidades, produce un veredicto no sólo investido de fuerza jurídica sino también de fuerza moral. Si el acusado es absuelto, otras personas tendrán el deber moral de abstenerse de infligir o aplicar castigos privados. Si el acusado es condenado, el guardia de seguridad tendrá el deber moral de no dejarlo en libertad. Asumo que, al menos hasta cierto punto, estas implicaciones morales no dependen de que el veredicto sea correcto. [...] El juicio por jurados no estaría investido de esta fuerza moral si no tuviese considerables virtudes epistémicas.” (Estlund 2011, 32)

<sup>318</sup> Del mismo modo tampoco me ocuparé aquí de las virtudes de la democracia deliberativa en general (sobre el tema ver Bessette (1980); Nino ((1997) 2007); Martí (2006). Para una mirada crítica ver Przeworski (2001). En los últimos años las ideas teóricas de la democracia deliberativa han sido puestas en tela de juicio por algunos experimentos empíricos que arrojan resultados contradictorios sobre los beneficios esperados (ver Rosenberg 2005 y Ganuza, et al. 2012).

de deliberación refuerzan la posibilidad de que las normas aprobadas tengan mayores perspectivas de eficacia y efectividad (una argumentación legislativa solvente genera mejores oportunidades de leyes racionales, si además, la argumentación se da en un contexto deliberativo las perspectivas de racionalidad de la ley pueden estimarse como mayores). En segundo lugar, es la deliberación pública y la que se produce en el recinto del pleno, la que mayores oportunidades para la confrontación parlamentaria ofrece y por lo tanto, la que mayor riqueza puede promover a través de la deliberación, ya que los grupos que defenderán una y otra idea serán, generalmente, de facciones políticas opuestas, representantes de mayorías y minorías, de diferentes grupos de interés y hasta de diversos territorios del país con intereses posiblemente diferentes. Como sostiene Oliver-Lalana:

...la publicidad es de una importancia primordial. Incluso si los parlamentarios no tienen un real interés en la racionalidad o corrección, deberán presentar su posición de manera tal que sus intereses se hagan visibles. En un sentido kantiano la publicidad cumple una función preventiva o *ad cautelam* que hace posible encontrar en los debates del plenario y las comisiones las razones sobre las cuales los parlamentarios justifican sus decisiones así como la concepción o la justificación que defienden en público (Oliver-Lalana 2005, 244).

Por otra parte, sería deseable que la deliberación (el intercambio de razones) se produjera, dentro de lo posible, en términos comprensibles para la ciudadanía (Brugué 2011, 166), ello contribuiría indudablemente al aumento de la inteligibilidad de las normas sancionadas tras la deliberación.

La gran virtud de las deliberaciones es que modelan y modifican las preferencias públicas; permiten que los legisladores modifiquen, enmienden o descarten propuestas sobre las bases de nuevas ideas e información con la que antes no contaban (Ekridge, Frickey y Garret 2007, 70). El intercambio de razones, opiniones e ideas aumenta la información disponible en dos sentidos: pueden aparecer alternativas que no habían sido consideradas y además, es posible analizar las consecuencias de cada propuesta. En segundo lugar, la deliberación refuerza la orientación hacia el bien común en detrimento de los intereses privados ya que cada opinión debe ser articulada en términos que los demás puedan admitir y esto obliga a transformar los propios intereses en principios defendibles públicamente (Sancho 2003, 206).

Sin embargo, nada parece indicar que la deliberación sea algo fácil de conseguir o que se produzca naturalmente máxime en órganos tan numerosos y diversos (Waldron 1995, 660). Por ello, para promover (o exigir) la deliberación en el ámbito parlamentario será necesario generar el marco institucional adecuado. Tal como propone Waldron, la

promoción de la deliberación debería enfocarse en la modificación o creación de reglas parlamentarias procedimentales adecuadas<sup>319</sup>. No descarto tampoco que sea irrelevante como parte de la formación de los parlamentarios que he propuesto al inicio de este capítulo que se “enseñe” a deliberar, de la misma forma que se pueden brindar elementos teóricos aptos para promover mejoras en la argumentación. La deliberación es posiblemente el mejor camino para generar soluciones prácticas razonadas.

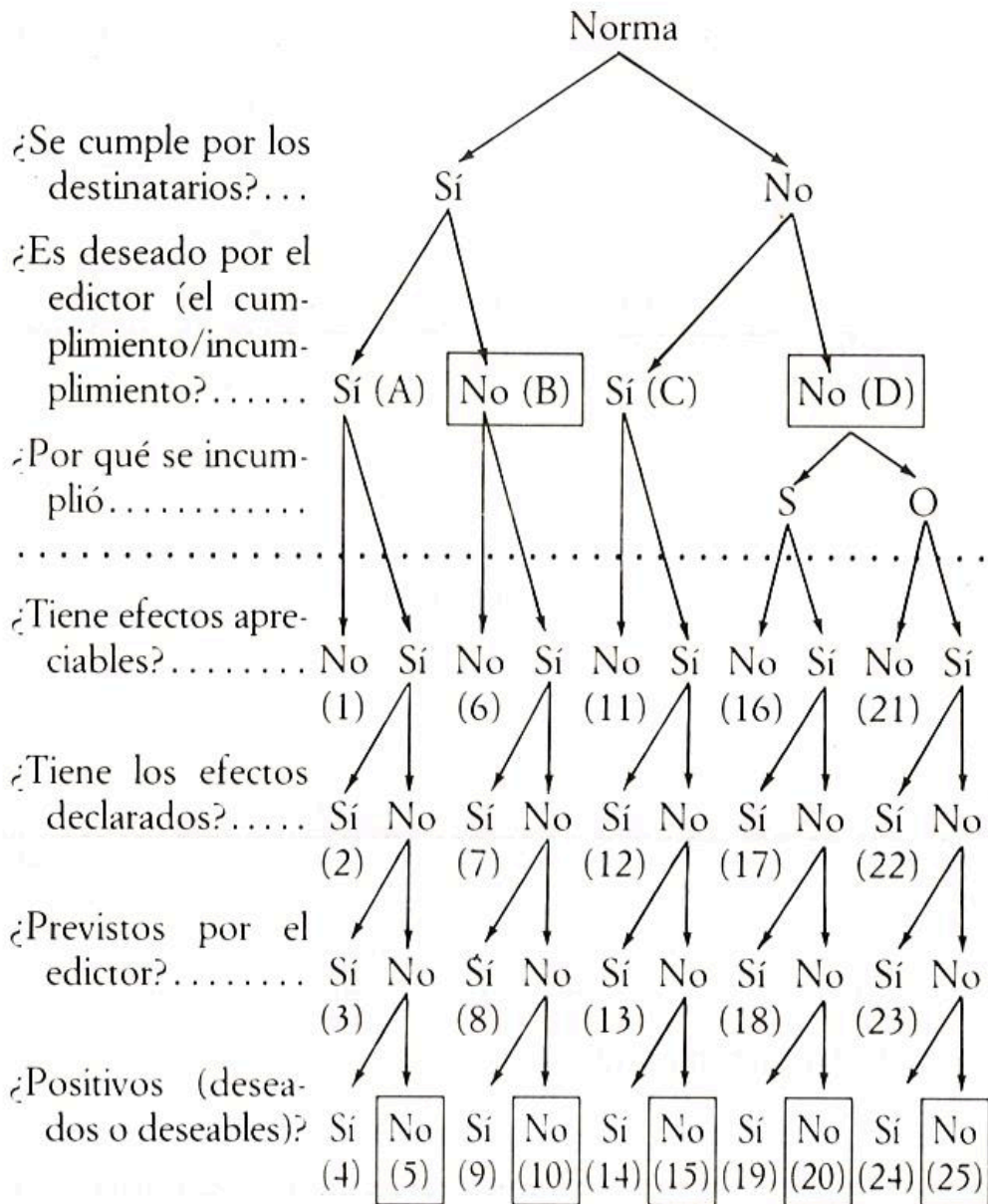
Carlos Nino sostenía que las causas del subdesarrollo argentino se encontraban parcialmente en la anomia reinante en ese país, y afirmaba que se trataba de “Un país al margen de la ley” (Nino 2011). El punto de partida de esta investigación acepta, sin duda, que el desarrollo (en cualquiera de las versiones de este concepto) requiere que los gobernantes y los ciudadanos actúen sujetos a las normas; pero a ello debe agregarse que las instituciones formales sólo serán buenas conductoras del desarrollo económico y humano si están diseñadas de forma tal de ser inteligibles y basadas en el modo de razonar de los sujetos, y para ello, el proceso deliberativo y de participación ciudadana es esencial. El desarrollo requiere que los países dejen de estar al margen de la ley, pero para ello es necesario previamente que las “leyes dejen de estar al margen del país”.

---

<sup>319</sup> A pesar de que comparto con Waldron la idea de que es necesario un marco institucional preciso que imponga reglas que permitan y promuevan la deliberación, su propuesta concreta de cuáles serían esas normas me parece insuficiente, a lo sumo, puedo considerarlos buenos parámetros para ordenar una discusión parlamentaria pero no para alcanzar la deliberación. Dice Waldron: “Los miembros de nuestra asamblea necesitan establecer reglas y procedimientos que contemplen cuestiones como las que siguen: ¿Cómo se inician los debates y cómo se concluyen?; ¿quién tiene el derecho de hablar, cuándo, cuan seguido y por cuánto tiempo? ¿quién puede interrumpirlo, quién puede requerir una respuesta a una pregunta, quién tiene el derecho a replicar? [...] ¿Qué asuntos, materias o detalles pueden ser tratadas en los diversos pasos del procedimiento? ¿Cómo se seleccionan los temas a debatir, cómo se establecen las prioridades sobre las materias, y cómo se establece la “agenda”? [...] ¿Cómo se produce la finalización de un debate? ¿Cómo se toman las decisiones?” J. Waldron (1995, 660)

Anexo 2- Gráfico 3. Gráfico de Manuel Atienza

Racionalidad en los niveles Nr3 (racionalidad pragmática) y Nr4 (racionalidad teleológica) (Atienza 1997, 49)



S = Motivos subjetivos.  
O = Factores objetivos.



**SEGUNDA PARTE. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y EVALUACIÓN DE IMPACTO:  
DOS HERRAMIENTAS ADICIONALES PARA LA EFICACIA, LA EFECTIVIDAD, LA EFICIENCIA Y EL  
CONTROL DE LOS EFECTOS**

10. LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES FORMALES Y LA EFICACIA NORMATIVA.

Tanto en el planteo del NIE como en el del DH, la instancia de aplicación de las normas tiene un valor y un sentido en sí misma además de uno instrumental. En el caso del NIE, las condiciones aplicación de las normas formales e informales constituye el tercer elemento que integra “las reglas del juego presentes en una sociedad”. Es decir, las condiciones de aplicación no tienen sentido o valor únicamente en tanto “aplican” a las otras reglas del juego (normas formales e informales) sino que son ellas mismas consideradas como parte de las reglas del juego presentes en una sociedad. En la visión del NIE, si bien la importancia de la aplicación de las normas no se reduce a mejorar la articulación de relaciones horizontales del estado de derecho (principalmente a través de la ejecución de contratos) es esa su principal preocupación. En el DH la cuestión de la ejecutabilidad de los contratos también es relevante para el desarrollo, así como lo es de manera más clara, en general, la aplicación de las normas por el Poder Judicial actividad a la que se atribuye no solo un valor en sí mismo sino también uno instrumental<sup>320</sup>:

Ya he discutido por qué el desarrollo jurídico debe considerarse importante en el proceso de desarrollo, incluso si no tiene influencia sobre el desarrollo en otras esferas [...] <sup>321</sup>. Pero a esto ahora debo agregar un conjunto diferente de consideraciones que también influyen en la respuesta a la pregunta: “¿Cuál es el papel de las reformas legales y judiciales en el proceso de desarrollo?” Las reformas jurídicas y judiciales son importantes no sólo para el desarrollo jurídico, sino también para el desarrollo en otras esferas, tales como el desarrollo económico, el desarrollo político, etc., que a su vez constituyen también partes constitutivas del desarrollo en su conjunto. Esto es como un tejido densamente entrelazado (Sen 2006, 46).

Sin desconocer el valor no instrumental que tiene una eficaz y eficiente aplicación de la ley dentro del marco de los requerimientos del estado de derecho, en lo que sigue

---

<sup>320</sup> Sostiene Sen respecto de la ejecución de los contratos que “La eficiencia del intercambio no pudo haber funcionado hasta que los contratos pudieron hacerse libremente y aplicarse efectivamente ello a través de reformas legales y del comportamiento” (Sen 2006, 49)

<sup>321</sup> Se refiere a una frase que ya ha sido citada al identificar la posición no instrumental de la visión de Sen con relación al estado de derecho: “Esto implica que aun cuando el desarrollo legal no contribuya una “lota” al desarrollo *económico* (aunque no estoy diciendo que sea el caso, pero incluso si esto fuera, contrafacticamente, cierto) incluso así las reformas legales y judiciales serían una parte crítica del proceso de desarrollo. La noción de desarrollo no puede ser conceptualmente desvinculada de las estructuras legales y judiciales” (Sen 2006, 42)

asumiré una visión estrictamente instrumental vinculada con la posibilidad de que la eficacia como acatamiento resulte beneficiada a través de los mecanismos de aplicación de la ley. Por diversos motivos todos ellos bastante obvios las propuestas expuestas anteriormente no son la “bala de plata” para lograr un mayor grado de eficacia. Una razón poderosa para este escepticismo relativo es que no importa cuán bien diseñada esté una norma formal, si no hay consecuencias por violarla, su poder de guía disminuye sustantivamente. Ello es así incluso cuando la ley es significativa o sus razones son lo suficientemente comprendidas por los destinatarios como para motivar su cumplimiento (y por los restantes miembros de la comunidad como para ejercer una presión social para motivar su cumplimiento).

Como adelantaba Hart:

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas 'reglas de adjudicación'. Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir (Hart (1961) 1988, 120).

Supongo que a pesar de posibles diferencias menores, nadie cree genuinamente que un sistema jurídico pueda funcionar correctamente sin mecanismos de aplicación de la ley que garanticen al menos un cierto grado de cumplimiento de sus propósitos.

La referencia que se hace aquí a “la aplicación de la ley” es amplia y puede sintetizarse en el hecho de que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de una norma y, en caso de no ser posible, le imponga al incumplidor una sanción (Hierro 2003, 139). La referencia anterior requiere necesaria o eventualmente de diversas etapas: (a) un aspecto pre-adjudicativo vinculado a las actividades de órganos de fiscalización, prevención y control del Estado. Estas actividades estarán encaminadas primordialmente pero no exclusivamente a la aplicación de normas que estructuren relaciones verticales tipo uno, dos, tres y cuatro (es decir entre el Estado y las personas en todas las modalidades descritas en el Capítulo I y entre el Estado con el Estado). Pero también pueden estar dirigidas a la fiscalización y control de actividades que estructuren relaciones horizontales, es decir, que relacionen a personas privadas entre sí (por ejemplo la fiscalización de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo o de no violación de los derechos del consumidor). Este tipo de actividad del Estado puede no estar

presente en algunos casos cuando los particulares acuden directamente a los tribunales u otros órganos de adjudicación o son estos últimos directamente los que inician la actividad de adjudicación. La actividad de aplicación de la ley en la etapa de pre-adjudicación ha recibido generalmente menos atención que la de adjudicación, aunque parece ser sumamente relevante<sup>322</sup>. Naturalmente también incluiré (b) las actividades propiamente de adjudicación como la que despliega principalmente el poder judicial pero también otros órganos (como por ejemplo instancias administrativas de resolución de cuestiones de defensa de la competencia o de protección de los consumidores, tribunales de auditoría, juicios políticos o instancias administrativas anticorrupción); y (c) las actividades de post-adjudicación, es decir, aquellas actividades necesarias para hacer cumplir la resolución dictada en la etapa de adjudicación. Si todo el proceso desde la pre-adjudicación a la adjudicación funciona de manera eficaz y eficiente pero luego el Estado es incapaz de hacer valer la sanción impuesta o incumple el incentivo prometido, la capacidad de la aplicación para promover el cumplimiento se pierde significativamente.

En esta sección continuaré empleando la palabra "eficacia" para referirme a la situación en que se cumple una norma jurídica en la mayoría de los casos por la mayoría de los destinatarios. Por lo tanto, al usar la frase "eficacia en la aplicación" o "eficacia de la aplicación de la ley", me refiero a la *eficacia del conjunto de normas que imponen obligaciones y prohibiciones relacionadas con cuestiones de aplicación de otras normas* (de manera frecuente con cuestiones vinculadas a la aplicación de normas primarias). Esta noción de eficacia sigue siendo la de eficacia como acatamiento pero con relación a un grupo de normas de especiales características que imponen deberes y prohibiciones (además de potestades). Los sujetos obligados a cumplir esas normas serán ciertos funcionarios públicos (en la etapa de pre-adjudicación) y los jueces y otros operadores de sistemas de aplicación de la ley en las etapas de adjudicación y post-adjudicación<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Como señala con acierto Hierro (2003, 144) "Los jueces no operan como árbitros sobre el terreno de juego de modo tal que sólo su error o falta de atención les pueda inducir a no declarar nula una jugada incorrecta o a dejar sin sanción una infracción sancionable. Los jueces actúan normalmente sólo a instancias de alguien, sea un particular, el Ministerio Público o cualquier otra autoridad [...] Quiere ello decir que si esta intervención no se produce, la norma incumplida no tiene opción de ser aplicada o inaplicada por los jueces, lo que nos sitúa ante un nuevo supuesto de ineficacia que no sería ineficacia por incumplimiento e inaplicación, sino la ineficacia por incumplimiento y ausencia de una condición necesaria para la aplicación".

<sup>323</sup> Advierto que puede ser cuestionada la idea de que se pueda predicar "eficacia" (en el sentido de acatamiento) sobre el conjunto de normas que podríamos identificar como de adjudicación. Ello debido a que generalmente se las ha reconocido como normas que establecen potestades y por lo tanto no sería posible predicar respecto de ellas cumplimiento o incumplimiento. Sin embargo, un autor como Hart aunque se inclinaba por la clasificación de las normas de adjudicación como normas que establecen potestades reconocía la existencia de algunas reglas que imponen deberes a los jueces. En este sentido sostenía Hart

Solo si hay una relativa eficacia de las normas de pre-adjudicación, de adjudicación y de post-adjudicación se llega al segundo sentido que Kelsen asigna a la noción de eficacia y que se vincula con el hecho de que una norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales, es decir, que la sanción sea ordenada y cumplida en un caso concreto (Kelsen 1979, 25). La *eficacia en la aplicación* llevará a la posibilidad de que se concrete la eficacia en el segundo sentido kelseniano, es decir, que la norma sea aplicada por órganos jurídicos y se imponga una sanción que se cumpla.

Si la ineficacia de las normas de aplicación es tan grande que los funcionarios son incapaces de detectar el incumplimiento de la norma y/o los tribunales de iniciar un proceso de oficio –cuando así corresponde–, o de llevar adelante los procesos que se inician a instancia de las partes; o si los sistemas son incapaces de imponer sanciones y hacerlas cumplir por la fuerza, la norma será ineficaz de facto en el segundo sentido kelseniano. Con esto quiero reforzar la idea de que la eficacia como acatamiento está también en el corazón de la problemática de la aplicación de la ley<sup>324</sup>.

---

que “Al igual que las otras reglas secundarias, están en un nivel diferente respecto de las reglas primarias: *aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar*, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales...(Hart (1961) 1988, 120. La itálica me pertenece). Creo que puedo intentar responder al potencial cuestionamiento por el hecho de que es posible entender que Hart otorgara a las normas de adjudicación un carácter de reglas conceptuales o de definición (Ver Ferrer 2000, 139) y veía en este sentido que las reglas de adjudicación “...como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia” (Hart (1961) 1988, 120); en otro pasaje de *El Concepto del Derecho* sostenía con mayor claridad todavía que “... el objeto de las reglas que confieren esas potestades (entiéndase, las potestades judiciales) no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino *definir* las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas” (Hart (1961) 1988, 37. La itálica me pertenece). A continuación del párrafo citado el autor inglés ponía como ejemplo la *County Courts Act*, una ley que otorgaba competencia a ciertos tribunales para la reivindicación de inmuebles. Ahora bien, es claro que muchas normas de adjudicación, como las del ejemplo propuesto por Hart, son identificables como estableciendo potestades y pueden ser caracterizadas como conceptuales o de definición; sin embargo, si pensamos, por ejemplo, en las normas procesales propiamente dichas –que asumo que son aquellas más trascendentes para hacer posible la aplicación de una norma primaria incumplida siempre que previamente se cumpla con los requisitos de validez para la actuación de ese tribunal– advertiremos que la mayor parte de ellas entran dentro de aquellas “excepciones” que Hart reconocía como “reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar” y no solo ello, sino que además le imponen obligaciones y prohibiciones concretas para llevar adelante ese deber. Propongo al lector que tome azarosamente algunos artículos de un código procesal penal o civil (dejando de lado los títulos preliminares y aquellos destinados a establecer la jurisdicción y competencia que son justamente los que estarían comprendidos por la concepción de Hart); sin audacia me animo a afirmar que más del 80% de las normas impondrán deberes (o prohibiciones) a los órganos de adjudicación. Por lo tanto, esas normas son pasibles de ser cumplidas o incumplidas por los jueces y, en caso de incumplimiento, es previsible (no conozco ordenamientos jurídicos que no lo dispongan) que se establezcan sanciones a los órganos de adjudicación (sanciones administrativas, juicio político, etc.). En síntesis, un conjunto importante de normas que permiten la aplicación de las normas primarias en la etapa de adjudicación son a su vez normas que establecen prohibiciones u obligaciones y por ello pueden ser cumplidas o incumplidas y son pasibles de ser eficaces o ineficaces; y nada obsta a que una norma que confiere potestades concorra (sin incoherencia alguna) con una norma que obliga, permite o prohíbe el ejercicio de la potestad (ver Ferrer 2000, 199 y 233).

<sup>324</sup> Como adelanté en la introducción estoy siempre refiriéndome a situaciones de normalidad y no en estados de excepción o cuando estamos frente a un Estado fallido o muy débil. En estos casos difícilmente podría juzgarse la situación como de “ineficacia” de la ley porque son otras circunstancias que impiden ese cumplimiento.

En este acápite cuando me refiero a la "eficiencia" del conjunto de normas que posibilitan la aplicación de otras normas, no aludo a ninguna concepción técnica de este término ni al utilizado anteriormente, sino al uso cotidiano de la palabra, es decir, la capacidad de realizar determinadas tareas de manera competente con el menor uso posible de recursos o tiempo. A pesar de que la "eficacia" y la "eficiencia" no deben confundirse, a veces, si el sistema de aplicación de la ley está correctamente diseñado, la eficacia en la aplicación de la ley conducirá a que este proceso sea además eficiente.

### **10.1. Eficacia mediante la aplicación, disuasión individual y disuasión general.**

La eficacia y la efectividad en la aplicación de la ley cumplen una doble función con respecto a la eficacia de las normas primarias: la primera se produce cuando la aplicación de la norma sustituye la ineficacia anterior de la norma primaria, o se produce lo que se podría llamar eficacia *mediante* la aplicación; la segunda es cuando la aplicación de las normas genera una serie de incentivos para el cumplimiento de éstas, algo así como un efecto disuasivo general. Esta última será de principal interés aquí pero antes explicaré someramente por qué la primera no resulta tan importante.

La primera forma de relación entre eficacia y efectividad en la aplicación y eficacia de la norma primaria, se produce cuando el Estado en un caso particular, después de que la ley fue violada y a través de los mecanismos de aplicación de la ley, consigue que la regla infringida se cumpla en el caso concreto o, en caso de no ser posible, se impone una sanción. Por ejemplo, la aplicación de la ley puede implicar devolver las cosas al *status quo* anterior a la infracción o puede obligar a aquellos que han infringido la ley a cumplir con ella (por ejemplo, pagar los impuestos evadidos). Este tipo de relación entre la aplicación y la eficacia puede tener además de la resolución del caso concreto y la concreción de la eficacia de la norma en ese caso, un efecto instrumental respecto de la eficacia de la norma originalmente violada que se presenta como la disuasión (o incentivo) sobre la persona condenada o declarada responsable para no volver a infringir la norma (disuasión especial) (Ver Friedman 1975, 67-73).

El primer tipo de relación presenta una situación que es solo de relativa importancia para conseguir que la norma adquiera eficacia cuando no la tiene o solo la tiene en muy baja medida<sup>325</sup>. Ello es así pues se requeriría que llegaran a la instancia de aplicación

---

<sup>325</sup> Cuando Kelsen y otros autores se refieren a la eficacia como aplicación exitosa de la norma y sus consecuencias no lo hacen en un sentido instrumental respecto de la eficacia como acatamiento sino en un segundo sentido de eficacia de la norma. Es decir, para esa concepción de la eficacia no importa si la norma no se torna eficaz tras su aplicación (en el sentido de acatamiento o en el sentido de restituir la situación al estado en que se encontraría de haberse producido el acatamiento); si la norma es aplicada y

una cantidad de casos muy significativa para que la aplicación de la ley se transformara en un mecanismo que *produjera* la eficacia. Por cierto que si los obligados/incumplidores fueran un conjunto muy reducido de personas (por ejemplo, las automotrices o las empresas petroleras) la aplicación de normas incumplidas podría tornar a la norma eficaz porque a través de la aplicación se podría lograr que la mayoría de los sujetos obligados cumpliera con la norma, pero, además de lo que se dirá más adelante como objeción a esta opción, claramente serán casos muy poco frecuentes.

Sin pretender profundizar en los problemas que puede generar el sentido de eficacia *mediante* la aplicación, sólo se dirá que la menor medida del interés en este trabajo se debe a lo siguiente: a) muchas normas no pueden ser eficaces (en el sentido de realizar la conducta prescripta) *mediante* la aplicación. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho penal en el cual la aplicación de las normas puede derivar en la privación de la libertad del autor u otra sanción, pero, por lo general, no en darle eficacia a la norma incumplida<sup>326</sup>; b) por otro lado, como ya se dijo, los casos en que los reclamos por incumplimiento de las normas llegan a ser aplicadas por los tribunales son, en términos generales, numéricamente insignificantes. De este modo, la ausencia de eficacia como acatamiento difícilmente se vea sustituida por la eficacia mediante la aplicación. Lo mismo ocurre con los problemas de ineffectividad derivados de la ineficacia: difícilmente se alcancen los resultados sociales esperados si la eficacia se pretende remediar caso a caso mediante la aplicación de la norma incumplida<sup>327</sup>; c) finalmente, pero no menos importante, una norma que sólo fuese eficaz *mediante* la aplicación no sería eficaz en el sentido de *acatamiento* que le hemos dado al término en este trabajo. Como explica Postema si una sociedad se rigiera por un conjunto de normas generales en la cual el comportamiento de sus miembros se encontrase en gran medida de conformidad con ellas pero únicamente en virtud de los esfuerzos de un vasto ejército de funcionarios encargados de hacerlas cumplir, no serían las normas las que guiarían la conducta de los miembros de esa sociedad sino las acciones de quienes las hacen cumplir (Postema 2012, 86). Adicionalmente, en el caso de la imposición permanente de la obligación de cumplir con la conducta por los miembros del imaginado ejército (o de los jueces), el

---

cumplidas las consecuencias impuestas se ha restaurado su eficacia en el caso concreto y eso es lo relevante.

<sup>326</sup> Un comentario similar al efectuado en la nota anterior rige para esta afirmación. En la concepción que sostiene un segundo sentido de eficacia resulta irrelevante si la aplicación de la norma restaura el *status quo* anterior al incumplimiento, lo importante, en este sentido es, como sostiene Hierro, que se restaura el orden jurídico quebrantado (Hierro 2003, 14).

<sup>327</sup> Una excepción a esta situación podría presentarse, por ejemplo, en las acciones colectivas (*class actions*).

cumplimiento de las normas no estaría originado en el carácter de agentes autónomos e inteligentes de los sujetos normativos (Postema 2012, 87).

La segunda relación instrumental entre aplicación y eficacia como acatamiento es tal vez más interesante y amplia en cuanto a sus alcances. Cuando la aplicación de la ley es eficaz (y eficiente), la disuasión ocurrirá de manera más general (disuasión general) y este es el canal más importante para mejorar la eficacia como acatamiento.

Naturalmente, como ya se mencionó en otro tramo de este trabajo, la aplicación de la ley puede ser más o menos influyente en la disuasión general dependiendo del tipo de regla primaria incumplida: para ciertas normas la eficacia como acatamiento dependerá de una manera directa y más constante de la eficacia en la aplicación (por ejemplo, la eficacia como *acatamiento* de la norma que penaliza la omisión de poner monedas en el parquímetro dependerá de una manera directa y constante de la *eficacia en la aplicación* de multas por esa infracción), mientras que en otro tipo de normas la relación entre eficacia en la aplicación y eficacia como acatamiento será más débil (como en las normas que obligan a alimentar a los hijos o prohíben el canibalismo)<sup>328</sup>. Esta diferencia se puede explicar por el hecho de que hay normas formales que coinciden fuertemente con normas sociales (o morales, religiosas, etc.) profundamente arraigadas en la sociedad y por lo tanto, *para el incumplidor*, la imposición de consecuencias formales por violar una norma jurídica coincidirá aproximadamente a nivel de “fuerza disuasiva de la sanción” con la fuerza disuasiva de la sanción social o informal. Por ello, la aplicación de la norma por parte del Estado tendrá *per se* un efecto de disuasión general menos importante. Por el contrario, con relación a las normas formales que se dictan para neutralizar una institución informal disfuncional fuertemente arraigada o que se perciben como injustas, inútiles o desactualizadas, su eficacia puede estar relacionada de manera más directa y proporcional con su aplicación. Es esperable que frente a una huelga de policías o del poder judicial los casos de canibalismo o de privación de alimentos a los hijos no se disparen, pero sí que todos dejen de pagar por el aparcamiento en la vía pública.

Algunas cuestiones adicionales sobre la aplicación de la ley y su función de disuasión general se vinculan con dos temas tratados anteriormente: (a) es posible prever que la posibilidad de un mayor grado de disuasión general se presente en aquellos incumplidores que he denominado anteriormente periféricos y que son aquellos que en una evaluación de ganancias/ventajas y pérdidas/desventajas por el

---

<sup>328</sup> Los ejemplos del parquímetro y el canibalismo han sido propuestos por Friedman (1975, 68); el ejemplo de la alimentación a los hijos por Liborio Hierro (2003, 141).

cumplimiento o incumplimiento de la norma formal se inclinarían por valorar que resultaría más gravosa la imposición de consecuencias por la violación de la norma formal que las ganancias/ventajas de continuar incumpléndola; (b) también es posible prever que la aplicación de la ley realizada de manera eficaz y eficiente puede tener como consecuencia (o efecto) una mejora en la comprensión profunda de las normas (o su inteligibilidad o su valoración de sentido). Si bien un proceso judicial o de aplicación de normas no se lleva adelante con un propósito “didáctico”, es posible que sí pueda extraerse como efecto o consecuencia beneficiosa el de transmitir de un modo complementario al que lo ha hecho el legislador cuál es el fin de la norma, quiénes son sus obligados, cuáles las consecuencias de su incumplimiento y para qué sirve la conducta mandada en relación a los fines que la norma persigue.

La eficacia en la aplicación de las normas a veces es una estrategia muy adecuada para neutralizar *normas informales* disfuncionales o disvaliosas, incluso, a menudo, es más efectivo fortalecer los mecanismos de aplicación que sancionar nuevas normas o modificar las existentes. Recordemos que hemos llamado normas informales a las que se generan en entornos con participantes repetidos en un tejido social cerrado (a diferencia de las normas sociales que se generan y se aplican de modo disperso en la sociedad) y por ello, en el caso de las normas informales, la aplicación de las normas formales de manera eficiente genera un mensaje que llega rápidamente a sus destinatarios y los restantes participantes del entorno perciben que la sanción formal puede llegar a ellos. Por el contrario, modificar una *norma social* a través de la disuasión general puede llegar a ser más trabajoso pues los sujetos normativos guiados por esa norma social se encuentran dispersos, muchas veces desvinculados y no sienten cercana la posibilidad de que les sea aplicada la norma formal. Sin embargo, algunas sentencias con carácter *erga omnes*, con alcance amplio o con un buen nivel de difusión pueden contribuir a mejorar la eficacia de la norma formal que intenta neutralizar a una norma social disfuncional y disvaliosa.

## **10.2. La importancia del equilibrio entre la eficacia en la pre-adjudicación, la adjudicación y la post-adjudicación y las sanciones e incentivos.**

Hay ciertas cuestiones de relación entre los tres elementos necesarios para la aplicación de la ley (reitero ellos son la pre-adjudicación, la adjudicación y la post-adjudicación) y su vínculo con las sanciones e incentivos, que resultan relevantes para que la eficacia en la aplicación sea efectiva para promover la eficacia como acatamiento: la relación entre la sanción o el incentivo y la conducta



incumplida/cumplida debe ser suficientemente equilibrada como para que motive el cumplimiento por parte de los sujetos normativos y no desmotive el cumplimiento por parte de los jueces por considerar desproporcionada la sanción o el incentivo (este aspecto ha sido introducido previamente en el “nivel de argumentación pragmática” Nr3). Sin embargo, en la ecuación que debiera hacer el legislador también tendría que incluirse –como ya se dijo también– la consideración de la capacidad del Estado en la etapa de pre-adjudicación y post-adjudicación, ya que incluso sanciones adecuadas o equilibradas (que incentivarán a las personas a cumplir y a los jueces a aplicarlas), podrían resultar de menor relevancia (o irrelevantes) si el problema es de ineficacia (o de ausencia de estructuras adecuadas) en la etapa de pre-adjudicación o de post-adjudicación.

Para entender mejor esta idea podría servir como herramienta una adaptación muy simplificada de lo que en estadística se llama “esperanza matemática” o “valor esperado” (VE) y que se ha aplicado –entre otras muchas cosas– a explicar las elecciones racionales en los juegos de azar, como las loterías, a través de la relación entre el premio obtenido y la probabilidad de acertar. Trataré de adaptar esos términos a las necesidades de este texto: el valor esperado de un resultado incierto (en este caso ser sancionado por incumplir una norma) es igual a la multiplicación del valor de las consecuencias de ese resultado (la sanción o el incentivo) por la probabilidad de que esas consecuencias tengan lugar (la probabilidad de ser efectivamente sancionado) (Cfr. Ferrer 2008, 104). De este modo, el legislador debería valorar cuidadosamente las opciones de aumentar las sanciones, por ejemplo, por evasión impositiva, o mejorar el sistema de pre-adjudicación (haciendo más eficaz y eficiente la detección de estos casos) y/o mejorar el sistema para hacer más efectiva la concreción de la sanción (por ejemplo, el cobro de las multas por evasión impositiva).

Por cierto, entre la detección del caso de incumplimiento (pre-adjudicación) y la efectiva concreción de la sanción (post-adjudicación) está el necesario paso por la etapa de adjudicación (el juicio, arbitraje, etc.). Sin el estadio de la adjudicación, la pre-adjudicación carecería de sentido y la post-adjudicación sería jurídicamente imposible (o ilegal). Sin embargo, dejaré de lado en las ecuaciones que presentaré al momento de la adjudicación o juicio, porque resulta muy difícil poder asignarle a ella algún grado de probabilidad tal que resulte “deseable”. No creo poder sostener que sería deseable que la probabilidad de que una persona sea sancionada en un juicio se acerque a 1 (por el contrario sí es posible asumir que hay una ventaja en la mayor probabilidad de que sea eficaz la etapa de pre-adjudicación como la de post-adjudicación). Las necesidades de

un juicio con las debidas garantías procesales en sentido amplio es lo único que puede ser considerado como “deseable” en un estado de derecho, y por el propio valor epistémico de esas garantías ningún grado o medida de probabilidad de condena es pasible de ser propuesto como óptimo. Por lo tanto, el único elemento que consideraré de la etapa de adjudicación o juicio para incluir en el análisis es el del tiempo de duración del proceso.

Distinguiré entonces los elementos a incluir en el análisis de la siguiente forma: por un lado las sanciones (S) y los incentivos (I) que son los elementos que no son aleatorios sino que están predeterminados por el legislador; por otra parte, los elementos aleatorios que dependen de la eficacia de las normas de aplicación y a los que les asignaremos una probabilidad de ocurrencia (necesariamente entre 0 y 1). Los elementos aleatorios serán (Pp) la probabilidad de pre-adjudicación, es decir, la probabilidad de ser sometido a proceso y (Ps) la probabilidad de que la sanción se haga efectiva en la etapa de post-adjudicación (o su contracara la probabilidad de que el incentivo se haga efectivo (Pi)). Expondré a continuación diversas combinaciones de situaciones para intentar mostrar de qué manera la combinación equilibrada de los elementos no aleatorios con los que conllevan probabilidad puede resultar en distintos valores esperados para el incumplimiento o cumplimiento de una norma.

De manera general la eficacia de la aplicación de la ley como mecanismo para fomentar la eficacia como acatamiento podría presentarse entonces de este modo. Por una razón de conveniencia en la explicación invertiré los términos cronológicos de Pp y Ps y presentaré primero a la probabilidad de que la condena sea efectivamente realizada, que ocurre necesariamente temporalmente más tarde:

### **Efectividad de la aplicación de la ley= Ps x S x Pp**

Si existe 0,2 (Ps) de que la sanción por evasión impositiva sea efectivamente realizada y la pena (S) para el caso es de 10.000 Euros de multa, el VE será de 2000; mientras que si se eleva (Ps) a 0,7 y se reduce (S) a 5.000 Euros de multa, el VE será de 3.500 y por lo tanto una ecuación más efectiva como herramienta para generar el cumplimiento de las obligaciones impositivas. En el caso de las sanciones cuanto más alto el VE, el incumplimiento de la ley genera más riesgos para el incumplidor (más oportunidades de ganar una lotería de la “fortuna inversa”); por el contrario, en el caso de los incentivos, si aumenta el VE aumentan las oportunidades de obtener los beneficios por el cumplimiento de la ley. En ambos casos, desde la perspectiva que aquí interesa, cuanto más alto sea el VE habrá más probabilidades de que la aplicación

de la ley sea buen conductor para mejorar la eficacia como acatamiento siempre que las sanciones o incentivos sean suficientemente razonables como para no resultar en un “desincentivo” para los jueces y otras autoridades a aplicarlo.

Sin embargo, el incumplidor de las obligaciones impositivas, aún sabiendo que si lo condenan existe un 0,7 de probabilidad de ser efectivamente ejecutado tendrá pobres incentivos para cumplir la ley si lo que falla es el sistema de pre-adjudicación: es decir, si las chances de que el incumplimiento sea detectado son muy bajas el valor esperado del incumplimiento descenderá. Si un Estado tiene un alto índice de ineficacia en la etapa de pre-adjudicación la relación entre aplicación de la ley y eficacia también se debilita. Continuando con el ejemplo óptimo anterior en el cual 0,7 (Ps) con una multa (S) de 5.000 Euros era una combinación más efectiva (arrojaba un VE de 3500) veremos que si (Pp) se mantiene en un índice alto, por ejemplo en 0,8 el VE apenas disminuye (obtenemos en este caso 2.800) mientras que si (Pp) desciende a 0.3 el VE se reduce a 1050 por lo que el estímulo para cumplir la ley (o el coste de incumplir) disminuye, y de este modo, también se ve afectada negativamente la probabilidad de que la aplicación de la ley conduzca a mejores grados de eficacia como acatamiento.

Hay casos en los que, si bien la fórmula anterior seguirá siendo válida, algunos de estos factores tienen un valor más estable (más cercano a 1) y por ello los otros adquieren más importancia. Por ejemplo, pareciera que cuando la elección del legislador es la de premiar el cumplimiento de la ley, (Pp) está en manos del sujeto normativo quien se presume hará todo lo posible por hacer llegar la información al Estado de que ha cumplido con la ley<sup>329</sup>. Es posible asumir que en el caso de los incentivos (I), la probabilidad de detección del cumplimiento de la norma (Pp) tendrá un valor más cercano a 1 siempre que (I) sea razonable, por lo que el buen desempeño del legislador será atribuir a (I) un valor razonable. Así, por ejemplo, si la administración pública premia con una deducción impositiva del 10% a los que presenten su declaración impositiva en término, es posible que (Pp) se acerque a 1; en cambio, si esa deducción es del 0,2% el incentivo será menor pero no por un problema de (Pp) que sigue estando en manos del sujeto (su nivel de aleatoriedad es bajo), sino por un problema del incentivo (I) que es insuficiente para que (Pp) alcance su nivel óptimo. En este caso, sin embargo (Pi), es decir la eficacia de la actividad de post-adjudicación, sigue jugando un papel determinante ya que si el Estado incumple con los incentivos o

---

<sup>329</sup> Estoy asumiendo en el análisis que (Pp), es decir, la posibilidad de reclamar el cumplimiento de los incentivos está libre de obstáculos que pueden influir en la decisión de renunciar a esa opción. Si fuera el caso de que para recibir la deducción impositiva el legislador hubiese establecido una serie de complicadísimos trámites, los costes de transacción por esa actividad aumentarían y (Pp) se alejaría de 1.

beneficios prometidos también desciende el valor esperado por el cumplimiento de la norma.

Algo similar ocurre en el caso del incumplimiento de ciertas obligaciones que estructuran relaciones horizontales en donde es posible que  $(P_p)$  sea más cercano a 1: las partes de un contrato acordamos una sanción  $(S)$  de ciertas características que resultan satisfactorias para ambas partes para el caso del incumplimiento de ese contrato, por otra parte, la probabilidad  $(P_p)$  de que el caso sea sometido a adjudicación (u a otra forma de ejecución como un arbitraje) se acerca más a 1 porque no depende de circunstancias aleatorias sino que está en manos de la parte cumplidora del contrato y  $(S)$  es un estímulo suficiente para someter el caso a juicio<sup>330</sup>. En esta situación será el grado de  $(P_s)$  el que determinará con mayor vigor la posibilidad de que la ejecución de los contratos sea un incentivo para que disminuyan los índices de incumplimiento contractual. De este modo, en un país en donde los tribunales tienen dificultades para dictar medidas cautelares que asegurarán luego el cumplimiento de la sentencia, el grado de  $(P_s)$  disminuye y altera negativamente el VE de ejecutar un contrato. El modo en que se ejecutan los contratos, como hemos visto, es uno de los factores cruciales que determinarán si las condiciones institucionales de una economía generan incentivos suficientes para la inversión. Los contratos no son otra cosa que la cara jurídica de la inversión, la innovación y la reinversión, por ello, en este caso, la eficacia y eficiencia de las condiciones de aplicación no sólo es un incentivo para que disminuyan los índices de incumplimiento de los contratos sino también para que los contratos se produzcan. En este sentido, aunque aquí se asumió que los costes de transacción por ejecutar un contrato eran no significativos en la ecuación, lo cierto es que para que las condiciones institucionales sean realmente un incentivo se debería cuidar ese aspecto también.

En otros supuestos, por el contrario, las variables más importantes serán  $(P_p)$  y  $(S)$  pues difícilmente el Estado falle en hacer efectivo  $(P_s)$ . En el caso de los procesos penales cuya sanción es la imposición de una condena de efectivo cumplimiento es extraño y muy marginal que un Estado (en condiciones normales) no pueda hacer efectivo  $(P_s)$ . Por lo que este último elemento se acerca más a 1 y son los dos primeros los que adquieren relevancia para ser determinantes del VE por la comisión de un ilícito penal con pena de prisión de efectivo cumplimiento.

En todos los casos juega además un rol fundamental el tiempo en que se produce la adjudicación y se concretiza la post-adjudicación (la eficiencia de estos dos procesos);

---

<sup>330</sup> Al igual que en el supuesto anterior asumo que  $(P_p)$ , es decir, la posibilidad de iniciar la ejecución de un contrato supone unos costes de transacción razonables.

esto es así, de manera muy particular para la *disuasión general*, tal como lo ha expuesto Friedman.

La velocidad con la que se hace efectivo un castigo o una recompensa es tan importante como su certeza y severidad. Un castigo o premio inmediato tiene más impacto que uno que llega con retraso (Friedman 1975, 84).

Sin duda un mejor desempeño temporal en la adjudicación y post-adjudicación de casos en los que se otorgan beneficios por el cumplimiento de la ley o en el ejemplo de la ejecución de contratos, generará un aumento en la efectividad de la aplicación y un incentivo para el cumplimiento de las normas o los contratos tanto al nivel de la disuasión general como particular. En los casos de imposición de sanciones la eficiencia juega, como anticipé, un rol fundamental en la disuasión general pero estimo que podría tener consecuencias variables a nivel de la disuasión particular o individual<sup>331</sup>.

Las diferencias en la eficacia y eficiencia del sistema de aplicación de la ley a veces crean escenarios diferentes que pueden conducir a generalizaciones o inferencias relacionadas con la cultura y su impacto en la violación de la ley (o más genéricamente, inferencias entre rasgos culturales y estado de derecho). Esos diferentes escenarios podrían ser en realidad un problema de disuasión general<sup>332</sup>.

---

<sup>331</sup> No estoy completamente segura de que la eficiencia temporal de los procesos actúe siempre como un incentivo para cumplir con la ley, al menos en el nivel de la disuasión individual. Pienso en los lamentables retrasos de los procesos penales (acompañados o no de prisión preventiva) y que ese modo ineficiente de adjudicación podría actuar como un incentivo adicional para cumplir con las normas penales (al menos en los casos de los incumplidores ocasionales). La idea que comparto de que el proceso implica *per se* un sufrimiento aunque no esté acompañado de prisión preventiva ("El simple inicio y tanto más el desarrollo del proceso penal causa sufrimiento" (Carnelutti 1960, 55)), es lo que me conduce a entender esta situación de ineficiencia como un posible elemento de incentivo del cumplimiento de las normas. Asumo que a nivel de disuasión general esto no es así y que estadísticamente tampoco se verifica una relación entre mayor duración de los procesos y mayor índice de eficacia de las normas penales; todo lo contrario, los países con mayor índice de duración de los procesos no son justamente los que menores índices de criminalidad ostentan. De todos modos sea cierta o no mi intuición (reitero que sólo se daría a nivel de persuasión individual), no sería un modelo a seguir que el legislador especulara con la mayor duración de los procesos penales como mecanismo para reforzar la eficacia de la ley ya que dicha opción sería contraria a diversos niveles de racionalidad legislativa (especialmente Nr2 y Nr5), a la seguridad jurídica y para algunos también a las exigencias del estado de derecho.

<sup>332</sup> Tomemos el ejemplo de Uruguay y Argentina, dos países vecinos que comparten virtualmente todos sus rasgos culturales y disfrutan de situaciones geopolíticas y de ingreso *per cápita* muy similares, además, ambos países reconstituyeron sus sistemas democráticos luego de las dictaduras sufridas con apenas un año de diferencia. Sin embargo, estos dos países parecen exhibir una muy diferente "cultura del incumplimiento de reglas" como lo denomina García Villegas (2009). Mi modesta apreciación es que tal diferencia cultural no existe o, en el mejor de los casos, es mínima: la principal causa de diferencias entre ambas sociedades es la eficacia y eficiencia en la aplicación de la ley, lo que genera en Uruguay un mayor nivel de cumplimiento de las normas legales tanto en las dimensiones horizontales y como verticales del estado de derecho. De acuerdo con el "Índice de Estado de Derecho 2015" elaborado por *World Justice Project*, Argentina obtiene 0,52 (de un máximo de 1) y Uruguay 0,71. Por su parte, Argentina está en el lugar 7/19 y Uruguay 1/19 en la región latinoamericana, y globalmente ocuparon los puestos 54/102 y 22/102 respectivamente. Mi intención no es de ninguna manera que esta comparación entre Uruguay y

### **10.3. Aplicación de las normas y estado de derecho.**

Otro aspecto que me interesa destacar respecto de la aplicación de las normas formales es que para que se produzcan todas las consecuencias positivas que se han señalado anteriormente con relación a la eficacia, los procesos deben ser respetuosos de ciertas garantías mínimas que coinciden con aquellas que integran la lista consensuada sobre los requisitos del estado de derecho. De acuerdo a una visión que comparto, la actividad principal que se lleva adelante en los procesos judiciales es la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula ciertas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho (Ferrer 2003, 27). Por otra parte, como es obvio, es necesario que la reconstrucción de los hechos haya establecido que los sujetos a los que se les imponen las consecuencias estén vinculados jurídicamente a esos hechos probados.

Dentro del conjunto de garantías procesales se ha identificado un subconjunto de garantías que se identifican como “garantías de la jurisdicción”. Estas garantías de la jurisdicción u orgánicas, por supuesto, no son garantías para la jurisdicción sino para las partes sometidas a la jurisdicción del Estado.

Las garantías de la jurisdicción pueden, a su vez, diferenciarse entre garantías objetivas y garantías subjetivas. La garantía objetiva principal es la legalidad de la decisión jurisdiccional y las garantías subjetivas fundamentales son la independencia y la imparcialidad del juez (Aguiló Regla 2012, 162). La garantía de la legalidad de la decisión se traduce en un deber del juez de tomar decisiones cuyo contenido sea una aplicación correcta del Derecho que preexiste a la decisión...” (Aguiló Regla 2012, 162). Esta garantía objetiva se correlaciona de forma clara y directa con la obligación más genérica y central que impone el estado de derecho a las autoridades de actuar de acuerdo a lo que la ley dispone.

Por su parte, la independencia y la imparcialidad responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuales el juez decide (Aguiló Regla 2012, 163).

---

Argentina funcione como una evidencia fuerte a favor de la posición que sostengo, pero sigue siendo importante, como ejemplo para llamar la atención sobre el abuso de las explicaciones sobre cuestiones culturales que ha sido criticado en diversos pasajes de esta tesis.

El proceso judicial cumple innegablemente diversas funciones sociales. Una de ellas es la que ha sido identificada más arriba como de disuasión general a través de la aplicación de normas primarias incumplidas. Para identificar esta función social general del proceso es necesario contextualizar al proceso dentro del esquema general de la función del derecho que, simplificando enormemente, es principalmente aunque no de manera exclusiva, motivar la conducta de los sujetos normativos. No es difícil entonces advertir el argumento que pasará a plantear.

La concepción del proceso delineada más arriba, por la que se busca establecer la verdad como correspondencia, es la que mejor conduce a cumplir esta función social general del proceso dentro del esquema del derecho. En efecto, si el establecimiento de la ocurrencia de los hechos en el proceso no estuviese orientada a que estos correspondiesen de la forma más ajustada posible (y dentro de las posibilidades que brinda el contexto del proceso) a lo ocurrido, sería difícil que los restantes sujetos motivaran sus conductas en el derecho o que lo hiciera el mismo sujeto en otra oportunidad. Dicho de otro modo, si fuera el juez por ausencia de independencia o imparcialidad, quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para esa conducta, no podría motivarse la conducta de los habitantes puesto que ésta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación (Ferrer 2003, 27). Del mismo modo, si por ausencia de independencia o imparcialidad, fuese el magistrado el que impusiera las consecuencias jurídicas a su arbitrio, se generaría una disminución en la motivación para cumplir las normas ya que, otra vez, la conducta (el antecedente fáctico) resultaría irrelevante debido a que las consecuencias de ella no resultarían fáciles de prever y esta situación permitiría, de algún modo, jugar con la aleatoriedad o la incerteza de las consecuencias de actuar en contra de lo que las normas disponen. Similares consecuencia se pueden advertir ante la ausencia de la aplicación *estricta* de la ley o en violación a la igualdad.

#### **10.4. Seguridad Jurídica y aplicación de las normas.**

Una mejora en la Seguridad Jurídica (SJ) en la aplicación de las normas también contribuiría a mejorar la eficacia de las normas a través de la disuasión general: si la interpretación normativa u otras circunstancias relativas a la aplicación de las normas se mantienen con alguna regularidad o no son cambiadas intempestiva y arbitrariamente, las personas tienen mayor posibilidad de acceder al contenido de la norma (que finalmente no es otro que el que la interpretación otorga) y de prever en el futuro las consecuencias de sus actos pasados además de poder proyectar hacia el

futuro con la relativa tranquilidad de que las reglas del juego no serán súbitamente alteradas. Estas situaciones de estabilidad estimulan que las normas sean acatadas pues de algún modo dan razones adicionales para su cumplimiento de manera general ya que podemos conocer, en definitiva, cuándo estamos cumpliendo una norma y cuándo no y también prever las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento. En definitiva, si los procesos de aplicación de la ley que se realizan de manera racional, coherente y consistente (Ávila 2015, 220), las posibilidades de que la aplicación de la ley actúe efectivamente como refuerzo de la eficacia como acatamiento aumentará significativamente.

Lo anteriormente expuesto implica además que un mayor respeto por la seguridad jurídica exija un esfuerzo adicional o *plus* de motivación y fundamentación para las resoluciones judiciales cuando se modifica el rumbo de la jurisprudencia total o parcialmente. Finalmente, la duración razonable de los procesos, la publicidad y fácil accesibilidad tanto de la marcha de los procesos judiciales como de las sentencias definitivas o interlocutorias resultan factores que podrían contribuir a reforzar el proceso de sinergia entre aplicación y eficacia de la ley.

Para ilustrar con mayor claridad la relación entre SJ y posible eficacia de las leyes me permito introducir a continuación un relato sobre (in)seguridad jurídica y sus posibles consecuencias en la eficacia de las leyes: durante la dictadura militar en Argentina, la Corte Suprema de ese país aseguraba que no violaba ningún derecho constitucional el sancionar penalmente la tenencia de estupefacientes para consumo personal (CSJN 1978, caso “Colavini”). Con el regreso de la democracia, la Corte Suprema modificó su jurisprudencia y entendió que sancionar penalmente ese acto resultaba inconstitucional y la tenencia de estupefacientes para consumo personal pasó a ser un hecho que todos conocían como no punible (CSJN 1986, caso “Bazterrica”). Sólo cuatro años después, en 1990, cambió la integración del máximo tribunal argentino, y se modificó la jurisprudencia anterior para volver a declarar que no existía ningún impedimento constitucional en sancionar la tenencia de drogas en cantidades mínimas para consumo personal (CSJN 1990, caso “Montalvo”), finalmente, desde el año 2009 la CSJN modificó la jurisprudencia de 1990 y hoy en día es nuevamente inconstitucional la imposición de penas por la tenencia de estupefacientes para consumo personal (CSJN 2009, caso “Arriola”).

El caso del señor Montalvo es la muestra viva del sinuoso relato anterior<sup>333</sup>: él fue detenido por tenencia de estupefacientes para consumo personal bajo la jurisprudencia

---

<sup>333</sup> Parte del recorrido de Montalvo lo recordé a través de la lectura de Bohmer (2011).



de la dictadura y durante la vigencia de la ley 20.771<sup>334</sup>. A los dos meses de esa detención, la Corte afirmaba (en el caso “Bazterrica” de 1986) que una condena como la que se le había impuesto era inconstitucional. Con fundamento en “Bazterrica”, sus abogados plantearon la inconstitucionalidad ante la Cámara Federal de Córdoba. Este órgano de apelaciones rechazó la inconstitucionalidad (aún estando vigente la jurisprudencia de “Bazterrica”) y confirmó la condena.

Finalmente el caso Montalvo llegó a la Corte Suprema, en donde, cuatro años después de la condena, en 1990, mediante su caso, volvió a cambiar la jurisprudencia y se confirmó la sanción penal por su conducta. La Corte justificó el cambio de rumbo de su jurisprudencia en estos términos:

...esta Corte, en su actual composición, decide retomar la doctrina establecida en el citado caso ‘Colavini’... (CSJN “Montalvo” 1990, Considerando 6)

La justificación que continúa en el considerando citado anteriormente es acerca de por qué este cambio de jurisprudencia no afecta a la igualdad ante la ley<sup>335</sup>. Luego la Corte agregó:

Si bien incumbe a esta Corte el control de constitucionalidad de las leyes del Congreso, que incluye el de su racionalidad, no puede dejar de valorar adecuadamente la insistencia del legislador en renovar un régimen legal análogo. (CSJN “Montalvo” 1990, Considerando 19)

Que la diversa interpretación efectuada por los fallos dictados durante la vigencia de la ley 20.771, provocaron inseguridad jurídica y fue esa circunstancia, junto con el avance de la drogadicción, lo que determinó al legislador de la ley 23.737 a establecer como conducta delictiva, la tenencia de estupefacientes en escasa cantidad, inequívocamente destinada al uso personal, con lo cual ya no corresponde realizar evaluaciones sobre el tema... (CSJN “Montalvo” 1990, Considerando 27).

---

<sup>334</sup> La ley que penaba este hecho y otros vinculados con estupefacientes fue sancionada en el año 1974 por el Congreso de la Nación (Ley 20.771), pero en el año 1981 (en plena dictadura militar) mediante el un decreto presidencial (Decreto-Ley 22.461) se modificó el artículo que penaba la tenencia para consumo personal, y fue este artículo el que perduró (aprobado luego por una ley ómnibus del Congreso en el cual se dio legitimidad a muchos Decreto-Ley de la dictadura) hasta el año 1989. Toda esta evolución de la actividad legislativa también es una muestra viva de graves problemas de inseguridad jurídica. En 1989 se sancionó una nueva ley (Ley 23.737) pero los legisladores no modificaron el hecho punible de la tenencia para consumo personal aunque sí moderaron su pena y la complementaron con una medida de seguridad, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de “Bazterrica” no fue considerada por el Congreso y siguió siendo necesario discutir judicialmente la inconstitucionalidad para cada caso cuando los jueces no aplicaban automáticamente esa jurisprudencia del alto tribunal. Hoy en día la norma sigue vigente pero en el año 2009, como surge del texto, ha sido declarada otra vez inconstitucional.

<sup>335</sup> Dice el resto del considerando que la Corte está “...consciente de que tal variación jurisprudencial no afecta la garantía de igualdad ante la ley, pues, desde antiguo tiene dicho que esa garantía importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos lo que se concede a otros en iguales condiciones [...], principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales pero no puede alcanzarse por analogía a un cambio de jurisprudencia que, por otra parte, no constituye cuestión federal alguna [...] (CSJN 1990, Caso “Montalvo”, Considerando 6 *in fine*).

Los fundamentos de “Montalvo” que intentan justificar cambio jurisprudencial son insuficientes e irrelevantes a mi juicio para modificar el rumbo que se había dispuesto en “Bazterrica”. Especialmente parecen poco solventes los argumentos relativos a la insistencia del legislador para “desistir” del control de constitucionalidad y sobre todo, la apelación a la seguridad jurídica para modificar nuevamente el rumbo jurisprudencial de una manera que afecta directamente a los habitantes.

Lo ocurrido al señor Montalvo es la cara más cruel de la inseguridad jurídica, sin embargo, a varios años de su condena y la ratificación de ésta por la Corte Suprema la situación no parece haber mejorado mucho para la posible relación entre aplicación de la ley y su eficacia: ¿cómo saber si la Corte, en su actual composición ratificará o modificará la jurisprudencia que hasta el momento declara inconstitucional la tenencia de estupefacientes para consumo personal?<sup>336</sup>, ¿con qué grado de certeza podríamos hoy asegurar a un cliente o amigo que no corre riesgos a futuro por llevar adelante una conducta que está todavía prohibida por la ley pero que la jurisprudencia ha oscilado en declarar constitucional e inconstitucional?, ¿qué significa hoy “cumplir la ley” en materia de tenencia de estupefacientes para consumo personal en la República Argentina?

#### 11. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LAS LEYES.

El último conjunto de ideas sobre cómo mejorar la eficacia y la efectividad de la ley se relaciona con la necesidad de evaluar las normas legales cuando ya están en vigor, y eventualmente reformarlas si no alcanzan los propósitos buscados, son ineficaces o producen efectos disfuncionales que distorsionan gravemente su efectividad o eficacia.

Existen varias maneras de implementar mecanismos de evaluación *ex post* de la actividad legislativa. La medición estadística simple o el análisis de regresión, son probablemente las herramientas más tradicionales para evaluar la eficacia y en ocasiones también la efectividad. A veces, cuando la reforma legislativa es radical y no hay demasiados factores externos que influyan, una simple medición estadística podría ser suficiente para determinar las respuestas conductuales al cambio (eficacia) y vincular estas respuestas a ciertos cambios en el ámbito social o económico (efectividad). Sin embargo, cuando la reforma no es suficientemente drástica, es difícil vincular inequívocamente la causa (reforma legal) con los resultados (cambios sociales o económicos identificados que son el propósito de la reforma legal). En tales

---

<sup>336</sup> En el momento que escribo estas líneas la composición de la Corte argentina es relativamente novedosa ya que se sumaron los jueces Horacio Rosatti y Carlos Rozenkranz en junio de 2016 y agosto de 2016 respectivamente. Con su actual composición la Corte no ha tenido oportunidad aún de expedirse sobre el tema de la tenencia de drogas para consumo personal.

situaciones, en el mejor de los casos, se puede obtener un sentido de correlación, pero no sería posible demostrar una relación causa-efecto.

Los estadísticos superan la dificultad de establecer relaciones "causa-efecto" añadiendo variables de control. Para explicarlo simplemente: si esas variables agotan todos los factores no aleatorios entonces el efecto se puede atribuir a determinada causa, pero si hay una variable omitida, el coeficiente será sesgado. A veces es difícil evitar el sesgo porque los datos disponibles pueden ser incompletos o porque las descripciones teóricas de los investigadores acerca de qué variables se correlacionan con las variables dependientes e independientes son incompletas (Abramowicz y Listokin 2011, 940).

Los Ensayos Controlados Aleatorizados (ECA) (Banerjee y Duflo 2011) son otra forma de abordar la evaluación *ex post* de leyes. Aunque cuestionada y no libre de dificultades, esta alternativa está ganando terreno como instrumento de gobernanza en los ámbitos nacionales e internacionales. La metodología de los estudios o ensayos aleatorios se desarrolló principalmente en la industria farmacéutica y fue emulada por un grupo de economistas que los adaptó para poder aplicarlos a las ciencias sociales<sup>337</sup>. Los ECA funcionan, muy sucintamente del siguiente modo: frente a una política de desarrollo se separan azarosamente a las personas que se verán impactadas por ella en dos grupos (una de las claves es que los miembros de ambos se encuentren en iguales condiciones previas, es decir, resulten *comparables* (Banerjee y Duflo 2011, 25)). El primer grupo recibirá los "cambios" y se lo denominará "grupo tratado"; el segundo grupo se mantendrá en las condiciones anteriores al cambio y se lo llamará "grupo control". Luego, los investigadores harán un seguimiento durante una determinada cantidad de tiempo de aquellos puntos sobre los que les interesa analizar el impacto de la medida para evaluarla. Es decir se trata de buscar *evidencia* y de evaluar las políticas de desarrollo con fundamento en esa evidencia.

Por lo general, los programas de desarrollo y más generalmente la implementación de las políticas públicas, se enmarcan en el contexto de una ley que promueve esas medidas, por lo que, en definitiva lo que se evalúa en los ensayos es la eficacia y efectividad de los diseños institucionales. Por este motivo, algunos estudiosos proponen que es posible y deseable la evaluación de un tipo más amplio de leyes a través de los

---

<sup>337</sup> Actualmente muchas Instituciones Financieras Internacionales y otros organismos han adoptado este método de evaluación de impacto y también lo aplican diversos gobiernos, pero ha sido el grupo de economistas integrantes del Abdul Latif Jameel Poverty Action Lab (conocido como J-PAL) del Massachusetts Institute of Technology (MIT) quien ha desarrollado y promovido este método de evaluación.

ensayos aleatorizados (no sólo de leyes relacionadas con las políticas públicas de los estados o programas de desarrollo) (Abramowicz y Listokin 2011, 940).

Naturalmente no es factible evaluar todas las cuestiones vinculadas al desarrollo ni todas las leyes mediante esta metodología. El método de los ECA, por ejemplo, por su propia estructura no está pensado, en principio, para dar respuesta a algunas grandes discusiones sobre desarrollo (por ejemplo, la discusión sobre la utilidad de la ayuda financiera internacional o sobre el sentido o no de la imposición de condicionalidades por parte de las instituciones financieras internacionales); sino para evaluar programas y leyes más específicas que tienden a resolver un problema concreto vinculado al desarrollo. Asimismo hay ciertas leyes, que aun vinculadas a un tema concreto no pueden ser evaluadas por este método porque no dan lugar a la posibilidad de dividir a la población afectada por ella entre un grupo “tratado” y uno “control”, por ejemplo, una nueva ley para promover mayor independencia del banco central de un país estará fuera de las posibilidades de una evaluación aleatoria controlada (Duflo 2004, 342). Sin embargo, también es innegable que cada vez más se están intentando y consiguiendo buenos resultados en ensayos que tienen por objeto el análisis de soluciones institucionales concretas para algunos de los grandes problemas que se han descrito como “trampas” para el desarrollo. En este sentido, por ejemplo, es interesante el ensayo realizado en Brasil sobre los resultados electorales en los municipios que habían sido aleatoriamente escogidos para auditorías públicas sobre corrupción<sup>338</sup>.

Las principales respuestas que los economistas y otros especialistas de las ciencias sociales pretenden encontrar en las evaluaciones de impacto a través de ECA pueden ser reconstruidas del siguiente modo siguiendo a Imas y Rist (2009) y Gertler et al.

---

<sup>338</sup> En el mes de mayo de 2003 el gobierno de Brasil lanzó un programa contra la corrupción en el ámbito de las municipalidades de ese país (Ferraz y Finan 2008, 715). Básicamente, se trataba de auditar los gastos de diferentes municipios, los que eran elegidos de forma azarosa. Para realizar este estudio se utilizaron los datos obtenidos del programa federal de auditorías sobre municipios: se cuantificaron los grados locales de corrupción y mala administración de los fondos federales destinados a educación y, posteriormente, se cruzaron los datos de las auditorías con los resultados escolares de 1488 escuelas ubicadas en 365 municipios en el territorio brasileño (Ferraz y Finan 2008, 705). Los investigadores encontraron que los resultados educativos de los estudiantes residentes en las municipalidades en las que fueron descubiertas maniobras corruptas fueron significativamente más bajos que el rendimiento de los estudiantes de municipalidades “no corruptas” (Ferraz y Finan 2008, 705). En términos generales los test de los niños que asistieron a escuelas en municipios con corrupción detectada, fueron 15 puntos más bajos que los de los de los ayuntamientos “no corruptos” (Ferraz y Finan 2008, 719). También se comprobó una asociación positiva entre una mayor *ratio* de abandono y fracaso escolar durante la escuela primaria. La corrupción encontrada en otras áreas (salud o infraestructura, por ejemplo) no tuvo reflejo en los resultados educativos, lo que refuerza la idea de la relación entre corrupción relativa a fondos destinados a educación con bajos resultados educativos (Ferraz y Finan 2008, 719).

Se comprobó que el porcentaje de maestros que habían recibido algún grado de entrenamiento pedagógico era 10.7% menor en los municipios corruptos (Ferraz y Finan 2008, 705). Asimismo, las escuelas pertenecientes a los municipios en los que se detectó corrupción eran menos proclives a tener un laboratorio de computación o de ciencias (Ferraz y Finan 2008, 705).

(2011, 7): *un aspecto descriptivo* ya que las evaluaciones intentan determinar qué está ocurriendo y describen los procesos, condiciones, relaciones organizativas y las opiniones de las partes interesadas; *un aspecto normativo* pues las evaluaciones comparan lo que está ocurriendo con lo que debería ocurrir, evalúan las actividades y si se logran o no los objetivos. La evaluación de los aspectos normativos puede aplicarse a los insumos, las actividades y los productos; y finalmente *un aspecto sobre la relación causa y efecto* que se presenta cuando las evaluaciones examinan los resultados e intentan determinar la diferencia que ejerce la intervención sobre estos.

Estos tres aspectos pueden ser traducidos en otros términos, más familiares para los juristas, más útiles para la tarea de los legisladores de acuerdo a las exigencias sobre legislación racional antes señaladas y que son los que fueron utilizados en este trabajo. Así, por ejemplo, el aspecto descriptivo nos puede brindar información sobre las normas sociales o los hábitos convergentes presentes en una sociedad o en un grupo social antes de comenzar la intervención o luego de implementada la política y que pueden estar facilitando u obstaculizando el éxito de la política legislativa. El aspecto normativo resulta clave para detectar tanto la eficacia como la efectividad de las medidas implementadas y finalmente el aspecto de la evaluación causa-efecto brinda información sobre otra vez información sobre la efectividad y podría eventualmente ser útil para detectar efectos. Además, en esta instancia es posible detectar normas sociales o hábitos convergentes resistentes o, por el contrario, fáciles de modificar. Este último aspecto, además, resulta necesario para evaluar la eficiencia (en el sentido de coste-efectividad) de las intervenciones legislativas o de la implementación de las políticas públicas.

En definitiva, esta metodología ha comenzado a aparecer como una forma innovadora de evaluar la eficacia, la efectividad y la eficiencia de la ley; además, algunos ensayos también pueden detectar los efectos que la aplicación de la ley está produciendo e incluso, en ocasiones, pueden detectar instituciones informales disfuncionales antes no advertidas y “medir” su grado de resistencia.

En lo que sigue relataré dos casos que han sido objeto de ECA e intentaré relacionarlos con lo expuesto en los párrafos anteriores, se trata del caso de la “Iniciativa de Lavado de Manos” en Perú y de la evaluación por múltiples ECA del programa de transferencias condicionadas “Progresar” en México.

**Evaluación de la “Iniciativa de Lavado de Manos”** (toda la información que sigue surge de Galiani et al. (2015) y WSP-Banco Mundial (2012)): se trató de la evaluación de impacto de un programa llevado adelante conjuntamente entre el gobierno del Perú y

el Banco Mundial que se denominó “Iniciativa de Lavado de Manos”<sup>339</sup>. El estudio se realizó sobre 84 municipios rurales del Perú y en 44 de ellos se aplicó el programa mientras que los restantes integraron el grupo control. En este caso el programa y el ECA se implementaron de manera conjunta y coordinadamente<sup>340</sup>. El problema que se intentaba solucionar era la alta incidencia de parásitos y diarreas en los niños de las zonas rurales peruanas que era aproximadamente del 15% para ambos fenómenos. Los estudios previos a la implementación de la política relevaron la existencia de una creencia de que el lavado de manos con agua solamente era suficiente para evitar enfermedades contagiosas; sólo el 16% de la población manifestaba utilizar jabón para la higienización de las manos.

El programa se implementó a través dos niveles de intervenciones que fueron aplicados a diferentes poblaciones del grupo tratado: el primero basado únicamente en la difusión masiva de mensajes sobre la importancia del lavado de manos en cuatro momentos críticos (antes de comer, antes de preparar la comida, después de ir al baño y después de cambiar al bebé). Esta difusión se hizo a través de medios masivos y eventos promocionales. El segundo tipo de intervención sumó a la difusión masiva actividades en la escuela y la comunidad, que incluyeron actividades tales como: capacitación a maestros, promotores de la salud y líderes comunitarios, demostraciones de lavado de manos con jabón y sesiones educativas sobre la necesidad de uso del jabón y se equipó a las escuelas con lugares especiales para el lavado de manos con jabón.

Los resultados en la mejora de las prácticas de higiene fueron dispares ya que no hubo modificaciones significativas en la conducta de las personas que sólo recibieron los mensajes masivos e impersonales; por el contrario en el grupo que recibió la intervención más intensa se constató –respecto del grupo control– un 61% de incremento en el uso del jabón antes de comer y un 69% antes de cocinar. Sin embargo, no se verificaron impactos significativos en la frecuencia en que se hallaron diarreas, anemias ni se encontraron mejoras en las medidas antropométricas entre los niños en los hogares bajo tratamiento. Así el estudio concluye que el programa no logró

---

<sup>339</sup> Para implementar este programa se dictaron más de 130 resoluciones, ordenanzas y directivas que fueron publicadas por varios ministerios de Perú y/o sus dependencias, así como por municipios provinciales y distritales en diversas regiones del país (WSP-Banco Mundial 2012, 7).

<sup>340</sup> Este dato es relevante ya que muchas veces la política pública se implementa de forma tal que resulta imposible efectuar sobre ella un ECA. En otras oportunidades, la división entre grupo tratado y grupo control se produce por azar o por circunstancias ajenas a una decisión legislativa o de política pública (tal es el caso del estudio sobre titulación de tierras que fue referido en el Capítulo II y en el que la división entre grupo tratado y grupo control se había generado espontáneamente debido a que un grupo de propietarios había recurrido judicialmente la expropiación de las tierras y otro grupo no). En este caso, como en otros, el diseño de la política pública *incluye* la producción de este tipo de estudios.

disminuir la contaminación medioambiental y que una política pública tendiente a mejorar la salud infantil en este aspecto debería ser más amplia y estudiada de un modo más específico.

**Evaluación del programa “PROGRESA”** (la información que sigue surge de Duflo 2004)<sup>341</sup>: uno de los Programas de Transferencias Condicionadas (PTC) más importantes del mundo es el que se lleva adelante en México (lugar donde nacieron este tipo de programas). Este programa ofrece subsidios, entregados a mujeres, condicionados a la asistencia escolar de los niños y medidas preventivas de salud (suplementos nutricionales, visitas de atención médica y participación en programas de educación para la salud). En 1998, cuando se puso en marcha el programa, los funcionarios del gobierno mexicano tomaron la decisión consciente de aprovechar el hecho de que las restricciones presupuestarias impedían llegar de una sola vez a las 50.000 comunidades potencialmente beneficiarias de Progresas y en su lugar comenzaron con un programa piloto en 506 comunidades. La mitad de ellos fueron seleccionados al azar para recibir el programa, y en las comunidades restantes se recolectaron datos de referencia. Las evaluaciones Demostraron que PROGRESA fue eficaz para mejorar la salud y la educación. Comparando a los beneficiarios de PROGRESA y los no beneficiarios se mostró que los niños tuvieron una reducción del 23 por ciento en la incidencia de enfermedades, un 1 a 4 por ciento de aumento en la altura y una reducción del 18 por ciento en la anemia. Los adultos experimentaron una reducción del 19 por ciento en el número de días de trabajo perdido debido enfermedades. En promedio se verificó un aumento del 3,4 por ciento en la matrícula de todos los estudiantes en los grados 1 al 8. El aumento fue mayor entre las niñas que habían completado el Sexto Grado: 14.8 por ciento (Duflo 2004, 345).

De los estudios relatados anteriormente podemos extraer algunas conclusiones acerca de la posible “traducción” de sus resultados en los términos que nos interesan en este trabajo: Así, por ejemplo:

- (i) el estudio del programa del lavado de manos permitió identificar – previamente a su implementación– una “creencia fáctica”, que derivaba en

---

<sup>341</sup> Originariamente se denominó al programa PROGRESA y posteriormente fue llamado "Oportunidades" y ahora se llama "Prospera". Hoy en día casi todos los países de América Latina tienen su propio PTC y otros países fuera de la región también han adoptado esta política. Los PTC y los resultados fueron particularmente atractivos para las evaluaciones aleatorias y es posible encontrar diversos estudios sobre ellos. Como ya se señaló en el Capítulo II, el éxito en América Latina de los PTC es un buen ejemplo de que un diseño institucional adecuado puede servir para superar incluso problemas institucionales muy arraigados como el del clientelismo o la corrupción en la distribución de subsidios o ayudas sociales.

un hábito convergente (el 84% de las personas consideraban que era innecesario utilizar jabón para lavarse las manos correctamente) y en una expectativa individual, es decir, en una creencia acerca de lo que va a suceder (Bicchieri 2017, 11)<sup>342</sup>. También la implementación del estudio permitió comprobar que ese hábito era flexible y que con la información *correctamente conducida* se transformó significativamente en el grupo que recibió la información más intensamente transmitida.

- (ii) En otras oportunidades, ciertas prácticas han demostrado no ser tan fáciles de transformar y esto podría dar cuenta de que ellos no obedecen a “creencias fácticas” sino a “creencias normativas” más difíciles de modificar, o que no se trata únicamente hábitos convergentes sino que han adquirido los rasgos de normatividad que se han descrito como típicos de las normas sociales. Diversos estudios se han llevado a cabo sobre la práctica de la defecación a cielo abierto a la que se atribuye también la producción de diarreas, anemias y parásitos en los niños. En estos casos la modificación de la práctica no ha sido tan exitosa como en el lavado de manos. En un ECA llevado adelante en la India en la que se proveyeron de diversas formas facilidades sanitarias en zonas rurales, el mejor efecto obtenido fue una disminución de entre el 11% y el 12% en esta práctica en las zonas tratadas respecto de las poblaciones que no fueron sometidas a tratamiento. Sin embargo, más del 70% de los adultos y niños de las zonas tratadas continuaron con la defecación al aire libre diariamente (Patil et al 2014. Sobre otros fracasos de estos programas ver Bicchieri 2017, 27). De manera inversa a lo que ocurrió en el lavado de manos, no se logró modificar la conducta disvaliosa<sup>343</sup>.
- (iii) El programa del lavado de manos ha demostrado ser eficaz (las personas a cargo de la capacitación y divulgación llevaron adelante su tarea) y de algún modo, también fue aceptada la opción (se hizo “uso”) de la variable preferida

---

<sup>342</sup> Remarco la idea de que se trata de una *creencia fáctica* por contraposición a una *creencia normativa* (por ejemplo, las mujeres *deben* casarse antes de llegar a la adolescencia o *deben* cubrirse el rostro) (ver Bicchieri 2017, 11). Asimismo considero que el caso del lavado de manos sin jabón se trata de un hábito colectivo sustentado por una creencia fáctica. Los hábitos convergentes son aquellos que se traducen en un comportamiento –respecto de una situación determinada– que resulta *habitual, persistente en el tiempo y con alta presencia estadística en el contexto o situación*. Su incumplimiento no da lugar a reproches o sanciones como sí, en cambio, el incumplimiento de las normas sociales. En este caso no hay indicios de que se tratara de una norma social.

<sup>343</sup> Si bien la mayor parte de estos estudios sobre defecación a cielo abierto se realizan en la India y en otros países del sudeste asiático en donde la práctica alcanza al 55% de las poblaciones rurales, en América Latina no es un problema menor ya que afecta al 17% de las poblaciones rurales (Bicchieri 2017, 16)



por el legislador (se incrementó notablemente el lavado de manos en el grupo tratado por la intervención intensa). En algún sentido podría decirse también que los resultados sociales inmediatos se cumplieron ya que se elevó el nivel de lavado de manos en el ámbito en donde fue llevado adelante el programa. Sin embargo, el estudio demostró que el conjunto de normas que implementaban el programa no eran *efectivas* con respecto al resultado social esperado de manera mediata –que por otra parte podría pensarse que era el principal– pues los resultados de este programa no cumplieron el objetivo de disminuir los índices de diarrea, anemia y parásitos en los niños. De manera inversa a lo ocurrido con los programas que incentivaron el uso de letrinas, se logró en el caso peruano modificar la conducta pero las normas de este programa no fueron *efectivas* por problemas o insuficiencias en su diseño (básicamente por no incluir el programa un aspecto que incluyera posibles mejoras a los problemas de infraestructura sanitaria<sup>344</sup>).

- (iv) Con respecto a la evaluación del programa “Progresá” hay que tener en consideración que las leyes que promulgan programas como este u otros PTC, son agregados complejos de diferentes tipos de normas jurídicas (reglas que imponen deberes, reglas que confieren poderes o establecen prohibiciones, etc.) que tienen como destinatarios a un grupo heterogéneo de personas: así por ejemplo, hay una norma que otorga el *derecho* a inscribirse en los programas, las mujeres tienen el *derecho/deber* de recibir el dinero cada mes, los padres tienen el *deber* de enviar a sus hijos a la escuela y vacunarlos, ciertos funcionarios tienen el *deber* de hacer que los fondos para las entregas de dinero en efectivo estén disponibles cada mes, el sistema de seguridad social tiene el *deber* de seleccionar a los hogares usando un conjunto de estándares predeterminados, los directores de las escuelas tienen el *deber* de aceptar nuevos estudiantes, etcétera. Al mismo tiempo se establece un conjunto de *prohibiciones* particulares (está prohibido tener dos planes para la misma familia, está prohibido aceptar a familias que no cumplan con los requisitos de aceptabilidad, etc.) y generales para los beneficiarios y los funcionarios que administran el programa (por ejemplo, las

---

<sup>344</sup> El agua que consumían las poblaciones rurales peruanas no era potable tal como llegaba a los hogares y debía ser hervida previamente a su consumo. La hipótesis era que la manipulación del agua con las manos sucias generaba las infecciones; sin embargo, en los hogares que cumplieron con los mejores desempeños en lavado de manos del grupo tratado siguió encontrándose un gran índice de contaminación en el agua.

normas que prohíben en general los sobornos y que se aplicarían en caso de que haya detectado un caso para acceder al programa cuando no se cumplen las condiciones para hacerlo). Es una maquinaria compleja que necesita que todos (o casi todos) los destinatarios actúen en el marco de la ley para que funcione. Algunos resultados de la evaluación de impacto son el reflejo directo de la eficacia de la ley (cumplimiento de deberes y prohibiciones). El caso del aumento de la matrícula en la escuela primaria refleja directamente la eficacia de algunas normas legales: solo por poner algunos ejemplos, los funcionarios proporcionaron el presupuesto a tiempo, los padres enviaron los niños a la escuela y las escuelas aceptaron nuevos estudiantes.

- (v) Otros resultados muestran con mayor precisión la efectividad del conjunto de normas que componen el PTC “Progresá”. Por ejemplo, la reducción de 23 por ciento en la incidencia de enfermedades es un caso de ello pues la ley podría haber sido eficaz, pero debido a algunos problemas de diseño podría no haber alcanzado el propósito de la reducción enfermedades en los niños, como ocurrió en el caso del programa del lavado de manos.
- (vi) Los estudios de impacto pueden mostrar, además, algunos efectos como, por ejemplo, el que relata Duflo sobre la disminución en el número de días de inasistencia laboral de los adultos. Es altamente improbable que el legislador al diseñar el programa “Progresá” haya considerado como un posible resultado positivo de este programa el de la reducción de ausentismo laboral en adultos (seguramente producido por la disminución del contagio de las enfermedades de los niños de la familia)<sup>345</sup>.
- (vii) Finalmente la comparación entre diferentes formas de intervención en un mismo estudio o la comparación de resultados entre dos o más ensayos puede resultar importante para medir la eficiencia de las normas que implementan programas activos de desarrollo o políticas públicas destinadas a la mejora del desarrollo humano. Esta medición de la eficiencia es generalmente concordante con el sentido de eficiencia utilizado en este trabajo, esto es, la relación coste-efectividad. Por ejemplo, la comparación entre dos ensayos realizados en América Latina arrojó que las campañas de información a los padres sobre la relación entre escolarización y el futuro

---

<sup>345</sup> Un ejemplo similar se propuso en el Capítulo II al identificar como efecto de la titulación de tierras en un barrio irregular de la Provincia de Buenos Aires la duplicación de la tasa de finalización del colegio secundario de las familias que habían integrado el grupo control (Galiani y Schargrodsky 2010, 711-712).

aumento de ingresos de sus hijos adicionaron en República Dominicana 0,24 años de aumento de la escolarización y que por el mismo costo sólo se sumaron 0,03 años en México a través del programa de transferencias condicionadas (PTC) (Dhaliwal, et al. 2011, 35)<sup>346</sup>.

De este modo, como se puede advertir con los ejemplos sencillos que se han presentado, que el estudio de impacto de ciertas normas puede ser una herramienta muy útil para los legisladores no sólo para evaluar la eficacia y efectividad de sus programas sino también para obtener datos empíricos útiles para realizar futuros ajustes a las normas y conocer los efectos de las normas formales.

Una de las cuestiones que los ensayos controlados aleatorizados ha enseñado a los *policy makers* es que los resultados de los ensayos no son siempre concordantes con los que se tendería a pensar que se producirían. Esto invita a compartir la reflexión de Banerjee y Duflo cuando sostienen que muchas veces el fracaso de las políticas de desarrollo está causado por las “tres íes”, es decir, *ideología, ignorancia e inercia* (Banerjee y Duflo 2011, 35).

---

<sup>346</sup> Los autores proponen esta comparación como un modo de comparar la eficiencia de los dos programas mencionados. Aunque la idea parece razonable creo que la comparación es conflictiva por diversos motivos. En primer lugar, el resultado del PTC en México (la efectividad) respecto de la escolarización primaria no es el único objetivo o fin social de la norma (no es el único resultado esperado por el legislador en el sentido de R1 al que se viene haciendo referencia), por lo tanto, podría ser que la política pública evaluada de manera integral, o sea con relación a otros o a todos sus resultados esperados (reducción de la pobreza, mejora de la seguridad alimentaria, cumplimiento del calendario de vacunación, asistencia escolar o control médico prenatal) sí fuese eficiente. En segundo término, es posible también que la diferencia previa a la implementación de las medidas entre República Dominicana y México respecto de la escolarización primaria jugase algún papel en la diferencia de rendimiento de las medidas (la tasa de finalización de la escolarización primaria en República Dominicana era la siguiente: 51,8 en 2003, 74,8 en 2009 y 79,2 en 2011; mientras que en México para los mismo años las tasas eran las siguientes 90,4; 94,2 y 95,8. Para los años intermedios faltantes no hay información disponible respecto a República Dominicana. Fuente CEPAL).

## CONCLUSIONES

Si bien el principal objetivo de este trabajo no ha sido el poner en evidencia la desconexión entre el mundo jurídico y el de los enfoques institucionalistas interesados en el desarrollo, esta idea ha atravesado horizontalmente toda la investigación y seguramente la ausencia de contacto o la indiferencia mutua ha quedado evidenciada en las páginas que la integran. Como se dijo en la introducción, uno de los objetivos de esta tesis era, para ilustrarlo de alguna manera, la construcción de puentes de diálogo entre el ámbito de las instituciones y el desarrollo, por un lado, y el derecho y la teoría jurídica, por el otro. Para visibilizar esos puentes propongo en esta instancia final realizar una breve recapitulación, en primer lugar, de los aportes en los que cada grupo de pensadores del derecho y del ámbito del desarrollo se han destacado, luego una descripción de aquello que los diferentes grupos han omitido o en lo que no han sido suficientemente importantes o completas sus contribuciones, y finalmente una breve exposición de cómo este trabajo ha tomado esos aportes valiosos e intentado proponer ideas propias o provenientes de terceros para dar algún contenido a aquellas áreas incompletas, superficiales o en las que los canales de comunicación eran inexistentes o poco explorados.

Con relación a los pensadores del NIE es innegable que uno de los grandes aportes al pensamiento sobre desarrollo fue la modificación del paradigma imperante con relación a las causas asociadas históricamente al desarrollo económico; este enfoque ha abandonado la idea de que el acento esencial del desarrollo se encontraba en cuestiones asociadas a la acumulación de capital físico, tecnología, industrialización o estabilidad macroeconómica para, en cambio, promover la idea de que son las instituciones o las reglas del juego las que finalmente juegan un rol primordial en la generación de escenarios para la competencia, la innovación y en definitiva para la generación de los incentivos necesarios para la inversión. Asimismo, esta escuela de pensamiento ha introducido, aunque con las imprecisiones señaladas en los capítulos anteriores, la importancia de considerar no sólo a las instituciones formales sino también a las instituciones informales y a las condiciones de aplicación de ambas. Finalmente el Neo Institucionalismo ha intentado, sin éxito a mi entender, pero con seriedad y rigurosidad explicar cómo se produce el cambio institucional.

Sus omisiones y falencias han sido señaladas en multiplicidad de ocasiones en este trabajo: las instituciones son abordadas de un modo en el que el derecho tiene un rol muy acotado en la posibilidad de alterar deliberadamente el panorama institucional vigente. Es que las instituciones formales son, en el NIE, prácticamente epifenómenos, dependientes de otras circunstancias como el camino recorrido, las instituciones preexistentes y las cuasi no maleables instituciones informales, entonces el derecho, como producto deliberado de la creación humana, tiene poco para ofrecer a las explicaciones y soluciones de este enfoque.

Si esto es así, como señala Przerowski (2004, 166), las instituciones no juegan ningún rol autónomo en la explicación del NIE y no pueden ser consideradas, por lo tanto, la *causa primaria* del desempeño económico (North 1990, 110). La crítica anterior—con la que se coincide— podría ser entendida como teniendo, por lo menos, dos consecuencias de diversa intensidad sobre la teoría neo institucionalista. Así, podría entenderse a esta dificultad como privando de sentido a toda la explicación del NIE como parece entender Przerowski (2004), o bien podría considerarse que sólo si se atribuye a las instituciones un carácter más autónomo que el que se le ha otorgado en la explicación del cambio institucional de North, la teoría del NIE comienza a tener sentido. Si esta última opción es aceptable entonces, de algún modo, este trabajo podría servir de contribución para los pensadores del NIE. En este sentido, se han brindado razones por las que la posibilidad de cambio institucional no está enmarcada en tan estrechos caminos como ha sido presentada por North y otros autores. Las sociedades actuales no funcionan como sistemas cerrados que únicamente se integran de instituciones preexistentes sino que permanentemente reciben estímulos externos (institucionales y no institucionales) que pueden generar nuevas opciones (o creencias, según el vocabulario utilizado por North) capaces de promover cambios institucionales que el camino recorrido o la historia no preveían. Si los caminos por los que transcurre el derecho y las instituciones formales no son tan estrechos y queda algún margen para la agencia humana, es entonces posible y necesario pensar en el derecho como un instrumento para el cambio social. Sin embargo, para entender al derecho como un instrumento apto para el cambio social resulta necesario ampliar las herramientas con las que contaban las viejas escuelas que encontraban en el derecho este potencial (por ejemplo, entre otros, los autores vinculados al movimiento de “Derecho y Desarrollo”) y que no supieron ver mucho más allá de los enfoques sociológicos o antropológicos del derecho y descuidaron otros aspectos importantes, entre ellos, la teoría jurídica.

El Desarrollo Humano, por su parte, ha cambiado el concepto mismo de desarrollo sin abandonar todas sus ideas preexistentes. Así, el crecimiento económico sigue siendo una preocupación del DH pero no es ya un fin del desarrollo sino un medio para la expansión de las libertades. En este sentido su aproximación al concepto de desarrollo resulta mucho más integral, menos economicista y sustentado en sólidas bases filosóficas. En el enfoque del DH, a diferencia de lo que se ha señalado respecto del NIE, no hay ninguna razón intrínseca que justifique el desinterés por ciertos aspectos de las instituciones formales y podría entenderse el superficial abordaje del tema institucional que hace el DH simplemente como una “pata” faltante en el enfoque. Esa ausencia es, sin embargo, significativa debido a que el DH tiene una *dependencia* aún mayor de las instituciones formales que otras posiciones institucionalistas: para Sen y otros pensadores, las instituciones formales no son únicamente generadoras de incentivos (rol que claramente también cumplen) sino que son asimismo necesarias para (a) garantizar las libertades instrumentales que permiten, en definitiva, llegar a las libertades constitutivas del desarrollo y luego a las realizaciones; y (b) para vehicular otras políticas públicas –adicionales a las que integran las libertades instrumentales– necesarias para la expansión de las capacidades humanas. Esta posición podría, indudablemente, beneficiarse enormemente de un diálogo más fluido con el derecho y la teoría jurídica.

Volvamos hacia atrás en el tiempo para realizar el mismo ejercicio con quienes fomentaron el primer acercamiento entre el desarrollo y el desarrollo, los integrantes del auto-denominado movimiento de “Derecho y Desarrollo”. Su contribución en la primera etapa de sus trabajos ha sido también muy valiosa: incorporaron al derecho como un elemento más a tener en cuenta al considerar los problemas de desarrollo. Lo hicieron, sin embargo, de una manera inadecuada como ellos mismos supieron aceptar (Trubek y Galanter 1974). En la segunda etapa de su existencia, no ya con las pretensiones de un “movimiento”, pero sí como un campo que renació luego de que el NIE ganara un lugar en el pensamiento sobre desarrollo, los autores intentaron algunas reflexiones sobre el lugar del derecho en el paradigma institucionalista; sin embargo, sus enfoques continuaron siendo, en el mejor de los casos, puramente sociológicos, antropológicos o historicistas. Así, los fracasos de los programas de fortalecimiento del ED y de otras actividades tendientes a mejorar las instituciones para promover el desarrollo fueron explicadas utilizando únicamente esos enfoques: siempre el foco de análisis estuvo orientado hacia las personas, las sociedades o las culturas. Generalmente se obviaron los análisis sobre *los problemas de la ley* y de sus modelos de aplicación. Así, los

teóricos asociados al Derecho y Desarrollo, no pudieron renovar sus herramientas y gran parte de su producción teórica se dedicó a rumiar sobre sus propias actividades de la primera etapa y fueron pocos los aportes novedosos. Destaco sí que muchos de los trabajos que directa o indirectamente se pueden vincular con la perspectiva del “Derecho y Desarrollo” fueron los que otorgaron –junto con el Banco Mundial y otras organizaciones financieras internacionales– un lugar central a la idea de que las instituciones y el desarrollo no pueden desvincularse del fortalecimiento del estado de derecho. No obstante, el reconocimiento anterior, debo decir que ese aporte para tener sentido debió haberse enfocado desde un aspecto jurídico o con preponderancia de los aportes jurídicos al tema y fue, sin embargo, abordado desde versiones confusas e incompletas del estado de derecho<sup>347</sup>.

Pasemos ahora al mundo jurídico. Los juristas fuera del mundo anglosajón, en general, no han demostrado un interés por los problemas vinculados al desarrollo y no han considerado al derecho como una posible herramienta para los problemas del crecimiento económico y del desarrollo humano. Los juristas que se dedicaron en su trabajo total o parcialmente a los problemas del estado de derecho, han construido nociones del ED que constituyen sólidas bases para diversos objetivos valiosos, como la seguridad, el orden, la prevención de la tiranía, la posibilidad de realizar los propios planes de vida, la consagración positiva de derechos sociales o económicos, etc. Esas diversas posiciones sobre el ED, que comparten como punto de partida la necesidad de *sujección de las autoridades y los habitantes a la ley*, podrían haber sido plataformas sumamente útiles sobre las cuales pensar en las instituciones y el desarrollo desde una perspectiva jurídica (algo que, como ya se dijo, generalmente no hicieron los pensadores vinculados al NIE o al “Derecho y Desarrollo”). Sin embargo, los juristas preocupados por el ED se mostraron indiferentes acerca de cómo asegurar el núcleo mismo del ED: si las autoridades y los habitantes no adecuan sus conductas a las normas jurídicas vigentes entonces no hay ED. En otras palabras, el pensamiento sobre ED descuidó los problemas sobre eficacia de las normas jurídicas asumiendo probablemente un modelo de “mano invisible” por la cual cumplidos los restantes requisitos del ED (prospectividad, claridad, imparcialidad e independencia en la aplicación, etc.) la eficacia se produciría sola.

Este descuido acerca de la eficacia no obedece a una insuficiencia teórica. La teoría jurídica ha desarrollado de un modo muy aceptable el concepto de eficacia normativa y

---

<sup>347</sup> Ver, por ejemplo, los trabajos incluidos en Trubek y Santos 2006, Weingast 2012, Davis y Trebilcock (2008). Debo reconocer una notable excepción sobre la omisión de tratar el ED desde una perspectiva jurídica en Tamanaha (2011).

ha abordado los problemas que conlleva asumir una u otra posición sobre este tema. Estos estudios sobre eficacia de las normas, sin embargo, no han incorporado los elementos para pensar por qué las normas pueden ser, en ocasiones, menos eficaces o ineficaces. Esos elementos, si bien casi siempre extra-jurídicos, no son ajenos al mundo normativo y pueden ser analizados utilizando herramientas y metodologías aceptadas en el ámbito del estudio del derecho. Me refiero, claro está, al estudio de las instituciones informales que se han identificado en este trabajo como el principal escollo para la eficacia de las normas formales.

A continuación y de un modo muy esquemático trataré de presentar resumidamente el modo en que se han construido en este trabajo esos puentes que pretenden unir los mundos del desarrollo y las instituciones, por un lado y del derecho y la teoría jurídica por el otro.

- Considero que el principal aporte de esta tesis ha sido poner el acento en la centralidad de la *eficacia* de las instituciones formales como núcleo tanto de las posibles relaciones entre instituciones y desarrollo como cuanto respecto a los problemas de la debilidad del ED en América Latina. La *efectividad*, por su parte, muchas veces olvidada por el derecho y tratada de un modo rústico por las aproximaciones institucionalistas al desarrollo es otro de los pilares sobre los que se alza este trabajo. La *eficiencia* tampoco atendida debidamente por las miradas jurídicas, ha sido, por el contrario, una preocupación permanente y tal vez sobrevalorada de los enfoques institucionalistas. Incluso me animaría a afirmar que la eficiencia ha sido en algunos casos absurdamente considerada por los enfoques economicistas: la preocupación por la eficiencia, en muchos casos ha sido prioritaria respecto de la eficacia –o no se las ha distinguido– lo que carece de sentido ya que generalmente si no son eficaces, o lo son sólo mínimamente, las normas formales no pueden arrojar resultados eficientes. A los análisis sobre eficacia, efectividad y eficiencia de las instituciones formales se ha incorporado en este trabajo el de la detección y evaluación de los *efectos* de las normas formales.

- En el ámbito del estudio del estado de derecho, además de proponerse la centralidad de la eficacia de las normas como aspecto más relevante, se ha desarrollado un modo de concebir el estado de derecho en el cual se consideran no sólo las tradicionales relaciones que ese ideal estructura: las relaciones horizontales (entre ciudadanos o habitantes o personas jurídicas entre sí o con otras personas físicas) y las relaciones verticales que se han identificado aquí como de tipo uno, esto es, las obligaciones de no hacer y prohibiciones que recaen sobre los funcionarios



públicos y las organizaciones estatales. En este sentido se han incorporado al modo de pensar sobre el estado de derecho tres relaciones verticales más: la relación vertical tipo tres que considera las obligaciones positivas del Estado frente a las personas incluyendo los derechos sociales o económicos y otras obligaciones necesarias para hacer efectivos derechos subjetivos de las personas, pero también otro tipo de obligaciones de hacer como las de proveer seguridad, garantizar condiciones para el desarrollo económico, acceso razonablemente igualitario a la justicia, etc. La más olvidada de las relaciones que estructura el estado de derecho es considerada en esta investigación como muy importante: las obligaciones verticales tipo dos que son aquellas que imponen obligaciones y prohibiciones a las personas físicas y jurídicas respecto del Estado. Finalmente, se ha incorporado una cuarto tipo de relación que estructura el ED y que establece las relaciones entre diferentes agentes u organismos del Estado. El estado de derecho se ha entendido aquí como estructurando las cinco relaciones antes mencionadas sin que ninguna de ellas sea de menor importancia para la importancia instrumental que el ED tiene con relación al desarrollo económico y humano. También se ha incorporado en este trabajo un llamado de atención sobre la importancia de la seguridad jurídica como un ideal que incluso amplía los beneficios esperados para el desarrollo del respeto y fortalecimiento del estado de derecho.

- Otro aspecto que puede ser considerado un aporte novedoso de este trabajo es la consideración de la importancia para el desarrollo económico y humano de las normas permisivas o las que confieren competencias, potestades, etcétera y que he llamado, siguiendo a Shapiro, “anti-directivas” (2011, 146). Las anti-directivas tienen un rol muy importante en la generación de incentivos para el desarrollo y también en la posible expansión de las capacidades humanas. Estas, sin embargo, han sido generalmente olvidadas en el planteo del NIE que sólo vincula a las instituciones con “restricciones”.

- Para quienes compartimos la idea de que las instituciones informales son pasibles de ser modificadas deliberadamente, sea a través del derecho o de otros mecanismos, la identificación y diferenciación de distintas manifestaciones dentro de ese gran conjunto de instituciones informales resulta una tarea necesaria. En este sentido, el trabajo de Bicchieri (2017) es destacable por su rigurosidad y detalle. Sin embargo, aquí se ha propuesto un modo de identificar a las instituciones informales que resulta más acorde con la contracara que se ha querido poner de relieve, esto es, la posibilidad de que el derecho o las normas formales sean el mecanismo de refuerzo de instituciones informales valiosas o funcionales y/o la posibilidad de que las normas formales sean el instrumento de neutralización o de erradicación de aquellas manifestaciones normativas

informales disfuncionales o disvaliosas. Para ello, la tipología que se ha presentado distingue entre normas sociales, por un lado, y normas informales o normas informales de conjuntos complejos, por el otro. Las *normas sociales* se caracterizan por la dispersión de su creación, la dispersión de su aplicación, la ausencia de reglas de adjudicación, entre otras características. Son principalmente normas “generales” y que rigen tanto las relaciones personales como las relaciones anónimas. Por su parte, las normas informales integran conjuntos que rigen la actividad interna de grupos de personas relativamente estructurados y relativamente permanentes pero no necesariamente unidos por un vínculo jurídico. Se ha descrito a estos grupos como “comunidades de tejido cerrado y participantes repetidos” (Strahilevitz 2000, 1272). La distinción entre ambos grupos de instituciones informales es relevante para la tarea de búsqueda de soluciones jurídicas para su fortalecimiento o modificación. Finalmente se ha realizado una minuciosa descripción de las posibles interrelaciones estáticas y dinámicas entre instituciones informales y formales.

- También se ha adoptado una posición propia sobre el cambio institucional que tiene como principal característica el abandono de los modelos monocausales sobre los cuales gran parte de los autores sustentan sus explicaciones. Para construir esta idea sobre el cambio institucional, que acepto rudimentaria e inacabada, se han adoptado algunos lineamientos sobre el peso de la historia o el camino recorrido, o mejor dicho, una versión moderada de este tipo de explicaciones y se ha combinado con una visión del cambio institucional que pone un acento importante (aunque no exclusivo) en el lado de la oferta institucional (entre otras cosas, la inteligibilidad de las normas, la evaluación del poder de quienes soportarán los costes del cambio institucional y la distribución de estos costes). En definitiva, la actividad de los *policy makers* o legisladores debería ser el objeto de concentración para la consecución de cambios institucionales eficaces, efectivos y eficientes.

- Finalmente, y como se adelantó en el párrafo anterior, un aporte genuino de este trabajo ha sido proponer tres focos a los que debería dirigirse la mirada en el mundo de las relaciones entre instituciones y desarrollo: en primer lugar a la actividad legislativa para reorientar o fortalecer los esfuerzos de diferentes enfoques sobre racionalidad legislativa hacia mejoras en los problemas de eficacia y efectividad de las normas formales. En segundo término, vincular las cuestiones de aplicación de la ley por poderes judiciales u organismos administrativos con posibles mejoras en la eficacia de las normas y finalmente, hacer hincapié en la necesidad de controlar a través de la

evaluación de impacto de las normas formales su grado de eficacia, efectividad y eficiencia así como la detección y evaluación de sus efectos.

No voy a negar que la idea de realizar una tesis sobre América Latina y sus dificultades institucionales para conseguir avances serios en el desarrollo humano y para hacer más estable y permanente su crecimiento económico, es el resultado de una preocupación personal que me desvela desde hace años. Sin embargo, espero sinceramente haber dejado de lado en el desarrollo del trabajo el enorme dolor que esta situación me genera y haber ofrecido, en cambio, un camino para el debate desprovisto de factores emocionales. Si en algún tramo no lo he logrado pido tardíamente mis disculpas por ello. No me queda ninguna duda que las ideas aquí plasmadas y las propuestas ofrecidas enfrentarán fuertes reparos y que no están desprovistas de retos y desafíos. Sería insensato pretender que no fuese así y los siguientes pasos de este trabajo seguramente se orientarán a debatir esos temas.

Girona, diciembre de 2017

## BIBLIOGRAFÍA

### A

- Abramowicz, Michael, Ian Ayres, y Yair Listokin. «Randomizing Law.» *University of Pennsylvania Law Review* 159, nº 4 (2011): 929-1005.
- Acemoglu, Daron, y James Robinson. *Why Nations Fail?* Nueva York: Profile Books, 2012  
— . *Economic Origins of Dictatorship and Democracy* . New York: Cambridge University Press, 2006.  
— . «Why did the West Extend the Franchise? Democracy, Inequality and Growth in Historical Perspective .» *Quarterly Journal of Economics*, nº 115 (2000): 1167-1199.
- Acemoglu, Daron. «Raíz histórica. Un enfoque histórico de la función de las instituciones en el desarrollo económico.» *Finanzas y Desarrollo*, Junio 2003.
- Adelman, Irma. *Theories of Economic Growth and Development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1961.
- Aguayo, Victor, y Ajali Paintal. «Nutrition in adolescent girls in South Asia .» *BMJ* 357 (2017).
- Aguiló Regla, Josep. «Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad.» *Novos Estudos Jurídicos* 17, nº 2 (2012): 161-172.  
— . «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica.» *Isonomía*, nº 6 (1997): 71-79.
- Alchourron, Carlos, y Eugenio Bulygin. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México : Distribuciones Fontamara, 1997  
— . *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Aldashev, Gani, Imane Chaara, Jean-Philippe Platteau, y Zaki Wahhaj. «Using the Law to Change the Custom.» *Journal of Development Economics*, 2012: 182-200.
- Alegre, Marcelo. «Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos.» *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 6, nº 1 (2005): 175-198.
- Alkire, Sabine, y Severine Deneulin. «A Normative Framework for Development.» En *An Introduction to the Human Development and Capability Approach*, de Severine Deneuline y Lila Shahani, 3-21. Londres: Earthscan, 2009.
- Anoop, Singh, y otros. *Stabilization and Reform in Latin America: A Macroeconomic Perspective of the Experience since the 1990*. IMF Occasional Paper 238, Washington DC: IMF, 2005.
- Ardnt, Heinz Wolfgang. *Economic Development. The History of an Idea*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.
- Arias, Xosé, y Caballero Gonzalo. «De la nueva economía institucional al análisis institucional moderno en las ciencias sociales.» En *Nuevo Institucionalismo, Economía, Gobernanza y Políticas Públicas*, de Xosé Arias y Caballero Gonzalo. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. *Las Piezas del Derecho, teoría de los enunciados jurídicos*. Madrid: Ariel, 1996.  
— .«Sobre principios y reglas.» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10 (1991): 101-120.
- Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.  
— . «Reasoning and Legislation.» En *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, de Luc Wintgens, 297-317. Aldershot (UK)- Burlington (EE.UU): Ashgate, 2005.  
— . *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

— . *Tras la Justicia*. Barcelona: Ariel, 1993.

Avila, Humberto. «Indicadores de Seguridad Jurídica.» En *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, de Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2015.

— . *Seguridad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Axelrod, Robert. «An Evolutionary Approach to Norms .» *The American Political Science Review* 80, nº 4 (1986): 1095-1111 .

## **B**

Bárcena, Alicia. «Restricciones estructurales del desarrollo en América Latina y el Caribe: una reflexión postcrisis.» *Revista CEPAL*, nº 100 (Abril 2010): 7-28.

Banco Mundial. *Doing Business Index Report* . Informe Anual, Washington D.C.: World Bank, 2017.

— . *Igualdad de Género y Desarrollo*. Informe sobre el Desarrollo Mundial , Washington D.C.: Banco Mundial, 2012.

— . *Gender, Equality and Development*. World Development Report 2012, Washington D.C.: Banco Mundial, 2012.

— . *Conflicto, Seguridad y Desarrollo*. Informe Mundial sobre Desarrollo, Washington D.C.: Banco Mundial, 2011

— . *Crecimiento económico en los años noventa: aprendiendo de una década de reformas*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2005.

Banerjee, Abhijit, Dean Karlan, y Jonathan Zinman. «Six Randomized Evaluations of Microcredits: Introduction and Further Steps.» *American Economic Journal: Applied Economics* 7, nº 1 (2015): 1-21.

Banerjee, Abhijit, y Esther Duflo. *Repensar la pobreza*. Madrid: Taurus, 2011.

Barnes, Jeffrey. «The Continuing Debate About 'Plain Language' Legislation: A Law Reform Conundrum.» *Statute Law Review* 27, nº 2 (2006): 83-132.

Bayon, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción* . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Bensusán, Graciela. «La efectividad de la legislación laboral en América Latina.» *Documentos de Trabajo IIEL (OIT)*. Ginebra: Instituto Internacional de Estudios Laborales, 2007.

Bentham, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham (Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal law)*. Online Library of Liberty, (1834) 2010.

Bergallo, Paola, Agustina Ramón Michel. «El aborto no punible en el Derecho Argentino», 2009. Disponible en [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas\\_Informativas/09\\_Bergallo\\_Michel.pdf](http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/09_Bergallo_Michel.pdf) (visitado el 5 de diciembre de 2017).

Berkowitz, Daniel, Katharina Pistor, and Jean-Francois Richard. «Economic Development, Legality, and the Transplant Effect.» *European Economic Review* 47 (2003): 165-195.

Berman, Harold. *Law and Revolution II: The impact of the Protest Reformations on the Western Legal Traditions*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

Bessette, Joseph , en eds., A, Washing- ton, 101-116. « Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government.» En *How democratic is the Constitution?*, de Robert Goldwin y William Schambra, 101-116. Washington DC: American Enterprise Institute, 1980.

Better Regulation Task Force (BRTF). «Regulation-Less is More. Reducing Burdens, Improving Outcomes.» Report to the Prime Minister, Londres, 2005.

Bicchieri, Cristina. *Norms in the Wild. How to Diagnose, Measure and Change Social Norms*. New York: Oxford University Press, 2017.

—. *The Grammar of Society, The Nature of Dynamics of Social Norms*. New York: Cambridge University Press, 2006.

Bicchieri, Cristina, y Ryan Muldoon. «Social Norms.» En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, de Edward N. Zalta (ed.). Stanford, 2011.

Bielschowsky, Ricardo. «Sesenta años de la CEPAL: estructuralismo y neoestructuralismo.» *Revista de la CEPAL*, nº 97 (2009): 173-194.

Bobbio, Norberto. «Ciencia del Derecho y Análisis del lenguaje.» En *Contribución a la teoría del derecho*, de Norberto Bobbio, traducido por Miguel Ruiz, 171-196. Madrid: Debate, (1950) 1990.  
—. *El futuro de la Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1986.

Bohmer, Martín. «Lusus Naturae.» En *El Derecho en America Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, de César Rodríguez Garavito, 185-210. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011.

Bovero, Michelangelo. *Seguridad Jurídica en Iberoamérica*. En *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, de Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, 49-57. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Brigaglia, Marco. «Genealogia della normatività. Sulla psicologia del giudizio normativo.» Sin publicar. Trabajo presentado en el XXIII Congreso Ítalo-Español-Frances-Luso de Teoría del Derecho. Palermo, 20-21 de octubre de 2017.

Brinkerhoff, Derick. «Rebuilding Governance in Failed States and Post-Conflict Societies: Core Concepts and Cross-Cutting Themes.» *Public Administration and Development*, 25, nº 1 (2005): 3-14.

Brooks, Rosa. «The New Imperialism: Violence, Norms, and the "Rule of Law".» *Michigan Law Review* 101, nº 7 (2003): 2275-2340.

Brugué, Quim. «Recuperar la política desde la deliberación.» *Revista Internacional de Organizaciones*, nº 7 (2011): 157-174.

Bulygin, Eugenio. «Teoría y Técnica de Legislación.» En *Análisis lógico y derecho*, de Eugenio Bulygin y Carlos Alchourron. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Bulygin, Eugenio, y Daniel Mendonca. *Normas y sistemas normativos*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.

Bunge, Mario. *Ciencia, Técnica y Desarrollo*. Pamplona: Laetoli, 2014.

Burki, Shahid, y Guillermo Perry. *Beyond Washington Consensus: Institutions Matter*. Washington D.C.: Banco Mundial, 1999.

## C

Calsamiglia, Albert. «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?» *Doxa*, nº 13 (1993): 161-178.

Cao, Lan. «Culture Change.» *Virginia Journal of International Law* 357 (2007).

- Caracciolo, Ricardo. «Existencia de Normas.» *Isonomía*, nº 7 (1997): 159-178.
- Cardoso, Fernando H, y Enzo Faletto. *Dependencia y Desarrollo en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI, (1969) 1977.
- Carothers, Thomas. «The Rule of Law Revival.» *Foreign Affairs*, nº 77 (1998): 95.  
—.«The Problem of Knowledge.» En *Promoting the Rule of Law Abroad: in Search of Knowledge*, de Thomas Carothers, 16-28. Washington D.C.: Carnagie Endowment for International Peace, 2006.
- Carruthers, Bruce. *Institutional Dynamics: When "change" is real change?* Working Paper, Evanston (IL): Northwestern University, 2012.
- Cecchini, Simone, y Aldo Madariaga. «Programas de Transferencias Condicionadas. Balance de la experiencia reciente en América Latina y el Caribe.» *Cuadernos de CEPAL Nro. 95*, (CEPAL-ONU), 2011.
- Cejudo Córdoba, Rafael. «Capacidades y Libertad. Una aproximación a la teoría de Amartya Sen.» *Revista Internacional de Sociología LXV*, nº 57 (Mayo-Agosto 2007): 9-22.
- Celano, Bruno y Marco Brigaglia. «Reasons, rules, exceptions: towards a psychological account.» Sin publicar. Trabajo presentado en el *workshop* sobre "Reason(s) in Law". Universidad de Génova, 5 y 6 de diciembre de 2016.
- Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA) «La seguridad jurídica en la capacitación de los jueces latinoamericanos.» En *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, de Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltran, 123-154. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Chang, Ha-Joon, y Peter Evans. «El papel de las instituciones en el cambio económico.» En *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, de Peter Evans. Bogotá: ILSA, 2007.
- Chang, Ha-Joon. «Institutional Change and Economic Development: an Introduction.» En *Institutional Change and Economic Development*, de Ha-Joon (Ed) Chang, 1-14. New York: United Nations University Press, 2007a.
- Chong, Alberto, y Eduardo Lora. «¿Valieron la pena las privatizaciones?» *Nueva Sociedad*, nº 207 (Enero-Febrero 2007): 81-92.
- Clark, Jeffrey, Patricia Armstrong, y Robert Varenik. «The Collapse of the World Bank's judicial reform project in Peru .» En *Law Reform in developing and transitional states*, de Tim Lindsey, 159-179. New York: Routledge, 2007.
- Cleland, Fritz. «Effectiveness versus efficacy: more than a debate over language.» *J Orthop Sports Phys Ther* 33 (2003): 163-165.
- Coase, Ronald. «The Institutional Structure of Production .» *The American Economic Review* 82, nº 4 (1992).  
— . «The Problem of Social Cost .» *The Journal of Law and Economics* 3 (1960): 1-44.  
— . «The Federal Communications Commission.» *The Journal of Law and Economics* 2 (Octubre 1959): 1-40.
- Cohen, Amy. «Thinking with Culture in Law and Development .» *Buffalo Law Review* 57 (2009): 511-586.

- Coleman, James. *Foundations of Social Theory*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.
- Collier, Paul. *El Club de la Miseria: qué falla en los países más pobres del mundo*. Madrid: Turner, 2009.
- Colson, Elizabeth. *Tradition and Contract: The Problem of Order*. Chicago: Adeline, 1974.
- Comisión Europea. «Better Regulation: Delivering better results for a stronger Union.» Bruselas, 2016.
- . «Better regulation for better results - An EU agenda.» Bruselas, 2015.
- . «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea.» Bruselas, 2005.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. «Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.» E/C.12/2001/10, ONU, Ginebra, 2001.
- Commission on the Legal Empowerment of the Poor. *Making the Law Work for Everyone*. Vol. II, United Nations Development Program, New York: UNDP, 2008.
- . *Making the Law Work for Everyone*. Vol. I, United Nations Development Program, New York: UNDP, 2006.
- Consejo de Ministros de España. «Directrices de Técnica Normativa.» BOE del 29 de julio de 2005, 2005.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana . «Reglas mínimas sobre Seguridad Jurídica en el ámbito Iberoamericano.» Documento de Sustentación, Brasilia, 2008.
- Cypher, James, and James Dietz. *The Process of Economic Development*. 3era. Edición, Londres: Routledge, 2010.
- Cyruł, Wojciech. «Lawmaking: Between Discourse and Legal Text.» En *Legislation in Context: Essays in Legisprudence* , de Luc Wintgens, 43-54. Aldershot (UK)- Burlington (USA): Ashgate, 2007.
- D**
- Dascal, Marcelo, y Jerzy Wroblewski. «The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation.» *Journal of Pragmatics* (North-Holland) 15 (1991): 421-444.
- Davis, Kevin, y Michael Trebilcock. «The Relationship between Law and Development: Optimists Versus Skeptics.» *American Journal of Comparative Law* 56, n° 4 (2008): 895-946.
- Davis, Michael. «The price of Rights: constitutionalism and East Asian Economic Development.» *Human Rights Quarterly*, 1998: 303-337.
- Del Mel, Surish, David McKenzie, y Christopher Woodruff. *What is the Cost of Formality? Experimentally estimating the demand for formalization* . 2011.
- De Soto, Hernando. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York: Basic Books, 2000.
- . *The Other Path*. New York: Basic Books, 1996.
- Dhaliwal, Iqbal, Ester Duflo, Rachel Glennerster, y Caitlin Tulloch. *Comparative cost-effectiveness to inform policy in developing countries*. Prod. MIT Abdul Latif Jameel Poverty Action Lab. Cambridge, Massachusetts, 10 de Agosto de 2011.



Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1975.

Diez Picazo, Luis, y Antonio Gullon. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1994.

Domingo, Pilar, y Tam O'Neil. *The Politics of Legal Empowerment*. London: ODI, 2014.

Donnelly, Jack. «Cultural Relativism and Universal Human Rights.» *Human Rights Quarterly* 6, nº 4 (1984).

Drèze, Jean, y Amartya Sen. *India. Development and Participation*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Duflo, Esther. «Scaling Up and Evaluation.» En *Annual World Bank Conference on Development Economics 2004: Accelerating Development*, de François Bourguignon y Boris Pleskovic, 341-369. Washington DC: World Bank, 2004.

Durkheim, Émilie. *The Rules of Sociological Method*. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1950.

Dworkin, Ronald. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2012.  
— . *A Matter of Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

## **E**

Easterly, William. *Reinventing Foreign Aid*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008.  
— . *The White Man's Burden. Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*. New York: Oxford University Press, 2006.  
— . *The Elusive Quest for Growth: Economists' adventures and misadventures in the Tropics* . Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2002.

Echeverría, Jesus. «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles.» *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 29 (2006): 195-218.

Ehrlich, Paul, y Simon Levin. «The evolution of norms.» *PLoS Biol* 3, nº 6 (2005): 946-948.

Ekridge, William, Philip Frickey, y Elizabeth Garret. *Legislation*. St. Paul, Minnessota: Thomson/West, 2007.

Elster, Jon. «Social Norms and Economic Theory.» *Journal of Economic Perspectives* 3, nº 4 (Otoño 1989): 99-117.

Endicott, Thimoty. *Vagueness in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Engerman, Stanley, y Kenneth Sokoloff. *Economic Development in the Americas since 1500: Endowments and Institutions*. Londres: Cambridge University Press, 2011.  
— . «Colonialism, Inequality, and Long-Run Paths of Development.» En *Understanding Poverty*, de Abhijit Banerjee, Roland Bénabou y Dilip (Eds) Mookherjee. Oxford: Oxford University Press, 2006.  
— . «Colonialism, Inequality and Long-Run Paths of Development.» 2005.

Escobar, Arturo. «Power and visibility: Development and the invention of Management of the third world.» *Cultural Anthropology* 3, no. 4 (1988): 428-433.

Estlund, David. *La autoridad democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011.

Evans, Peter. «El Desarrollo como cambio institucional: las desventajas del monocultivo institucional y el potencial de la deliberación .» En *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, de Peter Evans, 275 y ss. Bogotá: ILSA, 2007.

## F

- Fang, Hanming, y Andrea Moro. «Theories of Statistical Discrimination and Affirmative Action: A Survey .» En *Handbook of Social Economics, Vol. 1A*, de Jess Benhabib, Mathew Jackson y Alberto Bisin, 133-200. North-Holland: Elsevier, 2011.
- Fernández Blanco, Carolina. *Derecho y Desarrollo. Una visión desde América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013.  
— .«Reglas de Juego y Desarrollo.» *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés (UNSA)*, 2013b: 22-53.
- Ferrajoli, Luigi. «La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública.» En *Defensa Pública Garantía de acceso a la justicia*, de Ministerio de la Defensa Pública y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), 77-89. Buenos Aires: La Ley, 2011.  
— . *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- Ferrari, Vincenzo. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2000.
- Ferraz, Claudio, y Frederico Finan. «Exposing Corrupt Politicians: The Effects of Brazil's Publicly Released Audits on Electorals.» *The Quarterly Journal of Economics* 123, nº 2 (2008): 703-746.
- Ferrer Beltran, Jordi, y Carolina Fernández Blanco. *Proyecto sobre Indicadores de Seguridad Jurídica en Iberoamérica*. En *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, de Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, 243-283. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2008.  
— . «Los estándares de prueba en el proceso penal español.» *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 15 (2007).  
— . «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales.» *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2003: 27-34.  
— . *Normas de Competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.
- Ferry, Jules. «Discurso del 28 de Julio de 1885 ante la Cámara de Diputados.» *Citado por The History of Development. From Western origins to Global Faith*. London: Zed Books, 2008, pág. 52.
- French-Davis, Ricardo. «Esbozo de un planteamiento neoestructuralista.» *Revista CEPAL*, nº 34 (1988).
- Field, Erica. «Property Rights and Investment in Urban Slums.» Editado por MIT. *Journal of the European Economic Association* 3, nº 2-3 (Abril-Mayo 2005): 279-290.
- Filgueira, Fernando. *El desarrollo Maniatado en América Latina: Estados superficiales y desiguales*. Buenos Aires: Clacso-Crop, 2009.
- Fletcher, George, y Steve Shephard. *American Law in a Global Context*. New York: Oxford University Press, 2005.
- FORES-FRASER-TINKER FOUNDATION PROJECT. «Análisis del impacto de la performance de la Justicia en la actividad económica.» *Informe*. Buenos Aires: Sin publicar, 30 de Mayo de 2000.
- Franco, Rolando. «Los paradigmas de la política social en América Latina», Documento CEPAL LC/R.1625, 20 de febrero de 1996.

Frei, Gonzalo. «Una aproximación al concepto de institución en Amartya Sen.» *Revista latinoamericana de Desarrollo Humano* (PNUD), 2007.

Friedman, Lawrence. M. *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation, 1975.

Fuller, Lon. *The Morality of Law*. Londres- New Haven: Yale University Press, 1969.

Fund for Peace. *Fragile State Index 2017*. Informe Anual, Washington D.C.: Fund For Peace, 2017.

## **G**

Galanter, Marc. "The Modernization of Law." In *Modernization: The Dynamics of Growth*, by Meyron Werner, 153-165. New York: Basic Books Inc., 1966.

Galiani, Sebastián, Paul Gertler, Nicolás Ajzenman, y Alexandra Orsola-Vidal. «Promoting Handwashing Behavior: The Effects of Largescale Community and School-Level Interventions.» *Health Economics*, 2015: 1545-1559.

Galiani, Sebastián, y Ernesto Schargrotsky. «Property rights for the poor: Effects of land titling.» *Journal of Public Economics*, nº 94 (2010): 700-729.

Ganuzza, Ernesto, Francisco Francés, Regina Lafuente, y Fernando Garrido. «¿Cambian sus preferencias los participantes en la deliberación?» *REIS*, 2012: 111-132.

García Cano, M. Carlos. «La aportación de las Directices de Técnica Normativa a la mejora de la legislación.» En *Legislar Mejor*, de Ministerio de Justicia. Gobierno de España, 135-158. Madrid: Ministerio de Justicia, 2009.

García Amado, Juan Antonio. «Razón Práctica y Teoría de la Legislación.» *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2000: 299-317.

García Villegas, Mauricio. «Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento.» En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, de César Rodríguez Garavito (coordinador), 161-184. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

—. *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

—. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes, 1993.

García-Escudero Márquez, Piedad. «La técnica legislativa en Derecho comparado, en especial en América Latina.» *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* (Asamblea de Madrid), nº 29 (2013): 27-64.

Gardner, James. *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Wisconsin: University of Wisconsin, 1980.

Gargarella, Roberto. «El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social.» *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2011: 37-54.

Garro, Alejandro. «Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades.» *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 22 (1993): 111-124.

Garzón Valdés, Ernesto. «Sobre Representación y Democracia.» *Doxa*, nº 6 (1989): 143-164.

Gerschenkron, Alexander. *Economic Backwardness in Historical Perspective. A Book of Essays*. Cambridge, Massachussets: Belknap Press of Harvard University Press, 1962.

Gertler, Paul, Sebastian Martínez, Patrick Premand, Laura Rawlings, y Christel Vermeersch. *La evaluación de impacto en la práctica*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2011.

Golub, Stephen. «Legal Empowerment Approaches and Importance.» *Justice Initiatives* (Open Society Justice Initiatives), 2013: 5-14.

—. «A House without Foundations.» En *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*, de Thomas Carothers, 105-136. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

Gomez, Gianmarco. «Grados y dimensiones de la certeza jurídica.» En *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, de Carlos Cruz Moratones, Fernández Blanco Carolina y Jordi Ferrer Beltrán, 29-47. Madrid: Marcial Pons, 2015.

—. *La certeza jurídica como previsibilidad*. Cátedra de Cultura Jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2009.

GRETEL (Grup D'estudis de Técnica Llegislativa). *Las formas de las Léis*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1986.

Gruenberg, Christian. «Transformative Participation or Voice Without Influence.» En *Fighting Clientelism: Transparency and participation in targeted social programs*, de Fernando Carrillo y Christian Gruenberg. Buenos Aires: CIPPEC- BID, 2006.

Gruenberg, Christian, y Victoria Pereyra Iraola. *El clientelismo en la gestión de programas sociales contra la pobreza*. Documento de Políticas Públicas Nro. 60, CIPPEC, Buenos Aires: CIPPEC, Enero 2009.

Guastini, Riccardo. «Implementing the Rule of Law.» Editado por P. Comanducci y R. Guastini. *Analisi e diritto 2001* (Giappichelli), 2002: 95-103.

Guillen, Arturo. «México, ejemplo de las políticas anti-desarrollo del Consenso de Washington.» *Estudios Avanzados* 76, nº 25 (2012): 57-76.

Gunder Frank, Andre. «El desarrollo del subdesarrollo.» *Pensamiento Crítico*, 1967: 159-172.

Gutierrez, Mario. *Economic growth in Latin America and the Caribbean: Growth Transitions Rather than Steady States*. Santiago de Chile: CEPAL, 2007.

## **H**

Habermas, Jurgen. *La inclusión del Otro*. Barcelona: Paidós, 1999.

Harrison, Lawrence y Huntington, Samuel (Eds.). *Culture Matters*. New York: Basic Books, 2000.

Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press, 1994.

—. *El Concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, (1961) 1998.

—. *Post Scriptum al Concepto de Derecho*. Editado por Penelope Bulloch y Joseph Raz. Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Autónoma de México, (1994) 2000.

Hart, Keith. «Bureaucratic Form and the Informal Economy.» En *Linking the Formal and Informal Economy: Concepts and Policies*, de Basudeb Guha-Khasnobis, Ravi Kanbur y Ostrom Elinor (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2006.

Hayek, Frederich. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1. Chicago: Chicago University Press, 1973.

- . «The Use of Knowledge in Society.» *The American Economic Review*, 1945: 519-530.
- . *The Constitution of Liberty*. San Francisco: China Social Science Publishing House, (1960) 1979.

Helmke, Gretchen, y Stephan Levitsky. «Informal Institutions and comparative politics: a research agenda.» *Perspectives on Politics* (American Political Science Association) 2, n° 4 (2004).  
 — . *Informal Institutions and Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2006.

Henkin, Louis. *The Age of Rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

Hierro, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003.  
 — . «El imperio de la ley y la crisis de la ley.» *DOXA*, n° 19 (1996): 287-308.

Holmes, Stephen, y Cass Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

Hobsbawm, Eric, y Terence Renger (eds). *The Invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

Huntington, Samuel. *Who Are We?* New York-Londres: Simon and Schuster, 2005.

## I

Imas, Linda, y Ray Rist. *The Road to Results: Designing and Conducting Effective Development Evaluations*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2009.

## J

Jeammaud, Antoine. «En torno al Problema de la Efectividad del Derecho.» *Crítica Jurídica*, n° 1 (1984).

Johnson, Susan. «Institutions, Market and Economic Development.» En *An Introduction to Human Development and Capabilities Approach: Freedom and Agency*, de Deneulin Severine y Lila Shahani, 162-178. Londres: Earthscan, 2009.

Jones, Mark, Santiago Alles, y Carolina Tchintian. «Cuotas de género, leyes electorales y elección de legisladoras en américa latina.» *Revista de Ciencia Política* (Pontificia Universidad Católica de Chile) 32 (2012): 331-357.

## K

Kagan, Robert, y Jerome Skolnick. «Banning Smoking: Compliance Without Enforcement.» En *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture*, de Robert Rabin y Stephen (eds.) Sugarman, 69-92. Oxford: Oxford, 1993.

Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law*. Second Edition. New Jersey: The Law Book Exchange, 2005.  
 — . *Teoría pura del derecho*. Traducido por Roberto Vernengo. México: UNAM, 1986.  
 — . *Teoría Pura del Derecho*. Segunda Edición. Traducido por Roberto Vernengo. México DF: UNAM, 1979.  
 — . *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA, 1963.

Kelsen, Hans, Eugenio Bulygin, y Robert Walter. *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

Killick, Toni, Gunatilaka Ramani, y Ana Marr. *Aid and the political economy of policy change*. Londres: Routledge, 1998.

Kinzig, Ann, y otros. «Social Norms and Global Environmental Challenges: The Complex Interaction of Behaviours, Values and Policies.» 63, nº 3 (2013): 164-175.

Kotla, Haryana. «Seven Brothers.» *The Economist*, Abril 2011.

Kristan, Andrej. «¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa?» En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*, de Pedro Grández y Félix Morales, 479-490. Lima-México DF: Palestra Editores, 2013.

Kuznets, Simon. «National Income.» *Reporte del 73rd. US Congress, 2nd. Session.*, Washington, 1934.

## L

La Porta, Rafael, Florencio Lopez de Silanes, y Andrei Shleifer. «The Economic Consequences of Legal Origins.» *Journal of Economic Literature* 46, nº 2 (2008): 285-332..

—. «Legal determinants of external finance.» en *Journal of Finance* 52, nº 3 (1997): 1131-50.

Laporta, Francisco. *América Latina: Problemas de vigencia y aplicación del derecho*. Vol. I, de *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, de Carles Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán, 59-92. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, 2015.

—. *El Imperio de la Ley, una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

Lessig, Lawrence. «The Regulation of Social Meaning.» *The University of Chicago Law Review* 3, nº 62 (1995): 943-1045.

Lewis, Sir Arthur. «Economic Development With Unlimited Supplies of Labour.» *The Manchester School of Economics and Social Science* XXII, nº 2 (1954).

Linfante, Isabel. «Ignorancia del derecho y seguridad jurídica.» *Teorder*, nº 18 (2015): 16-33.

Lippert-Rasmussen, Kasper. «“We are all Different”: Statistical Discrimination and the Right to be Treated as an Individual.» *Journal of Ethics* 15, nº 1 (2011): 47-59.

## M

Malem Seña, Jorge. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988.

Malthus, Thomas. *An Essay on the Principle of Population*. Londres: Electronic Scholarly Publishing Project, (1798) 1998.

Madison, James, Alexander Hamilton, y John Jay. *The Federalist Papers*. Londres: Penguin, (1788) 1987.

Mahoney, James, y Kathleen Thelen. *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency and Power*. Cambridge : Cambridge University Press, 2010.

Mandelkern Group on Better Regulation. «Mandelkern Group Final Report.» Reporte, 2001.

Martí, José Luis. *La República Deliberativa*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2006.

Martin Casals, Miquel. «Preàmbul i disposicions directives.» En *La forma de les lleis*, de GRETEL (Grup D'estudis de Técnica Llegislativa), 59-86. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1986.

Marx, Karl, y Friederich Engels. *The German Ideology*. New York: International Publishers Co., (1845) 1970.

Meade, Jennie. «The Duel: A look back at a once-legal method of resolving disputes.» *GW Law School Magazine*, Otoño 2005.

Ménard, Claude, y Mary M. Shirley. «The Contribution of Douglass North to New Institutional Economics.» En *Institutions, Property Rights, and Economic Growth The Legacy of Douglass North*, de Sebastian Galiani y Itaí Sened, 11-29. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Méndez, Juan. «Reforma Institucional: el acceso a la justicia.» En *La (in)efectividad de la ley la la exclusión en América Latina*, de Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Pinheiro. Buenos Aires: Paidós, 2002.

Méndez, Juan, y Francisco Cox. «Universalidad y Relativismos.» *Lecciones y Ensayos* (Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho (UBA)), 1998: 13-40.

Merryman, John H. "Law and Development Memoirs I: The Chile Law Program." *American Journal of Comparative Law* (American Society of Comparative Law) 48, no. 3 (2000): 481-499.

—. «Memorias de Slade.» In *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, by Héctor Fix-Fierro, Lawrence Friedman and Rogelio M. Pérez Perdomo, 749-769. México: UNAM, 2003.

Merton, Robert. *Social Theory and Social Structure*. New York: The Free Press, 1968.

—. *Teoría y Estructuras Sociales*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Milstein, César. «Una lección que nunca se aprende.» *Encrucijadas. Revista de la Universidad de Buenos Aires*. 1, n° 1 (1995): 9-12.

Ministerio de Justicia. Gobierno de España. *Legislar Mejor*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2009.

Moreso, José Juan. «Schauer on Coersion, Acceptance and Schizophrenia.» *Ratio Juris*, 2016: 215-222.

Moreso, José Juan, y Josep María Vilajosana. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004.

Moyo, Dambisa. «The World of Aid .» En *Dead Aid: Why Aid Is Not Working and How There Is a Better Way for Africa*, 1-70. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

Mufson, Steven. «Chinese Movement Sees Rule of Law to Keep Government in Check.» *Washington Post*, 5 de Marzo de 1995: A25.

Murphy, D. «Plain English- Principles and Practices.» *Trabajo presentado en el congreso sobre redacción legislativa, Canberra, Australia, 1992*. Inédito, 1992.

## **N**

Nava Negrete, Alfonso. «Empresa pública y Sociedad Anónima del Estado.» *Revista de la Facultad de Derecho de México* (UNAM) XV, no. 57 (1965).

Navarro, Pablo. *La eficacia del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

—. «Eficacia, tiempo y cumplimiento.» n° 4 (1987): 257-266.

Navarro, Pablo, y José Juan Moreso. «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas.» *Isonomía*, 5 1996: 119-139.

Neumann, Franz. *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*. Heidelberg: Berg, (1935) 1986.

Newton, Scott. «The Dialectics of Law and Development.» En *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, de David Trubek y Alvaro Santos, 174-202. New York: Cambridge University Press, 2006.

Nino, Carlos. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, (1997) 2007.  
— . *Un país al margen de la ley, estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. 4ta. edición. Barcelona: Ariel, 2005.  
— . *Introducción al Análisis del Derecho*. 2da. Edición. Buenos Aires: Astrea, (1980) 2003.  
— . *La Validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

North, Douglass C., John Joseph Wallis, Steven Webb, y Barry Weingast. «Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development .» Washington: Banco Mundial, Septiembre de 2007.

North, Douglass, John Wallis, y Barry Weingast. *Violence and Social Orders A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*. New York: Cambridge University Press, 2009a.

North, Douglass, John Joseph Wallis, Steven B Webb, y Barry Weingast. «Limited Access Orders: Rethinking the Problems of Development and Violence.» *sin publicar*. 25 de Abril de 2009b.

North, Douglass. «Comprender el cambio económico.» *La Ilustración Liberal*, 1999.  
— . *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

— . «Institutions.» *The Journal of Economic Perspectives* 5, nº 1 (1991): 97-112.

North, Douglass. «Institutions, Ideology, and Economic Performance.» *Cato Journal* 11 (1992): 477-87.

— . *Some Fundamental Puzzles in Economic History/Development*. Vol. II, de *The Economy as an Evolving Complex System*, de Brian Arthur, Steven Durlauf y Lane David. Addison-Wesley, 1997.

— . «The New Institutional Economics and Third World Development .» En *The New Institutional Economic and Third World Development*., de John Harris y Janet y Lewis, Colin (eds). Hunter. Londres: Routledge , 1995.

— . *Understanding the Process of economic change*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2005.

Nozick, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, (1974) 1991.

Nussbaum, Martha. *Creating Capabilities, the Human Development Approach*. Massachussets y Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

— . «Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice.» *Feminist Economics*, 2003: 33-59.

— . «Symposium on Amartya Sen's philosophy: 5 Adaptive preferences and women's options.» *Economics and Philosophy*, 2001: 67-88.

Nye, John. «Why do Elites permit reform?» *The Annual Proceedings of the Wealth and Well-being of Nations* (Beloit College), 2009: 53-61.

## **Ñ**

Ñopo, Hugo. *New century, old disparities: Gender and Ethnic earnings gaps in Latin America and the Caribbean*. New York: Inter-American Development Bank/ World Bank, 2012.

## **O**



Ocampo, José Antonio. «Raúl Prebisch y la agenda del desarrollo en los albores del siglo XXI.» *Revista de la CEPAL*, nº 75 (2001).

O'Donnell, Guillermo. «On informal institutions. Once again.» En *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, de Gretchen Helmke y Steven Levitsky, 285-289. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2006.

— . «Las Poliarquias y la (in)efectividad de la ley en América Latina.» En *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, de Juan Mendez, Guillermo O'Donnell y Sergio Paulo Pinheiro. Buenos Aires: Paidós, 2002.

— . «Las Fuerzas Armadas y el Estado Autoritario en el Cono Sur de América Latina.» En *Estado y Política en América Latina*, de Robert Lechner. Buenos Aires: Siglo XXI, 1997.

OECD. *States of Fragility 2016: Understanding Violence*. Paris: OECD Publishing, 2016.

— . «Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance.» 2012.

<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf> (último acceso: 16 de Octubre de 2016).

— . «Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance.» 2005.

<http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf> (último acceso: 13 de Octubre de 2016).

Oficialía Mayor. Dirección General Parlamentaria. «Manual de Técnica Legislativa.» Lima (Perú), 2010-2011.

Oliver Lalana, Daniel. «¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes.» *Lisbon Law Review* LVII, nº 2 (2016): 5-32.

— . *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho*. Granada: Comares, 2011.

— . «Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario.» *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 31 (2008).

— . «Legitimacy through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Laws.» En *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Jurisprudence*, de Luc Wintgens, 239-258. Aldershot (UK)- Burlington (EE.UU): Ashgate, 2005.

Orfield, Gary. *Schools More Separate: Consequences of a Decade of Resegregation*. Cambridge, Massachusetts: The Civil Rights Project of Harvard University, 2001.

Ostrom, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes, la evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

— . «Collective Action and Evolution of Social Norms.» *The Journal of Economic Perspectives* 14, nº 3 (2000).

## **P**

Papayannis, Diego. *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

— . «Spiegazione funzionale e analisi concettuale. Sull'incidenza dei modelli economici nello studio della pratica giuridica.» *Ars Interpretandi*, nº 2 (2013): 69-109.

Parsons, Talcott. *The Structure of Social Action. A Study in Social Theory with Special Reference to a Group of Recent European Writers*. New York, London: Free Press, (1937) 1968.

Patil, SR, BF Arnold, AL Salvatore, B Briceno, y S. Ganguly. «The Effect of India's Total Sanitation Campaign on Defecation Behaviors and Child Health in Rural Madhya Pradesh: A Cluster Randomized Controlled Trial.» *PLoS Med* 11, nº 8 (2014).

Pejovich, Svetozar. «The effects of the interaction of Formal and Informal Institutions on Social Stability and Economic Development.» *Journal of Markets and Development* 2, nº 2 (1999): 164-181.

Pereyra, Francisca. «El servicio doméstico y sus derechos en Argentina. Un abordaje exploratorio desde la perspectiva de empleadas y empleadoras.» *Nueva Sociedad*, 2015: 89-102.

Perez Luño, Antonio E. *La Seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

Pino, Giorgio. «Norma jurídica.» en *Filosofía del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, de G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (editores). Torino: Giappichelli, 2013:144-183.

Pistor, Katharina, Antara Haldar, y Amirapu Amrit. «Social norms, rule of law, and gender reality: an essay on the limits of the dominant rule of law paradigm.» En *Global Perspectives on the Rule of Law*, editado por James Heckman, Robert Nelson y Lee Cabatingan, 241-278. Abingdon: Routledge, 2010.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Comisión para el empoderamiento legal de los pobres. *La Ley: La Clave para el Desarrollo sin Exclusiones*. Informe, PNUD, New York: PNUD, 2008.

Polanyi, Karl. *La gran transformación*. México: Fondo de Cultura Económica, (1944) 2012.

Pogge, Thomas. «The First United Nations Millennium Development Goal: a cause for celebration?» *Journal of Human Development* 5, nº 3 (2004).

Poort, Lonneke, Britta van Beers, y Bart van Link. «Introduction: Symbolic Dimensions of Biolaw.» En *Symbolic Legislation Theory and Developments in Biolaw*, de Bart van Klink, Britta van Beers y Lonneke Poort, 1-15. Amsterdam: Springer, 2016.

Posner, Eric. *Law and Social Norms*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2000.

Postema, Gerald. «Conformidad, costumbre y congruencia: repensando la eficacia del Derecho.» En *El legado de H.L.A. Hart*, de Mathew Kramer, Claire Grant, Burn Colburn y Antony Hatzistavrou (comps), 79-104. Madrid: Marcial Pons, 2012.

—. «Conformity, Custom and Congruence: Rethinking the Efficacy of Law.» En *The Legacy of H.L.A. Hart*, de Matthew Kramer, Claire Grant, Ben Colburn y Antony Hatzistavrou. Oxford- New York: Oxford University Press, 2008.

Prado, Mariana, y Michael Trebilcock. «Path Dependence, Development and the Dynamics of Institutional Reform .» *University of Toronto Law Journal*, nº 59 (2009): 341-379.

Prebisch, Raúl. *El Desarrollo económico de América Latina y algunos de sus principales problemas*. CEPAL, Santiago de Chile: CEPAL, 1949.

Prieto Sanchis, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

Przeworski, Adam. «Deliberación y dominación ideológica.» En *La democracia deliberativa*, de Jon Elster, 183-206. Barcelona: Gedisa, 2001.

—. «The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Economic Development?» *Archives of European Sociology* XVI (2004), 168-199.

## **R**

Rao, Vijajendra, y Michael Walton. «Culture and Public Action: Relationality, Equality of Agency, and Development.» En *Culture and Public Action*, de Vijajendra Rao y Michael Walton, 3-36. Stanford: Stanford University Press, 2004.

Rawls, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1971.

Raz, Joseph. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: UNAM, 1985.  
—. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

Reardon, Sean. «60 Years After Brown: Trends and Consequences of School Segregation.» *Annual Review of Sociology* 40 (2014): 199-218.

Redondo, María Cristina. «Sobre Principios y Estado de Derecho.» En *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, de María Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibañez, 9-39. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Rist, Gilbert. *The History of Development. From Western origins to Global Faith*. London: Zed Books, 2008.

Robinson, Mary. "What Rights Can Add to Good Development Practice." en *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, de Philip Alston and Mary Robinson. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Rodríguez Blanco, Verónica. *Law and Authority under the Guise of the Good*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

—. "Transnational Rule of Law and Practical Reason: The Principles Lie in the Author Herself". En *Unpacking Normativity*, de Himma, Kenneth, Miodrag, Jovanovic y Bojan Spaic. Oxford: Hart Publishing, 2018. Próxima publicación.

Rodríguez Garavito, César. "Globalización, reforma judicial y estado de derecho en Colombia y America Latina: el regreso de los programas de Derecho y Desarrollo." *IUSTA* 1, no. 24 (2006): 179-216.

Rodrik, Dani. «Order in the Jungle.» *The Economist*, Mayo 2008.

—. «Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion.» *Journal of Economic Literature* Vol. XLIV (Diciembre 2006): 973 y ss.

Rodrik, Dani, Arvind Subramanian, y Francesco, Trebbi. «Institutions Rule: The primacy of Institutions over Geography and Integration in Economic Development.» *Journal of Economic Growth* 9, nº 2 (2004): 131-165.

Rosenberg, Shawn. «The Empirical Study of Deliberative Democracy: Setting a Research Agenda.» *Acta Política* 40 (2005): 212-224.

Rosenstein-Rodan, Paul. «Natura Non Facit Saltum: Analysis of Disequilibrium Growth Process.» En *Pionners in Development*, de Gerard Meger y Seers Dudley, 207-221. Oxford: Oxford University Press for the World Bank, 1984.

—. «Problems of Industrialization of Eastern and South-eastern Europe .» *Economic Journal*, 1943: 202-211.

Rostow, Walt W. *How it All Began: Origins of the Modern Economy*. London: Methuen, 1975.

—. "Memo de Walt W. Rostow al Presidente J.F. Kennedy: "La idea de la década del desarrollo".» *Jfklibrary.org*. 1961. <http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-064-023.aspx> (Visitado el 22 de noviembre de 2013).

—. *Politics and Stages of Growth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

—. *The Stages of Economic Growth: a Non-Communist Manifesto*. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.

—. «The Stages of Economic Growth.» *The Economic History Review* 12, nº 1 (1959): 1-16.

Rousseau, Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Calpe, (1755) 1923.

## S

Sachs, Jeffrey. «Government, Geography and Growth. The True Drivers of Economic Development.» *Foreign Affairs* 91, nº 5 (Septiembre-October 2012).

—. «Institutions Matter but not for everything.» *Finance and Development*, 2003.

Sachs, Jeffrey, Andrew Mellinger, y John Gallup. «The Geography of Poverty and Wealth.» *Scientific American*, 2001.

Sánchez Graells, Albert. «Movimiento por la calidad de la regulación: avances recientes.» En *Legislar Mejor*, de Ministerio de Justicia. Gobierno de España, 43-59. Madrid: Ministerio de Justicia, 2009.

Sánchez Hernández, Ana. «Modelos de codificación y simplificación legislativa.» En *Legislar Mejor*, de Ministerio de Justicia. Gobierno de España, 77-112. Madrid: Ministerio de Justicia, 2009.

Sancho, Carmen. «Un modelo diferente de democracia: la democracia deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas .» *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* , nº 122 (2003): 201-232.

Santaolalla López, Fernando. «Exposición de motivos de las leyes: motivos para su eliminación.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 11 (1991): 47-63.

Santos, Alvaro. «The World Bank uses of the "Rule of Law" Promises.» En *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, de David Trubek y Alvaro Santos, 353-300. New York: Cambridge University Press, 2006.

Sauca, José María. «Cognoscitivismo y Rule of Law, en torno a los límites del formalismo.» En *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, de María Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibañez, 41-61. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Schauer, Frederick. *Fuerza de Ley*. Lima: Palestra, 2015.

—. *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

—. *Las reglas en juego*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2004.

—. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge (Mass)- London: Harvard University Press, 2003.

Seidman, Ann, Robert Seidman, y Nalin Abeysekere. *Legislative Drafting for Democratic Social Change*. Londres- La Haya-Boston: Kluwer Law International, 2001.

Seidman, Ann, y Robert Seidman. «Between Policy and Implementation: Legislative Drafting for Development.» En *Drafting Legislation*, de Constantin Stefanou y Helen Xanthaki, 287-319. Hampshire (UK)- Burlington (EE.UU): Ashgate, 2008.

Sen, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus, 2010.

—. *The Idea of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

—. «Capability and Well Being.» En *The Philosophy of Economics, an Anthology*, de Daniel (ed) Hausman. New York, 2008.

—. «What is the role of Legal and Judicial Reform in the Development Process?» En *World Bank Law, Equity and Development*, 33-49. Washington: World Bank, 2006.

—. «The Man without a Plan.» *Foreign Affairs*, 2006b.

—. «How does culture matter?» En *Culture and Public Action*, de Vijayendra Rao y Michael (eds.), Walton, 37-58. Stanford: Stanford University Press, 2004.

—. «Missing Women Revisited.» Editado por BMJ. *British Medical Journal (BMJ)*, Diciembre 2003.

—. *Desarrollo y Libertad*. Madrid: Planeta, 2000a.

—. «Democracy: The Only Way Out of Poverty.» *New Perspectives Quarterly* 17, nº 1 (2000b): 28-31.

—. «The possibility of social choice.» *Discurso de aceptación del premio Nobel de Economía*. Estocolmo: Publicado en *American Economic Review* , 89, 1999, 1998.

—. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

- .«The Impossibility of a Paretian Liberal.» En *Nueva Economía del Bienestar. Escritos seleccionados*, de Amartya Sen, 131-136. Valencia: Universitat de Valencia, 1995.
- . «Behavioural Ethics and Economics Achievements.» En *Nueva Economía del Bienestar. Escritos Seleccionados*, de Amartya Sen, 53-60. Valencia: Universidad de Valencia, 1995b.
- .«Missing Women.» *British Medical Journal*, 1992.
- . *Inequality Reexamined*. Oxford: Clarendon Press, 1992b.
- .«More than 100 Million Women are Missing.» *The New York Review of Books*, nº 37 (1990).
- . «The Concept of Development.» En *Handbook of Development Economics*, de H Chenery y T.N. Srinivasan, 10-26. Elsevier Science Publishers , 1988.
- . *Gender and Cooperative Conflicts*. Wider Working Paper, World Institute for Development Economics Research , Helsinki: Wider, 1987.
- . *Commodities and Capabilities*. Amsterdam: North Holland, 1985.
- . *Poverty and Famines: An Essay on Entitlements and Deprivation*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

Sen, Amartya, entrevista de David Casassas. «Entrevista con Amartya Sen.» *Cuadernos del CENDES*. (2006).

Sepúlveda Carmona, Magdalena. «Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos.» A/HRC/21/39, ONU, Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, 2012.

Shapiro, Scott. *Legality*. Cambridge, MS: The Belknap press of Harvard University Press, 2011.

Singal, Amit, Peter Higgins, y Akbar Waljee. «A Primer on Effectiveness and Efficacy Trials.» *Clinical and Translational Gastroenterology*, nº 5 (2014).

Smith, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth* . Formato Digital. Londres: The Electric Book Company, (1776) 1998.

- . *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica, (1775) 1958.
- . *The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith*. Vol. V Lectures on Jurisprudence. Indianápolis: Liberty Fund, (1762) 1982.

Stampini, Marco, y Leopoldo Tornarolli. «The growth of conditional cash transfers in Latin America and the Caribbean: did they go too far?» *BID Policy Brief*, 185. Washington, 2012.

Stigler, George. «The theory of economic regulation .» *The Bell Journal of Economics and Management Science* , 1971.

Stiglitz, Joseph. .«Is there a Post Washington Consensus Consensus?» En *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a new global governance*, de Joseph Stiglitz y Narcis Serra. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- . *Globalization and its discontents*. New York-Londres: Norton, 2003

Strahilevitz, Lior. «How Change in Property Regimes Influences Social Norms: Commodifying California's Carpool Lanes .» *Indiana Law Review* 75, nº 4 (2000): 1232-1296.

Sullivan, Ruth. «The Promise of Plain Language Drafting.» *Mc Gill Law Journal*, 2001: 97-128.

Sunkel, Osvaldo. «Algunas reflexiones sobre el desarrollo de la teoría del desarrollo en América Latina.» *Ciencias Económicas*, nº 2 (1987).

Sunstein, Cass. *Simpler. The Future of Government*. New York: Simons and Schuster, 2013.

## **T**

Tamanaha, Brian. «The History and Elements of the Rule of Law.» *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012: 232-247.  
— . “The Primacy of Society and the Failures of Law and Development.” *Cornell International Law Journal* 44, 2011: 209-246.  
— . *A Concise Guide to the Rule of Law*. Legal Studies Research Paper. Series Paper no.07-0082, St. Johns University, Queens, NY: St. Johns University, 2007.  
— . *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.  
— . «The lessons of Law and Development studies (review).» *The American Journal of International Law* 89, n° 2 (1995): 470-486.

Tarlock, Dan. *History of Environmental Law*. Vol. I. Ginebra: EOLSS- UNESCO, 2002.

Thaler, Richard, y Cass Sunstein. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. New York: Penguin Books, 2009.

Tilly, Charles. “War Making and State Making as Organized Crime.” In *Bringing the State Back In*, by Peter Evans, Dietrich Rueschemeyer and Theda Skocpol, 170-186. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

Trubek, David. «Law and Development: 40 Years after Scholars in Self Estrangement – A Preliminary Review.» *Legal Studies Research Paper Series Paper No. 1255*. Wisconsin: Wisconsin Law School, Mayo de 2014.  
— . «Law And Development 50 Years On.» En *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*. 2012.  
— . «The ‘Rule of Law’ in Development Assistance: Past, Present, and Future .» En *The New Law and Economic Development, a Critical Appraisal*, de David Trubek y Álvaro Santos. New York: Cambridge University Press, 2006.  
— . “Max Weber on Law and the Rise of Capitalism.” *Faculty Scholarship Series 4001*, Yale University. Cambridge, Massachussetts, 1972.  
— . «Toward a Social Theory of Law: An essay on the study of Law and Development.» *The Yale Law Journal* 82, n° 1, 1972b: 1-50.

Trubek, David M y Marc Galanter. “Scholars in Self-Estrangement: Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States.” *Wisconsin Law Review*, 1974: 1062.

Trubek, David y Alvaro Santos (eds). *The New Law And Economic Development*. New York: Cambridge University Press, 2006.  
— . «Introduction: The Third moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice .» En *The New Law and Economic Development, a critical Appraisal*, de David Trubek y Alvaro Santos. New York: Cambridge University Press, 2006.

Truman, Harry. “Discurso de Asunción a la Presidencia de EE.UU.” Washington, DC, 20 de enero de 1949.

Tuzet, Giovanni «Effettività, Efficacia, Efficienzia .» *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVI, n. 1 (2016):207-223.

## U

Ullmann-Margalit, Edna. «Revision of Norms.» *Ethics* 100, n° 4 (1990): 756-767.

Upham, Frank. «Mythmaking in the Rule-of-Law Orthodoxy.» En *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge.*, de Thomas Carothers, 75-104. Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

Uvin, Peter. *Human Rights and Development*. New York-Londres: Kumarian Press, 2004.

## V

van Klink, Bart. «Symbolic Legislation: an Essentially Political Concept.» En *Symbolic Legislation Theory and Developments in Bioloaw*, de Bart van Klink, Britta van Beers y Lonneke Poort, 19-35. Amsterdam: Springer, 2016.

Vernengo, Roberto. «Normas morales y normas jurídicas.» *Doxa* 9 (1991): 205-224.  
— . «Sistemas Normativos dinámicos y la idea de libertad jurídica.» En *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

Vilhena, Oscar. «Desigualdad estructural y Estado de Derecho.» En *El Derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, de Rodríguez Garavito, 25-47. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2011.

Von Wright, Georg. *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1970.

## **W**

Waldron, Jeremy. «The Rule of Law.» *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Editado por Edward N. Zalta (ed). 2016. URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>. (último acceso: 13 de Octubre de 2016).

— . «The Rule of Law and the Importance of Procedure.» En *Getting the Rule of Law*, de James Fleming. New York: New York University Press, 2011: 3-31.

— . «The Concept and the Rule of Law.» *Georgia Law Review*, nº 43 (2008): 3-54.

— . «The Dignity of Legislation .» *Maryland Law Review* 54, nº 2 (1995): 633-663.

— . *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Watson, Alan. *Legal Transplants, University Press of Virginia, Charlottesville, 1974*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1974.

Waylen, Georgina. «Informal Institutions, Institutional Change and Gender Equality.» *Political Research Quarterly* 67, nº 1, 2014: 212-223.

Weber, Max. *Historia Económica General (1923)*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

— . *Economía y Sociedad (1922)*. México: Fondo de Cultura Económica, 1968.

— . *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Tlaxuapán, Puebla: Premia, (1904-5) 1991.

Weingast, Barry. «The Failure to Transplant Democracy, Markets, and the Rule of Law into the Developing World (Beloit) 1 ( ).» En *The Annual Proceedings of the Wealth and Well-Being of Nations*, de Emily Chamlee-Wright, 29-39. Beloit College, 2008-2009.

— . «Why Developing Countries Prove So Resistant to the Rule of Law.» En *Global Perspectives on the Rule of Law*, de James Heckman, Robert Nelson y Lee Cabatingan, 28-51. Londres- New York: Routledge, 2012.

Weinrib, Ernest. «The Intelligibility of the Rule of Law .» En *Law's Rule-The Rule of Law: Ideal or Ideology*, de A.C Hutchinson y Monahan P., 59-84. Toronto: Carswell, 1987.

Westerman, Pauline. «The Emergence of New Types of Norms.» En *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, de Luc Wintgens, 117-133. Aldershot (UK)- Burlington (EE.UU), 2007.

White, Eduardo. «El Derecho Económico en los países del Tercer Mundo. El caso de América Latina.» *Ponencia latinoamericana presentada en el Coloquio Internacional sobre 75 años de evolución jurídica en el mundo*. México DF: UNAM, 1976. 45-109.

Williamson, Claudia. «Informal Institutions Rule: Institutional Arrangements and Economic Performance.» *Public Choice*, 2009: 371-387.

Williamson, John. «What Washington means by Policy Reform.» En *Latin American Adjustment: How much has happened*, de John Williamson. Petersen Institute for International Economics, 1990.

Wintgens, Luc. *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*. Surrey (UK) - Burlington (USA): Ashgate, 2012.

— . *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*. Hampshire-Burlington: Ashgate, 2007.

— . «Legisprudence a New Theory of Legislation.» *Ratio Juris* 19, nº 1 (2006): 1-25.

— . «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación.» *Doxa*, 2003: 261-287.

— . *Legisprudence*. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2002.

Woozley, A.D. «The Existence of Rules.» *Nous* 1, nº 1 (1967): 63-79.

World Bank. *Governance and the Law*. World Development Report, Washington D.C.: World Bank Group, 2017.

— . «Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform.» Washington DC, 2005.

World Economic Forum. *Global Gender Gap Report*. Ginebra: World Economic Forum, 2017.

WSP- Banco Mundial. *Promoting Handwashing Behavior in Peru: The Effect of Large-Scale Mass-Media and Community Level Interventions*. Working Paper, Washington D.C.: Banco Mundial, 2012.

## **X**

Xanthaki, Helen. «On Transferability of Legislative Solutions: The Functionality Test.» En *Drafting Legislation*, de Constantin Stefanou y Helen Xantakhi, 1-18. Hampshire (UK)- Burlington (EEUU): Ashgate, 2008.

## **Y**

Young, Peyton. «Social Norms.» En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, de Steven Durlauf y Lawrence Blume. New York: Macmillan, 2008.

## **Z**

Zapatero Gómez, Virgilio. «De la jurisprudencia a la legislación .» *Doxa*, nº 15-16 (1994): 769-789.