

Índice

Cubierta

Índice

Portada

Copyright

Un país al margen de la ley, treinta años después (Paola Bergallo)

Palabras iniciales

1. Introducción: ilegalidad y subdesarrollo

1. Un estado de insatisfacción

2. El subdesarrollo argentino

3. La anomia argentina

4. Las normas que desconocemos

5. Anomia “boba” e ineficiencia

6. Anomia y Estado de Derecho

7. Clases de comportamientos contrarios a las normas

8. Cuestiones metodológicas

Apéndice del capítulo 1

2. La anomia en la vida institucional de la Argentina

1. Una historia fuera de la ley.

2. El desequilibrio institucional argentino

3. La anomia en la vida social de la Argentina

1. La economía informal

2. La evasión impositiva

3. La corporativización de la economía

4. La corrupción

5. La anomia en las actividades productivas

6. La anomia en el tránsito

7. Los argentinos frente a la ley.

4. Juegos peligrosos

1. Introducción

2. Diversos modelos de acciones colectivas que plantean problemas de eficiencia

3. Casos de cooperación frustrada en la Argentina

Apéndice del capítulo 4

5. Las normas como herramientas de cooperación

1. ¿Cómo resolver dilemas de cooperación usando normas?

2. La producción de normas

3. Las actitudes normativas en la sociedad argentina

4. “Si los demás hicieran lo mismo...”

5. “Mi familia y mis amigos ante todo”

6. Conclusión

Apéndice del capítulo 5

6. ¿Cómo salir de la trampa de la anomia argentina?

1. Introducción

2. Reformas institucionales

3. La reorganización administrativa

4. El control de la anomia a través de la responsabilidad penal

5. El control de la anomia a través de la responsabilidad civil

6. La educación normativa

7. La deliberación pública y la anomia

Apéndice del capítulo 6

Epílogo. Anomia y democracia

Carlos Nino

Un país al margen de la ley

La anomia como componente del subdesarrollo argentino

 **siglo veintiuno**
editores

Nino, Carlos

Un país al margen de la ley / Carlos Nino.- 1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2023.

Libro digital, EPUB.- (Singular)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-801-243-8

1. Derecho. 2. Instituciones Políticas. 3. Ensayo Político. I. Título.

CDD 306.25

Este libro fue publicado originalmente por Emecé (1992)

© 2005, Herederos de Carlos Nino

© 2023, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

www.sigloxxieditores.com.ar

Diseño de portada: Emmanuel Prado

Digitalización: Departamento de Producción Editorial de Siglo XXI
Editores Argentina

Primera edición en formato digital: abril de 2023

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

ISBN edición digital (ePub): 978-987-801-243-8

Un país al margen de la ley, treinta años después

La Argentina se apresta a celebrar, en diciembre de 2023, cuatro décadas de vida democrática. Alrededor de esa fecha, se cumplen también treinta años de la publicación de *Un país al margen de la ley* y de la muerte de Carlos Nino. Las tres efemérides conectan de forma única la historia de construcción de nuestra democracia constitucional. Una construcción colectiva que comenzó en 1983 con el liderazgo del presidente Raúl Alfonsín y sigue hasta nuestros días como proyecto de la mayoría de los argentinos.

La nueva edición de esta obra seminal de Carlos Nino nos ofrece la oportunidad de mirar hacia atrás para hacer un balance de lo que cambió y lo que perdura de ese diagnóstico sobre el país al margen de la ley. Al mismo tiempo, la relectura de la obra tres décadas después provee una ocasión singular que permite repensar, desde el presente, algunas de las propuestas de Nino para enfrentar la ajuridicidad sistémica, que el autor bautizó como “anomia boba”. Las páginas que siguen invitan a trasladarnos a 1992 para retornar a 2023 y apreciar la actualidad de *Un país al margen de la ley*.

Pero antes me gustaría recordar aquí uno de los puntos centrales con los que Nino concluye el libro y que, a mi entender, muestra en qué medida todavía no hemos tomado el guante principal de la propuesta de esta obra. Me refiero a su llamado a una educación normativa que transmita la importancia de respetar las normas democráticamente aprobadas. Y la necesidad de que amplios sectores de la población internalicen que la anomia pone en riesgo toda perspectiva de desarrollo sostenido y consolidación democrática.

Argentina, 1992

A comienzos de 1992, la Argentina se embarcaba en un nuevo plan de estabilización que conocimos bajo el nombre de “convertibilidad”. Comenzaban a quedar atrás los coletazos más fuertes de la crisis de 1989, que había provocado el fin anticipado del gobierno de Alfonsín. Ese año, la presidencia de Carlos Menem ponía a prueba un nuevo plan económico: el peso convertible reemplazaba al austral. La expectativa de retomar la senda del crecimiento se expresaba en la aceptación de las reformas estructurales que implementaría en esos años el gobierno en línea con el Consenso de Washington. La posibilidad de una reforma constitucional para permitir la reelección presidencial comenzaba a aparecer en el debate público. Las organizaciones de derechos humanos, que habían ocupado un espacio relevante en la escena política de la década anterior, exploraban estrategias judiciales para revertir los indultos y continuar la persecución penal de los delitos de la última dictadura. El año lectivo comenzaba con el terrible atentado terrorista a la Embajada de Israel. Un mes después, estallaba una bomba en la casa que había habitado el “Che” Guevara en Rosario.

Como sugiere este breve repaso, en 1992 la agenda de la primera década de democracia continuaba intacta. Los desafíos de la economía, que no había logrado encarrilarse en los primeros tiempos del gobierno de Menem, y la reversión del estancamiento económico que experimentaba el país desde hacía tiempo ocupaban la mayor parte de la vida política. La modernización de la Constitución, proyecto clave para el que se había perdido la posibilidad de un acuerdo bipartidario en el gobierno anterior, reaparecía en los debates enmarcada ahora en la necesidad de dar continuidad a las reformas económicas que se testeaban. Las conquistas de justicia transicional representadas por la Conadep y el Juicio a las Juntas de 1985 habían sido desmanteladas por los indultos. Si bien la violencia política parecía acotarse a eventos como el de Rosario, el país recibía con horror la novedad del terrorismo internacional. En ese 1992, veía la luz en Buenos Aires la primera edición de *Un país al margen de la ley*, el último libro publicado en vida en la Argentina de Carlos Nino, el abogado, el filósofo, el intelectual. Para quienes lo conocieron, Nino fue un ser extraordinario. Sus ideas marcaron una época y han sido hasta hoy de enorme influencia en la Argentina y el mundo. Su contribución escrita puede rastrearse en cientos

de artículos y en los catorce libros publicados en español y en inglés durante su vida, a los que se suman tres volúmenes editados de forma póstuma. En su obra intensa y erudita, Nino pensó el derecho, la democracia, la justicia, la Constitución, la legalidad y el castigo como nadie antes lo había hecho en nuestro país o lo volvería a hacer desde entonces. Combinó de forma única las figuras del intelectual público y el gran profesor-investigador comprometido con la democracia constitucional. Fue al mismo tiempo un asesor presidencial y un educador incansable.

Al mirar en perspectiva ese recorrido, *Un país...* aparece como una obra especial. En un sentido, es un libro construido sobre todos los que lo antecedieron, que preanuncia lo que articuló en los últimos tres manuscritos que dejó al morir de forma imprevista en agosto de 1993. *Un país...* es, en muchos sentidos, un libro bisagra. Hasta esta obra, Nino había desarrollado grandes propuestas teóricas en el plano de la filosofía política y la teoría del derecho. Sus aportes se habían aplicado a los más diversos temas del derecho constitucional y el derecho penal. Sus obras combinaban la ambición de la gran producción teórica y su aplicación a problemas concretos con una destreza ejemplar. Su trabajo amalgamaba siempre conocimientos filosóficos, institucionales y jurídicos. Pero en *Un país...*, Nino volvía a mostrar que podía superar su identidad de jurista y filósofo devenido gran intelectual público para explorar nuevos debates disciplinares y tradiciones, como los de los estudios sociojurídicos o el análisis de la elección racional y la teoría de los juegos.

De diversas maneras, todas las obras de Nino dan cuenta de su enorme capacidad como “diagnosticador” de los problemas contemporáneos más relevantes en las disciplinas que dominaba. En *Un país...*, sin embargo, se animó a ir más allá de los contornos de su obra previa para ofrecer un argumento como diagnóstico estructural de la sociedad y las instituciones argentinas, diagnóstico que trascendería las aulas de las facultades de Filosofía, Derecho o Ciencia Política, en las que había enseñado. Quizá por eso reconoció que el libro debía salir publicado en una editorial comercial. Y no se equivocó. Si bien aún treinta años después su prosa y su erudición hacen de algunos capítulos del libro un texto complejo, en *Un país...* Nino logró nombrar un fenómeno que había sido poco explorado en el derecho y las conversaciones públicas sobre la democracia y el desarrollo: la

ineficacia extendida de la juridicidad, que propuso denominar “anomia boba”, un concepto al que dio un cariz más sistémico que el utilizado en el mundo jurídico para referirse a las distintas formas en que el derecho no se cumple y las normas no se perciben como obligatorias para todos.

Nino invitaba así a corregir teorizaciones y propuestas de reformismo jurídico, como las que él había promovido la década anterior desde el Consejo para la Consolidación de la Democracia, las aulas y sus libros, con un dato estructural: la sociedad y sus instituciones vivían una cultura del incumplimiento generalizado de las normas, lo que producía efectos autofrustrantes y socavaba la utilidad del derecho para fortalecer la capacidad de acción colectiva. Su invitación dejaría una huella indeleble. Para el público que trasciende la comunidad jurídica, *Un país...* tal vez sea la más reconocida de todas sus contribuciones.

A partir de *Un país...*, tanto la metáfora que da nombre al libro como su idea de la anomia boba cambiaron para muchos la forma de mirar los problemas jurídicos y su contexto. Al público más amplio, el libro le facilitó una metáfora que hasta hoy aparece citada regularmente en artículos periodísticos o debates públicos, cuando algún conflicto o crisis institucional implica el incumplimiento de normas de todo tipo así como el fracaso masivo de las instituciones encargadas de hacerlas cumplir. A la comunidad jurídica que conocía los debates sobre ineficacia desde el plano conceptual en la teoría del derecho o en el plano sociológico en los estudios sociojurídicos, *Un país...* le permitió reconocer la dimensión estructural del fenómeno. Esa comprensión del contexto de inoperancia extendida de la ley sería crucial para quienes, de ahí en adelante, siguieran pensando la construcción de una democracia constitucional o la interpretación cotidiana del derecho.

Argentina, 2023

Tres décadas después de su primera publicación, *Un país...* continúa iluminando aspectos clave para pensar el derecho, la política y la economía en nuestro país. Podría justificar esta afirmación de muchas maneras, pero quisiera hacerlo a partir de tres dimensiones en las que, creo, la obra resulta relevante para debates actuales y otros aún pendientes. En primer lugar, me referiré a su diagnóstico sobre el carácter estructural de la anomia. En segundo término, destacaré la importancia de la obra como pionera en identificar la conexión entre el derecho y el desarrollo, un aspecto mucho menos rescatado de su aporte. Finalmente, quisiera llamar la atención sobre un recorte de las propuestas con las que Nino concluye el libro, que han sido menos discutidas: me refiero a sus ideas sobre la enseñanza normativa y la democracia deliberativa como espacios de diálogo sobre la ajuridicidad extendida y los costos de la anomia como prerrequisito para la transformación de ese país al margen de la ley.

La vigencia del diagnóstico

La inobservancia de las normas y el pluralismo jurídico son fenómenos presentes en todas las sociedades donde funciona el derecho. Frente a este aspecto convencional de la juridicidad, Nino propone llamar la atención sobre el carácter sistémico de la cultura del desacato a la ley, que ilustra en su libro con infinidad de ejemplos de “la anomia social e institucional de los argentinos”. Su propuesta se enlista en la tradición de escritores, pensadores y gobernantes que, a lo largo del continente latinoamericano y desde los tiempos de las colonias españolas y portuguesas, identificaron la cultura del incumplimiento de reglas como un rasgo definitorio de la región.[1] Para Nino resultaba sorprendente que, a pesar de “la visibilidad de la tendencia argentina hacia la ilegalidad”, ella no hubiera sido central en los estudios de las ciencias sociales de los factores que explicaban el autoritarismo y la reversión del desarrollo del país. Para reparar esa ausencia, dedicó el libro a mostrar desde una perspectiva sociológica los costos que el incumplimiento sistémico, estructural, del derecho tiene para la democracia y el desarrollo. Al hacerlo, acuñó el concepto de “anomia boba”, por el que entendía el

conjunto de acciones colectivas autofrustrantes para los agentes que las ejecutan.

Con este diagnóstico, Nino salía una vez más de su zona de confort como intelectual. Hasta este libro y con la excepción del capítulo “Una visión de las vicisitudes del Constitucionalismo Argentino”, incluido en la obra Fundamentos de derecho constitucional, el trabajo del autor había consistido fundamentalmente en el despliegue de herramientas de la filosofía política y jurídica. En esta ocasión, recurría a datos de la historia, la economía y diversas fuentes secundarias producidas por científicos sociales del país para ofrecer una caracterización sociológica de la cultura del incumplimiento. El mérito de este ejercicio de exploración multidisciplinar, realizado por un jurista e intelectual de sus proporciones, es de por sí un evento a destacar.[2] Pero además se trataba de un ejercicio muy original.

Ahora bien, treinta años después vale la pena interrogarnos también sobre la vigencia de ese diagnóstico. ¿Sigue siendo la Argentina de 2023 un país al margen de la ley? ¿Cuán estructural es esa inobservancia del derecho hoy entre nosotros? ¿Se ha incrementado o no? ¿Se expresa de la misma forma en las élites y los sectores populares, en las instituciones formales e informales? ¿Sigue obrando el formato de las prácticas que describía Nino en los capítulos sobre la anomia social e institucional? ¿En qué medida se diferencia este fenómeno respecto del resto de la región o del mundo?

No se trata de interrogantes fáciles de responder. Tal vez incluso no tenga sentido buscar evidencia actualizada de la vigencia del diagnóstico y sea suficiente contentarnos con el hecho de que la obra sigue inspirando debates y conversaciones que suponen un consenso sobre su actualidad. Miremos, no obstante, un par de datos. Si pensamos en dos de los ejemplos a los que Nino acudía para ilustrar el incumplimiento generalizado –la informalidad laboral y la evasión impositiva–, parece evidente que se trata de fenómenos que persisten e incluso se han expandido, si tenemos en cuenta el tamaño de la economía informal en el país o la complejidad de los casos de corrupción económica conocidos en los últimos tiempos. Además, aunque varios de los casos analizados en Un país... como ejemplos anómicos han experimentado importantes cambios o se ha transformado la información que tenemos

disponible, como sucede por ejemplo con algunas normas de tránsito o el estándar de higiene callejera, otras cuestiones continúan en la agenda pública sin grandes avances, como ocurre con la corrupción pública y privada en la obra pública, por citar un caso al que Nino dedica algunas páginas. Parecería que podemos seguir asumiendo la vigencia del diagnóstico. La dimensión sistémica de la inobservancia de las reglas formales sigue siendo un dato de nuestras vidas en comunidad.

Por otro lado, desde la publicación de *Un país...* nuevas generaciones de científicos políticos, sociólogos y economistas preocupados por las instituciones en acción han producido un acervo de estudios empíricos que observan las dinámicas de interacción entre instituciones formales e informales. Estudios como los compilados por Rodrigo Zarazaga y Lucas Ronconi[3] o sistematizaciones de la investigación disponible como las ofrecidas por Daniel Brinks, María Victoria Murillo y Steven Levitsky[4] muestran desde distintos enfoques y observaciones empíricas la complejidad de la relación entre las normas en los libros y en acción y la prevalencia del fenómeno de incumplimiento de la ley en la región.

Desde la publicación de *Un país...*, obras como estas y otras con metodologías de lo más diversas han complejizado la forma en que estudian las relaciones entre normas formales e informales, sus causas y consecuencias. Los estudios descriptivos sobre esos fenómenos han abierto paso a la investigación inferencial y, por tanto, hoy comprendemos mejor la dimensión intencional o política detrás de ciertas expresiones de la ajuridicidad. Estos desarrollos no son obstáculo, sin embargo, para aceptar la persistencia de la dimensión estructural que enfatiza Nino en su diagnóstico de la anomia boba. Hacer hincapié en este aspecto de forma llana y para el público más amplio es, quizá, el aporte más claro de una obra que se proponía sensibilizar sobre la necesidad de recentrar las conversaciones en torno a nuestra relación con la legalidad. Es por esa razón que el libro sigue funcionando con gran capacidad pedagógica en el aula y la educación cívica más amplia. Pero la virtud de nombrar un problema sistémico –presente en la mayoría de las sociedades del Sur Global– es solo uno de los aspectos que dan contemporaneidad a la obra. Veamos otros de sus méritos.

Derecho y desarrollo/anomia y desdesarrollo

La originalidad de la contribución de Nino en *Un país...* reside también en una dimensión menos explorada del trabajo, que anticipa el subtítulo de la obra: “La anomia como componente del subdesarrollo argentino”. Nino había sido un intérprete privilegiado de los grandes desafíos jurídicos de la primera década de la democracia. Durante el gobierno de Alfonsín, había sido un actor clave en el asesoramiento sobre la política de justicia transicional y liderado el Consejo para la Consolidación de la Democracia, como señalamos, donde pensó y debatió diversas propuestas para la reforma constitucional.

A partir de 1989, al concluir su mandato en el Consejo, trabajó para pensar los desafíos futuros y entender los límites de la experiencia anterior en el contexto del enorme fracaso económico que había terminado anticipadamente con el primer presidente electo en 1983. Una vez más, como gran intérprete de su tiempo, Nino comprendió entonces la necesidad de conectar las instituciones de la democracia constitucional (y dentro de ellas, la dimensión jurídica, es decir, el Estado de Derecho) y el desarrollo. Todas las políticas de reforma puestas en marcha por Alfonsín estaban en riesgo, y la economía argentina transitaba un proceso de reversión del desarrollo. Reflexionando sobre esa experiencia, Nino parecía llegar a la conclusión de que la anomia social e institucional de los argentinos, ilustrada en los primeros capítulos con algunas anécdotas y cientos de datos de los que estaban disponibles por entonces, era una variable clave para entender los límites de la experiencia vivida y salir para adelante.

De este modo, los seis capítulos que conforman el libro comienzan con una novedosa vinculación entre el derecho y el desarrollo, conexión poco iluminada en nuestras conversaciones profesionales en el derecho o cívicas hasta hoy. A diferencia de otras tradiciones latinoamericanas en las que el movimiento de derecho y desarrollo, promovido por académicos reformistas de los Estados Unidos, visibilizó esta conexión desde los años

sesenta a nuestros días, nuestros debates jurídicos rara vez han combinado los problemas con la legalidad y su impacto en el desarrollo sustentable e inclusivo. En las aulas donde se estudia derecho en Brasil, Colombia o Chile, hace décadas que las ideas originalmente importadas del desarrollismo liberal estadounidense han ido abriendo paso a debates y creaciones autóctonas sobre la relación entre la ley y el crecimiento económico o el desarrollo social (entre nosotros, esa es una tarea aún pendiente). Aunque en las últimas décadas se ha extendido el estudio del análisis económico del derecho, y hoy contamos con otros marcos teóricos y datos para abordar la conexión derecho/desarrollo que los utilizados por Nino al visibilizar esta cuestión, el mero hecho de comenzar la obra con ese encuadre constituye, tres décadas después, una contribución a destacar.

En ese primer capítulo, Nino pone en el centro de su argumentación la necesidad de pensar la conexión entre la inobservancia extendida del derecho y lo que simboliza en términos de renuncia a su potencia para organizar la vida en sociedad, y por tanto, la vida económica. Esa relación ambivalente, mal articulada, poco iluminada entre nuestras prácticas frente a las normas, ¿podría ser una de las grandes explicaciones de la reversión del éxito del proyecto liberal que, entre fines del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, puso a la Argentina en la senda de un crecimiento inédito que mejoró las condiciones de vida de una proporción importante de la población? Para Nino, este no es un fenómeno monocausal. La anomia puede no ser la principal causa del desdearrollo, pero este primer capítulo de *Un país...* nos interpela sobre si hemos puesto suficiente énfasis en comprender en qué medida la construcción de una cultura de respeto al derecho para vivir dentro de la Constitución o la ley es una precondition para el funcionamiento de las instituciones democráticas y su impacto positivo en la economía. Al pensar sobre los desafíos futuros que enfrenta la democracia argentina en 2023, tal vez haya llegado la hora de pensar más y mejor las implicancias de la conexión entre el desarrollo y la cultura de la legalidad y el respeto del derecho.

La vigencia de las recomendaciones

Un país... concluye con un capítulo en el que el autor sistematiza recomendaciones para salir de la trampa de la anomia en la Argentina. Se trata de propuestas que Nino había elaborado en sus trabajos previos, sobre la base de proyectos de investigación que encaró con grandes equipos y discípulos. Las últimas páginas del libro reformulan esas propuestas como recetas para enfrentar la ajuridicidad sistémica. Su relectura interesa en dos sentidos.

Por un lado, nos permite hacer un balance de la gran cantidad de innovaciones institucionales que se han puesto en práctica en el país desde 1992. Tres décadas atrás, esos cambios eran solo parte de una larga lista de recomendaciones elaboradas por Nino, sus discípulos, y un conjunto reducido de otros intelectuales y políticos que lideraban el debate público sobre la reforma jurídica e institucional en la Argentina. Si repasamos el listado de propuestas, podemos observar cuántas de esas innovaciones institucionales se han implementado en los distintos poderes y niveles de la estructura federal del país. Por otra parte, la lectura contemporánea de *Un país...* también nos permite tomar perspectiva de cuántas de las reformas ya anticipadas en el último capítulo, en 1992, están todavía pendientes o han sido insuficientemente exploradas a la hora de fortalecer la construcción de la democracia constitucional y su aporte al desarrollo sustentable e inclusivo del país.

Repasemos brevemente los seis tipos de recetas institucionales que Nino postulaba para combatir el desacato extendido de la ley. En primer lugar, para el Poder Judicial resultaba clave cambiar los mecanismos de designación de magistrados, promover la independencia de poderes políticos y otros poderes y sectores, ampliar la participación ciudadana en la justicia a través de la promoción del juicio por jurados, y fomentar la transparencia en los procesos y el acceso a la información. Todas agendas puestas en práctica con distinta temporalidad y éxito desde la reforma constitucional de 1994. En segundo término, Nino ofrecía diversas ideas para promover la descentralización y la participación ciudadana a través de las provincias, proyecto que puso en práctica el menemismo a través de la descentralización de servicios educativos, de salud y seguridad, entre otros.

En tercer lugar, insistía en la necesidad de una reorganización administrativa en la que ya se pueden identificar muchas de las variables que después mapearían los estudios sobre “capacidades estatales”, así como los problemas endémicos de la administración pública (en torno a la corrupción, la coordinación, la organización, la regulación y el capital humano del sector) y agravados por la falta de funcionamiento de los organismos de control, como la Auditoría General de la Nación y la Sindicatura. En cuarto y quinto lugar, Nino completaba su lista de recomendaciones con la idea de que tanto la responsabilidad penal como la civil tenían la potencia de contribuir a reducir el fenómeno extendido de incumplimiento de la ley, pero para eso era necesario transformar criterios y prácticas de las instituciones encargadas de hacer cumplir el derecho. Evaluar las transformaciones ocurridas en las últimas tres décadas en todos estos planos escapa a la posibilidad de este espacio. El repaso de este menú de propuestas nos recuerda, sin embargo, hasta qué punto hemos trabajado con éxitos y desencuentros en la activación de la mayoría de estas reformas institucionales. Aunque todavía reste mucho por hacer y evaluar, no hay duda de que hemos hecho una importante inversión colectiva en testear reformas que quizá expliquen la persistencia de nuestra democracia constitucional, pese a que no hayamos logrado aún retomar la senda del desarrollo.

Ahora bien, quisiera concluir estas páginas destacando la vigencia de los dos ámbitos de intervención que Nino dejó para el final de su capítulo de propuestas. Me refiero a la educación normativa y la democracia deliberativa. Para Nino, el proceso educativo era sin duda uno de los ámbitos centrales para promover la observancia de las normas jurídicas, sociales y morales. Pensaba que la educación formal, a través de las escuelas y las universidades, pero no solo ella, sino también “la educación que se transmite a través de los medios masivos de comunicación, las bibliotecas, el cine y el teatro, conferencias y encuentros informales entre los ciudadanos” serían clave para revertir la cultura de la ajuridicidad.

Las páginas que dedica al ámbito educativo como eje para enfrentar la anomia están marcadas por los debates filosóficos de la época, con citas a las obras de Albert Hirschman, William Galston y Amy Gutmann. Además de mostrar su capacidad pedagógica para explicar con erudición la

complejidad del debate sobre la educación liberal y democrática, estas páginas aciertan en resaltar la inevitabilidad de recurrir al proceso educativo para transformar las preferencias de los individuos como precondition para lograr la observancia de las normas públicas que les permitirán elegir a su turno sus propios ideales de virtud personal. Nino advirtió como nadie el carácter “profundamente antidemocrático” de la anomia, dado que implicaba imponer a los demás los efectos de acciones sustentadas en normas que surgen de la reflexión individual y no de la deliberación y la toma de decisiones colectivas. En resumen, “si quien actúa anómicamente goza de poder suficiente, actúa dictatorialmente; de lo contrario, es un mero anarquista”, sentenciaba con gran lucidez. Y siguiendo a Amy Gutmann, concluía que la defensa de la democracia requería la adopción de procedimientos que promovieran el cumplimiento de las normas surgidas del proceso democrático. En otras palabras, el ideal de una educación democrática es el de un proceso de reproducción social consciente, y ello exige educar a los ciudadanos en el proceso de deliberación colectiva y decisión mayoritaria.

Comencé esta presentación haciendo referencia a la propuesta de Nino de una educación democrática que promoviera la conciencia sobre la anomia y su reversión. Pero para funcionar más allá de los confines del espacio pedagógico, esa educación democrática debía combinarse con la promoción de instancias de deliberación democrática más amplias. Instancias en las que los individuos, al tomar conciencia del entorno anómico, pudieran poner en práctica o profundizar su disposición a gobernarse por normas jurídicas, su influenciabilidad frente a las actitudes de los otros, y la susceptibilidad a la consistencia.[5] Ideas que Nino había esbozado en trabajos previos y que desarrollaría en más profundidad que en *Un país...* en su obra póstuma sobre la constitución de la democracia deliberativa.

Tal vez estas últimas precisiones sobre la democracia deliberativa y la amplia bibliografía publicada desde entonces, incluida la enfocada en las dimensiones sistémicas de la deliberación, contengan la clave para continuar el diálogo de esta última recomendación.

Palabras de cierre

Mientras se escriben estas páginas corren tiempos en que democracias que creíamos consolidadas flaquean o han perdido el apoyo de importantes proporciones de la población. En ese contexto global, la democracia argentina enfrenta en paz una nueva crisis económica. Tras una década de recesión, el país intenta dejar atrás una pandemia con la inflación más elevada del mundo. Al mismo tiempo, ese país marcado históricamente por las divisiones y la polarización canaliza hoy diversos conflictos políticos en el marco institucional de la división de poderes prevista en la Constitución. El sistema de frenos y contrapesos contiene desacuerdos profundos sobre la coparticipación, la integración del Consejo de la Magistratura o la legitimidad del enjuiciamiento a la actual vicepresidenta. En todos esos planos, la crisis institucional transcurre dentro de los márgenes razonables de la interpretación constitucional. Mientras tanto, dos coaliciones competitivas se aprestan a elegir sus candidatos nacionales y provinciales para enfrentar una nueva contienda electoral.

¿Es esta Argentina un país al margen de la ley? Hemos dicho que se trata de un interrogante difícil de responder. Si el derecho tiene alguna conexión instrumental plausible con el desarrollo económico y social, como lo pensaba Nino, parecería que no hemos avanzado mucho. Es más, desde el punto de vista económico y sociodemográfico, la Argentina de 2023 es un país mucho más pobre, desigual y fragmentado que aquel que preocupaba a Nino tres décadas atrás.

Sin embargo, aunque la ajuridicidad sistémica siga siendo un fenómeno relevante, tal vez haya cambiado algo que valdrá la pena indagar para entender la diferencia entre esta época de crisis marcada por la paz y el conflicto institucionalizado, y crisis anteriores donde la vigencia de la legalidad parecía ofrecer un poco menos que hoy. ¿Estaremos finalmente cosechando cuatro décadas de apuesta a la democracia constitucional y el Estado de Derecho? Una democracia constitucional imperfecta, con altos grados de ajuridicidad. Un Estado de Derecho incompleto, ¿pero incrementalmente fortalecido?

Parecería que, a pesar de que el desacato de las normas sigue siendo parte de nuestra vida cotidiana, muchos sectores de la sociedad argentina conocen hoy la Constitución y el sistema de división de poderes y frenos y contrapesos. La ciudadanía entiende mucho mejor la complejidad de la política transicional, o comprende los compromisos nacionales e internacionales asumidos en los tratados de derechos humanos. Muchos sectores celebran la política de la identidad que ha generado leyes e instituciones encargadas de proteger los derechos de una diversidad de grupos (como las personas con discapacidad, las poblaciones indígenas, migrantes, las identidades sexogénicas, los movimientos sociales, por citar solo algunos). En ocasiones, esas políticas muestran también los límites de la hiperfragmentación del sujeto de los derechos humanos. Las políticas de acceso a la justicia, la defensa pública y la activación de la justicia a nivel federal y local encargada de proveer derechos sociales, la responsabilidad civil y penal también han avanzado de forma significativa. Un entramado de organizaciones civiles dedicadas a la defensa de diversos derechos conecta la ciudadanía con estos foros y los movimientos sociales. Por último, los grandes debates sobre el parteaguas de temas morales como el matrimonio igualitario o el aborto transcurren en el seno de las instituciones democráticas de forma abierta, transparente, informada, participativa, lo que muestra al mundo nuestra capacidad de empleo de la argumentación constitucional y de política pública para lograr acuerdos sociales en leyes modernas producto de la deliberación.

Tal vez, aunque la relación con la legalidad siga siendo ambivalente y aspectos de la anomia boba tengan aún vigencia, estas novedades den cuenta de que algo ha cambiado desde 1992 en la vida de la democracia constitucional argentina.

Paola Bergallo

[\[1\] Para una revisión de las obras más importantes de esta tradición, véase Mauricio García Villegas, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento*](#)

de reglas, Bogotá, Siglo del Hombre - Dejusticia, 2013.

[2] Mientras Nino avanzaba en esta obra, otros de los mejores científicos sociales y juristas de la región proponían ejercicios similares con otras metodologías y llegaban a conclusiones similares. Me refiero, por ejemplo, al trabajo seminal que un par de años después publicaron referentes de la ciencia política y el derecho a nivel latinoamericano, como Guillermo O'Donnell, Paulo Pinheiro y Juan Méndez, en el que argumentaban algo parecido con marcos teóricos de la ciencia política y el derecho comparado a nivel regional. Véase Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro (comps.), La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina, Buenos Aires, Paidós, 2002.

[3] Véase Rodrigo Zarazaga y Lucas Ronconi (comps.), Conurbano infinito. Actores políticos y sociales entre la presencia estatal y la ilegalidad, Buenos Aires, Siglo XXI - CIAS - Fundación OSDE, 2017.

[4] Véase María Victoria Murillo, Steven Levitsky y Daniel Brinks, La ley y la trampa en América Latina. Por qué optar por el debilitamiento institucional puede ser una estrategia política, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

[5] Nino define esta idea en dos planos. En el plano lógico, la susceptibilidad a la consistencia implica la disposición a rechazar juicios normativos, que son lógicamente contradictorios con otros de los juicios que uno acepta. En el plano pragmático, la susceptibilidad a la consistencia supone la predisposición a “rechazar actitudes y acciones, en uno mismo y en los demás, que no están justificadas por los juicios hacia los que uno tiene la actitud de aceptación”.

A mi amigo Tito Mansur,

por su confianza en la ley y la justicia.

A mis hijos Ezequiel y Mariano,

con la esperanza de que alguna vez la tengan.

Palabras iniciales

La investigación volcada en este libro fue posible gracias a una generosa beca de la Fundación Antorchas, la que por cierto no es responsable de las afirmaciones que aquí se hacen.

Tal investigación fue realizada en el Centro de Estudios Institucionales (CEI) de Buenos Aires. Estoy muy agradecido a todos mis colegas del CEI por su estímulo e ideas, pero debo mencionar especialmente a mi colaborador Roberto Pablo Saba, quien me ha proporcionado, con su excelente tarea de búsqueda de materiales, innumerables elementos empleados en este trabajo. Roberto de Michele me ha proporcionado también una ayuda sumamente valiosa en la edición del libro.

Durante toda mi vida de trabajo he lidiado con normas en una forma bastante abstracta. He pensado que sería un tributo a mi país hacer un estudio sobre el rechazo hacia las normas que todos los argentinos tendemos a mostrar. Muchos piensan que poner de manifiesto aspectos negativos del país de uno no es patriótico. Creo que la verdad es exactamente la opuesta, sobre todo cuando se trata de contribuir a la superación de esos aspectos. Como se verá al final de este libro, creo que una de las cosas más conducentes para superar la anomia argentina es lo que precisamente este libro hace, o sea, promover un proceso de discusión colectiva. Algunas personas se sentirán molestas porque haya puesto de manifiesto procesos anémicos en los que pueden estar involucrados; pero en diferentes grados –y los grados son sumamente relevantes desde el punto de vista moral– todos los argentinos hemos desarrollado actitudes adaptativas al medio en que nos movemos y ello no debería ser impedimento para que tomemos conciencia de este fenómeno de la tendencia a la ajuridicidad en la vida argentina y lo sometamos a la discusión crítica, aunque nos resulte, como debo confesarlo que me resulta a mí, sumamente doloroso.

Hemos dicho todo esto porque en vuestro nuevo Estado nosotros no vamos a nombrar a un nuevo hombre en la función pública por su riqueza o alguna otra pretensión, como, digamos, la fuerza, la estatura o las circunstancias de su nacimiento. Insistimos en que la función más alta en el servicio de los dioses sea asignada al hombre que sea mejor en la obediencia a las leyes establecidas y gane ese tipo de victoria en el Estado. [...] Tales individuos generalmente son llamados “gobernantes”, y si los he llamado “sirvientes de la ley” no es por acuñar un nuevo nombre, sino porque creo que el éxito o fracaso de un Estado depende de este punto más que de cualquier otra cosa. Cuando la ley está sujeta a alguna otra autoridad y no tiene ninguna por sí misma, el colapso del Estado, en mi opinión, está a la vista; pero si las leyes son las patronas del gobierno y el gobierno es su esclavo, entonces la situación es plenamente prometedora y los hombres gozan de todas las bendiciones que los dioses conceden a un Estado. Este es el modo con que yo veo las cosas (“De un ciudadano ateniense a Cleinias, el cretense”, en Las leyes de Platón, libro cuarto).

1. Introducción: ilegalidad y subdesarrollo

1. Un estado de insatisfacción

En la Argentina todos conocemos este cuento:

Cuando Dios hizo al mundo, tuvo una actitud que desconcertó a su ángel-auxiliar. Al ocuparse de la zona más austral del hemisferio occidental creó las llanuras más feroces, bosques pródigos, un litoral marítimo extensísimo con enormes riquezas subacuáticas, un subsuelo abundante en minerales, ríos caudalosos, lagos y montañas espectaculares. Frente a esta magnanimidad divina, el ángel-auxiliar preguntó perplejo: “¿No crees, Señor, que se te está yendo la mano en Tu generosidad hacia esa parte del mundo, comparando con Tu moderación cuando dotaste a otras regiones del planeta?”. La respuesta fue tan rápida como aclaratoria: “No te preocupes, que compensaré esa munificencia poblando a esa tierra con argentinos”. [6]

Este chiste tal vez presuponga algunas falsedades: no es tan claro que el territorio argentino sea excesivamente rico en recursos. Aparentemente, escasea el hierro; el petróleo conocido no parece superar las necesidades de autoabastecimiento; y, si bien es indudable que las pampas constituyen una de las praderas más extensas y fecundas del planeta, alguien ha dicho que –debido a factores como la caída relativa de los precios de muchos productos agropecuarios y la aplicación a tierras menos fértiles de procesos biotecnológicos– el valor de mercado de toda la pampa húmeda es comparable al de una sola gran compañía japonesa.

Sea ello como fuere –y es obvio que la riqueza física de la Argentina se potencia en función de su relativamente escasa población–, lo cierto es que el chusco presupone algo que es obviamente cierto y que sin embargo suele ser olvidado por los taxistas que dicen “el país es bárbaro, señora, lo que lo mata es la gente”: la capacidad de una unidad política para satisfacer

expectativas de los individuos que son miembros de ella no depende fundamentalmente de sus condiciones físicas –como lo muestran casos como Japón o Finlandia– sino de factores que tienen que ver con su sociedad. Es obvio que si hacemos el experimento mental de imaginar el territorio argentino habitado exclusivamente por suecos o coreanos, de inmediato nos formaremos la imagen de un país que no diferiría sustancialmente de Suecia o de Corea.

En este sentido, cuando los argentinos nos quejamos del país –una actividad a la que nos entregamos con frenesí cuando estamos en él, y que abandonamos tan pronto trasponemos sus fronteras para adoptar una imagen extraordinariamente idealizada de la Argentina– nos debemos quejar de nosotros mismos, de nuestras cualidades individuales y colectivas. Y en verdad tenemos motivos para lamentarnos: a pesar de la gentileza con que se lo clasifica como “país en vías de desarrollo”, la Argentina es uno de los pocos países del mundo en pronunciadas vías de subdesarrollo, es decir, es un caso notable de reversión fulminante y rápida de un desarrollo social y económico considerable que ya se había alcanzado.

No es frecuente una situación social en la que, sin una guerra o catástrofe natural mediante, en una generación individuos hayan pasado de tener ambiciones comparables a las de los habitantes de los países más avanzados del mundo a tener las expectativas limitadas –en materia de alimentación, atención de la salud, vivienda, educación, desarrollo cultural, confort– que corresponden a la población de los llamados “países del Tercer Mundo”. Con la actitud típica de los nuevos pobres que repudian ser asimilados a los pobres viejos, muchos en la Argentina rechazan indignados la inclusión en ese “Tercer Mundo”, alegando su firme decisión de formar parte del primero. Por supuesto resulta patética esta pretensión de que la pertenencia a un “mundo” o a otro es más una cuestión de vocación que de constatación.

2. El subdesarrollo argentino

Esa constatación está apoyada por datos “duros”, como los que cita Carlos Waisman en un valioso libro que seguiré en parte de esta sección.[7] En 1913, el producto per cápita de la Argentina era comparable con el de Suiza, el doble del de Italia, y casi la mitad del de Canadá, mientras que en 1978 las proporciones entre el producto per cápita argentino y el de esos países fueron respectivamente menos de un sexto, la mitad y un quinto. El contraste con Japón es, según Waisman, dramático: alrededor de la Primera Guerra Mundial el producto per cápita argentino era cinco veces mayor que el japonés, y en los tardíos años cincuenta era cerca de tres veces mayor, mientras que en los tempranos años ochenta era solo de un cuarto del japonés. La enorme cesura que separaba a la Argentina de México y Brasil con respecto al producto per cápita al final de los años cincuenta se redujo a la mitad al final de la década del setenta. En la época de la Gran Depresión, la Argentina tenía más vehículos por habitante que Gran Bretaña, y al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, ¡tenía más médicos por habitante que cualquier país europeo, excepto Suiza y Hungría![8]

¿Por qué ha ocurrido esta declinación del crecimiento económico y social argentino? Esta es una cuestión que siempre nos ha intrigado a los propios argentinos. No es un consuelo saber que también es una incógnita para los estudiosos especializados de los mejores centros académicos del mundo en los campos de la economía, la ciencia política, la sociología, y que “el caso argentino” es una perla para quienes deben encarar tesis doctorales y andan en busca de situaciones desconcertantes. Como decía Simón Kuznetz,[9] hay dos países cuya evolución no puede ser comprendida por la teoría económica: Japón y Argentina.

Sin embargo, no faltan explicaciones teóricas prima facie plausibles de este singular fenómeno. Están, por ejemplo, las explicaciones económico-sociales, como las basadas en la posición periférica de la Argentina en la economía mundial. Ellas pueden adquirir la forma de la teoría clásica del

imperialismo o de la teoría más moderna de la dependencia. Estas explicaciones sostienen que hay una dinámica en la economía mundial que asigna a ciertos países como la Argentina un papel subordinado como proveedor de materias primas, restringiendo el acceso aun de esos productos y generalmente de los de índole industrial a los mercados internacionales mediante tarifas y otros procedimientos proteccionistas. La falta de capitales suficientes a través del intercambio comercial externo impone la penetración de capitales extranjeros, cuya gestión es típicamente explotativa.

Esta dinámica económica es acompañada, para esta visión, por una dinámica social que implica la formación de una clase doméstica que colabora con estas relaciones de explotación de los capitalistas y compradores de los países centrales. Ello, por cierto, tiene implicaciones políticas y sociales, ya que esos grupos internos, y a veces directamente los propios agentes públicos o privados extranjeros, aprovechan su poder económico y su ascendencia social para lograr nuevas y mayores ventajas y remover obstáculos a través de medidas políticas y jurídicas. De este modo, se gestan presiones a funcionarios, una corrupción generalizada del aparato estatal, y hasta golpes de Estado para deponer a gobiernos que no son sensibles a los anteriores estímulos.

Waisman[10] sostiene que esta dinámica económica y social no puede explicar la reversión del desarrollo argentino, por más que pueda efectivamente haberse dado en el país después de que esa reversión tuvo lugar. Sociedades situadas en el marco de la economía internacional similarmente a la Argentina al comienzo del siglo, como Canadá o Australia, tuvieron una muy diferente evolución económica y política. Más aún, en realidad, la dependencia externa de la Argentina, tanto en el campo del comercio como de las inversiones, disminuyó y no aumentó después de que el país comenzó a revertir su desarrollo. Por otra parte, hay modelos de desarrollo dependiente, que son posibles aunque sean probablemente menos deseables que los de desarrollo autónomo. Finalmente, no es correcto generalizar sobre la imposibilidad de introducir en los mercados mundiales productos industriales aunque su producción sea eficiente, como lo muestran en la actualidad los países del Sudeste asiático.

Entre otras hipótesis de índole económica y social, está la de David Rock. [11] La cita de unos pocos párrafos puede dar idea de la dirección general de su pensamiento:

Así, durante trescientos años la Argentina se mostró repetidamente como una sociedad que se podía expandir, bajo ciertas condiciones y dentro de ciertos límites, pero que carecía de un impulso autónomo hacia el desarrollo. Una materia prima exportable sucedía a otra liderando la economía del país; nuevas regiones se abrieron al desarrollo, y las estructuras sociales se hicieron más variadas y sofisticadas. Pero dentro de esta complejidad creciente, características atávicas considerables permanecieron: las estructuras coloniales fueron invariablemente reformuladas en lugar de superadas... Las fuerzas que emprendieron un embate para provocar ese cambio a finales del siglo XIX y a principios del XX lo hicieron en forma incompleta y finalmente fracasaron. Alrededor de 1860 los recursos agrarios de la Argentina atrajeron una multitud de inmigrantes y una masiva infusión de capital foráneo. Tanto los inmigrantes como los inversores encontraron una sociedad dispuesta a compartir una parte de las riquezas materiales, pero también una sociedad que resistía sus esfuerzos para alterar su curso o su identidad fundamental; más bien la sociedad huésped aprovechaba las influencias externas para expandir y profundizar sus propensidades históricas. En la superficie, sin embargo, el capital y la inmigración provocó un cambio enorme, ya que la Argentina se convirtió en una muestra célebre del agrarismo pionero. Pero aunque quedaron pocos signos exteriores que testimoniaran que la dominación racial y tributaria era el principio fundante de la sociedad argentina, el cambio quedó incompleto en muchas esferas cruciales. El crecimiento económico estaba todavía impulsado por el capital extranjero y por el acceso a mercados internacionales; la tenencia de la tierra exhibía muchos legados de monopolio; la producción industrial era todavía débil y maltrecha, y Buenos Aires seguía preservando su primacía histórica en el ámbito político y económico. La falta de completitud de esta revolución de finales del siglo XIX extrajo un precio severo en los años treinta de este siglo, cuando la Argentina entró en otro ciclo descendente. A medida que el impulso externo hacia la expansión se debilitaba y desaparecía, la sociedad

entró en crisis. La depresión de los años treinta resultó en un esfuerzo divisivo y finalmente abortado de recobrase bajo Perón, seguido por una creciente, y hasta 1982 imparable, declinación.

Sin embargo, Waisman niega que factores como la estructura de la tenencia de la tierra y la organización social puedan explicar por sí solos la reversión del desarrollo argentino si no son combinados con otros factores. Sostiene que, en primer lugar, antes de la Depresión hubo una considerable industrialización aun con la misma oligarquía agropecuaria; en segundo lugar, los mismos conservadores representantes de esa oligarquía persiguieron deliberadamente un proceso de industrialización aun después de esa Depresión; y, tercero, lo mismo hicieron después de la caída de Perón.

También se han señalado causas políticas de la reversión del desarrollo argentino. Por ejemplo, se ha conectado la inestabilidad de la democracia con esa reversión y se ha explicado tal inestabilidad sobre la base de factores como una sobrecarga de demandas sociales. De nuevo Waisman responde que tal sobrecarga de demandas se produjo principalmente después de la reversión y no antes. Su tesis general es que había un proceso de institucionalización considerablemente avanzado hasta que se produjo la Depresión, la que interrumpió definitivamente el proceso de legitimación política. Del mismo modo, Waisman cuestiona la hipótesis de estudiosos como Torcuato Di Tella de que la inestabilidad política estuvo asociada a la falta de un partido de masas de derecha que articulara los intereses de las élites económicas. Él cree que la discontinuidad entre el poder económico y el poder político fue más una consecuencia que una causa del fracaso de establecer una democracia industrial en la Argentina. Por otro lado, Waisman supone que la inexistencia de un partido de derecha en el país se debe a la conformación de la Unión Cívica Radical hasta la Depresión: se trataba de un partido que no desafiaba seriamente los intereses agrarios y que podía ser penetrado por ellos.

Obviamente hay también explicaciones del subdesarrollo, que incluyen el argentino, que apuntan a factores de índole cultural. Esas explicaciones se remontan a Tocqueville, quien observaba en su famosa obra Democracia en

América[12] que, no obstante que los pueblos sudamericanos tienen tierras tan fércas y extensas como las del norte de América, sin embargo no pueden ni establecer la democracia ni generar los recursos necesarios para proveer a su felicidad debido a sus costumbres y a su estado moral e intelectual. Pero fue básicamente Max Weber[13] quien apuntó el camino que han seguido muchos sociólogos y politicólogos cuando vinculó la cultura asociada al calvinismo protestante con el desarrollo económico y político, en contraste con la influencia católica. Él sostenía que la concepción puritana de condena hacia el placer hedonista derivado de las ganancias, junto con su énfasis respecto de la salvación a través del trabajo, fueron factores causales determinantes del comportamiento capitalista, incluida la acumulación de capital. La falta de una cultura del trabajo y de la austeridad sería un factor determinante del pobre desarrollo capitalista en países como la Argentina, con el consiguiente truncamiento del progreso económico, social y político.

En esta misma dirección, en la que también han marcado hitos los trabajos de Talcott Parsons, Seymour Martin Lipset[14] ha señalado las características del sistema de valores típico de Latinoamérica, que está asociado con su falta de desarrollo económico y social. Esos valores enfatizan la adscripción por oposición al éxito, el particularismo por oposición al universalismo, la difusividad por oposición a la especificidad, el elitismo por oposición al igualitarismo. El primer aspecto del sistema de valores predominante en un país como la Argentina, aunque –según Lipset– en menor grado que en otras regiones de Latinoamérica, implica que las personas son tratadas teniendo más en cuenta sus cualidades heredadas o sus vínculos personales que sus habilidades y realizaciones. El segundo aspecto presupone que en ese trato valen más las relaciones particularizadas que la aplicación de normas universales e imparciales. El tercer aspecto del sistema de valores vigente en Latinoamérica implica que las personas son tratadas predominantemente como individuos sin tomar en cuenta los cargos o posiciones que ocupan en la sociedad, en vez de diferenciar el trato según esas posiciones independientemente de quienes las ocupan. El último rasgo supone, como es obvio, que se enfatiza la jerarquización de las personas por razones de ascendencia social, raza, religión, género, fortuna.

Lipset sugiere que el sistema de valores latinoamericano fue trasplantado por los castellanos a este continente, luego de haberlo gestado sobre todo en siglos de luchas contra los moros, luchas que resultaban en la glorificación de los roles del soldado y del cura y en la denigración de las actividades bancarias y comerciales (que estaban frecuentemente en manos de judíos y musulmanes). Estas características del sistema de valores que todavía tendría vigencia en un país como el nuestro no son propicias para promover la productividad puesto que no estimulan el éxito obtenido a través del esfuerzo individual, valorando más lo que uno es en contraste con lo que uno hace. Por otra parte, las virtudes que se resaltan son poco adecuadas para el progreso económico dado que tienen una orientación general antimaterialista y antipragmática. Se podría agregar, como lo han destacado algunos estudios sociológicos y como luego veremos, que el tipo de valores que señala Lipset subyace a muchos comportamientos asociados con la corrupción pública y la evasión impositiva, que muestran la primacía de la moral de la amistad o de la moral familiar sobre la moral impersonal de alcance social (muchos funcionarios llegan a justificar, con aparente sinceridad, la corrupción como consecuencia de sus obligaciones frente a su familia, ya que no le perdonarían haber pasado por altas funciones sin haber aprovechado la oportunidad de hacerse de un patrimonio “como la gente”).

Carlos Waisman[15] es escéptico sobre la posibilidad de que este tipo de explicaciones culturalistas den cuenta del subdesarrollo argentino. Su objeción fundamental es que no se adecúan a una conformación curvilínea como la que ha tenido el desarrollo político y económico de la Argentina, sobre todo dada la brusquedad de su movimiento descendente. Reconoce que pueden formularse hipótesis más sofisticadas de acuerdo con las cuales los factores culturales y valorativos pierden su congruencia con arreglos institucionales que los expresaban, garantizándose así una relativa estabilidad del sistema, gracias a cambios ambientales rápidos, como la Depresión. Sin embargo, Waisman apunta que el énfasis en los valores “hispanicos” no condice con el origen inmigratorio de buena parte de la población argentina (aunque este argumento se podría responder sobre la base de que la mayoría de los inmigrantes habían absorbido una cultura semifeudal). Nuestro autor permanece escéptico teniendo en cuenta que la producción industrial de la que dependía el desarrollo argentino no era de una complejidad tal como para requerir habilidades empresariales

especiales, que la clase alta agropecuaria y la burguesía industrial no habían demostrado actitudes anticapitalistas antes de la Depresión, que tampoco su comportamiento político ha sido irracional en función de sus intereses, que no es cierto que la mayoría de los inmigrantes venían de regiones donde imperaban condiciones cercanas a las feudales. Además Waisman critica la metodología de este tipo de explicaciones por no basarse en estudios empíricos serios, por no tomar en cuenta la complejidad del sistema de valores involucrado, por ignorar la interpenetración entre ese sistema de valores y la estructura socioeconómica, por no considerar los casos de países que han alcanzado estabilidad política y desarrollo económico no obstante que parecería que parte de su población tiene rasgos culturales como los mencionados.

La propia explicación de Carlos Waisman sobre las causas de la reversión del desarrollo económico y político argentino toma en cuenta la combinación de ciertos factores estructurales con decisiones políticas equivocadas que se tomaron luego de la Gran Depresión a causa de ciertos errores cognitivos. En primer lugar, la Argentina se parece a otros países nuevos, como Canadá y Australia, y se distingue por la inexistencia de una gran reserva de mano de obra. En segundo lugar, la Argentina se parece al resto de Latinoamérica y se distingue de los países nuevos por una considerable concentración de la propiedad agraria, la que era mucho más acentuada en la época de la Depresión de lo que es ahora.

A estas dos características estructurales que constituyen un caso singular se superimpuso el rumbo que, después de la crisis de los años treinta y el subsiguiente restablecimiento del nuevo orden económico internacional a partir de 1945, le dio el peronismo a la economía y a la sociedad: en primer lugar, un proteccionismo industrial intenso e indiscriminado volcado a la sustitución de importaciones y a una producción no competitiva en términos internacionales, la que, por lo tanto, era grandemente dependiente de las exportaciones industriales para la adquisición de los necesarios bienes de capital. En segundo lugar, un corporativismo inclusionario que implicaba una fuerte movilización de la clase obrera y que a largo plazo generaba grandes demandas sociales y la deslegitimación del sistema político incapaz de satisfacerlas. En palabras de Waisman:

De este modo, la crisis argentina es el resultado a largo plazo de las políticas peronistas que, por un lado, emplazaban los recursos económicos y humanos de un modo ineficiente y, por el otro, incrementaban los niveles de la organización y movilización del movimiento obrero. El primer proceso condujo a una integración segmentada en la economía internacional, una consecuencia de lo cual es el hecho mencionado anteriormente de que la economía internacional se transformó en un freno para el desarrollo. Esto fue así porque el superávit generado por el sector exportador fue usado para apoyar y expandir una industria manufacturera ineficiente.

El segundo proceso condujo a la formación de una comunidad política ingobernable, en la cual el gobierno de los militares se convirtió en la respuesta a este tipo de transformaciones estructurales generada por este nuevo tipo de relación con la economía internacional.

Según Waisman, si la estructura de tenencia de la tierra hubiera sido como la de los países nuevos, los intereses agrarios habrían sido más débiles y no se habrían dado las situaciones de encerrona política, asociadas con la inestabilidad, cuando la necesidad de exportar para capitalizar la industria hacía necesario favorecer al sector agrario. Por otro lado, si la reserva de mano de obra hubiera sido como la de los otros países latinoamericanos, el movimiento obrero no habría constituido una fuerza política independiente y probablemente se habría generado una alianza entre sectores agrarios e industriales a favor de la apertura de la economía.

Waisman explica también las políticas adoptadas por el peronismo tomando en cuenta la autonomía que había adquirido, después de la Depresión, el Estado con respecto a las principales élites económicas, gracias a la fragmentación de esas élites favorecida por los cambios externos. Esa autonomía de quienes manejaban el aparato estatal es lo que hizo posible que Perón y los líderes militares que lo acompañaban impulsaran la política proteccionista y corporativa mencionada en contra de los intereses de las élites económicas sobre la base de un error cognitivo fatal: el miedo a una inminente revolución social. En efecto, Waisman muestra en forma

documentada cómo esas políticas se debieron al temor, absolutamente injustificado si se toma en cuenta la insignificancia de los elementos revolucionarios y los probables efectos de una apertura económica, de que la clase obrera pudiera verse arrastrada a una guerra civil y eventualmente al comunismo si una economía abierta la dejaba a merced de las evoluciones de los mercados internacionales, sobre todo en lo que hace a los niveles de empleo, y si no se usaban instrumentos corporativos para conquistarla y controlarla.

Esta explicación de Waisman es sumamente interesante y está respaldada por una argumentación mucho más compleja y documentada de la que puedo dar cuenta en esta breve síntesis. Sin embargo, me atrevo a sugerir que tal explicación se ve algo debilitada por conservar una cierta tendencia hacia un “monocausalismo”, vale decir, la tendencia a explicar los fenómenos sociales a través de la operación de un solo factor causal o de un conjunto relativamente acotado de tales factores. A pesar de que Waisman avanza sobre las explicaciones anteriores al vincular varios procesos de diferente índole en la generación del subdesarrollo económico y político en la Argentina, no es posible excluir la combinación entre los factores causales que él enfatiza y otros como los que mencionamos antes y cuya relevancia el autor rechaza demasiado rápidamente.

En efecto, si prestamos atención a la explicación del propio Waisman, veremos que los factores que menciona están estrechamente relacionados con otros que antes había rechazado. Por ejemplo, la autonomía del Estado conducido desde 1943 bajo una considerable influencia militar y el miedo a la revolución expresado por Perón y otros hombres de armas, así como la recepción que la expresión de ese miedo tuvo en otros sectores de la sociedad, tienen algo que ver con el sistema de valores vigente en sectores de la sociedad argentina: ese sistema atribuye de primacía axiológica a un mítico ser nacional, que no se identifica con ningún rasgo empírico –ni con la historia completa de la nación, ni con la voluntad del pueblo, ni con la Constitución nacional–, que está siempre amenazada por la conspiración de enemigos múltiples, difusos y subterráneos, y cuyas necesidades e intereses son solo conocidas en forma privilegiada por ciertos órganos reales –como la Iglesia, las Fuerzas Armadas y los grupos productivos– que tienen, por lo

tanto, un derecho y una responsabilidad especiales para defenderlo, aun a costa de los derechos de los individuos.

Esta ideología está obviamente subyacente a la manipulación corporativista de la clase obrera, cuya inclusión en el marco político, con la consiguiente atención de las demandas sociales por ella generada, estuvo fuertemente condicionada a su supeditación en otros respecto de la conducción estatal y partidaria. Por cierto que esta adhesión al que, siguiendo la terminología de Popper,[16] es posible calificar como “modelo de sociedad cerrada” no debe ser del todo ajena a la falta de porosidad de la estructura de tenencia de la tierra a las nuevas masas inmigratorias.

También se podría señalar, como otro ejemplo, que la estructura institucional, principalmente en lo que hace a la forma “hiperpresidencialista” de gobierno,[17] tuvo un impacto cierto en la inestabilidad política asociada con la reversión del desarrollo, y adicionalmente debe de haber tenido algún papel contribuyente en la cadena causal que señala Waisman: la autonomía del Estado, que implicaba básicamente la presencia del presidente y del grupo que lo rodeaba en el diseño de políticas estatales, se hacía posible gracias a las facultades que en nuestro sistema acumula el presidente de la Nación, tanto por factores normativos como fácticos (más cuando se tienen en cuenta las características semidictatoriales del gobierno que tuvo el país entre 1943 y 1958, y que curiosamente Waisman no enfatiza).

Es posible que un sistema parlamentario o semiparlamentario no solo hubiera garantizado mayor estabilidad del sistema democrático al permitir una mayor fluidez en la formación de los gobiernos y mayores acuerdos interpartidarios, sino que posiblemente hubiera atenuado el error cognitivo de que habla el autor, gracias al proceso de deliberación colegiada que este sistema impone como paso previo a la toma de decisiones, o debido a la incidencia de partidos que podían representar a los intereses afectados (y que en un sistema no presidencialista no quedan absorbidos por la necesaria polarización entre las grandes fuerzas).

Al menos este factor institucional debe ser agregado al de la fragmentación de las élites económicas para explicar la autonomía del Estado. En realidad, el peso específico de este último factor es discutible, como lo prueba la tesis

de Sabato y Schvarzer[18] que explica la inestabilidad política argentina y la subsiguiente involución económica sobre la base del fenómeno exactamente opuesto, o sea, la falta de competitividad y la cohesión de las élites económico-sociales sobre la base de la ubicuidad de los mismos grupos capitalistas en diversas áreas productivas.

Desde el punto de vista institucional, también es posible señalar como otro ejemplo, relacionado con la institucionalización de la participación que Waisman menciona, de un posible factor contribuyente de la inestabilidad política, y, por consiguiente, de la reversión del desarrollo económico (dada la inseguridad que esa inestabilidad representa para políticas de inversión y producción): la introducción a partir de 1912, aplicándose por primera vez en las elecciones de 1916, del voto obligatorio (además de universal y secreto). Creo que la obligatoriedad del voto está claramente justificada desde el punto de vista moral,[19] dado que ella permite superar el problema de acción colectiva, de la índole que estudiaremos en el capítulo 3, que lleva a mucha gente a no votar si no se asegura que otros similarmente situados social e ideológicamente lo harán, con lo que se afecta la tendencia a la imparcialidad que hace valiosa a la democracia.[20]

Sin embargo, es posible sostener que la introducción del voto compulsivo, que llevó a que entre una elección y otra la concurrencia electoral prácticamente se triplicase, recalentó enormemente el sistema político con demandas sociales –que a su vez acentuó las políticas de corporativismo inclusionario y la intervención permanentemente cambiante del Estado en la economía–, y sobre todo hizo que las fuerzas políticas que representaban los intereses económicos más importantes perdieran toda esperanza de ganar una elección limpia (las que a partir de 1912 solo fueron ganadas por el radicalismo y el peronismo) y buscaran otras avenidas de acceso al poder, como el fraude electoral, las proscripciones o llanamente los golpes de Estado.

Fred Riggs sostiene,[21] en efecto, que el sistema presidencialista requiere para su estabilidad que el electorado no se polarice y que eso se logra en los Estados Unidos, entre otros mecanismos, con un gran ausentismo electoral, que permite que el electorado activo se vuelque a posiciones de centro. Su tesis general es que los países latinoamericanos han rechazado una serie de

rasgos antidemocráticos del sistema estadounidense –como la voluntariedad del voto o la representación por distritos– que son, sin embargo, funcionales para la estabilidad de un sistema presidencialista de gobierno. Esto implicaría que, dado un sistema presidencialista de gobierno, hay cierta tensión entre su estabilidad y su legitimidad democrática.

La incidencia de este factor se relaciona obviamente con la tesis de Di Tella sobre la inexistencia de un partido de masas de derecha, la que parece deberse más al activismo electoral de los sectores populares que, como alega Waisman, a una presunta representatividad de esos sectores por parte del radicalismo (la que parece estar desmentida por el golpe de 1930, por los fraudes a los que recurrieron esos sectores en la década infame, por los golpes a Frondizi y a Illia, por la actitud de las élites económicas frente a Alfonsín, etc.).

Más allá de estos ejemplos particulares, el punto que quiero enfatizar es que un fenómeno tan singular como el de la reversión del desarrollo argentino seguramente reconoce una pluralidad de factores causales que están interpenetrados y se refuerzan circularmente unos a otros. Si la causalidad de un fenómeno como este fuese relativamente simple y no el producto de la coincidencia de diversos procesos sumamente complejos y entrelazados, seguramente el fenómeno se daría con más frecuencia; sin embargo, es difícil encontrar otros casos parangonables (tal vez la declinación relativa de Gran Bretaña comparada con otros países europeos sea un caso contemporáneo relativamente comparable, aunque en otro orden de magnitud).

Bajo este presupuesto de la complejidad de la generación causal de la involución económica y social de la Argentina, el objetivo central de este trabajo es llamar la atención sobre otro fenómeno social que generalmente no es incluido entre los factores que han intervenido en esa generación. Me refiero a la tendencia recurrente de la sociedad argentina, y en especial de los factores de poder –incluidos los sucesivos gobiernos–, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, o sea, a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales. Es realmente sorprendente que, no obstante la visibilidad de la tendencia argentina hacia la ilegalidad y la estrecha vinculación entre anomia e ineficiencia y entre esta y el subdesarrollo, ella

no ha sido señalada hasta ahora por politicólogos, historiadores y economistas como un factor significativo para dar cuenta del subdesarrollo argentino.

Esta tendencia a la anomia, o más específicamente a la ilegalidad, está involucrada en buena parte de los factores que se señalan como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino, además de tener un poder causal independiente. Esto no excluye obviamente que la anomia argentina sea a su vez resultado causal de otros procesos, algunos de los cuales tengan relevancia por sí mismos para explicar la reversión del progreso argentino.

Uno de los errores en que se suele caer en la explicación de esa reversión consiste en ignorar la posibilidad de que su generación causal sea gradual y parcialmente circular. Además, hay razones para suponer, como luego veremos, que la tendencia a la anomia es en sí misma generadora de los bajos grados de eficiencia y productividad social que subyacen a situaciones de subdesarrollo. Pero veamos con un poco más de cuidado qué se quiere significar con esta referencia a la tendencia anémica de la sociedad argentina.

3. La anomia argentina

La existencia en la sociedad argentina de una pronunciada tendencia general a la ilegalidad y a la anomia resulta bastante fácil de percibir. Es suficiente con tener presente la forma en que se violaron masivamente los derechos humanos en la década del setenta a través de un terrorismo de Estado que desconoció la propia legalidad impuesta por el régimen militar –a diferencia de lo que ocurrió con el fenómeno similar producido en Chile, el que en buena medida se desarrolló respetando esa legalidad–, y por medio de un terrorismo de izquierda que desconoció también todo límite ético y jurídico.

Yendo a un caso menos dramático: la imagen externa de una sociedad está dada por cómo se transita por sus calles y rutas, cómo se mantiene el aseo de los lugares públicos y cómo se cuida la estética urbana: hay pocos países en el mundo en que se manifieste un desprecio tan amplio por las reglas que rigen el tráfico de automotores y peatones como el que se da en la Argentina. Tampoco es fácil encontrar otros ámbitos en los que se dé un desprecio mayor, por las normas que rigen la producción de desperdicios y la contaminación del ambiente, que el que se da en la Argentina (en una reciente visita a La Falda, Córdoba, me deprimió enormemente advertir cómo hermosísimos paisajes eran arruinados por una gran cantidad de basura dispersa por doquier y cómo ningún turista salvo mi familia y yo parecía advertirlo). Desde el punto de vista urbanístico, no es posible pensar que cuando tenemos una avenida, como la del Libertador de Buenos Aires, con casi todos los edificios parejos en altura pero con enormes torres que rompen de tanto en tanto esa armonía, las excepciones al Código de Edificación se deben a un peculiar gusto estético de algunos intendentes o concejales; más bien hay derecho a suponer que se hicieron excepciones o se admitieron violaciones a normas edilicias por motivos diferentes al bien de la comunidad.

Si vamos más allá de esa imagen externa y analizamos el discurso de los argentinos, advertiremos que aducir que algo va en contra de la ley es una

forma de iniciar una conversación y no de concluirla, como ocurre en otros países (recuerdo, por ejemplo, a un prestigioso profesor estadounidense sonrojarse y callarse cuando su secretaria rehusó cumplir con su pedido de copiar un programa de computación, por ser ilegal; es poco imaginable una situación similar en la Argentina).

Si dirigimos nuestra mirada a la que es tal vez la principal obligación cívica que es la de pagar impuestos, advertiremos de inmediato que la evasión tributaria en la Argentina está entre las más elevadas del mundo. Si hojearnos los diarios, o conversamos, por ejemplo, con comerciantes que deben lidiar con inspectores impositivos, municipales, etc., concluiremos que la corrupción de los funcionarios públicos por parte de ciudadanos que realizan diversas actividades es cosa de todos los días. Lo mismo ocurre con la actividad privada, como se comprueba, en un plano menor, con el sobreprecio que cobran los boleteros por las entradas de espectáculos artísticos.

Si consultamos las estadísticas, nos convenceremos de que los casos de criminalidad que son efectivamente juzgados por la justicia son ínfimos. También advertiremos fácilmente que hay manifestaciones públicas de ilegalidad consentidas por funcionarios y ciudadanos del común, como, por ejemplo, comprueban sorprendidos los extranjeros cuando perciben que la inscripción “venta bajo receta”, que figura en casi todos los medicamentos, no tiene ningún correlato en la conducta de farmacéuticos, compradores e inspectores. Basta encarar un trabajo, estudio o actividad comercial para toparse con múltiples incumplimientos y desviaciones normativas en general y legales en especial.

No obstante la omnipresencia de situaciones de ilegalidad en nuestro país, generalmente no las asociamos con la reversión de nuestro desarrollo económico y político. Sin embargo, podemos observar que muchos de los factores que se suelen señalar como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino están íntimamente asociados con situaciones de ilegalidad.

Cuando se articula la tesis de la dependencia, es casi inevitable aludir al papel que juega la corrupción de los funcionarios públicos o la interferencia con los procesos constitucionales de sucesión del poder como formas en

que los poderes económicos centrales y sus representantes locales logran decisiones políticas favorables en términos de inversiones protegidas, repatriación indiscriminada de ganancias, falta de contribución impositiva, baja protección laboral, etc. De lo contrario, no es fácil explicar por qué países con condiciones físicas similares (como Canadá) pasaron a ocupar lugares centrales en la estructura económica internacional, o por qué otros países se desarrollaron en condiciones de dependencia.

Cuando se alude a la oligopolización de la propiedad de la tierra, también tiene cierta relevancia la tendencia a la ilegalidad: como veremos en el capítulo 3, hubo planes de colonización agraria, como el que pretendió ser impulsado por la Ley de Enfiteusis de Rivadavia, que fueron desvirtuados por artimañas legales o por corrupción, dando lugar a una mayor concentración de propiedad agraria (así como es cierto que una ley relativamente difícil de evadir –aunque se lo ha hecho parcialmente a través de la formación de sociedades comerciales–, como es la ley sucesoria, ha tenido un impacto importante en la división de la propiedad agraria).

La inflación que la Argentina ha soportado durante décadas y que, sin duda, ha afectado la inversión productiva ha constituido una forma de financiar el gasto público en vez del genuino ingreso tributario, considerablemente disminuido por obra, en parte, de la ilegal evasión impositiva.

El corporativismo inclusionario ha implicado no solo la manipulación de normas jurídicas, para dar por ejemplo representatividad privilegiada a ciertos agentes sindicales, que aunque no siempre conduce a una lisa y llana ilegalidad, violenta ciertos principios que luego analizaremos del Estado de Derecho. También implica una serie de presiones, protecciones y beneficios para controlar las demandas de la clase obrera al margen de la legalidad vigente.

Lo mismo ha pasado con el proteccionismo industrial indiscriminado que, en muchos casos, respondía a un favoritismo originado en relaciones corruptas entre empresarios y funcionarios públicos. La configuración cultural vigente en sectores de sociedades como la argentina y que algunos estudiosos asocian con el subdesarrollo está también vinculada con la tendencia a la ilegalidad, o al menos con el desconocimiento de la forma superior de legalidad implícita en la idea de Estado de Derecho: ello ocurre

principalmente con el rasgo de adscriptivismo por oposición al universalismo que está implícito en la idea de aplicación imparcial de reglas generales.

Por otro lado, todas las explicaciones del subdesarrollo argentino vinculan la involución del crecimiento económico con la inestabilidad política, cualesquiera que sean los lazos causales que se establezcan entre estos dos fenómenos (por ejemplo, se ha intentado explicar muchos golpes de Estado sobre la base de la urgencia por cambiar la política económica una vez que se alcanzaba la faz del clásico ciclo de la economía argentina en que se produce el “cuello de botella” en el comercio exterior provocado por un aumento de la demanda de productos industriales, que genera la necesidad de importaciones de bienes de capital, lo que a su vez requiere un aumento de las exportaciones agropecuarias para producir las divisas necesarias; este aumento de las exportaciones se lograba tradicionalmente mediante un cambio de ministro de Economía, o hasta del gobierno en su conjunto, con una devaluación monetaria, que provocaba el aumento del precio de los productos de primera necesidad; lo que a su vez producía inflación y una disminución de la demanda de productos industriales).

Tal inestabilidad política tenía su culminación en los golpes de Estado, que, como es obvio, constituyeron la expresión máxima de la ilegalidad argentina. Pero hay formas más indirectas en que la inestabilidad política estuvo relacionada con la ilegalidad: los fraudes electorales, como los que se practicaron antes de la Ley Sáenz Peña y en la década infame, y las proscripciones electorales, como la que ocurrió primero con el radicalismo, en esa misma década y luego con el peronismo desde 1958 hasta 1973, el abuso de las intervenciones federales, la usurpación por los ejecutivos de facultades del Congreso, la manipulación de la justicia, el abuso del estado de sitio afectaron gravemente la legitimidad subjetiva del sistema político argentino, y, en consecuencia, también contribuyeron a la debilidad de la adhesión social hacia él, que es precondition para que sea subvertido por la fuerza.

Sin embargo, la tesis central de este libro no se apoya crucialmente en esta probable vinculación entre los múltiples factores causales de la reversión del desarrollo argentino y la anomia o ilegalidad existente en nuestra

sociedad. Más bien se concentrará en mostrar cómo el factor anómico opera por sí mismo en la generación de niveles bajos de productividad o eficiencia en la sociedad argentina, lo que a su vez puede combinarse con otros factores –que pueden o no haberse potenciado por la misma anomia– para determinar la involución del desarrollo.

Pero antes de explicar un poco más este punto, tratemos de esclarecer previamente la noción de norma, regla o ley que empleamos cuando hablamos de ilegalidad o anomia.

4. Las normas que desconocemos

Hay muchas clases diferentes de normas o reglas: normas morales, normas jurídicas o leyes, normas sociales, costumbres, reglas de juego, reglas técnicas, reglas gramaticales, etc. Algunas de estas clases son relevantes para las situaciones de anomia social; otras, no. Sin embargo, antes de clarificar las variedades de normas que nos interesa es necesario advertir que, en cualquiera de esos contextos, podemos usar la expresión “norma” con sentidos diferentes.

El sentido de “norma” que se usa en un contexto justificatorio como derecho o la moral es el que hace referencia a una proposición o juicio que estipula que algo debe, puede o no puede hacerse. Esto es así porque solo un principio o juicio normativo puede proveer una razón justificatoria de una acción o decisión. En cambio, en un contexto explicatorio como el de este libro o el de cualquier análisis sobre las causas y consecuencias de la anomia, el sentido de “norma” más importante es el que identifica a las normas con prácticas sociales, o sea, con regularidades de conductas y actitudes. En efecto, solo las normas como regularidades de conductas y actitudes o prácticas sociales constituyen hechos sociales relevantes que entran en relaciones causales con otros fenómenos de la misma índole.

Es importante subrayar que no cualquier regularidad de conductas es una norma en el sentido de práctica social. Como dije, las normas se distinguen no solo por la regularidad de comportamientos sino también por la recurrencia de actitudes de crítica o de aprobación frente a esa regularidad y las desviaciones. Así, por ejemplo, bañarse regularmente es objeto de una norma en nuestras sociedades; en cambio, bañarse por las mañanas es solo un hábito de ciertas personas (aunque se dé la coincidencia de que casi todos los miembros del grupo social tengan ese hábito).

Tomando en cuenta este cuarto sentido de “norma” o “regla” como central, veamos ahora las clases de normas que interesan en relación con el

fenómeno social de anomia.

Veamos primero las normas jurídicas (también se pueden llamar “leyes” si aclaramos que lo hacemos en un sentido amplio y material, ya que en un sentido restringido y formal la expresión solo hace referencia a una subclase de normas jurídicas, las que se originan en una promulgación del Parlamento). Una norma jurídica, o una ley en sentido amplio, se identifica en un contexto sociológico, como en el que nos interesa describir y explicar el fenómeno de la anomia, como una regularidad de conductas y actitudes de la sociedad que manifiestan adhesión a pautas de comportamiento aceptadas por el hecho de ser reconocidas por los jueces, o de ser prescriptas por aquellos a quienes los jueces reconocen como legisladores con autoridad.

En cambio, las normas sociales, como, por ejemplo, las reglas de etiqueta, las costumbres comunitarias en general, se distinguen por el hecho de que la proposición que constituye la razón para justificar las conductas y actitudes que las integran es adoptada para justificar acciones y actitudes por el hecho de ser aceptado generalmente por los miembros del grupo social relevante. Es solamente el hecho de que los miembros del grupo social que integro aceptan la proposición de que los profesores de la facultad de Derecho deben ir a dar clase con saco y corbata lo que me hace aceptar la misma proposición y actuar sobre la base de ella, aun en un caluroso día de diciembre. Esto implica que las normas sociales generalmente están respaldadas por sanciones descentralizadas como son las actitudes de desaprobación, el aislamiento social, etc.

Una norma religiosa es, por su parte, una regularidad de acciones y actitudes que se justifican sobre la base de proposiciones deónticas que se aceptan por la creencia de que ellas han sido prescriptas o reconocidas por cierta deidad. Las normas religiosas suelen estar respaldadas por sanciones a cumplirse en el “más allá”, como la posibilidad de residir en el infierno después de la muerte física.

Las normas de la moral social se diferencian por el hecho de que la proposición que constituye la razón justificatoria de las acciones y actitudes que conforman la respectiva regularidad se acepta por sus propios méritos, por su verdad o validez intrínseca, y no porque haya sido dictada por una

autoridad humana o divina o sea reconocida por los miembros del grupo social o de un grupo más específico, como pueden ser los jueces. Este es el rasgo de autonomía de la moral, que fue correctamente destacado por Kant como distintivo. También es parte de este rasgo de autonomía el que el cumplimiento con las normas morales, a diferencia del que se hace en relación con las normas jurídicas, sociales y religiosas, no está motivado por el temor a sanciones o por la búsqueda de premios sino, como diría Kant, “por puro amor al deber”. Esto, como veremos en el capítulo 5, hace a las normas morales indispensables para salir de algunas trampas que nos tiende la vida social.

También debemos distinguir las llamadas normas técnicas que se distinguen porque indican el medio para alcanzar cierto fin, y por lo tanto lo que prescriben está condicionado a que se quiera el fin (un ejemplo de ellas las constituyen las instrucciones de uso de un aparato).[22]

Como lo muestran los ejemplos que hemos dado al pasar de la Argentina, el fenómeno de la anomia puede bien involucrar la inobservancia de normas morales, jurídicas, religiosas o sociales. Puede haber un fenómeno análogo a la anomia en relación con normas técnicas o conceptuales, aunque nos faltan hasta aquí elementos de juicio para incluirlos o excluirlos de los casos centrales de este fenómeno.

Sin embargo, no parece claro que la anomia sea simplemente la inobservancia de normas morales, jurídicas, religiosas y sociales. Es obvio que una sociedad no es más anémica que otra, por el hecho de que en ella se observen menos normas de la índole indicada. Este criterio cuantitativo no sirve por la sencilla razón de que hay sociedades satisfactoriamente ordenadas en las que están regulados muchos menos comportamientos que en otras, rígidamente reglamentaristas, sin que por ello las primeras sean más anémicas que las segundas (generalmente ocurre lo contrario).

La respuesta a esta inquietud debe tomar en cuenta el hecho de que existen diversos tipos de ilegalidad. Uno de ellos es la mera desviación individual que ocurre cuando los individuos encuentran conveniente para sus intereses dejar de observar la ley, esperando beneficiarse por ello dada la probabilidad del comportamiento de otros. Otro tipo de ilegalidad se presenta cuando se desarrolla un conflicto social que lleva a un sector a

desconocer la legitimidad de la autoridad que dicta las leyes en cuestión, como ocurre por ejemplo con los católicos irlandeses o los croatas de Yugoslavia. Pero el tipo de ilegalidad generalizada que nos interesa es de diferente índole, puesto que ella implica situaciones sociales en las que todos resultan perjudicados por la ilegalidad en cuestión. Se trata, si se quiere, de una suerte de ilegalidad o anomia “boba”, puesto que no es el resultado de intereses o valoraciones que la ley no pudo satisfacer y que se busca satisfacer al margen de ella. Este concepto de anomia boba no se refiere a una mera inobservancia de normas, aun cuando esa inobservancia no implique de por sí la inexistencia de la norma (en algún sentido), sino que alude a la inobservancia de normas que produce una cierta disfuncionalidad en la sociedad, de acuerdo con ciertos objetivos, intereses o preferencias.

Esta consideración nos lleva de vuelta al punto en que dejamos la discusión cuando fue necesario aclarar el concepto de norma. Antes dijimos que el propósito del trabajo es mostrar que la anomia implica de por sí un tipo de ineficiencia que está involucrada en una situación de subdesarrollo como el argentino, por más que forme parte también de otros factores generadores de tal subdesarrollo. Ahora resulta que para acotar el tipo de anomia o ilegalidad generalizada que nos interesa destacar como distintivo de la sociedad argentina parece que necesitamos algún tipo de conexión con una idea como la de ineficiencia.

5. Anomia “boba” e ineficiencia

Como dice Jon Elster, siguiendo a Hume en su comentario sobre la relevancia de la causalidad para la naturaleza, “las normas son el cemento de la sociedad”. [23] Esto quiere decir que las normas hacen posible la integridad y la subsistencia de las sociedades. Tal vez ello tenga que ver con el papel que las normas juegan para hacer más eficiente a un grupo social.

Que la ilegalidad y la anomia, en general, afectan negativamente la productividad social, al menos bajo un sistema capitalista, es casi un lugar común en la teoría social. Max Weber por ejemplo sostenía:

El moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo de trabajo como de un derecho previsible y una administración guiada por reglas formales; sin esto es posible el capitalismo aventurero, comercial, especulador, y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la industria comercial privada con capital fijo y cálculo seguro. [24]

El propio Émile Durkheim, que fue el creador del concepto de anomia en el ámbito sociológico, tenía plena conciencia de la disfuncionalidad de las situaciones anémicas, tanto en el plano individual –hasta dar lugar a un tipo de suicidio que él denominó precisamente “anémico”– como colectivo. En su obra sobre la división del trabajo social, [25] Durkheim sostenía que para que la división del trabajo sea fructífera es necesario que esté sometida a reglas, o sea, a regularidades de conducta percibidas como obligatorias, y que el estado de anomia es un fenómeno morboso al que puede atribuirse la generación de conflictos y desórdenes, y últimamente la pérdida de libertad. En especial Durkheim observaba que dado el papel relevante que ocupa la actividad económica en la vida moderna, ella “no puede evidentemente

permanecer hasta ese punto careciendo de una reglamentación sin que se produzcan las perturbaciones más profundas”.[26]

No obstante, este concepto de anomia y su relación con la ineficiencia o baja productividad no resultan del todo claros.

Para aclarar este concepto de anomia “boba” y su relación con la ineficiencia, volvamos al ejemplo del tránsito en las calles y rutas argentinas. ¿Por qué los extranjeros que vienen al país se quedan atónitos por la anarquía con que circulamos? No por cierto por comprobar que tenemos menos reglas de tránsito que en otros lugares civilizados. Tampoco por verificar que hay ordenanzas que han sido promulgadas, que “están en los libros”, y que se desobedecen. Esto generalmente no lo sabe el observador extranjero, y, en realidad, lo tiene sin cuidado si se ha dictado o no una norma sobre la preferencia de paso de quien circula por la derecha o sobre la obligatoriedad de circular por los carriles de avenidas y rutas. Si no hubiera normas a este respecto, no por ello el tráfico sería menos anómico.

Nuestro amigo foráneo diría que el tránsito en la Argentina es anómico o caótico porque no cumplimos con normas que necesitamos, para ir de un lado a otro en una forma más segura y rápida. Esto parece ser la clave para entender la anomia: la necesidad de ciertas normas para satisfacer ciertos fines de la sociedad o del grupo en cuestión. Sin embargo, esta línea de pensamiento es sumamente peligrosa ya que parece aludir a explicaciones funcionalistas u organicistas de la sociedad, de acuerdo con las cuales la sociedad, o al menos sus prácticas o instituciones, al igual que los organismos naturales, cumplen con ciertas funciones, y tienen determinados telos. Aun respecto de los organismos naturales esta hipótesis es discutible, pero respecto de las sociedades se ha objetado adicionalmente que este tipo de explicaciones implica una ontología sospechosa, al hipostasiar a las colectividades y que la apelación a funciones conlleva una serie de problemas lógicos y metodológicos de difícil resolución.[27]

Estos problemas tal vez puedan superarse y, sin embargo, retener la utilidad de la referencia a normas necesarias si pensamos no en términos de necesidades o intereses de la sociedad, sino de los individuos de carne y hueso que la componen. Somos yo y usted los que estamos interesados en

circular en forma rápida y segura y somos nosotros los que necesitamos para satisfacer ese interés que se cumpla con ciertas normas.

Sin embargo, esto todavía no aclara el concepto de anomia “boba”, ya que no cada vez que alguien necesita que se cumpla con una norma para satisfacer su interés y no se cumple de hecho con tal norma estamos frente a un caso de anomia. Para satisfacer mi interés de viajar a Europa una vez por año necesitaría que todas las personas que conozco adoptaran la norma de contribuir con el precio del pasaje como regalo de cumpleaños; es lamentable que no se siga esta norma pero no por ello puedo alegar que vivo en un medio anómico.

Las cosas pueden ser distintas si pasamos del interés de una persona a considerar el interés de todas las personas del grupo social relevante. Pero esto todavía es bastante vago; podríamos precisarlo más si habláramos del interés de todas las personas que deben cumplir con la norma en cuestión. Podríamos decir que hay una situación anómica cuando un grupo de individuos tienen intereses tales que solo pueden satisfacerse si todos ellos cumplen con una cierta norma, y un grupo significativo de tales individuos no cumplen con esa norma.

Pero, además de la vaguedad de la última expresión –la que tal vez sea inevitable– hay un problema más básico: no parece ser cierto que la observancia de la norma sea en interés de todos los miembros del grupo que debe observar la norma. Generalmente, como en el caso del tránsito, una minoría se beneficiaría si todos los demás cumplieran con las normas y ellos son eximidos de hacerlo o si simplemente pueden lograr evadirse del cumplimiento. Este tipo de situaciones no son, sin embargo, problemáticas, ya que se puede aclarar que lo que debe ser de interés de cada uno es que la norma sea en general cumplida, no que él mismo cumpla con la norma. No obstante, puede ser que algunos tengan propósitos más urgentes, que son servidos por el que se transite anárquicamente, que el de circular seguro y rápido (por ejemplo, puede ser alguien que esté estudiando precisamente la anomia de nuestro tránsito y que obtenga beneficios de ese estudio, que no se haría si no hubiera tal anomia).

Quizá pueda ayudarnos en esta búsqueda de un criterio de satisfacción de intereses que permita precisar el concepto de anomia “boba” recurrir a las

nociones de eficiencia que se usan en el marco de la teoría económica. Dos de los conceptos de eficiencia que más frecuentemente se utilizan en los cálculos de la economía del bienestar, son los de optimalidad de Pareto, y el de productividad, aunque también hay otros relevantes: un estado de una sociedad es Pareto-óptimo si no hay ningún otro estado de la sociedad en que alguien esté mejor sin que alguien esté peor. Una situación social es más eficiente que otra en términos de productividad si en la primera hay una mayor satisfacción agregada de preferencias descontando la frustración agregada de preferencias. Se podría decir que hay anomia cuando la observancia contrafáctica (o sea que no se da de hecho) de una determinada norma en un cierto grupo social sería eficiente en el sentido de que ese estado de observancia sería Pareto-óptimo respecto de cualquier otra situación posible, incluyendo a la situación real de inobservancia, o sea, en ese estado nadie estaría peor y alguno al menos estaría mejor.

Una acción colectiva –o sea, un conjunto de determinadas acciones de diversos individuos que tienen fines que no son lógicamente incompatibles y que requieren de la acción o de la omisión de los demás individuos– es más eficiente en términos de optimalidad de Pareto si como consecuencia de la acción algunos están mejor que lo que estarían con cualquier otra acción colectiva posible, en términos de la satisfacción de sus preferencias, sin que nadie esté peor.

Sin embargo, este criterio no es operativo si tomamos, tal como ya entrevimos, como parte del grupo social relevante y como partícipes en la acción colectiva, a individuos que tienen propósitos lógicamente incompatibles con los de los demás. Por ejemplo, supongamos que algunos disfruten del caos de las calles porteñas, ya que lo consideran un sustituto gratuito del juego de los autos chocadores de los parques de diversiones.

La aplicación del criterio de optimalidad paretiana no implicaría que una situación de observancia ordenada de las reglas de tránsito sea paretianamente superior ya que los que gozan con el caos estarían peor en esta situación.

Aunque tal vez técnicamente sea más conveniente incluir como partícipes en la acción colectiva solo a quienes son cooperadores potenciales porque no tienen propósitos lógicamente incompatibles con los de los demás (de tal

modo que quienes quieren matar, robar o violar a otros no son partícipes de una acción colectiva –no obstante que hay acciones de estos que satisfarían sus fines–), en muchos contextos debemos incluir en la situación social cuya eficiencia discutimos a todos los miembros del grupo social relevante. Esto nos obliga en este caso a no usar en estos contextos el criterio de eficiencia paretiano sino el de productividad: una acción colectiva es más eficiente que otra que se realizaría en la misma situación cuando los bienes que la primera produce, descontados los costos de la acción, son de un valor total superior al de los bienes producidos por la segunda, descontando igualmente los costos. Si los bienes los valoramos en términos de satisfacción de preferencias, corresponde concluir que una acción colectiva es más eficiente en términos de productividad que la segunda si la suma total de la satisfacción de preferencias, descontando la frustración de preferencias, producida por la primera es mayor que la de la segunda. Con este concepto de eficiencia, una acción colectiva es anémica si la observancia de una determinada norma jurídica, moral, religiosa, social que es generalmente o recurrentemente desobedecida en ella implicaría una acción colectiva que conduce a una suma agregada mayor de satisfacción de preferencias descontando la frustración de preferencias.

El criterio de eficiencia como productividad está asociado con el principio de justicia o bien social del utilitarismo, según el cual un estado de cosas social es más justo o socialmente bueno que otro si en el primero se satisfacen más preferencias que en el segundo. Este principio ha sido objeto de críticas muy poderosas que hacen tanto a los inconvenientes técnicos de su aplicación, la dificultad, por ejemplo, de comparaciones interpersonales y de calcular las consecuencias, como a su debilidad ética. En cuanto al último punto se ha señalado que el utilitarismo no toma en cuenta el problema de distribución de bienes entre distintas personas, ignorando así la separabilidad e independencia de los individuos (valorando, por ejemplo, más un estado de cosas de la sociedad en que un individuo tiene diez unidades de utilidad y el otro dos que otro estado social en que los dos tienen cinco); también se ha sostenido que el utilitarismo presupone una concepción del bien inaceptable ya que no valoramos los estados de cosas porque los prefiramos sino que los preferimos porque los valoramos.

Sin embargo, estas últimas objeciones no son aplicables al criterio de productividad si lo tomamos como un criterio de eficiencia y no como un principio moral o de justicia. Esto siempre que no caigamos en la tentación del utilitarismo de identificar justicia con eficiencia, o en la tentación igualmente contraproducente en la que caen algunos especialistas en el análisis económico del derecho de absorber la justicia en la eficiencia, como si la anterior fuera una preferencia más. En cambio, sí se traslada al criterio de eficiencia como productividad el inconveniente técnico del principio utilitarista referido a la dificultad de las comparaciones interpersonales de utilidad; esto es lo que hace preferible la utilización del criterio de Pareto, cuando ello es posible.

El punto anterior nos sirve como una aclaración general, cualquiera que sea el criterio de eficiencia que adoptemos: el valor justicia es independiente, y en verdad superior a la eficiencia. Esto quiere decir que una situación social puede ser eficiente aunque injusta, y en ese caso no debe ser recomendada.

Según este desarrollo, una acción colectiva es anómica, en el sentido de ilegalidad “boba” que aquí nos interesa, si ella es menos eficiente que cualquiera otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma. Por supuesto, que la ineficiencia de una acción colectiva anómica no debe compararse con aquella en que se observara cualquier norma, ya que siempre puede haber normas que conduzcan a una situación todavía más ineficiente que la anomia. Hay anomia “boba” solo cuando la acción colectiva en cuestión 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. Una acción colectiva en que se observa alguna norma puede ser ineficiente pero no anómica. Y una acción en que no se observa ninguna norma pero no hay una norma asequible que condujera a una acción colectiva más eficiente para satisfacer los intereses de los participantes tampoco es anómica.

El hecho de que la observancia de una norma haga a la acción colectiva más eficiente que la acción, que podría darse en la misma situación, que no observa ninguna norma no quiere decir que la primera acción sea preferible a la segunda tout court: si bien la eficiencia es un valor, como dije es inferior al valor justicia, y la acción colectiva anómica puede ser más justa

o menos injusta que la que responde a ciertas reglas. Por otra parte, es obvio que el único valor que resulta perjudicado por la ilegalidad o la anomia no es la eficiencia: cuando la gente es masivamente torturada o muerta se violan sus derechos individuales y se comete contra ellos una gravísima injusticia, todo lo cual es mucho más serio que la posible ineficiencia de la acción colectiva resultante. Dado que la mayoría de las normas, especialmente las creadas por prescripciones, procuran establecer pautas de justicia y buena parte de las normas morales también pretenden expresar esas mismas pautas, si las normas en cuestión tienen éxito en reflejar principios válidos, su inobservancia generalizada constituye una frustración del valor justicia. Sin embargo, esto no será por lo general un tema de atención en este libro, sino indirectamente: si bien es cierto que la justicia no puede absorberse en la eficiencia, entre las preferencias que se ven frustradas por una acción colectiva ineficiente puede haber preferencias de justicia. Vale decir que cuando una acción colectiva es injusta seguramente esto tiene un impacto importante en su ineficiencia social.

Pero aquí debemos hacer una pausa para analizar una cuestión que parece afectar la validez de todo este desarrollo. Antes había dicho que el propósito de este trabajo es mostrar cómo ciertas situaciones de anomia o ilegalidad producen ineficiencia social que sin duda afectan el desarrollo de una comunidad. Sin embargo, en esta sección he postulado que hay un tipo de anomia, la que he llamado “boba” y que nos interesa especialmente en relación con la sociedad argentina, que implica necesariamente ineficiencia.

Hay todavía que hacer una nueva aclaración conceptual, a la que estará dedicada la próxima sección.

6. Anomia y Estado de Derecho

Como acabo de decir, el tipo de ilegalidad masiva o anomia “boba” que estamos circunscribiendo se distingue conceptualmente como una propiedad de acciones colectivas que se caracterizan por padecer de una ineficiencia que sería superada por la observancia de ciertas normas jurídicas, morales, religiosas, sociales, etc. Sin embargo, como veremos en el capítulo 3, el mismo tipo de ineficiencia se produce en situaciones en que se observan técnicamente normas jurídicas pero se deja de cumplir con un tipo de normatividad jurídica de nivel superior, que es lo que generalmente se denomina “estado de derecho” (como ocurre en muchos de los casos de desviaciones constitucionales en la Argentina).

La expresión “Estado de Derecho” tiene habitualmente un sentido laudatorio, ya que él satisface una serie de valores. No obstante, en este libro trataremos de hacer abstracción de ese sentido laudatorio, ya que nos interesan solamente ciertas propiedades de un Estado normativo que están relacionadas con la eficiencia. Como ya dije, si bien la eficiencia es un valor, no es un valor supremo, y debe ceder ante consideraciones de justicia. Es muy posible que una acción colectiva responda a esta normatividad superior que constituye el Estado de Derecho, y por lo tanto no sea ineficiente por apartarse de ella, y sea sin embargo sumamente injusta.

En este sentido el Estado de Derecho se caracteriza por las siguientes propiedades:[28]

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 (en la terminología de van Wright,[29] las normas deben ser “eminente generales”); esto quiere decir que los individuos

a los que la norma se aplica y la ocasión de tiempo y lugar en que las acciones deben o pueden ser realizadas deben ser identificados por propiedades genéricas y no por nombres propios o descripciones definidas.

Una norma que dice “los propietarios de bienes valuados en más de un millón de australes[30] deben pagar impuestos” es una norma general; no lo es, en cambio, una norma que dice “Pedro debe pagar impuestos” o “Quienes vivan en el Barrio Norte deben pagar impuestos”.

Las normas jurídicas deben tender a la universalidad. Esta característica está relacionada con la anterior, pero mientras aquella era de carácter eminentemente formal, esta es de índole sustantivo y hace referencia al hecho de que las normas jurídicas en un Estado de Derecho deben tender a ser aplicables a todos, no haciendo diferencias que no estén justificadas. Obviamente, la universalidad absoluta es imposible, aunque más no sea por la limitación territorial de un Estado moderno, pero el Estado de Derecho se maximiza en la medida en que las normas jurídicas fundamentales de ese Estado tienden a aplicarse a todos los habitantes.

Las normas jurídicas deben ser, en general, irretroactivas. Esto quiere decir que las normas deben aplicarse a acciones cuya ocasión temporal de ejecución sea posterior al momento de la promulgación de la norma. De nuevo, esto no se cumple totalmente ni aun en los estados de derecho más consolidados, pero la recurrencia a normas retroactivas debilita ese estado de derecho.

Las normas jurídicas deben ser estables, o sea, no deben estar sometidas a continuos cambios.

Las normas jurídicas deben ser públicas, o sea, conocidas o cognoscibles por todos.

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, las ambigüedades sintácticas y semánticas, las lagunas normativas, las contradicciones, etc.[31] De nuevo, la eliminación de las indeterminaciones normativas es, por una serie de razones, imposible, pero sí es posible reducidas en forma considerable.

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

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.

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.

Como se ve, estos requisitos del Estado de Derecho son compatibles con casi cualquier contenido y con casi cualquiera de las normas jurídicas. Las normas jurídicas que satisfacen las exigencias del Estado de Derecho pueden tener un contenido repudiable y pueden tener un origen absolutamente ilegítimo. Esto confirma lo que dije antes en el sentido de que el Estado de Derecho no garantiza por sí mismo valores supremos como la justicia o la legitimidad democrática.

El Estado de Derecho está de cualquier modo relacionado con ciertos valores. Ellos son los de la seguridad, la predecibilidad de las reacciones estatales y sociales, el orden. Estos valores son importantes ya que sin ellos no puede materializarse una sociedad justa. Sin embargo, son valores secundarios al valor justicia. Una organización atroz, como la de un campo de concentración nazi, puede ser ordenada y previsible, pero no por ello tiene algo que la haga recomendable.

El hecho de que el Estado de Derecho esté relacionado con los valores indicados y la hipótesis de que el mismo tipo de ineficiencia que se da con la ausencia completa de normas ocurre cuando se produce la ausencia de este tipo de normatividad superior hace suponer que los valores como la previsibilidad, la seguridad, el orden están asociados con la eficiencia. Ello como veremos en el capítulo 3 es efectivamente así y es lo que justifica que extendamos el concepto de anomia “boba” no solo para referirnos a las situaciones de inobservancia normativa que generan una acción colectiva ineficiente sino también a las situaciones en que esa ineficacia se debe a la observancia de normas especiales, o particulares, o secretas, o retroactivas, o cambiantes, o aplicadas arbitrariamente.

Todavía resta completar la noción de anomia “boba” analizando algunos rasgos del comportamiento que consiste en observar normas.

7. Clases de comportamientos contrarios a las normas

Robert Merton sostiene:

En realidad, mi hipótesis central es que la conducta anómala puede considerarse desde el punto de vista sociológico como un síntoma de disociación entre las aspiraciones culturales prescriptas y los caminos socialmente estructurados para llegar a dichas aspiraciones.[32]

Esta idea de que la anomia se genera a partir de una disociación entre ciertos fines culturales, como el deseo de ganar dinero, y las normas sociales que establecen procedimientos institucionales para alcanzar esos fines es útil porque permite distinguir diferentes tipos de comportamientos hacia las normas. El propio Merton distingue diferentes modos de adaptación individual frente a las metas culturales y a los medios institucionalizados para alcanzarlos: la conformidad, que consiste en aceptar unos y otros; la innovación, que consiste en aceptar los fines pero no las normas; el ritualismo, que consiste en aceptar las normas pero no las metas culturales; el retraimiento, que consiste en no aceptar ni las metas ni las normas; y la rebelión, que consiste en repudiar ciertas metas y normas y proponer su reemplazo por otras.

En realidad, a los efectos de este estudio se necesita una clasificación algo diferente del comportamiento frente a las normas. Creo que es necesario distinguir entre dos tipos de metas o fines: por un lado, los fines que una norma social sirve (“fines normativos”), sea que hayan sido explícitamente formulados al prescribirse originariamente la norma o no; y, por otro lado, otros fines que los individuos persiguen, sean egoístas o altruistas y sean o no compartidos por otros individuos y cuya persecución resulta limitada por la norma en cuestión (“fines normados”).

Estos elementos nos permiten distinguir cuatro situaciones según se realice o no la conducta prescripta por la norma y se acepten o no los fines normativos, de acuerdo con el cuadro siguiente:

Comportamientos hacia normas	Realización conducta prescripta	Adopción de fines normativos
Lealtad normativa	+	+
Comp. finalista	-	+
Comp. formalista	+	-
Rechazo normativo	-	-

El comportamiento que podríamos llamar “normativamente leal” consiste en observar las normas en persecución de los fines normados, tomando en cuenta, en la interpretación y aplicación de la norma, los fines normativos. Así como en toda persona razonable hay cierto balance que debe hacerse entre los fines normados y los fines normativos –si la persona atiende solo a los fines normativos se convierte en una especie de legalista fanático–, también hay un balance que hacer entre la observancia de la norma y el respeto a los fines normativos. Por más que los fines normativos determinan la interpretación y el alcance de aplicación de la norma y por lo tanto hasta cierta medida el contraste anterior no puede darse, hay veces que el sentido que tiene la norma de acuerdo con cualquier criterio razonable es contrario al determinado por el fin alegado para justificar la norma en cuestión.

En los restantes casos, falta o bien la observancia de la norma o la adhesión a los fines normativos o ambos. El primero de estos casos se da cuando hay un rechazo normativo total ya que no se realiza la conducta prescrita por la norma y no se aceptan tampoco los fines normativos. Ello puede ocurrir por motivos altruistas, ya que el agente tiene otros fines sociales que juzga más valiosos y cree que deben ser satisfechos a través de otras normas, o puede estar determinado por motivos de autointerés, cuando el agente tiene fines normados egoístas que pretende hacer prevalecer sobre los fines normativos mediante conductas contrarias a la exigida por la norma.

El segundo tipo de casos de deslealtad con una norma se da cuando el agente adhiere a los fines normativos pero pretende satisfacerlos a través de una conducta diferente a la prescrita por la norma. Este tipo de comportamiento es generalmente demostrativo de una actitud finalista que presupone que los fines sociales se obtienen con solo quererlos, independientemente de lo que sea probable que hagan los demás y de lo que se haya prescripto socialmente como el medio apto para alcanzar los fines en cuestión.

El tercer tipo de casos se da cuando se realiza la conducta prescrita por la norma pero se desconocen los fines normativos. Estos son los casos más comunes e interesantes en la anomia “boba”, y representan en general una actitud formalista. Una clase de esos casos es el comportamiento ritualista, en el que se observa la norma ignorando los objetivos que ella sirve, aun cuando ellos resulten frustrados. Otra clase de casos de observancia de normas ignorando sus fines normativos es el comportamiento chicanero, el que se aprovecha de los intersticios de las normas para satisfacer fines normados aun cuando ello frustre los fines normativos. Estos comportamientos distinguen típicamente a la conducta burocrática: el burócrata idiosincrático suele adherir en forma ritualista a la norma sin ninguna consideración a los fines por la que ella fue dictada, sea porque toma a la norma como un fin en sí misma –comportamiento ritualista– o como un medio para fines diferentes a los normativos, como su lucro personal o el ejercicio de poder sobre los administrados –comportamiento chicanero–.

La anomia se constituye con la generalización en el grupo social relevante de cualquiera de las tres variedades de comportamiento que no expresan lealtad hacia las normas. Pero en especial son generadores de anomia “boba” tanto el comportamiento finalista, que ignora normas sociales en busca de la materialización de fines cuya persecución ellas limitan, fines que pueden ser socialmente valiosos y aun puede tratarse de los mismos fines que las normas procuran promover, como el comportamiento formalista, que observa normas sociales pero ignorando los fines que ellas se proponen servir. El comportamiento de lealtad a las normas que evita la anomia “boba” es

un comportamiento procesalista que se abstiene de perseguir fines valiosos si no es a través de los procedimientos que las normas prescriben, pero que interpretan el sentido y alcance de las normas de acuerdo con los fines que se supone son servidos por ellas.

De modo que la ilegalidad masiva que será objeto de estudio no consiste solo en un comportamiento externo hacia las normas sino en una actitud hacia ellas. Es la combinación de acciones externas de inobservancia normativa generalizada o recurrente con ignorancia de los fines que las normas persiguen –fenómenos que se pueden dar en forma disyunta, o sea, falta de realización de la conducta prescripta con adhesión a los fines normativos o falta de adhesión a los fines normativos no obstante la realización de la conducta prescripta–, lo que genera la ineficiencia que constituye la situación de anomia “boba”.

8. Cuestiones metodológicas

Este estudio sobre un tipo de anomia, y en especial un tipo de ilegalidad, en la Argentina se mueve en un área de convergencia entre el derecho, la filosofía y la sociología.

El trabajo tiene una dimensión jurídica en cuanto procura analizar factores internos al sistema jurídico que conducen a su propia inobservancia e intenta proponer mecanismos legales para superar situaciones de anomia, y especialmente de ilegalidad, involucradas en el subdesarrollo argentino.

La dimensión filosófica está dada por el intento de comprensión de los problemas de racionalidad que se plantean en situaciones de interacción social y su superación a través de normas.

La relevancia sociológica del trabajo está constituida por la propuesta de hipótesis sobre la relación causal entre situaciones de inobservancia normativa y estados de ineficiencia social. Afortunadamente para quienes no somos sociólogos profesionales y no tenemos proclividad para las investigaciones empíricas es posible ahora utilizar, como lo haré en el capítulo 3, conclusiones de la teoría de los juegos para inferir la generación de ciertos efectos sociales a partir de estructuras de interacción social, con la presuposición de relativamente escasos datos empíricos. En efecto, partiendo de ciertos presupuestos sobre la racionalidad, conocimiento y preferencias de los actores –que pueden ser hipotéticos– es posible mostrar que ciertos resultados son la consecuencia lógica de la estructura de interacción que aquellos datos determinan.

La comprensión de las estructuras lógicas de la acción colectiva, de cómo algunas de esas estructuras presentan problemas de cooperación que conducen a resultados ineficientes, y del papel que juegan las normas para resolver esos problemas ha sido uno de los principales factores que ha permitido a las ciencias sociales superar el escepticismo, que tiene sin duda

origen en el marxismo, sobre la relevancia del derecho y de las normas en general para explicar la generación causal de fenómenos sociales. Frente a la concepción de que las normas son simplemente emergentes de relaciones sociales y económicas –como las de producción–, el análisis de la estructura de la interacción social nos permite advertir el papel determinante de esa estructura que juegan las normas sociales o su ausencia.

De este modo, se puede mostrar en relación con el caso argentino que si es cierto que se da un desconocimiento generalizado de normas en acciones colectivas que responden a ciertas estructuras formales, se siguen necesariamente resultados ineficientes.

Dado que ni siquiera es necesario probar que esa inobservancia normativa se da efectivamente, sino que basta postularla como hipótesis para luego mostrar qué se seguiría de ella en términos de ineficiencia social involucrada en el subdesarrollo, este tipo de enfoque se presta idealmente para desarrollar una cómoda “sociología de sillón”.

Este enfoque, que es a la vez especulativo e iluminador sobre características de sociedades reales, es el que se procura encarar a partir del capítulo 4. Pero en los próximos dos capítulos se intentará, supererogatoriamente, arrimar algunos datos empíricos sobre la anomia argentina, de modo que los presupuestos del examen formal del resto del libro sean algo más que postulados hipotéticos.

En lo que sigue, prescindiré de aclarar permanentemente que el tipo de anomia en general y de ilegalidad en especial que constituye el objeto de estudio de este libro es la variedad que he llamado “boba” puesto que implica ineficiencia social, de la índole que está asociada con el subdesarrollo. Es muy posible que haya otras variedades de ilegalidad, como la que determina la violencia urbana muy común en otros medios, respecto de la cual la Argentina no constituya un caso prominente y hasta constituya un ejemplo positivo por contar con índices relativamente bajos de esa variedad de ilegalidad.[33] Sin embargo, ese no es el tipo de ilegalidad del que este libro se ocupa, sino, para decirlo una vez más, la ilegalidad o anomia que produce una frustración colectiva, aun de los propios autores de actos ilegales, y, por lo tanto, contribuye al estado de insatisfacción asociado con el subdesarrollo argentino.

[6] Después de haber escrito este capítulo, advertí que el mismo chiste es usado por Adrián Guisarri en el libro citado en el capítulo 3. Estuve a punto de eliminarlo por esa razón –ya que no hay peor chiste que el chiste repetido–, pero decidí dejarlo porque su reiteración demuestra algo de cómo los argentinos vemos nuestra realidad.

[7] Véase Carlos Waisman, Reversal of Development in Argentina. Postwar Counterrevolutionary Policies and their Structural Consequences, New Jersey, Princeton University Press, 1987.

[8] Véanse estos datos en ibíd., pp. 9 y 7.

[9] En manifestaciones verbales citadas por Waisman, en ibíd., p. 4.

[10] Véase ibíd., p. 108.

[11] Véase David Rock, Argentina 1516-1981, Los Ángeles, University of California, 1981.

[12] Véase Promises of Development. Theories of Change in Latin America (1986).

[13] Véase La ética protestante y el espíritu del capitalismo (trad. de Luis Legaz Lacambra), Madrid, Sarpe, 1984, p. 109 y ss.

[14] Véase “Values, Education and Entrepreneurship”, en Theories of Change in Latin America, ob. cit., pp. 39, 41-43.

[15] Véase Reversal of Development in Argentina, ob. cit., p. 97 y ss.

[16] Véase La sociedad abierta y sus enemigos (trad. de Eduardo Loedes), Buenos Aires, Paidós, 1985.

[17] Véase mi libro Fundamentos de derecho constitucional, Buenos Aires, Astrea-Depalma, 1992.

[18] Véase Jorge Sabato y Jorge Schvarzer, “Funcionamiento de la economía y el poder político en la Argentina: Trabas para la democracia”, en A. Rouquié y J. Schvarzer (comps.), ¿Cómo renacen las democracias?, Buenos Aires, Emecé, 1985.

[19] Véase mi trabajo “El voto obligatorio”, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, Reforma constitucional. Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

[20] Véase mi libro Ética y derechos humanos, Buenos Aires, Astrea, 1989, cap. 8.

[21] Véase “La supervivencia del presidencialismo en Estados Unidos: Prácticas paraconstitucionales”, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, Presidencialismo vs. parlamentarismo, Buenos Aires, Eudeba, 1988.

[22] Véase esta clasificación en mi libro Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1980.

[23] Véase ob. cit., p. 32.

[24] Véase La ética protestante y el espíritu del capitalismo (trad. de J. Chávez Martínez), Buenos Aires, Premia, 5ª ed., 1979.

[25] Véase “Prefacio de la segunda edición”, en De la división del trabajo social (trad. de C. G. Posada), Barcelona, Planeta-Agostini, 1985, p. 4.

[26] Íd.

[27] Véase, por ejemplo, John L. Mackie, The Cement of the Universe, Oxford, Oxford University Press, 1974, cap. 11.

[28] Véase Joseph Raz, La autoridad del derecho (trad. de R. Tamayo), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

[29] Véase Norma y acción. Una investigación lógica (trad. de P. García Ferrero), Madrid, Tecnos, 1970.

[30] Denominación monetaria vigente al momento de escribir este libro. [N. de E.]

[31] Véanse estos problemas en mi libro Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1980 (Barcelona, Ariel, 1984).

[32] Véase Teoría y estructura sociales, México, FCE, 1964.

[33] Dicha afirmación, descripta por el autor, tiene vigencia al momento de escribirse este libro. [N. de E.]

Apéndice del capítulo 1

Circularidad causal

La explicación causal de la reversión del desarrollo argentino puede tener cierta circularidad. Por ejemplo, si simbolizamos con “R” esa reversión, ella puede haber tenido originariamente como causas los factores A, B y C, los que tenían entre sus múltiples causas el fenómeno I, y los que, además de producir R, produjeron en conjunto con E y F una potenciación de I, 2I, el que combinado con J y K, además del mismo R, potenció a este último factor, produciendo 2R, etc. “I” podría bien simbolizar la tendencia a la anomia o a la ilegalidad de la sociedad argentina y la secuencia anterior implicaría que entre otros factores ella estuvo subyacente a la generación causal de la involución argentina, que esta misma involución junto a su vez con otros factores potenció esa tendencia a la ilegalidad, que tal tendencia potenciada a la ilegalidad, combinada nuevamente con otros factores, potenció a su vez la involución económica y social, y así sucesivamente.

Diferentes clases de normas y complicaciones en su definición

En el texto solo se mencionan dos sentidos de “norma”, pero, en realidad, hay al menos cuatro que son relevantes. Como vimos, un primer sentido de “norma” hace referencia a un juicio o proposición que predica de una acción que debe, no debe o puede hacerse, y que por lo tanto sirve para justificar o descalificar la acción en cuestión. En este sentido, una norma es una entidad ideal –como lo son los juicios o proposiciones en general– que constituye una razón justificatoria de una acción o decisión. Cuando un juez

justifica condenar a una persona a prisión sobre la base de una norma que dice que todo el que mata debe ir a la cárcel, está recurriendo a una proposición normativa, ya que solo sobre la base de ella se puede justificar una acción o decisión.

Un segundo sentido de “norma” se refiere a una prescripción, o sea, al acto lingüístico consistente en formular una norma en el sentido anterior, o sea, un juicio o proposición deóntica, con la intención de que el hecho de la formulación –tomando en cuenta quién lo ejecuta (alguien, por ejemplo, que tiene legitimidad para hacerlo o tiene poder para aplicar sanciones en caso de incumplimiento), y en qué circunstancias lo hace– sirva de parte de las razones de los destinatarios para realizar la acción que el juicio normativo prescripto califica como debido.

Un tercer sentido de “norma” hace referencia a un texto escrito que es resultado de un acto lingüístico como el referido por el sentido anterior. Este es el sentido que usamos cuando decimos que una cierta norma puede ser objeto de diversas interpretaciones.

Un último sentido de “norma”, que también vimos en el texto, alude a una regularidad de conductas y actitudes de elogio frente a las conductas que mantienen esa regularidad y de crítica ante las que se desvían de ellas que implican la adhesión a una proposición o juicio deóntico como el referido por el primer sentido. Esta regularidad puede haberse generado por un acto lingüístico como el aludido por el segundo sentido de “norma”, el que a su vez pudo o no haberse concretado en un texto escrito como el referido por el tercer sentido; pero también la regularidad de conductas y actitudes que constituye este cuarto sentido de “norma” pudo haberse generado espontáneamente sin que haya habido tal prescripción previa.

Como se ve, los cuatro sentidos de “norma” que he distinguido están íntimamente relacionados entre sí, pero son muy diferentes, aun desde el punto ontológico y es muy importante, para evitar confusiones, saber con cuál de ellos estamos usando la expresión “norma” (o “regla”, o “ley”).

En cuanto a las clases de normas que pueden distinguirse, empleando el cuarto sentido de la expresión “norma”, también las cosas son más complicadas de como fueron presentadas en el texto.

Puede resultar extraño que hablemos de normas jurídicas en el cuarto sentido de “norma” que alude a prácticas sociales ya que hay una cierta tendencia a concebirlas como prescripciones o actos de promulgación por parte de cierta autoridad. Sin embargo, hay normas jurídicas que nunca han sido prescriptas, como son las normas jurídicas que se originan en la costumbre o en la jurisprudencia de los tribunales. Por otra parte, si una prescripción es relevante como norma jurídica es porque hay una práctica social de obediencia a la autoridad que la dictó –lo que H. L. A. Hart[34] llama “regla de reconocimiento”– que permite predecir que la prescripción en cuestión dará origen a una regularidad de conductas y actitudes aunque todavía no lo haya hecho. De modo que también las normas jurídicas solo interesan en contextos explicatorios si las concebimos como prácticas sociales.

Pero si una norma jurídica es una práctica social, como lo es también una norma puramente social o una norma moral positiva, ¿qué es lo que la distingue específicamente como tal? Respuesta: la razón de por qué adoptamos la conducta o actitud que es objeto de la regularidad en cuestión. Pero, ¡un momento!, si he dicho antes que en el caso de todas las normas la razón para adoptar la conducta o actitud que es objeto de la regularidad es siempre un cierto juicio o proposición deóntica. Alguien como Kelsen[35] podría sostener que las normas jurídicas se distinguen, en parte, por el contenido de tal proposición deóntica. Él decía que se trataba de una norma jurídica cuando la conducta que la norma califica como debida o permitida es un acto coactivo, una sanción. Esta respuesta de Kelsen es generalmente rechazada por el hecho de que hay normas jurídicas que no disponen sanciones y hay muchos juicios que estipulan que una sanción debería aplicarse y cuya adhesión a él no constituye una norma jurídica. Si esta respuesta no es válida, la que resta es la siguiente: una regularidad de conductas y actitudes del grupo social relevante constituye una norma jurídica si la razón por la que adoptamos la razón constituida por el juicio deóntico que justifica las conductas y actitudes es que él es generalmente reconocido por quienes tienen acceso al aparato coactivo estatal. Esto parece muy complicado pero es muy simple: no basta con que justifiquemos nuestras conductas y actitudes que son parte de una regularidad en una proposición que dice que algo debe hacerse para que esta constituya una norma jurídica; ello es característico de toda norma concebida como

práctica social. Para distinguirla como norma jurídica debemos ir más allá y averiguar la razón por la que adoptamos la razón anterior: solo si esa razón es que el juicio deóntico en cuestión es generalmente reconocido por quienes tienen acceso al aparato coactivo estatal, diremos que se trata de una norma jurídica. Esto es así porque en efecto hay una relación esencial entre las normas jurídicas y el hecho de que ellas estén respaldadas por sanciones jurídicas y regulen de manera directa o indirecta la aplicación de tales sanciones, las que a su vez se distinguen por constituir el ejercicio del monopolio coactivo del Estado. También hay una relación esencial entre las normas jurídicas y su reconocimiento por quienes pueden poner en movimiento ese aparato coactivo en casos particulares, que son generalmente los jueces. Muchas veces tenemos aparentemente en cuenta si el juicio normativo que constituye la razón de la acción o actitud, que es parte de la regularidad en que la norma jurídica consiste, fue prescripto por un legislador. Pero al legislador lo reconocemos como tal por el hecho de que los juicios normativos que él prescribe son reconocidos por quienes tienen acceso al aparato coactivo estatal, por lo tanto, lo que en definitiva es relevante es esta última propiedad.

Para resumir, entonces, una norma jurídica, o una ley en sentido amplio, se identifica en un contexto sociológico, como en el que nos interesa describir y explicar el fenómeno de la anomia, como una regularidad de conductas y actitudes de la sociedad que manifiestan adhesión a pautas de comportamiento aceptadas por el hecho de ser reconocidas por los jueces, o de ser prescriptas por aquellos a quienes los jueces reconocen.

Obviamente las normas sociales también deben consistir en regularidades de conductas y actitudes justificadas sobre la base de juicios sobre lo que debe, no debe o puede hacerse. Como en el caso de las normas jurídicas, su diferencia específica debe residir en la razón por la cual es adoptada la razón que justifica las conductas y actitudes que constituyen la regularidad.

Debemos distinguir las normas morales de las normas prudenciales, que, de nuevo bajo este concepto de norma, también son regularidades de conductas basadas en juicios normativos que se aceptan por su verdad o validez. La diferencia yace aquí en el presupuesto de que estas últimas normas están en función de la maximización de los intereses del agente, mientras las normas

morales lo están en función de la consideración imparcial de los intereses de todos los involucrados.

Las normas técnicas se distinguen porque los juicios normativos en los que se basan las conductas y actitudes que conforman la regularidad de comportamiento no determinan el deber categórico de realizar cierto comportamiento, sino que condicionan lo que debe hacerse a la voluntad de alcanzar cierto fin. Se podría sostener que las reglas técnicas no son verdaderas normas ya que los juicios que constituyen la razón para las acciones y actitudes en realidad describen una relación causal entre medios y fines.

Las reglas técnicas se parecen por su parte a las reglas conceptuales o lingüísticas, que establecen las propiedades que hay que tener en cuenta para el empleo de cierto concepto o de la expresión con que designamos ese concepto.

Si estuviéramos preocupados por contextos justificatorios deberíamos aclarar que, si dejamos de lado las reglas técnicas o conceptuales, que tienen un dudoso carácter normativo, ninguna conducta o actitud que conforma la regularidad constitutiva de las demás normas, jurídicas, sociales o religiosas, puede justificarse exclusivamente sobre la base de las razones que las distingue como tales –su reconocimiento por los jueces, su reconocimiento por los demás miembros del grupo social, su prescripción o reconocimiento por una deidad– ya que ellas constituyen meros hechos y como tales no pueden servir como razones últimas de acciones o decisiones. Esto quiere decir que estas razones que distinguen a las normas jurídicas, sociales o religiosas deben en última instancia apoyarse en razones ulteriores que no sean reducibles a meros hechos, como las razones distintivas de las normas morales y prudenciales. En otras palabras, las normas jurídicas, sociales y religiosas deben fundarse en juicios normativos morales o prudenciales. Por razones que no puedo explicar aquí,[36] a su vez una conducta o decisión que afecta intereses de terceros no puede justificarse en un juicio prudencial cuando está en conflicto con un juicio moral. Pero repito que nuestro interés aquí no es justificatorio sino explicatorio del fenómeno social de la anomia.

La existencia de normas

A la objeción de que la anomia no está dada por la mera inobservancia de normas se podría replicar que la anomia está dada por la inobservancia de las normas que existen en una cierta sociedad. Pero esta réplica es curiosa puesto que hemos dicho que en contextos explicatorios una norma se identifica con una práctica social, y por lo tanto una norma no generalmente observada es una norma inexistente.

Cuando se habla de una norma existente que no es observada, se emplea una noción de norma como prescripción. Sin embargo, hemos visto que las prescripciones relevantes desde el punto de vista explicatorio son las emitidas por aquellos respecto de los cuales, como diría John Austin,[37] existe “el hábito general de obediencia”. Si la prescripción no genera una práctica de observar el juicio normativo que ella prescribe, ello implica que no hay tal hábito general de obediencia hacia el legislador que la emitió. No obstante, es cierto que hay casos que resultan problemáticos: puede haber una relativa práctica social de reconocimiento hacia ciertas autoridades, que sin embargo no se da respecto de algunas o muchas de sus prescripciones. Se podría decir que en este caso se da una situación típica de anomia. Pero no siempre esto es verdad: es posible que la población e incluso los encargados de aplicar sanciones por incumplimiento desconozcan sistemáticamente cierto tipo de normas, en cuyo caso es como si se hubiera derogado el poder de las autoridades para legislar sobre esas cuestiones sin que por ello haya anomia. O supongamos que sea un sector social definido o la población de un cierto territorio la que desobedezca sistemáticamente a determinadas autoridades; esto sería un caso de rebelión o de secesión pero no necesariamente un caso de anomia.

Hay una respuesta simple para estos problemas y otra más compleja que es la que se ensaya en el texto. La respuesta simple es que la ilegalidad que nos interesa circunscribir, si bien es un fenómeno generalizado y masivo en una sociedad como la argentina, y no constituye un hecho excepcional, no alcanza, de cualquier modo, la extensión necesaria para implicar que las normas que se desobedecen han desaparecido. Es posible que mientras

amplios sectores de la sociedad desconozcan una cierta norma, otros la obedezcan, y que varíen los sectores que obedecen o desobedecen las leyes de acuerdo con la norma de que se trate. Por otra parte, la mayoría de los individuos que desobedecen ciertas normas emitidas por cierta autoridad obedecen otras de las prescriptas por ella, de modo que es posible predicar de ellos un hábito general de obediencia a la autoridad en cuestión, no obstante que muchas de sus normas son desobedecidas por porciones importantes de sus destinatarios. También puede ocurrir que la desobediencia que se traduce en ciertos actos opuestos a los que las normas requieren esté acompañada de actitudes de reconocimiento de la autoridad como legítima (recordemos de nuevo el eslogan “la ley se acata pero no se cumple”), actitudes que pueden determinar la existencia de la norma desobedecida.

[34] [Véase El concepto de derecho \(trad. de G. R. Carrió\), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.](#)

[35] [Véase, por ejemplo, su Teoría pura del derecho \(trad. de R. J. Vemengo\), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, 2ª ed.](#)

[36] [Véase El constructivismo ético, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, cap. 2.](#)

[37] [Véase The Province of Jurisprudence Determined, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1971.](#)

2. La anomia en la vida institucional de la Argentina

En este capítulo y en el siguiente me propongo exhibir solo algunos datos que demostrarían la hipótesis de que en los grados de ilegalidad y anomia en la Argentina, sobre todo en la modalidad que he denominado “boba”, son de magnitud considerable.

Como dije, no es el propósito principal de este libro defender la tesis categórica de que las acciones colectivas que se ejecutan en la sociedad argentina exhiben un importante grado de inobservancia normativa. Aunque creo que la anomia argentina es evidente, me interesa centralmente mostrar que si fuera cierto que se da tal inobservancia masiva de normas jurídicas, morales, sociales, etc., ella generaría una ineficiencia social, característica de la anomia, que forma parte del fenómeno del desarrollo truncado del país. Sin embargo, como adelanté, en este capítulo voy a mostrar algunos ejemplos que parecen confirmar la hipótesis de la existencia de grados considerables de anomia.

En este capítulo me propongo tratar breve y superficialmente el incumplimiento de normas en la vida institucional del país. Para dar una somera idea de la profundidad del fenómeno voy a hacer, primero, una sucinta referencia a manifestaciones de anomia institucional a lo largo de nuestra historia, y, luego, voy a analizar brevemente ciertos desequilibrios institucionales que se dan recurrentemente en nuestra estructura de gobierno.

1. Una historia fuera de la ley

Hay dos rasgos de la vida colonial de lo que luego sería la Argentina que los historiadores insisten en destacar.

Uno de esos rasgos es la importancia que tuvo el contrabando en el crecimiento de Buenos Aires y del Río de la Plata en su conjunto, con lo que se rompió el monopolio del comercio que España, bajo los Austrias, imponía a sus colonias. David Rock describe así el fenómeno:[38]

Desde fecha temprana el comercio de contrabando debilitó los lazos económicos entre los territorios del Plata y el Perú y fortaleció la conexión entre aquellos territorios y la economía atlántica. El vuelco dio a Buenos Aires el punto de acceso de los comerciantes extranjeros, un rol crucial en la economía emergente. A medida que el intercambio con los portugueses se incrementó, buena parte de la plata acopiada a partir del comercio con Potosí se desvió a Buenos Aires en vez de revertir hacia Lima. Mediante la canalización del contrabando hacia consumidores del interior, la ciudad se desarrolló como un centro de distribución, adquiriendo para sí una participación en la riqueza obtenida del tributo de los indios y del comercio interno con el Alto Perú.

El segundo rasgo de la vida colonial era común a toda la América española, y consistía en la franqueza con que la ley impuesta por las autoridades de la metrópolis era violada por los funcionarios locales. José I. García Hamilton[39] ejemplifica esta tendencia mencionando la actitud de Hernán Cortés cuando la Junta de Valladolid le ordenó que no se hicieran reparticiones de indios: con el argumento de que si habían hecho tantos sacrificios era precisamente para obtener ese tipo de beneficios, alzó sobre su cabeza la Real Cédula en signo de acatamiento, anunciando que “se

acata, pero no se cumple”, con lo que, según el autor mencionado, se iniciaba la singular institución de la “desobediencia legal” que refleja el alma de la colonización hispánica.

José Luis Romero describe así[40] esta actitud frente a la ley que se implantó en la época de la colonia y que, como luego veremos, se proyectó hasta nuestros días:

También se constituyó en los núcleos urbanos una moral sui generis. La fuerza del Estado actuaba allí más directamente y presentaba más de cerca el fantasma de la autoridad real; pero también allí las circunstancias hicieron que la autocracia del monarca se transfigurara en una autocracia de los ejecutores de su voluntad, en secreto acuerdo muchas veces con la oligarquía peninsular. Un clero armado con armas de la Contrarreforma daba a aquella autoridad un sólido respaldo teológico, pero aun contra ellos se movía la realidad. Ni la voluntad real ni las leyes y ordenanzas en que ella se concretaba recibían otro testimonio que el de la rendida sumisión; pero ni la voluntad real ni las leyes podían contra la miseria y el hambre, contra el apetito de riquezas, contra la irritación que causaba la medianía en quien había acudido a América para triunfar y salir de pobre. Autoritario en su concepción política y autoritario en su concepción familiar, el español violaba las leyes que coaccionaban sus apetitos, con audacia aunque con la máscara de la sumisión... de este modo cuajó una concepción autoritaria del poder público que, conteniendo la libre iniciativa, forzaba a esta a desenvolverse al margen de la ley.

También Julio Mafud[41] enfatiza las raíces históricas de la tendencia argentina a despreciar la ley. Refiriéndose a la época colonial, dice:

Existía violentamente la separación del hecho y la ley. España trataba de ensayar de algún modo en sus dominios algún régimen legal. Pero los

hechos proliferaban independientes de la ley y de la justicia que fluctuaban en las fronteras limítrofes de la teoría y los deseos...

Vinculando este rasgo con el anterior del contrabando, dice este autor que durante esa época, Buenos Aires se convirtió en una comunidad de contrabandistas alevosos, y que hasta su primer gobernador, Diego de Góngora, se dedicaba abiertamente a esa actividad. Cita a Agustín García para afirmar que, por el contrabando, desde el alto empleado hasta el esclavo vivían en una atmósfera de mentiras, fraudes y cohechos. “Por tal causa, en la ciudad y en la campaña, los habitantes comienzan a educarse en el desprecio de la ley y la justicia”. [42]

Por cierto que esta ligereza hacia las instituciones y el derecho, que contrasta notoriamente con la de los puritanos que colonizaron el norte del continente, se traspasó a las primeras décadas de la independencia.

En los Estados Unidos, la independencia fue seguida solo once años después por la sanción de la Constitución definitiva de la nación, que solo fue quebrada cuando estalló la guerra civil provocada por conflictos irresueltos, fundamentalmente el de la esclavitud. En la Argentina, la guerra civil irrumpió casi inmediatamente después de la declaración de la independencia, y la Constitución definitiva que puso fin a esa guerra civil, luego de la batalla de Pavón, recién se dictó medio siglo después de la independencia del país.

Esa guerra civil tenía como eje central el conflicto de intereses entre la provincia de Buenos Aires, y sobre todo la ciudad de Buenos Aires, y el resto de las provincias del interior del país, aunque a este conflicto se le sobrepuso el conflicto ideológico entre liberales y conservadores. Fue evidente el fracaso de buscar arreglos institucionales y jurídicos que conciliaran estos diversos intereses e ideologías y dieran garantías de su respeto mutuo.

Así, después de ser invitados a participar de la Primera Junta de gobierno, los diputados provinciales solo pudieron ingresar a ella luego de la renuncia de Mariano Moreno, que resistía ese ingreso temiendo (con algo de razón)

las actitudes contrarrevolucionarias que campeaban en muchas de las provincias. Después de esa incorporación, el grupo partidario de Moreno, muerto ya este, recuperó el poder y modificó la estructura de gobierno. Se creó el Triunvirato (detrás del cual ejercía su influencia Rivadavia), el que luego disolvió la Junta Grande y las juntas provinciales.

En julio de 1812 ocurrió el primer intento de golpe de Estado de nuestra historia como nación independiente liderado por Martín de Álzaga y fue reprimido sanguinariamente. El 8 de octubre de ese mismo año estalló un segundo golpe que depuso al primer Triunvirato, que fue reemplazado por el segundo. Este convocó a una Asamblea General Constituyente. Pero esta tentativa de institucionalizar el poder fracasó –no obstante la obra fundamental de la Asamblea en materia de derechos individuales– cuando el cuerpo rechazó las credenciales de los diputados de la Banda Oriental inspirados por José Gervasio Artigas, que sostenían posiciones decididamente federalistas y democráticas.

Basta recordar estos acontecimientos de los primeros tres años de la independencia del país para advertir cómo se generó una dinámica de interacción entre los grupos dominantes de Buenos Aires y del interior. Tales grupos, al buscar satisfacer al máximo sus intereses e ideologías, en vez de aceptar un esquema normativo que los conciliara (la fórmula conciliatoria del poder central con las autonomías locales de la Constitución estadounidense ya era suficientemente conocida), terminó frustrando radicalmente esos intereses e ideologías: se perdió exactamente medio siglo para institucionalizar, integrar y desarrollar el país, medio siglo en el que se produjeron la desmembración, contraproducente para todas las partes involucradas, de parte del territorio patrio, una anarquía violenta –que tuvo picos como el del día de la muerte de Belgrano en el que hubo tres gobiernos en Buenos Aires–, y una dictadura retrógrada y sanguinaria. Como dice un diálogo patriótico de Hidalgo:[43]

¿Qué ventaja hemos sacado?

Las diré con perdón.

Robarnos unos a otros,
Aumentar la desunión;
Querer todos gobernar,
Y de faición en faición,
Andar sin saber que andamos.

Observemos la diferencia con los Estados Unidos: en ese mismo medio siglo, sobre la base de un marco institucional estable y reconocido, en ese país se fue conformando una estructura económica y social de gran apertura y dinamismo; el proceso fue interrumpido por la guerra civil que condujo a la reconstrucción institucional casi al mismo tiempo que en la Argentina se daba por primera vez la organización nacional.

Si analizamos esos cincuenta años desde el punto de vista de los comportamientos normativos, advertiremos cómo esa dinámica de interacción autodestructiva estuvo generada por dos actitudes diametralmente opuestas pero igualmente irracionales. Por un lado, incidieron las actitudes de quienes, como Rivadavia, querían forzar sobre la realidad del país constituciones centralistas obviamente inadecuadas, como las de 1819 y 1826, asumiendo que las normas tendrían un efecto mágico sobre costumbres, tradiciones, intereses y núcleos de poder arraigado. Por otro lado, la dinámica autodestructiva estuvo también determinada por actitudes de quienes, como Rosas, exhibían un escepticismo absoluto sobre el poder estructurador de las normas, llegando a llamar sarcásticamente a la Constitución “ese cuadernito”. [44] Reiteradamente se negaba a institucionalizar el país, oponiéndose, por ejemplo, en forma explícita a la convocatoria del congreso que el Pacto Federal de 1831 obligaba a reunir. [45]

En verdad no era fácil confiar, dados los antecedentes del país, en la capacidad transformadora de las normas –suponiendo que la transformación

y no la conservación del statu quo fuera la intención, lo que no era obviamente así en el caso de Rosas—.

Uno de los casos más demostrativos de los devastadores efectos sociales del incumplimiento de las normas fue la desvirtuación de la Ley de Enfiteusis de 1826, con la que Rivadavia se proponía promover la colonización de tierras por inmigrantes y la promoción del comercio, con un desplazamiento de las cargas impositivas desde esta última actividad a la explotación agraria.

Vale la pena ver este ejemplo con un poco más de detalle, dados los profundos efectos que la desnaturalización de la Ley de Enfiteusis tuvo sobre la constitución de una estructura económica cerrada en el país, frustrando los propósitos de su promotor: en 1822, Bernardino Rivadavia, como ministro de Martín Rodríguez, prohibió por un decreto la venta de tierras públicas por constituir ellas la reserva para hacerse de recursos frente a necesidades extraordinarias o para promover la prosperidad del país. Sobre la base de este decreto, se dictó la mencionada Ley de Enfiteusis. Hay un debate histórico sobre si el propósito de esta ley fue establecer un régimen de propiedad colectiva de la tierra, o si simplemente tenía una finalidad fiscal, como parecía surgir del discurso del ministro Agüero en la Legislatura.[46]

La ley, basada en el derecho romano, concedía títulos de acceso y uso de la tierra a largo plazo, cuya propiedad quedaba en manos del Estado. Se proponía la Ley de Enfiteusis reemplazar impuestos al comercio con las rentas del arrendamiento de tierras, que se fijaban en un 8% anual del valor estimado de las tierras de pastura y un 4% anual del valor estimado de las tierras de cultivo.

Pero todo esto se desvirtuó, ya que no se contaba con un aparato administrativo adecuado para percibir la renta, la que se evadía en gran escala, y la estimación del valor de la tierra lo hacía gente vinculada a los mismos interesados (un jury compuesto por los cinco propietarios vecinos), con lo que la renta del Estado por este concepto nunca superó el 3% del total de los ingresos. Por otra parte, no había un procedimiento abierto y ecuánime de distribución de estas tierras que se entregaban por períodos de diez años (como podían ser licitaciones públicas), lo que hubiera facilitado

el acceso a ellas de inmigrantes extranjeros, sino que el procedimiento consistía en denunciar tierras no trabajadas presuntamente propiedad del Estado. Estas tierras eran luego asignadas, mediante mecanismos de favoritismo social, político o personal, por las autoridades a los denunciantes (hubo muchos pleitos entre denunciantes de las mismas tierras, que en general eran resueltos con una asignación por partes iguales).

Más aún, la enfiteusis permitió a los especuladores, como dice Rock,[47] conseguir grandes extensiones de tierra por largo tiempo sin ningún pago inicial. En esto había un aprovechamiento de la evidente laguna de la ley que no fijaba extensiones máximas de las tierras a ceder por este concepto. Muchos de los beneficiarios de estas cesiones luego arrendaban la tierra a individuos, como los inmigrantes extranjeros, que no contaban con las conexiones necesarias para obtenerlas gratis en enfiteusis. La acaparación de tierras se intentó corregir por un decreto de 1827, que habilitaba al gobierno para negar la entrega en enfiteusis en caso de que el peticionante ya tuviera otras tierras bajo el mismo concepto. Pero, según Oddone,[48] esto también se desvirtuó, puesto que se buscaron parientes y testaferros para solicitar más tierras. Seis millones y medio de acres fueron cedidos solo a 122 personas, y diez personas recibieron más de 133.000 acres.

De acuerdo con Rock, las consecuencias de la mala aplicación de esta ley fueron exactamente las opuestas que las que ella buscaba: la consolidación de latifundios, la aceleración de la ganadería, y la separación funcional entre ganaderos y comerciantes. Por cierto que muchos de los tenedores de tierra por este sistema, entre los que se encontraban buena parte de los antecesores de los propietarios de las grandes estancias de aún hoy día, fueron beneficiarios por los reconocimientos de propiedad que se hicieron ulteriormente. Esto ocurrió sobre todo en la época de Rosas, quien mediante decretos de 1832 y 1836 concedió la propiedad de la tierra pública con prioridad a los enfiteutas.

Esta estructura de propiedad latifundista en la pampa húmeda fue, sin duda, atemperada por la entrada en vigencia del Código Civil en 1871 con sus reglas de sucesión forzosa, aunque es posible que su impacto haya sido tardío como para alterar profundamente la estructuración de poder económico que se generó en aquellos años decisivos (además de que ese

impacto se vio a su vez atenuado por la posibilidad de mantener el patrimonio unido que otorgaron más adelante las leyes de sociedades comerciales).

Naturalmente, toda esta corruptela en la aplicación de la Ley de Enfiteusis, como las que luego se cometieron con las cesiones de tierras como parte de las campañas del desierto en las épocas, de Rosas y de Roca, fue favorecida por el clima de anarquía política mencionado anteriormente, que impedía que hubiera instituciones de control sobre el diseño e implementación de una política social enormemente trascendente para el destino del país, así como que se constituyera un aparato administrativo mínimamente eficaz para ejecutar tales políticas. De este modo, mientras los políticos y la población en general se distraían en luchas civiles, cambios constantes de gobierno, y dictaduras, la inefectividad, los vacíos y los intersticios de las normas fueron aprovechados para formar una estructura oligopólica de la principal fuente de poder económico y social.

Recordemos que, según muchos autores, como algunos de los mencionados en el capítulo precedente, esa estructura, especialmente en lo que hace a la propiedad de la tierra, tuvo un papel preponderante en la generación de la inestabilidad política y en la reversión del desarrollo argentino, una vez que cambiaron las condiciones favorables en el marco internacional.

Vemos así la importancia de las normas jurídicas y de su observancia o inobservancia como factor contribuyente de la evolución económica y social de una comunidad.

Por cierto que la larga dictadura de Rosas no contribuyó a acendrar el respeto por la ley en la sociedad argentina. Su apelativo “Restaurador de las leyes” (que, según Romero, debía aludir a las leyes de la colonia)[49] parece irónico cuando se aplica a quien se negaba a institucionalizar el país, con el pretexto de preservar las autonomías provinciales cuando en realidad mantenía una cerrada centralización y el control del puerto de Buenos Aires; a quien, como vimos, entregó arbitrariamente, en propiedad y no en arriendo, como lo propuso Rivadavia, grandes extensiones de tierra pública a unos pocos de sus allegados; y a quien estableció por primera vez en la historia argentina un Estado policial, en el que se ejerció el terrorismo

estatal y en el que la única ley existente para tratar a amigos y adversarios era el capricho de la voluntad del propio Rosas.

El verdadero padre de la institucionalización argentina no fue por cierto el “Restaurador de las leyes” sino Justo José de Urquiza. No solo luchó con las armas, venciendo en Caseros y Cepeda y tal vez dejándose vencer en Pavón, para dar lugar al proceso constituyente, sino que puso esas armas al servicio de una fórmula constitucional como la que habían propuesto antes sin éxito Dorrego y Artigas y que era la única –como debió advertirse medio siglo antes– que permitía conciliar los intereses e ideologías contrapuestos. Solo cuando los líderes de Buenos Aires asumieron después de Pavón el gobierno central, advirtieron lo contradictorio que era el liberalismo centralista que hasta el momento –siguiendo a Moreno y Rivadavia– habían defendido.

Sin embargo, el hecho de armas que tuvo un impacto definitivo en la institucionalización del país, Pavón, también tuvo una secuela jurídica que sería el germen de una debilidad crucial en nuestras prácticas jurídicas: el reconocimiento de los gobiernos de facto, máxima expresión del sentido de ajuridicidad en nuestra vida pública. En efecto, a raíz de un asunto absolutamente nimio sobre el pago de una letra de cambio que había sido anulado por Mitre, la Corte Suprema sostuvo, en el caso Martínez y otro (Fallos 2:141) de 1865 que

el gobernador de Buenos Aires y general en jefe de su ejército fue autoridad competente para decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales, después de la batalla de Pavón, con el derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos, y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponía.

Este crudo reconocimiento de derechos fundados en la fuerza tendría funestas consecuencias, que se manifestarían muchas décadas después, para la conformación de nuestra práctica constitucional.

De cualquier modo, una vez que se estableció un marco jurídico estable se desencadenó un proceso que llevó al enorme crecimiento social y económico del país cuyos signos en las primeras décadas de este siglo fueron comentados en el capítulo anterior. Sin embargo, mientras ese progreso casi fulminante se desenvolvía, el conflicto entre Buenos Aires y el interior, que había quedado en buena medida superado, era reemplazado por dos nuevos conflictos profundos, vinculados entre sí: el conflicto entre la élite política gobernante y los nuevos grupos sociales, primero provenientes fundamentalmente de la inmigración externa y más tarde de la interna, que pugnaban por una mayor participación política; y el conflicto entre los intereses económicos dominantes y los grupos menos favorecidos que pugnaban por una distribución más justa de la renta.

De nuevo, la primera respuesta frente a estos conflictos, que persistió otra vez durante muchas décadas, fue la ilegalidad. Sobre todo en la época de Julio Roca, fue consolidándose lo que se llamó “el unicato”, con avances muy marcados del presidente sobre el Congreso y las provincias. Para eso se recurría a intersticios constitucionales, poniéndose de manifiesto una vez más la tendencia heredada de la colonia de desobedecer la ley simulando acatamiento. Se denunciaba con frecuencia el avasallamiento del Legislativo y el Ejecutivo y la influencia inmoderada que tenía el presidente saliente en la elección de su sucesor.

Estas tendencias autoritarias se vieron también estimuladas por fallos demasiado condescendientes de la Corte Suprema; se repetía así lo que, según García Hamilton,[50] informaba el licenciado Sánchez al Consejo de Indias: “La culpa de los males de las Indias es de los jueces que no han ejecutado jamás las leyes que les mandan ni las provisiones e instrucciones de buen gobierno”. Por ejemplo, en *Seste y Seguich c. Gobierno nacional* (Fallos 1:319), de 1864, se decidió que el Poder Ejecutivo no puede ser demandado por los particulares (puesto que, entre otras cosas, el Poder Judicial no tiene poder para hacerlo obedecer); en *Montana* (Fallos 9:387), de 1870, se resolvió que el Poder Judicial no tiene facultades para reclamar del Ejecutivo que ponga a su disposición a un detenido por sus agentes (acusado de haber intervenido en el asesinato de Urquiza); en *Cullen c. Llerena* (Fallos 53:420), de 1893, se dejó sentado que toda la materia de la

intervención federal era una cuestión política no susceptible de ser revisada judicialmente.

Desde el punto de vista político, los poderosos intereses que empezaban a esconderse detrás del gobierno también presionaban por oponerse a una mayor expansión del sufragio, lo que se veía como amenaza potencial a tales intereses. De este modo, el régimen fue acrecentando tanto su déficit social como el democrático. En este último caso, ello implicaba fraudes electorales que, nuevamente, ponían de manifiesto la falta de respeto por la ley distintiva de nuestras prácticas políticas.

La presión por la participación política logró finalmente imponerse contra los intereses dominantes, y en 1912 el presidente Roque Sáenz Peña completó la obra de Urquiza con el dictado de la ley que establecía el voto universal, secreto y obligatorio. Esto permitió la participación política de las grandes masas, que comenzó con la llegada al poder de la Unión Cívica Radical y de su líder Hipólito Yrigoyen en 1916. El tiempo demostraría, no obstante, que los intereses dominantes eran más fuertes que el espíritu de legalidad, ya que frente a la imposibilidad de que sus representantes accedan al poder político por vías constitucionales (en lo que tuvo influencia decisiva la combinación entre el sistema presidencialista y el voto obligatorio) se rompieron cauces antijurídicos para obtener ese acceso.

Tampoco el gobierno de Yrigoyen fue impecable en la preservación del Estado de Derecho, a pesar de los notables progresos que se hicieron en la democratización del país (por ejemplo, en el ámbito universitario) y en una mayor justicia distributiva. En su época se acentuó aún más el presidencialismo, con un rígido ascendiente sobre las mayorías parlamentarias adictas, y con un exceso de intervenciones federales, aunque estas en muchos casos tendían a reparar los efectos del fraude eleccionario y permitir al pueblo expresarse libremente. También la represión ejercida a través de las fuerzas policiales y armadas en la Semana Trágica, en 1919, y en los levantamientos ocurridos en la Patagonia, entre 1921 y 1922, contribuyeron a minar el respeto por la legalidad.

Pero ese respeto se vio fundamentalmente cuestionado por el surgimiento durante esos años de una ideología de exaltación de la fuerza sobre el Estado de Derecho: el nazifascismo criollo, que mezclaba la influencia de

pensadores como Maurras, a su vez descendiente del pensamiento contrarrevolucionario desencadenado por la Revolución Francesa, y la admiración por Mussolini y por Hitler, con las ideas reaccionarias que supervivían desde la época de la colonia y que fueron fomentadas por Rosas.

Este clima de tensión social y de radicalización ideológica, unido a la crisis económica que estaba en el trasfondo y a la creciente falta de autoridad del gobierno de Yrigoyen condujeron al golpe de Estado de Uriburu en 1930, que constituyó la primera fractura seria del orden institucional establecido en 1860, lo que, sin embargo, emergía de la tendencia a la ajuridicidad propia de nuestra historia institucional.

A partir de ese golpe se iniciaría un segundo período de algo más de cincuenta años de enfrentamientos, anarquía y dictaduras, que, al igual que el que se dio después de la independencia, estuvo marcado por el desprecio absoluto a la legalidad y al Estado de Derecho. También al igual que el primer medio siglo de vida independiente, entre 1930 y 1983 se produjo una considerable contención del proceso de desarrollo económico y social alcanzado en los setenta años de institucionalización imperfecta, en contraste con países que gozaron de continuidad jurídica.

Tal vez el hecho más desgraciado de la evolución de nuestra práctica constitucional haya sido la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconociendo a las autoridades surgidas de ese golpe de Estado. En efecto, el 10 de septiembre de 1930 la Corte dictó una acordada (Fallos 158:290) acusando recibo de una comunicación del gobierno provisional dando cuenta de su constitución. La Corte sostiene que el gobierno en cuestión se encuentra en posesión de la fuerza necesaria para asegurar la paz y el orden de la nación y, por consiguiente, la libertad, la vida y las propiedades de las personas; agrega que esto lo constituye en un gobierno de facto con todas las consecuencias respecto de la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para la persecución de sus fines. El fallo cita a Constantineau (un oscuro autor canadiense que escribió sobre los funcionarios públicos con defectos de nombramiento, sin seguramente soñar que su tesis iba a tener consecuencias tan dramáticas en lugares remotos) para sostener que la doctrina nacional e internacional es uniforme

en el sentido de dar validez a los actos de los funcionarios de facto cualesquiera sean los vicios de validez de sus nombramientos; concluye que tal gobierno no puede ser judicialmente discutido puesto que está fundado en la fuerza.

La Corte todavía limitaba algo su reconocimiento de los gobiernos de facto puesto que sostenía que, dado el propósito declarado del gobierno de cumplir con la Constitución, seguiría controlando ese cumplimiento como lo haría respecto de un Poder Ejecutivo de derecho. Juristas de la talla de Figueroa Alcorta y Repeto pusieron su firma a este ignominioso precedente. En el fallo Malmonge Nobreda (Fallos 172:344), de 1933, la Corte fue más explícita en las facultades del gobierno de facto, reconociéndole las del Poder Ejecutivo y solo en caso de necesidad vital las del Legislativo mediante decretos-leyes que expirarían cuando cesara el gobierno de facto.

Con la elección de Agustín P. Justo, que puso fin a la usurpación de Uriburu, se inició la llamada “década infame”, como la llamó el nacionalismo por la generalización de procedimientos electorales fraudulentos. Ellos permitieron que grupos conservadores, con una relación ambigua y cambiante con sectores fascistas, mantuvieran el poder hasta 1943. También en esta época se debilitó aún más el Estado de Derecho, al adoptarse medidas represivas sobre todo contra grupos de izquierda.

El Poder Judicial se fue adaptando a los tiempos, convalidando medidas represivas. Por ejemplo, en 1941 se resolvió el caso Schuster (Fallos 191:390) en el que se desconoció el derecho de reunión en un local cerrado, confirmándose la pena impuesta por el jefe de policía en aplicación de edictos policiales, por el solo hecho de que la reunión tenía una finalidad comunista.

El clima ideológico que se vivía al principio de los años cuarenta, las presiones resistidas por los gobiernos fraudulentos de la época para aliarse con el Eje nazifascista y la continua propaganda de los grupos nacionalistas en las Fuerzas Armadas llevó finalmente a la revolución de 1943, encabezada por un grupo de oficiales, entre los cuales estaba Juan Perón, de decididas simpatías fascistas.

La experiencia justicialista hizo pensar a muchos en la Argentina, lo que ha tenido marcada influencia en la conciencia de amplios sectores, que la justicia social es incompatible con valores relacionados con el respeto a la legalidad y al Estado de Derecho, como la libertad de expresión, la tolerancia de los opositores, el respeto de la división de poderes, la limpieza en los procedimientos electorales, etc.

Los avances autoritarios del régimen iniciado en 1943 y consolidado tres años más tarde tuvieron un impacto notoriamente negativo en el sistema jurídico-institucional. Miembros del Congreso eran desaforados y destituidos. Salvo uno, todos los miembros de la Corte Suprema fueron sometidos a un juicio político grotesco y destituidos por motivos espurios. Luego de una acordada similar a la de 1930 dictada en 1943 por la vieja Corte (Fallos 196:5) y del fallo *Municipalidad c. Mayer* (Fallos 201:266), de 1945, donde se sostiene que el gobierno de facto solo tiene las facultades legislativas necesarias para el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de los fines de la revolución, aunque sus decretos-leyes cesan una vez superada la situación de facto, la nueva Corte amplió hasta límites írritos la doctrina de los gobiernos de facto. En efecto, en *Arlandini* (Fallos 208:185), decidido en 1947, la Corte sostuvo que “en la medida en que sea necesario legislar para gobernar un gobierno de hecho tiene facultades legislativas, sin que la determinación de esa necesidad –en cuanto a la extensión o en cuanto a la oportunidad–, siendo como es propio de la prudencia política, pueda ser judicialmente revisada”. Y en *Ziella* (Fallos 209:26), del mismo año, se cambió la antigua jurisprudencia, sosteniéndose que “los decretos-leyes dictados por el gobierno de facto son válidos por razón de su origen y, puesto que tienen el valor de leyes, subsisten aunque no hayan sido ratificados por el Congreso mientras no sean derogados de la única manera que estas pueden serlo, es decir, por otras leyes”.

Por supuesto que los tribunales y la Corte en especial, dominados políticamente, no fueron una valla eficaz frente a los atropellos contra las garantías individuales cometidos en esa época. Se puede citar, entre tantos ejemplos, el fallo *Merk* (Fallos 211:193), de 1948, en el cual la Corte avaló una apropiación hecha en 1945 de un laboratorio químico de origen alemán, llevada a cabo por un mero decreto del Poder Ejecutivo; la justificación fue las gravísimas necesidades que la guerra imponía en todos los frentes, no

obstante que la apropiación se había producido luego de que Alemania se había rendido y que nunca hubo hostilidades reales con el Eje.

La expresión más nítida de la concepción institucional del justicialismo fue la reforma de la Constitución materializada en 1949. Esa reforma, obviamente impulsada por la intención de Perón de obtener la posibilidad de su reelección, fue impugnada por los demás partidos de oposición, por no cumplirse escrupulosamente con los requisitos del art. 30, como en lo que se refiere al cómputo de la mayoría calificada del Congreso para declarar la necesidad de la reforma –¡un nuevo atentado a la conciencia de juridicidad!–.

El peronismo fue desalojado del poder por el golpe de Estado de 1955, que primero fue dominado por grupos nacionalistas autoritarios y luego por otros que expresaban más preocupación por las formas democráticas. Esta preocupación por las formas democráticas no impidió violaciones jurídicas y persecuciones serias a manifestaciones del peronismo –incluyendo el fusilamiento de los cabecillas de una rebelión militar–.

La Constitución de 1949 fue anulada por un decreto –imitando la falta de respeto por las normas jurídicas con que esa Constitución había sido sancionada– y restablecida la vigencia de la Constitución de 1853. Por otro decreto se convocó a una Convención Constituyente, proscribiéndose al peronismo –se restablecía así la democracia condicionada que iba a signar un largo tiempo de vida institucional argentina, debilitándose aún más el estado de derecho–.

El déficit democrático se acrecentó con las elecciones presidenciales de 1958, que tuvieron la peculiaridad de ser ganadas por Arturo Frondizi gracias a un pacto secreto con Perón. Tanto la proscripción del peronismo como el subterfugio para eludir esa proscripción, enturbiando de paso la transparencia electoral, fueron puntos destacados de nuestro histórico desprecio hacia el derecho.

La Corte en este período siguió siendo tolerante con un ejercicio autoritario del poder. Por ejemplo, en *Sofía* (Fallos 243:513) el voto de la mayoría fue favorable a una interpretación amplia de la doctrina de las cuestiones políticas para apreciar la razonabilidad del dictado de la ley respectiva, así

como también interpretó laxamente las facultades presidenciales para aplicar esa ley, bastando para considerar válida la prohibición de una reunión pública el hecho de que el Ejecutivo informara que sus organizadores registran antecedentes de extrema izquierda.

Después de soportar varias decenas de planteos militares y luego de anular inconstitucionalmente, por presiones militares, las elecciones de la provincia de Buenos Aires, Frondizi fue derrocado en 1962 por las Fuerzas Armadas. El presidente del Senado, José María Guido, asumió provisoriamente el gobierno, gracias a una maniobra del presidente de la Corte Julio Oyhanarte, que impidió que lo hiciera el comandante del ejército; el Congreso fue clausurado inconstitucionalmente.

Cuando al año siguiente se llamó de nuevo a elecciones con la proscripción inconstitucional del peronismo, el radicalismo volvió al gobierno ocupando la presidencia Arturo Illia. El déficit democrático y jurídico de su gobierno implicó una debilidad de origen que terminó resultándole fatal en su combate contra los distintos grupos corporativos.

El golpe de Estado de Onganía en 1966 trajo la novedad de constituir el primero en la Argentina que pretendió institucionalizarse: la Junta de Comandantes dictó un Estatuto de la Revolución Argentina, que tenía prelación sobre la Constitución nacional y otorgaba al presidente las facultades del Congreso para dictar leyes sin limitación alguna. Ciertos publicistas sostuvieron que ello implicaba que no se estaba frente a un gobierno de facto sino frente a un nuevo Estado, ya que la Junta había ejercido el poder constituyente. Por cierto que todo ello fue convalidado por una Corte Suprema cuya deferencia fue obtenida por el simple expediente de reemplazarla totalmente (como ya había ocurrido en 1955).

Las elecciones se hicieron sobre la base de una reforma constitucional de facto, contenida en el “Estatuto Fundamental” dictado por decreto en 1972. ¡Constituye un dato claramente demostrativo de la baja conciencia jurídica de la sociedad argentina y de sus clases dirigentes el hecho de que fuera admitida por todos, incluso por constitucionalistas prestigiosos, esta singular reforma constitucional que se produjo por el mero decreto de un jefe militar! (aun Pinochet en 1980 intentó convalidar sus reformas constitucionales mediante un plebiscito).

El reemplazo de Perón a su muerte en 1974 por su esposa Isabel Martínez coincidió con un agravamiento de la tendencia hacia la ilegalidad de la sociedad argentina: la violencia de los grupos subversivos de izquierda y de la organización de extrema derecha vinculada al ministro de Bienestar Social, José López Rega, fue en aumento; las denuncias de corrupción se extendieron. Frente a estos hechos comenzaron a tomarse desde el gobierno medidas antagónicas con el Estado de Derecho: se dictaron normas penales represivas de la subversión con tipos excesivamente vagos y penas draconianas; se aplicó con enorme discrecionalidad el estado de sitio; se autorizó a las Fuerzas Armadas a “aniquilar la subversión”; se intervino la universidad.

Finalmente, luego de presionar a la presidente para que despidiera a su ministro más influyente, López Rega, ella misma fue destituida por las Fuerzas Armadas en marzo de 1976; como en anteriores ocasiones, el Congreso fue clausurado, la Corte Suprema, removida y las provincias, intervenidas.

Sin embargo, este período dictatorial superó a todos los precedentes en la subversión del Estado de Derecho en el país. La Junta de Comandantes ejerció un control absoluto. Ella dictó un Acta estableciendo los propósitos y objetivos del Proceso de Reorganización Nacional.

Se suspendió, asimismo, con una acción inconstitucional sin precedentes, el art. 23 de la Constitución en cuanto este permite solicitar la salida del país de los detenidos por el estado de sitio. Se dictaron actas especiales de confiscación de bienes de diferentes personas y de cancelación de la ciudadanía a otras.

Pero ni siquiera este marco jurídico extremadamente represivo fue suficiente, ya que, como es sabido, la mayor parte de la actividad persecutoria de reales o presuntos subversivos o de personas a las que se involucró en forma casi azarosa siguiendo una política de terror fue conducida en forma ilegal y clandestina. La ajuridicidad que nos viene persiguiendo desde la época de la colonia llegó a su apogeo con un genocidio sin precedentes en el continente y con pocos en el mundo. Los miles de desaparecidos, ejecutados y torturados lo fueron en forma absolutamente clandestina, y, a pesar de las comprobaciones fehacientes por

la justicia y organismos nacionales e internacionales, aún hoy los sectores cercanos a la comisión y aprobación de estos hechos niegan su ocurrencia.

El Poder Judicial fue especialmente impotente para contener el avasallamiento de los derechos fundamentales. La Corte Suprema convalidó el esquema fundamental de poder y las principales medidas tomadas por el régimen –como el sometimiento de civiles a tribunales militares o la suspensión del derecho de salir del país para los detenidos por el estado de sitio–, no obstante la obvia inconstitucionalidad de muchas de ellas. Con respecto a las desapariciones, la práctica judicial era la de rechazar los hábeas corpus presentados por familiares de las víctimas frente a la información rutinaria de los órganos políticos de que se desconocía el paradero de esas personas. Recién promediando el régimen militar se dictaron algunas decisiones, como Zamorano, Pérez de Smith o Timerman, dando curso a algunos hábeas corpus o expresando la preocupación por los abusos a las autoridades.

Con el tiempo, las violaciones masivas a los derechos humanos cesaron, pero la dictadura no tuvo más remedio que llamar a elecciones libres con el fin de institucionalizar el país cuando la población tomó conciencia de la magnitud que habían alcanzado, y esa toma de conciencia se combinó con la crisis económica, con las denuncias por corrupción y con el descalabro al que llevó al régimen la derrota de la aventura militar en las islas Malvinas (que en sí misma representó la exteriorización hacia el plano internacional de la tendencia a la ajuridicidad del poder y la sociedad argentinas, por más que haya sido en respuesta de un hecho similar de una potencia invasora producido un siglo y medio atrás).

El ganador de la elección presidencial, Raúl Alfonsín, expuso como la principal bandera de su campaña y como objetivo prioritario de su gobierno el de restablecer el Estado de Derecho y la conciencia de juridicidad en la Argentina. Para ello, entre otras medidas (como la de derogar las leyes antisubversivas draconianas dictadas por los gobiernos peronista y militar anteriores, la ratificación de tratados internacionales relevantes en materia de derechos humanos, la sanción de la Ley de Defensa de la Democracia, la sanción de la Ley de Hábeas Corpus, una serie de proyectos en materia de justicia), ese gobierno consideró necesario promover el juzgamiento de las

violaciones más graves a los derechos humanos cometidas tanto por el terrorismo de Estado como por el subversivo. Tales procesos fueron promovidos por los decretos presidenciales 157 y 158, y se hicieron en el marco de la Ley 23.049, que reformó el Código de Justicia Militar.

Tales procesos se desarrollaron en un clima de gran tensión dada la resistencia de sectores fundamentalistas de las Fuerzas Armadas y de un temor de juzgamiento indiscriminado, provocado por la no observancia de la estrategia que se propuso ese gobierno desde un principio de limitar los procesos tanto en cuanto al tiempo como a las categorías de responsables (lo que ocurrió en buena medida por las modificaciones introducidas en el Senado por la oposición al proyecto de lo que después sería la Ley 23.049 en materia de obediencia debida,[51] por la negativa del Consejo Supremo de la Fuerzas Armadas de llevar adelante las actuaciones, y por la demora en avanzar con los procesos por parte de los tribunales del interior). Esto provocó un estado de graves tensiones militares que se concretaron en levantamientos armados, los que fueron contenidos por el gobierno mediante expedientes legales –las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida– que, de un modo más torpe, intentaron con éxito establecer los límites de la estrategia originaria respecto de estos procesos, logrando finalmente que el núcleo de las Fuerzas Armadas reprimiera los levantamientos ulteriores y acatara la acción de la justicia.

A pesar de estas limitaciones a los procesos, ellos parecen haber tenido éxito en contribuir a la formación de una conciencia en la sociedad sobre la necesidad de respetar la legalidad democrática y de evitar a cualquier medio la manipulación aberrante de seres humanos como meros medios, por más valiosos que sean los fines perseguidos.

También la acción de los distintos órganos del Estado relacionada con esos procesos parece haber tenido cierto impacto en la reorientación del sistema institucional argentino hacia la vigencia del Estado de Derecho: por ejemplo, la anidación de la Ley de Amnistía aprobada por los tres poderes del Estado implicó superar la doctrina de los gobiernos de facto –sobre la base del principio de que las leyes de ese origen no tienen validez ab initio y pueden ser desconocidas cuando su contenido es inicuo–, visión de las normas de facto que luego la Corte fue precisando en decisiones sobre otras

materias como Aramayo y Dufourq. Se estableció un procedimiento penal para juzgar las violaciones a los derechos humanos, que avanzaba sobre el proceso inquisitorial, secreto y burocrático que aún caracteriza nuestra justicia penal. Se abolió por primera vez en la historia argentina el fuero militar para los delitos comunes cometidos en relación con actos de servicio.

Cabe destacar también que ese período debe de haber sido prácticamente el único de la vida constitucional argentina en el que no se apeló al recurso de la intervención federal. En cambio, una sombra sobre este período presidencial lo constituyó el dictado de un decreto de estado de sitio que no respetaba el requisito de generalidad, y cuyos efectos fueron afortunadamente contenidos por una Corte Suprema que demostró su independencia. Lo mismo puede decirse de un ahorro forzoso impuesto por decreto presidencial.

Luego de una transición constitucional sumamente tensa, debido a un levantamiento militar fallido, un atentado terrorista a un cuartel militar, también fallido, y una prolongada hiperinflación, provocada por factores externos e internos, las elecciones presidenciales de 1989 fueron ganadas por Carlos Menem. Este asumió anticipadamente el gobierno, frente a la renuncia de Raúl Alfonsín.

Aun cuando el gobierno del doctor Menem ha hecho avances importantes en materia de descorporativización y desregulación de la vida económica, se ciernen preocupaciones sobre el respeto del Estado de Derecho. Se afectó la independencia del Poder Judicial, al haberse ampliado el número de jueces de la Corte Suprema –a través de un procedimiento legislativo cuestionable–, formándose una mayoría de miembros adictos al gobierno presente, sin que el Senado haya cumplido debidamente su papel de control de aquella independencia (los acuerdos de cuatro miembros de la Corte Suprema se dieron en una sesión secreta que duró pocos minutos, a diferencia del lapso de meses que insume en los Estados Unidos cada acuerdo para integrar la Corte). Lo mismo ocurrió con el procurador general de la Nación al que, a pesar de su estabilidad reconocida legalmente, se le solicitó la renuncia y fue reemplazado por otro sin solicitar el acuerdo del Senado. Asimismo, el fiscal nacional de Investigaciones Administrativas

fue removido sin tomar en cuenta su estabilidad legal. Del mismo modo, fueron removidos todos los miembros menos uno del Tribunal de Cuentas de la Nación y reemplazados por personas designadas por el mismo poder al que deben controlar.

También puede sostenerse que se ha abusado de los decretos de necesidad y urgencia en materia que son clara competencia del Poder Legislativo, llegándose a confiscar por un decreto depósitos bancarios que fueron convertidos en bonos de la deuda, o se ha reglamentado el derecho de huelga, o derogado leyes sobre regímenes jubilatorios, o derogado una serie de regulaciones de la economía establecidas por leyes, o establecido nuevas normas de tránsito. Se ha dictado una Ley de Emergencia Económica que puede impugnarse como inconstitucional por contener amplias delegaciones de facultades legislativas al Ejecutivo. Se han intervenido ya dos provincias. Se puede sostener que se ha hecho un uso excesivo del veto presidencial, promulgando parcialmente las leyes vetadas, con lo que se arma una ley con retazos de la materia prima de la sanción legislativa. También se ha abusado del indulto presidencial, dictándose aun para beneficiar a procesados, a pesar de la clara prescripción constitucional que lo limita a casos de penas, para evitar así la interferencia con la acción de la justicia.

En materia de indultos, se ha perdonado a todos los responsables del terrorismo de Estado y subversivo de la década del setenta, sin que, aparentemente, hubiera la situación de necesidad que se alegó para justificar las medidas limitativas dictadas por el gobierno anterior, ni la misma actitud de condena moral frente a los hechos que quedaban impunes, que es sumamente relevante en la formación de la conciencia colectiva.

También a partir de julio de 1989 se ha producido un pronunciado aumento de denuncias sobre hechos de corrupción en que estarían involucrados funcionarios públicos. Ello, si bien tiene el aspecto positivo de exhibir un clima de considerable libertad de expresión y de seguridad ciudadana (lo que se ve beneficiado por el manejo sumamente prudente que el gobierno ha hecho hasta ahora del estado de sitio, el que fue dictado solo por pocos días en ocasión de un levantamiento militar), muestra también una posible expansión de esa modalidad delictiva, que debería combatirse para impedir

el desprestigio de las instituciones democráticas. En este sentido, continúa también la preocupación pública por la corrupción y los abusos de algunos sectores de las fuerzas de seguridad, como lo muestra, por ejemplo, un artículo del diario Página/12 del 16 de noviembre de 1991 titulado “Los trabajitos extra” y en el que se hace una larga enumeración de irregularidades policiales cometidas en los últimos dos años.

Aunque no se concuerde con la corrección de toda la información que ofrecen notas como la mencionada, habrá que aceptar que ella es indicativa de un grave deterioro de la imagen y del prestigio públicos de las fuerzas que constituyen el símbolo más directo de la ley, y que en otros países, como incluso nuestro vecino Chile, gozan de un considerable respeto popular. Por cierto que este estado de cosas de ningún modo se origina en el presente gobierno sino que viene de lo más profundo de nuestra historia.

Los otros poderes del Estado tampoco gozan en el presente de una legitimidad subjetiva apreciable. El Congreso de la Nación es generalmente visto por la población como un órgano moroso e ineficiente, que se reúne de tanto en tanto y se ocupa demasiado de los sueldos de sus integrantes.

Tampoco el Poder Judicial está en la cúspide de su prestigio. Por ejemplo, en una encuesta realizada en mayo de 1992 por el Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, en Capital Federal y el Gran Buenos Aires, el 33,30% de los encuestados tenía una imagen negativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 40,50%, una imagen regular, y solo el 18,30%, una imagen positiva. Lo que es peor, en esa misma encuesta se determinó que el 38,30% de los encuestados cree que el Tribunal tiene un grado de corrupción alto, el 38,90% opina que es medio, y solo el 9,40%, que es bajo. De nuevo, lo preocupante no es que esas impresiones reflejen la realidad (ya que no parece que la opinión pública cuente con datos que corroboren la última impresión) sino que se haya llegado a un grado tan alto de desconfianza hacia el poder del Estado, y sobre todo su cabeza, que debería gozar de la máxima credibilidad.

La Corte Suprema no ofrece una imagen de independencia frente al poder político y, en su nueva integración, ha demostrado un compromiso menor que el de la anterior en la defensa del Estado de Derecho. Ha convalidado las confiscaciones de los depósitos por decreto en el fallo Peralta del 27 de

diciembre de 1990; ha vuelto, como acabo de decir, a la nefasta jurisprudencia tradicional sobre normas de facto, en el fallo Godoy, de la misma fecha, aduciendo explícitamente que ellas gozan de la misma validez que las leyes dictadas por el Congreso nacional, cualesquiera sean “las valoraciones afectivas o las actitudes ideológicas” que se tengan hacia tales gobiernos; ha interferido con la acción de tribunales inferiores en cuestiones que tienen connotaciones políticas.

De modo que si bien se ha avanzado mucho desde 1983 en la consolidación de la legalidad y del Estado de Derecho, el progreso no ha seguido el mismo ritmo y no ha sido lineal y, lamentablemente, no hay garantías absolutas de que los argentinos nos hayamos librado de la tendencia autodestructiva hacia la ajuridicidad que nos tiene atrapados desde el comienzo de nuestra vida como nación independiente.

2. El desequilibrio institucional argentino

En esta sección, voy a hacer un breve examen sincrónico y funcional de los desequilibrios en la estructura institucional argentina que son tanto resultante como factor causal de la tendencia hacia la ilegalidad, que fue analizada en su despliegue a través del tiempo en la sección anterior.

La característica central de la estructura del poder en la Argentina, que en parte se ha ido conformando gracias a comportamientos normativamente desleales o chicaneros, de acuerdo con la clasificación del capítulo precedente, ha sido la constitución de un sistema hiperpresidencialista, en el que el presidente de la Nación, aun en épocas de declarada vigencia de la Constitución, absorbe funciones que deberían corresponder al Congreso nacional, a la judicatura, o a los gobiernos provinciales. Ese hiperpresidencialismo, que ha afectado gravemente el Estado de Derecho en la Argentina, se debe en parte a las propias cláusulas constitucionales, que por designio expreso de Alberdi,[52] se apartaron del modelo estadounidense para crear una especie de monarca constitucional, a la interpretación abusiva en beneficio de los poderes presidenciales de otras normas de la Constitución, y a circunstancias fácticas que han hinchado enormemente los poderes reales del presidente. Creo que el desequilibrio institucional producido por la absorción de facultades normativas y fácticas por parte del presidente de la República ha generado tensiones y crisis que contribuyeron a los desbordes normativos que, como vimos en la sección precedente, se dieron en la historia argentina.

Una de las diferencias normativas relevantes entre los poderes del presidente argentino y el de otros presidentes de constituciones democráticas, como la de los Estados Unidos, se refiere al poder del presidente de hacer designaciones. La Constitución estadounidense, en su art. II, inc. 2, establece que el presidente debe hacer designaciones con el consejo y consentimiento del Senado, salvo cuando la misma Constitución o el Congreso por una ley dispusieren lo contrario, por ejemplo, autorizando

al presidente a hacer las designaciones por sí solo. En cuanto al poder de remoción del presidente, la Corte Suprema estableció, en *Humphrey's Executor c. United States* (295 US.602, 1925), que si el Congreso fijaba un término de duración para una función, el presidente no podía remover al funcionario antes del vencimiento de ese término. Este rasgo, que implica una significativa parlamentarización del sistema norteamericano, difiere radicalmente de la discrecionalidad absoluta que tiene el presidente de nuestro país para designar a los miembros del gabinete y a los demás integrantes del gobierno y de la administración en general. Es necesario agregar también que muchas constituciones latinoamericanas, como las de Uruguay, Brasil, Venezuela y Costa Rica, prevén la posibilidad de que el Congreso censure a los ministros del Poder Ejecutivo, lo que determina también un control parlamentario sobre las designaciones.

Otras de las diferencias normativas más importantes entre las facultades del presidente argentino y de otros jefes de Estado en sistemas presidencialistas, sobre todo del estadounidense, es la facultad del presidente argentino, bajo ciertas circunstancias, de dictar el estado de sitio. Esta institución, al igual que el extremo presidencialismo, fue tomada por Alberdi en su proyecto de la Constitución chilena, todavía agravando las facultades del presidente en relación con lo que allí se prevé. En el art. 23 de la actual Constitución, se determinan dos causales del estado de sitio: la conmoción interior o el ataque exterior, con un resultado igual, el de poner en peligro el ejercicio de la Constitución y las autoridades que ella crea. La consecuencia de la declaración es la suspensión de las garantías constitucionales. Ello tiene una limitación respecto del presidente: no puede condenar o aplicar penas. También hay una limitación a su poder sobre la libertad de las personas, que es el de arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio; y este poder está, a su vez, limitado por el derecho de opción de esas personas a salir del territorio. En cuanto a la facultad de declarar el estado de sitio, de acuerdo con el art. 67, inc. 26, corresponde al Congreso en caso de conmoción interior; en caso de ataque exterior el Senado, de acuerdo con el art. 53, debe autorizar al presidente a que lo declare por un tiempo limitado; pero cuando el Congreso está en receso el presidente, según el art. 86, inc. 19, puede declarar por sí el estado de sitio por conmoción interior.

Esta institución ha sido nefasta en la práctica constitucional argentina. Según Alfredo Vítolo,[53] en los cincuenta años previos a 1985, el 43% del tiempo el país vivió bajo estado de sitio; en los últimos veinte años, el 65% del tiempo, y en los últimos diez años, el 80% de ese período. Recién a partir de 1983 se comenzó a vivir un período, que perdura afortunadamente hasta el momento de escribir estas páginas, en que se practica una democracia sin la restricción del estado de sitio, pero, aún así, el presidente Alfonsín dictó por dos veces y el presidente Menem por una vez, aunque por muy breves períodos, esa medida excepcional. Como nuestra historia desde el punto de vista de la inseguridad e intranquilidad públicas no ha sido fácil pero tampoco ha transcurrido permanentemente en el clímax de desorden y de peligro institucional que, como decían los antiguos textos, justifican remedio tan extraordinario y fatal, la conclusión simple es que se ha hecho un tremendo abuso de esta institución, del que el Poder Judicial fue sin duda corresponsable por su extrema complacencia con la arbitrariedad y ligereza con que el poder político, de iure o de facto, trataba las libertades públicas.

Al comienzo la Corte Suprema adoptó una actitud más severa. Así, en el caso Alvear (Fallos 167:267), de 1933, se sostuvo que dado el carácter de excepción del estado de sitio las facultades que él concede deben interpretarse restrictivamente. En general, en un principio se consideraba que el estado de sitio restringía fundamentalmente solo la libertad de locomoción, pero con el tiempo se fue ampliando al reconocimiento de que se suspendían otras garantías. Un paso fatal en este sentido fue el caso Bertotto, de 1931, en el que la Corte sostuvo alegremente que el estado de sitio suspende todas las garantías constitucionales, incluyendo la de imprenta, con lo que no se sabe cómo puede funcionar así la democracia que se pretexta defender. Otro antecedente lamentable fue el comentado caso Sofía, de 1959, en el que se admitió que se suspendan las garantías referentes a los derechos “individuales, civiles y políticos, en relación con la necesidad razonable de prevenir la emergencia que le dio motivo”, estableciéndose que si bien se podía ejercer un control de razonabilidad, ese control no debe hacerse de acuerdo con los motivos concretos iniciales sino también factores sobrevinientes, los que son, por cierto, interpretados en forma laxa. En el caso Primera Plana, se admitió explícitamente que la suspensión alcanza a la libertad de prensa, aunque se aceptó el control de

razonabilidad respecto de la relación con las causales constitucionales y la proporción con los fines declarados.

Estos abusos al estado de sitio y la correspondiente condescendencia judicial alcanzaron, por supuesto, su clímax en el proceso militar que se vivió entre 1976 y 1983, en cuyo lapso total estuvo vigente el estado de sitio. Adviértase solamente que, como se dijo en la sección anterior, la Junta Militar llegó al extremo de suspender el derecho de opción de salida al país que la propia Constitución prevé en el art. 23 para el caso de arresto o traslado de un punto a otro del país, lo que fue convalidado por la Corte Suprema de Justicia.

Restablecida la democracia, se dictó la Ley 23.098 de Hábeas Corpus, del 19 de octubre de 1984, en cuyo art. 4 dispone que en el procedimiento de hábeas corpus debe tenderse a determinar en el caso concreto la legitimidad de la declaración del estado de sitio y la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen al estado de sitio. Este nuevo régimen fue aplicado por la Corte Suprema sobre todo en el caso Granada (La Ley 1986-B-221), en el que se discutió la aplicación del estado de sitio dictado por el presidente Alfonsín en 1985.

Pero es obvio que esto no es suficiente para que el estado de sitio deje de ser el cementerio de nuestras libertades. Ahí está un texto constitucional excesivamente concesivo y una montaña de decisiones judiciales prestas para servir de precedentes a cualquier abuso de poder futuro. También allí está una costumbre política que recurre a un remedio, realmente extremo y “fatal”, como lo calificaban los antecedentes constitucionales, apenas los nervios de los gobernantes se alteran frente a síntomas de intranquilidad.

También desde el punto de vista normativo es relevante las facultades que tiene el presidente en materia de intervención federal, que es un mecanismo inconcebible en el marco de la estructura constitucional estadounidense (en la que solo existe el auxilio de la fuerza a pedido de la Legislatura o del gobernador –sec. 4, art. 4–). El art 6 de nuestra Constitución exhibe una obvia laguna al no definir qué órgano del gobierno federal tiene la facultad de intervenir una provincia. Al comienzo de nuestra práctica constitucional, en el que la intervención a una provincia era más limitada, ya que no se solía sustituir a las autoridades provinciales sino mediar en sus conflictos

internos, era el Ejecutivo el que intervenía por decreto a las provincias; cuando posteriormente se comenzó –principalmente con Avellaneda– a deponer a las autoridades provinciales mediante la intervención, se acudía a la intervención legislativa; pero, finalmente, esta práctica se desvirtuó, y el Ejecutivo pasó progresivamente a intervenir más y más veces solo por decreto –sobre todo durante el gobierno de Yrigoyen–, primero cuando el Congreso estaba en receso, y luego aun estando el Congreso en sesión (hasta se llegó al extremo de no comunicar siquiera al Congreso la intervención efectuada). Todo ello fue favorecido por la doctrina de la Corte Suprema en Cufien c. Llerena (Fallos 53:520) que lo concerniente a las intervenciones federales son cuestiones políticas que escapan al control de constitucionalidad por parte de los jueces. De este modo, el presidente vino a adquirir una facultad casi omnímoda de nombrar delegados prácticamente personales en cualquier jurisdicción del país, desplazando a las autoridades electas de las provincias y aun a las judiciales. Según la jurisprudencia de la Corte, el interventor federal actúa en nombre del gobierno nacional (Fallos 127:92) y responde solo ante ese gobierno, no estando sujetos a las acciones frente a sus gobernantes establecidas por las leyes locales (Fallos 54:557).

Si se combina esta facultad –que fue ejercida en innumerables ocasiones por casi todos los presidentes constitucionales argentinos– con la del estado de sitio, se comprende la cercanía del rol presidencial con la de un monarca absoluto.

Sin llegar al empleo de estas facultades extraordinarias, el presidente ha asumido con el transcurso del tiempo facultades que implican absorber funciones que normalmente corresponden a los otros poderes del gobierno federal. Obsérvese el paralelismo entre los avances producidos en materia de promulgación parcial y de indulto a los procesados: a través de la promulgación parcial de una ley vetada en parte por el Ejecutivo (que, no obstante, la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte en *Collera c. Fevre y Basset SA* de 1967 se ejerció con entusiasmo), este ejerce prácticamente funciones legislativas, ya que puede componer con retazos del texto votado originariamente por el Congreso la ley de su agrado. Por el otro lado, con la práctica del indulto de procesados no condenados[54] el presidente puede ejercer discrecionalmente funciones judiciales, decidiendo

qué procesos deben continuar y cuáles deben ser extinguidos sin siquiera investigarse los hechos.

Pero aún hay más: el presidente tiene, en la práctica constitucional argentina, amplísimas funciones reglamentarias. Nuestra Constitución establece en su art. 86, inc. 2, que el presidente puede reglamentar las leyes, cuidando de no alterar su espíritu. Es problemático deslindar esta facultad de dictar decretos para ejecutar las leyes de la delegación de facultades legislativas que están en principio prohibidas. En el famoso caso Delfino de 1927, la Corte Suprema estableció ciertos criterios distintivos: una cosa es delegar las facultades de dictar una ley, y otra, fijar un marco para su ejecución. Pero en otros fallos la Corte siguió insistiendo en una actitud concesiva respecto de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo, haciéndose cada vez más vago el límite entre decreto de ejecución y delegación legislativa. Por ejemplo, en el caso De Angelis (del 1° de abril de 1982), la Corte admitió la constitucionalidad de la Ley de Procedimiento Tributario, que delegaba en la Dirección General Impositiva la facultad de citar normas generales sobre responsables y terceros. Esta posición concesiva de la Corte fue aprovechada por los presidentes para obtener del Congreso la delegación de inmensas facultades. Esto se advierte, por ejemplo, en la reciente Ley 23.696 de Reforma del Estado, que delega en el Ministerio de Servicios Públicos muy extensas facultades.

Además de estas facultades de dictar decretos de ejecución que en la mayoría de los casos implican el ejercicio de una amplísima función legislativa, la doctrina le ha reconocido al presidente de la República la facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia en ciertas condiciones. [55] Al principio se suponía que era necesaria la ratificación posterior del Congreso para que estos decretos de emergencia tuvieran validez, pero luego se hizo costumbre simplemente comunicar al Congreso el decreto, y a veces ni siquiera ello, tomándose su silencio como una ratificación tácita.

Así, según una investigación de Carlos Balbín y Roberto Gargarella,[56] en el caso de Roca, el Congreso ratificó el decreto de 1885 dando curso legal a los billetes del Banco Nacional; en la presidencia de Pellegrini, el Congreso ratificó un decreto de suspensión del pago de depósitos en el Banco Nacional; Yrigoyen dictó innumerables intervenciones a las provincias por

decreto sin ratificación legislativa; Justo creó por decreto la Junta Reguladora de Granos (lo que fue homologado por la Corte en el fallo Avico c. De la Pesa); Perón dispuso por decreto la nacionalización del Banco Central, la creación del Instituto de Promoción del Intercambio, el rescate de los empréstitos, la nacionalización de la Unión Telefónica y de Ferrocarriles, la enseñanza religiosa en las escuelas (ratificada posteriormente por ley del Congreso); Frondizi dictó por decreto en 1958 el estado de sitio alegando que el Congreso estaba en receso no obstante que estaba sesionando, dispuso la creación de Yacimientos Carboníferos Fiscales y de Segba, la celebración de convenios de explotación de petróleo, la instauración del Plan Conintes de seguridad interna; Illia decidió por decreto la anulación de los contratos petrolíferos celebrados por Frondizi; el gobierno iniciado en 1973 clausuró por decreto varios diarios y se autorizó a las Fuerzas Armadas a “aniquilar” el accionar subversivo; Alfonsín dispuso por un decreto de necesidad y urgencia el traslado del feriado del 2 de abril, la suspensión de los juicios previsionales, la suspensión de las sentencias ejecutorias frente al Estado, el estado de emergencia económica del sistema previsional, el Plan Austral, incluso en lo que hace al cambio de moneda y a la conversión de las obligaciones contractuales; Menem recurrió a un decreto para convertir en bonos los depósitos a plazo fijo de los bancos, para prorrogar la Ley de Emergencia Económica, para reglamentar el derecho de huelga, para derogar leyes que establecían jubilaciones especiales, etc.

La formación de una presidencia hipertrofiada en la Argentina tuvo como pendant la formación de un Congreso débil y disminuido en sus funciones, ya que prácticamente todo lo que el presidente ganó en poder se lo extrajo al Congreso (además, por supuesto, de la ampliación de funciones del gobierno federal en su conjunto por contraposición a las provincias y a otros centros de decisión de la sociedad). Esto se ve claramente en cuestiones como las que ya vimos en relación con el dictado del estado de sitio –de las 45 veces que fue dictado entre 1962 y 1989, 29 fueron por decreto del Poder Ejecutivo–, de las intervenciones federales –de las 165 intervenciones que hubo entre 1954 y 1966, 116 fueron decididas por decreto del Poder Ejecutivo–, de los decretos delegados y de necesidad y urgencia, respecto de las que el presidente fue desplazando al Congreso y adquiriendo así por sí solo un enorme poder discrecional frente a los

ciudadanos. También se advierte en el porcentaje de leyes sancionadas que tuvieron iniciativa en el Ejecutivo (según Molinelli,[57] el 51% en el período 1983-1987) y en el porcentaje de leyes con iniciativa del Ejecutivo que resultan aprobadas, aunque generalmente con modificaciones (también según Molinelli, el 59% en el período 1983-1987), aunque en esto no ha habido sustanciales variaciones a lo largo de la historia institucional argentina. Asimismo, debe señalarse la creciente práctica del veto parcial.

Ese debilitamiento de la acción del Congreso frente al Ejecutivo se mostró también en el ejercicio del control financiero que el primero debe ejercer sobre el segundo. En primer lugar, fue haciéndose cada vez más tardía la fecha en que el Ejecutivo debe presentar el presupuesto (comenzándose con el mes de mayo en que las sesiones ordinarias comienzan, y llegándose a partir de 1965 a fijar como fecha tope quince días antes del cierre de las sesiones ordinarias, que es el 30 de septiembre). A esto se le agrega la demora crecientemente mayor en que incurre el Ejecutivo en la presentación de hecho del presupuesto. La demora en cuestión resultó parcialmente convalidada a partir de la Ley 12.961 de 1947, que permite al Ejecutivo hacer desembolsos para gastos de urgencia a descontar de las partidas presupuestarias del presupuesto todavía no aprobado, y mucho más a partir del Decreto-ley 23.354, que dispone la extensión automática del presupuesto anterior si al 1° de enero el presupuesto no ha sido aprobado (cabe recordar el antecedente de 1908, en que el presidente Figueroa Alcorta puso en vigor el presupuesto anterior por un mero decreto, sin que hubiera ninguna sanción ni consecuencia negativa por esta radical irregularidad).

La misma menor injerencia del Congreso se pone de manifiesto en el otro extremo del proceso presupuestario: el de la cuenta de inversión, que permite al Congreso controlar cómo el Ejecutivo ha cumplido con la Ley de Presupuesto. Como dice Molinelli, a partir de 1947, con la Ley 12.196 se adoptó el sistema de considerar que el Congreso aprobaba automáticamente la cuenta de inversión si no la rechazaba en un plazo de cinco años, que desde 1956 fueron convertidos en cinco períodos de sesiones parlamentarias. La tendencia general, que también se manifiesta en forma creciente, es la de grandes demoras por parte del Ejecutivo en el envío de la cuenta de inversión, que a veces llega a años, y grandes demoras del

Congreso en considerarla. Esto muestra que crecientemente se fue dejando de tomar en serio, tanto por parte del Poder Ejecutivo como por parte del Legislativo, el papel fundamental del Congreso de orientar y controlar las políticas del gobierno por medio de su injerencia financiera, que es una de las armas más poderosas que cuentan los Parlamentos de democracias consolidadas frente a los gobiernos.

En cuanto al Poder Judicial, la relación de los jueces con el poder político en la Argentina ha ido adquiriendo una configuración deplorable, a pesar de que la Constitución introduce garantías de independencia a través de procedimientos de designación, remoción, seguridades de estabilidad y no disminución de sueldos. Obviamente uno de los factores más importantes para determinar la sumisión de los jueces al Ejecutivo lo han constituido los golpes de Estado –convalidados por los propios jueces– que han llevado a los dictadores a remover jueces manu militari, sujetando a su férula a los que designaba, y han obligado a las democracias restablecidas a renovar el aparato judicial.

Incluso la Corte Suprema ha llegado al extremo de convalidar la remoción de los jueces por los gobiernos dictatoriales (véase, por ejemplo, Fallos 172:344). A esto se le ha agregado que, aprovechándose de la laguna constitucional de no establecer el número máximo de jueces de la Corte Suprema, varios presidentes constitucionales, incluyendo al presente,[58] han procurado tener una Corte Suprema adicta mediante el expediente de ampliar el número de sus miembros a través de una ley aprobada por un Congreso también adicto. Tampoco el Senado ha cumplido correctamente con su papel constitucional de controlar las designaciones de los jueces nacionales –sobre todo cuando está dominado por una mayoría oficialista–; en sus sesiones de acuerdo, carentes de la elemental publicidad republicana, se suele proceder al trueque de diferentes designaciones según las fuerzas políticas o a cambiar el apoyo a la designación por la aprobación de proyectos de diversa índole (el último acuerdo para cuatro ministros de la Corte Suprema llevó unos pocos minutos, contra los meses que toma el Senado estadounidense para decidir si accede o no a cada propuesta del Ejecutivo).

Los mismos jueces, a través de doctrinas como la de las cuestiones políticas –que de ningún modo es una mera deferencia al proceso democrático–, han cedido buena parte de sus funciones a los órganos políticos. Además, los tribunales se encuentran atados por procedimientos –algunos de los cuales por acción u omisión son de su propia responsabilidad– arcaicos, ineficientes y antirrepublicanos. Un factor importante en este sentido ha sido la injustificada inobservancia de la prescripción constitucional de que se establezca el juicio por jurados, que hubiera implicado una descentralización de la disposición del aparato coactivo estatal con la consiguiente limitación de los abusos del Ejecutivo. Por cierto que esto constituye otro ejemplo notable de la tendencia hacia la ajuridicidad característica de nuestra vida social.

Desde ya que ha restringido, asimismo, la acción del Poder Judicial la vigencia recurrente, como vimos, del estado de sitio, que pone en manos del Poder Ejecutivo facultades que corresponden normalmente solo a los jueces. También ha ido en desmedro del Poder Judicial la proliferación de tribunales administrativos, a veces sin contralor judicial ulterior, como fue la justicia militar hasta 1984. La administración de justicia no cuenta con recursos (como cuerpos técnicos, policía judicial) adecuados para llevar a cabo sus funciones de investigación y juzgamiento en forma correcta –sobre todo cuando tiene que enfrentar a grandes intereses que cuenta con tales recursos para proteger su posición–. Esto se reflejará en el punto que analizaremos en la sección siguiente.

También parte de las facultades normativas y fácticas que fue asumiendo el presidente en el curso de la vida institucional del país las extrajo de las que les deberían corresponder a las provincias en una organización federal.

El federalismo argentino fue moldeado sobre la base del estadounidense. Sin embargo hay algunas diferencias notables entre el esquema constitucional argentino y el norteamericano en el mismo nivel normativo, principalmente la facultad del Congreso de dictar la legislación común (art. 67, inc. 11) y, como se ha dicho ya muchas veces en esta obra, el poder de intervención federal. Recordemos que si sumamos los períodos en que hubo gobiernos de facto y los períodos en que cada provincia estuvo intervenida, probablemente la mayoría de las provincias haya estado gobernada más

tiempo por autoridades delegadas del gobierno central en Buenos Aires que por autoridades electas por su propia población. Las facultades conferidas al gobierno federal por la Constitución –sobre todo la cláusula del comercio interprovincial y los poderes implícitos del Congreso del art. 67, inc. 28 de la Constitución nacional– fueron en general interpretadas generosamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pero lo que es más relevante es la deformación fáctica que ese federalismo fue sufriendo. Según Pedro J. Frías,[59] la dependencia de las provincias respecto del Estado central crece en relación con estos supuestos: en materia de recursos naturales, que deben sujetarse a la explotación por parte de las empresas del Estado, que concentra capital y tecnología; en materia de ingresos fiscales, que son cada vez menos susceptibles de legislación y recaudación provincial y se someten, por lo tanto, al régimen de coparticipación; en materia de la necesidad de planeamiento, para armonizar las prioridades de las distintas jurisdicciones; en materia de los aportes del Tesoro nacional, que se hacen necesarios para compensar los desequilibrios financieros por repercusión de las políticas nacionales en áreas como la salarial, la cambiaria, etc.; en materia de diversos problemas sociales, económicos y políticos, que requieren innovación legislativa, coordinación de régimen y originalidad de soluciones; en materia de instrumentación de medidas de gobierno, para las múltiples emergencias del Estado actual.

El tema impositivo ha sido sumamente relevante en esta deformación centralista, dada la asunción por parte de la Nación de la facultad de establecer impuestos directos como algo normal y permanente y el régimen de unificación de los impuestos indirectos. Según Héctor Masnatta,[60] esa unificación, a partir de la Ley 12.139, dio un poder impositivo casi total al Estado; ello hizo que en 1946 las provincias recibieran el 19,6% de la participación impositiva, lo que fue aumentando gradualmente para ser establecido ese porcentaje en el 50%, en 1973, y en 54,66%, en 1987.

También la apropiación por parte de la Nación de los recursos naturales (legitimado por la Corte Suprema en decisiones como la que se dio en YPF c. Provincia de Mendoza, 3/5/1979) –por más que se paguen a las provincias donde se encuentran regalías que ellas consideran insuficientes–

ha sido un instrumento de crecimiento desproporcionado del poder económico del gobierno nacional en desmedro de los gobiernos provinciales. De más está agregar la enorme ventaja que significa para aquel gobierno nacional contar con el control del Banco Central, que a través del manejo de la política monetaria y financiera del país permite a las autoridades nacionales un inmenso margen de maniobra y múltiples instrumentos de gestión política.

Sin embargo, a partir del proceso de democratización producido desde el 10 de diciembre de 1983, se advierte una tendencia importante a revertir ese proceso de concentración de poder en el gobierno federal. Ello ha estado favorecido por las diferencias de tendencia política entre la mayoría de los gobiernos provinciales y el Senado, por un lado, y el gobierno federal, por el otro, que se produjo entre 1983, y sobre todo 1987 y 1989. En esta tendencia, tiene mucho que ver la representación igualitaria de todas las provincias en el Senado y el piso de representación por distrito en la Cámara de Diputados, que se estableció a partir de 1983 y otorga a las provincias con escasa población una sobrerrepresentación. Estos mecanismos –sobre todo el del Senado, que se ocupa exclusivamente de los acuerdos para cargos públicos trascendentes– dan a las provincias más pequeñas un inmenso poder de negociación, que no se había puesto de manifiesto antes debido a la no aplicación plena de la Constitución. Esto se advierte en los avances progresivos de las provincias sobre el gobierno central en cuanto a la coparticipación federal.

La hinchazón del Poder Ejecutivo en desmedro de los otros poderes del Estado y de las provincias ha debilitado las instituciones democráticas en su conjunto y abierto enormes espacios que fueron ocupados por poderes corporativos. Estas corporaciones, que ya Rivadavia identificó y pretendió contener sin éxito, tienen el carácter bifrontal que ha señalado Guillermo O'Donnell:[61] por un lado, sirven de instrumentos de control del Estado sobre la sociedad; por otro, constituyen enclaves de grupos privados en el aparato estatal, gracias a privilegios y protecciones especiales que logran obtener.

En la Argentina, la corporativización del Estado ha sido obvia. Por ejemplo, la repetida toma del poder por parte de los militares ha estado acompañada

y ha sido seguida de un sistema de inmunidades que de hecho protegían su actuación, sistema que se quebró con los juicios por violaciones a los derechos humanos, por la conducción de la guerra de Malvinas y por actos de rebelión instaurados a partir de 1984. Una manifestación de ese estatus especial lo constituía, entre muchas otras situaciones, el fuero especial aun para los delitos comunes cometidos por agentes militares en conexión con actos de servicio o en lugares militares, lo que fue abolido, por primera vez desde 1823, por la Ley 23.049.

También la Iglesia católica goza de un estatus especial, concedido en un principio, como vimos, por la misma Constitución al establecer en su art. 2 la obligación del Estado de sostener el culto católico, y extendido a través de otros procedimientos como la financiación de la enseñanza privada. Además, sectores de la jerarquía eclesiástica procuran ejercer informalmente, pero con gran fuerza, una injerencia sobre aspectos de la vida social, sobre todo en lo que hace a la autonomía personal y a la libertad de expresión (como se advirtió en sus reacciones frente a la Ley de Divorcio y ante la abolición de la censura).

Los sindicatos gozan también de grandes privilegios legales e informales, principalmente el ejercicio de una representación excluyente por parte de las organizaciones reconocidas y su relevante injerencia en el manejo de las obras sociales.

Pero tal vez lo que ha penetrado más profundamente en el tejido social es el inmenso conjunto de protecciones y privilegios que caracterizan al sistema económico que fue desarrollándose a partir de los años treinta y, más aceleradamente, de los cuarenta. Este conglomerado de monopolios legales, subsidios, exenciones impositivas, regímenes de promoción, tarifas especiales, redescuentos, acceso a estatus privilegiados de contratistas del Estado, etc., está bien descrito en un libro de Jorge Bustamante.[62] Su etiología, vinculada a la posición de sectores militares y absorbida luego por el peronismo, está explicada en forma sumamente interesante por Carlos Waisman.[63]

Tomando en cuenta todos estos casos, el orden jurídico argentino aparece más como un mosaico de regímenes especiales que, como lo exige el

Estado de Derecho según vimos en el capítulo anterior, un sistema de reglas y órganos jurisdiccionales universalmente vinculantes.

A partir de 1983, se está produciendo una aparente reversión de este fenómeno corporativo en la Argentina. Por diversas razones que habría que analizar de manera más extensa, los diferentes grupos ya mencionados están, aparentemente, perdiendo capacidad de presión frente a los órganos democráticos. Este es un proceso que, si se mantiene –y no es neutralizado por el deterioro del Estado de Derecho en el país–, puede conducir a la definitiva consolidación de la democracia en la Argentina.

En esta sección, hemos hecho un sucinto análisis funcional de los desequilibrios institucionales que produjeron o condujeron a las situaciones de ilegalidad cuyo despliegue a través del tiempo hemos examinado en la sección anterior. Estos rasgos del sistema institucional argentino están vinculados a la persistente anomia de nuestra vida pública de modos muy diferentes. Muchos de los poderes que adquirió el presidente en desmedro de los otros poderes del Estado, generalmente en beneficio de grupos corporativos, resultan de violaciones claras de prescripciones constitucionales (como el caso de los indultos a procesados o los decretos de necesidad y urgencia). Otros poderes usurpados del Congreso por el presidente, la justicia o las provincias (como la delegación legislativa, las intervenciones federales por decreto o la ampliación de la Corte) lo fueron gracias a interpretaciones especiosas de la Constitución, propias del comportamiento formalista ante las normas que mencioné en el capítulo anterior. En otros casos, la adquisición de poderes no implica en sí misma una violación constitucional, pero es el resultado de violaciones constitucionales anteriores, como las producidas por los gobiernos de facto. Por último, las facultades excesivas del presidente han sido un factor de tensión política que ha conducido en muchos casos a situaciones de ilegalidad y de fractura de la institucionalización. Un presidente con menores facultades normativas y fácticas está obligado a entrar en coaliciones y acuerdos con partidos de la oposición, es objeto de menores presiones por parte de grupos corporativos (como ocurrió con las presiones militares ante un presidente como Frondizi) y su debilidad no incide en la debilidad de todo el sistema. Por otra parte una presidencia hipertrofiada crea expectativas que a veces el presidente solo puede intentar satisfacer,

sobre todo cuando tiene el Congreso en la oposición, con medidas inconstitucionales, como los decretos de necesidad y urgencia.

Estos desbordes normativos en la estructuración institucional de nuestro país demuestran que siguen persistiendo en sectores importantes de la sociedad, sobre todo en los que tienen acceso al poder público, las actitudes finalistas, que conducen a justificar la violación de las normas sobre la base del carácter imperativo de fines loables, o las actitudes formalistas, complementarias de las anteriores, que llevan a aplicar e interpretar las normas con absoluta prescindencia de los fines que ellas procuran satisfacer. Precisamente, la última ampliación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia,[64] que fue justificada, o bien en la necesidad de que ese poder se integre al proyecto impulsado desde el Ejecutivo o bien en que no hay una expresa prohibición constitucional de crear tantos siales en la Corte como sean necesarios para conformar una mayoría designada por un presidente y un Senado del mismo partido (no obstante que aprovecharse de esa laguna hace inútil todas las normas que pretenden asegurar la independencia de la Corte Suprema). Como veremos en los capítulos 4 y 5, parte de esta ilegalidad responde al fenómeno de anomia “boba” –como la llamé en el capítulo anterior–, puesto que implica una dinámica de interacción autofrustrante para los mismos intereses de los actores.

Todo esto muestra que la tendencia a la ilegalidad, o a la anomia en general, en el resto de la sociedad, tiene ejemplo e inspiración en el manejo del poder público.

[38] [Véase Argentina 1516-1981, ob. cit., p. 6.](#)

[39] [Véase Los orígenes de nuestra cultura autoritaria, Buenos Aires, Albino y Asociados, 1990, p. 26.](#)

[40] [Véase Historia de las ideas políticas en la Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 33.](#)

[41] Véase su *Psicología de la viveza criolla*, Buenos Aires, Américal, 1971.

[42] Ibíd., p. 283.

[43] Citado por Mafud, *Psicología de la viveza criolla*, ob. cit.

[44] Véase carta a López del 6 de marzo de 1836, en Enrique M. Barba (comp.), *Correspondencia entre Rosas, Quiroga y López*, Buenos Aires, Hachette, 1958.

[45] Véase referencia a carta a Quiroga de 1834, en Romero, *Historia de las ideas políticas...*, ob. cit., p. 91.

[46] Al respecto, véanse Sergio Bagú, “El plan económico del grupo rivadaviano, 1811-1827. Su sentido y sus contradicciones, sus proyecciones sociales, sus enemigos”, Instituto de Investigaciones Históricas, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional del Litoral, 1966, p. 85 y ss., y Jacinto Oddone, *La burguesía terrateniente argentina*, Buenos Aires, Libera, 1967, pp. 66-100.

[47] Véase *Argentina 1516-1981*, ob. cit., p. 99.

[48] Véase *La burguesía terrateniente argentina*, ob. cit., p. 72.

[49] Véase *Historia de las ideas políticas...*, ob. cit., p. 95.

[50] Véase *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria*, ob. cit., cap. 5.

[51] Véase mi artículo “The Duty to Punish Past Human Rights Violations Put into Context: The Case of Argentina”, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991.

[52] Véase *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XXV.

[53] Véase anexo en el Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1985, p. 305.

[54] Que contradice la proscripción del art. 95 de que el presidente se arrogue el conocimiento de causas pendientes, la norma del art 86, inc. 6, que, a diferencia del texto norteamericano que le sirve de antecedente, habla de “indultar [...] las penas por delitos” y la interpretación que le ha dado a estas reglas el art. 68 del Código Penal, que prevé al indulto como causal de extinción de penas.

[55] Véanse Néstor P. Sagüés, “Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado”, La Ley, 1985-E-798, y Humberto Quiroga Lavié, Derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 834.

[56] Proyecto de investigación sobre presidencialismo y gobernabilidad realizado por el Centro de Estudios Institucionales, con el patrocinio de la Fundación Ford.

[57] N. Guillermo Molinelli, Presidentes y Congresos en Argentina, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991, p. 164.

[58] Se refiere a Carlos Saúl Menem, presidente en 1992, cuando se publicó por primera vez este libro. [N. de E.]

[59] Véase “El sistema federal”, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, Elementos para una reforma de la Constitución nacional, Buenos Aires, 1988, p. 213.

[60] Véase “El problema de los recursos financieros en el sistema federal”, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, Elementos para una reforma de la Constitución nacional, ob. cit., p. 231.

[61] Véase “Corporatism and the Question of the State”, en James M. Malloy (comp.), Authoritarianism and Corporatism in Latin America, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1977.

[62] Véase La república corporativa, Buenos Aires, Emecé, 1988.

[63] Véase Reversal of Development in Argentina, ob. cit.

[64] En 1990, durante la primera presidencia de Carlos Menem, se amplió por ley el número de miembros de la Corte Suprema de cinco a nueve, lo que se conoció como una “mayoría automática” que respondía al entonces presidente. [N. de E.]

3. La anomia en la vida social de la Argentina

En el capítulo anterior he examinado cómo la estructura institucional de nuestro país se ha visto afectada por la inobservancia de normas, sea a través de comportamientos llanamente ilegales o inconstitucionales, sea por medio de actitudes que implican desprecio hacia la forma superior de legalidad que constituye el estado de derecho.

El objeto de este capítulo es analizar brevemente la forma en que se manifiesta la tendencia hacia la ilegalidad y la anomia en la vida social argentina. Es obvio que la vida social no puede separarse fácilmente de la institucional. Ambas esferas de la vida colectiva están imbricadas de diferentes modos: las instituciones generan normas para ser aplicadas a la vida social, y la anomia intrainstitucional se proyecta a la interacción no política de los individuos. Por el otro lado, el comportamiento de quienes ejercen el poder tiene un efecto demostrativo importante sobre la conducta del resto de la sociedad. También es verdad que aquellos que actúan en el marco institucional no constituyen un género separado de individuos, sino personas que actúan en otras esferas de la vida social y que tienen actitudes y hábitos que comparten con quienes interactúan en esas esferas y que trasladan a la vida pública. Por lo tanto, al tratar separadamente en este capítulo la tendencia a la ajuridicidad en diferentes aspectos de la vida social –la actividad económica, la contribución impositiva, la conducta en el tránsito, el funcionamiento de la administración pública, la vida académica– no se pretende de ningún modo mantener una línea divisoria nítida con la dimensión considerada en el capítulo precedente.

1. La economía informal

La anomia en la vida económica argentina se manifiesta de modos muy diferentes. Por ejemplo, a través de la existencia de formaciones monopólicas u oligopólicas en diversos sectores de la actividad productiva o comercial –piénsese, por caso, en la producción de papel prensa–. Pero fundamentalmente la anomia económica se manifiesta en la economía llamada “informal” o “negra”.

Adrián Guissarri[65] define inicialmente la economía informal como “toda actividad económica que viole leyes, reglamentaciones, o normas establecidas”, aclarando que hay diversas manifestaciones de informalidad como “la evasión fiscal, el contrabando, la fuga de capitales, los mercados negros, las actividades criminales”.

Luego el autor rechaza verbalmente esta definición a causa de un error fundamental de enfoque por el cual la ilegalidad es la respuesta racional frente al exceso de regulaciones en materia económica y, por otro lado, resulta moralmente legítima. Aunque no es el propósito de este libro entrar en consideraciones valorativas sobre los derechos individuales básicos vis-à-vis del poder estatal, para lo cual remito al desarrollo que encaré en otros lugares,[66] es interesante comentar brevemente los argumentos de Guissarri, ya que ellos reflejan el tipo de actitudes prevalecientes en la sociedad argentina, incluidos los grupos económicos, que justifican de este modo su comportamiento ilegal.

Ante todo hay una cierta confusión en Guissarri entre explicación y justificación. En el mismo contexto a la vez explica la economía informal como resultado del exceso de regulaciones y la justifica moralmente. La explicación tiene algún sustento, aunque este es algo diferente del que expone el autor. Es obvio que toda ilegalidad que no responde a una irracionalidad individual de los actores se puede representar a través de una fórmula en el que el costo de no cumplir con la ley es inferior a los

beneficios esperados a partir de ese incumplimiento. Lo que puede proveer una explicación iluminadora de ciertas conductas ilegales es la posible demostración de que el costo de cumplir con las leyes es excesivamente alto, dados los trámites engorrosos, las trabas burocráticas, etc., que ese cumplimiento implica, y que el costo de no cumplirla es por el contrario bajo, debido a la ineficacia –por corrupción o desidia– del sistema de sanciones previstas. Que este es el caso de buena parte de la regulación económica en la Argentina parece evidente, aunque habría que ilustrarlo debidamente.

De cualquier modo, esta primera no parece una explicación suficiente, ya que la anomia económica parece parte de la anomia general de la sociedad argentina en muchos otros campos –como el del tránsito– donde la regulación no sería especialmente excesiva o engorrosa. La ideología de Guissarri en contra de la regulación económica, que enseguida comentaremos, parece jugarle una mala pasada al no permitirle ver que la ilegalidad en materia económica no es un fenómeno aislado en la sociedad argentina, y que en los otros campos en que la anomia se manifiesta no es posible recurrir a la misma explicación.

En cambio, la explicación se refuerza si se advierte, cosa que el autor no hace en toda su obra, que los costos y beneficios cambian sustancialmente cuando aparecen los problemas de acción colectiva que analizaremos en el capítulo siguiente. Esto hace que el tipo de anomia emergente en el ámbito económico sea, en buena medida, como también veremos allí, la modalidad de anomia que llamamos “boba” en el capítulo 1, ya que perjudica a todos o a la mayoría de los actores involucrados, por más que el comportamiento anómico sea racional desde el punto de vista individual. Cuando la economía informal es vista desde esta perspectiva, ella se muestra como un aspecto más de la ajuridicidad que es característica de la vida institucional y social argentina, y que se explica por una dinámica de interacción autodestructiva que solo podría ser superada, como veremos en el capítulo 5, mediante el cumplimiento de normas, pero que, no obstante, conduce a la inobservancia de esas mismas normas que se dictan para contrarrestarla. El mismo excesivo reglamentarismo y el engorro y las trabas burocráticas para el cumplimiento de las normas aparecen, en parte, como consecuencia de esta dinámica de interacción autodestructiva, puesto que son típicas de las

actitudes ritualistas y chicaneras que mencionamos en el capítulo 1 como acompañantes de la anomia “boba”, y constituyen mecanismos de habilitación de la corrupción administrativa, que, como veremos, también responden parcialmente a problemas de acción colectiva.

Como dije, el intento de justificación que Guissarri hace de la ilegalidad económica es interesante porque muestra un tipo de actitud generalizada en los medios económicos para homologar moralmente la ilegalidad y perturba el intento explicatorio del autor, no obstante la indudable destreza con que maneja instrumentos técnicos. Guissarri expone la idea de John Rawls de “igual y máxima libertad”, desarrollada a partir de sus dos famosos principios.[67] Parece adherir a ella, pero luego sigue a James Buchanan en su idea de que entre las libertades fundamentales de los individuos debe reconocerse el derecho a la “secesión”, que les permitiría separarse de las obligaciones tributarias. Esto conduce a Guissarri a concluir que si el Estado excede el límite absoluto de proveer poco más que seguridad y justicia que deriva de la idea de “igual y máxima libertad” es posible ejercer el derecho de secesión. En sus palabras: “La informalidad es la respuesta, aunque imperfecta, a un derecho moralmente legítimo de segregarse del sistema formal”. [68]

Aquí Guissarri olvida que en el mismo párrafo de Buchanan que él cita,[69] este autor aclara que los secesionistas deberían separarse no solo de las cargas sino también de los beneficios fiscales, y que deberían proveerse sus propios servicios públicos, incluyendo el sistema legal y judicial. Esto, en realidad, implica una verdadera secesión política. Pero la separación no solo de las cargas sino también de los beneficios es necesaria, puesto que, de lo contrario, se daría el aprovechamiento como free riders o “colados” que, como veremos en el capítulo siguiente, es lo que realmente hacen quienes ejercen la economía informal. Nadie puede pretender justificar moralmente la explotación involucrada en aprovecharse del esfuerzo de otros sin afrontar los costos involucrados en el mantenimiento de los beneficios como los provistos por los servicios públicos.

Pero la cosa va más lejos de lo que advierte el propio Buchanan y, naturalmente, Guissarri. El aprovechamiento de los demás no se produce solo a través de los servicios públicos y del sistema jurídico, que los demás

mantienen gracias a sus esfuerzos y contribuciones, sino también por medio de sus servicios privados contratados en condiciones de desigualdad. Ese aprovechamiento como free riders del trabajo y de la abstención de los demás de acceder a lo necesario para satisfacer sus necesidades, manteniendo así el sistema jurídico que convalida una distribución inicial de propiedad no siempre moralmente justificada, crea en sus beneficiarios la obligación moral de realizar las contribuciones necesarias para proveer los recursos aptos que permiten satisfacer tales necesidades de los miembros menos favorecidos de la sociedad.

La sociedad en conjunto es, como dice Rawls, un “esquema de cooperación entre seres [que deben ser] libres e iguales”, y es profundamente inmoral tomar ventaja de los beneficios de la cooperación sin asumir las correspondientes cargas. Como luego veremos, la misma legislación laboral, contra la que embate Guissarri, permite, cuando es cumplida, contener la dinámica de acción colectiva que genera una profunda desigualdad en perjuicio de los trabajadores (y de paso, como también veremos, dañando también los intereses de los mismos empresarios). Para que la secesión de la que habla Buchanan sea moralmente legítima debe ser no solo política sino también social y económica, de modo de impedir que los intercambios con los menos favorecidos constituyan una explotación no compensada con las consiguientes contribuciones que la cooperación social exige.[70]

En definitiva, la “igual y máxima libertad” de la que habla Rawls y que parece entusiasmar a Guissarri no es, como lo piensa este último autor, la mera ausencia de obstáculos normativos o la de los obstáculos constituidos por la interferencia activa del Estado o de los demás. Está dada también por las prestaciones positivas, de los demás a través del Estado, que permitan neutralizar los impedimentos para ejercer la autonomía personal que provienen de la naturaleza (enfermedades, vejez, falta de talentos, accidentes) o de la acción de terceros (violencia o aprovechamiento de la situación de desigualdad).

Pero, como dije antes, aquí interesa no tanto discutir la validez de argumentos como los proporcionados por Guissarri para justificar la ilegalidad económica, sino mostrarlos en su endeblez como dato

sociológico indicativo de las actitudes que acompañan al fenómeno de la anomia en este ámbito.

A pesar de su rechazo verbal de la caracterización de la informalidad económica que él mismo proporciona, esta parece ser la que usa Guissarri en su valioso y diestro intento de medir ese fenómeno en la Argentina. En un apéndice de su obra precisa más este concepto sobre la base del producto bruto interno (PBI) no registrado. Aclara que PBI se define como la cantidad de bienes y servicios finales producidos en una unidad de tiempo. Luego, sostiene Guissarri que hay una serie de restricciones a la medición del PBI como el hecho de que haya bienes y servicios no transados en el mercado –como los que se producen en el ámbito doméstico–, el que haya bienes y servicios que responden a transacciones ilegales en general y criminales en particular, el que haya transacciones, incluidas por supuesto las criminales, de las que no se informa. Guissarri toma en cuenta para definir la economía informal el producto que no se informa a fin de evadir impuestos, eludir controles de precios, controles cuantitativos, cargas sociales, regulaciones, etc.[71] Aclara este autor, graficándolo con diagramas de Venn, que no todos los casos de producto no registrado, y por lo tanto de economía informal, son de evasión impositiva o de contrabando, y a la inversa, ya que, por ejemplo, hay casos de impuestos a la producción de bienes intermedios que no forman parte del PBI.

Guissarri toma en cuenta dos métodos para medir la economía informal en la Argentina. El primero de esos métodos es el monetario. Él parte del supuesto, como dice este autor, de que la economía informal demanda circulante como medio de pago para sus transacciones. La aplicación de este método exige estimar una demanda de circulante a partir de tres clases de variables: los precios relativos de los sustitutos de ese circulante (otros medios de pago y activos para conservar riqueza), la evolución de la riqueza de los agentes económicos, y variables que representan lo que Guissarri llama “causas de informalidad” (y que, como vimos, se identifican con una serie de muestras de intervencionismo estatal en los mercados, debido al enfoque explicatorio que este autor adopta a raíz de su posición ideológica). Sin entrar en los detalles técnicos a los que Guissarri recurre para explicar cómo se estima la demanda de circulante (que depende del PBI, de la inflación de la tasa real de interés, como variables que en general explican

su comportamiento, y del gasto público en función del PBI y de la brecha cambiaria, como variables que explican la demanda de circulante para transacciones informales), es necesario mencionar que este autor toma en cuenta el método de Tanzi para estimar la economía informal a partir de la demanda de circulante. Este método consiste en calcular la demanda de circulante “anulando” los efectos de las causas de la informalidad.

Según Guissarri, mientras el método Tanzi arroja para los Estados Unidos porcentajes de informalidad del 4% de la economía total en 1976, en la Argentina los porcentajes son mucho mayores. Para tomar algunas cifras demostrativas, mientras en 1930 el PBI registrado, estimado en millones de australes[72] de 1970, era de 2576 y el PBI “negro” era de 10, en 1948 las respectivas cifras eran 4425,9 y 3022,7; en 1967, 7355,2 y 3631,4; en 1975 de 10.102,7 y 9434,6, y en 1985 de 10.120,5 y 5324,8. Según el mismo autor, la importancia relativa del PBI informal sobre el PBI total, medida siempre sobre la base de la demanda de circulante, es del 17,58% para el período 1930-1946, del 37,23% para 1947-1955, del 30,54% para 1956-1972, del 42,70% para 1973-1976, del 35,40% para 1977-1980, y del 37,31% para 1981-1985. Por otro lado, la economía informal debe medirse como parte de las tasas de crecimiento del PBI; por ejemplo, según Guissarri mientras la tasa de crecimiento (debe de ser promedio anual, aunque no se aclara) en el período 1947-1973 fue del 3,57 del PBI registrado, ella fue del 5,08 del PBI total.[73]

El segundo método que utiliza Guissarri está basado en el insumo de energía eléctrica. De nuevo, no tiene sentido entrar aquí en las complicaciones técnicas a las que alude este autor para la estimación del índice de uso de energía eléctrica (aunque surge la duda de cuál es el impacto de la hipótesis controvertible que asume sobre las causas de la informalidad). Lo cierto es que los resultados que arroja este método son aproximadamente coincidentes con los del método anterior: el PBI informal habría sido del 10,4% del total para el período 1930-1946, del 30,8% para 1947-1955, del 24,2% para 1956-1972, del 32,3% para 1973-1976, del 32,9% para 1977-1980 y del 38,1% para 1981-1985.

Guissarri también tiene en cuenta estudios, como el realizado por Ramón O. Frediani, que muestran, entre otros datos significativos, que la informalidad

para el sector industrial es del 37,3% del total para 1985, o el efectuado por Ricardo H. Arriazu respecto del sector financiero, del que resulta que en 1986 la posesión de activos en moneda extranjera en el mercado informal era de 20.000 millones de dólares, los que, una vez sumados a los 3500 millones de dólares en moneda nacional existentes en los mismos mercados financieros informales, resulta que los activos financieros informales alcanzarían un 61% del total.

Cualquiera sea la confiabilidad de estas cifras, la magnitud de la economía informal en la Argentina aparece como considerable si se la compara con la de los países industrializados. Por ejemplo, según un cuadro de Guissarri, la aplicación del método que toma en cuenta diferencias no explicadas entre el ingreso declarado y los gastos arrojó, para los años más cercanos mencionados, un 4,6% para Suecia en 1978, un 2,5-2,9% para el Reino Unido en el mismo año, un 4% para los Estados Unidos en 1977, y un 6% para Dinamarca en el período 1974-1975. Por cierto, el resultado de la comparación es diferente si se toman en cuenta otros países subdesarrollados, tal como, por ejemplo, se adviene en el cuadro que traza para Perú Hernando de Soto en su famoso libro *El otro sendero*. [74]

En este último libro, meritorio por muchas razones, se adopta un enfoque mucho más cauto que el de Guissarri de celebrar la informalidad como un triunfo del mercado sobre la regulación intervencionista estatal. Si bien De Soto enfatiza las fuerzas innovativas y democratizadoras que están detrás de muchas de las manifestaciones de la informalidad peruana, también pone de relieve los costos de la informalidad. [75] Es errado ver la ilegalidad como un fenómeno positivo y la desregulación como un bien en sí mismo: es obvio que hay muchísimas regulaciones que son injustas e ineficientes, puesto que imponen cargas y restricciones sobre personas que no tienen la obligación moral de sufrirlas y porque generan trabas burocráticas inútiles o limitaciones sin sentido, que perjudican a todos con la posible excepción de los funcionarios que reciben favores para “aceitar” los mecanismos engorrosos. Pero muchas regulaciones tienen por fin, como veremos en el capítulo 5, precisamente superar situaciones de acción colectiva ineficiente —como las producidas por las imperfecciones del mercado, por ejemplo, las externalidades—, o están dirigidas a hacer efectivos deberes de solidaridad moral hacia las personas más débiles, cuyas necesidades no se cubren por el

funcionamiento espontáneo del mercado. Esto se puede ilustrar con el caso del transporte de colectivo de pasajeros que en muchos países latinoamericanos –como Chile y Perú–, comenzó a ser prestado ilegalmente, frente a las trabas que denuncia Hernando de Soto para su habilitación oficial.[76] Sin embargo, esto produjo un fenomenal problema de desorden urbano, inseguridad y contaminación ambiental. Se supone que algunas de las trabas burocráticas, eludidas por el fenómeno que estos autores celebran, deberían estar dirigidas a evitar esa contaminación, aunque seguramente se hayan visto desnaturalizadas en su aplicación (como ocurre en el caso de la Argentina).

El hecho de que la superación de la economía informal y la búsqueda de eficiencia económica se planteen en términos de desregulación indiscriminada es un componente más del cuadro de anomia que sufren las sociedades latinoamericanas en general, y la Argentina en particular. Es obvio que la cuestión no consiste en tener menos regulaciones –como quienes se benefician con el caos consiguiente quieren hacer creer–, sino en tener las regulaciones apropiadas y sobre todo en cumplirlas y hacerlas cumplir. Debemos evitar las fórmulas facilistas que proponen derogar a ciegas las regulaciones económicas vigentes sin hacer un arduo estudio de cuáles de ellas no están efectivamente dirigidas a resolver situaciones de ineficiencia e injusticia sino que ellas mismas son generadoras de ineficiencia e injusticia.

Este libro puede efectivamente verse como un intento de demostración de que, si bien hay normas que generan situaciones de ineficiencia social, existen innumerables situaciones de ineficiencia social que no pueden superarse si no es mediante normas.

2. La evasión impositiva

Como se dijo recién, citando a Guissarri, no toda evasión impositiva es demostrativa de economía informal y, a la inversa, no toda informalidad económica se expresa a través de evasión impositiva. Esto justifica que se dedique una breve sección al tema de la evasión de impuestos.

Uno de los primeros problemas que se enfrenta al tratar esta cuestión es el de definir la noción de evasión impositiva. Aquí se enfrenta la supuesta necesidad de distinguir entre evasión impositiva y “elusión” impositiva, que consiste en el no pago de impuestos, aprovechándose de los intersticios de las normas jurídicas, o sea, sus lagunas, ambigüedades, imprecisiones, etc. En general, los autores[77] coinciden en excluir el fenómeno de la elusión de la categoría que se forma con el fenómeno de la evasión a los efectos teóricos y prácticos. Sin embargo, para el propósito de este trabajo tal distinción es irrelevante.

Como vimos en el capítulo 1, la anomia “boba” que se da característicamente en la Argentina, y de la que la evasión impositiva es expresión parcial, no se manifiesta solamente en no realizar la conducta prescripta por la norma, sea que se adhiera o no a los fines normativos, sino también, en el cumplimiento formalista de las prescripciones legales sin adherir a los fines de tales prescripciones. Como vimos, este comportamiento puede adquirir dos modalidades: la ritualista, que toma esa realización de la conducta prescripta como un fin en sí mismo –lo cual constituye la perversión corriente de la burocracia–, y la chicanera, que persigue fines contrapuestos a los que determinaron la sanción de la norma. La llamada “elusión impositiva” suele ser manifestación de esta última modalidad de comportamiento anémico, y, por lo tanto, debe ser incluida a los fines de este estudio en el concepto de evasión. Cosa diferente es, por cierto, que, por aplicación de ciertos principios fundamentales del Estado de Derecho, como el principio de legalidad, este tipo de comportamientos no deba ser sujeto a pena. En otro lugar,[78] he defendido la posición de que, si

bien los fines que determinaron la sanción de una norma jurídica, sobre todo penal, deben ser tomados en cuenta en la interpretación y aplicación de esa norma, ello no debe ir en desmedro de la posibilidad de previsibilidad por el agente de cuáles serán las reacciones jurídicas que corresponden a su conducta.

Que la evasión, incluida la elusión impositiva, es un fenómeno singularmente expandido en nuestra sociedad parece evidente, y constituye uno de esos hechos notorios que todos percibimos en nuestra vida cotidiana por más que sea muy difícil de mensurar.

Precisamente, se insiste permanentemente en la gran dificultad para medir la evasión fiscal y en la falta de datos confiables y actualizados que arrojen una visión cuantitativa de la extensión de este fenómeno en la Argentina. Según Schwartzman[79] hay macromedidas de la evasión, que toman en consideración las cuentas nacionales, y micromedidas, que hacen un examen más minucioso a partir de auditorías internas en la administración fiscal, investigaciones históricas, etc. De acuerdo con este autor, se han realizado algunas macromediciones de la evasión fiscal en la Argentina. Una de ellas es la efectuada para la OEA-BID por el equipo de Federico Herschel. Él determinó, para el año 1959, una evasión del impuesto a los réditos del 86% sobre la recaudación potencial y del 607% sobre la recaudación efectiva. Es decir, según este cálculo, se habían recaudado ese año 10.323 millones de pesos cuando debieron haberse recaudado 72.984 millones. En una investigación, Oscar Oszlak halló para el año 1960 una evasión del 59,1% del impuesto a los réditos. Fernando Tow[80] determinó, para el año 1970, una evasión del 63,7% sobre la recaudación efectiva del impuesto a los réditos. Núñez Miñana estima un coeficiente de evasión del impuesto a los ingresos brutos de la provincia de Buenos Aires sobre la recaudación potencial, para el año 1974, del 34%. El propio Schwartzman hace una estimación de evasión fiscal global en la Argentina, computando el hecho de que algunos impuestos indirectos –no así el IVA– son inevitables, de alrededor del 50%. Según el Banco Mundial,[81] en 1984 solo el 13% de los inscriptos en la Dirección General Impositiva pagaron impuestos, y alrededor de un tercio de los reclamos por deducciones impositivas por promoción industrial eran fraudulentas. Aun los ingresos por aranceles del comercio exterior, que alcanzaban entre el 1,6 y el 3,3%

del producto bruto en ese año, eran superiores a los impuestos a las ganancias que solo llegaban a un porcentaje entre el 1,2 y el 1,9% del producto bruto.

Aunque todas estas cifras son muy inciertas, y, en el mejor de los casos, están desactualizadas, parece claro que los porcentajes de evasión en la Argentina son muy superiores a los de otros países. Según Schultess,[82] los porcentajes de evasión en Australia arrojan un monto del 6% sobre el PBI para el bienio 1980-1981, el Departamento del Tesoro estadounidense estimó la evasión de ese país para el año 1979 en el 1% del PBI. La evasión sobre recaudación potencial era en 1970 del 18,9% para Bélgica, del 5 al 15% para Noruega y del 6 al 9% para los Estados Unidos. Esta enorme evasión argentina se da al mismo tiempo que los niveles de presión impositiva están considerablemente bajos: por ejemplo, el Banco Mundial[83] calculó que el total de los ingresos fiscales de la Argentina eran en el año 1986 del 25,7% del producto bruto, mientras que en Israel, por ejemplo, alcanzaban, para el mismo año, el 52% del producto bruto nacional.

Se suele señalar que, entre las causas de la considerable evasión fiscal en nuestro país, hay algunas que son de índole accidental, como la inflación y sus secuelas de imposibilidad de cálculo económico y financiero, de dificultades y errores de las leyes que pretenden hacer ajustes por inflación, etc. Otro tipo de causas son las de índole técnica, como la superposición de impuestos, la falta de claridad de las leyes impositivas, el carácter engorroso para el cumplimiento de las obligaciones fiscales. Otras causas de evasión generalmente mencionadas son las de índole política, como la falta de adhesión de la población al destino de la recaudación o su percepción sobre su carácter injusto. Se da, asimismo, importancia decisiva a las causas de la evasión de carácter cultural, como la falta de reproche moral a los evasores, la connivencia con las formas más groseras del fraude fiscal, la falta de percepción del destino público de los impuestos, la excusa del no cumplimiento apoyado en el hecho de que los demás hacen lo propio. Schwartzman resume los pretextos más comunes de este modo:

La difusión de una alta evasión genera en los contribuyentes la motivación de evadir: “Si ellos no pagan, para qué tengo que pagar yo”, “Qué hacen con mi dinero”, “Mi competidor evade y si yo pago me fundo” son algunas de las frases que hemos oído en nuestro peregrinar buscando conocer el sentimiento de la gente.[84]

Estas últimas explicaciones coinciden con las de una encuesta realizada por el Centro de Estudios Institucionales, dirigida por el licenciado Jorge Mayer. El universo de la muestra probabilística por estratos fue la población de la Capital Federal de ambos sexos comprendida entre las edades de 18 y 72 años de edad; cubrió los veintiocho distritos electorales y se le asignó un margen de error de $\pm 10\%$. El 41,89% de las personas encuestadas respondió que si la evasión fiscal no estuviera sancionada dejaría de pagar impuestos, lo que constituye una cifra cercana al 57% que expuso tener otros motivos para pagar impuestos. Más aún, el 25% de los encuestados justificó el no pago impositivo en el hecho de que los funcionarios se roban lo recaudado; el 10%, en el hecho de que los servicios públicos son malos; el 21%, en que los impuestos son altos (lo que está desmentido por las estadísticas comparativas sobre presión impositiva en términos del PBI); y solo el 40% opinó que la evasión impositiva no está justificada.

Estos resultados fueron confirmados en una entrevista con un alto funcionario de la Dirección General Impositiva, efectuada a los fines de esta investigación.[85] El entrevistado sostuvo que en la Argentina existe una ruptura del “pacto fiscal” en períodos hiperinflacionarios. La gente se retira del sistema fiscal en cuanto se da cuenta de que el Estado perdió la capacidad de controlarlo. Sostuvo que la sensación de riesgo por el no pago es inherente al cobro de impuestos. Más allá de los principios que uno puede tener, “solo se paga si hay riesgo”. Agregó que si bien es importante la educación y también es importante que la gente reciba información sobre el destino de lo recaudado, la que no la tiene, ello solo no es suficiente y es necesario introducir el factor de riesgo (en 1981, la Dirección General Impositiva tuvo su recaudación mayor cuando se aplicaron penas corporales por incumplimientos menores). El entrevistado agregó que en los Estados Unidos y Alemania el buen comportamiento se inicia por la sensación de

alto riesgo y luego termina internalizándose. Esto debe ser complementado con factores como la percepción de la gente –que nunca la tuvo– de que los servicios mejoran a medida que la recaudación se incrementa. También algunos mecanismos, como el Loteriva –sistema que estimula la entrega de facturas y tickets que acreditan el descuento del IVA a través de sorteos con premios para clientes y comerciantes–, tienen alguna efectividad, como se manifestó en el aumento de un 70% de la recaudación del IVA en los primeros nueve meses de 1991, comparada con los años anteriores. Pero aun en este caso el riesgo jugó un papel decisivo a partir de intimaciones mensuales, publicación en los diarios de listas de deudores, inspecciones frecuentes, etc. Finalizó diciendo el entrevistado que un sistema democrático favorece que a mediano plazo se mejore la recaudación, ya que implica la existencia de responsabilidades compartidas, es posible corregir los rumbos, se enriquece la visión de cada uno con la de los demás.

De estos datos surge que la altísima evasión impositiva existente en el país –la que todavía no ha podido ser medida con aceptable precisión– se debe principalmente en parte a la falta de controles punitivos por la autoridad recaudadora y por la justicia, y en parte a la falta de adhesión moral a las obligaciones fiscales, lo que en buena medida está provocado por dudas sobre el destino y buen empleo de los fondos recaudados y sobre la equidad de los impuestos.

También debe agregarse la mediana ineffectividad de mecanismos de estímulos indirectos como el Loteriva, ya que, si bien su relevancia no es descartada por los funcionarios del sistema, es aparente que, a diferencia de otros ámbitos como Chile, no ha alcanzado a movilizar a la población en la obtención de facturas, en el envío al sorteo y en su seguimiento (cosa que era de esperar dada la pasión por el juego perceptible en la sociedad argentina).

3. La corporativización de la economía

En los capítulos previos he planteado que una de las características más distintivas de la vida institucional y social argentina es la presencia de grupos de interés que actúan corporativamente. Ha habido ya muchos estudios sobre este rasgo de la sociedad y de la dinámica política argentina, en especial, y latinoamericana, en general,[86] por lo que me limitaré a describirlo en términos sucintos y a mostrar su vinculación con el fenómeno de la ilegalidad.

Es necesario comenzar por distinguir el corporativismo argentino y latinoamericano del corporativismo fascista, por un lado, y del fenómeno de la existencia de grupos de presión y de lobbies que se presenta, con diversos grados, en todas las democracias liberales. La forma más adecuada de producir estas distinciones es recurriendo a la característica de bifrontalidad, la que, según O'Donnell,[87] diferencia al corporativismo latinoamericano. Tal carácter bifrontal está dado por el hecho de que él tiene tanto una dimensión privatista como una estatista. La dimensión privatista consiste en el hecho de que los grupos de interés en la región llegan a constituir verdaderos enclaves de poder y de privilegio dentro del aparato estatal, en una forma más intensa de lo que cualquier grupo de interés estadounidense o alemán puede aspirar a conquistar, de modo que cumplen un papel ineludible en el proceso real de toma de decisiones. La dimensión estatista está dada por el hecho de que las corporaciones latinoamericanas constituyen también –a diferencia de los grupos de presión de las democracias liberales y al igual, pero en menor grado, que las corporaciones fascistas– mecanismos de control por parte del Estado de sectores de la sociedad. La contrapartida de los privilegios y de la participación en las decisiones que se otorga a los grupos corporativos es el empleo de ellos por parte de quienes ostentan el poder político para controlar sectores de la sociedad, como la clase obrera.

El corporativismo se ha desarrollado en Latinoamérica en general y en la Argentina en especial al compás de los gobiernos populistas –en particular, el peronismo en la Argentina–, los burocrático-autoritarios, y también en los períodos que prevaleció lo que Samuel Huntington[88] llama “pretorianismo”, en los cuales el poder del Estado es prácticamente desplazado por las acciones y decisiones de las corporaciones, muchas veces en conflicto entre sí, como ocurrió durante el gobierno de Isabel Perón. Se ha distinguido[89] entre el corporativismo inclusionario y el exclusionario, según se incorpore o no a las formaciones sindicales, y a la clase obrera que ellas pretenden representar, en la constelación de corporaciones con las que el poder político se encuentra interpenetrado. En esto se diferencian, por cierto, las etapas populistas y las burocrático-autoritarias. Sin embargo, unas y otras están inspiradas por una base ideológica común, que está dada por la idea de una nación que tiene una conformación orgánica y que solo está representada por las fuerzas “reales” que participan en el proceso productivo, o constituyen su custodia espiritual o su custodia armada.

En esta sección me voy a referir solamente a las formaciones corporativas en el campo económico. Como lo han puesto de manifiesto autores como Jorge Bustamante[90] y Adrián Guissarri,[91] la historia de la formación del corporativismo económico argentino puede trazarse siguiendo las medidas adoptadas por los distintos gobiernos de protección y privilegio de áreas de la producción, del comercio, de las finanzas, del trabajo, etc., mediante prohibiciones, cupos y aranceles de importación, precios sostén, control de precios, reintegros a las exportaciones, subsidios directos, devaluaciones de la moneda, redescuentos de créditos, privilegios impositivos –sobre todo en ciertas áreas geográficas de promoción industrial–, otorgamientos de monopolios y concesiones de explotación exclusiva, compras por el Estado a proveedores en condiciones beneficiosas, adquisición por parte del Estado de empresas privadas en estado de falencia, jubilaciones privilegiadas, etc. No es que cualquiera de estas medidas no se apliquen en países con democracias liberales establecidas y economías en que el mercado juega un papel central –aunque obviamente no exclusivo–.

Lo que distingue a la Argentina, como lo apuntan la mayoría de los autores que han estudiado el fenómeno, es el carácter masivo, indiscriminado y persistente en el tiempo de estos instrumentos de protección y de intervención, con consecuencias económicas, sociales y políticas notables. [92] Está casi de más decir que esas consecuencias fueron la ineficiencia general de la economía y su consiguiente falta de competitividad en el ámbito internacional, la formación de clases sociales cuyo poder no es correlativo a la productividad de sus miembros, la generación de una dinámica política de ejercicio de presión para la continuación y el incremento de los privilegios, de entrelazamiento de intereses entre sus beneficiarios y quienes dictan las normas que promueven esos privilegios, y, por cierto, la corrupción de estos últimos funcionarios.

El inicio de la corporativización de la economía argentina parece situable inmediatamente después de la crisis de los años treinta. Como dice Guissarri,[93] el gobierno cede a las presiones de los sectores más afectados por la crisis y en 1933 se establecen la Junta Reguladora de Granos y la Junta Nacional de Carnes con el fin de regular los precios y favorecer la intervención en los mercados; la política de precios mínimos que se estableció tuvo un impacto presupuestario muy relevante. También en esa década se crearon otros instrumentos parecidos como la Comisión Nacional del Azúcar, la Junta Reguladora de la Industria Lechera, la Junta Nacional de la Yerba Mate. También en esa década se crea el Banco Central, al que se autoriza a realizar redescuentos y otras operaciones de intervención en los mercados financieros. Asimismo en 1931 se introduce el sistema de control de cambios, que incluyó luego la necesidad de que los exportadores vendan las divisas al gobierno y de que los importadores soliciten permisos previos de cambio. En esta década pegan un salto considerable los aranceles de importación, que llega a ser entre 1931 y 1939 de alrededor del 23,5% del valor de las importaciones contra un promedio del 14% de las dos décadas anteriores. Por cierto que en esta década cobran importancia las actividades empresarias del Estado en diversas áreas de la producción y de la prestación de servicios, pero este es un tema que no nos concierne aquí directamente.

El segundo gran escalón en la política de concesión de protecciones y privilegios a grupos económicos privados se produjo después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo por acción del gobierno peronista. Para ello se

utilizaron instrumentos como el Instituto Argentino de Promoción del Intercambio, creado en 1946, al que se le otorgó el monopolio del comercio exterior, lo que dio lugar a discriminaciones positivas y negativas, y el Instituto Nacional de Reaseguros, creado el mismo año, dirigido a proteger a los aseguradores nacionales e impedir que el reaseguro se realice en el exterior. Se monopolizó la concesión de créditos por parte del Estado a través de la nacionalización de los depósitos bancarios y de la creación del Banco Hipotecario Nacional y del Banco de Crédito Industrial. Por otro lado, tan pronto estallada la Segunda Guerra se estableció un amplísimo sistema de control de precios, que luego siguió con diversas extensiones y variantes. También se pegó un salto no solo cuantitativo sino también cualitativo en la protección de la producción nacional contra las importaciones, ya que se comenzó una vasta política de prohibición de importaciones, generalmente instrumentada a través de la suspensión de permisos de cambio. En esta misma década se consolidaron los privilegios a los sindicatos, estableciéndose la personería gremial, el monopolio de la representación por industria y la retención obligatoria de las cuotas sindicales.

La tercera etapa iniciada a partir de 1955 y que llega prácticamente hasta diciembre de 1983 se caracteriza por una serie de marchas y contramarchas en la extensión del sistema de privilegios y protecciones, aunque en general tendiendo hacia su continua expansión. Por ejemplo, a partir de 1967 se inicia un proceso de rescate y de rehabilitación de empresas privadas, mediante mecanismos como las moratorias especiales de deudas, o su absorción por el Estado. En 1971 se inicia una política de tipos de cambios múltiples y de sobrevaluación del peso (entre 1969 y 1975, el tipo de cambios para importaciones se devalúa alrededor de un 50%). Se aumentaron los derechos de exportación a las exportaciones tradicionales y los reembolsos y créditos con tasas subsidiadas en el caso de las exportaciones no tradicionales. En 1971 se dictó la Ley de Promoción Industrial en beneficio de unas pocas provincias, que representó una enorme cesión de recursos impositivos del Estado a los sectores privados, los cuales no siempre fueron invertidos en la producción.

A partir del proceso de transición a la democracia iniciado en diciembre de 1983, se está realizando un esfuerzo serio de descorporativización de la

economía –paralelamente al que se fue desarrollando para limitar el rol de otras corporaciones que condicionaban las decisiones políticas de los poderes públicos–. Las privatizaciones intentadas y realizadas y las desregulaciones encaradas por ambos gobiernos democráticos desde 1983 hasta 1991 han avanzado significativamente en la limitación del poder de los grupos corporativos en materia económica. Sin embargo, el gobierno del expresidente Raúl Alfonsín tuvo que enfrentar presiones de esos grupos con resultados negativos en instancias decisivas de su mandato.

El profesor Henri Barkey[94] ha mostrado, por ejemplo, cómo esas presiones hicieron fracasar el Plan Austral. Comparando el éxito que tuvo el plan análogo que se encaró en Israel por el primer ministro Shimon Peres, Barkey llega a la conclusión de que en la Argentina la mayor debilidad del Estado frente al capitalismo corporativo que ha colonizado la sociedad civil fue un factor determinante del fracaso del programa de estabilización. Señala que el hecho de que el Estado sea dueño de una gran cantidad de empresas no le concede poder; al contrario, el control estatal de áreas económicas significativas así como su intervención por medio de subsidios o regulaciones reduce la capacidad de maniobra del Estado ya que provoca grandes presiones de las corporaciones para beneficiarse con esas medidas. Agrega:

La resistencia ofrecida a las privatizaciones y las dificultades encontradas en la eliminación de los subsidios –alrededor de cuatro mil millones de dólares en 1985– durante los años de Alfonsín demostraron la incapacidad del Estado para llevar adelante algunas reformas básicas. Los intentos de Alfonsín para privatizar Somisa, el productor de acero, o la aerolínea nacional, que había perdido mil millones de dólares, fueron neutralizados por una combinación política y sindical. Similarmente la lucha por créditos baratos y subsidios para el sector privado, que contrapuso a los miembros tradicionales de la UCR contra el equipo económico, fue el resultado de un Estado que ha abandonado una buena parte de su poder de decisión a grupos de la sociedad civil que esperan recibir su parte –aun si esto significa deshacer iniciativas económicas mayores. Los empleadores, por ejemplo, comenzando tres o cuatro meses después de la inauguración del

Plan Austral empezaron a violar los lineamientos del gobierno a voluntad concediendo aumentos de sueldos. Esto, sin embargo, no es un fenómeno nuevo. Robert Ayres encontró que el ejercicio del poder estatal está muy deteriorado en la Argentina, donde los grupos socioeconómicos tienen un poder de veto enorme que ayudan a derrotar los intentos de estabilización. [...] Alfonsín, por lo tanto, encaró una tarea imposible: redemocratizar un Estado fracturado y quebrado es suficientemente difícil, pero simultáneamente liberalizar y sacudir un Estado corporatista atrincherado es una tarea hercúlea.

Todavía no se ha hecho un estudio serio que yo sepa de las influencias de esas fuerzas corporativas en el período entre febrero y julio de 1989, que condujeron a la desestabilización de la economía con la consiguiente hiperinflación y finalmente a la renuncia de Alfonsín cuando se le impidió todo control sobre las variables económicas básicas.

Sin embargo, esa hiperinflación, con el peligro consiguiente de desintegración social, parece haber mostrado a tales grupos corporativos el abismo a los que conduce su acción –en términos de la autofrustración de sus propios intereses como consecuencia de su acción colectiva–, ya que, luego de varios frustrados planes económicos y de una nueva hiperinflación, han debido ceder frente a intentos efectivos del presidente Carlos Menem de concretar la política de desregulación y de reforma del Estado iniciada por el gobierno anterior –a través de medios jurídicos sumamente cuestionables y de procedimientos administrativos sospechados, y sin los necesarios resguardos sociales–. En esto han influido también positivamente las tradicionales conexiones corporativas del peronismo –que le ha permitido controlar posibles reacciones adversas de los sindicatos, las Fuerzas Armadas y la Iglesia y le han hecho posible, junto con la alianza con grupos de la derecha, conquistar la confianza de empresarios y financistas– y la “falsa conciencia” de los sectores empresarios beneficiados con la estructura corporativa –que han internalizado el discurso a favor de la libertad económica preconizada, en su propio beneficio, originariamente por grupos agroexportadores, que gozan todavía de considerable ascendiente social–.

Lo que interesa a los efectos de este trabajo es advertir las múltiples relaciones que hay entre el corporativismo y el fenómeno de la ilegalidad. En primer lugar, el corporativismo mismo es, por definición, atentatorio contra esa forma de legalidad superior que se mencionó en el primer capítulo como parte de la noción de Estado de Derecho. La manifestación jurídica del corporativismo social y político es un sistema legal que constituye un mosaico de regulaciones que otorgan estatus especiales a individuos o grupos. Las normas prohibitivas suelen estar acompañadas de excepciones particulares, las obligaciones suelen estar parcialmente derogadas, la competencia discrecional de los individuos es ejercida de forma diferencial. Todo esto va en contra de los postulados de generalidad y de universalidad que son constitutivos del estado de derecho.

Por otra parte, la dinámica del corporativismo es tal que los privilegios que se otorgan son permanentemente cambiantes, de acuerdo con las circunstancias objetivas y según la relación de fuerzas entre diferentes grupos corporativos y entre estos y el gobierno. Ello infringe otro de los postulados del Estado de Derecho que es la estabilidad de las normas.

Un Estado de Derecho socavado por el corporativismo genera situaciones análogas a la de la lisa y llana ilegalidad producida por el incumplimiento de las prescripciones jurídicas. Como luego vamos a ver, la ineficiencia social que puede ser resuelta mediante la vigencia de ciertas normas se produce en parte por falta de aseguración de expectativas sobre el comportamiento de los demás. En la medida en que las normas jurídicas que regulan cierta actividad no son universales, generales y estables, se hace muy difícil hacer un cálculo sobre el comportamiento de los demás actores de la interacción social y económica.

También el corporativismo genera ilegalidad dado que alimenta un ejercicio de permanentes presiones sobre el poder público que muchas veces no solo tiene impacto en la normatividad vigente, provocando que se hagan excepciones y que se impongan limitaciones explícitas a su cumplimiento, sino que en muchas otras ocasiones desborda esa normatividad, presionando para que se consientan comportamientos antijurídicos de los grupos corporativos en cuestión.

De más está decir que la dinámica corporativa es un alimento persistente de la corrupción de funcionarios. Las diferentes presiones de los grupos de interés van generalmente acompañadas de estímulos de diferente índole, pero sobre todo económicos, a los funcionarios que deben conceder los privilegios o protecciones para que vuelquen su favor sobre ese grupo y no sobre otros. Generalmente, en un Estado corporativo bien “aceitado”, la corrupción adquiere formas sofisticadas, puesto que no se manifiesta meramente en dar algún beneficio económico a un funcionario para que otorgue una protección o privilegio, sino en obtener que el funcionario del área, incluso un ministro, esté estrechamente vinculado –hasta puede llegar a ser su abogado– con el grupo de interés en cuestión.

Tanto la expansión como la retracción de las actividades empresarias del Estado, que están interrelacionadas con el corporativismo, dan ocasión para actos ilegales y de corrupción. Es curioso que las oleadas de sospecha de corrupción en masse coincidieron en el país tanto con el proceso de estatización de la economía como con el movimiento opuesto de privatización. Por otro lado, estos movimientos fuertes de la estructura económica se prestan para actos ilegales del poder público. Por ejemplo, buena parte de las medidas de reforma económica emprendidas por el presidente Menem han sido instrumentadas por procedimientos de dudosa constitucionalidad. Ello es así, por ejemplo, en el caso de la Ley de Reforma del Estado, que otorga amplísimas delegaciones al Ejecutivo que el Congreso no puede constitucionalmente efectuar. De la misma manera ocurrió con la transformación en bonos de los depósitos bancarios por un simple decreto del Poder Ejecutivo, que la Corte Suprema ha convalidado en el caso Peralta,[95] mostrando una baja sensibilidad por la tendencia a la ajuridicidad inherente a nuestra práctica institucional. Lo mismo ocurrió con el decreto del Poder Ejecutivo de julio de 1991, que deroga los regímenes de jubilaciones de privilegio establecidas por ley. Por último, el decreto de desregulación dictado por el presidente Menem el 31 de octubre de 1991 es manifiestamente inconstitucional, por las materias legislativas que pretende normar, y por derogar un conjunto importante de leyes (el gobierno alega que muchas de tales leyes son de facto; este sería un excelente argumento respecto de la capacidad del decreto para derogar esas leyes, si no fuera porque la Corte Suprema, manipulada en su composición por el mismo gobierno, ha decidido en el caso Godoy del 27 de diciembre

de 1990, tal como vimos en el capítulo anterior, que tales leyes tienen la misma validez que las dictadas por el Congreso de la Nación). Esta ajuridicidad que suelen padecer las medidas desreguladoras las vuelven autofrustrantes, ya que afectan por otra vía el Estado de Derecho que buscan restablecer, impidiendo que se genere la situación de seguridad jurídica que es condición esencial para el eficiente funcionamiento de una economía no corporativa.

Finalmente, otra conexión entre el corporativismo y la anomia está dada por los efectos que suelen producirse cuando se quiere revertir ese fenómeno. Como ya vimos en la sección anterior, no solo se tiende a adoptar cursos de acción antijurídicos, como acabamos de ver, sino que el contenido de las medidas desregulatorias suele ir más allá de la derogación de privilegios o protecciones especiales. La ideología desregulatoria suele avasallar también regulaciones que son perfectamente justificadas puesto que tienden a impedir tipos de interacción autofrustrantes que son características de la anomia que llamé “boba” en el capítulo 1 y que analizaremos en los dos capítulos siguientes. Legislaciones como las de protección laboral –por ejemplo, las que garantizan un salario mínimo o ciertas condiciones de trabajo–, las que preservan –por ejemplo, el descanso dominical–, las que tienden a hacer más equitativa y leal la competencia económica, las que tienden a proteger la salubridad de los consumidores, las que tienden a internalizar las externalidades, etc., son necesarias para evitar que se generen dinámicas de acción colectiva que terminan perjudicando a todos o a casi todos los partícipes de la interacción social en cuestión.

4. La corrupción

El fenómeno de la corrupción está masivamente generalizado en la sociedad argentina. Esto lo advierten los extranjeros apenas trasponen la manga que los traslada del avión al suelo nacional: es uno de los pocos países en los que en ese lugar hay funcionarios llamando a ciertos pasajeros por sus nombres, los que luego tienen un trato preferente en los trámites migratorios y de aduana. Ni qué hablar que esto se confirma en el mismo trámite aduanero (un amigo mío preguntó al vista de aduana cuánto debía dar de propina a quien le estaba transportando las valijas, y cuando le contestó “veinte dólares”, comprendió que debía de haber un malentendido y que el pago no debía de ser, precisamente, para el maletero). Los síntomas siguen en esos primeros momentos en suelo patrio con la contratación del transporte colectivo de Ezeiza a la ciudad, que está monopolizado por una sola compañía que cobra aranceles incomparables a los de situaciones similares en el mundo. Continúan con el acoso que se sufre al intentar abandonar el aeropuerto con ofertas de servicios de remís de poca confiabilidad. Las primeras impresiones se consolidan al ingresar en la autopista que lleva a la ciudad, en la que se cobra un peaje que no tiene parangón en el mundo civilizado y que al extranjero le resulta difícil creer que es simplemente producto de la libre competencia de ofertas (por supuesto que aquí no menciono otras muestras flagrantes de ilegalidad que asaltan al visitante apenas traspone nuestra frontera, como la basura acumulada a los costados de la autopista, los peatones que cruzan esta a pocos metros de los puentes provistos para ese efecto, la falta de respeto de los carriles de circulación, etc.).

Naturalmente que no es necesario consultar a los extranjeros para detectar la corrupción argentina. Según una encuesta de la empresa Gallup, realizada en marzo de 1991,[96] el 77% de los habitantes considera que la corrupción es muy elevada en el país, el 20%, que es elevada, y solo el 2%, que es baja.

Por cierto que la corrupción es un fenómeno mundial, como el sida. Pero al igual que en el caso del sida lo importante es el grado de corrupción que padece la sociedad. Un grado bajo de corrupción hasta es recomendado (controvertiblemente) por algunos teóricos[97] como forma de incentivar las actitudes innovativas o de destrabar obstáculos al funcionamiento del mercado o de superar ciertas exclusiones políticas. Cuando la corrupción traspasa cierto umbral, sin embargo, ella no solo impide el buen funcionamiento del conjunto social y de sus instituciones, incluyendo el proceso democrático y el mercado económico, sino que adquiere un carácter difícilmente reversible, dado que se alimenta a sí misma y afecta a los mismos mecanismos designados para contener la corrupción. Hay razones para pensar que la sociedad y las instituciones argentinas han llegado a grados de corrupción que traspasan el umbral mencionado.

No hay ningún estudio empírico serio sobre la corrupción en la Argentina. Todo lo que tenemos son manifestaciones impresionistas y anecdóticas de quienes ocupan o han ocupado posiciones cercanas a la toma de decisiones importantes o a la investigación y juzgamiento de posibles casos de corrupción. Cualquier funcionario público importante, cualquier juez del crimen o fiscal, cualquier embajador extranjero, tiene un rico anecdotario de casos de cohecho que ha podido observar, y de las dificultades para denunciarlo, probarlo o juzgarlo. Por lo tanto, en lo que resta de este capítulo me limitaré a hacer algunas observaciones generales sobre el fenómeno de la corrupción que creo que son aplicables al caso argentino.

El primer problema es el de la definición de la corrupción. Como dicen los compiladores del volumen *Political Corruption*[98] en su introducción, hay definiciones de “corrupción” que están centradas en su relación con la función pública. Por ejemplo, la definición de Bayley aclara que, aunque la idea de corrupción está conceptualmente atada con el acto de cohecho, es un término general que cubre el mal uso de la autoridad para la utilidad personal que no necesita ser monetaria (en realidad, el concepto de corrupción debería cubrir lo que los argentinos llamamos “acomodo” y en otros países se llama “gancho”, que es un tipo de abuso que no se hace necesariamente por ganancia del funcionario, ni monetaria ni de otro tipo, sino a veces por amistad o para retribuir favores). Otras definiciones están centradas en el mercado, como la de Van Kleveren, que caracteriza a la

corrupción por el hecho de que el funcionario público concibe a su puesto como un negocio, cuyas utilidades intenta maximizar. Están por último las definiciones centradas en el interés público, como la de Cari Friedrich, quien sostiene que existe corrupción cuando el que tiene una posición de poder y está encargado de hacer ciertas cosas, o sea, es un funcionario responsable, es inducido, por incentivos monetarios o de otro carácter, a beneficiar a quien ofrece los incentivos y causa por lo tanto daño al público y sus intereses.

Parece conveniente absorber varios de los rasgos destacados por estas definiciones y caracterizar la corrupción como la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce a o se beneficia con tal incumplimiento. Esta definición tiene la ventaja de comprender lo que llamamos antes “acomodo”, de abarcar tanto el cohecho pasivo como el activo, de referirse tanto al estricto incumplimiento de normas como al cumplimiento formalista del que hablamos en el capítulo 1, y de incluir tanto la corrupción en el ámbito público como en el privado. En efecto, aunque cuando se habla de la corrupción generalmente se hace referencia a la que se da en el ámbito público, la que se da en el sector privado es no solo posible sino también importante, como resulta del análisis que hace de ella Susan Rose-Ackerman[99] (la autora muestra la dinámica por la cual se genera corrupción en los agentes, los altos ejecutivos o los miembros de las juntas de las grandes empresas; los argentinos siempre visualizamos un caso mucho más modesto de corrupción privada: la de los boleteros de los cines). También es importante tener presente –lo que tiene enorme importancia para la concientización sobre la corrupción– que cada vez que hay un funcionario o empleado corrupto hay un ciudadano o consumidor que también lo es.

Hay ciertas coincidencias entre los estudiosos del tema de la corrupción en señalar cuáles son los efectos negativos y positivos que esta puede tener. Por ejemplo, David Bayley[100] cita como efectos dañosos el fracaso de

alcanzar los objetivos que se propuso el gobierno, el incremento del costo de la administración, la disminución de los fondos a ser destinados a causas públicas (si tiene la forma de una “comisión”), la promoción de más corrupción –ya que una de las características del fenómeno es que tiende a autoalimentarse–, la reducción del respeto a la autoridad constituida cuando la gente percibe la corrupción de los altos funcionarios, el dar un mal ejemplo a la ciudadanía en cuanto al cumplimiento de la ley, el perder autoridad para adoptar medidas antipopulares, la pérdida de tiempo en hacer los contactos implícitos en los actos de corrupción, los conflictos y acusaciones a que da lugar la corrupción, la demora de los trámites que se impone para dar ocasión a actos de corrupción. Entre los efectos positivos de la corrupción, Bayley menciona la posibilidad de neutralizar decisiones políticas que pueden ser incorrectas, el mejoramiento de la calidad de los funcionarios cuando los sueldos son bajos, la posibilidad de contener el desempleo mediante designaciones de favor, etc. Nye[101] también menciona algunos efectos positivos de la corrupción, como la posibilidad de formación de capital para invertir, la superación de trabas burocráticas, la oportunidad de superar discriminaciones oficiales, entre otros. Naturalmente, también percibe considerables desventajas en la corrupción como la fuga de capitales, el descontento social, la reducción de la capacidad administrativa, la pérdida de legitimidad. Según este autor, las desventajas superan a las ventajas cuando la corrupción pasa de cierto grado de controlabilidad, sobre todo cuando abarca a los niveles superiores de gobierno.

También hay cierta coincidencia en la literatura[102] en que la corrupción se expande en la medida en que existen oportunidades para ella, y bajan los costos de la corrupción en relación con los beneficios. Las oportunidades para la corrupción dependen de factores como la discrecionalidad de ciertos funcionarios, la falta de transparencia de los actos y procedimientos de la administración, la falta de controles externos, la limitación del número de funcionarios que pueden tomar decisiones importantes. Susan Rose-Ackerman ha estudiado, por ejemplo, los modos de organización administrativa que proveen oportunidades para diferentes tipos de corrupción.[103] Los costos de la corrupción tienden a ser bajos cuando el cumplimiento de las normas implica la pérdida de grandes beneficios, cuando las sanciones formales o informales son leves e improbables,

cuando la detección de la corrupción es difícil por falta de controles, de medios técnicos, de concientización de los funcionarios, de debilidad de la prensa y la opinión pública en general, etc. También favorece la corrupción la confusión sobre qué casos están comprendidos en ella y qué casos son manejos lícitos de un funcionario, y la falta de refuerzos para la integridad de los funcionarios.

Jeanne Becquart-Leclercq[104] desarrolló una explicación teórica de la corrupción sobre la base de la superposición de dos estructuras normativas. Por un lado, una dimensión simbólica que expresa una visión idealizada de la sociedad, y, por el otro, una dimensión operacional, la que comprende las prácticas reales de la sociedad, los códigos implícitos de los actores sociales. La corrupción se genera con la disonancia entre estos dos sistemas normativos, de acuerdo con cómo cada uno de ellos se difunde entre las élites y el público en general. Esto parece coincidir con los estudios que se han hecho sobre la corrupción en lugares como Sicilia,[105] donde prevalece como código operacional una moral basada en las relaciones clientelísticas, familiares o de amistad, por sobre las pautas impersonales y objetivas.

Precisamente este tipo de moral particularista parece tener un arraigo profundo en la Argentina y ella se pone de manifiesto en la generación de situaciones de corrupción y en la debilidad de las respuestas sociales para combatirla. La formación de relaciones de complicidad en intercambios “cara a cara” parece sumamente fácil y rápida en la Argentina: dos personas que tienen aun un encuentro fugaz en un taxi, en una oficina pública, en un medio de transporte asumen generalmente, apenas intercambian unas pocas palabras, una situación de solidaridad, frente a exigencias impersonales como las del Estado o la sociedad en conjunto –frente a las cuales el argentino tiene profunda desconfianza–, que hace muy improbable que una de ellas denuncie o aun critique un comportamiento dañoso para el bien común que advirtiera en la otra. Ni qué decir que estas actitudes de complicidad se profundizan cuando se trata de relaciones de trabajo, estudio, familiares o de amistad que se prolongan en el tiempo. Esto hace sumamente difícil la detección de hechos de corrupción, que no suelen dejar más rastros que la percepción de una de las partes en el hecho o la de allegados a las personas involucradas. Los compañeros de trabajo de un

funcionario corrupto, aun cuando ellos mismos no sean corruptos, consideran una actitud desleal la de denunciar a quien saben positivamente que se está enriqueciendo por dádivas recibidas a cambio de favores de servicio. Aun la actitud de interpelar al corrupto y reprocharle moralmente su comportamiento, que perjudica al bien público y deteriora la imagen de toda la repartición, suele ser considerada una conducta más bien bochornosa, propia de un mal compañero o de un idealista tonto.

Además de la falta de internalización de las pautas ideales en favor del código operativo del que nos habla Becquart-Leclercq, la detección de actos de corrupción se hace sumamente difícil en la Argentina por el miedo a las represalias que puede provocar una denuncia. La inestabilidad política del país, que ha influido en la inestabilidad de la misma administración pública, la arbitrariedad de quienes ejercen el poder hace que nadie se sienta realmente seguro en su puesto como para animarse a denunciar los hechos de corrupción que se ejercen en un ámbito público. Quizás el denunciado es amigo de un ministro, quizás el día de mañana sea jefe... Lo cierto es que si un empleado novato pide consejo a un veterano sobre qué hacer respecto de una “coima” que ha pasado ante sus ojos, lo más probable es que reciba por respuesta el consabido “no te metás”.

El consejo parece estar justificado, dado que, en el mejor de los casos que el denunciante no reciba represalia alguna, resulta sumamente difícil llevar a cabo un sumario administrativo o un proceso judicial por cohecho y que este culmine en una sanción administrativa. La responsabilidad civil contra el Estado y, personalmente, contra el funcionario que incurrió en la irregularidad casi nunca es hecha efectiva, por falta de costumbre de la sociedad de recurrir a este procedimiento de control social, por la extrema lentitud, engorro e inaccesibilidad de los trámites judiciales y por el criterio injustificablemente estrecho de los jueces para admitir compensaciones por daños causados por actos administrativos y en fijar montos indemnizatorios adecuados.

A las dificultades probatorias habituales en estos hechos, se une la oscuridad normativa sobre el límite entre un acto administrativo poco prudente y el deshonesto, y, sobre todo en relación con los hechos de corrupción más importantes, la falta de medios técnicos de la justicia, la

administración misma y la policía, para elucidar complejos problemas contables o de otra índole para inferir maniobras ilícitas. Todo esto hace que el costo de la corrupción sea muy bajo en nuestro país, si computamos la probabilidad efectiva de sufrir un perjuicio como consecuencia de ella. Como se dijo, aun el reproche social o el aislamiento no son consecuencias probables de un proceder público corrupto, y hasta se puede ser destinatario de la admiración social por ser extraordinariamente hábil.

Por otro lado, el beneficio de los actos de corrupción suele ser muy importante en la Argentina. En la medida en que haya grandes intereses económicos dispuestos a marginarse de la ley o de los reglamentos para maximizar sus utilidades, y que las prohibiciones legales den oportunidades de negocios provechosos que no existen en el marco de la ley o si la ley no existiera, la participación en esas utilidades que puede tener el funcionario cómplice puede ser de considerable magnitud. Desde ya que el atractivo de estos beneficios es todavía mayor si, como ocurre en nuestro país, los sueldos de los funcionarios son muy modestos. En realidad, hay sueldos que parecen haberse fijado previendo que los funcionarios reciban pagos extras por los favores que hagan empleando su poder.

Por su parte, la modalidad de designación, ascenso y remoción de los funcionarios es también propicia para la propagación de la corrupción. Muchos funcionarios son designados por razones políticas por el presidente, el ministro o el secretario de turno, generalmente como recompensa por favores de tipo político recibidos en las campañas para las elecciones internas y externas (va de suyo que muchas veces las remuneraciones de los cargos no explican el carácter de la recompensa). Estos nombramientos políticos no cesan –como el caso de los Estados Unidos, por ejemplo– con la cesación de las funciones del presidente o político que hizo la designación, sino que los funcionarios así nombrados gozan de estabilidad. Vale decir que tenemos lo peor de los dos mundos: la estabilidad que impide la remoción propia de los sistemas en que rige una verdadera carrera administrativa, pero con el ingreso a cualquier posición en el organigrama, propio de los sistemas que carecen de carrera y prefieren tener una administración flexible al servicio de los órganos políticos (por cierto que la primera condición hace que se vayan formando, como dice Fred Riggs,

[106] camadas de funcionarios designados por los gobiernos anteriores que boicotean a veces a las nuevas autoridades).

Las oportunidades para la corrupción se facilitan en la Argentina por la modalidad de muchas reglas. Hay normas que exigen obligaciones de cumplimiento casi imposible o absurdo. Por ejemplo, normas de tránsito que fijan límites de velocidad ridículos dadas las características de los automóviles modernos, o normas para la habilitación de negocios que exigen recaudos extremadamente minuciosos, engorrosos y sin sentido. Como resultado de ello, se acrecientan las posibilidades de estar al margen de la ley y de ser acosados por funcionarios que buscan su coima. Es común ser detenido en las rutas de ciertas provincias por policías ávidos que revisan minuciosamente el automóvil en busca de pequeñas desviaciones de las normas de seguridad. Los argentinos tenemos todos la sensación de estar al margen de la ley, no solo porque conscientemente no la respetamos sino porque tememos que haya ignotas reglamentaciones que no estamos observando.

Ello nos coloca a todos bajo la discrecionalidad casi absoluta de los funcionarios. Cuando un ciudadano es interpelado por un funcionario siempre presiente que lo puede encontrar en infracción, y en consecuencia que depende del humor del funcionario o de su conformidad con el “arreglo” que se le ofrece que le deje seguir su camino tranquilo. No hay mejor caldo de cultivo para el autoritarismo que cuando toda la ciudadanía está en falta y por lo tanto a merced del poder. Por cierto que el mismo fenómeno de estar sujeto a la discrecionalidad del poder por estar siempre en infracción es lo que permite que la corrupción se realimente. Un funcionario que no tiene su conciencia muy limpia se ve imposibilitado de denunciar otros hechos de corrupción, y está sometido él mismo a la arbitrariedad de sus superiores y de sus compañeros.

También ofrece vastas oportunidades de corrupción el formalismo en el cumplimiento de las normas, que es lo que suele regir y suele ser impuesto por los superiores a los inferiores en la administración pública. Hay funcionarios que adoptan la modalidad ritualista de cumplimiento de las normas, o sea, cumplir con las conductas prescriptas pero sin ninguna atención a los fines de las normas, puesto que de este modo saben que no

sufrirán consecuencias negativas ni asumirán responsabilidades, ya que en el control de su función no se exige que satisfaga sustancialmente los fines para los que las normas fueron dictadas. Como muchas veces el cumplimiento ritualista lleva a resultados absurdos, trabando actividades que no se supuso que iban a ser impedidas por las normas en cuestión cuando fueron dictadas, ello conduce a que se ofrezca al funcionario una retribución por variar su comportamiento ritualista. Esto suele conducir a la modalidad chicanera del comportamiento formalista, que, como vimos, consiste en realizar la conducta prescripta por la norma pero de una forma de cumplir fines distintos de los que la norma procura satisfacer.

Estas oportunidades para la corrupción dadas por las modalidades con que las normas son cumplidas están relacionadas con los procedimientos de control administrativo a los que los funcionarios suelen estar sujetos en la Argentina. El control suele ser previo y estar basado en el cumplimiento de ciertas formalidades, en vez de ser posterior y apoyarse en la satisfacción de fines sustantivos. Por ejemplo, para compras por el Estado de montos superiores a ciertas cifras se exige la realización de una licitación o de un concurso de precios. Pero si, como muchas veces ocurre, hay una colusión entre los ofertantes y entre estos y los funcionarios que conciertan la licitación y el menor precio ofrecido es notablemente superior al precio del mercado, el funcionario no suele tener responsabilidad alguna por la contratación en esas condiciones, con tal de que haya seguido al pie de la letra los pasos licitatorios. No hay en general en la Argentina responsabilidad por los resultados de la gestión burocrática; la única responsabilidad en la que se incurre es por el incumplimiento de formalidades (si se cuenta con el sello correspondiente, si el formulario se llenó por duplicado, si se cumplieron en la justicia los términos procesales, etc.).

También la organización de la administración pública parece favorecer la corrupción en la Argentina. Los trámites suelen seguir secuencias jerárquicas tales que los pasos ulteriores no revisan la legitimidad, oportunidad o conveniencia de lo que se ha hecho en los pasos anteriores sino que simplemente se adicionan, proporcionando a los funcionarios oportunidades para recibir favores en cada uno de ellos. Por otro lado, no

existen vías alternativas para realizar el mismo trámite una vez que la vía elegida inicialmente se encuentre trabada.

Claro está que esta conformación de la burocracia argentina no es absolutamente casual, sino que es funcional a las prácticas de corrupción de los mismos funcionarios que inciden en aquella conformación.

5. La anomia en las actividades productivas

La mayoría de las actividades productivas en la Argentina están incididas por grados importantes de anomia. Esto es un hecho notorio y adquirimos plena conciencia de él tan pronto observamos a nuestro alrededor las múltiples formas en que prácticamente cualquier actividad productiva se ve trabada por el desorden y la desorganización. Pensemos solamente en el tiempo que se pierde en la Argentina por la demora en comenzar cualquier reunión de trabajo o la frustración completa de las reuniones por la inasistencia de quienes debían concurrir a ellas (esto es famoso en el caso del Congreso de la Nación: el timbre llamando a los diputados o senadores suele sonar por horas hasta que la sesión puede comenzar, y muchas sesiones se terminan frustrando por falta de quórum).

Para quienes el ejercicio de observar alrededor no les resulta convincente, conviene dar algunos ejemplos notorios de incumplimiento generalizado de normas en actividades de producción de bienes y servicios en la Argentina.

Un primer ejemplo que abarca una situación ampliamente generalizada es la despreocupación por el medio ambiente y el equilibrio ecológico con que se desarrollan muchas actividades productivas. Si bien el problema de la contaminación es una verdadera cuestión planetaria que preocupa a los organismos internacionales y a las grandes potencias, en nuestro país debería tomarse una rápida conciencia del tema, ya que estamos llegando a extremos inaceptables de degradación de nuestro ecosistema. La contaminación de los ríos, canales y arroyos, sobre todo por aguas servidas producidas por industrias y desagües cloacales, la de la atmósfera por escapes de gases tóxicos de vehículos e industrias, la contaminación sonora por efecto del tránsito de aviones y automotores y por plantas industriales, el deficiente recogido y distribución de los desperdicios, etc., está afectando de un modo crecientemente grave la calidad de vida de los argentinos.

En el fondo, este es también un problema de anomia “boba” ya que la contaminación es constitutiva de ineficiencia social, una vez que se toman en cuenta las víctimas –individualizables o no– de esa contaminación, y es esta una ineficiencia que se podría superar o atenuar obedeciendo ciertas normas.

Las normas en cuestión, como se verá más adelante, deben tender a “internalizar” los efectos de transacciones productivas que afectan a terceros ajenos a esas transacciones (lo que se denomina “externalidades”). Es necesario dictar y observar normas que obliguen a tomar en cuenta los intereses de esos terceros, haciéndolos intervenir en las transacciones.

Muchas veces se dice que la Argentina tiene problemas más urgentes de desarrollo y justicia social que el problema ecológico. Esto es verdad solo en parte, ya que ese problema condiciona el tipo de desarrollo deseable y suele afectar más a los sectores más débiles de la sociedad.

Otro ejemplo muy diferente –por su carácter circunscripto– de anomia en la vida productiva, ya mencionado, es el incumplimiento por parte de los farmacéuticos de la prohibición de vender ciertos medicamentos si no es bajo la presentación de la receta médica correspondiente. Como se sabe, hay tres categorías de medicamentos a los efectos de su venta al público: los que requieren receta archivada (generalmente los psicofarmacos), los que requieren la simple presentación de la receta (por ejemplo, todos los antibióticos, los corticoides, los broncodilatadores), y los de venta libre (como los analgésicos simples). También es sabido que solo se cumple la exigencia de receta archivada y que prácticamente nunca se pide la prescripción médica para el resto de los medicamentos. Muchos sostienen que esto facilita enormemente la automedicación con los riesgos consiguientes. Otros aducen, en cambio, que la generalización de la receta crea procedimientos médicos engorrosos y caros, ya que el paciente debe concurrir permanentemente al médico –pagando la visita correspondiente–, cuando hay muchas ocasiones en que el médico recomienda el remedio por teléfono, o se trata de la repetición de un medicamento que el enfermo toma toda la vida por una enfermedad crónica, o el paciente debe acceder al medicamento a altas horas de la noche o en un día feriado (como alguien que debe sufrir en los Estados Unidos los inconvenientes del sistema

opuesto –que implica que si me quedo sin mi broncodilatador de noche o en domingo debo ir al hospital–, creo que estos últimos argumentos tienen bastante sustento). Pero la cuestión no es cuál debe ser el sistema más adecuado de expendio de ciertos medicamentos, sino el contraste entre las normas y la realidad. Si se considera que la práctica vigente es adecuada, deberían derogarse las normas que exigen receta médica. De lo contrario, cualquier fármaco está en falta y sujeto a la arbitrariedad de los inspectores –como se expuso en la sección anterior– y cualquier cliente se puede encontrar con la sorpresa de que puede ser negado el acceso al medicamento sin una vía alternativa prevista. Esta dualidad de tener normas en los papeles que coinciden con las de los países desarrollados –seguramente deben de ser, en este caso, las recomendadas por la Organización Mundial de la Salud– y tener una práctica absolutamente divergente es típica del subdesarrollo. Corresponde a la actitud social de presentar una fachada ficticia y de actuar como si se hicieran las cosas en serio, aunque no se asumen los costos correspondientes.

Un tercer ejemplo lo podemos extraer de una actividad completamente diferente como es la vida judicial. Entre las muchas corruptelas en este ámbito que se podrían mencionar se puede citar la más obvia: el Código de Procedimientos en lo Criminal y Correccional de la Nación exige que audiencias tales como la declaración indagatoria, las testimoniales, etc., deben hacerse ante el juez que entiende en la causa. No se trata aquí de una formalidad necesaria o engorrosa que justifique –como diría Guissarri– el incumplimiento de la norma correspondiente. La finalidad de la norma es muy obvia, ya que es absolutamente relevante que quien debe dar por acreditado o no acreditado a un hecho y disponer sobre la base de ese juicio gravísimas consecuencias para la libertad y el patrimonio de las personas presencie las deposiciones de imputados y testigos. Se ha dicho hasta el cansancio que hay una enorme diferencia entre leer las transcripciones que de esas declaraciones ha hecho un empleado –casi siempre con deformaciones importantes– y advertir las propias palabras del declarante, con sus vacilaciones, sus silencios, sus gestos, etc. Esto es tan esencial para la administración de justicia, que no parece que haya razón que pueda justificar su incumplimiento. Sin embargo, prácticamente nunca los imputados y testigos deponen ante un juez o siquiera ante un secretario letrado. Lo suelen hacer ante un empleado, a veces novato, que suele

escribir trabajosamente, con dos dedos en una vieja Olivetti, lo que creen que aquellos dicen o quieren decir.

Un cuarto ejemplo de anomia en la vida productiva argentina lo podemos extraer de la situación del sistema actual de radio y televisión al momento de editarse este libro. No obstante los intentos de aprobar un nuevo régimen legal una vez restablecida la democracia, todavía está vigente la Ley de Facto 22.285 que regula el otorgamiento de licencias y las limitaciones a que deben someterse los concesionarios (al momento de escribir estas líneas, se está tratando en el Senado un nuevo proyecto de ley).[107] Dado que los sucesivos gobiernos han suspendido, mientras tanto, el otorgamiento de licencias, han aparecido una cantidad inmensa de radios mal llamadas “clandestinas” (lo que constituye casi una contradicción en los términos). Por cierto que esta situación peculiar en cualquier sociedad políticamente organizada implica al menos que el Estado deja de percibir ciertos tributos que corresponden a cualquier actividad lucrativa, en general, y a una actividad que usa los bienes públicos constituidos por las ondas hertzianas, en particular. Pero tanto estas radios como las legales incurren en muchos otros tipos de ilegalidad: no se respetan, por ejemplo, los tiempos establecidos para la publicidad, la prohibición de transmitir publicidad de loterías, etc.

El quinto ejemplo que quiero tomar tiene que ver con el cumplimiento de normas técnicas de carácter interno a una actividad productiva, y que sin duda están dirigidas a maximizar su eficiencia. Por cierto que este incumplimiento debe ocurrir en casi todas las actividades productivas de bienes y servicios. Es conocida la falta de cumplimiento de normas sobre control de calidad en la fabricación de productos (que nos ha perjudicado persistentemente en el exterior con las variaciones en la calidad de los productos exportados) o los estrechos márgenes de seguridad que se emplean en la realización de diversos servicios. Quiero ilustrar este tipo de anomia con el ejemplo de la actividad que yo mismo desempeño: la actividad académica consistente en producir investigaciones teóricas en el campo de la filosofía, la ciencia del derecho y la teoría política.

La investigación teórica para realizarse con seriedad requiere dos tipos de condiciones infraestructurales: por un lado, un marco institucional que

provea los recursos necesarios para llevar a cabo esa tarea: sueldos que permitan la dedicación intensa, bibliotecas y hemerotecas, materiales de trabajo, la interacción con estudiantes de grado y posgrado cuyos estudios se nutran de tales tareas de investigación. Por el otro lado, una comunidad académica que establezca pautas de excelencia en la producción teórica, que controle el cumplimiento de esas pautas, que establezca y aplique criterios de selección y promoción de los investigadores en el área, que genere una dinámica de discusión e intercambio de ideas.

Es obvio que el primer tipo de condiciones no se satisfacen en nuestro medio. Las universidades, que constituyen los ámbitos institucionales naturales para la investigación teórica, no proveen, sobre todo en el ámbito de las ciencias sociales, el derecho y las humanidades en general, ninguna de las condiciones antes mencionadas (ni sueldos, ni material bibliográfico, ni otras facilidades, ni contactos sistemáticos con estudiantes involucrados en tareas de investigación). En realidad aquí hay una violación sistemática de las normas definicionales de las que se habló en el apéndice del capítulo 1, ya que lo que llamamos “universidad” en nuestro país ha perdido las características que distinguen a ese tipo de instituciones en el mundo civilizado: enseñanza interrelacionada con tareas de investigación, dedicación exclusiva a la docencia y a la investigación por parte de académicos profesionales (y no de profesionales que hacen de la docencia una tarea amateur u honorífica), dedicación intensa a su entrenamiento por parte de los estudiantes, deliberación crítica y no memorización repetitiva como método de aprendizaje, las bibliotecas y laboratorios como centros de la vida universitaria. Las instituciones dedicadas a la promoción de la investigación científica suplieron a las universidades en el pasado en la distribución de recursos, pero ahora están tan desprovistas de medios como las propias universidades. De nuevo hemos adoptado la actitud de actuar como si tuviéramos universidades y actividad científica sin asumir los costos correspondientes (quiero mencionar aquí el contraste entre el presupuesto de nuestras universidades y el de una universidad extranjera como la Universidad de Puerto Rico: esta cuenta este año con un presupuesto de seiscientos ochenta millones de dólares; si consideramos que solo tiene cincuenta mil estudiantes, podemos calcular fácilmente cuántas veces más valor en servicios recibe un estudiante de esa universidad que un estudiante argentino).

Sin embargo, no es a la ausencia de esta primera clase de condiciones a lo que me quiero referir aquí sino a la inexistencia, lo que no ocurre en las ciencias llamadas “duras”, de una verdadera comunidad académica que cumpla las funciones que he mencionado. Esto es relevante para este trabajo porque no tiene que ver meramente con la escasez de recursos – como se prueba en áreas como las de la física o química igualmente desprovistas de medios– sino con el fenómeno de la anomia. En derecho, ciencias sociales y las humanidades en general, no obstante la existencia de algunos teóricos realmente brillantes y de haber muchos estudiosos de gran valor por su dedicación a la actividad teórica de entrega desinteresada a la docencia, no se han generado pautas de excelencia académica que permitan distinguir al “burro” del “gran profesor”. En muchos concursos se juzgan los antecedentes en forma meramente cuantitativa sin tomar en cuenta la calidad de los trabajos, el prestigio de las revistas o las editoriales donde ellos han sido publicados, las excelencias de las universidades donde se han realizado estudios de posgrado. No hay generalmente entre las universidades y centros de investigación, sobre todo en las ciencias sociales y las humanidades, competencia para atraer a los profesores e investigadores cuya producción es más interesante. No hay en general un *cursus honorum* claro para los jóvenes que se inician en tareas de investigación, no obstante la vocación conmovedora de muchos de ellos. Las promociones académicas poco tienen que ver con los méritos genuinos que se vayan acumulando.

Los exponentes más claros de todo esto son las academias, las que en el plano de las ciencias sociales y de las humanidades (con la posible excepción de la economía) están lejos de contar como miembros con los intelectuales que más han contribuido a su campo teórico y que gozan de mayor prestigio internacional, por supuesto salvando algunos casos excepcionales.

En el ámbito del derecho, la filosofía y la sociología, etc., no hay una jerarquía de publicaciones periódicas claramente entendida. Es más, la mayoría de las publicaciones periódicas no cumplen en general con las normas de referato anónimo de pares para la publicación de los trabajos que es de práctica en toda revista seria. No se pone generalmente énfasis en que cuando se escriba sobre un tema se tome en cuenta y se aproveche el trabajo

que se ha hecho sobre el mismo tema, a veces en la Argentina misma. Raramente se expone claramente una tesis a defender, mostrando en qué medida difiere o constituye un avance sobre lo que ha sido expuesto en otros trabajos. No se promueve la discusión objetiva y seria. En general, las referencias a otros trabajos son o bien citas de compromiso, dentro de una práctica de reciprocidad mal entendida, o involucran ataques personales, que suelen tener origen en conflictos por celos profesionales o hasta en encontronazos por intereses ajenos al campo académico. En el campo del derecho, no hay prácticamente juristas teóricos independientes que no tengan intereses profesionales, políticos o empresariales y que puedan, por ejemplo, criticar a la Corte Suprema (sin temer por la suerte de juicios que tengan entablados ante ella como abogados prácticos). La apropiación indebida de opiniones ajenas se practica con alguna frecuencia, y, como todo lo que ocurre en este ámbito académico, no es objeto de sanciones claras por parte de los colegas en la actividad. En el mejor de los casos, se prefiere ignorar lo que se escribe en el mismo país para citar en cambio a autores extranjeros, muchas veces absolutamente desconocidos en sus países de origen pero cuya mención da un aire de erudición y autoridad a lo que se expone. No suele haber cuidado en la precisión de las citas y las referencias bibliográficas.

Muchos de estos rasgos anémicos en la actividad intelectual en el campo de las humanidades y las ciencias sociales, que, milagrosamente, no han impedido del todo la producción de obras teóricas de notable valor, son consecuencia del aislamiento respecto de comunidades académicas que se ocupan de estos temas en el exterior –como sí ocurre en las ciencias “duras”–. La integración con tales comunidades hubiera implicado la necesidad de adoptar sus pautas de excelencia, pero también hubiera conducido al desplazamiento de muchos de quienes ocupan lugares prominentes en los ámbitos teóricos autóctonos y la promoción de muchas figuras de nivel internacional que todavía trabajan, milagrosamente, en los ámbitos académicos de las humanidades y de las ciencias sociales del país.

Las normas que se desconocen en el ámbito de las humanidades y las ciencias sociales son de tipo técnico, según la clasificación expuesta en el capítulo 1. Es decir, se trata de pautas generalmente tácitas que indican medios y procedimientos para alcanzar niveles de excelencia en la

producción teórica y que han sido desarrolladas a través de la experiencia en ámbitos académicos de avanzada. Está casi de más decir que la falta de una verdadera comunidad académica capaz de hacer cumplir tales pautas de calidad en el ámbito del derecho, la filosofía y las ciencias sociales resiente la productividad de este sector de la actividad social, medida en términos no de cantidad de trabajo sino de contribución real y efectiva al campo del saber en cuestión. La producción teórica en esta área, que ocupaba un lugar de privilegio hace un tiempo en el mundo de habla hispana, ha ido adquiriendo con el correr del tiempo una relevancia menor, no obstante las importantes excepciones de académicos de calidad que todavía siguen trabajando en el país a pesar de todos los obstáculos.

6. La anomia en el tránsito

Es significativo que los argentinos no estemos permanentemente preocupados por la manifestación más clara y evidente de la anomia “boba” de nuestra sociedad: la que se manifiesta en el considerable caos del tránsito en nuestras ciudades y rutas, que es significativamente mayor del que se puede observar en buena parte del mundo, desarrollado o subdesarrollado.

Parecería que el tránsito fuera una cuestión menor, y que los problemas que de él emergen fueran pequeñas molestias que debemos sobrellevar, sin prestarles demasiada atención, como parte de la gran densidad urbana y como consecuencia de un temperamento nacional algo rebelde.

Sin embargo, el desorden del tránsito en la Argentina –que refleja de un modo bien visible la tendencia a la ajuridicidad de toda nuestra vida social– no es un fenómeno trivial. Este afecta profundamente los bienes más preciados de los argentinos.

Según un estudio sumamente valioso de Sergio Rocamora,[108] en la Argentina los delitos de tránsito son la primera causa de muerte entre los 10 y los 50 años de edad y la tercera luego de esa edad. El Ministerio de Salud Pública de la Nación registra un promedio de unas 3800 muertes anuales como consecuencia de accidentes o delitos de tránsito, pero la Comisión Nacional de Tránsito y Seguridad Vial considera que se elevan a más de 5000, y cuando se proyectó la derogada Ley 22.934 se calculaba en la exposición de motivos que la cifra de muertes es de alrededor de 6000 por año. Vale decir que más de quince personas mueren todos los días en el país como consecuencia de hechos de tránsito. El Registro Nacional de Reincidencia tenía registrados en todo el país, en el año 1989, 118.648 accidentes, con 3905 muertos y 27.802 heridos.

En la Capital Federal las cifras son coincidentes. Según la Policía Federal, en 1983 se produjeron 279 muertos por accidentes de tránsito y 4129

lesionados. Según una investigación del diario Clarín, sobre la base de datos del Centro de Estadísticas y Censos de la Municipalidad de Buenos Aires, [109] entre mayo de 1990 y mayo de 1991 hubo en la ciudad de Buenos Aires 100 muertos solo por accidentes en los que participaron colectivos (84 atropellados, 7 por caídas del colectivo, 5 por choques entre autos y colectivos, 2 por choques entre colectivos y 1 sin precisar causa). De acuerdo de nuevo con Rocamora, en la Capital Federal se produjeron, en 1987, 9100 víctimas de hechos de tránsito, sin computar los heridos leves ni los daños a la propiedad. Según este autor, una persona de cada cuatro que mueren en la Capital Federal fallece como consecuencia de hechos de tránsito. El 54% de las víctimas de tránsito son hombres, el 33% tiene solo entre 15 y 29 años. La colisión entre vehículos de motor produce el 36% de las víctimas de tránsito en la ciudad de Buenos Aires, la colisión entre un vehículo y un peatón, el 30%.

Estas cifras contrastan contundentemente con las de otros países. Según la exposición de motivos del proyecto de la que fue Ley 22.934 citada por Rocamora en la Argentina hubo, en el año 1978, 1578 muertos por millón de vehículos; en los Estados Unidos, 1300; en Alemania Occidental, 922; en Gran Bretaña, 791; en Suecia, 637, y en Francia, 532. Pero las cifras sobre millones de habitantes para el mismo año son aún más claras, ya que arrojan 227 muertos para la Argentina, 105 muertos para Alemania Occidental, 163 muertos para Francia, 59 muertos para Gran Bretaña, 46 muertos para los Estados Unidos y 38 muertos para Suecia. ¡O sea que tenemos más de cuatro veces más muertos por accidentes de tránsito por habitantes que los Estados Unidos, por ejemplo!

Estas cifras no son casualidad sino que son la consecuencia natural de las faltas que podemos observar a diario en nuestras calles y rutas, como las siguientes:

No respetar las señales de los semáforos.

No respetar la indicación de parar en ciertas bocacalles.

No respetar la preferencia por quien circula por la derecha.

No respetar la preferencia del peatón en el cruce peatonal.

No respetar los carriles de circulación.

No respetar la regla de circular por la derecha y pasar por la izquierda.

No respetar los máximos de velocidad.

No contar con iluminación suficiente de los vehículos.

No llevar cinturones de seguridad y cascos protectores en el caso de las motocicletas.

No respetar por parte de los peatones la prohibición de cruzar la calle por otros lugares que no sean las sendas dispuestas al efecto o aun la de no caminar por la calzada. Y no respetar la senda peatonal por parte de los automovilistas.

Estas son solo algunas de las violaciones más frecuentes que podemos advertir a nuestro alrededor, sin contar las que producen todo tipo de molestias (como la de tocar bocina indiscriminadamente o, sobre todo, la de no respetar las normas sobre ruidos y escapes de los motores).

Por cierto que la anomia del tránsito argentino no solo produce la pérdida de bienes primarios como la vida, la integridad corporal o la propiedad, sino que también contribuye a un estado de intranquilidad y de tensión psíquica de la población en general, y traba la vida productiva, dada la pérdida de tiempo que ese caos provoca en los desplazamientos de la gente por razones de trabajo.

Es evidente que en el caso de la ciudad de Buenos Aires los colectivos tienen una participación significativa en la producción de daños de tránsito. Si bien ellos constituyen una forma de transporte singularmente rápida, frecuente y barata, la presión a que sus choferes se hallan sometidos por cumplir horarios estrictos, el cúmulo de tareas que tienen que desempeñar, el mal estado de los vehículos, etc., produce una forma de conducir temeraria (rápidos cambios de carril, falta de respeto de las prioridades y de las señales de tránsito, falta de respeto de las sendas peatonales, detención para el ascenso y descenso de pasajeros en el medio de la calzada) que es causante de buena parte de los daños que se sufren en la vía pública de la ciudad.

Hay una coincidencia en señalar como causas de los daños de tránsito que se sufren en la Argentina la falta de educación vial, tanto de la población en general como de los conductores en especial, y la falta de prevención y represión por parte de las autoridades.[110] Una ley de 1986 prescribe la educación vial obligatoria en los colegios, pero ella ¡no se cumple! Los medios de comunicación masiva no desarrollan ninguna política de instrucción vial como es común en otros países y era más frecuente antes en la Argentina (recordamos la campaña realizada hace décadas que ha inculcado en muchos de nosotros eslóganes como “el que va por la derecha a pasar tiene derecho”). Según el censo vial de 1980, había en la Argentina 5.939.590 conductores, de los cuales ¡solo el 17,6% recibió alguna educación vial!

En cuanto a la prevención y represión de las infracciones por parte de las autoridades, es obvia la casi nula vigilancia policial del tránsito en las grandes rutas y en ciudades como la Capital Federal. Desde la abolición durante el gobierno de Juan Carlos Onganía de la policía municipal, que vigilaba el tránsito en la ciudad de Buenos Aires y la transferencia de esas funciones a la Policía Federal, que se resiste a cederlas nuevamente, no hay prácticamente supervisión policial del tránsito en Buenos Aires, salvo en lo que hace a infracciones de estacionamiento y algunas otras muy ocasionalmente. En la nota citada del diario Clarín se da cuenta de que las infracciones detectadas de enero a julio de 1991 según el Tribunal Municipal de Tránsito eran, entre otras, solo 4801 casos por violar la luz roja, 421 por exceso de humo de los vehículos, y 308 por no arrimar al cordón para el ascenso de pasajeros, mientras el diario detectó 44 casos de violación de luz roja por colectivos en tres cruces durante un período de solo treinta minutos.

Esto está confirmado por la investigación de Sergio Rocamora, la que demuestra que los delitos de tránsito quedan casi totalmente impunes en la Argentina, ya que solo el 1,3% de los hechos en los que se produjeron muertes o lesiones llegan a sentencia definitiva, de las cuales solo el 0,6% son condenatorias. Para ello, el autor investigó, en 1986, 1140 causas penales por delitos de tránsito ocurridos en la Capital Federal, habiendo entre ellas solo 15 que terminaron en sentencia definitiva, de las cuales solo 8 fueron condenatorias (todas por lesiones, ninguna por homicidio). También encontró que el tiempo promedio mínimo que tarda una causa por estos hechos, desde que se instruye el sumario hasta la sentencia judicial, es de unos seis o siete meses, habiendo causas que duran dos o tres años.

Al momento de editarse este libro, el presidente de la República ha dictado un decreto de necesidad y urgencia, con regulaciones de tránsito, como reacción frente a un accidente particular.[111] La intención es loable, pero es paradójico que se procure hacer que los ciudadanos obedezcan la ley a través de un decreto que viola obviamente la ley suprema del país!

7. Los argentinos frente a la ley

La falta de intervención efectiva de la justicia frente a los delitos y contravenciones de tránsito no es una excepción sino una constante de la vida argentina.

Según una estadística del Registro Nacional de Reincidencias, para el año 1989 se cometieron 658.560 delitos en los que haya habido intervención policial, con 243.294 inculpados conocidos, de los cuales solo 15.559 terminaron en sentencias condenatorias. O sea que solo en menos del 2,5% de los casos las leyes penales fueron cumplidas en la Argentina. El porcentaje más alto de sentencias condenatorias fue en casos de delitos contra la fe pública, el 38,60%, le siguen los homicidios dolosos, con el 17,24%, luego los delitos contra el honor, con el 11,55%, y los delitos contra la administración pública, con el 10,19% (hubo 15 condenas por cohecho, 3 por cohecho calificado, 13 por peculado y 5 por malversación de caudales públicos). Empezando por abajo, la justicia fue más ineficaz con los juegos prohibidos, con el 0,01% de sentencias condenatorias, seguidos por delitos contra la tranquilidad pública, con el 0,28%, los delitos contra la libertad, con el 1,15% de sentencias condenatorias, y los delitos contra la propiedad, con el 1,63% (entre paréntesis, los delitos contra la propiedad abarcan la vasta mayoría de los delitos cometidos: 492.112 casos). No es tal vez sorprendente que el 19,5% de los condenados eran empleados, y el 18%, jornaleros, siendo de lejos los grupos ocupacionales más altos, y que el 71,29% solo tuviera educación primaria, mientras el 13,55% la tenía incompleta, y el 3,05% eran analfabetos. El 23,64% de los procesos penales duró entre seis meses y un año, el 19,59%, entre un año y un año y medio, el 15,46%, entre un año y medio y dos, y el 15,03%, más de tres años.

Las cifras de eficacia punitiva en nuestro país contrastan notablemente con las que se obtienen en un país como los Estados Unidos, por ejemplo. A pesar de que los porcentajes siguientes obtenidos del Uniform Crimes Report for the United States[112] para el año 1990 no son exactamente

comparables con los mencionados para la Argentina (ya que se refieren a casos de delitos aclarados con arrestos y no a los que hubo condenas), de cualquier manera es llamativo que el 21,6% de los 13.468.228 delitos conocidos ese año hayan sido aclarados con el arresto de los imputados, el 45,6% de los delitos violentos, el 67,2% de los homicidios, el 52,8% de las violaciones, el 57,3% de los asaltos agravados, el 24,9% de los robos, etc.

Vale decir que la probabilidad de que un argentino que comete un delito penal reciba la sanción correspondiente es ínfima en términos absolutos y mucho menor que en otros países, y si es educado y tiene una ocupación independiente esa probabilidad es prácticamente insignificante. Esto es muy importante para nuestro estudio porque muestra que si no se cometen más delitos en nuestro medio –y la proporción de ciertos delitos como los de violencia no parece ser alta comparándola con la de otros países– ello es porque operan factores como la creencia de que la justicia es más eficaz de lo que en realidad es (aunque en la encuesta realizada por el Centro de Estudios Institucionales el 89% de los encuestados opinaba que no es eficaz), o debido al control social a través de normas con sanciones informales y descentralizadas, o a causa de las convicciones morales de la población. Ello es así, habida cuenta de que otros medios de control estatal como las sanciones administrativas o, sobre todo, la efectivización de la responsabilidad civil a través de condenas a indemnización de daños y perjuicios parecen ser igualmente inefectivas que las sanciones penales en nuestro medio, como resulta notorio si se compara su escasa importancia en la vida argentina con la que tienen en otras sociedades como la estadounidense.

Esto quiere decir que en el caso del tipo de ilegalidad y anomia que sí está enormemente extendida en la Argentina, la que he llamado anomia “boba” y que se ilustra con la mayoría de los casos mencionados en estos dos últimos capítulos, además de la absoluta ineficacia de la justicia, que es común a todo tipo de ilegalidad, deben de estar operando factores culturales y morales para explicar que no sea controlada por los mecanismos espontáneos antes mencionados.

Algunas inferencias pueden hacerse a partir de los resultados de la siguiente encuesta sobre ilegalidad realizada en el Centro de Estudios Institucionales.

La encuesta demostró que hay un efecto preventivo general de las sanciones mayor de lo que suelen suponer los teóricos del derecho penal y de lo que la real eficacia del sistema jurídico, tal como acabamos de ver, justifica: si bien solo el 9,2% de los entrevistados contestó directamente que alguna vez estuvo tentado a cometer un delito o falta y no lo hizo por temor al juicio o castigo, ello seguramente se debe a una actitud de ocultamiento de ese tipo de comportamientos (lo que contrasta con el 34,3% de los entrevistados en una encuesta informal entre estudiantes universitarios[113] que declaró que alguna vez quiso cometer un delito o una falta y no lo hizo por temor a la sanción). En cambio, el 17,3% contestó a la pregunta más indirecta de por qué cumple con sus obligaciones jurídicas diciendo que lo hace por temor a la sanción y el 37,3% contestó que lo hace simplemente porque lo ordena la ley, lo que sigue mostrando la eficacia del sistema penal. Un porcentaje ligeramente superior del 37,83% reconoce que los demás no cumplen con las normas de tránsito porque no hay sanciones efectivas. Y, como vimos antes, el 41,89% anuncia que dejaría de pagar impuestos si no hubiera sanciones por ello. Lo mismo se muestra en la encuesta informal hecha entre estudiantes cuando se preguntó si pasaría un semáforo en rojo a las 4 de la mañana con poco movimiento en la calle: el 45,4% contestaría que sí lo haría –lo que indica la prevalencia de una actitud finalista hacia las normas de acuerdo con lo que vimos en el capítulo 1–, pero ese porcentaje baja a la mitad, el 23,2%, si supieran que puede haber policías vigilando. El mismo efecto potencial de las sanciones como factor de prevención general se muestra cuando se les preguntó a los estudiantes por qué creen que la gente tira papeles en las calles de Buenos Aires: el 64,7% contesta que es porque no hay sanciones suficientes.

El temor a la reprobación social parece tener un efecto relativamente poco importante en el cumplimiento normativo: solo el 8,33% del 78% que en la encuesta conducida por Mayer declaró que no recibiría una coima en su actividad laboral dijo que no lo haría por la vergüenza a ser descubierto; pero el 62,5% contestó que si se difundiera que ha cometido un delito grave se sentiría avergonzado ante su familia y amigos (contra el 29,68% que declaró que su principal preocupación sería la posibilidad de ir a la cárcel).

La disposición a la ilegalidad aparece como bastante significativa, aun en los límites de una encuesta que no garantiza la sinceridad de las respuestas:

como dije, más de un 40% de los encuestados respondió que dejaría de pagar impuestos si no hubiera sanciones. El 25% sostuvo que no pagar impuestos está justificado porque los funcionarios se los roban. El 14% de los encuestados declaró que no pagar impuestos está justificado puesto que los servicios públicos son malos. Y el 21% respondió que no pagar impuestos está justificado porque los impuestos son muy altos. ¡Solo el 40% respondió que no pagar impuestos no está justificado, lo que da un índice de legitimidad bajísimo para el sistema impositivo!

También la encuesta confirma ciertas actitudes generales hacia el cumplimiento de normas que pueden explicar el comportamiento anómico. Hay relativamente poca gente, el 30,66% que cumple con las normas por una actitud que valora su importancia para el bien común, aunque la norma en particular sea injusta. Un porcentaje del 14,66% condiciona su observancia de las normas al hecho de que sean justas (lo que coincide con las respuestas sobre el pago de los impuestos). Y, como vimos, un porcentaje importante, explícitamente el 17,3%, aunque seguramente el porcentaje real es muy superior como lo muestran las preguntas indirectas, condiciona la obediencia de las normas al temor a la sanción. De modo que para una proporción significativa de gente basta con que disienta axiológicamente con una norma en particular o no prevea una reacción represiva para que se sienta dispuesta a no observarla.

Un porcentaje muy importante de los encuestados, 37,83%, declaró que la razón por la que los automovilistas no cumplen con las reglas de tránsito es “porque nadie las respeta”, aunque solo el 15% –que igual es significativamente alto dado el carácter directo de la pregunta– confesó que él mismo pagaría una coima, tiraría basura en el medio de la vereda, evadiría un impuesto, dejaría el auto mal estacionado o realizaría cualquier otra conducta contraria a la ley “porque igual todos lo hacen”. Como veremos en el próximo capítulo, este tipo de consideración es uno de los factores fundamentales que genera el tipo de anomia que he llamado “boba”.

También resulta sumamente sugestivo que, detrás de algunos de los comportamientos anómicos, hay una falta de percepción del daño social involucrado en el comportamiento o de aprehensión de ese daño como

propio. En la encuesta informal realizada entre estudiantes, el 40,4% de los encuestados contestó que la gente arroja papeles por la calle porque no le importa que la ciudad esté sucia. Y exactamente el mismo porcentaje respondió que la gente no asocia la circulación fluida por la ciudad con el cumplimiento de las normas de tránsito.

Estos elementos de juicio confirman la impresión inicial de que la Argentina sufre grados de ilegalidad y anomia realmente significativos. Además corroboran que en ella prevalece no tanto el tipo de ilegalidad que se origina en conflictos sociales profundos o en la marginación de ciertos grupos o individuos o en hábitos generadores de violencia como el alcoholismo o la drogadicción, sino la modalidad que he llamado “boba” porque implica frustrar los propósitos de casi todos los actores involucrados en ella, y es en consecuencia generadora de ineficiencia social y de subdesarrollo.

El que todos los argentinos estemos al margen de la ley nos debilita como ciudadanos frente al poder público y nos hace pasibles de sufrir actitudes arbitrarias o autoritarias de las autoridades. Todos tenemos “cola de paja” y procuramos por eso no levantar demasiado nuestra cabeza o nuestra voz. Las autoridades, por su lado, fomentan la tendencia a la ilegalidad no solo con su propio comportamiento, tal como vimos en el capítulo anterior, sino también convalidando regularmente el comportamiento ilegal de los ciudadanos. Como dice Bustamante,[114] las autoridades homologan periódicamente el comportamiento ilegal con moratorias impositivas, regularizaciones previsionales, autorizaciones retroactivas ad hoc de las construcciones contrarias a los códigos urbanísticos, amnistías a diversas faltas como es el no concurrir a votar o el no declarar nacimientos.

También la anomia en la que estamos incursos todos los argentinos provoca una desorganización y caos de la vida colectiva que, sin duda, debe tener efectos psicológicos profundos. En cuanto a agentes de la anomia, los argentinos, y especialmente los porteños, hemos desarrollado rasgos de carácter que en el lenguaje popular se han calificado de “chanta” y “avivado”: el primer rasgo se materializa en quienes aprovechan la desorganización de la vida social para participar en más actividades de aquellas para las que están preparados y para opinar acerca de más cosas de

las que tienen fundamento suficiente. El segundo rasgo se concreta en quienes aprovechan ese caos para sacar permanente provecho personal, lo que hace que la desconfianza global y sistemática sea la norma de todas las relaciones interpersonales (así como el famoso tango “Cambalache” describe perfectamente la anomia de nuestra sociedad, los viejos personajes de historieta “Avivato” y el “Dr. Merengue” pintaban estos dos rasgos de nuestra alma que son consecuencia de tal anomia). Pero todos los argentinos no solo somos agentes de la anomia sino también sus víctimas. La imprevisión permanente sobre las reacciones de los demás, la falta de confianza general sobre la lealtad de los otros, la imposibilidad de encarar empresas colectivas por falta de garantía de cooperación, obviamente todo ello debe provocar diversas perturbaciones mentales que no sé si han sido asociadas suficientemente por los psicólogos con esta faz anómica de la sociedad argentina.

La tendencia a la anomia y a la ilegalidad se refleja asimismo en el arte argentino. Como dice Julio Mafud:[115]

[No] hay tal vez otro país como el argentino cuya literatura ofrezca tan violenta producción literaria contra la ley y la injusticia social. Toda la literatura gauchesca está dentro de esta impronta, especialmente el Martín Fierro. Los héroes siempre tienen como enemigos permanentes a la ley y a la autoridad. No es fácil encontrar en otros pueblos obras como Las divertidas aventuras del nieto de Juan Moreira, Cuento de Pago Chico y otros cuentos, de Roberto Payró; La Bolsa, de Julián Martel; Barranca abajo, de Florencio Sánchez, o las obras de protesta de Alberdi o Agustín Sánchez que critiquen tan corrosivamente a la “justicia”, a la ley y a la autoridad. En estas obras se mira con violento rechazo a los administradores de la ley. Con mueca asqueante a los tribunales de justicia. Esta protesta y este desprecio es algo hondo que no está en la superficie, fácil de arrancar u omitir.

Mafud ilustra este punto con algunos versos del Martín Fierro:

Es la ley como la lluvia:
Nunca puede ser pareja
El que la aguanta se queja,
Pero el asunto es sencillo:
La ley es como el cuchillo:
No ofiende al que la maneja.

Le suelen llamar espada,
Y el nombre le viene bien:
Los que gobiernan ven
Adónde han de dar el tajo;
Le caí al que se halla abajo;
Y corta sin ver a quién.

Hay muchos que son doctores
de su ciencia no dudo
Mas yo soy un negro rudo,
aunque de esto poco entiendo,
Estoy diariamente viendo

Que aplican la del embudo.

En el próximo capítulo veremos cuáles son las estructuras profundas a las que responden las situaciones de interacción que, como las que se dan con frecuencia en la Argentina, llevan a resultados socialmente ineficientes, si las preferencias o las expectativas de los actores no son alteradas por la vigencia de ciertas normas, vigencia que a su vez puede verse impedida por la misma dinámica de interacción.

[65] [Véase La Argentina informal. Realidad de la vida económica, Buenos Aires, Emecé, 1989, p. 28.](#)

[66] [Véanse Ética y derechos humanos, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, y Barcelona, Ariel, 1989, sobre todo el cap. 7; The Ethics of Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 1991, cap. 6; y “Liberalismo conservador ¿liberal o conservador?”, Sistema, vol. 101, Madrid, marzo de 1991.](#)

[67] [Véase A Theory of Justice, Oxford, Oxford University Press, 1971 \[ed. cast.: Teoría de la justicia \(trad. de M. D. González\), México, FCE, 1979\].](#)

[68] [Véase Guissarri, La Argentina informal, ob. cit., p. 55.](#)

[69] [Ibíd., pp. 41-42.](#)

[70] [Para una discusión de este punto, véase Ética y derechos humanos, ob. cit., cap. 7.](#)

[71] [Véase La Argentina informal, ob. cit., p. 245.](#)

[72] [Guissarri dice “australes” en la p. 135 de su libro, probablemente por error.](#)

[73] Lamentablemente no es posible citar las que corresponden al período 1974-1985, ya que parece haber un error tipográfico.

[74] El otro sendero, Sudamericana, Buenos Aires, 1987.

[75] Ibíd., p. 195 y ss.

[76] Ibíd., cap. 4.

[77] Véase, por ejemplo, Daniel Schwartzman, “Propuestas para reducir la evasión fiscal”, en el volumen del mismo título publicado por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1989.

[78] Véase Los límites de la responsabilidad penal, Buenos Aires, Astrea-Depalma, 1980, cap. 3.

[79] Véase “Propuestas para reducir la evasión fiscal”, cit., p. 47.

[80] Véase “Una contribución al estudio de la evasión al impuesto a los réditos personales en la Argentina”, en Trabajos presentados en las Terceras Jornadas de Finanzas Públicas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Córdoba, Buenos Aires, 1971.

[81] Véase el informe Argentina: Reforms for Price Stability and Growth.

[82] Citado por Schwartzman, “Propuestas para reducir la evasión fiscal”, cit., p. 51.

[83] Argentina: Reforms for Price Stability and Growth, ob. cit.

[84] Schwartzman, “Propuestas para reducir la evasión fiscal”, cit., p. 35.

[85] El entrevistador fue mi colaborador Roberto Saba, y el entrevistado, el licenciado Castagnola.

[86] Véanse Guillermo O’Donnell, “Corporatism and the Question of the State”, cit., p. 47; James M. Maloy, “Authoritarianism and Corporatism in Latin America: The Modal Pattern”, en J. Malloy (comp.), Authoritarianism and Corporatism in Latin America, Pittsburgh, University of Pittsburgh

Press, 1977; Jorge E. Bustamante, La república corporativa, Buenos Aires, Emecé, 1989.

[87] Véase “Corporatism and the Question of the State”, cit.

[88] Véase Political Order in Changing Societies, New Haven, Yale University Press, 1968.

[89] Véase O’Donnell, “Corporatism and the Question of the State”, cit.

[90] Véase La república corporativa, ob. cit.

[91] Véase La Argentina informal, ob. cit.

[92] A diferencia del proteccionismo racionalizado que menciona Senghass en Aprender de Europa, ob. cit., citado como antecedente del desarrollo europeo.

[93] Véase La Argentina informal, ob. cit., p. 67.

[94] Véase “When Politics Matters”, Studies in Comparative International Development, vol. 29(4), invierno de 1994.

[95] Decidido el 27 de diciembre de 1990.

[96] Publicada en el boletín de Poder Ciudadano, abril de 1992.

[97] Véase, por ejemplo, J. S. Nye, “Corruption and Political Development. A Cost-Benefit Analysis”, en Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnson y Victor Levine (comps.), Political Corruption, New Jersey, Transaction Publishers, 1990, p. 963 y ss.

[98] Ibíd., p. 9 y ss.

[99] Véase “Corruption and the Private Sector”, en ibíd., p. 661 y ss.

[100] Véase “The Effects of Corruption in a Developing Nation”, en ibíd., p. 935 y ss.

[101] Véase “Corruption and Political Development. A Cost-Benefit Analysis”, en ibíd., p. 963 y ss.

[102] Véase, por ejemplo, John A. Gardiner y Theodore R. Lyman, “The Logic of Corruption Control”, en ibíd., p. 827.

[103] Véase “Which Burocracies are Less Corruptible?”, en ibíd., p. 803 y ss.

[104] Véase “Paradoxes of Political Corruption: A French View”, en ibíd., p. 191 y ss.

[105] Véase, por ejemplo, Jeremy Boissevain, “Patronage in Sicily”, en ibíd., p. 307 y ss.

[106] En su ponencia presentada en el Congreso Mundial de Ciencia Política, Buenos Aires, 1991.

[107] En 2009 se aprobó la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, conocida como Ley de Medios, en reemplazo de la Ley 22.285. [N. de E.]

[108] “Problemática de los delitos de tránsito: Tratamiento y responsabilidad penal. Funcionamiento del sistema penal”, investigación para una beca de la Universidad de Buenos Aires, realizada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

[109] Véase el diario del 28 de agosto de 1991, segunda sección, p. 3.

[110] Esto surge tanto del trabajo de Rocamora citado como de una entrevista de mi colaborador Roberto Saba al director general de Tránsito de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, agrimensor Carlos Laborato, para esta investigación.

[111] Se refiere probablemente al Decreto 692/92, que estableció el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte, un Sistema Nacional de Antecedentes del Tránsito, disposiciones sobre educación vial y

condiciones de trabajo de los conductores de transporte público de pasajeros. [N. de E.]

[112] Publicado anualmente por el Federal Bureau of Investigations.

[113] Conducida por Roberto Saba entre unos 150 estudiantes de derecho y ciencia política.

[114] Véase La república corporativa, ob. cit., p. 263.

[115] Véase Psicología de la viveza criolla, ob. cit., p. 288.

4. Juegos peligrosos

1. Introducción

En este capítulo pretendo examinar las situaciones de ilegalidad o anomia como las que se dan en la Argentina, según hemos visto en los dos capítulos precedentes, desde el punto de vista que toma en cuenta la estructura de la acción colectiva. Es este examen de la estructura de las diversas variedades de interacción social lo que permite explicar por qué la inobservancia de normas puede dar lugar a resultados sociales ineficientes, o más frecuentemente por qué solo si se observaran ciertas normas se podrían evitar resultados socialmente ineficientes. De este modo, la inobservancia de normas genera situaciones de anomia “boba”, en el sentido que definimos en el capítulo 1, sentido que precisamente conecta la inobservancia recurrente de normas jurídicas, morales, sociales, etc., con la ineficiencia según los criterios paretianos o el de productividad.

La idea es que cualesquiera sean las causas primitivas de la anomia argentina, ella adquiere una entidad cualitativamente diferente, y su superación es mucho más compleja, una vez que esa anomia se asocia, a la vez como causa y como efecto, con estructuras de acción colectiva que determinan dinámicas generadoras de resultados socialmente ineficientes. Recurrir al análisis de esas estructuras de interacción y a los problemas de acción colectiva consiguiente para explicar la anomia “boba” argentina es un tipo de explicación que se suele calificar como de “mano invisible”. Como dice Robert Nozick,[116] una explicación de mano invisible es una explicación –como la que Adam Smith hacía del mercado– que da cuenta de hechos, que parecerían ser el resultado de la acción intencional de una persona o grupo, como el resultado, en cambio, de eventos o acciones que no se desarrollan con la intención de producir ese hecho sino de otras o ninguna. Según este autor, estas explicaciones de mano invisible son opuestas a las que se pueden llamar explicaciones de “mano escondida”, o explicaciones conspirativas, que pretenden mostrar que hechos que parecen ser el resultado de fenómenos o acciones no intencionales coincidentes son, en realidad, el resultado de alguna acción intencional oculta. De este modo,

la explicación que se pretende dar aquí de esta causa del subdesarrollo argentino constituido por la anomia “boba” se contraponen radicalmente a las explicaciones conspirativas, populares en algunos círculos del país, según las cuales tal subdesarrollo se debe a acciones intencionales de ciertos agentes del país o del exterior.

Un notable avance teórico en las ciencias sociales se produjo con el descubrimiento de que hay ciertas situaciones de interacción que están estructuradas de tal modo –según las posibilidades de acción de los agentes, sus intereses y expectativas– que conducen necesariamente a resultados ineficientes, dados ciertos presupuestos –como el de la racionalidad autointeresada de esos agentes–. Este descubrimiento permite inferir resultados sobre la eficiencia o ineficiencia de diversas configuraciones del comportamiento colectivo recurriendo a diversos modelos formales que toman en cuenta variables que se satisfacen con muy pocos datos empíricos sobre las posibilidades de acción, las preferencias y el conocimiento o ignorancia de los actores, y presuponiendo generalmente su racionalidad autointeresada.

La detección de las diferentes estructuras de interacción y la inferencia de resultados a partir de ellas forma parte de la teoría de la elección racional, que a su vez está basada en la teoría de los juegos. Esta teoría se generó como una rama de las matemáticas aplicada a la economía, y fue impulsada por John von Neumann y Oskar Morgenstern.[117] Pero, como dice Josep Colomer,[118] sus presupuestos se han mostrado válidos para el estudio de todas aquellas situaciones en que actúan diversas personas o grupos que tienen intereses contradictorios y a la vez interdependientes. El llamado “análisis económico del derecho”[119] ha hecho un uso extensivo de las herramientas proporcionadas por estas teorías.

Pero es obvio que la vida no es un juego. Como anota correctamente Martin Hollis,[120] la diferencia entre un juego genuino y el tipo de “juego” que interesa en situaciones sociales de conflicto y cooperación –y que es al que en verdad se refiere la teoría– es que en los juegos genuinos el resultado material que se obtiene (por ejemplo, la pelota dentro de un arco en el juego de fútbol) no importa por sí mismo sino como subproducto del resultado normativo que está constituido por las reglas del juego (esto es, un gol). En

un juego genuino, aquel resultado material se podría, si importara por sí mismo, alcanzar más eficientemente de otra manera (por ejemplo, poniendo la pelota con la mano en el arco cuando los demás jugadores están entonando los himnos nacionales). En cambio, en las situaciones sociales de las que se ocupan las teorías de los juegos y de la elección colectiva se trata de obtener los resultados materiales buscados de la forma más eficiente posible y las normas tienen un mero carácter instrumental respecto de esos resultados. Según este autor, los juegos de la teoría de los juegos satisfacen tres condiciones:

hay dos o más agentes que tienen una elección de estrategias;

hay un resultado que surge de la combinación de las estrategias de los agentes;

cada agente obtiene una utilidad que depende del valor que el resultado tiene para cada uno.

Una proyección que se suele hacer de los juegos genuinos a los “juegos” considerados por la teoría de los juegos, y también al análisis económico del derecho y de las instituciones, es presuponer que la racionalidad de los actores incluye la intención de maximizar la propia utilidad o la satisfacción de sus propios intereses, así como en los juegos genuinos se supone que los jugadores procuran ganar el juego. Esto da lugar a una serie de problemas. Muchas veces se arguye, con razón, que no es cierto que en toda situación de interacción los actores actúan de forma autointeresada. Por otra parte, está el problema de definir la noción de autointerés, teniendo en cuenta que podría caracterizarse en forma tan amplia que simplemente recogiera la tautología de que en toda acción intencional el agente obra impulsado por

deseos propios. Sin embargo, no es verdad que en todo modelo de interacción distinguido por la teoría de la elección colectiva se presuponga que los actores son autointeresados. Lo que ocurre, a veces, es que un resultado eficiente o ineficiente se produce, dada la estructura de la acción colectiva, cuando los agentes son precisamente autointeresados y por eso es importante partir de ese presupuesto en la construcción de algunos modelos de interacción.

Un caso central en este sentido es la estructura de interacción que se produce en un mercado de intercambio de bienes o servicios que funcione de acuerdo con ciertas restricciones: competencia perfecta, ausencia de externalidades, ausencia de coacción; ausencia de costos de transacción, etc. Es bueno recordar la famosa frase de Adam Smith según la cual no es por la generosidad del panadero y el carnicero sino por su afán de lucro que tenemos pan y carne en nuestra mesa. Esto implica, como vimos, la idea de la llamada “mano invisible”, de acuerdo con la cual la búsqueda del propio beneficio bajo ciertas condiciones genera una dinámica que satisface el interés de todos, como si hubiera una fuerza oculta que dispone las cosas de tal modo de beneficiar a la comunidad en conjunto a partir de aquellas acciones autointeresadas. Más técnicamente, el llamado “teorema fundamental de la economía del bienestar” estipula que, cuando se dan las condiciones enunciadas, las transacciones que ocurren en un mercado por parte de agentes que buscan maximizar su utilidad conducirán a un resultado eficiente en términos de Pareto, ya que se producirán sucesivos intercambios de bienes entre los agentes hasta que no sea posible que se dé una situación alternativa en la que alguien esté mejor sin que alguien esté peor.

Sin embargo, las cosas pueden cambiar a lo largo de transacciones sucesivas si se dan determinadas circunstancias que vinculan entre sí a la oferta y demanda que se dan en diversos mercados. En estos casos, la mano invisible adquiere un cariz maligno. La profecía de Marx, simplificada, era que el funcionamiento del mercado laboral y de consumo bajo una economía capitalista tiene tal estructura que irá a conducir con el tiempo a derrumbar el propio sistema capitalista gracias, entre otros procesos, a la siguiente dinámica: la reserva de mano de obra lleva a los dueños de los medios de producción, naturalmente

autointeresados, a pagar a los obreros solo lo necesario para su subsistencia y reproducción, lo que es aceptado por esos obreros, que actúan también en forma autointeresada, dado que temen que, de lo contrario, serán reemplazados por otros –la llamada “ley de bronce del salario”–. Ello irá progresivamente restringiendo el mercado de consumo de los bienes producidos, provocando crisis y desocupación y con ella aun un menor mercado de consumo. Esto llevará, junto con otros factores, finalmente al colapso del sistema.

No obstante, uno de los factores que intervino para falsificar la profecía de Marx fue la acción de los propios partidos socialistas y de los sindicatos, que obligaron a intervenir normativamente en el mercado laboral, imponiendo leyes sobre salarios mínimos y otros beneficios sociales, con lo que no se produjo la restricción del consumo profetizada.[121] Esto indicaría que una de las causas del error profético de Marx habría sido su desprecio por el papel decisivo que las ideas y las normas tienen en los procesos sociales. Este desprecio, sobre todo de las normas, ha sido heredado por muchos estudiosos sociales que se proclaman no marxistas, que es lo que los lleva a no advertir fenómenos como el que se quiere destacar en este libro: la incidencia de la anomia argentina en la reversión del desarrollo del país.

Si esta explicación del fracaso de la profecía de Marx, que es, por cierto, sumamente controvertible, fuera correcta, ello nos permitiría percibir varias cuestiones que quiero enfatizar en este capítulo: primero, mientras que el mercado que funciona en condiciones ideales es eficiente, una vez que se dan condiciones como las que preveía Marx, las transacciones que ocurren en él tienen resultados ineficientes, ya que obviamente casi todos estarían mejor, incluidos los capitalistas que expanden su producción, y prácticamente ninguno estaría peor si no se pagara a los obreros salarios de subsistencia. Segundo, ningún empleador podría por sí mismo romper con la dinámica autodestructiva, pagando a sus obreros salarios más altos, ya que sería inmediatamente desplazado del mercado; del mismo modo, ningún trabajador podría por sí mismo negarse a trabajar por un salario de subsistencia, puesto que inmediatamente sería reemplazado por otro y no podría siquiera subsistir. Tercero, esta dinámica de interacción que conduce a resultados ineficientes solo podría ser contenida, como lo fue

efectivamente, por una intervención externa al mercado que imponga coactivamente normas de salarios mínimos a los agentes que actúan en el mercado.

Vale decir que aquí tenemos exactamente el fenómeno que me interesa destacar en este capítulo: en condiciones como las que preveía Marx, la estructura de la acción colectiva es tal que la falta de observancia de normas sobre salarios mínimos produce resultados ineficientes, o sea, da lugar a una situación de anomia “boba”, tal como fue definida en el capítulo 1. Solo la observancia de cierta norma genera en tal situación colectiva una interacción social eficiente, o sea, una acción que daría lugar a un estado de cosas en que algunos estarían mejor y nadie estaría peor, o en el que se maximizaría la utilidad agregativa, comparado con el caso en que esa acción no se realizara por inobservancia de la correspondiente norma.

Toda la interpretación anterior de la proferia de Marx y de su falsificación es controvertible. Pero lo que no parece serlo es la posibilidad de otras variaciones de las condiciones del mercado, que hacen que se altere negativamente la eficiencia de sus resultados. Me refiero, por ejemplo, a las externalidades. Ellas son efectos favorables o desfavorables que las transacciones en el mercado pueden producir en individuos que no han participado en tales transacciones y que, en consecuencia, no han pagado por los efectos beneficiosos o no han sido compensados por los efectos perjudiciales de las transacciones.

Las externalidades negativas más conocidas son los efectos contaminantes del medio ambiente, que perjudican a individuos que no participan de las actividades que producen tal contaminación. Un ejemplo clásico de una externalidad positiva está dado por la construcción de un faro por ciertos navegantes privados, que beneficia a otros navegantes que no han contribuido a esa construcción. Los llamados “bienes públicos” pueden dar lugar a externalidades, ya que ellos –como, por ejemplo, las obras públicas, la defensa nacional, un sistema político democrático, las transmisiones por ondas hertzianas– se caracterizan por ser bienes que una vez que se provee a algunos miembros de un grupo relevante otros miembros del grupo no pueden ser excluidos sino que necesariamente pueden gozar de ellos, y por

el hecho de que el consumo de los bienes por parte de algunos no disminuye las posibilidades de consumo por parte de otros.

La existencia de externalidades positivas o negativas crea ineficiencias en el funcionamiento del mercado: las externalidades negativas generan un exceso de oferta de bienes sobre los que se producirían si se compensaran las externalidades, y las externalidades positivas hacen que se produzca una oferta menor de los bienes en cuestión que lo que se produciría si la demanda por ellos se canalizara pagando a los productores. Si una radio cultural es mantenida por la contribución voluntaria de algunos, la tentación de muchos de beneficiarse sin pagar nada escuchándola hace que la radio termine prestando servicios más limitados, hasta llegar incluso a desaparecer, que el que los escuchas estarían dispuestos a pagar si no hubiera esa tentación, lo que es un resultado ineficiente en términos paretianos. En definitiva, dadas estas externalidades, las transacciones producen que haya gente que está peor en términos de preferencias insatisfechas que si aquellas fueran “internalizadas”.

De modo que con estos ejemplos de variaciones del mercado podemos ilustrar cómo existen estructuras de acción colectiva tales que determinan procesos de “mano invisible”, que es o bien benéfica, por producir resultados eficientes (como ocurre tanto en el mercado ideal o en el mercado en que la ley de hierro del salario es neutralizada por leyes laborales), o maléfica, por producir resultados ineficientes (como en el mercado en el que se cumple la profecía marxista o en el mercado con externalidades).

Pero para entender con más precisión el tema de la ineficiencia en acciones colectivas, es necesario pasar a ver diferentes modelos estructurales a los que ellas pueden responder.

2. Diversos modelos de acciones colectivas que plantean problemas de eficiencia

Hay un tipo de estructura de interacción que si bien ha sido siempre detectada y reconocida ha sido definida con precisión por la teoría de los juegos. Ella tiene una inmensa difusión en diversas esferas de la vida social: en algunas deformaciones del mercado, como las que vimos o las que se producen en condiciones inflacionarias, en la lucha entre grupos de poder o entre regiones o sectores sociales, en conflictos laborales, en el comportamiento urbano, en enfrentamientos bélicos, etc. A pesar de esta gran recurrencia y variabilidad de situaciones que tiene la estructura que vamos a analizar, ellas son identificadas con un nombre bizarro: “el dilema de los prisioneros”. Se llaman así por un ejemplo clásico, mediante el cual se puso de manifiesto la estructura formal de este tipo de situaciones y el tipo de resultados ineficientes a que conducen.

Supongamos el caso de dos prisioneros sometidos a proceso por un delito grave, A y B, quienes, por ahora, no pueden comunicarse entre sí. Ellos están sujetos a las siguientes condiciones: si uno de ellos confiesa la participación de ambos en el delito, él quedará libre por su cooperación con la justicia y el otro recibirá la pena máxima de diez años de prisión; si ambos confiesan, serán castigados con una pena intermedia de cinco años de prisión; si ninguno confiesa, solo podrán ser castigados por un delito menor, y tendrán cada uno dos años de prisión (véase apéndice).

Dada esta estructura de la interacción, cada uno de los prisioneros, si es racionalmente autointeresado, no tiene más remedio que confesar. Tal opción es lo mejor que puede hacer, cualquier cosa sea lo que haga el otro. Si el otro no confiesa, a él le conviene confesar porque en ese caso él quedará libre en vez de recibir dos años de cárcel, que es lo que ocurriría si él tampoco confesara. Si el otro prisionero confiesa, a él le conviene confesar, ya que así tendrá cinco años de cárcel, en vez de los diez que tendría si él solo es quien no confiesa. O sea que el curso racional de acción

para cada prisionero que tiene en cuenta solo su interés es el de confesar. Si cada uno de ellos sabe que el otro es racional, esto debe reforzar su decisión de confesar, ya que cada uno preverá que el otro confesará, y si él mismo no confesara entonces se arriesgaría a tener la peor opción, que son diez años de cárcel. Quiere decir que los dos prisioneros confesarán.

Adviértase, sin embargo, que actuando del modo indicado los dos prisioneros resultan perjudicados. Hubiera sido mucho mejor para ellos si ninguno de los dos confesara; en ese caso, cada uno de ellos solo recibiría dos años de prisión en vez de cinco. Vale decir que, actuando racionalmente de acuerdo con su autointerés, los dos prisioneros llegan a un resultado ineficiente: ¡hay un resultado alternativo que haría que ambos estén mejor! Aquí, la mano invisible benéfica, que hace en el caso de un mercado perfecto que todos nos beneficiemos con nuestro egoísmo, se transforma en una mano invisible maléfica, que hace que todos nos perjudiquemos por perseguir nuestro propio interés.

Sin embargo, los prisioneros no pueden obtener ese resultado más eficiente con una decisión individual. Si uno de ellos procura alcanzarlo no confesando, se arriesga a que el otro sí confiese, quedando este segundo libre, y obteniendo el primero el resultado peor de todos, que son diez años de prisión.

Se puede sostener que ello ocurre porque no hay suficiente comunicación entre los prisioneros. Si ellos pudieran hablar entre sí, sería fácil obtener el resultado más eficiente mediante el simple expediente de acordar no confesar. Sin embargo, las cosas no son tan fáciles, ya que no hay razón para que dos prisioneros racionales y autointeresados cumplan con el acuerdo no confesando: lo racional es romper el acuerdo y confesar, para así obtener el mejor resultado, que es el de quedar libre. Aunque uno de ellos no desee romper el acuerdo, al saber que un agente racional y autointeresado lo haría tiene motivos para sospechar que el otro sí lo hará. Y si tiene esta sospecha no tiene más remedio que romper él el acuerdo, ya que de lo contrario se arriesga a quedarse por diez años en prisión; por supuesto, la previsión del otro que él va a hacer esto, lo determinará a él también a romper el acuerdo, con lo que se confirma que para el primero el curso racional de acción era efectivamente romper el acuerdo. De este

modo, la existencia de comunicación y de un acuerdo entre las partes solo desplaza a la estructura de interacción autofrustrante a un nivel más alto.

Curiosamente si los dos prisioneros fueran altruistas, y valoraran tanto el interés del otro como el de él mismo, llegarían a un resultado mejor desde el punto de vista del autointerés, puesto que ambos elegirían no confesar, con lo que obtendrían en conjunto cuatro años de prisión, en vez de cualquiera de las otras opciones, que les da un total de diez u once años de prisión, según confiesen los dos o uno confiese y el otro no. Pero de aquí no puede inferirse que a cada uno le convenga ser altruista: para cada uno, la mejor alternativa es que el otro sea altruista y él no; solo la segunda mejor alternativa es que ambos sean altruistas. De modo que de nuevo se da exactamente la misma estructura del dilema de los prisioneros en un plano todavía más alto de interacción: el de la formación de una disposición altruista. Solo si los prisioneros dejan de lado como consideración última el autointerés, incluso para ser altruistas, y son altruistas independientemente de su conveniencia, saldrán de la trampa y terminarán beneficiándose.

Hay un dilema modificado de los prisioneros que se distingue por el hecho de que la falta de cooperación de algunos no necesariamente lleva a que todos se perjudiquen. Es lo que permite dar cuenta del caso del free rider “colado”, o sea, de aquel quien se beneficia con la cooperación de los demás sin él mismo cooperar. Esto ocurre en muchos casos de la vida real, como el de quien contamina el medio ambiente mientras se beneficia del hecho de que muchos de los demás no hacen lo mismo, o tira basura en la vía pública beneficiándose del comportamiento prolijo de los demás, o escucha la radio no comercial que es sostenida por la ayuda de los demás sin que él mismo ayude, o aprovecha los servicios públicos pagados con las contribuciones impositivas de los demás y evadidas por él, o se abstiene de votar cuando el voto es voluntario confiando que los demás lo harán, o va tarde a un seminario de estudio o a una fiesta confiando en que la fiesta o el seminario de cualquier modo se hará gracias a que buena parte de los demás son más puntuales.

Otra estructura de interacción que también conduce, bajo ciertos presupuestos, a resultados ineficientes, es lo que Hollis[122] llama “el juego de la aseguración”. Él se diferencia del dilema de los prisioneros por

el hecho de que no hay una primera preferencia por la opción en que el agente no coopera y el otro o los otros sí, ya que en este caso no se obtiene ningún beneficio, sino que la primera preferencia es por cooperar, siempre y cuando el otro o los otros también lo hagan (véase apéndice). Este tipo de estructura de interacción se puede ilustrar fácilmente con el ejemplo originario del dilema de los prisioneros con las siguientes variantes: las reglas ahora son tales que los prisioneros quedan libres si ninguno de los dos confiesa; si alguno confiesa él tiene cinco años de prisión, y si uno confiesa y el otro no, este otro tiene diez años de prisión.

De nuevo, lo racional en una situación como esta es confesar, haciéndose así pasible de cinco años de prisión, no obstante que la mejor opción, apreciada desde un punto de vista externo e imparcial, es que ninguno de los dos confiese, con lo que ambos obtendrían la libertad. La dinámica de interacción autodestructiva es en este caso diferente, y todavía más paradójica, que en el caso del dilema de los prisioneros: aquí no hay una mejor opción consistente en no cooperar y aprovecharse de la cooperación de los demás. En el juego de la aseguración, la mejor opción para todos es la de cooperar. Sin embargo, los participantes terminan no cooperando, no porque lo prefieran, sino simplemente porque tienen miedo de que el otro o los otros no vayan a cooperar, y de este modo, terminen en la peor opción que es la de cooperar cuando el otro no coopera. Como todos tienen igual temor, todos terminan no cooperando y, de este modo, perjudicándose.

Por cierto que, al igual que en el dilema de los prisioneros, del juego de la aseguración no se sale por el simple expediente de comunicarse y celebrar un acuerdo de cooperación. Luego de haber hecho el acuerdo, surge la sospecha de que el otro no lo cumplirá por lo que solo se pasa a un juego de aseguración de segundo nivel.

El ejemplo real más claro en que se da este juego de la aseguración es en la pasada carrera armamentista nuclear entre las grandes potencias, en la que las partes involucradas sabían que hubieran estado mejor si cooperaban, desarmándose, pero cómo temían que la otra parte no lo hiciera, y llegaran a la peor opción que era el desarme unilateral, ninguno cooperaba, prosiguiendo así con la carrera armamentista.

También constituye una distinta estructura de interacción ineficiente el llamado “juego de la gallina”. El nombre del juego proviene del ejemplo con el que se lo ilustró originalmente y que, como se ve en la película *Rebelde sin causa*, era el del juego de unos muchachos norteamericanos que consistía en lanzarse con varios automóviles hacia un precipicio. Quien frenaba más cerca del precipicio, evitando por supuesto caerse en él, ganaba. Por cierto que quien se mostraba “gallina” y frenaba antes de que lo hiciera el otro por temor a caerse por el precipicio perdía. La característica del juego es que la cooperación, representada por la acción de frenar primero, aun cuando el otro participe no coopere, es preferible a la no cooperación general (véase apéndice).

Hay muchas situaciones de la vida real que presentan problemas de acción colectiva que responden a la estructura del juego de la gallina. Ello se da cada vez que, si bien lo más conveniente para cada participante es ser un colado en el esfuerzo ajeno para suministrar un bien público, él solo podría suministrar el bien público y estaría mejor haciéndolo que si ninguno de los dos coopera. Por ejemplo, Michael Taylor[123] cita el ejemplo de dos agricultores cuyas cosechas dependen del mantenimiento de un dique. Ese mantenimiento lo podría hacer uno de los agricultores por su cuenta, pero cada uno de ellos espera que lo haga el otro, terminando en una situación peor que si cooperara independientemente.

Hay otra estructura de interacción que hace que la acción colectiva sea ineficiente. Esta es la situación de coordinación. Ella se da cuando, como en el caso anterior, todas las partes involucradas tienen como mejor opción la de la cooperación universal. Pero, a diferencia del juego de aseguración, aquí los actores no dejan de cooperar porque temen que los otros no vayan a cooperar, sino porque hay varias alternativas diferentes de cooperación, frente a las cuales todos son básicamente indiferentes, pero no saben cuál es la que van a adoptar los otros (véase apéndice).

Como es obvio, muchas situaciones de ordenamiento de tránsito ejemplifican esta estructura. Por ejemplo, la interacción que se da ante la alternativa de circular por la derecha o por la izquierda. Lo mismo ocurre con la típica situación de dos peatones que se enfrentan en la misma trayectoria en una vereda y que suelen iniciar un “baile”, intentando

sobrepasarse mutuamente. También constituye un problema de coordinación la situación que se da cuando se corta una comunicación telefónica y las dos partes intentan restablecerla, con lo que ninguno lo logra pues la línea queda ocupada, o ambos esperan pacientemente a que el otro llame.

Una situación que responde a una estructura diferente, que de algún modo combina la del dilema de los prisioneros con la de falta de coordinación, es la que ha sido denominada con el pintoresco nombre de “la batalla de los sexos”. El ejemplo originario es el de una pareja que planea cómo pasar la velada: los dos prefieren asistir a un mismo espectáculo, aunque uno de ellos prefiere ir al cine, mientras el otro prefiere ir al teatro; o sea, cada uno prefiere que ambos vayan juntos al espectáculo que quiere el otro, más que ir uno al que él o ella prefiere y el otro a su espectáculo de preferencia; por cierto, la peor opción es que cada uno vaya separadamente al espectáculo que menos prefiere.

En este caso, los participantes pueden terminar en la tercera opción, por querer salirse con la suya de obtener la primera, como en el dilema de los prisioneros, sabiendo que el otro participante prefiere como segunda opción la que para el anterior es primera opción (véase apéndice). La batalla de los sexos se produce porque los miembros de la pareja, si bien prefieren salir juntos a hacerlo por separado, no ven razón de por qué debería cualquiera de ellos pasar de su primera a su segunda opción, para que el otro satisfaga su primera opción en vez de la segunda. Un problema de coordinación se puede transformar rápidamente en una batalla de los sexos, tan pronto algunos participantes tengan alguna preferencia por alguna opción sobre la otra, no obstante que prefieren la cooperación universal a la no cooperación de cualquiera de ellos. Esto en realidad ocurre con algunos de los ejemplos dados: los diestros tienen una ligera preferencia por que se establezca el sistema de conducción por la izquierda, porque tienen la palanca de cambios a la derecha, mientras que con los zurdos ocurre lo opuesto. En el caso en que se corte la comunicación, cada uno prefiere ligeramente que llame el otro, porque así se ahorra el costo de la llamada, aunque cada uno prefiere llamar él a que no se restablezca la comunicación (en realidad, hay una razón de eficiencia para que la convención que se establezca sea que el

que ha llamado llame de nuevo, ya que no siempre el que ha sido llamado conoce el número de la otra persona).

Hay muchas otras estructuras de interacción que generan dinámicas hacia resultados ineficientes. Por ejemplo, Ullman-Margalit[124] analiza la situación que se da entre una o más partes cuando una de ellas pretende mantener un statu quo de desigualdad en su propio beneficio y en perjuicio de las otras partes. Entre la variedad de situaciones a que esto puede dar lugar, se encuentra aquella en que hay un estado de cosas alternativo en que la desigualdad se reduce, pero el que se beneficia con la mayor desigualdad puede amenazar con pasar a una tercera situación en que el otro esté aun peor si el primero intenta cambiar a la alternativa más favorable para él; incluso puede disponer las cosas de tal modo que se produzca un pasaje automático hacia la peor alternativa para su contrincante si este empieza a actuar para cambiar el statu quo (véase apéndice). Frente a esto, el que está en posición de desventaja puede no tener más remedio que pasar a una cuarta situación en que está peor que antes, pero no tan mal como estaría si se diera la tercera opción con la que su contrincante lo amenaza (este también termina estando peor que en la situación inicial, por supuesto que está peor que en la tercera situación, con la que había amenazado con moverse si la otra parte lo hacía a la segunda, pero aún está peor que en esta segunda situación). Este es el destino de muchas reivindicaciones obreras resistidas por los patrones: ambos sectores pueden terminar peor de lo que estaban antes del conflicto y peor de lo que estarían si la reivindicación obrera hubiera sido aceptada.

Todas las situaciones que hemos examinado en esta sección se caracterizan por responder a estructuras que implican que hay una acción colectiva más eficiente que la que los agentes llevan a cabo ejecutando acciones que responden a una racionalidad autointeresada. La eficiencia, en términos paretianos, de la acción colectiva alternativa implica no meramente un beneficio colectivo apreciado en forma agregativa, sino que cada uno de los individuos que participan en ella estarán mejor, o al menos igual, mientras otros estén mejor. Sin embargo, paradójicamente, la racionalidad individual autointeresada no conduce a los agentes hacia ese resultado sino hacia uno ineficiente. Esto que parece misterioso se debe al hecho obvio de que cada uno solamente puede decidir su propia acción, ya que solo hay mentes

individuales que determinan acciones individuales, que se combinan para constituir acciones colectivas. Si hubiera, como muchos filósofos han soñado, una mente colectiva que determinara directamente la realización de una acción colectiva, la racionalidad de esa mente conduciría a una acción colectiva eficiente (aunque, por otra parte, si hubiera una mente colectiva, a ella ya no le importaría seguramente la eficiencia en términos paretianos, que tiene en cuenta que ningún individuo esté peor, sino la eficiencia en términos agregativos). Pero, afortunadamente o no, no hay una mente colectiva, ya que no se dan las bases físicas para que haya tal mente. No tenemos más remedio que arreglarnos con nuestras pobres mentes individuales.

3. Casos de cooperación frustrada en la Argentina

Confío en que basta la sucinta mostración de algunas estructuras formales de interacción que conducen a resultados no cooperativos ineficientes para que los lectores adviertan que buena parte de nuestra historia y trámite institucional y de nuestra vida social, económica, laboral, urbana, etc., tal como fue descripto en los dos capítulos anteriores, transcurre en el marco de esas estructuras.

Lo que es difícil no es encontrar ejemplos de acciones colectivas en la Argentina que respondan a alguna de las estructuras expuestas. Al contrario, los casos son tan evidentes hasta hacer cualquier ejemplo casi trivial. Lo más difícil es identificar a qué estructura responde cada ejemplo. Esto es así porque las diversas estructuras se superimponen en la vida real, y se suceden mutuamente. Una situación puede para algunos de los agentes tener la dinámica del dilema de los prisioneros o del juego de la gallina, y para otros la del juego de la aseguración o la batalla por el mantenimiento de un statu quo de desigualdad. Lo que comienza como un problema de coordinación puede convertirse en una batalla de los sexos o en un dilema de los prisioneros.

En lo que sigue voy a mencionar algunos casos de acción colectiva en la Argentina que responden a algunas de las estructuras expuestas. Dados los problemas de identificación recién indicados, solo muy tentativamente me arriesgaré a insinuar a qué estructura específicamente responden. Tal clasificación es irrelevante para los propósitos de este trabajo, ya que los problemas de ineficiencia que presentan las acciones colectivas son análogos en los diferentes casos, así como son también similares las dificultades que se plantean para superar tal ineficiencia.

Un caso muy obvio de falta de cooperación que produjo resultados desastrosamente ineficientes fue el que se dio, tal como mencioné en el capítulo 2, en los primeros cincuenta años de vida independiente con las

luchas civiles entre unitarios y federales, defensores de los intereses de Buenos Aires y de los del interior del país, liberales y conservadores. Los enfrentamientos que fueron llevando a que el poder central se fuese desplazando de unos grupos a otros –de los morenianos y rivadavianos–, a grupos con arraigo y simpatías en el interior y en especial la dictadura de Rosas, de Urquiza a Mitre, etc., fueron un caso típico en el que los sectores enfrentados estaban atrapados en una dinámica de interacción autofrustrante: por perseguir la mejor opción para cada uno de ellos y al no poder acordar la cooperación sobre la base de un esquema institucional que conciliara los intereses e ideologías en conflicto, terminaron frustrando sus respectivas aspiraciones, que en muchos casos unían proyectos personales y regionales con la ambición del progreso general del país. Como dije en el capítulo 2, ello hizo perder a la nación medio siglo de institucionalización y cooperación social, en el cual otros países sentaron las bases de su futuro crecimiento.

Estos enfrentamientos seguramente respondían a varias de las estructuras de interacción autofrustrante que vimos en la sección anterior: es posible que para muchos o en muchas ocasiones, la dinámica adquiriera la forma del dilema de los prisioneros, en el que los sectores en pugna no tenían más remedio que bregar por la opción más favorable, ya que ellos los salvaban de la opción peor si los oponentes hacían lo propio y les aseguraban el mejor resultado si los oponentes ofrecían cooperar; ello, por supuesto, los condenaba a la tercera mejor opción –la opción de la anarquía o de la dictadura (según la fuerza con que contaban los grupos enfrentados)–, en vez de la segunda opción mejor, que era aceptar una Constitución con un equilibrio entre los intereses centrales y del puerto, y los del interior, entre los ideales liberales y la conservación de algunas tradiciones. A veces la situación podría adquirir las características del juego de la gallina, ya que tal vez un solo sector podría haber hecho concesiones que aseguraban que se alcanzara la organización nacional que beneficiaba a todos, pero no las hacía esperando que las hiciera el sector contrario, en perjuicio para todos. En otras ocasiones o para otros partícipes, la dinámica se transformaba en un juego de aseguración, ya que algunos de los actores –como Dorrego o Urquiza o en el plano intelectual Alberdi– no perseguían una opción mejor que la que ofrecía la cooperación entre los sectores en pugna, pero no tenían razón para pensar que los oponentes estuvieran dispuestos a cooperar.

Seguramente esto ocurrió con la dinámica que llevó a la separación de la Banda Oriental y otras partes del territorio de las Provincias Unidas. También es probable que para muchos de los sectores e individuos que fueron agentes de esta dinámica, ella adquiriera en algún momento la forma de la batalla de los sexos, o sea que aunque tenían como primera opción la cooperación con los otros sectores y tenían asegurado que los demás tenían la misma preferencia, no podían ponerse de acuerdo sobre la forma institucional bajo la cual se produciría esa cooperación, dado que cada sector insistía en la forma de cooperación que mejor convenía a sus intereses o ideologías.

Pero es más probable todavía que buena parte de la dinámica autofrustrante que presidió los primeros cincuenta años de historia patria haya tenido la complicación mayor que surge de estructuras que reflejan preferencias conflictivas por el statu quo y por el cambio, con la posibilidad de amenazas recíprocas de pasar alternativas peores para la contraparte, con precompromisos en favor de esas alternativas, etc., que se muestran en el modelo de interacción ejemplificado en último término en la sección anterior. Hay por cierto versiones de nuestra historia en que el interior aparece pugnando por romper un statu quo desigualitario impuesto por Buenos Aires, llegándose, al menos momentáneamente durante la anarquía y la dictadura, a situaciones peores para todos los involucrados que la situación inicial de predominio unitario y las alternativas de institucionalización igualitaria propuesta por federales como Artigas y Dorrego.

Mientras los sectores políticos y militares estaban entrampados en estas diversas dinámicas de interacción ineficiente, vimos cómo se fue conformando una estructura de poder económico oligopólico sobre la base de la adquisición gratuita de grandes extensiones de tierras fiscales, a partir de la distorsión de la Ley de Enfiteusis y de las cesiones de Rosas, que vimos en el capítulo 2. Esta dinámica responde básicamente a la estructura del free rider, en la cual se produce un aprovechamiento parcial de la cooperación ajena sin una contribución plena correspondiente. Por supuesto que la cooperación ajena estaba dada por las múltiples y difusas acciones y medidas que hacían que esas tierras estuvieran disponibles para su cesión gratuita: desde el esfuerzo de los conquistadores, hasta quienes dictaban la

legislación correspondiente —a veces, como en el caso de Rivadavia, con otros propósitos—, pasando por el sacrificio de los indios, las campañas militares del desierto, la construcción de vías de comunicación, el esfuerzo de quienes luego trabajarían la tierra, etc. Naturalmente que la cooperación se fue resintiendo con el tiempo, generando reacciones en contra de los grupos oligopólicos, que fue llevando con el tiempo a la adopción de medidas restrictivas en perjuicio de tales grupos y en beneficio de sectores industriales y operarios. Todo esto representó un resultado de considerable ineficiencia social, comparado con el que se hubiera producido si, por ejemplo, la Ley de Enfitéusis rivadaviana no se hubiera desnaturalizado y hubiera servido de base para una colonización abierta y ecuaníme de las tierras públicas.

La lucha por la representación popular que se inició a partir de la organización nacional y del asentamiento de las oleadas inmigratorias, que por supuesto se entrelazaba con secuelas del proceso anterior, según vimos en el capítulo 2, tuvo su propia dinámica que también respondía a algunas de las estructuras que antes vimos. Por cierto que el enfrentamiento entre sectores conservadores, asociados con intereses económicos dominantes, y grupos representativos de las clases medias y bajas ha tenido un trámite muy variado en distintos procesos de transición democrática. Él ha conducido en algunos casos, como en Francia, a revoluciones sangrientas y contrarrevoluciones. En otros casos, el enfrentamiento se superó a través de una institucionalización que conciliaba la representación popular con “cotos cerrados” representativos de los sectores dominantes o mecanismos de atrincheramiento de sus intereses. Es conocida la interpretación de la Constitución estadounidense, en el sentido de que diversos mecanismos de “frenos y contrapesos”, como el Colegio Electoral para la elección del presidente, el Senado y el control constitucional por la Corte Suprema servían para poner ciertos límites a un excesivo asambleísmo democrático que podría implicar riesgos exagerados para sectores con concentración de riqueza. En realidad, esos mecanismos se han combinado con prácticas políticas de la sociedad norteamericana, como la conformación de los partidos, la apatía electoral, la representación por distritos uninominales, para evitar una polarización hacia extremos políticos que podían haber implicado innovaciones estructurales extraordinariamente conflictivas.

En la Argentina, los grupos conservadores fueron reteniendo el poder hasta 1916 gracias a la conformación de los partidos y a una mecánica electoral propicia a los fraudes. Pero, curiosamente, gracias a la Ley Sáenz Peña de 1912, y sin un proceso extremadamente violento, esos grupos perdieron el control de mecanismos que les asegurasen alguna representación legítima. A partir de aquella ley, se multiplicó varias veces la participación electoral, [125] lo que hizo que en el futuro las elecciones sin fraudes ni proscripciones solo pudieran ser ganadas por partidos populares, el radicalismo y el justicialismo. Las intervenciones de Yrigoyen a los gobiernos provinciales pusieron fin a los pocos cotos de poder que quedaban a aquellos sectores. La Corte Suprema, si bien puso algún freno conservador, no contaba con una tradición y un prestigio equivalentes a la que permitió a su homóloga estadounidense poner barreras a los avances progresistas de algunos gobiernos locales, hasta que tuvo que ceder frente al impulso del New Deal. El voto obligatorio (que, como veremos en la próxima sección, sirvió para contener una dinámica del tipo del dilema de los prisioneros), el mecanismo de representación y la configuración de los partidos tampoco representaron mecanismos de protección de los intereses dominantes. Como dije en el capítulo 2, esto implicó que solo por medio de golpes de Estado, proscripciones y fraudes electorales los grupos conservadores pudieran asegurarse algún acceso al poder. Por cierto que la consecuencia de ello fue la radicalización de las posiciones progresistas y populares, culminando con el fenómeno del peronismo, e incluso de la violencia política.

Esta dinámica responde a una estructura con alguna semejanza a la última forma de interacción no cooperativa que he mencionado al final de la sección anterior (véase apéndice). Podríamos decir que el estatus de la representación política hasta 1916 era de una democracia restringida; que la aplicación de la Ley Sáenz Peña en ese año y algunas medidas subsiguientes, como las intervenciones de Yrigoyen, produjeron un cambio radical en dirección a una democracia plena; que los grupos conservadores desplazados reaccionaron, sobre todo a partir de 1930 y en la “década infame”, provocando un movimiento hacia formas autoritarias, que implicaba una representación sumamente desigual de los distintos sectores, pero menor en términos absolutos de todos ellos, aun de los sectores económicamente dominantes; que a partir de 1945 hubo una

contrarreacción de los sectores populares, con una representación de calidad inferior a la que se había obtenido en 1916 (allí fue constituyéndose lo que Waisman llama, como vimos, “autonomía del Estado”), moviéndose el sistema hacia una democracia populista; que entre 1955 y 1983 los mecanismos de representación oscilaron en forma inestable entre el autoritarismo y la democracia populista; y que desde 1983 se está produciendo el intento más serio de consolidar una democracia plena. Es posible suponer que a este resultado se podría haber llegado muchas décadas atrás –tal vez en 1912-1916 o quizás incluso antes– con enormes beneficios para todas las partes involucradas mediante acuerdos que combinaran una representación popular plena con algunos mecanismos de protección limitada de los intereses dominantes.

Mientras el proceso político oscilaba de acuerdo con la dinámica mencionada, por cierto que en algunos de sus vaivenes se originaban esquemas de organización económica que daban lugar también a dinámicas que a la larga conducían a resultados no cooperativos ineficientes. Sobre todo a partir de 1930 y principalmente a partir de 1943, se fue constituyendo el modelo descrito por Waisman, tal como vimos en los capítulos 1 y 3, basado en la sustitución proteccionista de importaciones, en el empresariado estatal y en la protección laboral. Naturalmente que este modelo también responde a una de las estructuras del dilema de los prisioneros que da lugar al fenómeno del free rider. Paradójicamente, parte del aprovechamiento no cooperativo de la cooperación de otros iba ahora desde el sector industrial y laboral al sector agrario, ya que es este sector el que producía las divisas necesarias para capitalizar al sector industrial frente a la falta de competitividad de los productos industrializados.

Pero había otro proceso de aprovechamiento no cooperativo de la cooperación de los demás a través de los beneficios que ciertos sectores – como los contratistas de las empresas públicas– extraían de un Estado primero poderoso y luego exangüe, que se terminó financiando a través del esfuerzo de todos a través de la inflación. Por cierto que en la obtención de estos beneficios comenzó a operar una considerable corrupción, como vimos en el capítulo 3. Pero antes de analizar estos dos fenómenos, conviene advertir que este modelo, si bien echó raíces profundas, no fue absolutamente estable a lo largo de las oscilaciones políticas. Generalmente

cuando la representación política se desplazaba hacia formas autoritarias, los sectores agrarios se sacudían –mediante convenientes devaluaciones– parte de los “colados” del sector industrial que cabalgan sobre sus espaldas.

También esas oscilaciones afectaron la protección laboral. Es posible pensar que esa protección laboral –iniciada a principios de siglo, gracias a los aportes del socialismo y del radicalismo y consolidada durante el peronismo por los motivos de temor a la revolución social que señala Waisman– haya servido para contener la dinámica autodestructiva del capitalismo prevista por Marx, y que, sin duda, ha tenido más incidencia en otros países latinoamericanos. De este modo, las leyes de protección laboral sirvieron para superar una dinámica del tipo del dilema de los prisioneros o del juego de aseguración. Pero en parte por la rigidez e ineficiencia de algunos aspectos de esa protección laboral –sobre todo cuando no implica prestaciones directas sino a través de entes intermediarios que a su vez padecen de corrupción– y en parte por la ineficiencia producida por la dinámica de free rider del proteccionismo industrial, se fue afectando la competitividad de la producción del país en los mercados internacionales, con lo que se terminó perjudicando las posibilidades laborales. Esto sirvió de pretexto muchas veces para disminuir la protección laboral, con lo que se afectaba el consumo y la producción al no superarse otros factores que constituían rémoras a la productividad, como los subsidios, los contratos estatales “promocionales”, los aranceles excesivos de importación, etc., según vimos en el capítulo 3.

La corrupción de la función pública que está detrás de muchas de las dinámicas de interacción mencionadas y que describimos brevemente en el capítulo 3 responde ella misma a una dinámica muy compleja. En buena medida, como gran parte del fenómeno de la criminalidad en general, no presenta problemas de cooperación por la sencilla razón de que en el orden de preferencias de los funcionarios deshonestos o de los individuos privados que corrompen a los funcionarios no hay una alternativa beneficiosa que incluya la propia cooperación (al menos esto es así cuando la ley ha dejado de tener eficacia disuasoria). En estos casos la corrupción no es ineficiente en el sentido paretiano tomando en cuenta los intereses de los mismos corruptos, ya que ellos están mejor, en términos absolutos, que

en el caso en que no hubiera corrupción; la acción colectiva solo es ineficiente en el sentido de productividad.

Sin embargo, hay muchas situaciones en que las cosas son diferentes y en las que el cohecho activo o pasivo responde a una dinámica de interacción ineficiente, incluyendo los propios intereses de los que incurrir en tal cohecho. Los participantes en una licitación pública, por ejemplo, que, como es usual en la Argentina (tal como ha sido denunciado por el embajador estadounidense en el caso de la licitación de la empresa Swift a comienzos de 1991), saben que solo tienen una chance de ganarla si dan una coima al funcionario correspondiente y saben que los demás están dispuestos a darla, se encuentran en una situación de dilema de los prisioneros, ya que cuando se generaliza la práctica de la coima los costos aumentan, las ganancias disminuyen, la discrecionalidad se hace más amplia (véase apéndice).

No obstante, todos se perjudican, los licitantes están obligados a incurrir en cohecho, ya que de otro modo quedarían excluidos de la licitación. Este es un resultado claramente ineficiente para los empresarios ofertantes, y, por cierto, dado que los costos se trasladan, al menos en parte, a los consumidores (sin contar con la ineficiencia resultante de la falta de control de calidad y confiabilidad) para el público en general.

En la situación anterior, el resultado no es obviamente ineficiente para los funcionarios corruptos. Sin embargo, hay casos en que ellos también pueden perjudicarse, quedando atrapados en una dinámica de acción colectiva que no pueden contener (véase apéndice). Hay funcionarios que no estarían dispuestos a corromperse, tal vez por altruismo o espíritu público o tal vez por algún miedo a las sanciones, si no hubiera otros que sí lo están. La corrupción de los demás los induce a corromperse ellos mismos por una variedad de razones: porque el resultado ineficiente para el Estado y el público en general se produce de igual modo con algunos funcionarios corruptos en el área en cuestión no importando cuántos participan del cohecho, porque puede haber una presión social o familiar para no ser menos que los otros, porque los que ya son corruptos pueden presionarlos para que entren en el cohecho para evitar así posibles denuncias de parte de ellos, porque inclusive el monto de los sueldos ya toma en cuenta

implícitamente los ingresos ilegales (es curioso lo bajos que son algunos sueldos de inspectores en áreas sumamente delicadas). Lo que se genera de este modo es una dinámica que responde al modelo formal del juego de aseguración. Los partícipes tienen como primera preferencia la de cooperar, no coimeando, a condición de que también cooperen los demás; como no tienen ninguna seguridad de que los otros vayan a cooperar, terminan no cooperando, con lo que se confirma el temor en el mismo sentido de los demás.

Naturalmente, esta dinámica se traslada al caso específico de la evasión impositiva; que adquiere, como vimos en el capítulo anterior, proporciones patológicas en la Argentina. En ella hay un componente importante de corrupción por parte de los agentes públicos. Pero también hay una dinámica de interacción autofrustrante que involucra a los propios contribuyentes. Por supuesto, hay evasores que no enfrentan ningún problema de cooperación, ya que la cooperación no figura como parte de sus preferencias, en tanto que prevén la obtención de beneficios incondicionales sin necesidad de tal cooperación. Se produce aquí una situación de “colados”, puesto que estos evasores se aprovechan de los servicios y bienes públicos que se financian gracias a la cooperación de otros sin hacer la contribución correspondiente. Pero para ellos este no es un resultado ineficiente, ya que presumiblemente se benefician más con la evasión que lo que se perjudican por el deterioro, seguramente ínfimo de los servicios que ellos aprovechan, aunque reducidos por esa evasión. Sin embargo, puede llegar un punto, como de hecho llega en nuestros países del Tercer Mundo, en que se produce una situación de dilema de los prisioneros, ya que al generalizarse la evasión, la calidad de los servicios y bienes públicos de los que goza cada evasor se deteriora hasta un grado que no compensa la evasión misma; sin embargo, ningún evasor puede por sí mismo modificar esta dinámica autodestructiva. (Recuerdo al respecto la siguiente anécdota: un grupo de empresarios argentinos se reunió con colegas japoneses. Un argentino comentó que les desconcertaba el hecho de que, no obstante ser empresarios mucho más poderosos que ellos, los japoneses vivían en forma considerablemente más limitada y modesta, en términos por ejemplo del tamaño y lujos de sus viviendas, o de la calidad y extensión de sus vacaciones. Uno de los japoneses replicó que uno no es solo rico por los bienes de que dispone privadamente sino también por la

calidad de los bienes públicos de que goza: un empresario japonés que viaja en subterráneo con sus empleados en un ambiente seguro y agradable es sustancialmente más rico que sus colegas latinoamericanos que transitan en sus Mercedes por calles inseguras y miserables).

Para otros evasores, en cambio, la falta de contribución impositiva adquiere la dinámica propia del juego de aseguración: si bien estarían dispuestos a contribuir si los demás hicieran lo mismo, la evasión de los otros los induce a hacer lo propio, entre otras razones, por no poder competir de lo contrario con los menores costos de los productores que evaden su contribución.

La relación entre los contribuyentes y las autoridades que formulan y ejecutan la política impositiva adquiere a veces la siguiente dinámica que conduce a una creciente ineficiencia: frente a la evasión de los impuestos, las autoridades responden aumentando los impuestos, lo que induce aún a una mayor evasión, lo que a su vez es respondido con nuevos impuestos, escalada que tiene cierta analogía (salvo por el carácter asimétrico en este caso de las acciones y reacciones) con la carrera armamentista.

La inflación, que ha afectado a la Argentina durante cuatro décadas, se origina por causas múltiples y en parte desconocidas, aunque es por cierto un lugar común señalar como una de las más importantes la dinámica de explotación del Estado y de la evasión impositiva, que lleva a financiar el gasto público con una expansión indebida de la masa monetaria. La causa última de la inflación parece radicar en intensas demandas sociales insatisfechas que entran en conflicto y un sistema político que no las canaliza adecuadamente, por lo que se producen presiones corporativas para cuya satisfacción se termina recurriendo a la variable monetaria. Pero una vez que la inflación se desata, se genera inmediatamente una dinámica del tipo del dilema de los prisioneros o del juego de aseguración que expande la inflación: frente a la expectativa de aumentos de precios, cada agente económico no tiene más remedio que aumentar sus propios precios o exigir aumentos de salarios, con lo que confirma las expectativas de los demás, que a su vez harán lo propio; y así sucesivamente, en perjuicio de la mayoría de tales agentes. Por cierto que no todos padecen los resultados ineficientes de la inflación; algunos están en condiciones de recibir beneficios netos con especulaciones que les permiten ingresos no

productivos. A veces la dinámica inflacionaria adquiere la estructura del juego de la gallina cuando ella está originariamente provocada por unos pocos agentes importantes, un gran sindicato o un gran complejo industrial, que podía haber contenido la inflación que termina perjudicándolo si se hubiera abstenido de incrementar precios o de reclamar aumentos de salarios, pero no lo hace a la espera de que sean otros actores importantes quienes asuman el peso de esa contención.

Por supuesto que este desorden de la vida institucional y económica del país ha afectado seriamente las más diversas actividades sociales y laborales, como vimos en el capítulo precedente. Esas actividades están permanentemente sometidas a tensiones y a frustraciones por problemas de coordinación, por mutuos aprovechamientos no cooperativos, por falta de aseguración de expectativas. Los académicos que, por ejemplo, como vimos en el capítulo 3, producen materiales teóricos sin respetar la autoría intelectual de otros, sin reaccionar frente a tesis expuestas en el mismo medio, sin seguir pautas metodológicas establecidas, sin actualizarse bibliográficamente, sin someterlos a la suficiente discusión crítica, sin exponerlos a la contrastación internacional, siguen simplemente la estrategia del menor esfuerzo en un medio que no discrimina a los efectos de los estímulos y disuasivos entre quienes toman los anteriores recaudos y los que no lo hacen. Tomar tales recaudos tiene un costo muchas veces no suficientemente compensado y que por lo tanto termina siendo autofrustrante para quien lo asume.

La vida urbana responde a la misma dinámica. La contaminación del medio ambiente, que en la Argentina, como se dijo, parece estar adquiriendo magnitudes alarmantes, es, como vimos, una externalidad negativa. Ella genera resultados ineficientes, ya que hay un costo real e importante de la producción de ciertos bienes o servicios que no los afrontan quienes los usufructúan. Cuando los habitantes de Buenos Aires absorbemos el humo negro de los caños de escape de los colectivos, estamos subsidiando (¡con los gastos médicos y eventualmente de sepelio correspondientes!) a los empresarios de ese transporte que deberían cargar con el coste de poner los motores en condiciones. Es cierto que ese coste se trasladaría en parte a las tarifas que pagan los usuarios, y que buena parte de estos no están en condiciones de afrontar tales aumentos. Pero mucha gente que sufre los

efectos de la contaminación preferiría contribuir a subsidiar directamente por vía impositiva tales tarifas de transporte. Lo mismo ocurre con la producción de ruidos que alteran el descanso y la tranquilidad de otros: quienes explotan y utilizan, por ejemplo, un aeropuerto deportivo que sobresalta permanentemente a los lugareños, están trasladando hacia ellos costos no compensados de su actividad.

También constituyen una externalidad negativa las edificaciones que violan regulaciones destinadas a proteger la estética urbanística, como se advierte en las grandes ciudades argentinas (las elevadas torres en las avenidas de Buenos Aires que tenían límites de altura, las cesiones de porciones de parques para embajadas o iglesias, las construcciones que tapan el sol en las playas marítimas, los edificios modernos que rompen la armonía de plazas históricas de ciudades del interior). Quienes lucran con tales edificaciones y con los permisos correspondientes están aprovechándose como free riders del patrimonio estético y de esparcimiento del conjunto de la sociedad (también cuando se permite una edificación elevada en una zona en que ello es la excepción, hay un aprovechamiento como “colados” del hecho de que el resto de la zona permanezca con casas bajas; si en todos los predios se permitieran edificios altos, la zona perdería su atractivo para quienes viven en tales edificios).

El arrojar indiscriminadamente desperdicios en las calles, rutas, campos y ríos, el permitir que perros domésticos tapicen de excrementos las veredas de las ciudades, el devastar los bosques, el hollar los parques y paseos con el estacionamiento de autos o con picados de fútbol constituyen otros tantos casos de dinámica de acción colectiva ineficiente endémica en nuestro país, en la que se entremezclan las estructuras del dilema de los prisioneros, del juego de la aseguración, del de la gallina, de la batalla de los sexos, de la pura coordinación. Muchos piensan que obtienen más beneficios inmediatos arrojando un papel a la vereda o dejando que su perro se explaye en cualquier lugar público, en vez de buscar un basurero o un lugar más apropiado para los últimos menesteres, que lo que se perjudican por los desperdicios que ellos mismos producen. Pero como todos piensan y hacen lo mismo, todos terminan perjudicándose por la acumulación de desperdicios que todos generan. Otros cooperarían gustosos con la preservación de la limpieza de los lugares públicos si se les asegurara que

los demás lo harán, pero como tienen una expectativa diversa, advierten que no tiene sentido la cooperación solitaria. Por último hay quienes estarían dispuestos aun a esa cooperación solitaria, si se coordinase cómo instrumentarla: la falta de uso de los pocos cestos existentes en la vía pública o de los lugares para que los perros defequen los ha hecho prácticamente desaparecer.

El tránsito en las calles y rutas argentinas, que describimos en el capítulo 3, es tal vez el ejemplo más prístino de una dinámica de interacción autofrustrante. Por cierto que normalmente el tránsito de vehículos y peatones afronta problemas de coordinación puros o entremezclados con conflictos parciales de intereses: debe decidirse si se transita por la derecha o por la izquierda, las manos que deben tener las diferentes calles, la preferencia del cruce entre peatones y vehículos, quién tiene preferencia de paso en las encrucijadas, la velocidad máxima, la distancia de circulación entre los vehículos, la forma y el lugar del estacionamiento. Estos problemas son fundamentalmente de coordinación (véase apéndice).

Como veremos en el próximo capítulo, estos problemas de coordinación se suelen resolver por convenciones apropiadas. Pero tan pronto surge, de algún modo u otro, alguna regularidad que permite prever el comportamiento de los demás surge la tentación de “colarse” como en los dilemas de los prisioneros iterados, aprovechándose de la cooperación de los demás sin hacerlo uno mismo. Si es previsible que el auto de adelante mantendrá su carril de marcha, puede ser ventajoso pasarlo tanto por la derecha como por la izquierda, si los demás vehículos circulan a velocidad moderada no es tan riesgoso ir a exceso de velocidad. Pero a medida que los “colados” se multiplican, como ocurre en nuestras calles y rutas, se va generando la estructura de un juego de aseguración: no tiene sentido cooperar si los demás no cooperan. Como cuenta Jon Elster,[126] que le decía un taxista de San Pablo, parar en un semáforo puede llegar a ser peligroso si no se espera que uno lo haga y se corre el riesgo de ser embestido por el que viene detrás. Al final, se vuelve al problema de coordinación inicial, porque aun quienes estarían dispuestos a cooperar solitariamente ya no saben cuáles son efectivamente las convenciones de tránsito (en Buenos Aires, se advierte entre los timoratos una inversión de la regla que está en los libros de que “el que va por la derecha a pasar tiene

derecho”; sobreimpuesta a la práctica que da preferencia al más grande y al más fuerte hay una ligera tendencia, me parece, a dejar pasar a quien va por la izquierda).

El escritor Martin Amis, en la magnífica novela *London Fields*[127] se permite dedicar una de sus tantas ruminaciones al tráfico de Londres –pero cualquiera que compare ese tráfico con el de Buenos Aires está seguro que “Londres” debe de ser un nombre metafórico para esta última ciudad–:

Sabemos que el tráfico refleja los temperamentos de las grandes capitales... Pero aquí, en Londres, no lo puedo captar. Ellos adoran el doble estacionamiento. Lo hacen. Este es un verdadero amor, un amor cuyo mes es eternamente mayo. Estacionan en el medio de la maldita calle. Doblé para la calle All Saints y ya no era más una calle. Era una playa de estacionamiento, una playa de estacionamiento doble. Los semáforos son poco más que una decoración, como las lucecitas de Navidad. Usted se topa con una luz roja en el cruce de calles pero avanza de cualquier modo, hacia la encerrona. Aun puede que usted decida que llegó el momento para bajarse del auto y hacer un pequeño trámite. ¿Por qué? ¿Por qué no, si todo el mundo lo hace? Me parece a mí claro, después de pensarlo solo cinco minutos, que si todo el mundo lo hace entonces nadie avanza, nadie va a ningún lado. Pero todo el mundo lo hace porque todo el mundo lo hace. Y aquí está la otra cosa: a nadie parece importar nada...

Por cierto que todo esto que tiene su aspecto divertido y hasta excitante también tiene, como vimos en el capítulo anterior, su faz extremadamente trágica cuando advertimos que ello es la causa de un tipo de muerte o invalidez “típicamente argentina”. Pero el resultado ineficiente a que se llega se materializa no solo en los gravísimos daños que la gente sufre sino también en la frustración de los propósitos de celeridad y expeditividad que persiguen quienes cometen las violaciones más groseras. Con mucha menor proporción de vehículos que en los países desarrollados, nuestro tráfico es notoriamente más engorroso y lento.

He comenzado hablando de nuestras históricas luchas civiles, y he terminado haciendo referencia a nuestra lucha cotidiana por sobrevivir luego de cruzar la calle. En el medio he mencionado brevemente las dinámicas de interacción autofrustrantes que se dan o se dieron en la representación política, en el funcionamiento de las instituciones democráticas, en la configuración del poder económico, en el aprovechamiento de la protección y de las prebendas del Estado, en la corrupción pública, en la evasión impositiva, en la vida laboral como en el caso de la actividad académica, en la preservación del medio ambiente y de la estética urbanística. Como dije al principio, no hay prácticamente aspecto de nuestra vida colectiva que no esté o no haya estado gravemente afectado por una ineficiente falta de cooperación. Nuestra vida social es un entramado de “juegos” de dilema de los prisioneros, la gallina, de aseguración, de batallas de los sexos, de insuficiente coordinación, y muchos otros no identificados.

Obsérvese que decir esto no es decir simplemente que en la Argentina hay un grado considerable de desviaciones y de conflictos individuales y colectivos. En realidad, es difícil determinar si en el país hay un grado de conductas desviadas y de conflictividad social mayor o menor que en otros países, y tampoco constituye esto el objeto del presente trabajo. Tal vez, en algunos aspectos las desviaciones de comportamiento y la conflictividad colectiva sean menores que en otros ámbitos, como lo muestra la seguridad de nuestras ciudades. Lo que se está sugiriendo es algo distinto y más específico: el fenómeno que se da de modo extremadamente generalizado y recurrente a lo largo de nuestra historia y a través de las diferentes dimensiones de la vida social, política y económica es el de acciones colectivas autofrustrantes para los propios agentes que las ejecutan, o sea, acciones colectivas que son ineficientes en términos de Pareto. Este es el fenómeno que en el capítulo 1 llamamos de anomia “boba”.

Esta ineficiencia tiene necesariamente que incidir en el desarrollo del país, no por una mera relación causal sino por la relación lógica que se da entre las nociones de subdesarrollo e ineficiencia. Aunque el concepto de subdesarrollo es extremadamente vago y ambiguo, una posible caracterización de una unidad social relativamente subdesarrollada es aquella que con los recursos humanos, naturales, tecnológicos, etc., de los

que dispone satisface menos preferencias, necesidades o intereses que la otra, o lo hace en un grado menor. Va de suyo que si una sociedad incurre sistemáticamente en acciones colectivas ineficientes, o sea, acciones que tienen resultados que son más perjudiciales para algunos sin ser más beneficiosos para otros que los de acciones colectivas alternativas que se podrían ejecutar en la misma situación, esa sociedad tenderá a satisfacer menos necesidades o hacerlo en menor grado que una sociedad con recursos equivalentes pero con un comportamiento colectivo más eficiente.

Por otra parte, también esta ineficiencia genera una perplejidad mayor que la mera conflictividad producida por intereses o valoraciones conflictivos. La ineficiencia que se materializa en la falta de cooperación tiene que ver con la racionalidad colectiva. Y cuando enfrentamos situaciones de irracionalidad la explicación es más difícil, y la crítica y la estrategia de cambio es diferente que cuando encaramos conflictos valorativos. En el plano individual, nos desconcierta más el que actúa conscientemente contra los intereses que dice tener que el que actúa de acuerdo con intereses que nos parecen reprobables. Del mismo modo, nos deja más perplejos, en el plano colectivo, un grupo social que adopta formas de interacción que conducen, previsiblemente, a la frustración de los intereses de todos o casi todos sus miembros, lo que constituye la situación de anomia “boba”, que otro grupo cuyos miembros tienen intereses o ideologías en conflicto, y algunos de esos intereses o ideologías resultan frustrados simplemente porque quienes defienden los opuestos son más fuertes, o que una sociedad cuyos recursos materiales son insuficientes para satisfacer sus preferencias. Tenemos la tendencia de pensar que la solución está más al alcance de la mano en el primer caso que en el segundo o en el tercero. Esto explica tal vez que los visitantes estadounidenses o europeos occidentales son críticos más implacables de la Argentina que de un país con conflictos intestinos como Yugoslavia o Irlanda, o un país con escasos recursos como Haití. Pero como veremos en el próximo capítulo, esto no siempre es el caso: hay veces que es más difícil alcanzar una cooperación eficiente sobre la base de la observancia de normas que superar conflictos nacionales o religiosos o sustituir recursos faltantes.

[116] Véase Anarchy, State and Utopia, Oxford, Basil Blackwell, 1974, p. 19.

[117] Véase Theory of Games and Economic Behavior, Princeton, Princeton University Press, 1944.

[118] Véase El arte de la manipulación política, Barcelona, Anagrama, 1990, p. 15.

[119] Véase, por ejemplo, Richard Posner, Economic Analysis of Law, Boston, Little, Brown, 1977.

[120] Véase The Cunning of Reason, Cambridge Cambridge University Press, 1987, p. 30.

[121] Véase el desarrollo que hace Dieter Senghaas en Aprender de Europa (trad. de C. de Santiago), Barcelona, Alfa, 1985, p. 309 y ss.

[122] Véase The Cunning of Reason, ob. cit., p. 38.

[123] Vease The Possibility of Cooperation, Nueva York, Cambridge University Press, 1987, p. 36.

[124] Véase The Emergence of Norms, Oxford University Press, 1977, cap. 4.

[125] En 1910 solo el 21% del padrón electoral votó, en contra del 69% en 1912, y el 81% en 1928.

[126] En su ponencia en el Seminario sobre la transición a la Democracia, organizado por el Centro de Estudios Institucionales, noviembre de 1990.

[127] London Fields, Nueva York, Vintage International, 1991, p. 326 [ed. cast.: Campos de Londres (trad. de B. Moreno Carrillo), Barcelona, Anagrama, 1991].

Apéndice del capítulo 4

El dilema de los prisioneros

Vemos la estructura de esta situación en la matriz representada por la figura 1 (en la línea vertical están las opciones de B y en la línea horizontal las de A; en cada casillero está el resultado que obtiene cada uno con las correspondientes opciones de ambos; arriba y a la derecha el de A y abajo a la izquierda el de B).

Figura 1

	C	A	-C
C	5 / 5	0 / 10	
B	10 / 0	2 / 2	

Conviene mostrar otra matriz del dilema de los prisioneros, cambiando solo los años de cárcel por los números 1 para la opción de cooperar con el otro, y 0 para la opción de no cooperar con el otro, con lo que podemos generalizar la estructura de este tipo de interacción para muchos otros casos. Además podemos poner el valor 2 para la mejor opción de cada participante, 1 para la segunda, 0 para la tercera y -2 para la última. Esto lo podemos ver en la figura 2.

Figura 2

	C	A	-C
C	5 / 5	0 / 10	
B			
-C	10 / 0	2 / 2	

De este modo, se puede advertir que la estructura de la interacción que produce el dilema de los prisioneros se produce, como dice Hollis, cuando los agentes tienen un orden de preferencias “fatal”, que es 01, 11, 00, 10, o sea, cada agente tiene como primera preferencia una situación en que él no coopera y el otro sí; como segunda, una situación en que ambos cooperan; como tercera preferencia, una situación en que ninguno de los dos coopera, y como cuarta preferencia, una situación en que él coopera y el otro no. El problema está en que por perseguir la primera opción y evitar la cuarta, terminan en la tercera opción, en vez de la segunda.

Según Philip Pettit,[128] el dilema de los prisioneros se define por dos características: primero, la cooperación general es Pareto-superior a la defección general –por lo que es ineficiente el resultado que las partes terminan alcanzando–; segundo, la defección de cada uno es, individualmente, la opción dominante, lo que implica que es, racionalmente, la mejor opción desde el punto de vista del autointerés de cada uno, cualquier cosa que haga el otro participante.

Cuando pasamos de una situación de interacción con dos participantes a una situación en que interactúan más de dos personas y también pasamos de una situación de una sola acción colectiva a una situación de interacciones recurrentes, se abre una diferencia entre dos subtipos de acciones colectivas en los que se da la estructura que acabamos de analizar, no obstante que el ejemplo originario del dilema de los prisioneros solo ejemplifica uno de ellos. Se da lo que Pettit llama dilema de los prisioneros “del tipo B”, como el ejemplo originario, en el que basta que uno de los individuos no coopere para que al menos uno de los otros que coopere caiga en una opción peor que la que tendría en el caso de una no cooperación universal. Y se da el dilema de los prisioneros del “tipo A”, en el que la defección de uno o de unos pocos no necesariamente pone a algún cooperador en una situación peor que la que estaría en caso de no cooperación universal, aunque resulta perjudicado respecto de la situación de cooperación universal. Esto hace que la no cooperación de algunos no necesariamente provoque de inmediato la no cooperación de otros, y, en consecuencia, es posible que los no cooperadores satisfagan por un tiempo su primera preferencia, sin caer de inmediato en la tercera opción; no obstante, con el tiempo, se va cayendo en la tercera opción en vez de la segunda.

La consideración de estos casos es lo que lleva a Edna Ullman-Margalit[129] a ofrecer una caracterización ampliada de la estructura del dilema de los prisioneros –ya alejada del ejemplo original– de este modo:

Una situación estructurada como el dilema de los prisioneros es cualquier situación que involucra al menos dos personas y que deben repetidamente decidir si hacer 0 o 1 de modo que:

Si en cualquiera de las acciones colectivas que ellos encaran en la situación la mayor parte de ellos hace 0, el resultado es mutuamente dañoso.

Si en cualquiera de las acciones colectivas la mayor parte hace 1, el resultado es mutuamente beneficioso.

Cada una de las personas involucradas obtiene al menos en alguna de las acciones colectivas la más alta utilidad, si él mismo hace 0 cuando la mayor parte de los demás hace

Si en alguna acción colectiva algunos hacen 0, el resultado para los que hacen 0 es menos beneficioso que el que hubieran obtenido si todo el mundo hiciera

Hay autores, como Robert Axelrod,[130] que sostienen que en dilemas del prisionero iterados en los que se dan ciertas condiciones, como la probabilidad de que dos personas vuelvan a actuar en el futuro, la ausencia de un término fijo, etc., la estrategia más racional desde el punto de vista del autointerés es la llamada tit-for-tat: la de cooperar en la primera interacción con alguien, para luego cooperar o no de acuerdo con cuál haya sido la reacción del otro. Lo que más convendría a uno es que los demás sepan que invariablemente uno está dispuesto a cooperar de primera intención y luego a retribuir la respuesta que haya obtenido de los demás. Axelrod cree haber demostrado esto a través de una competencia entre la propuesta de diversas estrategias en situaciones simuladas a través de programas informáticos. Muchos discuten si efectivamente el tit-for-tat es la estrategia racional, o si hay al menos otras estrategias equivalentes o aun superiores. De cualquier modo, el ámbito de aplicación de esta estrategia, que da lugar a cierto grado de cooperación, es sumamente restringido por las condiciones precedentemente expuestas.

El juego de aseguración

En este caso el orden de preferencias es $1 \dots 1, 00 = 01, 10$, o sea, la primera opción es cooperar siempre y cuando el otro también lo haga, la segunda es o bien que ninguno coopere o que solo lo haga el otro, opciones que resultan indiferentes, y la tercera es que solo coopere él. Esto se puede representar en la matriz de la figura 3.

Figura 3

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

El juego de la gallina

Aquí el orden de preferencia de cada participante es 01, 11, 10, 00. Esto se muestra en la siguiente matriz:

Figura 4

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

Problema de coordinación

El orden de preferencias aquí es 11.Y = 11.X, 00 = 10 = 01, en el cual Y e X indican dos alternativas diferentes de cooperación. Esto se puede ver en la figura 5.

Figura 5

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

La batalla de los sexos

En esta situación, el orden de preferencias de uno de los participantes es 11.X, 11.Y, 00.X, 00.Y, mientras que el del otro es 11.Y, 11.X, 00.Y, 00.X, como se ve en la figura 6.

Figura 6

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

La preservación de la desigualdad

Esta situación, que es sumamente común en muchos conflictos sociales, responde a la matriz de la figura 7 donde en los casilleros, que se identifican por los puntos cardinales, están representadas las utilidades que cada uno obtiene con la opción en cuestión. En ella, B para conservar su mejor opción, que es la del casillero Noroeste y evitar pasar a la mejor opción de A, que es la del casillero Nordeste, amenaza a A con pasar a su segunda opción, que es la peor para A, o sea, la opción del casillero sureste. Ello obliga a A a moverse hacia el Oeste. Si B se hubo precomprometido con moverse al Sur en el caso de que A intentase moverse hacia el Oeste, ambos finalizarán en el casillero Suroeste, con lo que terminarán peor de lo que estaban al principio o de lo que estarían si B hubiera aceptado pasar a la situación de mayor igualdad hacia A.

Figura 7

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

La lucha por la democracia plena en la Argentina

Esta dinámica responde a una estructura con alguna semejanza a la última forma de interacción no cooperativa que he mencionado al final de la sección anterior, como podemos ver en la figura 8 (“SC” representa a los sectores conservadores; “SP”, los sectores populares; “DR”, la democracia restringida; “DL”, la democracia liberal; “RM”, los regímenes militares; “DP”, la democracia populista, mientras los números representan la intensidad hipotética de las preferencias, coincidentes con el ejemplo de la figura anterior.) Podríamos decir que el statu quo de la representación política hasta 1916 se ubicaba en el casillero Noroeste; que la aplicación de la Ley Sáenz Peña en ese año y algunas medidas subsiguientes, como las intervenciones de Yrigoyen, produjeron un cambio radical en dirección al casillero Nordeste; que los grupos conservadores desplazados reaccionaron, sobre todo a partir de 1930 y en la “década infame”, provocando un movimiento hacia el casillero Suroeste, que implicaba una representación sumamente desigual de los distintos sectores, pero menor en términos absolutos de todos ellos, aun de los sectores económicamente dominantes; que a partir de 1945 hubo una contrarreacción de los sectores populares, con una representación de calidad inferior a la que se había obtenido en

1916 (allí fue constituyéndose lo que Waisman llama, como vimos, “autonomía del Estado”), moviéndose el sistema hacia el casillero Sudeste; que entre 1955 y 1983 los mecanismos de representación oscilaron en forma inestable entre los dos casilleros del Sur, y que desde 1983 se está produciendo el intento más serio de consolidar la posición correspondiente al casillero Nordeste. Es posible suponer que a este resultado se podría haber llegado muchas décadas atrás –tal vez en 1912-1916 o quizás incluso antes– con enormes beneficios para todas las partes involucradas mediante acuerdos que combinaran una representación popular plena con algunos mecanismos de protección limitada de los intereses dominantes.

Figura 8

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

La trampa de la licitación

La situación de dos licitantes la podemos ver en la figura 9 (en ella “A” y “B” son los licitantes, “C” significa ofrecer coima y “-C”, no hacerlo, y los

números representan las utilidades).

Figura 9

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

Los funcionarios que se contagian de la corrupción

Cuando un funcionario acepta coima solo porque otros funcionarios lo hacen, se genera de este modo una dinámica que responde al modelo formal del juego de aseguración, como vemos en la figura 10 (ahora “A” y “B” son funcionarios, “C” es recibir coima y “-C”, no recibirla, y los números representan las preferencias). Los partícipes tienen como primera preferencia la de cooperar, no coimeando, a condición de que también cooperen los demás; como no tienen ninguna seguridad de que los otros vayan a cooperar, terminan no cooperando, con lo que se confirma el temor en el mismo sentido de los demás.

Figura 10

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

Problemas de coordinación en el tránsito

El tránsito de vehículos y peatones afronta problemas de coordinación puros o entremezclados con conflictos parciales de intereses: debe decidirse si se transita por la derecha o por la izquierda, las manos que deben tener las diferentes calles, la preferencia del cruce entre peatones y vehículos, quién tiene preferencia de paso en las encrucijadas, la velocidad máxima, la distancia de circulación entre los vehículos, la forma y el lugar del estacionamiento. Estos problemas son fundamentalmente de coordinación como se advierte en la figura 11 (en la que “A” y “B” son automovilistas, “D” e “I”, las opciones de transitar por la derecha o por la izquierda, respectivamente, y los números, las preferencias).

Figura 11

	C	A	-C
C	5 / 5		0 / 10
B			
-C	10 / 0		2 / 2

[128] Véase “Virtus Normativa: Rational Choice Perspective”, Ethics, vol. 100, julio de 1990, p. 725 y ss.

[129] Véase The Emergence of Norms, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 15 y ss.

[130] The Evolution of Cooperation, Nueva York, Basic Books, 1980.

5. Las normas como herramientas de cooperación

1. ¿Cómo resolver dilemas de cooperación usando normas?

En la segunda sección del capítulo anterior, vimos que los problemas de cooperación, como los que infectan toda la vida política, económica y social en la Argentina, no se resuelven mediante una estrategia autointeresada que resulte en la propuesta de un acuerdo entre los participantes en la acción colectiva o en la promoción de disposiciones altruistas. Mostramos que se presentan problemas de cooperación de segundo nivel cuando se trata de cumplir o no con el acuerdo o promover una actitud altruista. A los agentes racionalmente autointeresados les conviene que los otros cumplan con el acuerdo o desarrollen disposiciones altruistas, mientras ellos evaden el pacto o siguen siendo egoístas. El resultado es, de nuevo, que todos terminan perjudicándose.[131]

La solución más obvia que parece haber para los problemas de cooperación, parece estar dada por la existencia de normas, del tipo de las que analizamos en el primer capítulo. Esto se ve prístinamente claro en el caso del tránsito, en el que el problema de coordinación constituido por la alternativa de circular por la izquierda o por la derecha parece resolverse en forma muy simple mediante leyes de tránsito que imponen cualquiera de los dos sentidos de circulación.

Aquí es necesario hacer una aclaración de suma importancia: no toda norma con cualquier contenido sirve para resolver problemas de ineficiencia en la acción colectiva promoviendo la cooperación. Hay normas que son generadoras de enormes ineficiencias. Piénsese, por ejemplo, en costumbres ancestrales, prácticas tribales, leyes irrazonables, regulaciones económicas innecesarias, etc., que compelen a que se hagan ciertas mutilaciones, o que se sujete a cierto sector de la población a otro, o que ponen en un rango inferior a las mujeres; o que vedan cierto tipo de actividad productiva generando una desventaja comparativa para el grupo social en cuestión, o que colocan a la industria regulada en condiciones no competitivas con las similares de otros países. De ninguna manera podemos suponer a priori que

cualquier norma es buena desde el punto de vista de la eficiencia social, o que su existencia es condición suficiente de aquella eficiencia.

Lo que aquí se sugiere es algo muy diferente: que la existencia de determinadas normas es, en general, condición necesaria para desarrollar acciones colectivas eficientes. La eficiencia puede frustrarse o bien porque las normas que rigen la acción colectiva en cuestión no son las adecuadas, o porque, siéndolo, fallan otras condiciones también necesarias para que se materialicen resultados eficientes. Esto da origen a lo que en el capítulo 1 caractericé como anomia “boba”.

Las normas sirven para superar los problemas de cooperación debido a que ellas pueden o bien modificar las preferencias de los individuos o bien asegurar las expectativas. La existencia misma de una norma implica, como vimos, una regularidad de conductas y actitudes. Dada esa regularidad, se atenúan los problemas de aseguración y de coordinación. Los individuos que tienen como primera preferencia la de cooperar con los otros, pueden prever que los otros también cooperarán, y además pueden prever cómo lo harán. Esto permite salir de dilemas como el de aseguración, la batalla de los sexos, o el de pura coordinación.

Por otra parte, la existencia de una norma puede cambiar el orden de preferencias de los individuos. Las normas pueden estar respaldadas por sanciones o premios, sean formales o informales, centralizadas o descentralizadas. Esto ocurre con las normas jurídicas, morales o sociales, cuya violación puede implicar, respectivamente, actos de coacción aplicados por el Estado, la desaprobación moral o el desprecio social. Tales sanciones o premios se agregan a los aspectos negativos o positivos que tienen para los individuos las diferentes alternativas de acción, haciéndolas más o menos costosas, y ello puede incidir en su deseabilidad para los individuos.[132]

Se puede mostrar cómo las normas inciden o incidirían en la superación de los problemas de cooperación con algunos ejemplos cercanos a la historia o a la realidad del país.

Veamos primero el caso de la representación popular en el proceso político, como se comenzó a dar en la Argentina a partir de 1912. El voto de los

electores en una democracia es parte del bien público de gozar de un sistema democrático de gobierno. El voto implica, sin embargo, una paradoja que fue advertida en algunas ocasiones: desde el punto de vista de la racionalidad autointeresada de los ciudadanos, no parece que sea racional concurrir a votar. La probabilidad de que cada voto por separado incida en el resultado final es ínfima, cuando se trata de una elección en la que participan millones de personas. Por lo tanto, el beneficio que cada uno saca yendo a votar (medido por el valor del resultado deseado multiplicado por la probabilidad de incidir en él) es insignificante, tan insignificante que en general no compensa cualquier costo que implique votar (informarse sobre los candidatos, comparar los programas, trasladarse a las mesas de voto, hacer cola en ellas, etc.). Si todos fueran racionalmente autointeresados, todos concluirían lo mismo, y si el voto fuera voluntario ninguno votaría, con lo que todos se verían perjudicados al perderse el bien público de una democracia participativa. Esto constituye un clásico dilema de los prisioneros (aunque en algunos casos puede constituir un juego de la gallina).

A esta paradoja que tiene el voto en general se le sobreimpone una dinámica social que puede darse, y se da seguramente en algunos países, cuando existe el voto voluntario. Puede haber un sector social cuyos miembros tiendan más frecuentemente a abstenerse de votar que el resto del electorado. Tal vez esto sea así porque son más racionales o menos altruistas que el resto de la población y estén, entonces, más fuertemente atrapados por la paradoja del voto. O, más probablemente, lo que ocurre es que el voto es más costoso para ellos: quizá son más pobres y les cuesta más concurrir a votar; o son menos educados y tienen más dificultades de obtener información sobre candidatos y programas; o son más débiles y más susceptibles de ser presionados para que no voten.

Una vez que se da esto, una nueva dinámica se sobreimpone sobre la anterior: si los miembros de ese sector social no suelen votar con la misma frecuencia que otros, los candidatos que se presentan tienden a no representar y a no dirigirse a ese sector, con lo que los miembros de ese sector social refuerzan su inclinación para no ir a votar, ya que todavía resulta más improbable que su voto individual incida en un resultado valioso para ello. Por cierto que esto deteriora gravemente el valor del

sistema democrático, ya que ese valor está dado[133] por su mayor capacidad que cualquier otro sistema de decisiones colectivas de contemplar imparcialmente todos los intereses y valoraciones en conflicto, y ello no se da si un cierto sector con intereses y valoraciones definidas no participa de hecho en el sistema político. Una democracia apática es una democracia con menor tendencia a soluciones imparciales que una democracia participativa.

Por supuesto que alguien podría decir que cada elector tiene en sus manos resolverlo, con el simple expediente de concurrir a votar: si cada uno lo hiciera, todo ese sector estaría representado. Pero esto implica una falacia que expresa, como luego veremos, una forma de pensamiento mágico: cada uno solo tiene en sus manos la posibilidad de ir a votar él mismo; cada uno no puede hacer que voten los demás; y como todos saben que no hay ninguna garantía de que los demás voten, y que el voto de cada uno no tiene ningún impacto en cambiar las cosas, muchos de ellos no votan.

La paradoja del voto y la dinámica de deterioro de la representatividad de la democracia se han resuelto en nuestro país por la Ley Sáenz Peña, que introdujo el voto obligatorio. Aquí tenemos un caso claro de una norma que ha resuelto un problema de cooperación: la ley del voto obligatorio cambia el orden de preferencias de los votantes y hace racional concurrir a sufragar. En la Argentina, aunque las sanciones por no votar casi nunca se aplican, es probable que su amenaza siga cumpliendo efecto –como se advierte en las colas que se producen en comisarías y otros lugares a los que la gente concurre para justificar su no concurrencia a votar–. De cualquier modo, es probable que también la ley de voto obligatorio ya haya producido un hábito acendrado y una conciencia cívica que se mantendría aun cuando fuera derogada, al menos en un principio. Esto ha tenido un impacto directo e inmediato en la Argentina. Como dije, la ley produjo que, aproximadamente, se triplicara el número de votantes en las elecciones nacionales[134] comparado con los porcentajes de los que votaban antes, y que los sectores populares tuvieran un impacto tan decisivo que a partir de la introducción de esta ley nunca los partidos conservadores pudieron ganar una elección sin proscripciones o fraudes. No por nada, simpatizantes de esos partidos insisten en derogar la obligatoriedad del voto.

La imposición de este tipo de normas que resuelven problemas de cooperación constituye un tipo de paternalismo. Se trata de un paternalismo legítimo, puesto que, a diferencia de una política perfeccionista, no se busca imponer a los individuos intereses que no tienen, sino darles medios para satisfacer sus preferencias subjetivas. Los individuos preferirían en general ir a votar si supieran que su voto va a tener incidencia en el resultado. Y la única manera de que el voto de cada uno tenga efectivamente incidencia en el resultado es hacerlo obligatorio. Por cierto que esto no quiere decir que siempre sea necesario que haya una ley que imponga la obligatoriedad del voto. Ello no es necesario si hay normas morales o sociales con suficiente vigencia como para tener el mismo efecto. El paternalismo que no es perfeccionista ya que no procura imponer a los individuos un ideal de excelencia personal sino ayudarlos a satisfacer el que ellos mismos se han propuesto es perfectamente compatible con el principio de autonomía de la persona inherente a una concepción liberal de la sociedad.[135]

El mismo tipo de paternalismo legítimo que se instrumenta con normas que resuelven problemas de cooperación se dio en la Argentina con la legislación laboral. Como vimos, esa legislación permitió a los trabajadores eludir la trampa del dilema de los prisioneros de tener que aceptar condiciones cada vez más precarias de trabajo por el temor de cada uno de verse desplazado por los demás. La misma legislación, como también vimos, pudo haber favorecido también a los productores, y a la sociedad en su conjunto, al ampliar el mercado de consumo, por más que cierta rigidez pudo haber perjudicado la competitividad que es necesaria para el acceso a mercados de consumo externos.

Si volvemos ahora a la representación política, podemos advertir un ejemplo ilustrativo de cómo la falta de una norma impidió superar un problema de cooperación con graves consecuencias para la eficiencia de la sociedad argentina. Mostré recién cómo la ley de voto universal, secreto y obligatorio permitió superar el problema de cooperación que se daba o se podía haber dado entre los votantes de los sectores populares para expresar sus intereses o valoraciones. Pero ya sugerí antes que esa ley probablemente creó un problema de cooperación con los sectores con intereses económicos dominantes, precisamente el tipo de problema que se les presenta para mantener situaciones de desigualdad que señala Ullman-Margalit[136]

(recordemos que aquí no estamos haciendo valoraciones morales sobre la justicia o injusticia de cada alternativa, sino solo evaluando las situaciones desde el punto de vista de la ineficiencia que se manifiesta en la frustración de todos los agentes de la acción colectiva).

Algunos autores, como Dan Usher[137] por ejemplo, han tratado de mostrar que una democracia difícilmente adquiere estabilidad si se deja que el voto de la mayoría decida grandes redistribuciones de ingreso y riqueza. La forma en que muchas democracias que se consolidaron conciliaron el ideal de igual incidencia de cada uno en el proceso político con la triste realidad de que los más poderosos exigen cierta protección e injerencia extra para apoyar el sistema es a través de mecanismos que se combinan con el proceso democrático y que no son ellos mismos totalmente democráticos. El mecanismo principal inventado en los Estados Unidos, y seguido formalmente en la Argentina, con ese sentido es la existencia de una Constitución escrita que consagra el derecho de propiedad, y una justicia inamovible, encabezada por una Corte Suprema, con poder para anular decisiones de los órganos democráticos que pusieran en peligro ese derecho de propiedad. Eso fue cumplido con una gran eficacia por la Corte Suprema norteamericana en un período crucial para la consolidación de la democracia en ese país, la llamada “era Lochner”, que se extendió desde aproximadamente 1890, pasando por el dictado que le dio el nombre a la época en 1905 (que abrogaba una ley de Nueva York que reglamentaba el trabajo de los obreros panaderos) hasta 1930, en que Franklin D. Roosevelt pudo finalmente presionar a la Corte (amenazando con aumentar el número de sus miembros) para que aceptara la legislación del New Deal, de contenido social. Junto con ese mecanismo, el abstencionismo electoral, que es mayor en los sectores más pobres y marginados, también parece haber servido en los Estados Unidos para dar una mayor incidencia en el proceso político a los sectores dominantes.

En la Argentina, las cosas fueron diferentes. Al sancionarse la Ley Sáenz Peña, los sectores privilegiados económicamente perdieron mecanismos jurídico-políticos que les permitiera el atrincheramiento de al menos sus intereses más importantes. El voto obligatorio dio una gran incidencia política a los sectores populares. Por otro lado, la polarización que produce el presidencialismo también influyó para que no se pudiera formar un

partido de derecha que tuviera por lo menos algún peso parlamentario. En cuanto a la Corte Suprema, durante algún tiempo cumplió un rol de contrapeso conservador, con decisiones[138] que limitaban los avances de los órganos políticos contra la propiedad privada. Pero curiosamente el propio sector de derecha le restó posibilidades reales de eficacia al promover en 1930 el primer golpe de Estado que inició la inestabilidad política de este siglo. Ese golpe, y sobre todo el reconocimiento que hizo de él la Corte Suprema con el objetivo inmediato, seguramente, de preservar su propia continuidad, fue fatal para la existencia de una práctica constitucional continua, que entre otras cosas protegiera el derecho de propiedad, custodiada por una Corte Suprema independiente. A partir de allí y de la doctrina que les reconocía validez a los actos y leyes de los gobiernos de facto, aun a aquellos que implicaban la remoción de jueces, se perdió la idea de derechos atrincherados frente al proceso político y de una judicatura exenta de todo avatar político. Diferentes cortes vinieron y se fueron, con variada sensibilidad al derecho de propiedad. Se diluyó el contrapeso a los mecanismos de representación popular, y cuando los grupos dominantes se vieron amenazados por los resultados del proceso democrático debieron recurrir a los golpes de Estado. Así se fue oscilando entre experimentos de democracias restringidas, autoritarismos burocráticos y populismos corporativos, generándose la dinámica de interacción no cooperativa que es típica de los intentos de mantener situaciones de desigualdad.

De este modo, vemos un ejemplo de cómo la vigencia efectiva de ciertas normas podría haber contribuido a atenuar una dinámica de interacción autofrustrante para todos los sectores involucrados que se dio durante medio siglo de vida institucional plena de vaivenes, como vimos, en cuanto al control del proceso político.

Por cierto que no es necesario mostrar cómo el cumplimiento de normas en otros ámbitos, como el laboral o el urbano, permite superar problemas de coordinación alcanzando resultados eficientes, ya que las evidencias de otras sociedades son más que claras al respecto. Cualquiera advierte esto experimentando cuánto más rápido y seguro es el tránsito en, por ejemplo, Alemania comparado con el que transcurre por nuestras rutas y calles, no obstante su densidad incomparablemente mayor.

Pero ¿cómo se producen normas que tengan vigencia efectiva cuando hay una dinámica de interacción autofrustrante?

2. La producción de normas

La eficacia de las normas para resolver problemas de coordinación parece tan clara que algunos autores, como Edna Ullman-Margalit,[139] han postulado que las normas emergen cuando se dan problemas de acción colectiva como los del dilema de los prisioneros, los de coordinación o los que surgen de la preservación de situaciones de desigualdad. Sin embargo, esto parece ir demasiado lejos: del hecho de que los problemas de cooperación se resolverían si existieran ciertas normas sociales, no se infiere, de ningún modo, que tales normas sociales van a emerger. Obviamente, si se diera ese surgimiento automático de normas no existirían problemas de cooperación irresueltos como los que nos agobian en la Argentina.

Por el contrario, la emergencia de una norma puede estar obstaculizada por el mismo problema de cooperación que da lugar a la situación que la norma quiere resolver. De este modo, la interacción autofrustrante es a la vez lo que determina la necesidad de una cierta norma y lo que impide que ella aparezca. Esto es así porque la existencia de una norma social que resuelve un problema de cooperación es un bien público, o sea, es un bien que si lo gozan algunos de los sujetos del grupo social relevante lo gozan todos, y cuyo goce por algunos no implica la exclusión del goce de otros. Esto genera los problemas del “colado” y en general del dilema de los prisioneros que vimos antes.

Para entender por qué la emergencia y preservación de una norma puede dar lugar a problemas de cooperación es bueno advertir que tal emergencia y preservación suelen implicar costos.

Esto se ve paladinamente claro en el caso de las normas jurídicas, cuya emisión y ejecución requieren recursos y esfuerzos de diversa índole. Por otra parte, las normas jurídicas requieren, como vimos en el capítulo 1, un aparato coactivo que las respalde. Ese aparato coactivo presupone una

interacción cooperativa de funcionarios, la que puede estar sujeta a los mismos problemas de dilema de los prisioneros, de aseguración o de coordinación que vimos en el capítulo anterior. Quienes deben inspeccionar a los funcionarios supuestamente corruptos también pueden ser corruptos, y, si no lo son, pueden no contar con suficiente seguridad de que los otros van a actuar con la eficacia necesaria para que la acción colectiva sea eficaz, o pueden carecer de coordinación entre ellos. Precisamente vimos en el caso argentino cómo los índices de punibilidad por delitos cometidos son casi ínfimos, lo cual muestra que el aparato coactivo que debe hacer cumplir con las normas jurídicas está también sumergido en formas de interacción autofrustrante. Es más, dado que los índices de criminalidad en la sociedad argentina no parecen en general mucho más altos de los que se dan en sociedades comparables, se puede suponer que hay controles sociales espontáneos más operativos que el control legal para asegurar, en general, la conformidad con ciertas normas.

Además, aun cuando el aparato coactivo fuera genéricamente eficaz para respaldar a las normas jurídicas, hay una consideración que muestra que él no puede autosustentarse. No es posible que haya una cadena infinita de sancionadores para controlar a los que no sancionan, a los que no sancionan, a los que no sancionan...[140]

Esto hace pensar que las normas jurídicas deben apoyarse en o complementarse con normas no jurídicas para dar origen a una dinámica cooperativa. Hace mucho que sociólogos como MacIver y filósofos del derecho como Ross[141] han enfatizado que la preservación del derecho requiere que haya funcionarios y ciudadanos que apliquen u observen sus normas por adhesión a ellas y no solo por temor a la sanción (lo que implica que un sistema como el nazi no hubiera podido ser establecido solo por terror y que necesitaba que mucha gente estuviese convencida de sus méritos intrínsecos). Tal adhesión implica la aceptación de normas no jurídicas.

Esto no quiere decir que, como veremos en la quinta sección, las normas jurídicas no sean indispensables para determinar en muchos casos el curso de acción que debemos adoptar. Tampoco quiere decir que en muchas situaciones de la vida social las normas jurídicas no sean efectivas para

promover comportamientos cooperativos. Ellas tienen frecuentemente éxito en superar dinámicas autofrustrantes mediante el peso que tiene la autoridad que las prescribe, cuando ella es considerada legítima, la amenaza de sanciones o el ofrecimiento de premios que logran efectivamente cambiar el orden de preferencias de los agentes, sanciones y premios que a veces son eficazmente aplicados por el aparato estatal. Incluso es posible discernir, como lo haremos en el capítulo siguiente, formas más o menos eficaces de generar estímulos o disuasivos a través de normas jurídicas. Lo que implica el desarrollo anterior no es la negación de la obvia importancia que tienen las normas jurídicas como método de control social sino la necesidad de que esas normas se apoyen en normas no jurídicas y se complementen con ellas. Veamos, entonces, con un poco más de cuidado las dificultades para generar normas no jurídicas.

Hay un tipo de “normas” que parecen ser estables puesto que no implican costos. Me refiero a las convenciones, que solo en un sentido extendido son normas. David Lewis[142] ha explicado lúcidamente cómo se origina una convención, como la de llamar el que ha llamado antes cuando se corta una comunicación telefónica, a partir de un “hecho saliente”, que es tomado como base para un comportamiento que se hace regular. Por ejemplo, del hecho de que algunas veces nos encontramos con un amigo por coincidencia bajo el reloj de la estación Constitución, comenzamos a tener la expectativa de que nos encontremos allí y tácitamente lo convertimos luego en el lugar de encuentro. Martin Hollis[143] sostiene que estas convenciones no requieren expectativas normativas sino meras expectativas fácticas. Si esto fuera así, las convenciones no implicarían costos de actitudes de reproche o de aprobación, y serían por lo tanto más estables. Sin embargo, esto no parece ser cierto: por un lado, una vez establecida la convención, el quebrarla se ve como algo reprochable por los daños que involucra para los participantes. Por otro lado, algunas sanciones al menos informales, como las que surgen del reproche, parecen necesarias, ya que una vez que la convención está establecida puede aparecer la ocasión para que los colados hagan su entrada a escena. Por ejemplo, si entre amigos hemos adoptado la convención de que en cada salida la cerveza de todos será pagada por cada uno en orden alfabético, le estaremos dando una buena oportunidad a Zwartz para colarse, al menos que sepa que no lo miraremos con buenos ojos, si el día que le toca pagar alegue haber estado enfermo.

Esto hace pensar que las normas jurídicas y las convenciones deben ser completadas con normas sociales para poder sustentarse, o sea, con normas que están respaldadas con sanciones sociales, como la desaprobación, el aislamiento, la murmuración. Aparentemente, sin embargo, el mantenimiento de estas normas también representa costos que pueden generar problemas de cooperación. Como vimos, una norma implica una regularidad de conductas, aun en circunstancias en que el individuo obtiene más beneficios realizando conductas alternativas; implica también una regularidad de actitudes de reproche o de aprobación, lo que supone un costo, tal vez no compensado, de averiguación de hechos, de atención a las circunstancias, de tensión conflictiva con otros, de distracción de otras ocupaciones (la señora de Lausanna que una vez se demoró largos minutos para, primero, reprocharme vivamente por mi mal estacionamiento y, luego, aconsejarme, más amablemente, la forma de hacerlo correctamente, obviamente estaba incurriendo en un costo considerable).

No obstante, sobre la base de asumir que la superación de los dilemas de interacción autofrustrante requiere normas que incluyan tanto regularidades de conductas como de actitudes, Pettit analiza dos modos de generación de normas: a partir de comportamientos repetidos que luego generen actitudes de reprobación, y a partir de actitudes de reprobación que más tarde den lugar a conductas repetidas. El modelo estándar de generación de normas que normalmente se tiene en cuenta es el primero, sobre la base de la convención o del tit-for-tat. Sin embargo, Pettit sostiene que ellos tienen limitaciones por las razones que ya vimos: por ejemplo, no es muy plausible que alguien vaya a dejar de cooperar para sancionar a quien no coopera cuando la falta de cooperación de uno no hace perder del todo a los demás los beneficios de la cooperación.

Por lo tanto, Pettit analiza la posibilidad de que las normas se generen también a partir de actitudes, sobre todo en aquellos casos en que no es plausible suponer que se puedan originar en la regularidad de comportamientos.[144] Sugiere una serie de presupuestos para que puedan derivarse normas a partir de actitudes. El primer presupuesto es el de la interacción que implica que en todas las sociedades hay problemas de acción colectiva que tienen las características, primero, de que hay una opción que es beneficiosa colectivamente en el sentido de que casi todos

estarían mejor si todos la adoptan que si todos la rechazan, y, segundo, que todos estarían mejor en al menos algún aspecto si todos los demás adoptan tal opción. El segundo presupuesto es el de la publicidad, y él estipula que en situaciones como las descritas algunas personas estarán en posición de conocer a quienes actúan en forma colectivamente beneficiosa y quienes se abstienen de actuar en la forma colectivamente beneficiosa. El tercer presupuesto está implícito en la formulación del segundo pero enfatiza un aspecto diferente; él es el presupuesto de la percepción y establece que debe haber personas que no solo conozcan la conducta que desarrollan otros sino también advertir que esa conducta beneficia o perjudica al conjunto, y que en particular beneficia o perjudica, como parte de ese conjunto, a las mismas personas en cuestión. El cuarto presupuesto es el de la sanción, y él consiste en establecer que casi todos aprueban a casi todos que los benefician con determinadas acciones colectivamente beneficiosas y desaprobaban a casi todos que los perjudican con determinadas acciones colectivamente perjudiciales. El quinto presupuesto es el de la motivación y establece que la gente se motiva al actuar, entre otros factores, por la preocupación de que los demás no piensen mal de ellos y piensen bien de ellos.

Pettit sugiere etapas a través de las cuales las normas se van conformando. Primero operan los tres primeros presupuestos que hacen que la gente detecte comportamientos cuya no realización es socialmente dañosa; luego opera el presupuesto de la sanción, que provoca que la gente comience a desarrollar actitudes de desaprobación frente a tales comportamientos; a continuación, de acuerdo con el presupuesto de la motivación se va desarrollando en la gente el motivo de evitar las actitudes de desaprobación de los demás; finalmente, si el motivo en cuestión supera motivos en contra se va generando la regularidad de comportamiento socialmente beneficiosa, con lo que la norma queda constituida.

Este autor propone un programa de investigación en miniatura sobre la base de esta hipótesis sobre la emergencia de normas que tome en cuenta, por ejemplo, en los casos en que se da el presupuesto de la interacción, si también se dan los presupuestos de la publicidad y de la percepción; si es que se dan estos presupuestos, cabe la pregunta de si se aplica el presupuesto de la motivación, dando lugar la no realización de acciones

genéricas colectivamente beneficiosas a actitudes de desaprobación; y finalmente, si se dan estos presupuestos, cabe la pregunta de si el motivo para evitar la desaprobación de los demás es suficientemente fuerte como para desplazar a motivos de signo contrario.

Aunque obviamente no puedo encarar aquí la investigación empírica que serviría para responder con alguna precisión a las preguntas anteriores en relación con el caso de la Argentina, permítanme que en la sección siguiente me dé el gusto de ensayar algunas especulaciones.

3. Las actitudes normativas en la sociedad argentina

Si analizamos los presupuestos que señala Pettit para que se originen normas a partir de actitudes, es fácil concluir que el primer presupuesto referido a la interacción está omnipresente en la sociedad argentina. En efecto, en los capítulos 2, 3, y 4 fui mostrando diversas situaciones a lo largo de la historia del país o a lo ancho de su vida institucional, social, laboral, urbana, etc., en las que se desarrollan acciones colectivas ineficientes, puesto que hay acciones alternativas que hubieran resultado en un beneficio del conjunto social.

En cuanto al presupuesto de la publicidad tampoco parece haber dificultades especiales. Buena parte de las acciones colectivas que presenté como ejemplo transcurren a la luz del día y en el país parece existir, al menos en los últimos años, un grado considerable de discusión crítica, de indagación pública, de exposición de los actos del gobierno y de otros factores sociales. Es posible que el aprovechamiento de la Ley de Enfiteusis no haya sido ampliamente conocido en la época, pero ahora, por ejemplo, el tema de la corrupción de los funcionarios públicos o el de la evasión impositiva está en boca de todos. Las irregularidades laborales no son fáciles de ocultar para quienes son víctimas de ellas. Y el desorden urbanístico por su propia naturaleza transcurre ante los ojos de todos.

En cambio las cosas son diferentes con el presupuesto de la percepción, que no se refiere a la observación del aspecto físico de las conductas en cuestión, que está abarcado por el presupuesto anterior, sino por la detección del carácter socialmente beneficioso de una cierta acción colectiva y del carácter perjudicial de acciones alternativas. Aunque esto requeriría una investigación empírica que no puedo encarar aquí, me animo a sugerir que esta percepción falla seriamente en muchos casos por una variedad de razones.

Por ejemplo, creo que hay una tendencia a no advertir el efecto de arreglos institucionales defectuosos o ausentes en la producción de efectos sociales de diferente índole, como los que estamos examinando aquí mismo. Hay una generalizada preferencia por las explicaciones conspirativas, frente a las explicaciones de “mano invisible”. De este modo, muchos defectos de funcionamiento del sistema político son atribuidos a perversas intenciones de los políticos o a su incuria, o a intereses económicos subyacentes, cuando a veces son consecuencia de una dinámica de interacción provocada por estructuras defectuosas, como es nuestro hiperpresidencialismo, o el sistema electoral o la organización de los partidos. De este modo la desaprobación por la generación de ciertos perjuicios –por ejemplo, los que surgen de la conflictividad política o de la ineficacia de la acción legislativa– está parcialmente mal dirigida, y no produce las motivaciones y comportamientos necesarios para generar una acción colectiva conducente a la reforma del esquema institucional. Mucha gente exige a los políticos comportamientos propios de otra organización institucional pero al mismo tiempo que se ocupen de cuestiones más inmediatas y coyunturales y no de reformar esa organización institucional.

Más importante que el ejemplo anterior es el fenómeno que ocurre con desviaciones como la de la evasión impositiva. Es común que se diga, como vimos en el capítulo 2, que los argentinos no desaprobamos socialmente esa evasión, y me parece que ello ocurre en parte porque no se percibe el carácter socialmente dañoso que ella tiene. La respuesta de muchos es que “no vale la pena pagar impuestos, porque ellos solo sirven para que se los roben los funcionarios, o para pagar la ineficiencia estatal”. Es obvio que esta respuesta carece de base racional: por más corrupción que haya o por más ineficiencia que afecte a la administración pública, ella solo puede incidir en una proporción marginal en el destino de los impuestos. Que una parte importante de las contribuciones tienen un destino de bien público lo atestigua la existencia en el ámbito público de escuelas, universidades, bibliotecas, fuerzas de seguridad y de defensa, calles y rutas, parques, etc. Parece que la desconfianza al Estado que se da típicamente en nuestro país obnubilara la relación causal entre las contribuciones de los ciudadanos y los servicios públicos que los mismos ciudadanos utilizan. Es como si aquellas contribuciones las absorbiera el Estado para beneficio de los funcionarios, y los servicios se financiaran con maná del cielo. Es muy

difícil encontrar a alguien que perciba en la evasión impositiva de otro un daño directo para sus intereses.

La misma falta de percepción ocurre con el medio ambiente, la armonía urbanística y el orden del tráfico. Mi experiencia personal es que mis amigos no suelen ser tan sensibles como yo al daño que provoca el humo que expelen los colectivos en Buenos Aires, al afeamiento de los campos y las ciudades por la basura esparcida por todos lados, o al peligro que representan quienes cruzan con el semáforo en rojo o van haciendo zigzag por las rutas. Creo que esta percepción se agudiza si se ha vivido largo tiempo en ámbitos más cuidadosos de los aspectos mencionados. De cualquier modo, me parece que prevalece en la Argentina la actitud de tomar como cosa natural que los niños arrojen la cubierta del chocolate al piso, que los perros ensucien las veredas, que se quemen los campos para evitar segarlos, que se construyan edificios que alteren la armonía de una avenida, que se instalen aeropuertos deportivos en zonas residenciales, que se toque la bocina por cualquier cosa, que se estacione en doble mano, que los autos circulen sin luces por las rutas, que los peatones crucen las autopistas.

Es este sentimiento de naturalidad lo que impide focalizar en los comportamientos respectivos como causantes de un deterioro importante de la calidad de vida cotidiana. Cualquiera que vuelve de una exclusión por las calles de Buenos Aires regresa tenso, malhumorado, cansado; pocos atribuyen esos efectos a un caos urbano generalizado en el que todos participamos. Muchos tienen en sus familias víctimas de accidentes de auto graves, en las calles y en las rutas argentinas; pocos los atribuyen a la anomia de nuestro tráfico.

Por cierto que la falta de percepción de la dañosidad de muchas acciones colectivas conduce necesariamente a no desaprobarnos, con lo que se resiente también el cuarto presupuesto de Pettit. Pero hay además otro factor que incide en socavar la materialización de ese presupuesto: difícilmente se desaprueba consistentemente lo que uno mismo hace en forma sistemática. Hay veces en que se mira la paja solo en el ojo ajeno o se procede de acuerdo con el adagio “haz lo que yo digo pero no lo que yo hago”; pero es obvio que esta falta de coherencia tiene un límite. En

general, se termina por buscar excusas de por qué uno mismo y también los demás actúan en la forma en que lo hacen. Si no se encuentran, siempre cabe la excusa general de que “todos lo hacen”. Por ejemplo, los particulares suelen desaprobador la corrupción de los funcionarios, pero no toman en cuenta que detrás de un funcionario corrupto hay un particular, que seguramente habrá sido en algún momento alguno de ellos mismos, que corrompe al funcionario. Raramente la indignación se dirige a los ciudadanos que cometen el cohecho activo. Cuando en la acción colectiva no cooperativa participa buena parte de la comunidad, es muy difícil que surjan actitudes de desaprobación hacia esa acción, y este fenómeno creo que no es suficientemente tomado en cuenta por Pettit.

Desde ya que si el presupuesto de la sanción no se satisface, tampoco se satisfará el presupuesto de la motivación que es el último que exige Pettit: si no hay sanciones, no existe la preocupación por evitarlas. Pero además hay razones independientes por las que este presupuesto puede no verificarse, como creo que ocurre con harta frecuencia en nuestro medio. Como el propio Pettit advierte, la motivación para evitar la desaprobación de otros, suponiendo que exista, solo conducirá a actuar cooperativamente si ella es más fuerte que otros motivos que presionan en la dirección contraria. Ello depende, por cierto, de la comparación de costos entre la desaprobación social y lo que el individuo pierde o deja de ganar con el comportamiento socialmente beneficioso.

Pettit reconoce que en los dilemas de los prisioneros en que basta la falta de cooperación de otros para que el resultado no se obtenga es muy difícil que un individuo se arriesgue a cooperar, obteniendo el resultado peor si los demás no lo hacen, solo para evitar el reproche de otros. Pero cree que las cosas pueden ser diferentes en los dilemas que permiten que los demás obtengan algún beneficio aunque haya algunos que defeccionen (esto lo clarifica con el famoso ejemplo de Russell Hardin[145] de la “tragedia del predio común”, producida por hacer que los animales pacen excesivamente en él).

Sin embargo, cuando el comportamiento anémico alcanza un grado considerable, los costos de la conformidad van en aumento. En el extremo, se aplica lo que, como vimos, le decía el taxista de San Pablo a Jon Elster

en el sentido de que si paraba en la luz roja se arriesgaba a que alguien lo atropellara por atrás. En general, esto implica que el proceso de generación de normas que Pettit percibe solo agrega, al problema de interacción autofrustrante que las normas pretenden resolver, el disuasivo representado por el deseo de evitar la desaprobación de otros. Ese disuasivo puede ser mayor o menor. Si la norma no está todavía establecida y no hay un comportamiento generalizado, que es la situación que interesa para explicar las condiciones en que la norma podría surgir, la desaprobación suele ser débil y, en consecuencia, su poder disuasivo no suele ser importante.

De modo que aquí tenemos el mismo problema que señalaba Buchanan respecto del costo de la sanción. Ese costo puede generar problemas de cooperación en el plano del establecimiento de la norma, por lo que es contingente que la norma vaya o no a ser establecida. Para evitar esta objeción, Pettit concentra su atención en sanciones no intencionales, cuya efectivización no implica un cálculo de costos y beneficios. Pero ese cálculo se traslada a quien la sanción se aplica, el que, razonando paramétricamente, debe decidir si conviene a su autointerés evitar o no esa sanción. El problema aquí es el mismo y consiste en que es contingente que el cálculo de costos arroje un resultado positivo o negativo; más bien, hay razones para pensar que la falta de incentivos originarios para realizar la acción cooperativa va a seguir pesando no obstante la introducción de la desaprobación de otros, que es en el mejor de los casos débil cuando no hay una norma generalmente observada. Cuando nos encontramos con el caso de una norma que ya ha sido prescripta e incluso practicada antes, pero cuya observancia se fue deteriorando con el tiempo –por la aparición, por ejemplo, de “colados”– hasta casi desaparecer, no hay fundamento para suponer que súbitamente el reproche por su inobservancia va a reemerger y el deseo de evitar ese reproche va a comenzar a operar de nuevo. Por cierto que en el peor de los casos, como ocurre con muchos de los ejemplos dados en relación con la Argentina, esa desaprobación es inexistente, por lo que no surge la motivación correspondiente.

Esto nos induce a pensar que, para generar una dinámica de cooperación en situaciones de anomia “boba” como las que se dan en la Argentina, es esencial producir conformidad con un tipo de normas que, a diferencia de lo que ocurre con las normas respaldadas por sanciones formales –como las

jurídicas– o informales –como las que acabamos de ver siguiendo a Pettit–, no esté sujeta al cálculo de costos y beneficios. No es que estas normas jurídicas o cuasijurídicas carezcan de impacto en la generación de comportamientos cooperativos. Lo que parece seguirse de lo que acabamos de ver es que para producir ese impacto, que puede ser importante y decisivo, ellas deben apoyarse en la observancia de normas que no se aceptan simplemente por las sanciones que su inobservancia conlleva.

El ser observadas con independencia de las sanciones que su inobservancia conlleva o de los premios que su obediencia implica es una característica de la aceptación de normas morales, en sentido amplio. Sin embargo, esta no es la única característica que las distingue y que debe tomarse en cuenta en el examen de su emergencia para resolver problemas de cooperación. Las normas morales son también, como vimos en el capítulo 1, autónomas, en el sentido de que su aceptación no depende de la prescripción de ninguna autoridad humana, divina o convencional. Esto es lo que hace que las normas morales sean las razones finales que debemos dar cada vez que queremos justificar una acción que puede incidir en los intereses de otra gente (véase apéndice).

Pero no toda norma moral tiene un contenido apropiado para asegurar la cooperación si ella es generalmente observada. En las dos secciones que siguen voy a analizar dos clases de normas morales que presentan obstáculos para generar comportamientos cooperativos.

4. “Si los demás hicieran lo mismo...”

Una de las concepciones más populares sobre el contenido sustantivo de la moral es el utilitarismo, que es una variedad de consecuencialismo. El consecuencialismo, según, por ejemplo, la caracterización que hace Samuel Scheffler,[146] es una posición que sostiene que el acto correcto en cada situación es el que produce el mejor resultado posible, juzgado desde una perspectiva impersonal que da igual peso a los intereses de cada uno. En especial, el utilitarismo concibe los intereses en cuestión en términos o bien de sensaciones placenteras o de satisfacción de preferencias subjetivas. Pero aquí no interesa ocuparnos específicamente del utilitarismo sino del consecuencialismo en general.

Obviamente, la preocupación por los efectos totales de cada acto en relación con el bien de la sociedad lleva al consecuencialismo a tomar en cuenta la combinación entre la conducta de cada agente y la de otros individuos. Esto ha permitido a ciertos autores sostener que el utilitarismo es una teoría ética autofrustrante, porque actuando utilitariamente se producen resultados antiutilitarios. Por ejemplo, D. H. Hodgson[147] ha sostenido que el utilitarismo de actos se derrota a sí mismo en todos aquellos casos en que hay expectativas entrelazadas de diversos actores. Para que, por ejemplo, tenga sentido prometer, la persona a quien se promete tiene que esperar que el promitente va a cumplir con lo prometido, pero no hay motivos para suponer que vaya a cumplir con lo prometido si el beneficiario de la promesa no esperaba que ella se cumpliera. Lo mismo en el caso de la pena justificada utilitariamente sobre la base de su eficacia preventiva: para imponer una pena sobre la base de razones utilitaristas hay que demostrar que la pena tiene las mejores consecuencias, sobre la base principalmente de la prevención de futuros delitos. Pero para que la pena prevenga futuros delitos, los delincuentes potenciales deben creer que van a ser penados si cometen delitos porque esa pena tendrá las mejores consecuencias. Pero de nuevo, para que la pena tenga las mejores consecuencias los delincuentes potenciales deben creer que ellos van a ser

penados si cometen delitos... y así hasta el infinito. Por lo tanto, en una sociedad utilitarista los jueces nunca tendrían motivo para aplicar penas, y los delincuentes no se verían desalentados de cometer delitos.

Esto ha llevado a autores como Hodgson a proponer que en vez de un utilitarismo, o, en general, de un consecuencialismo de actos, se adopte un consecuencialismo de reglas, que conduce a justificar no directamente a los actos sino a las reglas de acuerdo con el principio de utilidad, y a justificar a los actos sobre la base de las reglas. Así, si la observancia general de una regla como la de prometer o la de penar a quienes cometen hurto maximiza la utilidad general, esa regla está justificada y un acto particular de prometer o penar a un ladrón lo está por aplicación de esa regla aunque las consecuencias de ese acto particular no satisfagan el principio de utilidad.

Sin embargo, hay una ambigüedad importante sobre lo que el utilitarismo de reglas entiende por “regla”. Esto lo podemos ver en función de la apelación a la hipótesis de que todos los demás hicieran lo mismo, que es sumamente común en el discurso moral –como lo vemos en la Argentina cuando se intenta justificar la evasión impositiva o el descuido por el aseo urbano– y que es decisiva para la resolución de los problemas de cooperación.

Cuando alguien vota, siendo el sufragio voluntario, suele alegar que a pesar de la paradoja del voto él debe votar porque si todos hicieran lo mismo los resultados serían muy impactantes en el beneficio colectivo (lo mismo ocurre con quien contribuye a una radio comunitaria, o no arroja papeles al piso, o desarrolla cualquier otro tipo de comportamiento cooperativo). Esto es lo que parece exigir el utilitarismo de reglas y de este modo, aparentemente, la adhesión a un utilitarismo de reglas permite superar problemas de falta de cooperación que produce resultados ineficientes.

Pero ¿qué quiere decir “si todos hicieran lo mismo”? Puede querer decir que la obligación de realizar el comportamiento cooperativo está condicionada a que todos hagan de hecho lo mismo. Este es un utilitarismo de reglas reales que toma en cuenta el comportamiento efectivo de la gente. Si no hay esa regla real y si no es previsible que los demás harán lo mismo que uno, no nace la obligación moral de hacer lo propio.

Este tipo de consecuencialismo parece eminentemente racional. Si el resultado beneficioso se obtiene solo con el comportamiento coincidente de todos o casi todos, no tiene absolutamente ningún sentido, y es contrario al principio de utilidad, que se realice el comportamiento cuando los demás no hacen o harán lo propio. La conducta de quien permanece parado frente a un semáforo mientras todos los demás conductores lo pasan a toda velocidad es en el mejor de los casos estúpida y en el peor, peligrosa.[148]

Sin embargo, este utilitarismo de reglas reales no sirve en absoluto para resolver problemas de cooperación cuando no hay reglas establecidas o ellas mismas son ineficientes. En las situaciones que vimos en el capítulo anterior los agentes están inmersos en una dinámica de interacción autofrustrante porque tienen expectativas entrelazadas, y cada uno de ellos carece de razón para actuar cooperativamente si no espera que los otros actuarán cooperativamente, y así sucesivamente. Si en vez de ser egoístas los agentes fueran utilitaristas que toman en cuenta los resultados de los comportamientos reales o probables de los demás, de cualquier modo seguirían atrapados en la mayoría de las situaciones dilemáticas. Por ejemplo, en el dilema original de los prisioneros si ellos fueran utilitaristas de reglas reales, tampoco cooperarían entre sí no confesando, ya que confesar cuando se prevé que el otro no confiese es un mal resultado no solo para un agente egoísta sino también utilitarista (la suma de las dos penas da diez años de prisión como en el caso de la no cooperación).

O sea que si la norma moral que se adopta es el principio del utilitarismo o consecuencialismo que toma en cuenta lo que harían realmente los demás, ello no sirve para superar muchas situaciones de interacción colectiva autofrustrante. Ello a pesar de que, como dije, el tomar en cuenta para evaluar moralmente nuestras acciones cómo actúan o actuarán realmente los demás parece ser eminentemente sensato y racional.

Esto hace pensar que un agente consecuencialista o utilitarista no debería tomar en cuenta los resultados que se obtendrán de acuerdo con cómo realmente van a obrar los demás sino los que se producirían si, idealmente, los demás obraran como se propone hacerlo el mismo agente, aunque de hecho no vayan a hacerlo. Por ejemplo, un automovilista consecuencialista que tiene la alternativa de detenerse o no frente a un semáforo rojo debe

pensar en los efectos de su acto no tomando en cuenta lo que es más probable que de hecho vayan a hacer los demás –supongamos que seguirán su marcha a toda velocidad–, sino suponiendo la hipótesis contrafáctica de que todos harían lo mismo que él. Aquí la conclusión obvia es que el agente debe detener su marcha ya que si imaginamos hipotéticamente que todos los agentes lo hicieran, las calles serían un paraíso, mientras si imaginamos que nadie se detiene ante la luz roja las consecuencias serían muy dañosas.

Frente a esta propuesta, es necesario hacer varios comentarios. El primero es que ella no parece corresponder ya a una concepción consecuencialista sino a su rival, el deontologismo. Precisamente lo que se está recomendando parece coincidir estrictamente con el imperativo de universalización kantiano: “Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”. [149] [150]

Pero estos son problemas metaéticos que conciernen solo a los filósofos. Desde un punto de vista ético sustantivo es mucho más importante hacer notar que los comportamientos recomendados por esta concepción ética parecen ser supremamente estúpidos, fanáticos o insensatos. La imagen de quien está detenido frente a la luz roja mientras todos lo sortean a toda velocidad y haciéndole saber su indignación a bocinazos, o de quien anda por la calle con sus zapatos hundidos en la basura con un papel de chocolates en la mano buscando infructuosamente un cesto apropiado es lo suficientemente patética como para evocar los anteriores adjetivos.

Si esto a menudo no se observa es porque nuestras mentes están generalmente dominadas por una forma de pensamiento mágico que ha sido notada por autores como Jon Elster: [151] pensamos que si nosotros hacemos lo que sería correcto si todos hicieran lo propio, los demás harán efectivamente lo mismo, y realmente se daría un comportamiento generalizado, como si nosotros lo provocásemos al llegar a la conclusión sobre qué es lo que corresponde hacer. Suponemos que al llegar nosotros a la conclusión sobre lo que debe hacerse y al obrar en consecuencia todos llegarán a la misma conclusión y harán lo mismo. Muchos piensan, por ejemplo, que deben votar, aun cuando el voto sea voluntario, porque si todos llegan a la misma conclusión y votan todos se beneficiarán. Esto se

supone aun en los casos en que la posibilidad efectiva de influir en el comportamiento de los demás es ínfima.

Este tipo de pensamiento mágico tiende un puente entre las dos interpretaciones de la frase “si los demás hicieran lo mismo” y entre los dos tipos de consecuencialismo. Se supone que razonando como lo exige el último tipo de consecuencialismo, o sea, sobre la base de las consecuencias ideales, se provoca el comportamiento real de los demás que toma en cuenta el primer tipo de consecuencialismo, no obstante que probablemente los demás no actúen de la misma manera.

Lo extraordinario de todo esto es que por estúpido y fanático que parezca este tipo de concepción ética que toma en cuenta las consecuencias de que todos actúen hipotéticamente del mismo modo aunque de hecho sea improbable que los demás actúen de ese modo, y por supersticioso que sea el pensamiento mágico que lleva a ocultar esa improbabilidad, ese es precisamente el comportamiento que parece a veces ser necesario para superar problemas de interacción ineficiente. Si los prisioneros del dilema originario razonaran y actuaran sobre la base de qué acción colectiva tendría los mejores efectos si todos la realizaran, cooperarán no confesando y efectivamente tendrán los mejores resultados. Si la gente va a votar suponiendo que es lo más beneficioso para todos si todos hicieran lo mismo, efectivamente todos se beneficiarán.

Como dice Jon Elster,[152] parece ser efectivamente necesario que en la sociedad haya un número importante de kantianos que estén dispuestos a hacer lo que creen correcto, aun cuando no sea previsible que los demás lo hagan, para que se den las bases de la cooperación. Esas bases recién después pueden ser ampliadas por los consecuencialistas de reglas reales, que toman en cuenta la probabilidad efectiva del comportamiento generalizado en cierto sentido. Luego, en una tercera instancia adquieren razones para actuar quienes se mueven prudencialmente, y solo reaccionan cuando prevén sanciones o premios formales o informales aplicados por las dos primeras clases de personas.

Si pensamos que comportamientos como los ejemplificados son irracionales, la conclusión desconcertante a la que llegamos es que la cooperación social, y, en consecuencia, la racionalidad colectiva, está

basada en la irracionalidad individual. No cualquier tipo de normas morales sirven para disparar un comportamiento cooperativo eficiente; solo sirven, al menos para constituir la capa más profunda de la interacción social, aquellas que hacen abstracción de cómo los demás realmente actúan o actuarán para postular una ficticia armonía universal.

Sin embargo, las complicaciones no paran siquiera aquí. No siempre el comportamiento sobre la base de reglas ideales genera una dinámica de cooperación. Como traté de mostrar en la sección anterior, el actuar sin tomar en cuenta las acciones pasadas, presentes y futuras de los demás puede implicar una tremenda irresponsabilidad moral. La acción del agente puede producir efectos catastróficos cuando se combina con las acciones reales de los demás. Por otro lado, bien puede el agente entrar en una dinámica de interacción autodestructiva del tipo por ejemplo de los problemas de coordinación o de la batalla de los sexos, si no tiene en cuenta el comportamiento de los demás: supongamos, por caso, un agente que cree que los niños de Bangladesh tienen prioridad moral sobre los niños de la villa miseria de la vuelta para recibir su ayuda humanitaria, y se embarca en un proceso de discusión interminable con sus vecinos sobre cómo canalizar una ayuda que debe ser colectiva, de modo que al final nadie recibe la ayuda a tiempo. Lo mismo puede ocurrir, por ejemplo, cuando un juez deja de lado una norma jurídica vigente sobre la base de que hay una alternativa de acción que produciría un efecto moralmente mejor si todos la siguieran, con lo que produce un debilitamiento de la práctica jurídica vigente sin tal vez materializar el resultado moral buscado.

Este tipo de actitud, de no prestar atención a las prácticas sociales existentes, responde al pensamiento finalista que he anotado al comienzo como uno de los factores que inciden en la anomia. Se trata de buscar los resultados moralmente mejores por encima de los obstáculos representados por las normas vigentes. Las consecuencias pueden ser desastrosas cuando ese finalismo se combina con el elitismo epistémico mencionado antes, consistente en creer que uno mismo o una poca gente privilegiada como uno puede llegar por vía de la reflexión aislada a las soluciones moralmente correctas aunque ellas no coincidan con el resultado de la discusión y decisión democráticas. Por ejemplo, el terrorismo guerrillero surge de esta combinación entre finalismo y elitismo: se concluye, seguramente bajo el

influjo del pensamiento mágico, que no hay que tomar en cuenta la combinación entre las acciones terroristas y las acciones y actitudes reales o probables de los demás sino solo las acciones que los demás deberían desarrollar, lo que se supone que es algo que un grupo de iluminados puede determinar por sí mismo.

De modo que aquí tenemos un dilema que es, aparentemente, de hierro: tanto la interpretación de lo que pasaría si todos hicieran lo mismo que tiene en cuenta conductas reales como la que toma en consideración conductas ideales parecen ser destructivas de la cooperación. ¿Cómo salir de este dilema?

No tengo una respuesta clara, y sospecho que no la hay. Me parece que el comportamiento que optimiza la cooperación social es uno que tiene en cuenta tanto una interacción ideal como la que es probable que se dé de hecho. Sería materia de discusión si es mejor que estas actitudes diferentes se den en diferente gente, como sugiere Elster, o en ocasiones diferentes, o en diferentes tramos del razonamiento práctico. Tal vez se debe aplicar aquí la idea del razonamiento escalonado, de modo que el agente determine, primero, cuál sería el estado de cosas ideal si todos hicieran lo mismo y luego pase a evaluar la situación real dada la probabilidad de acciones y reacciones de los demás. Hay casos en que la situación real está tan alejada del estado de cosas ideal que el agente debe concluir que la práctica social es irredimible y actuar sobre la base del modelo ideal. En otras ocasiones, la conclusión debe ser que se pueden provocar realmente acciones o reacciones que generan una práctica social valiosa aun cuando no se satisfaga plenamente el ideal. Si no hay ninguna práctica establecida, tal vez el agente debe actuar como lo haría si hubiera una práctica ideal. Si hay algún vestigio de práctica y esta es moralmente rescatable, quizá convenga que el agente se atenga a ella aunque no sea la preferible desde un punto de vista ideal.

Pero además de esta complicación relativa a la forma de contemplar la universalización del comportamiento prescrito, todavía las normas morales observadas pueden tener otra característica que las hace inapropiadas para fundamentar la cooperación.

5. “Mi familia y mis amigos ante todo”

Las controversias generales sobre el contenido de una ética sustantiva no se limitan a la disputa entre consecuencialistas y deontologistas que vimos en la sección anterior. También hay una importante y profunda disputa abierta en los últimos años entre una ética que responde a los lineamientos del liberalismo kantiano y otra de carácter comunitarista, que se apoya en algunos de los aspectos de la crítica que Hegel le hacía a Kant.

Una de las características del discurso moral posiluminista es la adopción de un punto de vista imparcial desde el cual deben contemplarse los diferentes intereses en conflicto. Parte de la idea de imparcialidad se refleja en las exigencias formales de que los principios morales válidos deben ser generales y universales. La generalidad de los principios implica que ellos no pueden tomar como propiedad relevante para determinar consecuencias normativas, diferentes características que solo pueden identificarse con nombres propios o descripciones definidas (por ejemplo, no puede determinar que una acción sea buena y otra mala el mero hecho de que una la realice Pedro y la otra Juan, o una los argentinos y otra los chilenos, o una se haga en el territorio argentino y la otra no, o una se haga antes y otra después del 1° de enero de 1992). La exigencia de universalidad implica que si un principio es aplicable a cierta situación debe ser aplicable a toda otra situación que no difiera de la anterior en propiedades relevantes para el mismo principio. Además de estas exigencias formales cuya no satisfacción hace impugnabile una conclusión moral, el punto de vista imparcial propio del discurso de la modernidad parece implicar que un agente moral no debe hacer diferencias en sus obligaciones y responsabilidades fundamentales hacia los demás de acuerdo con vinculaciones o lazos particulares, por más que ellos se puedan describir de acuerdo con propiedades generales. El hecho de que alguien sea el hermano, el amigo o el compatriota del agente puede implicar algunas obligaciones especiales hacia él de carácter derivado o instrumental, pero no una diferencia fundamental en cuanto al

tratamiento moral; puede en todo caso excusar reacciones diferenciales, pero no justificarlas.

Contra este rasgo de impersonalidad que comparten tanto el deontologismo ético kantiano como el utilitarismo, se han levantado intensas propuestas de diversos sectores del pensamiento.

Por cierto que no es este el momento ni el lugar para discutir los fundamentos de la ética liberal y de las críticas y reformulaciones de que ha sido objeto. Quiero limitarme a señalar aquí un aspecto que no hace a la validez de una u otra posición sino al impacto de su observancia práctica en la resolución de problemas de cooperación.

Mi comentario es que cuanto más imparciales sean las máximas de conducta que los agentes amenazados por una dinámica de interacción autodestructiva observen, más probable es que puedan salir de la trampa y alcanzar alternativas de cooperación eficiente. En cambio, cuanto más esas normas contemplen relaciones particulares de parentesco, amistad, nacionalidad, etc., más riesgo hay de quedar atrapados en dilemas como el de los prisioneros, el de la gallina, el de aseguración, el de la batalla de los sexos, o el de coordinación. Si la gente se siente más obligada a cuidar las calles de su propio barrio que las de otros, seguramente se darán dinámicas autodestructivas como las de grupos de vecinos que se organizan para tirar la basura en la plaza del barrio de al lado. Si la protección laboral se limita a los trabajadores nacionales, pronto aparecerán inmigrantes de otros países más pobres a los que se los contrata en condiciones más precarias, dejando desocupados a los nacionales.

Esto que se puede inferir en forma abstracta de la estructura de las acciones colectivas ineficientes tiene su correlato sociológico claro. Es, por ejemplo, conocido que detrás de la corrupción, como vimos en el capítulo 3, suele haber una moral que da una gran prevalencia a la familia y la amistad sobre el interés público: como ya dije, muchas veces los funcionarios sienten que si no se aprovechan de las oportunidades del cargo público están dañando injustamente a su familia. Las corporaciones actúan y presionan sobre la base de lazos morales particulares que unen a sus miembros y que justifican una acción conjunta autointeresada aun en perjuicio de la sociedad en conjunto. El encubrimiento del cohecho de algunos funcionarios por otros

está basado muchas veces en la idea de que ese encubrimiento es un deber de amistad. La evasión impositiva suele muchas veces justificarse también sobre la base de que es más imperioso ocuparse de las necesidades de la familia que de bienes públicos que pueden beneficiar a gente remota. Muy fácilmente se arman sobre todo en nuestro medio confraternizaciones, incluso pasajeras, que implican cierta complicidad respecto de pequeñas trasgresiones dañosas para el público abstracto, y cuya denuncia se ve como una deslealtad, tal como vimos en el capítulo 3.

Parece haber una ley sociológica obvia que postula que, cuanto más fuerte sea la moral particularizada de los grupos sociales –como ocurre en muchos pueblos mediterráneos–, más fácil se hace la cooperación intragrupal y más difícil la cooperación intergrupala. Si ello es conducente a resultados eficientes o ineficientes, dependerá de qué alcance tengan las acciones colectivas en los que los grupos participan. Cuanto más vasto sea el conjunto de gente con el que se interactúa, más conveniente es para la cooperación tener pautas morales abarcativas. Creo, muy tentativamente, que eso explica la difusión de un discurso moral impersonal desplazando a modos de argumentación moral fundados en tradiciones o convenciones particulares de ciertas sociedades. Es posible pensar que pueblos cuyo modo de justificación está basado en razones relativas a la pertenencia a ellos tienen una desventaja comparativa en la búsqueda de cooperación y en la superación de conflictos cuando interactúan con otros pueblos, que aquellos que adoptan un modo de justificación más imparcial.

Por lo tanto, para que las normas morales que se adoptan sean eficaces para la cooperación ellas deben tener un contenido considerablemente impersonal, al menos en relación con los posibles agentes involucrados en la dinámica de interacción.

6. Conclusión

En este capítulo he tratado de mostrar la relevancia que pueden tener las normas para resolver problemas de cooperación y de anomia “boba” como los que se dan recurrentemente en la Argentina.

Es bueno insistir en que no siempre las normas permiten lograr una cooperación eficiente; hay veces que las normas mismas crean modos de interacción tremendamente ineficientes. De más está decir que, aun cuando ciertas normas permiten una cooperación eficiente, ello no quiere decir que esa cooperación sea justa y que debe ser promovida. Por otra parte, en algunos casos, como en aquellos en que es válida la estrategia del tit-for-tat, pueden alcanzarse formas de cooperación sin recurrir a normas (por lo menos en el sentido más o menos estricto con que las hemos definido en el capítulo 1).

Pero normalmente no puede haber cooperación sin normas, y por lo tanto se justifica el que Elster las llame “el cemento de la sociedad”. La cooperación puede comenzar por convenciones, pero estas rápidamente se transforman en normas, ya que empieza a surgir una conciencia de obligatoriedad de atenerse a la convención y de objecionabilidad a alterarla o desviarse de ella.

Las normas alteran en muchos casos el orden de preferencias de los sujetos y en otros aseguran las expectativas, con lo que es posible superar problemas como los del dilema de los prisioneros, el del juego de la gallina, el de aseguración, la batalla de los sexos, los de coordinación, o los que se presentan cuando se quiere preservar un statu quo de desigualdad.

En muchas ocasiones las normas operan sobre las preferencias, e indirectamente sobre las expectativas, a través de sanciones informales o formales, permitiendo así superar la anomia “boba”. Es posible pensar, como Pettit, que en muchos casos la sanción informal de desaprobación

precede al comportamiento regular. Pero la desaprobación suele ser débil cuando no hay una práctica precedente y, en consecuencia, la inobservancia es compartida por los mismos que deberían desaprobala. Se puede advertir especulando sobre el medio social argentino, cómo esto se combina con las dificultades de percepción del daño que surge de la interacción autofrustrante para hacer improbable el surgimiento de normas sociales.

En general cuando hay costos en la sanción o en la motivación de evitar la sanción pueden, aunque no necesariamente deben, presentarse problemas de cooperación que conducen a una interacción ineficiente.

Esto se presenta sobre todo en el caso de las normas jurídicas, dado que las sanciones que las respaldan necesitan un aparato coactivo que exige la cooperación de diversos funcionarios y que no puede autoalimentarse.

Por lo tanto, por más que las normas jurídicas y las sociales sean sumamente importantes para superar problemas de coordinación ellas deben apoyarse y complementarse con normas morales, cuya adopción no está basada en un cálculo de costos y beneficios. Esto se confirma con el análisis del razonamiento práctico, de acuerdo con el cual este debe partir necesariamente de razones autónomas de índole moral. Sin embargo, las normas jurídicas y sociales son relevantes, tanto para determinar cuáles son las soluciones moralmente correctas, cuando las normas jurídicas tienen un origen democrático, como en su carácter de objeto de evaluación de aquellas normas morales, cuando solo es posible actuar en el marco de una práctica colectiva.

Las normas morales deben contemplar adecuadamente la generalización del comportamiento prescripto a todos los miembros del grupo para que ellas sirvan como instrumentos apropiados de cooperación. Sin embargo, es sumamente oscuro hasta qué punto deben tomar en cuenta las acciones y actitudes que realmente desarrollarán los demás o deben solo considerarla hipótesis ideal de que todos hicieran lo mismo independientemente de los datos de la realidad. La segunda alternativa parece irracional, pero sin embargo es la única que en muchos casos permite generar una práctica de cooperación cuando no la hay. Por otro lado, también puede implicar un tipo de actitud finalista y elitista que en otras ocasiones conduce a nuevos problemas de interacción ineficiente y de anomia “boba” si no se toman en

cuenta las acciones y reacciones probables de los demás. Una combinación incierta entre estas dos actitudes que responden a la adopción de normas morales de diversa índole (kantiana, en un caso, y utilitarista de reglas reales, en otro) parece ser necesaria para que se generen procesos de cooperación.

Por otra parte, si bien puede ser objetada la reconstrucción kantiana del punto de vista imparcial, parece que cuanto más esté difundido entre personas que interactúan y que no comparten tradiciones o intereses o vínculos comunes, más probable es la cooperación, siempre que se coincida en la aceptación de las mismas normas morales.

En definitiva, aunque podemos afirmar que la cooperación eficiente necesita, en general, de normas y principalmente, aunque no exclusivamente, de normas morales, sigue siendo bastante misterioso cuáles son las condiciones psicológico-sociales bajo las cuales se generan normas conducentes a la cooperación. Los sujetos que responden a la caracterología de quien adopta normas morales con las propiedades que las hacen eficaces como herramienta de cooperación aparecen como bastante repelentes: irracionales y fanáticos para actuar de cierto modo lo que sea que hagan los demás, a veces; calculadores de las acciones y reacciones de los demás, otras veces; fríamente impersonales, siempre. Sin embargo, estos sujetos pueden ser necesarios para tener una sociedad eficientemente cooperativa.

Dicho de otro modo: supongamos que Max Weber tuviera razón en el sentido de que las pautas sobre ahorro y trabajo de la ética puritana son conducentes al desarrollo capitalista. Ello no implica que la adopción de esas pautas sea más racional que la adopción de las tradiciones de una tribu africana que producen un comportamiento tan ineficiente hasta provocar la extinción de la tribu en cuestión. Desde el punto de vista de la racionalidad individual, la adopción de una pauta es tan racional o irracional como la adopción de la otra; diferente sería desde el punto de vista de la racionalidad colectiva, pero no existe una racionalidad colectiva porque no existe una mente colectiva. Tampoco quiere decir que un fanático puritano de la Nueva Inglaterra de finales del siglo pasado, como muchos personajes de Henry James, sea más atractivo desde el punto de vista moral o más racional que el miembro de la tribu condenada a la extinción. Pero el hecho

es que la sociedad que acepta las primeras pautas y tiene ese tipo de gente es más eficiente para satisfacer las necesidades y preferencias de sus miembros. Sin embargo, lograr que haya un número de personas en la sociedad con las convicciones morales apropiadas para generar una cooperación moral eficiente es tal vez más difícil que superar conflictos ancestrales (que al fin y al cabo pueden ser ganados por el más fuerte) o sustituir recursos materiales escasos.

En el capítulo final se sugerirán, en primer lugar, algunos mecanismos que pueden hacer que las normas jurídicas sean más eficaces que lo que suelen ser en la Argentina para superar dinámicas de interacción autofrustrante. En segundo lugar, se discutirán mecanismos para promover la adopción de normas morales con las características que las hacen conducentes a generar una cooperación eficiente, superando la anomia “boba” que caracteriza como vimos en los capítulos 2 y 3 la vida institucional y social argentina.

[131] Como se dijo, algunos autores, como Robert Axelrod, opinan que la cooperación puede surgir como resultado de la racionalidad estratégica cuando se dan las condiciones que hacen adecuado el llamado tit-for-tat, o sea, ofrecer cooperar al principio y luego cooperar o no cooperar de acuerdo con qué cosa haga el otro. Sin embargo, las condiciones para que esta estrategia sea adecuada son bastante restringidas: tiene que haber probabilidad de interacción entre diversas personas y no haber un momento definido para terminar la interacción (lo que no ocurre, por ejemplo, cuando uno de los interactuantes sabe que abandonará la comunidad en un momento dado). De lo contrario, no habría beneficio en mostrarse cooperativo en general o al menos en la última interacción, con lo que llevará a los otros a no cooperar en la anterior y así, regresivamente, hasta llegar a la primera. Por otra parte, Philip Pettit argumenta con razón que el tit-for-tat es difícil de aplicar en aquellos dilemas de los prisioneros en que la falta de cooperación de alguno no cancela del todo los beneficios de la cooperación (lo que puede implicar que ella sea difícilmente detectada).

[132] Crucialmente, el orden de preferencias por la cooperación puede cambiar con la vigencia de una norma, y de la secuencia “fatal” 01, 11, 00, 10, ínsita en el dilema de los prisioneros, el individuo puede pasar a la secuencia 11, 01 = 00, 10, con la que el dilema no se presenta. Por ejemplo, si en el ejemplo original, los prisioneros supiesen que si confiesan irán a sufrir una terrible represalia como traidores de la banda a la que pertenecen, esto podría ser suficiente como para cambiar su orden de preferencias, induciéndoles a no confesar, con beneficio para ambos.

[133] Véase mi libro *Ética y derechos humanos*, ob. cit., cap. 8.

[134] Véase nota 125, en el capítulo anterior.

[135] Véase *Ética y derechos humanos*, ob. cit., cap. 5.

[136] Véase *The Emergence of Norms*, ob. cit.

[137] Véase *The Economic Prerequisite to Democracy*, Oxford, Basil Blackwell, 1981.

[138] Véanse, por ejemplo, *Harta c. Harguindeguy* (Fallos 136:59), de 1922, y *Mango c. Traba* (Fallos 144:220), de 1925.

[139] Véase *The Emergence of Norms*, ob. cit.

[140] Es cierto que la cadena podría tener una configuración circular de modo que A podría sancionar a B si no sanciona a C si no sanciona a A, pero como este ejemplo muestra, esta configuración no parece estable, ya que una vez que ella es percibida, a A le basta no sancionar a B para no ser a su vez sancionado.

[141] Véase Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de G. Carrió), Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 56.

[142] Véase *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge, Harvard University Press, 1969.

[143] Véase *The Cunning of Reason*, ob. cit.

[144] Para ello se deben encarar primero objeciones como las de James Buchanan, que están basadas en el costo que las sanciones a las desviaciones pueden representar, lo que, cuando ese costo no está compensado con beneficios mayores, halla irracional la aplicación de tales sanciones. La respuesta de Pettit es que esa objeción no se aplica cuando se trata de sanciones no intencionales, como la representada por actitudes de desaprobación y su expresión, cuyo costo no entra en el cálculo del agente, ya que ella es básicamente una actitud reactiva y no el resultado de una estrategia. Al ser este el carácter de la sanción, ello obliga al infractor a desarrollar no una racionalidad “estratégica”, que parte de la base de igual racionalidad por parte de su oponente, sino una racionalidad “paramétrica”, que toma en cuenta las actitudes irracionales o arracionales del contrincante.

[145] Véase Collective Action, Baltimore, John Hopkin University, 1982.

[146] Véase la introducción a Consequentialism and its Critics, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 1.

[147] Véase Consequences of Utilitarianism, Oxford, Clarendon Press, 1967.

[148] Por otro lado, la consideración que enuncio en el apéndice respecto del carácter escalonado del razonamiento práctico institucional y de la necesidad de no justificar, sobre la base de principios morales, directamente acciones individuales sino prácticas sociales y la contribución o no contribución con ellas converge en la misma dirección que el consecuencialismo de reglas reales. Nuestras acciones individuales no tienen eficacia institucional si no se insertan de la manera apropiada con acciones, actitudes y expectativas pasadas, contemporáneas y futuras. Por lo tanto, debemos juzgar las prácticas sociales en conjunto en función de principios morales como el utilitarista, y debemos evaluar nuestras acciones por su concordancia o no con prácticas justificadas.

[149] Véase Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Madrid, Emesa, 1977, p. 72.

[150] En el mejor de los casos, como dice Hare, ya no se trataría de un utilitarismo de reglas sino de un utilitarismo de actos combinado con el principio de universalización.

[151] Véase “Rationality, Morality and Collective Action”, Ethics, vol. 96, nº 81, octubre de 1985, p. 137.

[152] Íd.

Apéndice del capítulo 5

Las normas morales en el razonamiento práctico

El razonamiento práctico es la actividad, puramente mental o articulada a través de un discurso intersubjetivo, de justificar una acción o decisión –sea retroactiva o prospectivamente– sobre la base de razones. Ella debe distinguirse de la actividad de explicar una acción o decisión sobre la base de motivos.[153] Esta última consiste en mostrar que la acción fue causada por ciertos hechos, como los deseos o creencias del agente. La justificación de la acción implica, en cambio, mostrar que la proposición de que la acción es conveniente o debida se puede inferir de un conjunto de proposiciones válidas acerca de lo que debe hacerse o lo que de hecho ocurre. Hay por cierto una conexión entre justificación y explicación y entre razones y motivos: los motivos, o sea, creencias y deseos como hechos psicológicos, consisten en adherir a ciertas razones, o sea, a proposiciones que se supone válidas sobre lo que de hecho ocurre o debe o es conveniente hacer. Si una cierta pretendida justificación de una acción es la que de hecho tuvo en cuenta el agente para actuar, sea válida o no, ella servirá para explicar la acción que el agente realizó.

No es posible entender cómo funcionan las normas en la producción de acciones si no tomamos en cuenta qué papel ellas cumplen en el razonamiento práctico de los agentes, es decir qué relación ellas tienen con las razones sobre la base de las cuales los agentes deciden actuar.

He dicho en el capítulo 1 que las normas que nos interesan en este contexto en el que queremos explicar el fenómeno de la anomia, o sea, de la inobservancia de normas que produce ineficiencia social, son hechos o prácticas sociales. Consisten, recordemos, en regularidades de conductas y actitudes. Ahora bien, ¿cómo es posible introducir esos hechos en el

razonamiento práctico de un agente para que justifique una acción o decisión sobre la base de ellos?

Por cierto que los hechos no pueden introducirse en la mente de la gente. Lo que en todo caso puede sí introducirse en su razonamiento son proposiciones descriptivas de esos hechos, o sea, no el hecho que ocurre en el tiempo y en el espacio de que en la comunidad x la gente circula por la derecha, sino la descripción de ese hecho que yo mismo estoy haciendo, aunque en forma hipotética, en este momento.

Las proposiciones descriptivas de hechos son parte esencial de todo razonamiento práctico, ya que la gente reacciona frente a datos de la realidad. Es porque hace frío que yo decido salir con sobretodo. Pero sin embargo, las proposiciones descriptivas no pueden ser razones operativas para actuar. Podemos adherir a las mismas proposiciones descriptivas pero actuar diferentemente. Esto se muestra en el ejemplo anterior: además de la proposición descriptiva de que hace frío, que es el contenido de una creencia, debo adherir a la proposición normativa o valorativa de que es conveniente no enfriarse, que es el contenido de un deseo, para decidirme a salir con sobretodo.

Si esto es así, de aquí se infiere que la proposición descriptiva de una norma –por ejemplo, en la comunidad x se circula por la derecha– no puede servir como razón operativa para actuar. Es necesario que el agente adhiera a una norma, no en el sentido de práctica social, sino de proposición normativa que dice que algo debe hacerse o que es conveniente o bueno o justo o prudente que se haga para que pueda justificar su acción o decisión y por lo tanto actuar. Las mismas normas como prácticas sociales nunca hubieran podido surgir y mantenerse si los que las practican simplemente se refirieran a ellas a través de proposiciones descriptivas de tales prácticas; los que las practican tienen necesariamente que adherir a proposiciones normativas sobre lo que debe hacerse o es conveniente hacer, para que se produzcan las acciones y la regularidad de conductas y actitudes que constituyen una práctica social. La referencia necesaria a proposiciones normativas es lo que Hart[154] llama “el aspecto interno de las normas”, por oposición a su aspecto externo que está dado por el hecho de la

regularidad de conductas y actitudes. Veamos con un poco más de cuidado aquel aspecto interno.

El agente debe adherir, entonces, a un juicio del tipo “es debido o valioso hacer x” como para que tenga una razón para hacer x y, en consecuencia, habida cuenta de cómo dé el balance con otras razones, haga x y se constituya la práctica social de hacer x. Ahora bien, ¿qué quiere decir “es debido o valioso hacer x”? Ello puede significar, por ejemplo, que la conducta x es la más adecuada para satisfacer los propios intereses del agente. En este caso la proposición normativa en cuestión es de índole prudencial, y la actuación reiterada de acuerdo con esa proposición normativa da lugar a lo que en el capítulo 1 llamamos “normas prudenciales”. Esa proposición normativa prudencial puede ser inferida por el agente de una proposición normativa más general de que debe satisfacer sus propios intereses y de proposiciones descriptivas acerca de cuáles son el efecto de diversas acciones sobre sus intereses.

Esas proposiciones descriptivas pueden referirse a cualquier tipo de hechos. Entre ellos pueden estar las consecuencias desagradables o agradables de realizar cierta conducta que están establecidas por ciertas prescripciones o prácticas jurídicas y sociales. En estos casos, las normas jurídicas y sociales del tipo de las que vimos antes, actúan sobre el razonamiento práctico del agente a través de proposiciones descriptivas que se combinan con proposiciones normativas de índole prudencial. Pero dijimos que la consideración prudencial de sanciones y premios, aunque muchas veces es efectiva (como en el caso de los prisioneros del dilema amenazados por la represalia de la banda), no siempre basta para desarrollar un comportamiento cooperativo: puede ser que la prudencia sea lo que ha conducido al agente a una situación de interacción del tipo del dilema de los prisioneros o del juego de aseguración y que recurrir de nuevo a la prudencia tomando en cuenta nuevos efectos de la acción producidos por la imputación de sanciones o de premios lo conduzca al agente a otra interacción autofrustrante.

Si ello es así hay que explorar los casos en que la proposición normativa sobre qué acción el agente debe realizar, y que él acepta como razón operativa para justificar su acción o decisión, no tiene un contenido

prudencial. Esto quiere decir que la proposición en cuestión no se refiere a acciones que son adecuadas para satisfacer solo sus intereses, sino, por ejemplo, a las acciones que son conducentes a la satisfacción imparcial de los intereses de todos los miembros de un grupo relevante. ¿Cuál puede ser la razón por la que el agente acepte este tipo de razón para actuar? (Ya vimos que si la razón para aceptar una razón altruista es ella misma egoísta, el agente no puede salir del dilema de los prisioneros).

Una razón para aceptar la proposición normativa en cuestión es que ella ha sido proscripta por una autoridad estatal. En este caso, el agente estaría usando en su razonamiento una proposición normativa jurídica, por más que no tenga en cuenta las sanciones con que la autoridad estatal puede haber amenazado para el caso de incumplimiento. Si los agentes obraran regularmente sobre la base de proposiciones normativas aceptadas por la razón de que han sido proscriptas por cierta autoridad estatal, estaríamos frente a una práctica normativa jurídica, tal como vimos en el capítulo 1. Otra razón para aceptar una proposición normativa que califica a una acción como debida o valiosa es que ella ha sido proscripta por una autoridad divina, en cuyo caso, también como vimos en el capítulo 1, el comportamiento regular conforme a esa proposición constituye una norma religiosa. Una última razón para aceptar una proposición normativa no prudencial es que ella forma parte de las costumbres o tradiciones del grupo social, o más sencillamente de lo que la gente suele hacer, lo que conduce a una regularidad de conductas y actitudes que constituye una norma social, de acuerdo con la caracterización del capítulo 1.

Sin embargo, estas no pueden ser razones últimas para aceptar razones justificatorias de acciones o decisiones. Esto es así simplemente porque la referencia a lo que una autoridad estatal o divina ha proscripto o lo que el grupo social suele hacer o a sus tradiciones o convenciones constituye una proposición descriptiva, y, como vimos, la aceptación de una proposición descriptiva es compatible con cualquier acción o decisión y no sirve por lo tanto para justificar una de ellas. Desde Hume sabemos que de la descripción sobre lo que de hecho ocurre no se puede inferir conclusiones sobre lo que debe hacerse.

La apelación a la autoridad estatal o divina o a las tradiciones o convenciones sociales necesariamente presupone la aceptación de una proposición normativa que determina que esa autoridad humana, divina o convencional debe ser obedecida, es legítima o es fuente de mandatos válidos.

A su vez esa proposición normativa no debe ser aceptada por la razón de que ella ha sido proscrita por una autoridad, divina o convencional, so pena que de nuevo debamos recurrir a una nueva proposición normativa que a su vez establezca el deber de obedecer a tales autoridades. En otras palabras, el razonamiento justificatorio debe concluir en proposiciones normativas que no aceptemos porque se originan en ciertos hechos, como son las prescripciones de autoridad.

Si una proposición normativa no es aceptada por su origen, ella debe ser aceptada por su validez o méritos intrínsecos. Si la proposición normativa se refiere a conductas que son debidas o valiosas porque satisfacen imparcialmente los intereses de todos, el hecho de que ella sea aceptada por su validez intrínseca implica que ella opera como una norma moral en el razonamiento. Precisamente desde Kant sabemos que uno de los rasgos de la moral es la autonomía y que ella se manifiesta por la aceptación de los principios o normas en cuestión por sus propios méritos y no por haber sido prescritas por alguna autoridad humana, divina o condicional, o por las consecuencias de su inobservancia sobre nuestros intereses.

De este modo, la idea de autonomía sirve para conectar la característica de las normas morales que vimos antes y que consiste en que ellas no son aceptadas por un cálculo de las consecuencias de su adopción o rechazo, con esta otra característica que consiste en que ellas son aceptadas por su validez intrínseca y no por circunstancias que hacen a quién y cómo las prescribió.

Una vez que advertimos que el razonamiento práctico justificatorio debe partir en última instancia de razones autónomas, la relevancia para ese razonamiento de normas jurídicas, religiosas o sociales por razones que no sean prudenciales aparece, en un principio, como dudosa. Porque, como acabamos de ver, las prescripciones de autoridad –humana, divina o convencional– no pueden ser operativas si no están apoyadas en razones

autónomas. Y una vez que recurrimos a razones autónomas ellas parecen ya indicarnos cómo debemos actuar: si las prescripciones de la autoridad coinciden con tales indicaciones serán superfluas, y si no coinciden no parece haber razón para tomarlas en cuenta.

Sin embargo, esta aparente paradoja sobre la superfluidad de las normas prescriptas por cierta autoridad puede superarse en el caso de las normas jurídicas mostrando que ellas son indispensables para el razonamiento práctico. En primer lugar, he tratado de sugerir en otro lugar[155] que uno de los factores que otorgan a estas normas una gran relevancia es que cuando el proceso de producción de tales normas se basa en la discusión y en la decisión democráticas, ese proceso tiene características tales que goza de un cierto valor epistémico sobre cuáles son las razones autónomas válidas que permiten justificar acciones o decisiones. La democracia, cuando se satisfacen sus exigencias de participación amplia e igualitaria en la discusión y decisión, genera una dinámica que tiende a la contemplación imparcial de los intereses involucrados, que es lo que define a mi juicio la corrección de las soluciones en materia de moral intersubjetiva. Aunque las decisiones democráticas sin duda son frecuentemente equivocadas desde el punto de vista moral, el proceso democrático tiene una tendencia mayor que cualquier proceso de decisiones colectivas a producir en general y a la larga decisiones moralmente correctas. Por lo tanto, las normas jurídicas que surgen del proceso democrático nos proporcionan razones para creer que ellas presuponen razones justificatorias de acciones y decisiones.

De este modo, aunque desde el punto de vista lógico las normas jurídicas solo tienen poder justificatorio en la medida en que deriven de normas morales, desde el punto de vista epistemológico, las normas jurídicas de origen democrático sirven como indicio para determinar cuáles pueden ser esas normas morales válidas. Esta visión se opone a un elitismo epistémico en materia moral que presupone que se puede llegar con certeza a conclusiones morales válidas por el mero proceso de la reflexión individual aislada e independientemente de un proceso colectivo de discusión y decisión. Esto lo veremos con un poco más de atención en el capítulo siguiente.

Pero hay otra consideración que he desarrollado en otro trabajo,[156] que fundamenta que las normas jurídicas, como las normas sociales en general, sean sumamente relevantes para el razonamiento práctico: buena parte de las acciones que realizamos en el ámbito institucional y social no tienen eficacia por sí solas sino como parte de prácticas sociales. Es absolutamente autofrustrante en estos casos pretender realizar la acción que mejor se compadece con principios morales válidos sin tomar en cuenta qué acciones se han realizado en el pasado, lo que determinará qué acciones y actitudes se realizarán en el presente, sea en forma independiente a nuestra acción o como reacción a ella, y cómo evolucionará la práctica social en el futuro. Pretender realizar la mejor acción desde el punto de vista moral, aisladamente considerada, sin tomar en cuenta los efectos que ella producirá en combinación con otras es una irresponsabilidad moral que a veces tiene trágicas consecuencias. Un legislador, un juez, y aun un ciudadano común son partícipes de una práctica social y jurídica continua y cada una de sus acciones y actitudes se entrelaza con las de los otros.

Por lo tanto, lo que necesitamos justificar sobre la base de principios morales autónomos no son acciones aisladas sino nuestra contribución o no a prácticas colectivas, como son las normas jurídicas y sociales. Las prácticas sociales no tienen, como vimos, la posibilidad de servir por sí solas como razones operativas para justificar acciones y decisiones, ya que se trata de complejos de hechos que son compatibles con cualquier acción o decisión. Esto quiere decir que las prácticas no se autojustifican y que no estamos eximidos de nuestra responsabilidad moral de juzgar su concordancia con principios autónomos por el mero hecho de su vigencia. Sin embargo, las prácticas jurídicas y sociales tienen relevancia decisiva como objeto de justificación del razonamiento práctico, ya que muchas de nuestras acciones no tienen sentido si no se ejecutan en el marco de una práctica colectiva. De aquí surge que nuestro razonamiento práctico justificatorio tiene una conformación “escalonada” cuando operamos en el plano institucional: primero debemos determinar si una cierta práctica está moralmente justificada de acuerdo con principios autónomos, y luego determinar qué acción se ajusta mejor a la práctica moralmente justificada.

Esto muestra una de las fuentes del pensamiento “finalista” que mencionamos en el capítulo 1: la idea de que ciertos resultados, incluso

justificados de acuerdo con principios morales, pueden obtenerse actuando aisladamente y no en el marco de una práctica colectiva. Este tipo de error conduce también a dinámicas de interacción autofrustrantes, aun cuando se actúe por motivos morales. La admisión de la relevancia de las prácticas sociales para actuar eficazmente implica dar un paso importante a su preservación, si es que ellas son moralmente defendibles de acuerdo con principios autónomos.

Estas consideraciones tienen una serie de implicaciones significativas para nuestro tema. La primera de ellas es que si las razones últimas que conducen al agente a actuar en forma cooperativa, evitando así una dinámica de interacción ineficiente, no son de índole prudencial, ellas deben ser, en última instancia, de carácter moral. La segunda es que se debe prestar atención a la relevancia que puede tener el proceso democrático de creación de normas jurídicas en la determinación de cuáles son las normas morales plausibles. La tercera es que los principios morales que justifican en última instancia nuestras acciones y decisiones muchas veces no se aplican directamente a ellas sino a prácticas colectivas, que incluyen centralmente normas jurídicas.

De cualquier modo, es importante enfatizar la centralidad que tienen las normas morales en el proceso de justificación y adopción de acciones o decisiones, así como es necesario que muchos actores sociales recurran a ellas en última instancia, en respaldo de convenciones, normas sociales y jurídicas para que la sociedad en cuestión desarrolle formas de cooperación eficiente. De este modo, la conclusión que se alcanza desde el punto de vista interno del razonamiento práctico –que las normas morales son necesarias en última instancia para justificar acciones o decisiones– converge con la que se arriba a partir del punto de vista externo sobre la explicación de las precondiciones de la cooperación social –que sin la adopción de normas morales en apoyo de otros tipos de normas no es posible superar los problemas de acción colectiva que implican ineficiencia social–.

Comunitarismo y liberalismo débil

Por un lado, ha resurgido últimamente el comunitarismo de raíz hegeliana mencionado,[157] con pensadores de la talla de A. MacIntyre, R. Taylor, M. Walzer, M. Sandel, que cuestiona la concepción de la persona que parece estar presupuesta en la anterior reconstrucción del punto de vista imparcial. Se aduce que esa concepción construye a las personas morales como si fueran átomos separados entre sí y aislados de toda inserción comunitaria. La identidad personal, sostienen estos autores, supone intrínsecamente como aspectos constitutivos relaciones particulares con cierta comunidad, determinada familia, ciertos grupos de amigos. También se alega que una ética apropiada no debe estar constituida solo por un conjunto de reglas generales, sino asimismo, como bien lo percibió Aristóteles, por virtudes que están intrínsecamente asociadas con la idea del bien; y precisamente una de esas virtudes es la amistad, así como otra puede ser el patriotismo.

Algunos otros autores no formulan una crítica tan radical a la ética liberal, en sus variedades utilitarista o deontológica, sino que pretenden proponer reformulaciones importantes para evitar consecuencias que parecen gravemente contraintuitivas (como la de que si hay solo lugar para una persona más en el bote salvavidas no deberíamos hacer diferencia entre nuestro hijo y un completo extraño). Thomas Nagel,[158] por ejemplo, sostiene que hay una ineludible e irresoluble tensión entre la perspectiva impersonal y la personal, tanto en ética como en otros campos del conocimiento, y que debe hacerse un equilibrio entre las dos perspectivas; más aún, cree Nagel que ese equilibrio debe hacerse desde una perspectiva impersonal y que deberían reconocerse razones relativas, como las que toman en cuenta relaciones personales como antecedente de obligaciones diferenciales. Un autor consecuencialista como Samuel Scheffler[159] sugiere la modificación del principio de utilidad para reconocer una prerrogativa relativa al agente, que le diera permiso para ocuparse de sus proyectos y compromisos y relaciones personales, fuera de la proporción a su peso en el cálculo de utilidad.

[153] Para un análisis de la diferencia entre razones y motivos y de la estructura del razonamiento práctico, véase mi libro Introducción a la filosofía de la acción humana, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

[154] Véase El concepto de derecho (trad. de G. R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

[155] Véase Ética y derechos humanos, ob. cit., cap. 8.

[156] Véase Fundamentos de derecho constitucional, ob. cit., cap. 3.

[157] Para un análisis mucho más detallado de esta corriente, véase mi libro Ética y derechos humanos, ob. cit., cap. 4.

[158] Véase The View from Nowhere, Nueva York, Oxford University Press, 1989.

[159] Véase Consequentialism and its Critics, ob. cit., pp. 14 y 22.

6. ¿Cómo salir de la trampa de la anomia argentina?

1. Introducción

Resumamos el camino que llevamos recorrido. En el capítulo 1 se avanzó la tesis de que uno de los factores determinantes del subdesarrollo argentino (el que necesariamente debemos verlo en interacción con otros si no queremos incurrir en el vicio del monocausalismo) es la persistente tendencia a la ajuridicidad o, en general, a la anomia. Se dijo también que la modalidad de este fenómeno que nos interesa para explicar el subdesarrollo argentino es la que podemos denominar “boba”, puesto que no está provocada por valoraciones conflictivas o por marginamiento social o por factores criminógenos como el alcoholismo o la drogadicción, sino por una dinámica de interacción, debida a los intereses, a las expectativas y a las posibilidades de acción de los actores, que conduce a la frustración de aquellos intereses de la mayoría de los partícipes en la situación. En el capítulo 2 intenté mostrar la persistente tendencia a la ajuridicidad en el curso de nuestra vida institucional, haciendo tanto una breve revisión histórica como una sucinta mostración de las disfuncionalidades en la operatoria de nuestras instituciones. En el capítulo 3 intenté mostrar casos centrales de anomia en nuestra vida social, mencionando especialmente la informalidad económica, la evasión impositiva, la corporativización de la economía, la corrupción, la anomia en las actividades productivas, el caos del tránsito y las actitudes que tienen en general los argentinos hacia el cumplimiento de normas de diferente índole. En el capítulo 4 procuré exhibir las estructuras profundas de las dinámicas de interacción que producen resultados, dinámicas que solo podrían ser alteradas por normas que modifiquen los intereses y expectativas de los actores pero que su propia vigencia se encuentra a veces condicionada por esa dinámica. Vimos cómo hay diferentes modelos estructurales de interacción autofrustrante detectados por la teoría de los juegos (el dilema de los prisioneros, el juego de la gallina, el juego de aseguración, los problemas de simple coordinación, la batalla de los sexos, la preservación de un statu quo de desigualdad) y cómo esos modelos se ven reflejados en los principales casos de anomia que se perciben en la historia social e institucional

argentina. En el capítulo 5 examiné cómo operan las normas para superar las dinámicas de interacción que impiden la cooperación y producen resultados ineficientes, pero al mismo tiempo cómo el surgimiento y la preservación de tales normas pueden estar afectados por el mismo tipo de dinámicas que ellas pretenden contrarrestar. Expliqué en especial cómo las dinámicas de interacción autofrustrante obstaculizan el surgimiento y la preservación de las normas jurídicas, de las normas sociales y de las convenciones, a menos que ellas estén respaldadas por normas morales, o sea, por normas que sean aceptadas sin hacer un cálculo de los costos y beneficios implicados en esa aceptación.

En este capítulo final voy a hacer algunas sugerencias sobre procedimientos o mecanismos para maximizar, en primer lugar, la eficiencia de las normas jurídicas de tal modo de contrarrestar en parte la anomia “boba” que afecta nuestro desarrollo socioeconómico. En segundo término, voy a discutir formas de promover la adhesión a convenciones y normas sociales, las que, como vimos, constituyen un respaldo indispensable para el cumplimiento de las normas jurídicas. Finalmente, voy a decir algo sobre la promoción de la adopción desinteresada de normas morales, sin la cual resulta imposible la operatoria de las otras variedades de normas recién mencionadas. En definitiva se trata de encontrar mecanismos que alteren las preferencias o expectativas de los actores que se encuentran en estructuras de interacción del tipo del dilema de los prisioneros, el juego de la gallina, el juego de aseguración, la batalla de los sexos, la simple coordinación, etc., y que si no modifican esas expectativas o preferencias terminan con resultados ineficientes, o sea, peores para todos o casi todos que los que obtendrían observando normas.[160]

2. Reformas institucionales

Hemos visto, sobre todo en el capítulo 2, que la vida institucional argentina tanto históricamente como en el presente se ha visto afectada por una serie de dinámicas de interacción autofrustrante, que responden a estructuras como el dilema de los prisioneros, el juego de aseguración, o el juego de la desigualdad. Esta anomia institucional es de enorme relevancia, ya que se transmite de diversas maneras a la vida social: ella implica falta de capacidad para generar y hacer cumplir normas que rijan la vida social, y, como es obvio, tiene un efecto demostrativo significativamente negativo sobre la vida social. Conviene hacer una apretada síntesis de ciertas sugerencias, que he desarrollado más extensamente en otros lugares.[161]

2.1. La justicia

Parece claro que para neutralizar tanto la anomia institucional como la que se da en la vida social argentina en general hay que dar absoluta prioridad al funcionamiento adecuado del Poder Judicial. Los jueces deben ser los referees que custodian el cumplimiento de las reglas de juego por parte de los actores sociales, desde las normas constitucionales en el caso de los poderes públicos hasta las normas de aseo urbano por parte de los simples ciudadanos. De más está decir que los jueces solo cumplirán este rol si no están ellos mismos afectados por grados considerables de anomia, y evitan tanto las actitudes finalistas como las formalistas ante las normas –que son, como vimos, las que suelen subyacer a buena parte de la anomia “boba”– para adoptar en cambio actitudes de lealtad normativa, que implican interpretar las obligaciones que resultan de las normas a la luz de los fines que determinaron su sanción.

Lo primero que hay que garantizar es la independencia de los jueces respecto de los poderes políticos y de otros posibles grupos de presión o de interés. Para ello deben eludirse trampas constitucionales como es la que permite el copamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por parte de los poderes políticos por vía de la ampliación del número de sus integrantes. Un recurso elemental, en una posible reforma de la Constitución nacional, es poner un número máximo de miembros de la Corte Suprema, posiblemente menor que el de los actuales integrantes.[162]

La forma de designar a los jueces también es relevante para garantizar su honorabilidad e independencia para hacer efectivo el Estado de Derecho. Por empezar, debe modificarse el reglamento de sesiones del Senado y de su comisión judicial para que las discusiones para el acuerdo de las nominaciones propuestas por el Poder Ejecutivo sean públicas, limitando, así, el toma y daca entre los partidos que transcurre en las reuniones secretas y obligando a que se justifique a la opinión pública nombramientos que pueden ser objetables. Pero debería modificarse la Constitución nacional respecto del procedimiento para el nombramiento de jueces: no hay ninguna razón para que el Ejecutivo siga teniendo la iniciativa en esta materia tan delicada para el control del funcionamiento de las instituciones. Aun si no se modificase el régimen de gobierno, las designaciones de los jueces deberían tener origen parlamentario. Por otro lado, dado el carácter insospechado de partidismo que deben tener los magistrados de la nación debería exigirse una mayoría calificada para proceder a su designación. Se podría proponer un sistema por el cual los jueces resulten propuestos por la Cámara de Diputados (o por el jefe de Estado, si en una reforma constitucional se separa este cargo del de presidente de gobierno) y designados por dos tercios de votos del Senado.

El procedimiento de remoción de los jueces también debería ser modificado. Es evidente que el actual mecanismo de juicio político resulta de muy difícil empleo y se presta a diferentes manejos políticos. Debería crearse un jury de enjuiciamiento en el que estén representados los propios magistrados de diferentes tribunales, profesores universitarios en el campo jurídico y representantes de asociaciones profesionales, el que tendría facultades para remover a los jueces o al menos de acusarlos ante el Senado de la Nación.

Una condición importante para la superación de la anomia es la previsibilidad de las decisiones judiciales, que en parte requiere la unificación de la jurisprudencia. Debería respetarse más la doctrina establecida en casos anteriores por tribunales superiores o del mismo rango, se debería discutir la conveniencia y constitucionalidad de introducir un Tribunal de Casación de Carácter Nacional, y las decisiones de los tribunales superiores sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes u otras normas deberían tener validez erga omnes.

Hay razones para pensar que ayudaría en la neutralización de la anomia institucional la separación de la justicia constitucional y la justicia ordinaria. La tarea de resolver los conflictos de poderes y de determinar si las normas de los diferentes órganos satisfacen los recaudos constitucionales en materia de procedimiento democrático y preservación de los derechos individuales –lo que constituye una frecuente fuente de anomia institucional– requiere una visión de alta política institucional y no partidista, que es muy diferente a la aplicación de las normas ordinarias para resolver conflictos individuales. Esto justifica la creación de un Tribunal Constitucional, como el que se prevé en casi todas las Constituciones europeas, que tenga la última palabra en materia de recursos abstractos o concretos, preventivos o remediales de índole constitucional. Los miembros de este tribunal deberían tener un mandato temporal, aunque extenso, y ser designados por mayorías calificadas del Congreso. Es sumamente relevante que haya un órgano que tenga una visión de la práctica institucional en su conjunto y que adquiera conciencia de los efectos deletéreos de la anomia institucional, más allá de su involucramiento en la resolución de conflictos sustantivos.

El Ministerio Público es un órgano esencial para la preservación de la legalidad en la vida social. Como luego veremos, él es el órgano que debería encarar una política criminal racional, con la escasez de recursos de investigación y de represión disponibles. Dado que buena parte del proceder anémico en el ámbito institucional procede de las mismas autoridades administrativas, el Ministerio Público no debe depender en la Argentina del Poder Ejecutivo, contrariamente a la tesis que se pretende hacer efectiva por las actuales autoridades de nuestro país. El procurador general de la Nación, como cabeza del Ministerio Público, debería ser designado por mayorías

calificadas de ambas Cámaras del Congreso y responder ante este sobre las políticas que diseñe para el cumplimiento de la legislación. Lo mismo es aplicable a la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, la que de ningún modo debe depender del Poder Ejecutivo, ya que su función esencial es controlar las irregularidades administrativas que pueden cometer los funcionarios que dependen de él.

La participación popular en el sistema judicial es algo valioso que debe promoverse, como sabiamente lo previó nuestra Constitución al disponer el juicio por jurados, lo que fue desoído por sucesivos legisladores y administraciones. Los jurados no necesariamente deben tener la conformación anglosajona –o sea, un cuerpo de diez o doce personas legas que dan un veredicto sobre los hechos sobre la base de las pautas jurídicas formuladas separadamente por un juez letrado–, sino que pueden organizarse, como en Europa Occidental y en algunos países latinoamericanos, en la forma de jueces escabinos –o sea, ciudadanos legos insaculados para participar en un cierto juicio– que comparten el tribunal con jueces profesionales. Esa participación permite desconcentrar la coacción y es un elemento de protección de los derechos individuales. Pero desde el punto de vista de la tendencia a la ajuridicidad propia de nuestra sociedad puede tener varios aspectos interesantes: primero, por supuesto es una forma de impedir intentos de colusión entre la justicia y funcionarios corruptos, intentos de los que la gente sospecha en la Argentina contemporánea. En segundo lugar, la participación de la población en los procesos judiciales como jurados tiene un efecto educativo significativo, ya que permite internalizar las normas jurídicas que rigen en la sociedad; quien aplicó o sabe que puede aplicar normas jurídicas contra sus conciudadanos tiene un motivo adicional de coherencia para no desobedecerlas él mismo. Ayuda también a percibir el sentido de las normas en cuestión y el daño social que conlleva su violación, lo cual, como vimos en el capítulo anterior, no siempre es percibido. En tercer lugar, esa participación tiende a aminorar el sentimiento de alienación respecto del poder, que como se dijo, es una de las causas de la anomia; la participación en cualquier tarea de gobierno, incluyendo la justicia, atenúa la cesura entre la sociedad y el Estado. Independientemente de estas razones sustantivas, la norma constitucional que prescribe el juicio por jurados debería ser cumplida para cancelar ese supremo símbolo de falta de respeto por la ley que está

constituido por una prescripción que se reitera tres veces en nuestra Carta Magna y que es sin embargo paladinamente desoída por los poderes del Estado con excusas vagas (como la consabida de que “los argentinos no estamos preparados para ello” –que, si hubiera sido tomada en serio en el curso de nuestra historia, nos habríamos detenido en la época de los malones y montoneras–).

Es obvio que el procedimiento judicial debería modificarse para hacerse transparente y expeditivo y permitir de ese modo que las leyes no solo se cumplan imparcialmente, sino que parezca que se cumplen imparcialmente. El juicio oral y público debería ser de práctica en todos los ámbitos procesales y no solo en el proceso penal. La familiaridad de la población con los procedimientos judiciales, asistiendo a ellos, enterándose de ellos a través de los medios de comunicación pública, tiene un impresionante efecto educativo sobre el derecho vigente y potencia su capacidad preventiva, al tiempo que calma las sospechas de que en la justicia todo se arregla en la oscuridad, sobre todo en el caso de los poderosos.

En cuanto al carácter expeditivo del procedimiento judicial, dado que ello hace a su eficacia como poder del Estado, los jueces no deberían depender totalmente de las decisiones de los órganos políticos sobre tales procedimientos y deberían asumir la responsabilidad de generar pautas procesales que les permita cumplir con su función constitucional. Al igual que la administración pública en general, la calidad del trabajo de los jueces no debería evaluarse a partir del cumplimiento de formalidades sino de acuerdo con sus resultados. Uno de los aspectos de los resultados que los jueces son responsables de materializar es la celeridad de los trámites. No puede haber justificación alguna para que un proceso judicial se demore más de lo razonable, sobre todo cuando la justicia suele operar solo a medio tiempo. La arbitrariedad de las decisiones debe apreciarse en forma independiente de las formalidades procesales y probatorias: una decisión puede ser arbitraria no obstante haber cumplido al pie de la letra con esas formalidades, y puede no serlo no obstante haberlas dejado de cumplir para satisfacer exigencias de equidad y justicia. Si bien el finalismo es una actitud, como vimos, generadora de anomia y debe, en general, ser evitada, en el plano judicial es mucho más pernicioso el formalismo, en sus variedades ritualista y chicanera. Los jueces deben modificar prácticas

inaceptables como la delegación de funciones a empleados menores, a veces no letrados, o la de atender a una sola parte del proceso o a sus abogados, sin citar simultáneamente a la otra.

Es de fundamental importancia para maximizar la eficacia de las normas jurídicas abrir tanto como sea posible el acceso a la justicia por parte de todos los sectores de la población. La existencia de tribunales de justicia vecinal –tal como lo proyectó el Consejo para la Consolidación de la Democracia y fue remitido al Congreso por el presidente Alfonsín y reiterado por el presidente Menem– tiene una relevancia crucial para obtener rápida satisfacción judicial en pequeños asuntos respecto de los cuales nadie piensa ahora acudir a la justicia, por el costo y la demora que ello significaría. Esos pequeños asuntos –como los provocados por vicios de productos adquiridos, servicios prestados ineficientemente, controversias entre vecinos, etc.– son fuente de incontables conflictos y de tensión social y es donde la impunidad del proceder fraudulento o descuidado se hace sentir cotidianamente. La justicia vecinal debería prescindir de la necesidad de letrados, ser sumamente expeditiva y estar convenientemente distribuida en pueblos y barrios. También deberían reducirse los costos del acceso a la justicia y preverse un sistema efectivo de asesoramiento y patrocinio letrado para gente sin recursos.

De más está decir que el Poder Judicial debe contar con medios materiales suficientes. Esto no solo implica sueldos decorosos –como ahora parece entenderse– sino también y principalmente con personal suficiente y con recursos técnicos aptos para enfrentar las formas más sofisticadas de delincuencia.

La privatización de parte de los procesos judiciales o de prevención o ejecución legal es una alternativa interesante, aunque también presenta riesgos considerables. Por ejemplo, la extensión de procedimientos de arbitraje y mediación privada permite que ciertos sectores accedan a un servicio de justicia más eficiente y expeditivo, aliviando de paso la carga de trabajo de los tribunales públicos. Sin embargo, dado que esta justicia debe ser pagada por quienes acceden a ella, la diferenciación en la calidad de la justicia a la que distintos sectores sociales acceden puede tener consecuencias sociales deletéreas. También debe vigilarse que no se

extiendan modalidades de arbitraje en que una de las partes prácticamente la imponga a la otra como condición de una relación contractual en la que tiene una posición dominante. Puede ocurrir que la parte que eligió, y que eventualmente paga, a los árbitros se vea favorecida por su sistemática parcialidad.

Asimismo, la privatización de la actividad preventiva y represiva, como se puede ilustrar con lo que ocurre en Buenos Aires con el remolque y colocación de cepos en autos mal estacionados, también puede ser una forma de generar una dinámica que neutralice la desidia y la corrupción que lleva a que no se apliquen las normas de tránsito. Sin embargo, también este sistema tiene limitaciones, como se muestra en una nota de Julio Nudler[163] que destaca cómo el ánimo de lucro de los concesionarios privados restringe la eficacia de la acción preventiva, ya que si esta fuera total no se cometerían nuevas infracciones y no se recaudarían las correspondientes multas (ello hace que en toda cuadra se deje algún auto mal estacionado sin llevar, lo que provoca “cuellos de botella” que a veces son peores que los inconvenientes de la desobediencia total de la prohibición de estacionar). Esto es ilustrativo de la cuestión más general de que no siempre el ánimo de lucro de agentes privados genera una mano invisible benéfica que se contrapone a la mano maléfica de la burocracia estatal.

2.2. El régimen de gobierno

Hemos visto en el capítulo 2 que un factor determinante de los desbordes normativos que se dan en el ámbito institucional está constituido por el sistema hiperpresidencialista de gobierno, que se ha dado en la Argentina tanto por el mismo diseño constitucional como por la concentración fáctica de poder que ha ido acumulando a través de la historia la institución presidencial. Así tenemos un presidente que, a diferencia de su colega estadounidense, por ejemplo, tiene discrecionalidad para hacer los nombramientos ejecutivos, puede declarar el estado de sitio, puede disponer

la intervención a los gobiernos de provincia, es objeto de amplias delegaciones legislativas, puede dictar decretos-leyes con la excusa de la necesidad y la urgencia, dispone de un vastísimo aparato administrativo a través de su manejo directo de la administración central, de las empresas del Estado, del Banco Central, etc.

El hiperpresidencialismo argentino, cuando se combina con el sistema electoral que rige en el país, el régimen de partidos políticos, el funcionamiento del Congreso, etc., genera dinámicas de interacción que ponen en tensión el orden institucional, hasta haber llegado a fracturarlo con harta frecuencia en el pasado, o induciendo, en el mejor de los casos, a buscar atajos extraconstitucionales para resolver los graves conflictos políticos que se presentan. Estos fenómenos de anomia institucional no deben atribuirse solamente a intereses descomedidos de los sectores de poder, a falta de cultura política democrática o a las actitudes autoritarias de los gobernantes –aunque sin duda todos estos factores también tienen su peso– sino además a que los actores políticos se encuentran encerrados por estructuras de interacción que generan dinámicas de comportamiento que conducen a la frustración de sus propios intereses.

Uno de los problemas que hemos mencionado como propios del presidencialismo es la falta de plasticidad del sistema para reflejar en la conformación del gobierno las variaciones del consenso social. Esto conduce a escenarios con presidentes que se encuentran solos en la cima de su poder, y que intentan cualquier recurso, sea o no constitucional, para producir efectos que le devuelvan la popularidad perdida. La rigidez del sistema, con el poder concentrado en un órgano unipersonal con mandato fijo y generalmente extenso, hace que las inmensas facultades de gobierno no cuenten muchas veces con el necesario consenso como para ejercerse con efectividad. Por cierto que esto afecta la legitimidad subjetiva y la eficacia de las medidas que se adoptan, y en última instancia, puede incidir negativamente también en la estabilidad de las instituciones. La misma rigidez de la conformación del gobierno –que se agrava por las dificultades que presentan la renuncia o el juicio político al presidente– hace que el sistema no cuente con válvulas de escape para enfrentar crisis políticas graves, cuya explosión suele arrastrar al sistema en su conjunto.

También, como vimos, el presidencialismo implica un juego de suma cero, ya que el poder político se concentra en un cargo unipersonal que, por ende, no puede repartirse ni simultáneamente ni sucesivamente, dentro del período extenso del término presidencial, entre diversos partidos. Esto genera una competencia cruenta entre tales partidos, lo que se ve potenciado por la disciplina interna que tienen nuestros partidos por razones culturales y por efecto del sistema electoral proporcional. Esa confrontación provoca una dinámica que lleva a bloqueos entre los poderes del Estado cuando están dominados por diferentes partidos –y que conduce a recursos como el de gobernar por decretos-leyes o convocar a consultas populares para superar la resistencia legislativa–. También la dinámica de confrontación entre los partidos lleva a que el oficialismo se abroquele detrás de la figura presidencial y que cuando él controla la mayoría de una o las dos Cámaras del Congreso esos órganos no cumplan con su papel de control del Poder Ejecutivo, lo que también favorece los desbordes normativos en materia institucional. En realidad, toda la relación de sumisión entre los parlamentarios del partido de gobierno y el presidente, que suele ser el jefe de ese partido, es absolutamente deletérea a las funciones que deben cumplir tales parlamentarios.

La dinámica que el presidencialismo, sobre todo cuando se combina con la proporcionalidad y un régimen de partidos disciplinados, genera entre los partidos también hace imposible la formación de coaliciones entre diversas agrupaciones, ya que al no ser los cargos del gabinete de gran relevancia en un sistema presidencialista, los partidos de oposición tienen poco que ganar ocupándolos y mucho que perder al verse asociados con el partido del presidente, que se desgasta en el ejercicio del gobierno. A veces, sobre todo en situaciones de crisis profundas, tales coaliciones son, sin embargo, imprescindibles como expresión del compromiso de diferentes sectores ideológicos y de intereses de apoyo a una política común que se articula a través de ciertas normas, garantizándose así la legitimidad, y por ende la observancia de las normas en cuestión.

A pesar de ello, el sistema presidencialista involucra una estructura de interacción, que alternativamente responde a los modelos del juego de la gallina, del de aseguración o el del dilema de los prisioneros, en que los beneficios de la cooperación política unilateral son mucho menores que los

de la confrontación. Por ejemplo, se da una dinámica propia del juego de la gallina cuando uno de los partidos podría adoptar cursos de acción que permita superar una grave crisis y hasta un peligro para las instituciones democráticas –obteniendo la renuncia del presidente que pertenece a ese partido o colaborando para que se lo remueva por juicio político, aceptando formar parte del gabinete encabezado por un presidente del otro partido, votando el presupuesto presentado por ese presidente, colaborando con la aprobación de una medida de trascendencia, condenando abiertamente un intento de subvertir el orden constitucional–, pero prefiere que los costos de superar la crisis los cargue totalmente el otro partido; si los otros partidos tienen la misma actitud, es posible que la crisis termine arrasando con las instituciones democráticas en perjuicio de todos los partidos.

Por último, el presidencialismo implica una concentración de expectativas en una sola persona, lo que conduce a que las instituciones padezcan todas las debilidades que puedan afectar a esa persona –enfermedades, problemas psíquicos, pérdida de honorabilidad o popularidad, etc.–, y que la persona en cuestión a veces intente satisfacer tales expectativas y cumplir con un supuesto mandato místico con medidas extraconstitucionales. Una situación como las que enfrentó el país al final de los mandatos de Isabel Perón y Raúl Alfonsín tiene las características de los problemas de acción colectiva –respondiendo posiblemente a las estructuras del dilema de los prisioneros o del juego de la gallina– en los que todos están mejor si se coopera en el reemplazo pacífico y consensuado del presidente, pero no hay incentivos suficientes para cooperar (el doctor Alfonsín, a diferencia de la señora de Perón, adoptó el gesto patriótico de renunciar, fortaleciendo el sistema democrático, pero tuvo que cargar con un enorme costo personal, dada la campaña desatada luego contra él por haber “abandonado” el poder).

El presidencialismo es ideal para fomentar en la sociedad una actitud finalista, generadora como vimos de anomia, que implica el error voluntarista consistente en creer que los objetivos sociales se alcanzan cuando alguien –sobre todo un presidente poderoso– los desea con suficiente intensidad, en vez de advertir que la mayoría de ellos requieren estructuras institucionales que determinen dinámicas de acción colectiva que produzcan los resultados deseados aunque los actores se propongan fines diversos.

Estas deficiencias funcionales del presidencialismo no solo son generadoras de anomia institucional, sino también de anomia social. La falta de coincidencia entre la formación del gobierno y el consenso popular afecta la legitimidad subjetiva de las medidas que se adoptan y de las normas que se dictan, sea en forma directa o sea a través de la pérdida de eficacia, y ese socavamiento de la legitimidad subjetiva conduce a deteriorar las actitudes de lealtad normativa. Tales disfuncionalidades del régimen de gobierno que rige en la Argentina deben ser resueltas a través de una serie de reformas que tiendan a despersonalizar el poder, a atenuar la dinámica de confrontación entre los actores políticos, y a permitir que la formación del gobierno sea más sensible a las variaciones del consenso social.

Tales reformas deben incluir mecanismos para coordinar las relaciones entre los poderes políticos del Estado, permitiendo que la cámara representativa de la soberanía popular del Congreso intervenga en la formación del gobierno. Ello se logra permitiendo que esa Cámara pueda censurar al gobierno, lo que implica un voto de desconfianza que lo obligue a renunciar. La posibilidad de que ello lleve a una continua amenaza de inestabilidad del gobierno se corrige a través de diversos mecanismos, como es la exigencia de una mayoría calificada para la censura, o el establecimiento de una censura constructiva, como existe en Alemania y España, que implica que la Cámara de Diputados no puede hacer caer al gobierno si no reúne una mayoría absoluta para la formación de un nuevo gobierno. También se neutraliza ese riesgo permitiendo al jefe de gobierno la posibilidad de disolver la Cámara de Diputados y llamar a nuevas elecciones parlamentarias, lo que logra que no se intente una censura del gobierno si el partido que domina la Cámara no está seguro de contar con el respaldo del electorado. Puede aun haber un sistema plausible en el que convierte en automática la disolución de la Cámara baja cada vez que esta logra censurar al gobierno, así como hace automático el cese de funciones del gobierno si este disuelve la Cámara. De lo que se trata es, entonces, de crear un régimen de incentivos y disuasivos políticos para generar dinámicas de interacción que eviten conflictos entre los poderes del Estado y para que el curso de acción que adopten o su misma conformación reflejen el consenso popular.

El sistema de censura y disolución no es incompatible con el hecho de que el jefe de gobierno sea electo popularmente. Puede bien resultar de una elección popular, al menos cuando logra más de un cierto porcentaje de votos ya que de lo contrario debería surgir de la confianza dada por el Parlamento a uno de los más votados, y al mismo tiempo ser posible la censura parlamentaria en los términos antes enunciados. Lo que sí requiere el sistema de censura parlamentaria al gobierno es que la jefatura de gobierno esté separada del jefe de Estado. Si el Congreso puede censurar al gobierno debe permanecer como constante un jefe de Estado que no sea censurable y que pueda designar a un gobierno provisorio hasta que sea elegido un nuevo jefe de gobierno o sea designado por el Congreso. Por otra parte, la separación de funciones entre el jefe de Estado y el jefe de gobierno es sumamente benéfica para impedir la personalización del poder y evitar las tensiones que surgen de la superposición de dos funciones tan diferentes (el jefe de Estado representa la unidad de la Nación y debe estar por encima de las divisiones partidarias, mientras que el jefe de gobierno es normalmente el dirigente máximo de uno de los partidos que debe defender de igual a igual frente a las críticas de los otros partidos en el Parlamento su programa de gobierno). El jefe de Estado podría ser elegido popularmente, como en el sistema mixto francés o portugués, pero es en general conveniente evitar el contraste entre la legitimidad popular y la carencia de facultades de gobierno. Si se concluye que es conveniente que el electorado participe directamente en la formación del Ejecutivo, ello debe resultar en la elección del jefe de gobierno, por más que este sea censurable legislativamente. En síntesis, para un país como la Argentina la transición hacia un sistema más parlamentario podría consistir simplemente en separar la jefatura de Estado de la presidencia del gobierno; hacer que el jefe de Estado sea designado por mayorías especiales del Congreso y que sus facultades se limiten a la representación de la unidad de la Nación y de la continuidad de las instituciones democráticas (otorgándole funciones moderadoras como la propuesta al Senado de los jueces y de los órganos de contralor de la República y la designación de un gobierno interino en caso de falencia del gobierno ordinario); permitir que el presidente del gobierno sea popularmente electo si alcanza más de un cierto porcentaje de votos, debiendo la Cámara de Diputados otorgar su confianza a cualquiera de los más votados en caso de que ninguno alcance aquel porcentaje; hacer posible que la Cámara de Diputados censure al presidente del gobierno en forma

constructiva; y permitir que el presidente del gobierno disuelva la Cámara de Diputados.

La participación del Congreso en la formación del gobierno y la relación estrecha que debe haber consiguientemente entre ambos órganos –que se materializa con la concurrencia periódica de todo el gobierno al Parlamento para explicar y defender sus políticas– permitiría superar la tendencia a la constitución de ejecutivos cesaristas, que se creen iluminados para fijar unipersonalmente el nimbo del país, recurriendo, muchas veces, a medios extraconstitucionales. Ello puede atenuar la anomia institucional que ha sido una constante de nuestra vida política, y ha servido de pésimo ejemplo de la anomia social. También la flexibilidad en la formación del gobierno que este sistema permite, ofreciendo fusibles frente a situaciones de crisis, facilitando que la variación del consenso social se refleje en el gobierno y haciendo posible la formación de coaliciones multipartidarias, lo que atenúa los riesgos de rupturas del sistema. El hecho de que el Congreso pueda censurar al Ejecutivo y el Ejecutivo disolver al Congreso genera intereses y expectativas de los actores políticos que son diferentes a los que generalmente los induce a una dinámica de interacción autofrustrante. Una mayor parlamentarización del sistema político implica mayores incentivos para la cooperación entre los poderes del Estado y los partidos políticos, lo que remueve algunos de los factores de la anomia institucional.

Es obvio que el Congreso de la Nación también debe reorganizarse para contribuir a contener la anomia institucional y su propia pérdida de prestigio, que es sumamente peligrosa para la estabilidad de las instituciones democráticas y para el respeto de las leyes. En primer lugar, debería evitarse la superposición de funciones entre las dos Cámaras, que hace al trámite legislativo engorroso y promueve los conflictos cuando las mayorías legislativas son divergentes. Desde ya que solo la Cámara de Diputados, que tiene representatividad popular, debería intervenir en la formación del gobierno. Debería establecerse un bicameralismo diferenciado que refleje el hecho de que el Senado no es representativo de la población tal como lo exige la legitimidad democrática. El Senado debería ser cámara de origen en todos aquellos casos en que pueda estar en cuestión la soberanía de las provincias, como un proyecto de intervención o cuestiones relativas a la explotación de los recursos naturales. En aquellos

temas que hacen a la regulación de los derechos de los individuos, es la Cámara de Diputados la que debería tratar originalmente la iniciativa legislativa, sin perjuicio de que el proyecto pueda estar presentado tanto por diputados como por senadores o el Ejecutivo. Debería introducirse el procedimiento de sanción ficta para impedir que una Cámara trabe las iniciativas aprobadas por la otra: un proyecto de ley aprobado por una Cámara debería darse por aprobado por la otra si esta no lo trata dentro de un lapso breve. Esto desincentiva la política de bloquear con la falta de tratamiento un proyecto aprobado por la otra Cámara cuando no se cuenta con mayorías capaces de rechazar explícitamente el proyecto (en la Argentina esto ocurrió en el caso del Senado durante el período del presidente Alfonsín con la ley de divorcio y con el tratado del Beagle). También debería permitirse que las Cámaras deleguen en sus comisiones, en las que estén representados proporcionalmente los distintos partidos, la aprobación de ciertas leyes. Debería establecerse un procedimiento sumamente expeditivo para la sanción de leyes de necesidad y urgencia, de modo que el Ejecutivo no tenga pretexto para hacerlo por su cuenta (podría haber una comisión del Congreso con representación proporcional de los partidos de las dos Cámaras a la que el presidente pudiera recurrir para que en un plazo determinado discuta y apruebe provisionalmente, o rechace, un proyecto de ley de esa naturaleza, sin perjuicio de su discusión posterior en el pleno del Congreso). Sería sumamente importante introducir la categoría de leyes orgánicas, como está prevista, entre otras, en la Constitución española, y que implican una mayoría calificada para su sanción o derogación, para todos aquellos casos en que estén en juego derechos individuales o se trate de regímenes –como el de las Fuerzas Armadas, la radiodifusión, la justicia, las universidades– que afectan a las instituciones fundamentales de la República.

Por otro lado, deberían modificarse reglas que hacen al funcionamiento de las Cámaras para evitar una serie de corruptelas: el quórum debería ser inferior al actual para facilitar la realización de las sesiones; no debería permitirse la disciplina de bloque, que hace que las cuestiones se decidan en reuniones cerradas de los representantes de cada partido y pierda sentido la discusión pública; deberían transmitirse las sesiones por los medios de comunicación pública, y eludirse los aspectos ridículos de la labor parlamentaria, como los homenajes. Debería establecerse normas para fijar

las remuneraciones de los legisladores y debería impedirse que ejerzan trabajos paralelos, como el ejercicio de la profesión de abogado (es realmente insólito que un senador que puede ser juez de los jueces pueda actuar ante esos mismos jueces; es obvio que la tentación de “vender la firma” se hace demasiado grande).

También parece claro que debería revisarse el sistema electoral para la representación en la Cámara de Diputados, de modo de atenuar la pérdida de legitimidad subjetiva del Congreso, que es, como vimos, uno de los factores determinantes de la anomia social, y de maximizar el control parlamentario sobre el Ejecutivo y la administración, de forma de contener la anomia institucional.

No hay ningún sistema electoral perfecto, ya que ningún sistema puro logra absorber las dos dimensiones que la idea de representación irreductiblemente encierra: la representación como mandato –que implica que los electores encomiendan a un cierto diputado defender ciertas opiniones e intereses, debiendo responder luego ante ellos de la forma en que cumple el mandato– y la representación como reproducción –que implica que la Cámara de Diputados debe ser un reflejo en chico de los matices ideológicos y de intereses que se dan en la sociedad–. El sistema proporcional maximiza el segundo aspecto de la representación pero minimiza el primero, y la inversa ocurre con el sistema mayoritario de circunscripciones uninominales.

De cualquier modo, parece evidente que un sistema como el que tenemos conduce a la supeditación de la representación parlamentaria a los caudillos partidarios, a la consiguiente dinámica de confrontación entre los partidos y a los bloqueos entre los poderes del Estado. Cuando el oficialismo es mayoritario en la Cámara baja, esta no puede cumplir su rol de control de los desbordes normativos a que tiende el Ejecutivo hiperpresidencialista. Pero un sistema mayoritario por distritos únicos tiende a ser poco equitativo con la representación de terceros o cuartos partidos, conduciendo a una ilegitimidad subjetiva que bien puede ser una nueva fuente de anomia política.

La forma de combinar estas exigencias es a través de sistemas mixtos, como el sistema alemán que corrige la desproporción entre votos partidarios y

representación partidaria que implica el sistema mayoritario, completando la representación con diputados extraídos de listas partidarias hasta reflejar la proporción de votos para ese partido. También es posible combinar las exigencias de la representación con circunscripciones pequeñas –de cinco o seis diputados– en las que se aplique el sistema proporcional, agregándose el voto de preferencia, que permite a los electores marcar a un diputado para que sea preferido en el orden de la lista con el que se van asignando las bancas partidarias. Desde ya que hay que rechazar todo sistema que incluya el mecanismo de la llamada “Ley de Lemas”, que hace que el voto de un elector por cierto candidato partidario termine beneficiando a otro candidato del mismo partido, pero que él no lo hubiera preferido sobre candidatos de partidos rivales; ello contribuye de modo notable a socavar la representatividad del Parlamento y por lo tanto su legitimidad subjetiva.

Uno de los resultados de algunas de estas reformas debería ser la mejora de la calidad de las normas que emite el Poder Legislativo, como ocurre también con las que dictan los otros poderes. Las ambigüedades semánticas y sintácticas de estas normas, su vaguedad y textura abierta, sus lagunas y contradicciones, la indeterminación de qué normas están vigentes y cuáles están derogadas[164] son factores pleitógenos, ya que crean gran incertidumbre en quienes deben apoyarse en ellas para interactuar y los obliga a recurrir a la justicia. Estos vicios normativos, junto con el frecuente cambio de normas, son causas contribuyentes de la anomia existente en la Argentina. Cuando las normas son indeterminadas no se generan expectativas apropiadas sobre los comportamientos de los demás y cada parte prefiere interpretar la norma de la manera favorable a sus intereses. Esta es una situación equivalente a la ausencia de normas. Cualquier inversor serio en la Argentina incluye entre los costos de su inversión esta incertidumbre jurídica, los que deben ser compensados con beneficios extraordinarios.

Para superar estas indeterminaciones jurídicas, se deben perfeccionar las técnicas normativas –como el uso de definiciones jurídicas, el recurso a la informática para determinar las consecuencias lógicas de un conjunto de normas, la evitación de derogaciones genéricas, etc.– de modo de reducir los problemas de interpretación y aplicación del derecho generadoras de anomia y de un sobrecargo del aparato judicial.

El Congreso de la Nación y otros organismos emisores de normas deberían contar con equipos expertos en técnicas normativas para evitar las indeterminaciones productoras de anomia. Esto debe complementarse con lo que se dijo antes respecto de la necesidad de que el Poder Judicial unifique su jurisprudencia y adopte el principio de stare decisis (la obligatoriedad de la regla subyacente a las decisiones judiciales previas).

2.3. Descentralización y participación

Como se dijo, parte de la anomia social, sobre todo en la modalidad “boba” que es prevalente en el país, está generada por una falta de identificación con el gobierno y sus normas, por una falta de percepción de las finalidades de tales normas jurídicas, por una falta de respeto por las normas como tales, independientemente del temor a la sanción que ellas disponen y de su adecuación axiológica, por falta de detección del daño social que implica violarlas.

Esta tendencia se podría atenuar si la población participase más directamente en el proceso de elaboración y aplicación de tales normas, desde el procesamiento de los reclamos de diversos sectores que hacen necesario regular una cierta área de la actividad social, hasta el tratamiento de los casos de violación de la norma en cuestión, pasando por la discusión de las diversas alternativas normativas para resolver las demandas en conflicto.

La participación directa de la población en los procesos normativos puede darse de diferentes formas, además de la integración de jurados que fue mencionada cuando se habló de la administración de justicia. Una forma menor pero importante de participación, destinada a dar transparencia a los procesos administrativos y legislativos, puede darse a través de audiencias públicas. La necesidad de recurrir a ellas está establecida en algunos países, como Portugal, por la misma Constitución, en otros, como en Francia e Italia, por leyes que prevén la descentralización administrativa y el manejo

municipal del urbanismo, o por leyes locales que establecen un marco para organismos de aplicación, como ocurre en los Estados Unidos, principalmente en relación con la protección del medio ambiente; también pueden estar establecidas por los reglamentos internos de los órganos colegiados, como las Cámaras del Congreso, los concejos deliberantes, o sus comisiones. Las audiencias públicas deberían ser convocadas por un órgano legislativo o ejecutivo que debería dictar una norma general o particular cuando aparecen prima facie intereses sociales enfrentados. A estas audiencias debe convocarse en forma abierta a todos los ciudadanos interesados en el problema que puede ser objeto de una regulación o una decisión. En ellas se debe explicar a los ciudadanos las alternativas de acción y los argumentos a favor o en contra de cada una de ellas, escuchándose después las propuestas y reclamos que ellos puedan formular, y justificándose la desatención de esos reclamos y propuestas.

Una forma más decisiva pero más anónima de participación consiste en convocar a la población a plebiscitos, referenda o consultas sobre medidas legislativas o ejecutivas ya adoptadas o a adoptarse. El valor de este método como mecanismo de internalización de las normas en cuestión está en función de la calidad del debate que se genere y en el involucramiento de la población en ese debate. Por cierto que para que estas formas de democracia directa tengan valor deben regularse cuidadosamente, evitándose la manipulación que de ellas puede hacerse desde el poder público, a través de la forma en que las preguntas son planteadas, por medio de la propaganda estatal, etc.

También es posible pensar en formas de participación directa de los usuarios, consumidores o el público interesado en ámbitos, como la prestación de servicios públicos, las escuelas, los hospitales, y hasta en tareas como el ordenamiento del tránsito. En realidad, deberían identificarse áreas de la vida social en que la anomia se hace sentir con más fuerza – como precisamente el tránsito o la evasión impositiva– y pergeñar mecanismos para que la población tome conciencia del problema y de los daños sociales involucrados, y participe directamente en la formulación y aplicación de normas para esa área. Por ejemplo, habría que buscar mecanismos a través de los cuales los ciudadanos participen de la detección de infracciones de tránsito o del incumplimiento de obligaciones

impositivas, incluso mediante el ofrecimiento de incentivos materiales que generen una dinámica de interacción que contrarreste a la que conduce a la anomia “boba”. (El método de Loteriva, por el cual se ofrece a la población y a los comerciantes participar en sorteos con la presentación de facturas de venta, lo que permite controlar el pago del IVA, tendría que haber sido un mecanismo más efectivo de lo que realmente es –tomando en cuenta la afición por el juego de la población y por recolectar ítems que permiten acceder a ciertos premios–, si se hubiera puesto más entusiasmo en movilizar a la población, facilitar la presentación de boletas, anunciar los premios, como se hizo, por ejemplo, en Chile).

Claro está que estos métodos de participación popular en la formación y aplicación de las normas, participación que parece ser sumamente relevante para combatir la anomia, solo pueden ser efectivos si se descentraliza convenientemente tal proceso de creación y aplicación normativa. La percepción y la discusión de la necesidad de las normas, de su finalidad y del daño implícito en su violación requieren que la norma sea la respuesta a reclamos y problemas que se generan en un ámbito acotado. Desde ya que esto justifica profundizar el federalismo en la Argentina, desconcentrando en beneficio de las provincias recursos y servicios, así como también promover una genuina autonomía municipal, y hasta la formación de organismos barriales que tengan competencia en cuestiones en que la anomia urbana se da con más patencia, como es el aseo y la armonía estética de las calles y parques públicos.

3. La reorganización administrativa

Como vimos, la administración pública es una de las fuentes generadoras de ajuridicidad, tanto institucional como social. Ello es así, en primer lugar, porque el comportamiento burocrático suele exhibir paradigmáticamente actitudes formalistas ante las normas –ritualistas o chicaneras– que son uno de los factores determinantes de la anomia. Muchas veces esas actitudes formalistas no están asociadas con corrupción, sino con lo que los teóricos de la administración pública[165] han denominado “el desplazamiento de objetivos”, es decir, la sustitución de los fines por los cuales fue creada una cierta repartición por fines propios de la misma repartición, principalmente el de sobrevivir. Esto genera una tendencia hacia la autonomía de la administración respecto de la dirección y controles externos, y un equilibrio entre una dinámica dirigida a lograr certidumbre para la administración y sus miembros y otra dinámica dirigida a expandir su esfera de acción. Pero también, las actitudes de deslealtad normativa de los burócratas están vinculadas a su apropiación del cargo para provecho propio, la que a veces responde a una dinámica de interacción con otros funcionarios y con sectores del público de la que es difícil escapar por decisión individual. El provecho personal que está detrás de muchas actitudes de deslealtad normativa de los funcionarios no siempre es económico; en muchas ocasiones consiste simplemente en la sensación de poder que da el sujetar a sus designios arbitrarios la suerte de los pobres administrados (el marino de la Prefectura que recientemente se negaba a darme razones de por qué prohibía mi ingreso al puerto con un turista extranjero obviamente disfrutaba de su temporaria superioridad sobre mí). Por último, la anomia burocrática alimenta también la anomia social al hacer perder al Estado eficacia en su tarea de hacer cumplir las normas que él mismo genera.

Es evidente que el procedimiento (el reclutamiento de empleados y funcionarios públicos) es relevante para contener la anomia administrativa asociada principalmente con la corrupción. Debería estructurarse definitivamente una carrera administrativa y establecer el acceso a ella solo

por vía del concurso de antecedentes y oposición. Las designaciones políticas se deberían limitar a los niveles más directamente conectados con los cargos de gobierno y durar únicamente el tiempo que permanezca en funciones quien hizo las designaciones. También el procedimiento de cesación de funciones en la administración pública debería hacerse más flexible. La estabilidad garantizada constitucionalmente al empleado público, por el art. 14 bis de la Constitución nacional, no debería ser incompatible con un procedimiento expeditivo para la aplicación de sanciones por mal desempeño y por deficiente rendimiento. También se debería establecer un sistema de premios a los empleados y funcionarios públicos, no por el cumplimiento de formalidades, sino por productividad, de acuerdo con los servicios que se ofrezca en la repartición en cuestión. Desde ya que el tiempo de duración de los trámites debe ser uno de los aspectos de la productividad a tomar en cuenta.

Hay diferentes estructuras de la administración pública y de los cursos que deben seguir los trámites en su contexto que tienen relación con las posibilidades de corrupción. Por ejemplo, Susan Rose-Ackerman[166] distingue cuatro estructuras posibles de la organización de la administración pública a los efectos de los trámites: la fragmentaria, la secuencial, la jerárquica y la desorganizada. En la fragmentaria, cada solicitante debe tener cada paso de un trámite aprobado por un funcionario distinto, y cada paso es independiente de los otros y puede ser realizado en cualquier orden. En la secuencial, los pasos que debe aprobar cada funcionario son también independientes entre sí, pero deben realizarse en un orden predeterminado. En el modelo jerárquico, cada paso del trámite aprobado por un cierto funcionario puede ser revisado por un funcionario superior, que generalmente había delegado sus funciones al inferior. En la estructura desorganizada, la cadena de pasos a seguir y la independencia o no de los trámites, así como la jerarquía de los funcionarios es poco clara y cambiante. Además, estos modelos se complican si tenemos en cuenta la variable de si hay funcionarios alternativos para hacer el mismo trámite.

Según esta autora, en el modelo fragmentario se facilita que algunos funcionarios retengan las actuaciones para ser los últimos en actuar y hacerse pagar sus servicios. Esto puede ser evitado cuando hay diferentes alternativas para efectuar el mismo paso del trámite, aunque encontrar al

funcionario honesto puede consumir tiempo y dinero. Cuando se da un modelo secuencial, basta un funcionario en la línea del trámite que sea corrupto como para extorsionar al solicitante. El que está primero en la línea tiene cierta ventaja sobre los otros funcionarios, pero los sucesivos pueden presionar a los anteriores para que los hagan participar bajo amenaza de congelar las actuaciones cuando llegue a ellos. Cuando el modelo secuencial prevé líneas competitivas, el primero de la línea puede pedir coima para habilitar esa línea en la que los demás funcionarios intervinientes son honestos, con lo cual se vende la honestidad de los otros funcionarios. Pero esto solo sirve para los solicitantes que aspiran a servicios legítimos; los que aspiran a servicios ilegítimos prefieren en general tener frente a sí a toda la línea corrupta, ya que de otro modo el trámite quedará detenido por los funcionarios honestos. En el modelo jerárquico, la corrupción de los funcionarios inferiores se contiene si los servicios que se procuran son legales y los superiores son honestos. Si los superiores son deshonestos, en cambio, los solicitantes legalmente cualificados pueden estar dispuestos a pagar coimas más altas a los funcionarios inferiores, los que alegarán que de lo contrario deberán pagar más a niveles superiores. En el caso de que se busquen servicios ilegales, la honestidad de los superiores, por un lado, aumenta el riesgo de la corrupción de los niveles inferiores, pero también les da a esos niveles cierto poder monopólico, ya que solo ellos pueden proveer alguna chance de que el servicio sea prestado. A veces, cuando se reduce la discrecionalidad de los funcionarios inferiores, se desplaza la corrupción hacia arriba, dando oportunidades de cohecho a los superiores. También la centralización del trámite puede crear cuellos de botella burocráticos, que aumentan las posibilidades de corrupción. Asimismo, estos cuellos de botella permiten a los funcionarios inferiores cobrar servicios por promover el trámite a ese nivel superior. Las burocracias caóticas por un lado promueven la corrupción como forma de incrementar la probabilidad de que un trámite tenga éxito, pero también disuaden de dar coima, ya que no hay seguridad de que ningún funcionario pueda asegurar el éxito del trámite.

Sobre la base de estas inferencias sobre cómo se facilita la corrupción, Rose-Ackerman hace algunas recomendaciones que podrían ser aplicables al caso argentino. En primer lugar, aclara que la honestidad administrativa

no es el único objetivo para un proceso de reorganización de la administración sino que debe combinarse con otros como la eficiencia administrativa y la calidad técnica de los servicios prestados. En segundo término, también advierte la autora que este análisis estructural muestra que la reforma administrativa no puede ser parcial sino que debe ser integral, ya que las modificaciones que se logran a cierto nivel en un área pueden producir efectos aún más negativos cuando tomamos en cuenta su combinación con las dinámicas de otros sectores del proceso administrativo. Una vez hechas estas aclaraciones, Rose-Ackerman sostiene que el modelo fragmentario, sobre todo en su modalidad competitiva, es superior al modelo secuencial cuando se trata de solicitudes de servicios legales, ya que en el modelo secuencial un oficial corrupto puede obstaculizar todo el trámite y absorber buena parte de los beneficios que él le otorga al solicitante. En cambio, si lo que se solicita son beneficios ilegales el modelo secuencial es mejor que el fragmentario para contener la corrupción, ya que el trámite solo puede progresar si todos los funcionarios de la línea son corruptos. Si se compara ahora el modelo jerárquico con el fragmentario, cuando se trata de obtener beneficios legales el primero es superior, ya que tiende a eliminar la corrupción de inferior nivel. También el modelo jerárquico es superior al fragmentario en el caso de servicios ilegales: si los funcionarios superiores son honestos, la probabilidad de que prospere el trámite ilegal es inferior. En cambio, cuando se compara el modelo secuencial con el jerárquico el último es superior cuando se trata de beneficios legales, por la simple relación transitiva de que en este caso el modelo jerárquico es superior al fragmentario y el fragmentario es superior al secuencial. En cambio, cuando se trata de servicios ilegales el modelo secuencial es mejor que el jerárquico, ya que el primero no permite que un solicitante rechazado en el primer nivel del trámite obtenga una revisión en pasos ulteriores, si los funcionarios superiores son corruptos.

La autora señala también, lo que es muy evidente en el caso argentino, que la misma burocracia puede ir generando el tipo de estructura que permite las prácticas corruptas de acuerdo con las variables enunciadas. Uno de los instrumentos que se suele emplear es la generación de pasos burocráticos innecesarios.

La lección de este análisis es que, cuando se estudian propuestas de reforma de la administración pública para contener la corrupción, se deben comparar estos modelos alternativos tomando en cuenta qué tipo de beneficios se procura obtener a través de actos de corrupción –¿legales o ilegales?–, dónde es más probable que se localice la corrupción –¿en los niveles inferiores o en los superiores?–, qué posibilidad hay de abrir vías alternativas para el mismo trámite, qué impacto tienen las distintas reformas sobre otros objetivos que también deben satisfacerse, cómo es la eficacia administrativa, su ductilidad al poder democrático, etc.

Asimismo, en el caso de la anomia administrativa es crucial revisar los mecanismos y órganos externos de control que existen o se podrían establecer. En el país se cuenta con organismos como el Tribunal de Cuentas de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas o la Sindicatura de Empresas Nacionales que no demostraron ser muy eficaces para detener la corrupción, sobre todo en altos niveles del gobierno y de la administración. El Tribunal de Cuentas ejerce el control externo de legitimidad de la hacienda pública, con exclusión de las empresas de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional, las que se encuentran controladas por la Sindicatura General de Empresas Públicas. El control de legitimidad que hace el Tribunal de Cuentas se hace usualmente en forma preventiva. Todos los actos, una vez dictados y antes de entrar en ejecución, deben comunicarse al Tribunal de Cuentas, quien los examina, debiendo expresar su conformidad u observarlos. Si los observa, se suspende el cumplimiento del acto en la parte observada, pero el Ejecutivo puede insistir, en cuyo caso los funcionarios que refrendan el decreto de insistencia son responsables y el Tribunal comunica al Congreso la observación y la insistencia. Además el Tribunal de Cuentas cumple con otras funciones, como examinar las cuentas de los responsables sometiéndolos a juicio, declarar la responsabilidad de los agentes del Estado formulándoles cargos por los daños que cometieran a los bienes públicos, etc. Según la Ley de Contabilidad, el Tribunal está formado por cinco miembros contadores, los cuales eran nombrados por el Ejecutivo con acuerdo del Senado, hasta la derogación de este requisito por la Ley 20.677. La Sindicatura General de Empresas Públicas funciona en la órbita de la Secretaría Legal y Técnica y ejerce los controles de legalidad, auditoría y gestión de empresas de

propiedad total o mayoritaria del Estado nacional. La Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas tiene por función investigar la comisión de delitos o de irregularidades administrativas cometidas por los funcionarios públicos, haciendo las denuncias correspondientes a la justicia.

Estos organismos tenían ya una relativamente escasa eficacia, debido a una serie de condicionantes políticos. Por ejemplo, las observaciones que el Tribunal de Cuentas de la Nación comunicaba al Congreso solían quedar paralizadas por la dinámica política que hace que el partido del gobierno contenga el tratamiento de temas que puede poner en dificultades al Poder Ejecutivo. Pero aun esta escasa eficacia ha quedado prácticamente cancelada del todo por el desplazamiento, contrario a las prescripciones legales, producido recientemente por el Poder Ejecutivo, de los responsables de estos órganos de control, reemplazándolos por funcionarios de su confianza.[167]

De cualquier modo, la virtual desaparición de estos mecanismos de control externo de la administración crea una ocasión apropiada para discutir cuáles son los procedimientos y órganos de control más aptos, que aseguren la más plena independencia del poder político y la mayor eficacia en la detección y represión de la anomia administrativa. Es posible pensar que, en muchos casos, los controles previos y puramente formales deberían ser reemplazados por controles a posteriori y sustantivos con un sistema de presunciones en contra del funcionario. De este modo, por ejemplo, el funcionario que ha contratado una compra por encima de los precios del mercado, cualquiera que sea la impecabilidad del procedimiento empleado en la contratación –por ejemplo, la licitación pública–, estaría obligado a explicar el motivo de la diferencia de precio, so pena de responder personalmente por el daño causado a la administración.

Por supuesto que en el caso de decisiones de gran trascendencia para el patrimonio de la Nación –como las nacionalizaciones o las privatizaciones de empresas o la contracción de deudas, sobre todo externas– debería haber un procedimiento de control legislativo, con amplia injerencia de la oposición sobre todo el curso de la decisión. Claro está que la falta de eficacia de la Comisión Bicameral de Control de Privatizaciones creada por la Ley 23.696 hace pensar que no basta con crear este procedimiento en el

papel, sino que hay que producir los cambios necesarios en la dinámica política para que él no se vea trabado por la sumisión política, por la desidia, por la confrontación entre los partidos.

4. El control de la anomia a través de la responsabilidad penal

Los datos que he avanzado en el capítulo 3 permiten algunas inferencias interesantes, no obstante los amplios márgenes de error a que pueden estar sujetos. Por un lado, la eficacia real del sistema penal es ínfima: menos del 2,5% de los delitos denunciados es objeto de sentencias condenatorias. Por supuesto que es cierto que muchas de estas denuncias deben de ser falsas o erróneas y que, en muchos casos, los imputados deben ser genuinamente exentos de pena, por haber obrado en forma justificada o excusable. Pero aun así el margen de impunidad injustificada parece ser enorme. Sin embargo, por el otro lado, la gente parece temerle a las sanciones en una proporción significativa, ya que un porcentaje importante de personas está dispuesto a decir que se ha abstenido de cometer un delito por temor a la sanción, mucho más que por la reprobación pública, y ese temor aparece como uno de los motivos prevalentes de observancia de las normas en general, y la ausencia de él como motivo dominante de la desobediencia actual de ciertas normas, como las de aseo urbano, y la desobediencia contrafáctica de otras, como las impositivas. El mismo contraste entre la realidad y el poder disuasorio de las posibles sanciones se observa los días de elecciones, en los que largas colas de gente se esfuerzan por justificar su no comparecencia a votar en las comisarías del lugar donde se encuentran, no obstante que generalmente las sanciones no se hacen efectivas.

Desde este punto de vista, el sistema penal argentino parece ser significativamente económico, ya que con un mínimo ejercicio de la coacción parece producir efectos preventivos considerables. Sin embargo, los grados insólitos de anomia, sobre todo en la modalidad que llamamos “boba”, que existen en sectores fundamentales de la vida social –en el manejo institucional, en la vida económica en general, en las contribuciones impositivas, en la corrupción generalizada, en la vida urbana, etc.– hacen pensar si el sistema penal no podría ser perfeccionado en su eficacia, para potenciar su efecto preventivo general sobre todo en esas áreas. Es obvio, como ya vimos en el capítulo 5, que el sistema penal no puede lograr los

efectos deseados por sí solo y es necesario respaldarlo con otros mecanismos de control social. Obsérvese que la eficacia del sistema penal es igualmente baja respecto de delitos de sangre y violencia en los que no parece que el país sobresalga en relación con otros, como ocurre en el caso de la anomia “boba”. Sin embargo, allí deben estar operando otros procesos de neutralización de factores criminógenos, como puede ser cierta cohesión comunitaria con sus correspondientes normas y sanciones informales. De cualquier modo, la preocupación por potenciar los efectos preventivos del sistema penal parece legítima bajo una justificación de la pena que toma en cuenta esos efectos (véase apéndice).

Si tal justificación de la pena fuera plausible, ella no avalaría una posición a priori a favor de una mínima intervención penal o aun un eventual abolicionismo futuro, como el que defiende Raúl Zaffaroni en nuestro país, [168] sobre la base de que las penas por naturaleza implican una victimización de sectores marginales de la sociedad sin producir efectos beneficiosos para esa sociedad, siendo en realidad instrumentos de poder de sectores internos y externos que son beneficiarios de un proceso de explotación de aquellos sectores. Es una cuestión empírica determinar si el sistema penal satisface la exigencia de ser efectivo en la prevención de daños que de otra manera la sociedad sufriría. Por los datos inseguros que hemos mencionado al final del capítulo 3, parece que las penas cumplen efectivamente una función de prevención general, ya que juegan un papel determinante, aunque por cierto no único, en la evitación de delitos que acarrearían daños para personas inocentes. Si esta efectividad estuviera establecida, luego viene la cuestión que es en parte empírica y en parte valorativa de determinar si los males que la pena evita son mayores a los que causa en términos globales y agregativos: aunque la cuestión es muy controvertible y debe ser objeto de un examen mucho más cuidadoso del que puedo encarar aquí, la respuesta parece ser prima facie positiva si solo hacemos una gruesa comparación entre el bajísimo porcentaje de gente que resulta en definitiva penada, la cantidad de delitos que se cometen y la proporción de delitos, y de daños consiguientes, que parecen evitarse gracias al poder disuasorio que la pena parece tener a pesar de la escasísima efectividad del sistema; aunque todas estas estimaciones implican enormes márgenes de error, también parece ser enorme la diferencia entre daños causados y daños evitados por el sistema penal como para acomodar tales

márgenes. Una cosa bien distinta es la cuestión, que también es empírica pero bastante más difícil de establecer, de determinar si las penas logran ese objetivo en forma económica; vale decir, si habría un procedimiento igualmente efectivo pero menos deletéreo de impedir la producción de males sociales mayores. Aquí es donde la criminología crítica tiene muchas cosas interesantes que decir, siempre que parta de procedimientos de comprobación empírica de sus hipótesis: es probable, en primer lugar, que las penas actuales puedan ser ejecutadas en forma mucho menos nociva en términos de padecimientos innecesarios para los penados y sus allegados, neutralización de factores criminógenos, etc. En segundo lugar, es muy posible que el mismo grado de efectividad se alcance sustituyendo en muchos casos las actuales penas por otras menos cruentas, como las multas, inhabilitaciones, trabajos sociales, etc., en vez de muchas penas de prisión, y penas de prisión más cortas en vez de prisiones perpetuas. En tercer lugar, es también posible que las penas puedan ser en muchos casos sustituidas preservando sus mismos grados de eficacia por otros actos de coacción ejercidos por el Estado como es, por ejemplo, la ejecución de sanciones civiles de indemnización, a la que me referiré en la próxima sección. Finalmente, si la teoría justificatoria de la pena toma en cuenta (como la que defiendo brevemente en el apéndice) la elección del agente de realizar un acto que sabe que es penado, esa elección permite legitimar la contribución que él hace a la minimización de los daños sociales; ella no se ve descalificada por el hecho de que el acto del agente esté determinado por factores causales, como suele ocurrir con casi todas nuestras acciones,[169] aunque sí por factores causales que incidan en una forma extremadamente desigual en la conducta de ciertos individuos (que es un punto que la criminología crítica procura enfatizar con razón pero con confusión).

Dentro de los márgenes anteriores no se ve obstáculo en una política criminal dirigida a potenciar la efectividad del sistema punitivo. Sin embargo, hay algunas consideraciones generales a tomar en cuenta acerca de la forma de conducir esa política en nuestro país. En primer lugar, no parece que se logre una mayor prevención general cediendo a la constante tentación de la sociedad y los políticos de aumentar los montos de las penas, que ya son excesivos comparados con los que rigen en general en países civilizados. El aumento de montos de las penas puede desequilibrar el balance entre el mal que se evita y el mal que se provoca con la pena

misma. Por otra parte, ese aumento puede socavar la efectividad misma de la pena, ya que está comprobado que los jueces son renuentes a aplicar penas que perciben como desproporcionadas o injustas. Finalmente, el índice de sentencias condenatorias es tan bajo, que aun grandes aumentos de pena casi no afectarían el índice de riesgo, que surge de multiplicar el monto de la pena por la probabilidad de que la pena se aplique, que es lo que realmente importa para la prevención general. En segundo término, tampoco es posible obtener una mayor prevención general disminuyendo las garantías del debido proceso –como la absoluta proscripción de todo tormento o presión para obtener confesiones, la descalificación de toda prueba obtenida ilegalmente, etc.–, garantías que están dirigidas hacia el objetivo irrenunciable de proteger a los inocentes.

Considero que una política criminal más eficaz, dirigida sobre todo a combatir la anomia que lleva a dinámicas de interacción autofrustrante, debe operar principalmente a través de modalidades de aplicación de penas que sean más efectivas que las actuales. En primer lugar, parece ineludible introducir la vigencia del llamado “principio de oportunidad”, que otorga cierta discrecionalidad al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales.[170] Ello permite que la selección en la persecución de los delitos que se hace de hecho actualmente por la mera escasez de recursos policiales y judiciales se la haga en una forma explícita, justificada y racional. De ese modo, se puede decidir concentrar los recursos escasos en la persecución de aquellos delitos cuya necesidad de prevención sea más urgente, renunciando al ejercicio de la acción en otros casos en que se considere que las necesidades preventivas están suficientemente cubiertas. Para que esta discrecionalidad no sea una nueva fuente de corrupción, la decisión de los fiscales de no perseguir cierto delito debería estar avalada por el juez interviniente y el Ministerio Público debería mantener una absoluta independencia del Ejecutivo y de la administración en general.

La renuncia a la acción penal por parte del Ministerio Público o su limitación a un delito menor también podría ser el resultado de una transacción con el imputado por la que este presta colaboración con la justicia, confesando su intervención delictiva y ahorrando de este modo recursos policiales y judiciales. Hay una tradicional resistencia a este tipo de negociaciones en nuestra cultura; sin embargo, su uso extendido en otros

países como los Estados Unidos ha demostrado ser un instrumento eficaz para asegurar el curso expeditivo de los procesos resguardando las garantías de defensa.

Del mismo modo, se debería prever la renuncia o la atenuación de penas, y otros tipos de recompensas aun económicas, para quien colabora con la acción de la justicia ofreciendo pruebas sobre la participación de otros en un hecho, en el que él mismo puede o no haber intervenido. Esta posibilidad suele causar horror en nuestra sociedad, acostumbrada a dar prioridad a una moral de la amistad –en la que la delación es el principal pecado– sobre la moral pública. Sin embargo, considero que estas formas de incentivar el espíritu comunitario rompiendo con las relaciones de complicidad son esenciales para combatir algunas de las peores manifestaciones de anomia, como es la corrupción. Al neutralizar las dinámicas de interacción autofrustrante, del tipo del dilema de los prisioneros, deben crearse incentivos que modifiquen las preferencias de los actores, como puede ser inmunidades o premios positivos a quienes denuncien los hechos ilícitos en cuestión.

Sería, asimismo, importante introducir la llamada probation en nuestro procedimiento penal, que permite suspender las actuaciones judiciales contra cierto procesado, si acepta someterse temporariamente a ciertas condiciones aseguratorias.

También se podrían implementar mecanismos de “celadas legales” para detectar con más eficacia la comisión de algunos delitos como los de corrupción. Martín F. Bohmer[171] define la celada legal como “una acción planeada cuidadosamente por una autoridad de aplicación de normas con el objeto de atrapar in fragantia a quienes eran previamente sospechosos de la comisión de un delito... Esta acción puede asumir la forma de mera infiltración en un grupo sindicado como sospechoso, la orquestación de una estrategia de engaños con el fin de que el sospechoso caiga en la celada y cometa el crimen, hasta el facilitamiento de material y oportunidades o la simple provocación o tentación para la comisión del delito”. La celada legal no suele ser admitida por la dogmática jurídica continental europea, ya que se considera que se comete una tentativa de delito imposible que conduce a la impunidad del autor (la discusión suele versar sobre la responsabilidad

del agente provocador). Sin embargo, se la suele aceptar con limitaciones en el derecho anglosajón, aunque da lugar a una defensa llamada de legal entrapment cuando esas limitaciones no se respetan. Para que prospere esta defensa que excluya la pena, se suele tomar en cuenta o bien un criterio subjetivista, prevaleciente, según el cual nadie puede ser penado por un delito cometido como consecuencia de una celada si ella implantó en el agente la disposición que antes no tenía de cometer el delito, o uno objetivista, que considera si la celada fue tal que hubiera determinado que un hombre normal cometa un delito o si proveyó de elementos materiales sin los cuales hubiera sido imposible cometer el delito (véase apéndice).

Muchos se quejan en la Argentina de que “los delincuentes entran por una puerta de la comisaría y salen por la otra” (la misma queja se da en los Estados Unidos, a pesar de que el país es uno de los que más presos por habitante tiene en el mundo; esto lo aprovechó Bush en su campaña contra Dukakis con una propaganda televisiva en la que una medida de este como gobernador era ilustrada con una imagen de una puerta giratoria por la que los delincuentes sucesivamente entraban y salían de la comisaría). Esta queja es solo parcialmente fundada: dada la extensión de los procesos, las dificultades técnicas para obtener pruebas, la rigidez de las penas y de las medidas de seguridad, los jueces no tienen muchas veces más remedio que excarcelar a un típico imputado de hurto, generalmente joven y pobre, si la alternativa contraria es que pase varios años en una cárcel esperando ser juzgado, para a lo mejor ser absuelto finalmente por falta de pruebas, mientras ha absorbido mientras tanto todas las influencias criminógenas posibles. (Un juez amigo mío, para refutar a un barman de un café que alegaba que había que ser duro con los delincuentes sin tantos remilgos para proteger a los inocentes, comenzó a dar gritos llamando a la policía y acusando al barman de que le había robado su reloj; cuando el abogado de la severidad comenzó a palidecer, mi amigo le aclaró que si se aplicaran sus ideas en una situación así él ya estaría destinado a pasar un buen tiempo a la sombra). En vez de estas quejas indiscriminadas, debe aguzarse el ingenio para combatir la delincuencia con medidas, como algunas de las que aquí se sugirió, que no pongan al mismo tiempo en peligro los derechos fundamentales del individuo.

5. El control de la anomia a través de la responsabilidad civil

Aun cuando la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios por la comisión de un hecho ilícito civil no tiene por función principal la de prevenir la comisión de hechos similares sino la de poner a la víctima, dentro de lo posible, en la misma situación que la que estaba anteriormente, es obvio que un subproducto de la sanción civil es tal prevención. Ello es así porque normalmente la sanción de indemnización implica un mal para el condenado a pagarla, por más que no sea la finalidad con que ella es impuesta el causarle ese mal. Generalmente, el autor del hecho ilícito no se ha beneficiado a partir de él en una forma comparable a la sanción que debe pagar y por lo tanto el cumplimiento de la sanción le significa un perjuicio neto cuya previsión puede tener efectos disuasivos sobre comisión de hechos similares.

En la medida en que la imposición de responsabilidades civiles tiene efectos preventivos sobre comportamientos anómicos, ella puede ser un medio más económico que las sanciones penales de protección prudencial de la sociedad. Por definición, las sanciones civiles son económicas, ya que no implican causar un perjuicio agregativo a los involucrados en la situación ilícita —el que solo podría compensarse con los beneficios preventivos— sino que solo suponen un desplazamiento de bienes de un individuo a otro, lo que no causa en sí mismo un perjuicio neto. De modo que cualquier eficacia preventiva que la compensación de daños y perjuicios tenga implica un beneficio social neto, con lo que se convierte en un medio mucho menos cruento de lucha contra la ilegalidad que las sanciones penales.

El mecanismo de la responsabilidad civil, combinado con una revisión de las normas sobre la propiedad, es uno de los que se consideran más eficaces en el mundo para combatir uno de los males más extendidos y graves que se dan en las sociedades contemporáneas, que es el de la contaminación ambiental. Hay un gran desarrollo teórico acerca de cómo regular y efectivizar la responsabilidad civil con ese objetivo.

Sin embargo, esta eficacia preventiva de las sanciones civiles es casi totalmente desperdiciada en la Argentina –constituyéndose tal vez en una de las causas principales de la falta de efectividad jurídica en la evitación de la anomia “boba”– por una serie de problemas prácticos e ideológicos.

Desde el punto de vista práctico, cabe mencionar, en primer lugar, un procedimiento judicial que si es inaceptablemente deficiente en todas las esferas de la administración de justicia lo es en una forma más acentuada en la justicia civil –que, por cierto, a los fines de este análisis abarca la comercial y la laboral–. La demora en las actuaciones civiles, el carácter absolutamente burocrático de su trámite, la falta de transparencia, determinada entre otras cosas, por la ausencia de oralidad y publicidad, el formalismo con que se suele proceder, la incertidumbre de los resultados – con líneas jurisprudenciales asaz contradictorias–, hasta las sospechas de corrupción que a veces asaltan a los litigantes y el público son factores determinantes de un altísimo grado de inoperancia. A esto debe sumársele la inaccesibilidad de la justicia civil determinada por un criterio sumamente restrictivo sobre la legitimidad activa, vale decir, quién es el titular de la acción procesal, que se resiste en admitir las acciones de clase, que son comunes en otros sistemas jurídicos y el reconocimiento de los intereses difusos (lo que permite a una persona demandar a quien está causando un daño en nombre de un sector del público, aunque él no sea perjudicado en una forma individualizable). También hay que computar el alto costo del acceso a la justicia, dado por un sistema de eximición de costas procesales deficiente y por la falta de servicios de patrocinio y representación letrada al alcance de los sectores con menos recursos, lo que se agrava por una profesión legal que suele operar en condiciones de notable ineficiencia (esto último debería ser tratado en función de la dinámica de control del acceso a la matrícula de abogado y de supervisión de su correcto ejercicio, que obviamente no opera en forma eficaz). Por último, hay que destacar que, tal vez en asociación con los factores antes mencionados, son muy débiles en el país los hábitos de recurrir a la justicia civil para obtener compensación de daños, lo que contrasta agudamente con otras sociedades, como la norteamericana. En los Estados Unidos, los juristas no pueden entender, por ejemplo, cómo las violaciones a los derechos humanos generalizadas en el país en la década del setenta no han dado lugar a una avalancha de demandas por indemnización de daños y perjuicios contra los responsables

y el Estado, tanto más cuando ellas no se ven obstaculizadas por las medidas limitativas de la responsabilidad penal, como los indultos dictados por el presidente Menem.

Pero tal vez más importantes que estos inconvenientes prácticos hay dificultades de índole ideológica para que la justicia civil se convierta en nuestro medio en un factor de primer orden para la contención de la anomia “boba” existente en la sociedad argentina. Hay dos errores cruciales que se cometen por parte de legisladores, jueces y juristas en el tratamiento de la responsabilidad civil en nuestro país. Uno es el de analizar las preguntas de si corresponde o no condenar al demandado a indemnizar a la víctima solo en términos de una situación acaecida entre dos o más personas individualizadas, y no en términos del efecto de la decisión sobre millones de situaciones potenciales en las que los individuos pueden verse involucrados. La otra confusión es la de tratar de responder a aquellas preguntas solo en términos del valor justicia, cuando muchas veces lo que está en juego es la eficiencia, sea entendida en términos paretianos o de minimización de costos para obtener una maximización de beneficios agregativos.

Como se dijo en el capítulo 1, está claro que el valor justicia debe prevalecer sobre el de eficiencia y que no está, por ende, justificado sacrificar los intereses de alguien injustamente aun cuando ello produzca un beneficio social agregativo. Pero lo cierto es que hay situaciones en que si una solución es justa o injusta depende de cómo se delimiten, por vía legislativa o judicial, los derechos jurídicos de las partes involucradas, y ello no está determinado por claros derechos morales preexistentes, sino que depende de las pautas de debido cuidado que se adopten. En estos casos, es perfectamente procedente el cálculo de eficiencia, que, como se vio en la observación anterior, no debe tener en cuenta solamente los intereses de las personas involucradas en la situación ya acaecida y sometida a juicio, sino en todas las otras situaciones que podrían someterse a juicio y podrían acaecer.

Por ejemplo, puede no ser claro si corresponde en justicia que un médico pague indemnización por un daño emergente de su práctica que no fue intencional y podría ser negligente o accidental de acuerdo con el estándar

que se emplee. Si un médico ha causado daño al paciente por haberse olvidado las gasas dentro de su cuerpo durante una operación, es obvio que ha violado un estándar básico de cuidado y que debe indemnizarlo cualquiera sea el impacto de esta solución sobre la eficiencia social. Pero si el daño que resultó de la intervención médica se podía haber evitado con una ecografía en vez de una simple radiografía, el que el médico haya sido negligente o no dependerá de los estándares de debido cuidado que la sociedad, y los pacientes que contratan el servicio médico, decidan adoptar; obviamente estándares más exigentes disminuyen los riesgos del tratamiento médico pero aumentan los gastos y hacen a la medicina inaccesible para cierto sector social (tal vez para la propia víctima en el caso concreto). Puede ser sumamente relevante para decidir la cuestión si tomamos en cuenta el impacto de la condena o del rechazo de la demanda en un innumerable conjunto de casos potenciales, en términos de precauciones a adoptar, del costo de tales precauciones, de su transferencia a los seguros, de su posible transferencia al costo y precio de la atención médica para futuros pacientes, etc. Nuestra simpatía por un médico o por una víctima del tratamiento médico puede llevarnos a cierta conclusión sobre si el primero debe indemnizar a la segunda, pero esa conclusión puede alterarse si tenemos en cuenta el impacto que el estándar del debido cuidado elegido puede tener sobre otros médicos y pacientes (por ejemplo, es posible que la propia víctima hubiera decidido ex ante que no se tomen las precauciones que hubieran evitado el daño si se le presentara el mayor costo del tratamiento vis-à-vis la menor probabilidad de sufrir ese daño).

Todo esto ha sido iluminado por el llamado “análisis económico del derecho”, que se ha desarrollado extraordinariamente en Estados Unidos (véase apéndice). No es aquí, desde luego, el lugar para mencionar las conclusiones sumamente interesantes que este análisis ofrece para resolver distintos problemas. Sí corresponde, en cambio, enfatizar que si no se superan los prejuicios ideológicos a que me he referido antes, sin caer por supuesto en el prejuicio opuesto de dar prioridad a consideraciones de eficiencia sobre los de justicia, y no se atienden las conclusiones ofrecidas por el análisis económico del derecho, así como también si no se superan los obstáculos prácticos a un funcionamiento efectivo de la justicia civil, la sociedad argentina seguirá careciendo de unos de los instrumentos

fundamentales para combatir la anomia, sobre todo la modalidad “boba”, que impide la cooperación eficiente.

Realmente corresponde preguntarse por la utilidad social de una justicia civil que, en el plano de los juicios por indemnización por daños y perjuicios, opera sobre la base de criterios intuitivos de justicia en los casos individuales –criterios que, como se dijo, muchas veces no tienen validez intrínseca– sin ponerlos en función de un control social dirigido a maximizar la eficiencia colectiva (esto es todavía más dramático en el caso de víctimas numerosas e indefinidas, como ocurre con la contaminación ambiental). Se podría sostener que esa persecución de eficiencia es misión del legislador y no del juez, ya que implica valoraciones de índole política. Si bien es cierto que la principal responsabilidad de promover la eficiencia social corresponde al legislador, hace mucho que se sabe que el juez no puede sino cooperar en esa tarea dentro de las pautas fijadas por el legislador, dado que las normas legislativas no pueden tener el nivel de precisión y particularización respecto de los distintos contextos y variabilidad necesario para producir resultados eficientes.

6. La educación normativa

Un medio fundamental de promover la observancia no solo de normas jurídicas sino también de convenciones y normas sociales y morales (además de, por supuesto, normas técnicas y conceptuales) es mediante el proceso educativo. No me refiero aquí únicamente a la educación formal, a través de instituciones educativas como las escuelas o universidades, sino también a la que se transmite a través de los medios masivos de difusión, de las bibliotecas, del cine y el teatro, conferencias y encuentros informales entre los ciudadanos.

Puede ser controvertible si en una sociedad que responde a una concepción liberal de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y entre estos entre sí es misión del proceso educativo socializar a los individuos en la observancia de normas. La duda está aquí sí centrada fundamentalmente en la educación formal, y más precisamente en la de carácter público –aunque no necesariamente solo en las escuelas y universidades, ya que puede abarcar a la que pretendiera infundirse a través de los espacios públicos de radio y televisión, ya que es difícil de objetar la que se transmite en forma espontánea o no deliberada o la que se imparte deliberadamente como parte de elecciones libres de los propios individuos afectados o de quienes tienen responsabilidad sobre ellos–. Se parte de la base de que, en una sociedad liberal, la finalidad fundamental del proceso educativo es promover la autonomía personal de los individuos, expandiendo al máximo posible su capacidad para elegir libremente y materializar planes de vida e ideales del bien personal. Esto no es poca cosa pues implica claras prescripciones sobre la neutralidad de la educación en materia de concepciones del bien y de proyectos vitales –lo que abarca necesariamente la materia religiosa– e incluso la injerencia pública en protección del desarrollo autónomo de los niños, cuidando que los padres no infrinjan esta neutralidad impidiendo que conozcan formas de vida diferentes a las que ellos han adoptado, por más que sea apropiado que los formen en el marco de esta última (esto quiere decir que si bien es legítimo que los miembros de la secta amish, por

ejemplo, críen a sus hijos en las comunidades que ellos han formado, deben exponerlos, a través de su asistencia a escuelas públicas, por ejemplo, a otras formas de vida).

¿Pero debe extenderse esta neutralidad del proceso educativo a la observancia de normas públicas y al desarrollo de las virtudes y disposiciones de carácter apropiados para la vida cívica? Albert Hirschman[172] ha detectado la emergencia en los siglos XVII y XVIII de la creencia de que el gobierno republicano no requiere el desarrollo de virtudes cívicas sino la liberación de los intereses adquisitivos de las clases medias. La idea, que como dice William Galston,[173] también emerge en Kant y en El Federalista, es que una sociedad bien ordenada es la que logra que los intereses egoístas y las pasiones de la gente se equilibren de tal modo que las acciones realizadas sobre la base de ellos produzcan resultados socialmente beneficiosos (tal como Adam Smith, con su idea de la mano invisible, lo previo en el orden económico).

Sin embargo, este libro pretende recoger la demostración de que ello es imposible debido a que hay estructuras de interacción que hacen que la persecución de los intereses crudos de los individuos lleve a frustrar esos mismos intereses: la mano invisible puede adquirir en muchas circunstancias un cariz perverso. Como vimos, solo se puede salir de la trampa si las preferencias de los individuos se transforman, sea por los incentivos positivos o negativos que pueden estar provistos por normas jurídicas y sociales, sea por la adopción desinteresada de normas morales. La educación parece ser un procedimiento necesario para producir esa transformación de intereses que nos permite salir de las trampas que nos tienden estructuras como las del dilema de los prisioneros, el juego de la gallina, el juego de la aseguración, la batalla de los sexos, etc.

Esto se puede explicar de otro modo. El desarrollo de la autonomía personal requiere normas intersubjetivas que permitan su expansión igualitaria. Esas normas intersubjetivas deben distinguirse, para que sea posible la misma autonomía personal, de los ideales de vida y del bien cuya elección libre es constitutiva de esa autonomía personal. Las normas intersubjetivas que hacen posible una máxima autonomía personal igualitariamente distribuida, a diferencia de los ideales personales de vida, no pueden dejarse a la libre

elección de cada individuo so pena de que desaparezca la libertad efectiva e igual de elegir libremente aquellos ideales de vida. Hay normas intersubjetivas que deben necesariamente promoverse y hasta imponerse coactivamente si es que debe materializarse la autonomía personal que el liberalismo ensalza. Una de las formas de promover tales normas intersubjetivas es a través del proceso educativo. Es más, es posible que no haya una observancia efectiva de normas públicas si no se desarrollan ciertas virtudes de carácter, las que forman parte de un espíritu cívico. Es inevitable recurrir al proceso educativo para promover esas virtudes, no por el valor intrínseco que ellas pueden dar a la vida y al carácter de los individuos sino por su valor instrumental para lograr la observancia de normas públicas que permiten a los individuos elegir su propio ideal de virtud personal.

Como lo he tratado de mostrar en otros lugares,[174] la democracia y la deliberación pública que es inherente a ella, aun con sus grandes imperfecciones –sobre todo en su materialización en ciertos sistemas reales, como el nuestro–, es el procedimiento epistémico más confiable –comparado con cualquier otro procedimiento posible de decisión colectiva– para acceder a normas morales intersubjetivas que sean válidas, es decir que sean aceptables desde una perspectiva de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos. En contra del elitismo epistémico, que pretende que a través de nuestra reflexión individual aislada podemos llegar más probablemente a conocer principios morales que traten imparcialmente los intereses de todos los involucrados, es posible mostrar que el proceso de discusión entre todos los interesados y de decisión mayoritaria genera una dinámica que conduce con mayor probabilidad a que se satisfagan imparcialmente los intereses de los involucrados. Si suponemos, por nuestra propia reflexión, que los principios de un liberalismo igualitario son principios válidos, la democracia es el mejor procedimiento para acceder y promover tales principios.

Pero no hay democracia si no se observan las normas que surgen del proceso de deliberación y decisión colectivas, sea que esa observancia se base en la convicción sobre su validez intrínseca o en el temor en las sanciones formales o informales establecidas para su incumplimiento –modalidad de aceptación que hace que las normas operen en el

razonamiento del individuo en cuestión o bien como normas morales, o jurídicas o sociales—. En realidad, la anomia es profundamente antidemocrática, ya que implica imponer a los demás los efectos de acciones avaladas por normas que surgen de la reflexión individual y no de la deliberación y decisión colectiva. Si quien actúa anómicamente goza de poder suficiente, actúa dictatorialmente; de lo contrario, es un mero anarquista. Por lo tanto, la defensa de la democracia requiere la adopción de procedimientos para hacer observar las normas que emergen del proceso democrático. La educación es un instrumento de primer orden en este sentido, sobre todo cuando se advierte que la democracia necesita ciudadanos con determinadas virtudes de carácter adecuadas para el proceso de deliberación pública, decisión mayoritaria y observancia de los resultados de esa decisión.

Esta línea de pensamiento coincide con la desarrollada por Amy Gutmann[175] cuando sostiene que en una democracia la educación política debe tener primacía sobre otros aspectos del proceso educativo, incluyendo la misma formación de la autonomía personal (ya que, como acabamos de ver, el buen funcionamiento de la democracia es prerequisite para materializar los principios que garantizan la expansión igualitaria de la autonomía personal). El ideal de una educación democrática es, como dice Gutmann, el de un proceso de reproducción social consciente, y ello exige educar a los ciudadanos en el procedimiento de deliberación colectiva y decisión mayoritaria. Esto se extiende no solo a las escuelas sino a otros procesos educativos. En palabras de la autora:

La idea de la primacía de la educación política integra los propósitos educativos de las instituciones culturales, económicas y políticas dentro de una visión democrática coherente. El propósito educacional primario de los medios de comunicación masiva, de las actividades productivas, del gobierno, así como el de las escuelas, es el de cultivar el conocimiento, las habilidades y las virtudes necesarias para la deliberación democrática entre los ciudadanos.

Galston, en el artículo antes citado, coincide con Gutmann en la necesidad de que una sociedad liberal emplee el proceso educativo para la promoción de virtudes cívicas, incluyendo el respeto por la ley, pero advierte sobre el peligro de que esto a veces se confunda con virtudes asociadas a visiones del bien personal.

Las virtudes necesarias para el desarrollo de la democracia, independientemente del valor intrínseco que puedan o no tener para ciertos ideales de vida, son en primer lugar la tolerancia de formas de vida diferentes y de opiniones contrapuestas sobre cuestiones públicas; en segundo lugar, la confraternización con individuos de grupos sociales, raciales, religiosos, etc., distintos al que pertenece cada individuo, simpatizando con sus intereses y sentimientos y tratando de ponerse en su lugar; en tercer término, la capacidad para justificar públicamente las posiciones y propuestas de cada uno respecto de los mejores arreglos sociales, observando los requisitos de imparcialidad, universalidad, generalidad, finalidad de los principios morales, etc.; en cuarto lugar, la capacidad para combinar el ejercicio independiente de la reflexión individual con la apreciación de la presunción de validez que tiene el resultado del proceso colectivo; finalmente, la disposición para observar lealmente las normas que resultan de la decisión colectiva.

Lo que interesa a los efectos de este libro es la última virtud de carácter que debe promoverse a través de los procesos educativos formales e informales en una sociedad democrática. ¿Cuáles son las condiciones para que florezca la virtud de respeto por las normas democráticamente establecidas? En primer lugar, es necesario que se entienda por qué las normas son necesarias para la cooperación y por qué la cooperación es necesaria para obtener resultados socialmente eficientes, en un marco de justicia. En segundo lugar, se requiere que se comprenda por qué la democracia da legitimidad a las normas que se deciden en su contexto. En tercer término, se necesita, por supuesto, el conocimiento de las normas en cuestión, al que se accede más fácilmente cuando se ha participado en el proceso de formación normativa, pero que debe suplirse por otros medios cuando tal participación no pudo darse. En cuarto lugar, es necesario conocer la finalidad de las normas de que se trate, para lo que se requiere prestar atención al proceso de deliberación previa y ser consciente del daño social que se daría si tales

normas no fueran observadas. En quinto término, es necesario que se detecte cuál es el comportamiento de lealtad normativa que equilibra la observancia de la conducta prescripta con la satisfacción de los fines normativos, distinguiéndolo tanto de las actitudes finalistas como de las formalistas. Finalmente, es imprescindible que se desarrolle la convicción sobre la adecuación moral de la observancia normativa y la disposición a reprochar a quien no satisface esa observancia; a falta de la primera convicción, ella debe ser suplida por la disposición a evitar tanto el reproche como las sanciones formales que pudieran haberse establecido. Obviamente, la promoción de estas disposiciones debe hacerse en forma compatible con las otras, que son inherentes al florecimiento de un proceso democrático, por lo que debe evitarse dar lugar a actitudes dogmáticas, irreflexivas y miméticas y de intolerancia, aun puestas al servicio del cumplimiento de la ley, en favor de las que surgen de un proceso de reflexión, deliberación crítica y tolerancia para la divergencia.

Es obvio que el sistema educativo argentino, tanto a través de las instituciones formales como a través de mecanismos como los que proveen los medios de comunicación masiva, es enormemente deficiente en la educación democrática en general y en la educación en el cumplimiento de normas democráticamente sancionadas en especial. Las cuestiones públicas y las normas intersubjetivas raramente son explicadas y discutidas en escuelas y universidades. En los medios de comunicación, como la radio y la televisión, se informa a la población sobre hechos de interés público y se discuten limitadamente algunas cuestiones de esa índole, pero raramente se hace un esfuerzo deliberado y sistemático de educar a la población en la existencia de ciertas normas, en su finalidad, en los daños que surgen de su falta de cumplimiento. El respeto por la justicia brilla por su ausencia en los medios de comunicación, en que se trata a una decisión judicial como una opinión más y no como una determinación con presunción de validez cuya revisión solo puede requerirse con razones de peso. (Ello ocurrió, por ejemplo, con las sentencias por violaciones a los derechos humanos ocurridas en la década del setenta, que fueron tomadas por muchos medios como una mera posición política. Lo mismo se puede ilustrar con la reciente exhibición por la televisión pública de Buenos Aires de una película que presentaba la versión de la defensa de un parricidio ya juzgado y condenado por la justicia; dado que no se trata de un caso en que haya un movimiento

por la revisión de la decisión judicial, esa exhibición constituye un daño gratuito a la confiabilidad pública en la justicia inferido como mero entretenimiento).

La enseñanza aun de la Constitución nacional se toma con absoluta ligereza en las escuelas primarias y secundarias e incluso en estudios universitarios no vinculados directamente al derecho. Buena parte de la gente, aun con ciertos grados de educación, parece seguir creyendo que un presidente puede sancionar una ley o absolver a un procesado, lo que impulsa por cierto a los presidentes a actuar en consecuencia. No se explica y discute para qué existen los cuerpos legislativos, los que son vistos, por ende, como adornos que estorban la eficacia del gobierno. Desde ya que prácticamente no se enseñan las pautas básicas del Código Penal, a pesar de que la ignorancia de ellas podría servir de excusa para ciertas posiciones, ni se enseña lo esencial del resto de la legislación fundamental, a pesar de que el derecho se presume conocido. Ni qué hablar de enseñar las normas impositivas y su finalidad, ni las de tránsito, como muchas otras que rigen la vida en común, sean de nivel nacional, provincial, local o de carácter consuetudinario. Esta falencia educativa asume proporciones absurdas cuando se observa que la mayoría de las normas –como las que dictan buena parte de los municipios– ¡ni siquiera se publican!

Pero es obvio que la falencia educativa no está solo al nivel de la información sobre la existencia de normas, sino en la falta de promoción de actitudes de lealtad normativas. Lo poco que se informa en materia normativa se lo hace de manera absolutamente dogmática, sin discutir críticamente la finalidad de la norma, los daños que surgen de su incumplimiento, las posibles normas alternativas, y sin experimentar qué implica cumplir con ellas sin incurrir en finalismo o formalismo.

Es obvio que esta situación realmente grave no puede ser revertida a menos que haya un movimiento masivo dirigido a promover la educación democrática y normativa en los diversos ámbitos. Los medios de difusión pública deberían disponer de espacios para promover la educación vial y urbana, la educación tributaria, la educación sobre la Constitución y la legislación fundamental de la República, para explicar el funcionamiento de los tribunales, para difundir la labor del Congreso, para debatir

imparcialmente las cuestiones públicas y explicar los resultados del proceso democrático.

Debería haber un reentrenamiento general de los maestros y profesores en materia de enseñanza democrática y legal, generándose programas adecuados para los diferentes niveles pedagógicos. Se debería comenzar tal vez con una práctica sobre las reglas que rigen la propia institución educativa, mostrando con casos prácticos qué finalidad cumplen, qué daños se siguen de su no cumplimiento, cómo se distingue un cumplimiento leal de un cumplimiento finalista y formalista. Luego se debería promover la conciencia sobre las normas que rigen la ciudad o pueblo donde viven los educandos, buscando la forma de informarse de ellas, detectando comportamientos anémicos, generando la reflexión, la deliberación y la reprobación hacia tales comportamientos como se hace, por ejemplo, en España desde el jardín de infantes. Puede imaginarse, por ejemplo, a niños de una escuela de la ciudad tratando de detectar violaciones a las normas urbanas y de tránsito, y explicando y reprochando a los infractores las consecuencias de su proceder.

De las normas más cercanas y visibles se debería pasar a las normas más generales y abstractas, como las de tipo impositivo, intentando conocer sus principios básicos, mostrando qué actividades y funciones sociales dependen de su cumplimiento efectivo, exhibiendo las consecuencias nocivas que surgen de su incumplimiento. Así debería llegarse a la Constitución nacional, la que debería explicarse no en términos dogmáticos y memorísticos sino mostrando cuál es la justificación de la organización del poder y del proceso para la toma de decisiones colectivas que ella establece, así como de los derechos fundamentales de la persona humana reconocidas en ella. Debería mostrarse la vinculación entre las normas de niveles inferiores y los procesos de decisión y los derechos establecidos en la Constitución. Sería conveniente hacer experimentos simulados en que los educandos ocuparan los roles de los actores constitucionales para comprender cuál es el significado y la justificación de esos roles.

Por cierto que todo esto debe hacerse una vez que se internalice la idea de que los niveles de anomia a que ha llegado la sociedad argentina son tan

profundos que ponen en riesgo toda perspectiva de desarrollo sostenido y de consolidación democrática. Pero ¿cómo se internaliza esta idea?

7. La deliberación pública y la anomia

A lo largo de este capítulo he tratado de proponer diversas vías para intentar superar la anomia generalizada que afecta a la sociedad argentina, sobre todo en la modalidad “boba” que obstruye su desarrollo económico y social. Al hacer esto, todo el tiempo he apelado a lo que se “debería hacer”. Como corresponde a este tipo de discurso, que es muy frecuente en nuestro ámbito, no hay más remedio que preguntarse quién es el destinatario de esas apelaciones a lo que se debería hacer. Por supuesto que no puede ser solo el que esto escribe, ni siquiera el lector individual que está recorriendo estas páginas. El sujeto debe ser un sujeto colectivo, ya que solo si todos o la mayoría de nosotros, o al menos todos o la mayoría de quienes tienen poder directo de decisión adoptan los cursos de acción proscriptos hay una mínima probabilidad de que ellos tengan éxito en atenuar la anomia existente en la sociedad argentina. Pero aquí se advierte que toda esta construcción tiene pies de barro, ya que no hay un sujeto colectivo con una mente colectiva: hay solo millones de individuos que solo pueden actuar en cierta dirección socialmente beneficiosa si cooperan entre ellos, para lo cual es, en general, necesario que observen ciertas normas. Pero ellos están afectados por la misma tendencia a la anomia cuya superación se preconiza indicando ciertos cursos de acción que deberían encarar cooperativamente. Por lo tanto, es la misma tendencia hacia la inobservancia de normas jurídicas, sociales y morales lo que denuncia la imposibilidad de que se adopten cursos de acción, como las reformas institucionales, de la justicia penal, de la civil, de la educación, que se sugirieron como caminos de superación de la anomia. La anomia se alimenta a sí misma. Un ejemplo de ello se dio cuando se propuso el cambio del sistema presidencialista durante el gobierno del presidente Alfonsín: la misma dinámica de confrontación interpartidaria y la personalización del poder distintivos del sistema presidencialista hicieron fracasar las negociaciones entre los partidos, con sospechas reales o fingidas de que se buscaba la continuidad del poder, con ambiciones de concentrar ese poder en el futuro, con miedos a que los acuerdos fueran nocivos desde el punto de vista electoral, etc.

Es obvio que todavía resulta más difícil romper con la parálisis de la dinámica de acción autofrustrante si se pretende apelar a normas jurídicas y sociales para que los actores procedan de modo de alterar esa dinámica. Como vimos, las sanciones jurídicas son inefectivas si es imposible, como lo es por la misma anomia, poner en movimiento el aparato coactivo que debe aplicarlas. Y tanto las sanciones formales o informales solo son efectivas si el balance que compara el daño involucrado en ellas multiplicado por la probabilidad de que se materialice es mayor que el beneficio que se espera obtener del proceder anómico. Por supuesto que la misma generalización de la ilegalidad y la anomia está indicando cuál es el resultado que para todos nosotros suele arrojar ese balance, resultado que se refuerza al expandirse más y más la ilegalidad y la anomia.

Por otro lado, si se tuviera la suerte de contar con destinatarios de las exhortaciones que han internalizado normas morales (o sea, que para justificar sus acciones y actitudes adoptan normas que aceptan por su propia validez y no por quienes las han dictado o por las consecuencias de su incumplimiento), de cualquier modo no hay garantía, como vimos en el capítulo anterior, de que sean las normas morales apropiadas para promover la cooperación social. Pueden ser normas que tengan en cuenta los efectos reales de las conductas de sus distintos destinatarios, o pueden ser normas morales comunitarias, como el tipo de moral de la complicidad entre parientes y amigos que está detrás de muchos hechos de corrupción.

¿Qué se puede hacer, entonces, ante este panorama desalentador? Bueno, no mucho, pero sí se puede hacer al menos lo que estoy intentando con este mismo libro y que mucha otra gente en nuestra sociedad trata de hacer solitariamente: promover el proceso de deliberación pública, intentando expandir la conciencia sobre uno de los factores principales que genera la crisis en la que nos encontramos sumidos y determinar el tipo de normas que deberíamos observar para salir de esta dinámica autofrustrante.

La discusión pública tendiente a lograr consenso sobre la observancia en última instancia de ciertas normas morales tiene ventajas sobre otros procesos de socialización. En primer lugar, es una actividad que puede comenzar al menos con solo dos personas, lo que implica que no es

necesario lograr de entrada una amplia cooperación para poner en movimiento el mecanismo en cuestión.

En segundo término, la discusión pública implica una gran economía de actitudes preexistentes para que el proceso se active. Allan Gibbard[176] menciona que las actitudes necesarias para participar fructíferamente en un proceso de discusión que lleve a la aceptación de ciertas normas es la inclinación de gobernarse por normas, influenciabilidad frente a las actitudes de otros, y susceptibilidad a la consistencia. Esta lista puede ser objetada puesto que la primera actitud parece suponer ya la inexistencia de anomia, y la segunda parece estar más bien dirigida a la aceptación de normas sociales –en la que juega el temor al reproche de los demás– que a la aceptación por convicción de normas morales.

Sin embargo, la anomia no quiere decir que los individuos no son capaces de aceptar ninguna norma, sino ciertas normas que son apropiadas para la cooperación; tal vez, como ocurre en muchos casos de corrupción, mientras los actores dejan de observar determinadas normas están cumpliendo, como vimos, con otros códigos latentes. Por otra parte, si bien, como enseguida veremos, la ventaja de la discusión pública es que está dirigida en última instancia a la adopción de normas por convicción –o sea, de normas morales–, esa adopción muchas veces no puede separarse nítidamente de la adopción de normas como normas sociales –o sea, por temor a las sanciones informales–. No parece que ambas actitudes normativas sean incompatibles, y que la discusión pública permita la transmisión y recepción de actitudes de reproche es un efecto bienvenido.

Pero tal vez la tercera actitud de susceptibilidad a la consistencia de que habla Gibbard tiene la suficiente potencia como para poner en marcha el proceso de discusión y llevarlo al destino de la adopción de normas cooperativas, con la consiguiente transformación de otras actitudes, aun en ausencia de las restantes disposiciones. La susceptibilidad a la consistencia implica en primer lugar la disposición a no aceptar juicios normativos que son lógicamente contradictorios con otros juicios que uno acepta. Esto a su vez supone la disposición a atender argumentos de que uno está aceptando juicios que son lógicamente contradictorios. Pero la susceptibilidad a la consistencia también tiene una dimensión que no es lógica sino pragmática,

ya que implica la disposición a rechazar actitudes y acciones, en uno mismo y en los demás, que no están justificadas por los juicios hacia los que uno tiene la actitud de aceptación. La combinación de estas dos disposiciones genera la disposición a rechazar, en uno mismo y en los demás, conductas y actitudes que solo pueden ser justificadas sobre la base de la adopción de juicios lógicamente contradictorios. Es posible que haya otras disposiciones básicas que son necesarias y suficientes para la actitud de participar en una discusión colectiva y que permitan explicar la tendencia persistente a tal participación entre los seres humanos, pero las que fueron enunciadas sirven para iluminar prima facie qué actitudes reemplazan al cálculo de las consecuencias de seguir o no seguir una norma para generar la intervención en un proceso que puede terminar en la adopción de normas en contra de ese cálculo.

En tercer término, la discusión pública está dirigida en última instancia a la adopción de normas morales, por lo que se superan los inconvenientes que vimos en el capítulo anterior para contrarrestar una dinámica de interacción autofrustrante observando normas jurídicas, sociales o convencionales. En efecto, una genuina discusión está dirigida no a coaccionar, ni a persuadir subliminalmente, ni a manipular al adversario, ni siquiera mediante los aspectos reactivos y no preposicionales del reproche,[177] sino a convencer. Esto implica acudir a argumentos sobre la validez de las normas que se proponen para ser aceptadas, validez que, de acuerdo con las reglas presupuestas por la misma discusión, no puede estar basada en ciertos hechos de autoridad. Esto asegura que las normas que resulten aceptadas por consenso sean aceptadas como normas morales, proveyendo así razones últimas para justificar acciones y actitudes, razones que están exentas de todo cálculo de consecuencias.

Finalmente, como se dijo, la deliberación pública, sea que termine en un consenso unánime o en una decisión mayoritaria, como ocurre en su reglamentación a través de un proceso democrático, es un procedimiento más confiable que cualquier otro, por más imperfecto que sea en su materialización real, para llegar a normas morales válidas, por ser aceptables desde una perspectiva imparcial. Esto quiere decir que es más probable que lleguemos a normas de cooperación que, además de eficientes, son más justas a través de la discusión colectiva que a través de cualquier

otro procedimiento. La misma eficiencia parece maximizarse cuando las normas son seleccionadas por medio de la discusión, en primer lugar porque ella es un buen método para llegar a un equilibrio entre la consideración de los efectos reales de nuestros comportamientos a partir de la previsión del comportamiento de los demás y la consideración de los efectos ideales a partir de la generalización hipotética del comportamiento correcto. En segundo término, los presupuestos de la discusión parecen filtrar normas particularistas –como las propuestas por una concepción comunitaria– que perjudican la cooperación intergrupala. Posiblemente hay una convergencia –la que pudo haber sido determinada por una dinámica evolutiva– entre las normas que, concebidas desde el punto de vista interno, son correctas o válidas y las normas que, apreciadas desde una perspectiva externa, favorecen la cooperación social. Posiblemente los presupuestos del discurso moral que prevalece en nuestra cultura fueron moldeados por una dinámica evolutiva, aunque esto, por cierto, no los hace más fundados que otros posibles presupuestos.

El que en última instancia solo podamos recurrir a la deliberación pública para dar los primeros pasos de huida de la anomia “boba” no quiere decir que los otros cursos de acción recomendados en las restantes secciones de este capítulo sean inútiles o superfluos. Solo quiere decir que su implementación requiere de un proceso de convencimiento a través de la deliberación pública, y que las normas morales que surgen de este proceso son un respaldo necesario de las normas jurídicas o sociales que esas sugerencias proponen establecer. Por otro lado, esas otras propuestas también deben adaptarse a la necesidad de reconocer que el proceso de deliberación pública subyace a su misma efectividad. Por ejemplo, un régimen de gobierno más parlamentario o la generalización del juicio oral tienen la ventaja adicional de que son más favorables a fortalecer la discusión colectiva que los sistemas alternativos en vigencia; la educación dirigida a la internalización de actitudes de lealtad normativa tiene el beneficio de que ella implica promover una deliberación sobre cuál es la manera de cumplir con las normas satisfaciendo su finalidad.

[160] Conviene aquí advertir que difícilmente se podrá avanzar en la discusión de propuestas como estas para combatir la anomia argentina, como uno de los factores de nuestro subdesarrollo, si no se promueve la creación de equipos de investigación sobre estos temas en el ámbito del derecho y las ciencias sociales, que satisfagan exigencias de excelencia académica, que sean independientes de cualquier interés profesional o partidista, y que se dediquen plenamente a la labor teórica. Como vimos, ello también implica superar problemas de anomia académica y la falta de una serie de condiciones elementales infraestructurales.

[161] Véase, sobre todo, mi libro Fundamentos de derecho constitucional, ob. cit., y mi artículo “La justificación, la estabilidad y la eficacia del presidencialismo”, en Presidencialismo y gobernabilidad en la Argentina, Centro de Estudios Institucionales, Buenos Aires, 1991.

[162] Ya que una Corte tan numerosa es más morosa en la decisión de las causas –debido a que todos los jueces deben intervenir en esa decisión–. Si ella se divide en salas, se presenta el problema de la jurisprudencia contradictoria. [Al momento de la publicación original de este libro, la Corte Suprema contaba con nueve miembros (véase nota 64 en este volumen). N. de E.]

[163] Véase Página/12, 7/11/1991.

[164] Véanse estos problemas para la aplicación de normas en mi Introducción al análisis del derecho, ob. cit., cap. V.

[165] Véase, por ejemplo, Michael K. Brown y Stephen P. Erie, “Poder y administración: Paradigmas alternativos para el análisis de la autonomía burocrática”, en Oscar Oszlak (comp.), Teoría de la burocracia estatal, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 169 y ss.

[166] Véase “Which Burocracies are less Corruptible?”, en Arnold Heidenheimer, Michael Johnston y Victor T. Levine (comps.), Political Corruption, Transaction Publishers, New Brunswick, 1990, p. 803 y ss.

[167] En el caso del Tribunal de Cuentas, se aprovechó la derogación del requisito de acuerdo del Senado hecho por la Ley 20.677, por entender que

había quedado derogado el régimen de estabilidad y de remoción por juicio político para los integrantes del Tribunal, lo que lo convierte en completamente irrelevante como órgano de control. En el caso del fiscal nacional de Investigaciones Administrativas, lamentablemente la Corte Suprema, en Molinas, confirmó su destitución ilegal sobre la base del argumento sumamente peligroso para la existencia de controles externos a la administración que una ley no puede establecer un procedimiento de remoción que, como el del juicio político, ponga límites a la decisión del Poder Ejecutivo.

[168] Véase En busca de las penas perdidas, Buenos Aires, Ediar, 1989.

[169] Véase este punto en Ética y derechos humanos, ob. cit., cap. 6.

[170] Véanse Abraham Goldstein “La discrecionalidad de la persecución en los Estados Unidos”, y Andrés D’Alessio, “Precisiones sobre la discrecionalidad acusatoria en el procedimiento nacional”, ambos publicados en Lecciones y ensayos, n° 49, Buenos Aires, 1988, y la discusión en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal organizadas por la Universidad de Cuyo.

[171] Véase “La celada legal y los fundamentos del proceso penal”, La Ley, 10 de abril de 1992.

[172] Véase The Passions and the Interests, Princeton, Princeton University Press, 1977.

[173] Véase “Civic Education and the Liberal State”, en Bernard Murchland (comp.), Higher Education and the Practice of Democratic Politics, Dayton, Charles F. Kettering Foundation, 1991.

[174] Véase, por ejemplo, Ética y derechos humanos, ob. cit., cap. 8.

[175] Véase “The Primacy of Political Education”, en Bernard Murchland (comp.), Higher Education..., ob. cit., p. 69.

[176] Véase “Norms, Discussion and Ritual: Evolutionary Puzzles”, Ethics, vol. 100, Nueva York, julio de 1990.

[177] Véanse estas diferencias en Ética y derechos humanos, ob. cit., cap. 6.

Apéndice del capítulo 6

La justificación de la pena

Para apreciar la legitimidad de la preocupación por contener la anomia a través del sistema penal, conviene ver muy sucintamente una posible justificación de la pena que he defendido en otro lugar,[178] de la que se infieren las condiciones que debe satisfacer una política dirigida a contener la anomia por vía de una mayor eficacia en la efectivización de la responsabilidad penal. En primer lugar, las penas que se trata de justificar son actos coactivos –de privación de bienes mediante el empleo actual o potencial de la fuerza– ejercidos por el Estado con el objeto de causar un sufrimiento a la persona que lo padece, cualquiera sea el fin último que estaría servido por ese sufrimiento. Esta última característica es la que distingue a la pena de otros actos coactivos ejercidos por el Estado como las medidas de seguridad, de prevención directa, la ejecución de sanciones civiles, etc. Las dos teorías tradicionales que se suelen avanzar para justificar la pena son ambas insatisfactorias por frustrar sendos principios de una concepción liberal de la sociedad. La justificación utilitarista que justifica a la pena sobre la base exclusiva de su eficacia para prevenir males mayores a la sociedad, por su potencialidad de prevención general, especial o impeditiva, se ha hecho pasible de la objeción de que ella implica emplear a los hombres como meros medios, desconociendo que son entes separados y distinguibles y no partes de un organismo que fuera una unidad moral por derecho propio, ya que implica aceptar el sacrificio de ciertos individuos por la sola razón de que ello beneficia a la sociedad en conjunto, o sea, a otros individuos, y sin tener en cuenta como moralmente relevante lo que el individuo penado haya hecho (esto aun permitiría penar a un inocente si ello fuera adecuado, dadas las circunstancias para ahorrarle a la sociedad males mayores). La justificación retributivista, que justifica la pena por ser

una respuesta adecuada y proporcionada al mal que ha causado el individuo, independientemente de las consecuencias beneficiosas o perjudiciales que la pena tenga para la sociedad, se hace pasible de dos objeciones: una, que es irracional causar daño al conjunto de la sociedad por el beneficio metafísico que se daría si se combina un mal con otro mal; la otra, que para que el retributivismo sea plausible no basta que la persona haya causado un mal sino que lo haya hecho en forma reprochable, y ello implica violar el principio de autonomía de la persona, porque la reprochabilidad debe ser de carácter moral y no limitarse al examen de datos objetivos o incluso de las intenciones o motivos del agente, sino que la relevancia de estos últimos es porque son manifestaciones del carácter moral del agente, que es lo que finalmente se evalúa cuando se pretende retribuirlo con un mal.

Frente al carácter insatisfactorio de estas respuestas tradicionales, en el lugar antes citado he ensayado una justificación alternativa de la pena, que está basada en los siguientes principios –que se infieren en realidad de los principios de moralidad social más básicos de inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona–:[179] en primer lugar, el principio de protección prudencial de la sociedad, que recoge la exigencia de la justificación utilitarista de la pena de que ella debe ser un medio efectivo y económico de impedir que la sociedad sufra daños sociales mayores que los involucrados, para los que la sufren, en la misma pena. En segundo término, el principio de intersubjetividad del derecho penal, que establece que la pena solo debe estar dirigida a prevenir daños causados a terceros distintos a los agentes que causan tales daños, proscribiéndose las leyes penales perfeccionistas que intentan evitar la autodegradación o autolesión del mismo agente. En tercer lugar, el principio de enantiotelidad o antinuridicidad, que dispone que la conducta por la cual un agente es penado debe haber causado el daño que la ley penal que autoriza esa pena está dirigida a prevenir, ya que de lo contrario las penas de conductas inocuas serían antieconómicas ya que no son necesarias para prevenir conductas dañosas. En cuarto lugar, el principio de asunción de la pena, que estipula que nadie puede ser penado si al cometer el delito no ha consentido en asumir la respectiva responsabilidad penal, cosa que sucede (al igual que el consentimiento en materia civil) cuando el agente realiza voluntariamente un acto con conocimiento de que a él le seguirá como consecuencia

normativa necesaria, cualquiera sea su efectividad fáctica, la imputación de una obligación o responsabilidad o pérdida de derechos; este consentimiento es lo que permite, como en el caso de cualquier contrato o acto voluntario, ejecutar la responsabilidad penal en contra del agente sin frustrar el principio de inviolabilidad de la persona, ya que uno no es tratado como medio cuando consiente el tratamiento de que es objeto.

La discrecionalidad de la persecución penal

Muchas veces se objeta la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal sobre la base de que ella afecta la vigencia del principio de igualdad, ya que de dos personas que cometieron exactamente el mismo hecho una de ellas podría ser penada mientras que la otra no lo sería. Sin embargo esto es un error puesto que la renuncia a perseguir penalmente no se hace en reconocimiento de un derecho individual sino en persecución de una política social, la prevención criminal, y el principio de igualdad solo se aplica cuando los beneficios son recibidos en virtud de cierto derecho, no cuando tales beneficios son subproductos contingentes de la persecución de un objetivo colectivo (el ejemplo que di en otro lugar[180] para ilustrar este punto es el siguiente: si las autoridades reparten anticonceptivos en reconocimiento de un derecho a controlar la reproducción, ello lo deben hacer igualitariamente; en cambio, si la distribución se hiciera para alcanzar un objetivo colectivo, como la disminución de la tasa de natalidad, bien podrían hacer la distribución en forma no igualitaria y atendiendo por ejemplo a otros factores, como cuáles parejas son más fértiles).

Objeciones a la “celada legal”

Bohmer se opone al empleo de la celada por tratarse de delitos sin víctimas cuya persecución responde a un modelo de un derecho penal que persigue el control social en vez de un modelo basado en el debido proceso, y por generar actitudes inconvenientes en la sociedad (se apoya para ello en Francesco Carrara, quien denunciaba que esta práctica crea recelos y sospechas en la sociedad). Sin embargo, el derecho penal, de acuerdo con la justificación antes resumida, debe perseguir el control social, o sea, la protección prudencial de la sociedad contra daños mayores a los que él involucra, aunque debe hacerla, por cierto, en los límites del debido proceso. El que se trate de un delito sin víctima parecería que puede infringir el segundo principio enunciado, que es el de intersubjetividad del derecho penal, como ocurre en el caso de la punición del mero consumo de drogas. No obstante aquí se podría responder que si bien en el caso concreto no hay una víctima –porque la aparente víctima es un funcionario previamente avisado– la punición de ese caso tiende a prevenir otros delitos similares donde sí hay un tercero que es víctima, siendo claro que, a diferencia del caso de la droga, aquí no se persigue prevenir la degradación del propio agente. Pero esta respuesta parece mostrar que el que sí se está infringiendo es el principio de enantiotelidad, que exige, como vimos, que la conducta punible cause el daño o peligro que la ley penal está dirigida a prevenir, lo que en estos casos no ocurre. Sin embargo, este no es un principio absoluto sino que en realidad deriva del principio de protección prudencial de la sociedad que, entre otras cosas, procura la economía en la causación de daños para evitar otros: normalmente, si la conducta punible no es dañosa –como ocurre en la tentativa de delito imposible–, la pena es antieconómica puesto que, si ella no se impone no afectar la eficacia preventiva de la pena respecto de hechos que sí son dañosos, nadie quiere cometer un delito imposible sino uno posible, por lo que si la gente advierte que solo se exime de pena cuando el delito es imposible no por eso se ve alentada a cometer un delito que, de otra forma, hubiera tenido temor en ejecutar. En cambio, en el caso de la celada las cosas son diferentes: la celada aumenta la eficacia preventiva de la pena puesto que crea oportunidades de detección que, de otra manera, no habría; el que está por cometer un delito no sabe si es objeto o no de una celada, y si sospechase que puede serlo tiene más motivo para disuadirse en la comisión del hecho, ya que el temor normal a ser descubierto se potencia cuando existe esta forma de detección tan accesible. En cuanto al último principio de asunción

de la pena, el consentimiento del agente no está viciado si realmente no ha sido persuadido o incentivado a cometer el delito, como lo exige el criterio subjetivista, sino que su decisión fue tan libre como puede ser una decisión en este mundo. Nuestras prevenciones en este sentido se diluyen si vemos el consentimiento no como un antecedente de un reproche retributivo sino como una luz verde para imponer un sacrificio que es socialmente beneficioso. En otro plano, contra lo que piensan Bohmer y Carrara, no veo tan mal embatir contra una moral “siciliana” de la complicidad en favor de una moral cívica. La imagen del recelo y la sospecha –que nos hace recordar situaciones como las de la Alemania nazi o la Unión Soviética estalinista– es sobrecogedora si no tomamos en cuenta que todo depende de si es legítimo y justo penar el hecho por el que podemos ser denunciados y si se respetan las garantías del debido proceso; si estas condiciones se satisfacen, yo no tendría ningún recelo a ser denunciado por una persona con la que tengo tratos en la medida en que estoy dispuesto a mantenerme en los márgenes de la ley.

El análisis económico del derecho y la responsabilidad civil

La aplicación del análisis económico del derecho sobre todo al campo de la responsabilidad civil ha sido muy fecunda, por más que a veces se la haga olvidando la prelación de consideraciones de justicia sobre las de eficiencia o distorsionando ese valor de justicia (el que es analizado como una preferencia más que debe ser computada en el cálculo de eficiencia). Es precursora en este sentido la famosa fórmula de la negligencia del juez Learned Hand,[181] según la cual el demandado es culpable de negligencia cuando la pérdida causada por el accidente multiplicada por la probabilidad de que el accidente ocurra excede las cargas de las precauciones –o sea, el costo de evitar el accidente– que el demandado podría haber tomado para impedir que ocurriera. Por cierto, esta fórmula ha sido objeto de un análisis posterior mucho más sofisticado de teóricos como Richard Posner[182] y Guido Calabresi[183] e innumerables más que han propuesto criterios de una gran precisión –no solo en el campo de la responsabilidad civil sino en

diferentes áreas del derecho— que miden la eficiencia de diversas soluciones tomando en cuenta variables como la exigencia de intencionalidad, negligencia o la mera responsabilidad estricta, los costos de transacción, la aversión al riesgo de los diferentes actores involucrados, el que la indemnización tenga un mero carácter resarcitorio o pueda ser también punitiva, etc.

[178] [Véase Los límites de la responsabilidad penal, ob. cit., cap. 6.](#)

[179] [Véase “La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos”, Doctrina Penal, año 12, 1989.](#)

[180] [Véase Ética y derechos humanos, ob. cit., cap. 1.](#)

[181] [Véase, por ejemplo, el caso United States c. Carroll Towing Co., 159 F2d. 169 ‘2d. Cir. 1947.](#)

[182] [Véase Economic Analysis of Law, ob. cit., esp. cap. 6.](#)

[183] [Véase The Costs of Accidents, New Haven, Yale University Press, 1970.](#)

Epílogo

Anomia y democracia

He tratado de mostrar en este libro que el subdesarrollo argentino puede estar asociado con un tipo de anomia que presupone ineficiencia social. Hay una clase de inobservancia generalizada de normas jurídicas, sociales, convencionales, técnicas, conceptuales y morales que conduce a situaciones en que algunos están peor sin que nadie esté mejor de lo que ocurriría si esas normas fueran observadas, o en que hay muchos que están mucho peor frente a tal vez algunos pocos que están un poco mejor. El que esas situaciones se generalicen no depende de un especial sino natural o sobrenatural de ciertos pueblos, sino de que se den, como vimos en el capítulo 4, estructuras de interacción –como las del dilema de los prisioneros, el juego de la gallina o de la aseguración, la batalla de los sexos o los problemas de simple coordinación– que están determinadas por ciertas combinaciones de preferencias o intereses, expectativas de acción, lo que hace que lo racional para cada uno sea un curso de acción que, una vez generalizado, produce resultados socialmente ineficientes.

Las situaciones que presentan estas estructuras pueden ser prenormativas o estar constituidas por el mismo incumplimiento de normas que tienen cierta vigencia. De todos modos, en general solo mediante la observancia de normas se podría superar la dinámica de interacción autofrustrante, ya que solo así se produciría el cambio de preferencias y expectativas que permite salir de la trampa. Pero, como se dijo, la generación y el cumplimiento mismo de las normas pueden estar sometidos a una dinámica de interacción ineficiente.

La relación entre la ineficiencia y el subdesarrollo es en parte conceptual y en parte causal. Es obvio que una ineficiencia considerable es en sí misma expresión del subdesarrollo. Que una sociedad sea desarrollada quiere decir, en última instancia, que los procesos de interacción que se generan en su seno, en el plano económico, cultural, social, político, etc., producen resultados que satisfacen menos intereses o que satisfacen menos los intereses de sus miembros que procesos alternativos que son posibles con una organización diferente. El subdesarrollo no depende directamente de los recursos materiales, ya que estos pueden conseguirse con ingenio y esfuerzos suficientes (como lo demuestra el caso de Japón), sino de la capacidad de un pueblo de satisfacer las preferencias de los individuos que lo integran, en comparación no solo con otros pueblos sino con una situación de organización alternativa.

También es evidente la relación causal entre la ineficiencia y el subdesarrollo: cuanto más ineficiente sea una sociedad, menos atractivo será invertir en sus sistemas productivos y esto potenciará la ineficiencia, en contraste con la que se podría obtener si la sociedad hubiera generado dinámicas de interacción diferentes.

Por cierto que la misma anomia puede tener un impacto en el subdesarrollo independientemente de la generación de ineficiencia, ya que, como vimos en el capítulo 1, a muchos de los factores de subdesarrollo que se suelen mencionar en las explicaciones de este fenómeno subyace la generación de comportamientos anómicos.

Desde ya que esta es solo una línea de análisis que se abre a partir de la anomia “boba”. También se podría haber explorado, lo que solo se hizo al pasar, la relación que hay entre esa anomia y el autoritarismo y la debilidad del proceso democrático. Podrían también estudiarse las consecuencias de esa anomia para la paz social y para la estabilidad psíquica de los miembros de la sociedad, etc.

A pesar de esa centralidad de la anomia para explicar muchos procesos sociales, hay una extraña ceguera normativa en muchos teóricos sociales que se resisten a tomar en cuenta este fenómeno tan aparente en la Argentina como parte de la explicación de procesos sociales como el subdesarrollo o el autoritarismo. Tal vez esa ceguera provenga de una

versión vulgarizada del marxismo para la cual las normas son epifenómenos de procesos sociales más profundos. Sin embargo, esta visión no tiene en cuenta que las normas, como dice Elster, son el cemento de la sociedad, ya que su vigencia o inobservancia constituye un componente básico de muchos procesos sociales.

No obstante, centrar la atención en el fenómeno de la anomia en una sociedad como la argentina tiende a ser agudamente deprimente. La tendencia a la ajuridicidad, como dije, tiende a retroalimentarse. Una dinámica de interacción autofrustrante se podría superar alcanzándose formas de cooperación si se pudieran establecer normas jurídicas que modificaran las preferencias y expectativas de los participantes. Sin embargo, como se vio, las normas jurídicas solo pueden generarse y ponerse en vigencia mediante un proceso cooperativo que en sí mismo requiere la observancia de normas. Como no puede haber una cadena infinita de mecanismos coactivos y una cadena circular no es extraordinariamente eficaz, las normas jurídicas deben ser respaldadas por otras normas. Las normas sociales muchas veces hacen ese trabajo pero, tal como se dijo en el capítulo 5, su surgimiento requiere una serie de condiciones que no siempre se dan. Últimamente, todo el proceso parece descansar en el hecho de que haya individuos que actúen sobre la base de normas morales, o sea, normas que son aceptadas sin tener en cuenta un cálculo de consecuencias. Sin embargo, no basta que estos individuos acepten cualquier tipo de normas morales, y tenemos que reconocer que es casi un accidente que ciertas sociedades tengan un grupo importante de gente que actúe motivado por convicciones morales, que quizá son tan irracionales como otras, pero que tienen la virtualidad de ser conducentes a la cooperación social, transformando la mano invisible perversa que nos lleva a frustrar nuestras aspiraciones en una mano benéfica.

Una pequeña luz al final de este túnel se percibe cuando advertimos que hay un proceso social que puede ponerse en movimiento con la cooperación de pocos individuos, con una considerable economía en actitudes preexistentes por parte de tales individuos, que está dirigido a lograr un consenso sobre la aceptación de normas morales, y que tiene cierta confiabilidad de que las normas adoptadas sean correctas, tanto desde el punto de vista de su validez como de su incidencia en la cooperación eficiente. Ese proceso social es el

de la discusión pública que es inherente al método democrático de toma de decisiones. Hemos visto que la discusión colectiva es un mecanismo apto para alcanzar cooperación sobre la base de normas morales compartidas a partir de actitudes como la de ser consistente en las aserciones que formulamos y en la relación entre nuestras conductas y tales aserciones.

Sin querer comprometerse con una concepción evolucionista demasiado rica en presupuestos, me animo a sugerir la hipótesis que es casi de sentido común que los pueblos que alcanzan grados de cooperación interna más altos tienen ventajas comparativas sobre los otros y tienden a desplazarlos (por ejemplo, de los mercados internacionales). Un poco más aventurada, pero todavía plausible, es la hipótesis adicional de que los pueblos que desarrollan procesos de deliberación pública más satisfactorios –en cuanto al dominio de individuos que se suelen someter a él, el universo de cuestiones que se suelen presentar en él, la igualdad y la libertad con que la gente participa en el proceso, la nitidez de las actitudes favorables a la discusión que los motiva, la disposición a justificarse mutuamente de acuerdo con ciertas reglas claras, la disposición a aceptar las normas que surjan del proceso, etc.– son más susceptibles a alcanzar altos niveles de cooperación que los pueblos que basan esta en otros factores, como el compartir tradiciones o costumbres.

En pueblos que están expuestos a lo que John Rawls llama “el hecho del pluralismo”, basar la cooperación en tradiciones o costumbres comunes es demasiado endeble: basta la aparición de individuos o grupos que no aceptan esas tradiciones o costumbres para que la posibilidad de cooperación se esfume. Es posible que la expansión de una práctica de discusión moral basada en presupuestos abstractos como la exigencia de imparcialidad se deba a que esa práctica implica una ventaja comparativa para los pueblos que la adoptan. Si esto es así y si combinamos las dos hipótesis, resulta que la promoción del proceso de deliberación pública es un factor conducente, en las condiciones de las sociedades contemporáneas, al éxito relativo de los pueblos, o sea, a sus grados comparativos de desarrollo. Dado que este proceso de deliberación se da en plenitud en el marco de la democracia, ello implica que la democracia es efectivamente un factor contribuyente del desarrollo socioeconómico, en las condiciones de las sociedades contemporáneas. Esta conclusión tiene su correlato empírico

en la coincidencia entre democracias pluralistas consolidadas durante períodos extensos y grados avanzados de producto per cápita.

Pero la democracia requiere la observancia de las normas que han sido sancionadas por la regla de la mayoría luego de un proceso de discusión. En definitiva, la anomia que marca nuestra vida social y explica en parte nuestro subdesarrollo es una deficiencia en la materialización de la democracia. Implica la existencia de bolsones de autoritarismo y anarquía en un contexto formalmente democrático. La anomia significa que cuestiones que afectan los intereses de un conjunto de individuos son resueltas por decisiones aisladas de algunos de los individuos de ese conjunto, sin que se dé el debido peso a la opinión de los restantes individuos afectados. El dueño de la empresa de colectivos, por ejemplo, a quien no se le impide contaminar el medio ambiente con los caños de escape de sus vehículos en mal estado, está decidiendo, antidemocráticamente, qué niveles de riesgo debe correr nuestra salud para contar con un determinado servicio a cierto precio. Si la anomia resulta en anarquía o dictadura, dependerá de la fuerza relativa de los diferentes individuos que quieren imponer sus decisiones a los demás (por ejemplo, el tránsito de nuestras calles es una mezcla de anarquía entre los conductores de vehículos de tamaño equivalente, y dictadura de los que manejan vehículos de gran porte). La anomia es, por lo tanto, esencialmente antidemocrática.

De acuerdo con lo que vimos, la única esperanza de superar esta tendencia a la ajuridicidad en la Argentina es mediante el mismo proceso de deliberación pública que es consustancial a la democracia. Es a través del proceso de señalar –como lo ha intentado hacer este libro– las consecuencias dañosas de la ajuridicidad, de mostrar cómo la cooperación es socialmente beneficiosa, de argumentar a favor de la adopción de ciertas normas que permitan esa cooperación y, finalmente, de acordar en forma consciente y deliberada atenerse colectivamente a esas normas como se puede ir generando una dinámica de interacción eficiente. Ello requiere, como vimos, expandir el debate público, hacer más racional el proceso de justificación mutua, y dar más oportunidades de participación en las decisiones, en condiciones de igual libertad, a los afectados por ellas. El

lema argentino debería pasar a ser el opuesto al de los corregidores coloniales: “Aquí la ley se discute, pero se cumple”.