



Hans-Bernd Schäfer^(*)

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano. ¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?^(**)

«Los jueces son hombres capaces y experimentados que saben demasiado como para sacrificar el buen juicio por un silogismo».

Oliver Wendell Holmes^(***)

1. Introducción

Un sistema judicial puede estar basado más en estándares o más en reglas⁽ⁱ⁾. Un sistema basado en estándares delega el poder de las decisiones de las autoridades centrales a la judicial y, en el caso de normas regulatorias, a los niveles más bajos de la burocracia. Un sistema jurídico basado en reglas concentra más poder a nivel de gobierno, parlamento y de otras autoridades centrales que toman decisiones. En este trabajo, sostengo que, en las naciones pobres, hay varias razones para optar por un sistema legal basado más en reglas que en los países ricos. El argumento que sostengo en este artículo se deriva de que la *ratio* de mano de obra en los países en desarrollo es más baja que en los países ricos. Este argumento también se relaciona a la *ratio* de capital humano y de trabajo. En la economía del desarrollo, es muy aceptado el teorema de que una eficiente elección de técnica en los países pobres, es menos intensa que en los países ricos. Si esta idea la llevamos a la elección de técnica judicial, entonces podemos preferir sistemas judiciales más centralizados en los países en desarrollo en comparación con los

(*) Profesor del Institute of Law and Economics, Universität Hamburg.

(**) El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título de *Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule-Based Legal System?* En: *German Working Papers in Law and Economics*. Número 20, 2001. La traducción del presente artículo estuvo a cargo de Isabel Ruidias Heredia, Flavia Cuneo Bringas y Abraham González Santa maría, miembros de la Asociación Civil **ius et veritas**, bajo la supervisión de Mario Reggiardo Saavedra, abogado y profesor del curso de Análisis Económico del Derecho dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**. Le agradecemos al doctor Mario Reggiardo Saavedra por habernos facilitado el presente artículo.

(***) WENDELL HOLMES, Oliver. *The Common Law*. Citado por: SCHWARTZ, Robert B. *Main Currents in American Legal Thought*, 1993. p. 392.

(i) Nota del traductor: En teoría legal, el término «regla» se refiere a aquellos casos donde el supuesto de hecho de la norma es muy preciso, frente a supuestos de hecho abiertos o generales, que corresponden a los «estándares».

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

países industrializados. La razón es que un sistema legal centralizado (como cualquier sistema centralizado para el cual se asignan recursos) puede hacer el trabajo con menos capital humano que un sistema descentralizado. También sostengo que, cuando una nación se transforma de pobre a rica, el grado eficiente de descentralización disminuye.

2. Reglas versus estándares

Las reglas son esos mandatos legales que diferencian un comportamiento legal de uno ilegal en una forma simple y clara. Los estándares, sin embargo, son criterios legales generales, poco claros y confusos, que requieren de un complicado razonamiento judicial para su aplicación. La violación de un límite de velocidad que trae como consecuencia una multa de \$ 100 es una regla; mientras que, para los conductores, la norma de «manejar con cuidado», cuya violación trae como consecuencia el pago de una indemnización, es un estándar. En este último caso, la norma legal deja abierto cuál sería exactamente el nivel de cuidado debido y cómo sería calculada la compensación por daños⁽¹⁾.

La elección entre reglas y estándares tiene que ver con el tamaño relativo de los varios costos asociados a la formulación y aplicación de las normas legales. Hay factores sistemáticos que afectan el costo relativo de las reglas y de los estándares. Una de las primeras y más importantes contribuciones a las comparaciones entre las normas y los estándares es el trabajo del juez Posner, quien ha identificado las implicancias centrales sobre su eficiencia⁽²⁾. Su principal idea es que los estándares pueden tener costos iniciales específicos más bajos, pero tienen un mayor costo de aplicación y obediencia que las reglas. Por ejemplo, la promulgación de un estándar como «tener un cuidado razonable en todos los casos», es extremadamente fácil y no genera costo alguno. Sin embargo, la aplicación de este estándar en la práctica, generaría un significativo costo tanto para los jueces que tendrían que determinar si el

demandado ha cumplido con el estándar, como para los demandados que tienen que determinar qué nivel de precaución es necesario para no incurrir en responsabilidad. En el caso de reglas precisas, la magnitud relativa del costo es exactamente opuesta. El juez Posner concluye que el deseo de minimizar los costos totales debe ser la consideración preponderante en la elección entre precisión y generalidad que existe entre reglas y estándares.

Mientras que la consideración central sobre eficiencia es analíticamente sencilla e intuitivamente atractiva en un nivel abstracto, la elección de una norma legal entre reglas y estándares es difícil de resolver a un nivel específico en la mayoría de casos reales. Muchos académicos sostienen entonces que las decisiones entre reglas y estándares deben ser tomadas caso por caso. La elección entre reglas y estándares se torna aun más difícil cuando tomamos en consideración que una sola serie de reglas claras que los individuos deben cumplir bajo óptimas circunstancias -por ejemplo, lo que es necesario para fabricar un producto seguro- puede ser más compleja y costosa de diseñar e interpretar, que un estándar amplio que requiere simplemente que aquellos implicados tengan el debido cuidado.

Una importante consideración sostenida por Kaplow podría ayudar sustancialmente a decidir cuándo usar reglas y cuándo usar estándares; ello tiene que ver con la extensión que se debe dar a la ley ante los

(1) ULEN, Thomas S. *Standards und Direktiven im Lichte begrenzter Rationalität*. En: OTT, Claus y Hans-Bernd SCHÄFER (editores). *Die Präventivwirkung zivil - und strafrechtlicher Sanktionen*. Tübingen, 1999. pp.346-380.

(2) POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 5ta. edición. New York, 1998.

Hans-Bernd Schäfer

actos individuales (reglas) antes que esperar a que suceda (estándares)⁽³⁾.

Desde que el costo de especificar una regla es inicialmente mayor que para un estándar, pero resulta en ahorros posteriores cuando los individuos deben determinar cómo la ley se aplica a su comportamiento y cuándo los jueces deben aplicar la ley a ese comportamiento pasado, la consiguiente ventaja relativa de las normas yace en situaciones en las cuales habrá aplicaciones frecuentes de la regla y la incidencia de fallos podría también ser frecuente. Como resultado, el factor central que influirá en la conveniencia de reglas o estándares es, en gran medida, la frecuencia con la que la ley guiará la conducta. Si una forma específica de conducta va a ser frecuente, el costo adicional del diseño de reglas -que deben ser dictadas una sola vez- será probablemente excedida por los ahorros generados cada vez que la norma es aplicada. Son ejemplos las situaciones reales que ocurren frecuentemente en la vida de muchas personas, como las leyes de tránsito, el cálculo de la indemnización por daños, reglamentos de seguridad, la interpretación de temas de impuestos, etcétera. En contraste, los estándares son más eficientes cuando el comportamiento sujeto a la ley es más heterogéneo e inusual. Al respecto, son especialmente importantes las leyes sobre comportamientos que varían continuamente, por lo que los escenarios más relevantes son difíciles de ocurrir. Determinar el contenido apropiado de la ley para todas esas contingencias sería muy costoso y, en muchos casos, un total desperdicio.

Otro aspecto importante es que el grado de precisión en los cuerpos legales define en gran medida la división del trabajo entre parlamentarios, por un lado, y jueces y burócratas, por otro. Una ley que consiste en reglas deja poco o ningún poder discrecional a aquellos que la aplican. Y una ley que consiste en estándares imprecisos delega el refinamiento del estándar a la magistratura y a la burocracia. Si los parlamentarios tienen poco conocimiento acerca de lo que

es un estándar razonable de cuidado, deben estar conscientes de que deben delegar esas decisiones a los jueces. Las cortes, o mejor dicho, el sistema de cortes, pueden entonces aprender en una forma descentralizada. Gradualmente, mediante una inmensa cantidad de decisiones diferentes que se unifican por los fallos de la Corte Suprema, los estándares imprecisos gradualmente se transforman en reglas más precisas. Si esta división del trabajo funciona, uno esperaría más estándares en la ley escrita y más reglas en los fallos dictados por los jueces. Este mecanismo, sin embargo, requiere de una administración pública y una magistratura bien preparadas para enfrentarse con situaciones no estructuradas, y que tienen la habilidad y la información para llegar a decisiones precisas y eficientes sobre la base de reglas no muy claras. Sostengo en este trabajo que esta situación está ausente con frecuencia en muchos países en desarrollo y que, además, sería muy costoso y un desperdicio de recursos el crear las condiciones bajo las cuales se alcance dicha situación.

3. Razones de la superioridad de las reglas sobre los estándares en países en desarrollo

El sistema legal y, en particular, las sentencias en los países en desarrollo son criticados a menudo por sus innumerables

(3) KAPLOW, L. *Rules versus Standards. An Economic Analysis*. En: *Duke Law Journal*. 1992. pp. 557-629. Ciertos números de puntos pueden también ser encontrados en EHRLICH, Isaac y Richard POSNER. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*. En: *Journal of Legal Studies*. 1974. pp. 257-286; DIVER, C. S. *The Optimal Precision of Administrative Rules*. En: *Yale Law Journal*. 1983. pp. 65-109.

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

defectos, que pueden reducirse al menos en parte mediante el uso de más reglas en lugar de estándares⁽⁴⁾.

3.1. Las reglas pueden reducir los retrasos en las cortes ocasionados por decisiones complejas

Los retrasos en los procesos judiciales son muy frecuentes en los países en desarrollo. Buscaglia analizó estos casos en los países latinoamericanos⁽⁵⁾ (sic). En India, toma, no rara vez, hasta 15 años desde que ingresa una demanda hasta la decisión final de la Corte Suprema. Tales retrasos aumentan los costos del uso de las cortes para la solución de conflictos. Reducen también la demanda de las partes para el uso de cortes y, en casos extremos, puede llevar a una crisis de las cortes, pues la demanda del servicio de la corte podría disminuir enormemente (Buscaglia). Las partes deben entonces recurrir a procesos privados, a soluciones alternativas de conflictos y acciones directas por mano propia. O no se les indemniza por los daños causados, o se tienen que limitar a ejecutar sus contratos por sí mismos o a buscar soluciones de mercado que serían muy costosas de hacer cumplir. La complejidad del derecho material es una razón importante de los retrasos judiciales. Si pudieran ser reducidos por reglas de fácil aplicación, habría un impacto positivo en el número de decisiones de cortes por período y por juez o funcionario público.

En India, los retrasos en las cortes, que tienen como resultado la falta de indemnización para muchas víctimas, fueron la motivación más importante detrás de la introducción de las llamadas Cortes de Desagravio del Consumidor. Estas cortes fueron introducidas en 1987 para dar a los consumidores una protección fácil y rápida en los casos de productos defectuosos o peligrosos. El primer fallo en una de estas cortes debe ser dado dentro de los 120 días y el procedimiento legal está basado en algunas normas simples. Lo más relevante al respecto es la introducción de la responsabilidad objetiva para todos los

casos de competencia de estas cortes especiales.

Como el impacto económico de la responsabilidad objetiva es usualmente equivalente o incluso superior a aquel por negligencia (si un daño es unilateral y no pudo ser influenciado por la víctima), existe una razón muy fuerte en los países en desarrollo para basar gran parte de la responsabilidad extracontractual y de protección al consumidor en leyes de responsabilidad objetiva y de protección al consumidor en lugar de responsabilidad por culpa.

3.2. Las reglas pueden reducir la corrupción

El uso de estándares imprecisos que dan demasiado espacio para las decisiones discrecionales crea posibilidades adicionales para el comportamiento corrupto en países donde la corrupción de los funcionarios judiciales y del gobierno es un problema. Si, por ejemplo, el uso de todas las sustancias tóxicas está prohibido, hay un margen muy amplio para la corrupción del funcionario al no haber una lista completa conteniendo todas aquellas sustancias, dejando entonces al funcionario la responsabilidad de decidir cuál es la tóxica⁽⁶⁾. Si un funcionario se hace de la vista gorda en el uso de una sustancia que está en una lista, su comportamiento corrupto puede supervisarse más fácilmente que con un estándar que deja la definición de toxicidad al funcionario

(4) En un trabajo reciente, el juez Posner sugiere también que tal adopción de un sistema legal con reglas relativamente precisas puede ayudar a crear la infraestructura necesaria para alcanzar una moderna prosperidad económica en las naciones. Véase POSNER, Richard A. *Creating a Legal Framework for Economic Development*. *World Bank Research Observer*. Volumen XIII. 1998. Similares resultados son presentados en un trabajo por GRAY, C. W. 1997, *Reforming Legal Systems in Developing and Transition Countries, Finance and Development*. Volumen XXXIV. 1997. pp. 14-16.

(5) Buscaglia .

(6) Por ejemplo, véase KAPLOW, Louis. *General Characteristics of Rules*. En: *International Encyclopedia of Law and Economics*. 1997.

Hans-Bernd Schäfer

mismo. Esto se aplica para muchas otras normas administrativas legales, tales como las restricciones de importación y exportación, reglamentos de seguridad, control de alimentos y drogas, regulación de bancos y mercados de capitales. Lo mismo se aplica para las normas de propiedad, contratos y responsabilidad extracontractual. Un juez corrupto que otorga una indemnización por responsabilidad extracontractual basada exclusivamente en responsabilidad objetiva tiene menor espacio para la corrupción, pues su comportamiento podría ser observado fácilmente por los que realicen un control externo. Él está, por lo tanto, sujeto a una supervisión y crítica más fácil que en un sistema que requiere argumentos sutiles para llegar a una decisión legal. Por la misma razón, las reglas *per se* que se aplican sin la posibilidad de una defensa por parte del demandado, pueden ser preferibles, como cualquier defensa, por ejemplo una eficiente defensa en casos antimonopolio, que podrían llevar a decisiones que resulten oscuras para un observador exterior, y que, sin embargo, podrían ampliar el alcance de decisiones intencionadas de administradores y de cortes.

3.3. Las reglas permiten la concentración de capital humano

El uso de estándares imprecisos en los textos legales y su superioridad sobre las reglas son defendidos con frecuencia sobre la base de que la autoridad central carece de la información para diseñar una buena regla y que la aplicación de esa regla debe ser dejada al sistema descentralizado de decisiones de la judicatura. Tomen otra vez el estándar de negligencia.

Una regla podría describir con precisión las condiciones bajo las cuales un agresor ha ejercido un razonable nivel de cuidado. Esto no puede ser hecho por parlamentarios cuando diseñan un proyecto de ley. Debe ser dejado a los jueces que recolectan y procesan información en muchas categorías de daños.

Muchas cortes en diferentes lugares recolectan y procesan información en un proceso de aprendizaje descentralizado. Sobre la base de esta información, las cortes jerárquicamente superiores eventualmente llegan a uniformizar las reglas. Así, las normas legales, que pueden resultar bastante vagas al inicio, se tornan más y más

precisas a través de los precedentes fijados por las cortes superiores. Y los imprecisos mandatos legales de actuar con cuidado se transforman entonces en una larga lista de prescripciones precisas relacionadas a una gran variedad de categorías de daños. Este aprendizaje descentralizado y, con él, la transformación gradual de los estándares imprecisos en reglas precisas, es contemplado como una de las mayores ventajas del sistema judicial, en el cual los jueces tienen un amplio espacio para la toma de decisiones. Muy parecido al mercado descentralizado, el sistema descentralizado de jueces puede entonces recolectar y procesar mucha más información que ningún individuo. Y, aunque la ley comience con un conjunto de normas imprecisas y de poca certidumbre legal, los estándares se transforman gradualmente en reglas mediante las sentencias y la certeza legal prevalece.

Pero este sistema podría no funcionar bien si los que toman las decisiones tienen poca información o poca experiencia o si no están bien capacitados para tomar decisiones complejas. Esto podría muy bien ser el caso de los países en desarrollo, donde es mucho más difícil obtener información y donde el capital humano es mucho menor que en los países desarrollados. El proceso de aprendizaje de la judicatura podría entonces ser muy lento. La incertidumbre legal prevalecería por períodos de tiempo demasiados largos y el resultado no sería un cambio gradual de estándares a reglas, sino una incertidumbre prolongada entre aquellos que están obligados a obedecer las normas legales.

Este efecto adverso se acrecienta aun más si la regla óptima cambia a través del tiempo como consecuencia de cambios técnicos y sociales. Si nuevos desarrollos

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

técnicos hacen ineficiente una regla, el sistema de jueces tiene que empezar a aprender nuevamente. Esto aumenta el nivel de incertidumbre legal hasta que los resultados del proceso de aprendizaje otra vez lo reduce. En un sistema de cambio técnico y cambio social como ese, un sistema de cortes descentralizadas que aprenden a un ritmo muy lento, debe, en promedio, producir un nivel mucho más alto de incertidumbre legal con todos los efectos adversos, en comparación con un sistema de magistratura bien capacitado, acostumbrado a tomar decisiones complejas y que alcanza un alto grado de aprendizaje. Por esta razón, la idea de un sistema descentralizado de aprendizaje de los jueces es mucho menos atractiva para los países en desarrollo, que no pueden dedicar el mismo volumen de recursos para entrenar a sus jueces. Un sistema legal que permite a los jueces tomar decisiones rutinarias que requieren poco procesamiento de información podría ser un sistema mucho más atractivo para los países en desarrollo.

4. Los límites de la centralización de reglas

4.1. Inflexibilidad en las decisiones del Parlamento

Si fuera cierto que en los países en desarrollo las decisiones de las cortes deberían estar basadas en rutinas relativamente simples, por ejemplo, en reglas, y que el escaso y altamente poderoso capital humano debería estar concentrado en crear estas normas en lugar de aplicarlas, la pregunta que nos hacemos es si los parlamentarios pueden hacerlo. Las decisiones parlamentarias no son muy flexibles. Consecuentemente, las reglas precisas que quedan anticuadas debido a cambios económicos, técnicos y sociales deberían entonces llevar a una agitada actividad en el parlamento, caso contrario se convierten en ineficientes y se petrifican con el tiempo. En el último caso, la simplificación legal y la certeza legal prevalece en el tiempo, pero, a la larga, se agravan otros efectos adversos de las reglas legales.

Por lo tanto, sería aconsejable incluir más reglas en las normas positivas, pues se espera que estas cumplan su propósito por un largo tiempo. Tomen, por ejemplo, la regla del Código Civil alemán que establece que un menor de 7 años es incapaz para firmar contratos o la regla del mismo

código de acuerdo con la cual el heredero toma posesión a la muerte de la persona que le deja una herencia. Estos son ejemplos de reglas donde es muy poco probable que se tornen obsoletas después de un corto tiempo.

Pero otras normas están sujetas a cambios frecuentes; por ejemplo, los estándares de salud y seguridad, reglas de auditorías, o la regulación de las industrias y las profesiones. Es muy poco probable que la actividad parlamentaria lleve a crear un conjunto de reglas que sean fáciles de administrar y que, al mismo tiempo, puedan ser cambiadas frecuentemente con el tiempo. En estas áreas de la ley, el centralismo parlamentario no es una alternativa viable a los defectos de un sistema descentralizado de sentencias en los países en desarrollo.

4.2. El rol de las entidades que fijan los estándares

La elección de un sistema legal, sin embargo, no necesariamente está entre la inflexibilidad parlamentaria y una incertidumbre legal si las reglas óptimas están sujetas a rápidos cambios. Reglas precisas son establecidas muy seguidas por agencias de gobierno y organizaciones públicas y privadas. Ellos definen los estándares de salud y de seguridad, los estándares de calidad o las normas de auditoría. Estas reglas son muy precisas con frecuencia. Dichas organizaciones están usualmente mucho mejor equipadas para fijar estándares que los magistrados, pues trabajan más allá de los procedimientos legales, usan expertos, forman grupos de trabajo que pueden procesar mucha más información de la que un juez o jurado podrían en un proceso. Estas reglas podrían llenar un vacío entre la necesaria vaguedad de muchos

Hans-Bernd Schäfer

estándares parlamentarios y la necesidad de llegar a un nivel suficientemente alto de certeza legal a nivel de las cortes. Si a la judicatura le toma demasiado transformar los estándares en reglas, ella podría muy bien utilizar dichas reglas en lugar de las reglas establecidas por los jueces.

Sin embargo, el significado legal de dichas reglas es frecuentemente ambiguo y difiere de país en país. En un caso de responsabilidad civil, tal norma de comportamiento, definida por un gobierno o una organización privada, puede tener un estatus diferente.

a) Puede simplemente servir como una opinión legal en el proceso judicial. Si el demandado ha violado la regla establecida por una agencia privada o por el gobierno, el juez es libre de negarle una compensación por daños y, si el demandado no ha violado la regla, es libre de concederle la compensación. Este es el caso de casi todos los estándares de calidad y seguridad que son con frecuencia aplicados por organizaciones sin fines de lucro en Alemania, como la TÜV (Technischer Überwachungsverein) o el Comité DIN (Deutsche Industrienorm). El estándar de la agencia no tiene estatus legal a pesar que su importancia práctica puede ser muy alta.

b) Puede servir como un punto de partida en una disputa legal. En los Estados Unidos, la violación de las normas de auditoría de la ASS es usada como una prueba considerada como cierta a menos que se prueba lo contrario.

c) Puede obligar a la corte en el sentido de que la regla es considerada como la especificación de un estándar más vago dictado por el parlamento.

Uno podría esperar que, en los países en desarrollo, con la escasez de capital humano, el rol de tales organizaciones que dictan reglas es más importante y que la importancia legal de dichas reglas debe ser más alta que en los países de ingresos altos. En tales agencias centrales, el trabajo y el conocimiento de los expertos altamente capacitados pueden ser usados como guía en las decisiones de las cortes si los estándares legales de las leyes parlamentarias son -y deben ser- demasiado imprecisos para servir como una buena guía para el magistrado. Esta concentración de capital humano puede servir como tecnología intermedia,

antes de que el conocimiento y la calidad de los jueces a través de todo el país se incrementen de tal forma que se encarguen de la transformación total de las reglas en estándares al sistema descentralizado de aprendizaje de la magistratura.

Por otra parte, tal enfoque podría ser fácilmente respaldado por proyectos de asistencia para el desarrollo. Considerando que sería una empresa muy costosa mejorar el entrenamiento legal general y el entrenamiento de jueces y empleados civiles en países como India o China, sería posible mejorar notablemente la calidad de las instituciones privadas, semiprivadas y oficiales que establecen los estándares en tales países. Esta actividad mejoraría notablemente la calidad del sistema legal, si tales estándares se convirtieran en vinculantes o tuvieran como mínimo un lugar prominente en las sentencias y en la práctica administrativa. Hasta sería posible concentrar dichas actividades en organizaciones internacionales tales como la OMS o la FAO. Tales reglas podrían ser usadas en más de un país.

4.3. Presentación obligatoria de casos a la corte de más alta instancia y comentarios vinculantes

Otro método para aumentar el nivel de centralización legal sin sobrecargar a los parlamentarios es la presentación obligatoria de preguntas legales abiertas por un juez de primera instancia a una corte de instancia superior. Nuevamente, el capital humano podría estar concentrado. La Ley General del Territorio Prusiano de 1794, por ejemplo, fue tan precisa que permitió una clara deducción y decisión silogística en cada caso sobre la base de las normas legales asentadas en el estatuto. Para aquellos -supuestamente- escasos casos que a los ojos de una corte

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

inferior no estuvieran lo suficientemente claros en los estatutos de la ley, la corte inferior estaba obligada a presentar la pregunta a un Comité Real de expertos legales altamente entrenados (konigliche Gesetzeskommission)⁽⁷⁾.

Tal disposición, comparada con el procedimiento que deja la decisión de dirigir las partes a una corte superior, lleva a una rápida transformación de los estándares legales a normas hechas por jueces.

Un método de centralización legal relacionado son los comentarios de la interpretación de las normas estatutarias que vinculan a los jueces que las utilizan. Tales comentarios pueden ser compilados por un pequeño grupo de abogados muy bien entrenados y tendría un carácter vinculante sin sobrecargar el proceso de preparación de leyes del parlamento.

4.4. Ley parlamentaria y normas hechas por jueces desde una perspectiva de grupo de interés

Abogar por reglas más precisas emitidas por los parlamentos y las agencias que fijan los estándares, y rechazar los procesos descentralizados de aprendizaje por los magistrados como muy complicado por muchas naciones en desarrollo, desatiende los hallazgos de la teoría positiva de regulación. Las leyes de regulación no son de frecuente interés público, pues grupos de interés influyentes pueden inducir a los parlamentarios a promulgar leyes en su favor. Lo mismo se aplica con las organizaciones que fijan estándares, las que están frecuentemente parciales con respecto a intereses industriales. La legislación puede ser influenciada por la corrupción y los intereses de la burocracia estatal. La magistratura, sin embargo, no puede ser fácilmente influenciada por grupos de interés. Aunque una parte de la magistratura es corrupta, el resultado final del proceso descentralizado de aprendizaje de los magistrados sería más difícil de dirigir en determinada dirección que las decisiones del parlamento.

El desarrollo de normas hechas por jueces, por lo tanto, lleva a soluciones superiores comparadas con las leyes parlamentarias, independientemente de todas las consideraciones respecto a la división del trabajo entre los

parlamentarios y los magistrados y los conocimientos diversos y la experiencia de los jueces y miembros del parlamento. Esto se muestra en Alemania con dos ejemplos. La Suprema Corte Civil (Bundesgerichtshof) ha desarrollado una serie de reglas muy sutiles y eficientes que regulan la privacidad e intimidad en contra de la prensa amarilla. El parlamento no podría haber llegado a una solución similar debido a la presión del grupo de interés conformado por las grandes casas editoras. Ellos bloquearon cualquier iniciativa parlamentaria en la década de 1950. Fue solo entonces que las cortes tomaron una parte muy activa en el diseño de reglas privadas. El segundo ejemplo se refiere a las reglas de disputas laborales y huelgas. Ningún gobierno hubiese querido dictar tal ley corriendo el riesgo de enfrentar a los sindicatos, a las asociaciones de empleadores o a ambos. Por lo tanto, las disputas laborales son reguladas por medio de reglas dictadas por los jueces, reglas que contribuyen sustancialmente al relativo bajo número de disputas laborales en Alemania.

El cambio del dictado de reglas hacia el parlamento podría agravar los problemas de los influyentes grupos de interés, un efecto adverso que tiene que ser sopesado con los beneficios de reglas parlamentarias mucho más precisas.

5. Un modelo de estándares versus reglas dependientes de la dotación de capital humano

5.1. Aspectos generales del modelo

Los argumentos sobre las reglas versus los estándares relacionados, a qué tan bien

(7) Debo este conocimiento a mi colega Götz Landwehr de la Universidad de Hamburgo.

Hans-Bernd Schäfer

dotado esté el capital humano de una nación son ahora presentados en una forma más consistente y formal pero también en forma más detallada. Hacemos las siguientes suposiciones:

a) Analizamos una sección de una economía en la cual se asignan los recursos mediante actores que siguen un mandato legal que describe exactamente qué hacer. Este podría ser, por ejemplo, un nivel de cuidado apropiado, un estándar de seguridad, una regla de revelación de información o una norma de contabilidad combinada con las consecuencias legales de la violación de la regla. Este mandato es absolutamente preciso y los actores siempre lo obedecen.

b) El sistema legal consiste de dos niveles, el nivel alto y nivel bajo. En el nivel alto, se formulan las normas y, en el nivel bajo, se dan mandatos precisos en base a estas normas. En este modelo, queda, por lo tanto, asumido que el ciudadano que sigue las normas legales puede siempre saber anticipadamente si la está violando. Esto es contrario a la interpretación normal de un estándar que es contemplado como impreciso por el ciudadano y no solamente por el juez o administrador. Pero, asumir que el estándar es impreciso al nivel de norma legal y que luego sea precisado por el sistema de cortes o la administración es suficientemente complejo para este modelo. De lo contrario -si la norma legal se mantiene imprecisa para la persona a la cual es dirigida-, el modelo debería tener una tercera parte que intervenga en la decisión, el ciudadano, quien maximiza su riqueza por el hecho de que resulta poco claro si sus acciones son ilegales y por lo tanto sancionables. Esto añadiría complejidad al modelo, pero no contribuye en lo absoluto a la idea central detrás del mismo.

c) La norma legal formulada a nivel central puede tener cierto grado de precisión desde un estándar vago de actuación «razonable» a un grado de precisión medio o alto. En el primer caso, el nivel más bajo deberá transformar la norma legal en un mandato preciso y, en el último caso, solamente tendría que comparar el mandato legal con los hechos del caso y tomar una decisión silogística. En todos los otros casos, el nivel más bajo tiene que añadir algunas precisiones a la norma legal formulada por el nivel más

alto. La precisión de la norma legal (p) formulada en el centro podría variar desde cero a uno ($p \in [0,1]$). La precisión de la norma legal formulada a un nivel inferior del sistema legal es siempre 1.

d) Existe un mandato legal óptimo y preciso que, si es obedecido, lleva a una eficiente distribución de los recursos. El personal judicial en ambos niveles del sistema judicial trata de llegar a una decisión eficiente. No es ni corrupto ni capturado ni tampoco hace un trabajo descuidado. Todos los problemas estratégicos que se presenten debido a información asimétrica entre los actores deben ser dejados a un lado.

e) La calidad de las decisiones en ambos niveles del sistema legal dependen exclusivamente del nivel de competencia del personal y no de su esfuerzo. La formulación de las reglas y mandatos es, por lo tanto, fácil e incluso no tiene costo. Este supuesto no es crucial como puede parecer a primera vista. No cambia los resultados pero reduce su complejidad matemática.

f) La aptitud de los actores al nivel central y al nivel inferior del sistema legal depende exclusivamente de qué tan bien dotados estén estos actores con capital humano (h).

g) El sistema legal está dotado de una cierta cantidad de capital humano (h). Los organizadores de este sistema no tienen ninguna influencia en esta dotación. Ellos solo pueden decidir qué cuota del capital humano se usará para mejorar la aptitud del personal en el nivel central e inferior.

h) El total del capital humano es distribuido entre las autoridades centrales y

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

descentralizadas. Una cuota es asignada al nivel superior y una cuota de $(1-a)$ al nivel inferior $\hat{a}(0,1)$.

i) La pérdida de eficiencia de un mandato legal que no es óptimo se expresa como un costo que es la distancia entre un punto óptimo en la línea numérica real. La esperada (*ex ante*) pérdida de eficiencia (L) es una función⁽ⁱⁱ⁾ de la capacidad de los que toman las decisiones que otra vez equivale a capital humano (h) invertido en ello. Así, tenemos que $L=L(h)$, $L'<0$, $L''>0$. Si no hay ninguna inversión de capital humano en el sistema legal, las pérdidas esperadas llegan a un máximo. En este caso, se asume que reglas arbitrarias y estándares son definidos, los cuales solamente por accidente podrían llevar a un resultado eficiente. La pérdida esperada a este nivel de incompetencia es un número real constante C .

j) n denota el número de veces que una norma legal es utilizada. Buscando la simplificación, se asume también que el que toma las decisiones en ese nivel inferior decide solo un caso (sería, de alguna forma más realista, pero no es necesario asumir que el que toma las decisiones en el nivel inferior decide m casos durante su carrera, de tal manera que n es igual a m veces el número de funcionarios con capacidad de decisión en el nivel inferior).

k) Si se usara capital humano en el centro del sistema legal y, consecuentemente, se incrementara la competencia de los que dictan las normas, aumentaría la capacidad de reducir las pérdidas en todos los casos. Ello tendría la característica de bien público. Sin embargo, los efectos del capital humano que es utilizado en los niveles inferiores dependen del número de casos en los cuales (o de los funcionarios que toman decisiones) es usado. Es crucial para este modelo que la capacidad del capital humano de reducir las pérdidas esté sujeta a retornos marginales decrecientes.

l) Como el monto total de capital humano (h) es asignado al sector legal en forma exógena, puede ser considerado como un costo hundido y por tanto no visto como un costo o una pérdida. En otras palabras, el valor de h no influye de ninguna

manera en el problema de asignación de recursos bajo consideración.

La pérdida social esperada total -que debe ser minimizada- puede ser considerada como una función de la distribución de los recursos entre los niveles superiores e inferiores del sistema legal.

5.2. El modelo

Haré un análisis más profundo en tres pasos. En el primer paso, busco el grado óptimo de precisión de una norma jurídica, dado el caso concreto de un escenario donde hay una dotación de capital humano de los niveles alto y bajo del sistema jurídico. En el segundo paso, busco el grado óptimo de precisión de una norma jurídica, si el sistema legal es libre de escoger la distribución del capital humano entre los niveles central e inferior de cualquier capital humano (h). En el tercer paso, busco cómo la distribución eficiente del capital humano entre los dos niveles de toma de decisiones cambia, si el valor del capital humano (h) cambia.

a) Dada cualquier dotación de capital humano en un sistema jurídico (h), el capital humano en el centro es ah , y en el nivel más bajo es $(1-a)h$. Es obvio, entonces, que la competencia en la toma de decisiones en cada nivel se incrementa con el nivel del capital humano ah y $(1-a)h$ respectivamente. Pero, también, es obvio que el grado óptimo de precisión de la norma legal central depende no de la competencia absoluta del nivel central o del nivel bajo, pero sí de la competencia relativa en los niveles bajos y medios. Como medida de esta competencia relativa del nivel central comparado con el nivel inferior,

(ii) Nota del traductor: Cuando el autor menciona originalmente *function*, se refiere a la función matemática, desde un punto de vista sustantivo mas no semántico.

Hans-Bernd Schäfer

podemos sacar la relación entre el capital humano al nivel central sobre el capital humano en el nivel inferior.

Competencia relativa = $ah/(1-a)h=a/(1-a)$

La competencia relativa del nivel central, por tanto, está incrementándose rigurosamente con a e independiente de h .

b) En cualquier nivel de a , existe un óptimo (minimización de costos) nivel de precisión de la norma legal. La siguiente consideración nos conduce a esta proposición. Asumamos que sea posible asignar recursos eficientemente sin la necesidad de instituciones como el sistema jurídico. La eficiencia en la asignación de los recursos sería alcanzada sin la necesidad de un costo de información u otros costos institucionales en un estado llamado el «nirvana». Cualquier desviación de este estado puede ser considerada como pérdida. Lo racional para una institución es minimizar esta pérdida. Tomemos ahora cualquier cifra entre cero y uno. Esto refleja la competencia relativa del nivel central de toma de decisiones. Si, a este nivel de precisión, la norma es igual a uno, entonces existe cierta pérdida (L) comparado con el estado «nirvana». Se puede asumir que esta pérdida decrece si el grado de precisión decrece marginalmente, por ello se le da más poder de decisión al nivel inferior.

Dependiendo de las competencias relativas de los dos niveles de toma de decisiones, existe, entonces, un costo cuando se minimiza el grado de precisión (p^*). Si el grado de precisión se reduce aun más y, por lo tanto, se da más poder de decisión al nivel inferior, la pérdida se incrementa de nuevo. Por ello, existe una función de pérdida en forma de «U» ($L=L(p)$) para cada nivel con un óptimo p^* que minimiza las pérdidas. La pérdida es la diferencia de riqueza entre el estado «nirvana» y el estado actual.

c) La siguiente observación es que p^* debe incrementarse necesariamente con a . Como reflejo de la competencia relativa del nivel central de toma de decisiones, cualquier incremento debe necesariamente conducir a la concentración del poder de decisión en el nivel central si el sistema pretende permanecer eficiente y, por lo tanto, ello conllevaría a un nivel más alto de precisión en las normas legales.

$Dp^*/da > 0$

d) En un análisis más profundo, se asume que el sistema jurídico siempre está al óptimo para cada nivel de a . Ello está basado en asumir de forma extraña, pero bastante común en la economía institucional, que las instituciones evolucionan para reducir costos. Por ello, el término a es equivalente a cierto (minimizando costos) grado de precisión en las normas legales. En cualquier mención posterior, entonces, p^* no solo denota eficiencia sino también el grado de precisión realmente alcanzado.

e) Ahora, procedemos con el segundo paso del análisis. Hasta ahora, hemos asumido una constante a , es decir, un nivel constante de competencia relativa del nivel central de toma de decisiones. Ahora, asumiremos que este nivel será una variable independiente. Ello significa que el sistema legal tiene la opción de colocar más capital humano en el nivel central o inferior. Nos preguntamos cómo esa decisión influye en la pérdida total (L) del sistema. Pero, asumimos que el sistema está optimizado para cualquier nivel de competencia relativa dado, de modo que para cualquier grado de precisión de la norma legal que se escoja tenemos que $p^*=f(a)$.

f) El problema central en la asignación de los recursos es, entonces, reducir la pérdida total (L) y evaluar cómo la cuota óptima de capital humano dirigida al nivel central (a) y al nivel inferior ($1-a$) cambian con el total de la dotación de capital humano (h). Entonces, la función de pérdida sería:

$$L = n \left[bc + (1-b) ce^{-ah} - (bc + (1-b) ce^{-(ah)}) \left[1 - e^{-\frac{(1-a)h}{n}} \right] \right] \quad (2)$$

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

Aquí L es de nuevo la pérdida social esperada generada por el uso de la norma legal, comparada con el estado «nirvana», situación en la cual la eficiencia en la asignación de los recursos es alcanzada sin la necesidad de costos de información u otros costos institucionales.

n es el número de las distintas decisiones tomadas por las instancias inferiores del sistema judicial basado en la norma formulada por el nivel central. Es por ello que se asume que la norma dada por el nivel superior del sistema legal relaciona a todos los casos bajo consideración, mientras que interpretaciones y precisiones en el nivel inferior solo se relacionan a uno, o quizás a más de un caso, pero nunca a todos los casos. Por ende n puede normalmente asumirse como un número entero más alto.

h , en la fórmula (2), es el *stock* de capital humano en el sistema legal. Se asume implícitamente que su valor depende del nivel total de desarrollo económico de un país. h es, por tanto, una variable exógena. Como sabemos que hay diferencias en los sistemas legales de los países ricos y pobres, podemos asumir con rigurosidad que h es pequeña en países pobres y grandes en países ricos. En otras palabras, se puede entender simplemente que h se incrementa con el ingreso nacional.

Como el sistema es dotado con h con independencia de otras decisiones, h puede ser visto como un costo hundido. Por lo tanto, no aparece en la fórmula (2) como un costo adicional que incrementa el valor de L .

a es la fracción del capital humano que es asignada al nivel central del sistema legal. Por lo tanto, ah es el capital humano asignado al nivel superior y $(1-a)$ es el capital humano asignado al nivel inferior del sistema. Como ya ha sido señalado, el grado óptimo de precisión legal p^* se incrementa con $a.p^*$, el cual está totalmente determinado por a .

c es la pérdida social del sistema legal por casos cuando no hay inversión de capital humano y, en los cuales, ni los legisladores ni los jueces o funcionarios públicos tienen alguna competencia en relación con los problemas de la norma legal. Podemos ver que, si $h=0$ es la expresión total dentro de los paréntesis de la fórmula (1), se vuelve c y los

costos totales de todos los casos son entonces cn . En otras palabras, cn es la diferencia entre la riqueza de la sociedad en la cual el sistema legal es eficiente y trabaja sin costo alguno, y su riqueza si el sistema es dirigido por gente bien intencionada pero absolutamente incompetente.

Si ah y $(1-a)$ son mecanismos positivos, la mecánica de la fórmula (2) podría ser entendida mejor si la observamos separadamente en la primera y segunda expresión de la fórmula. Es más sencillo observar que la primera expresión entre paréntesis

$$bc + (1-b)ce^{-(ah)}$$

se aproxima a bc si la dotación de capital humano ah se incrementa más allá de sus límites.

Aquí el término $b \in [0,1]$ refleja la observación efectuada por Hayek y su escuela, en el sentido de que una agencia central ve siempre limitada su capacidad de tomar decisiones correctas. Por tanto, aun si todo el capital humano del mundo fuese invertido en el nivel central ($ah \rightarrow \infty$), el centro todavía produciría una regla con un posible costo bc . Esto refleja una limitación de la capacidad para procesar información en el centro, lo cual no es asumido por los niveles inferiores del sistema legal. Esta suposición es crucial.

Los posibles costos que la norma central podría causar son luego reducidos por las decisiones del nivel inferior, que otra vez se asume que son completamente dependientes de su dotación de capital humano y la resultante (absoluta) competencia de los que toman las decisiones. El nivel inferior recibe el costo

Hans-Bernd Schäfer

$bc+(1-b)ce^{(ah)}$ como un ingreso y lo reduce posteriormente como se expresa en el término siguiente:

$$(bc + (1-b)ce^{-(ah)}) \left[1 - e^{-\frac{(1-a)h}{n}} \right]$$

Si a es cero, el centro formula un estándar vago y deja su concreción total al nivel inferior. Incrementando a , el estándar se torna más preciso, dejando menos decisiones que tomar al nivel inferior; y si $a=1$, la norma legal formulada a nivel central es una norma precisa y el nivel inferior emite decisiones a través de deducciones silogísticas.

Dadas estas suposiciones, la distribución óptima de capital humano entre los niveles centrales y descentralizados del sistema legal sería entonces calculada mediante la diferenciación de la pérdida (L) con respecto de a .

$$(3) \frac{\partial L}{\partial a} = ce^{\frac{a(1-n)-1}{n}} h(1-n + b(n-1))$$

Esto conlleva al óptimo $a=a^*$

$$(4) a^* = \frac{\ln[(n-1)(1-b)]}{h^2}$$

Como la precisión de una regla está determinada por a , obtenemos un *optimum optimorum* mediante un grado de precisión de la norma legal.

$$(5) p^{**} = f(a^*)$$

El último paso del análisis es buscar cómo a^* (y con ella p^{**}) cambia con h , esto es, con el capital humano, o respectivamente, con el nivel total de desarrollo económico. Esto es proporcionado mediante la diferenciación de a^* en la fórmula (4) con respecto de h .

$$(6) \frac{\partial a^*}{\partial h} = \frac{-\ln[(n-1)(1-b)]}{h^2}$$

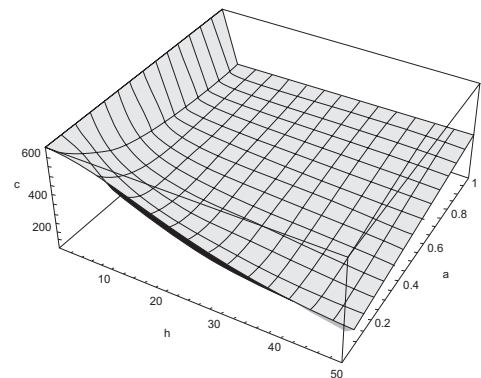
Es sencillo observar que este valor es siempre negativo mientras que $n>1$ y $b<1$. Esto significa que también el nivel óptimo de precisión de la norma legal (p^{**}) siempre disminuye con la dotación de capital humano al sistema legal bajo ciertas suposiciones.

Proposición 1: El grado eficiente de centralización legal, tal como es expresado en la precisión de las normas legales, disminuye con la dotación de capital humano al sistema legal y, en un sentido más amplio, con el desarrollo económico total.

Proposición 2: Si instituciones como el sistema legal reducen pérdidas para los países pobres, se debería esperar que estos tuvieran un sistema más centralizado y consecuentemente más basado en normas que los países ricos.

5.3. Un ejemplo ilustrativo

El siguiente gráfico muestra los costos (c) como una función del grado de centralización del sistema legal, medido por la cuota de capital humano asignado al nivel central (a) y su dotación de capital humano (h) bajo ciertos parámetros ($b=0.5$, $c=10$, $n=70$). El punto más bajo en el plano aumenta con h , en línea con nuestra conjetura que indica que las normas se tornan menos precisas con el aumento de la dotación de capital humano. Este gráfico general no cambia con los parámetros escogidos.



Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

6. Alguna evidencia extraída de la historia legal

Si un sistema legal eficiente está más centralizado en los países pobres que en los ricos, porque está dotado con menor capital humano y, por esa razón, concentra el capital humano en el tope de la toma de decisiones, y si es que hubiera alguna inclinación hacia la eficiencia del sistema legal, debería haber un apuntalamiento para tal proposición. Sin embargo, esta no es una tarea fácil. La información empírica esta casi completamente ausente en este asunto. Muchos países en desarrollo han adoptado los sistemas legales de sus colonizadores. La información inicial para tal comparación tendría que ser recolectada desde el principio. Pareciera más sencillo buscar entre los hallazgos de la investigación sobre la historia legal. Los países ricos fueron pobres en algún momento de su historia y, consecuentemente, su dotación de capital humano era baja. Uno podría, por lo tanto, esperar que esos países hayan tenido un sistema legal que fuera más barato en términos absolutos y que estuviese también más basado en reglas y que pudiera ser manejado fácilmente por personas no capacitadas e incluso analfabetas.

6.1. Evidencia no concluyente en las sociedades premodernas

Sin embargo, si uno observa las leyes de las sociedades primitivas o de las civilizaciones tempranas, los hallazgos son ambiguos. Por un lado, uno encuentra leyes basadas en casos que parecen ser predecibles y, por otro lado, decisiones legales frecuentemente demasiado flexibles y relacionadas con circunstancias particulares de cada caso. Antropólogos e historiadores han resaltado la flexibilidad de la ley en las sociedades⁽⁸⁾ y su orientación hacia los casos individuales. Esto se ha observado en las leyes de tribus africanas y de Oceanía⁽⁹⁾, así como en la temprana historia legal de Alemania. Parece que entre los siglos IX y XII, la ley escrita perdió autoridad en Alemania. Fue olvidada

y no se usaba. Parecía que los jueces tomaban sus decisiones caso por caso y trataban cada caso como uno especial sin recurrir a ningún estatuto o ley escrita⁽¹⁰⁾. Se ha argumentado que esta orientación tan flexible reflejaba las condiciones sociales y económicas en la sociedad de pequeños pueblos o en sociedades cara a cara, donde todos tenían una relación de larga data con todo el resto, apuntando más hacia la necesidad de comprometerse que hacia la adopción de reglas. Las disputas legales y las decisiones en tales sociedades debían tomar en consideración las particularidades de la específica relación entre el demandante y el demandado. De ser así, los jueces habrían actuado más como intermediarios para mantener una relación de mutuo beneficio que para seguir o establecer alguna regla.

De otro lado, tenemos evidencia de que la ley en las civilizaciones tempranas estaba más basada en reglas y en silogismos que la ley moderna. El Código Hammurabi o el Código Mani, así como la antigua Ley Judía definían normas legales y sus consecuencias de una manera muy precisa y basadas en casos particulares. Lo mismo se mantiene para las reglas sobre medios de prueba. Al parecer, al inicio, el *Common Law* se basaba más en reglas que hoy en día, y que las decisiones basadas en estándares vagos -si es que eran posibles- podían solo ser adoptadas por los niveles más altos del sistema legal como, por ejemplo, el mismo rey, que más adelante delegó dicho poder a la corte de

(8) WESEL, U. *Frühformen des Rechts*. Frankfurt. 1985. p. 349. Wesel enfatiza la necesidad de hallar compromisos como la principal razón para una ley flexible en sociedades primitivas, pero la pregunta es si dicha flexibilidad es una característica general de la ley primitiva.

(9) BOHANAN, P. *The Differing Realms of the Law*. En: *American Anthropologist, Special Publication, The Ethnography of the Law*. Volumen LXVII. 1965. pp. 33-44; ROBERTS, S. *Order and Dispute -An Introduction to Legal Anthropology*. 1981.

(10) EBEL, W. *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*. Hannover. 1956. p. 41. «Das Deutsche Reich der Sachsen- und Salierkaiser fiel in den Urzustand des ungeschriebenen, nur zum Einzelfall im Gericht gefundenen Rechts zurück».

Hans-Bernd Schäfer

equidad. Por ejemplo, un contrato de crédito escrito era normalmente firmado y sellado. Cuando el deudor pagaba la deuda, el sello del documento era roto. Esto servía como prueba irrefutable de que el préstamo había sido pagado. En caso de que el sello no estuviera roto, cualquier medio de prueba aunque fuera concluyente de que la deuda había sido cancelada, era omitido, conllevando a un pago duplicado de la deuda. Solo dirigiéndose al rey en persona o posteriormente a una corte de equidad centralizada, el deudor podía superar esta regla formalista recurriendo a estándares más vagos de justicia y equidad. Esta división jerárquica de competencias solo puede ser encontrada en la Ley Romana, donde el pretor pero no el juez tenía la autoridad de usar conceptos vagos de equidad y justicia.

Sin embargo, considerando todos los hechos, la evidencia parece no ser concluyente. Se encontró que existían reglas muy rígidas que economizaban los costos de administración del caso, tanto como flexibilidad por parte de un juez individual o del responsable de tomar decisiones, que traía beneficios mutuos en las pequeñas comunidades. Estos hallazgos contradicen la proposición 2 de la última sección, que parece no ser generalmente válida en sociedades en las cuales la ley sirve más para resolver conflictos individuales que para proveer un marco legal para mercados e interacciones anónimas.

6.2. Desarrollo de reglas a estándares en la ley europea moderna

La situación cambia, sin embargo, si uno mira los estados europeos durante su período de transición de sociedades pueblerinas hacia economías de mercado modernas. Ahí donde las ciudades crecieron, una creciente porción del producto nacional era producido para un mercado y las economías nacionales evolucionaron. Esto cubre el período entre fines del siglo XVI y fines del siglo XIX y la época del mercantilismo. Está marcado por dos sobresalientes desarrollos legales, la llegada de las normas regulatorias (Polizeyrecht), una burocracia de estado, por un lado, y la

codificación de otros materiales legales, especialmente leyes civiles por el otro.

La «Polizeyrecht» o Ley de Vigilancia evolucionó en Europa desde principios del siglo XVI. Regulaba muchas áreas de la vida hasta entonces no reguladas o reguladas por las costumbres locales o leyes. En los siglos XVI y XVII, muchas naciones como Suecia, Dinamarca, los estados alemanes, los Países Bajos, España, y los estados italianos dictaron estatutos regulando conductas personales y económicas⁽¹¹⁾. En Inglaterra, también fueron introducidos estatutos parecidos⁽¹²⁾. Estas reglas estaban relacionadas con el comercio y con la conservación de un comportamiento decente y con unas costumbres tradicionales pero desgastadas y que diferenciaban entre clases sociales. Las regulaciones económicas estaban relacionadas con límites a los precios y tasas de interés, regulación de zonificación y construcciones, regulaciones sobre farmacias, diques, y escuelas, regulaciones de bosques y apago de incendios. Estas leyes pueden ser consideradas como las predecesoras de las leyes regulatorias modernas. Las regulaciones sociales pretendían evitar el lujo, incluido fumar e imitar el estilo de vida de los nobles (por ejemplo, limitando el número de invitados, bebidas alcohólicas, potajes y músicos en los funerales o fiestas de bodas, o en la prohibición de usar joyas de oro para las personas que no fueran de la nobleza). Desde una perspectiva moderna, estos estatutos de vigilancia eran, aunque no siempre⁽¹³⁾, típicamente

(11) STOLLEIS, M. *Polizey im Europa der frühen Neuzeit*. Frankfurt. 1996; *Ibid.*; p. 59.

(12) VON FRIEDEBURG, R. *Die Ordnungsgesetzgebung im England der Frühen Neuzeit*. En: *Ibid.*; pp. 575-603.

(13) En 1665, el Parlamento de Suecia promulgó una Orden de Vigilancia que regulaba las restricciones al trabajo los domingos que fue vaga en muchos artículos. Véase FROHNERT, P. *Polizeybegriff und Polizeygesetzgebung im frü hen Schweden*. En: *Ibid.*; p. 547.

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

ridículos. En una Ordenanza de Vigilancia de Alemania del sur estaba prohibido vender pescado en el mercado si aquellos estaban por debajo de cierto tamaño. Los policías que controlaban esta prohibición estaban provistos de gráficos de los peces con los tamaños mínimos originales de cada especie⁽¹⁴⁾. Ellos comparaban el tamaño de los pescados a la venta con sus gráficos.

La explicación frecuente para tal furor regulatorio era que, en los estados absolutistas emergentes, los príncipes no querían compartir el poder con sus siervos civiles y los funcionarios de la administración. Pero, una explicación alternativa sería que el grado de precisión podría sustituir a la baja dotación de capital humano en los niveles laborales de la Administración Pública.

Este efecto de sustitución puede ser ilustrado mediante un ejemplo. En sociedades contemporáneas, solo los padres deciden el primer nombre de sus hijos. El nombre de la criatura debe revelar el sexo del niño y su nombre no debe violar el bienestar del mismo, siendo este último un estándar vago. El oficial de registro debe, por lo tanto, decidir si nombres extravagantes como Yahoo, *Souvenir* o Mickey Mouse son aceptables desde su punto de vista.

Para tomar una buena decisión, el funcionario debe desarrollar un grado de pericia sobre los factores que influirían en el bienestar de la criatura y en cómo estos factores podrían estar relacionados con un nombre en particular. Hace más de 200 años, muchos países europeos tenían una norma diferente. Los padres podían escoger el nombre de una lista cerrada. El funcionario de registro solo tenía que revisar que el nombre escogido estuviera en la lista. Su nivel de pericia podía en consecuencia ser mucho menor⁽¹⁵⁾. Los costos administrativos de esta norma eran obviamente más baratos en términos de capital humano.

Las codificaciones de los siglos XVIII y XIX nos proveen de otro ejemplo de leyes basadas en reglas, que tenían por

objeto no dejar ningún poder discrecional a los jueces en general y a los jueces de las primeras instancias en particular. Incluso, hubo un tiempo en el que estuvo prohibido escribir comentarios a la ley, pues toda decisión debía ser extraída del texto legal por medio de una deducción puramente silogística. La Ley General del Territorio Prusiano (ALR), promulgado en 1794 después de décadas de borradores, tenía más de 19,000 artículos, cuatro veces más que el código civil moderno y el Código Penal de Alemania juntos. En los primeros códigos, cualquier estándar era visto con la más absoluta desconfianza por los legisladores. Si un juez tenía dudas acerca de la interpretación de la ALR, tenía que preguntar a una comisión real por una interpretación autorizada. Los autores de dichos códigos están conscientes de que no todos los casos podrían ser resueltos mediante la deducción de un texto legal, pero ellos trataron de hacer una ley tan clara como el cristal y de tener la solución de todos los futuros casos contenidos en él, tanto como fuera posible.

Otra vez, la óptica predominante de los historiadores legales es que tan alto nivel de precisión en los códigos era causado por la procura de poder por parte de los monarcas que hacían y promulgaban leyes por decreto y no deseaban compartir el poder con los funcionarios y magistrados. También se afirmaba que transformar a un juez en legislador haría peligrar la libertad política y económica, pues los jueces que recibían un salario del Estado nunca no eran completamente independientes⁽¹⁶⁾.

(14) Debo este ejemplo a mi colega de historia del derecho Götz Landwehr de la Universidad de Hamburgo.

(15) Debo este ejemplo al profesor Gerrit de Geest de la Universidad de Gent.

(16) Carl Gottlieb Suarez, el padre de la Ley General del Territorio Prusiano de 1794 sostuvo que leyes poco claras e imprecisas son malas para el ciudadano. Citado por WEBER, R. *Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum koeniglichen Paragaphen*. Jus 1992. Heft 8. pp. 631-636.

Hans-Bernd Schäfer

Pero, otra vez, una explicación alternativa sería que esta concentración de poderes de decisión a nivel central del sistema legal era un sustituto del capital humano en los niveles bajos.

La centralización legal en Alemania desapareció durante el siglo XX. Parece haber una disputa sobre si en el siglo XX los legisladores en Alemania recurrían más frecuentemente que antes a los estándares, y que las cortes supremas utilizaban cada vez más estándares vagos para la interpretación de la ley. Asimismo, es un hecho establecido que, entre los años 1890 y 1930, las cortes civiles de Alemania cambiaron sustancialmente su competencia y la basaron en estándares y no -como antes- en normas. En un libro famoso y frecuentemente mencionado, escrito por Hedemann (1933), *die Flucht in die Generalklausel, Eine Gefahr für Recht und Staat* (El escape de las cláusulas generales, un peligro para la ley y el estado), este desarrollo fue inicialmente descrito y criticado⁽¹⁷⁾. Hedemann se refiere al estándar vago *exceptio doli generalis* en la ley contractual. Esta excepción a la regla basada en la formalidad de la ley civil era, de acuerdo a Hedemann, rara vez utilizada en la práctica hasta finales del siglo XX. Nunca fue usada por el *Reichsgericht* (Corte Suprema) durante los primeros 17 años de existencia después de 1879, y solo fue usada 10 veces durante sus primeros 30 años. Pero, después del año 1900, su jurisdicción fue «inundada» por su uso⁽¹⁸⁾. Este desarrollo se puede mostrar en otros estándares en el Código Civil Alemán, cuya importancia era originalmente muy limitada pero que, luego, se tornó predominante en muchos campos de la Ley Civil⁽¹⁹⁾. Amplios campos de la ley, en los cuales el legislador permanecía inactivo, fueron desarrollados nuevamente por jueces, tales como el derecho laboral, derecho antimonopolios, derecho de vivienda, derechos de autor y derecho corporativo, recurriendo a la interpretación de los estándares vagos. La Sección 242 del BGB (*bona fides*), originalmente una norma para tratar algunos casos excepcionales, se convirtió en un principio legal importante de la ley alemana de contratos. Este desarrollo fue

profundamente lamentado por algunos prominentes estudiosos que criticaron las «palabras incendiarias en manos de los jueces»⁽²⁰⁾ que exclamaron que «la ley había dejado de ser la norma de las decisiones judiciales» y que «la Ley está muerta, larga vida a la justicia»⁽²¹⁾. Es digno de mención, en el contexto de este artículo, que este desarrollo tuvo lugar en Alemania durante y después de la rápida transformación hacia un país económicamente avanzado.

En Alemania, ha cambiado la actitud negativa hacia los estándares que preveían en los años de 1920. Hoy en día, el paso hacia cláusulas generales y estándares vagos por el legislador mismo es alabada por hombres pragmáticos como el anterior Presidente de la Corte Suprema Administrativa, Horst Sendler, que ve en ello un elemento necesario de flexibilidad de la ley en una sociedad moderna⁽²²⁾, en el cual frecuentemente el legislador no debe hacer otra cosa que definir la dirección de la ley y dar algunos ejemplos concretos.

Un buen ejemplo de tal ley «moderna» es la AGB-Gesetz, la ley que regula el uso de los estándares en los contratos. Básicamente, esta ley consiste en un número diferente de casos que son descritos con precisión por una parte, y un vago concepto de justicia que es usado para decidir la gran mayoría de los casos.

Hay, por eso, alguna evidencia concluyente de que, cuando menos en algunos países europeos, la ley de la época moderna

(17) HEDEMANN, J.W. *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat* Verlag Mohr. 1933.

(18) *Ibid.*; p. 6.

(19) *Ibid.*; p. 10.

(20) Una afirmación por Sohm en 1895. Citada por: WEBER, R. *Op. cit.*; p. 633.

(21) HEDEMANN, J.W. *Op. cit.*; p. 68. «Das Gesetz hört auf, die Norm für die Entscheidung der Gerichte zu sein».

(22) H. Sendler, Mehr Gesetze. *Weniger Rechtsgewährung*. DVBL. 15 Setiembre 1995. pp. 978-85.

Sistemas jurídicos basados en reglas como sustituto del capital humano.

¿Los países pobres deberían tener un sistema jurídico basado más en el uso de reglas?

estaba basada en normas al principio, y que posteriormente ha devenido en un sistema más basado en estándares, en el cual decisiones de largo alcance son tomadas por la administración y las cortes. Estos hallazgos apoyan a la proposición 2 de la última sección.

Estos hallazgos tienen implicancias importantes en los resultados de las investigaciones sobre desarrollo económico en una perspectiva histórica. El especialista Alexander Gerschenkron arguye que, en las fases tempranas de su industrialización, la falta de capital humano y especialmente de habilidades empresariales fue sustituida por instituciones centralistas que concentraban el poder en un estadio central del sistema económico y dirigían la economía desde abajo. Mientras más retrógrada fuera un país, más grande era el rol jugado por las instituciones centrales con el fin de proveer nuevas firmas industriales con una buena guía empresarial. Gerschenkron arguye, por ejemplo, que el sistema mercantil centralizado en el continente europeo, frecuentemente denunciado como un sistema de «tontos hechos por tontos» por las políticas económicas clásicas, no puede ser entendido sin interpretarlo como una sustitución a falta de un sistema económico más descentralizado, cuyos agentes tengan mejores capacidades. En este sistema económico, la toma de decisiones esta basada más en el poder del estado central que en la riqueza de los individuos⁽²³⁾.

Instituciones sustitutas con habilidades empresariales pueden, sin embargo, y de acuerdo con Gerschenkron, no necesariamente ser gobiernos centrales. También pueden ser bancos grandes y poderosos, como fue el caso de Alemania del siglo XIX después de la unificación. El capital humano y empresarial fue acumulado en bancos que proveían a algunas firmas individuales con una guía muchas veces coercitiva desde arriba⁽²⁴⁾. De acuerdo a Gerschenkron, es solo en fases más avanzadas de su desarrollo económico que las instituciones centralistas se

vuelven un impedimento en lugar de un promotor de desarrollo económico. Se puede argüir que este es el caso de la ley también.

7. Comentarios finales

Se argumenta que un sistema legal basado en reglas y que concentra la toma de decisiones en el estado central podría ser la respuesta económica ante la falta de capital humano. Se muestra, asimismo, que el centralismo legal y el uso de normas precisas fue el ideal de legislación en muchos países europeos en la era de su desarrollo capitalista inicial. Una interpretación posible es que, en los sistemas de mercado iniciales, la precisión de las reglas legales que lleva a la concentración de capital humano, podría ser un sustituto de la aptitud legal y administrativa en los niveles inferiores de la administración y de la magistratura.

Este estudio, por lo tanto, aboga por el uso de reglas precisas cuando sea posible reemplazar los estándares legales vagos sin que haya mucha pérdida de eficiencia en los países pobres. En los países de altos ingresos, la vaguedad de las normas legales es, con frecuencia, una ventaja para el sistema legal, pues la información necesaria para transformar estándares vagos en leyes precisas es recolectada y procesada en un sistema de toma de decisiones descentralizada y por cortes que aprenden en muchos casos y que optimizan el sistema mediante reglas dictadas por

(23) «Creo que es correcto decir que en tanto uno se mueve hacia el este en Europa, es decir, sobre una línea de creciente atraso económico, se encuentra una constante y creciente importancia del poder central y la disminución de la importancia de la riqueza como motivaciones y propósitos de las políticas de gobierno». GERSCHENKRON, Alexander. *History of Economic doctrines and Economic History*. En: *The American Economic Review*. Número 59. 1969. pp. 1-17.

(24) GERSCHENKRON, Alexander. *Economic Backwardness in Historical Perspective*. Nueva York, 1965. p. 3.

Hans-Bernd Schäfer

los jueces. Sin embargo, este proceso de transformar estándares vagos de leyes parlamentarias en reglas precisas, requiere un capital (humano) intensamente tecnológico, pues necesita magistrados altamente calificados a lo largo del país, que pueden manejar situaciones en las que la toma de decisiones es muy compleja. El mismo argumento es válido para hacer respetar las leyes regulatorias de la administración.

La escasez de capital humano debería llevar a los países en desarrollo a concentrar sus expertos legales altamente capacitados en una forma más centralizada que en los países de altos ingresos y tener una proporción más grande de jueces y burócratas, que pueden tomar decisiones en base a normas simples y claras. Los países en desarrollo deberían promulgar leyes más precisas y, cuando esto no sea posible o contraproducente, las agencias que fijan estándares deberían llenar los vacíos cuando esto sea posible. Esta es la analogía de concentrar el *stock* de capital físico en productos de trabajo intensivo y tecnologías en países en desarrollo.