

La eficiencia social de las leyes como elemento del desarrollo político y económico*

Roberto G. MacLean^(*)

Abogado. Profesor de derecho comparado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Ex vocal de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

1 Introducción.

Cuando el 10% de la población de un país desobedece o ignora una ley, esto es un problema de aplicación de la ley. Pero si el grupo que desobedece representa el 40% ó 50% de la población, entonces se trata ya de un problema distinto, se trata de un problema de eficiencia social de la ley, que no puede ser solucionado sólo con la acción de la policía y las sanciones de los tribunales, sino que requiere un enfoque distinto y adecuado. Esto último es la situación que representa, en el umbral del tercer milenio, el más grande desafío que los sistemas legales de Latinoamérica enfrentan y que nosotros debemos solucionar con el fin de crear un ambiente favorable para el comercio, las inversiones, el desarrollo, la expansión de los mercados, la integración en una economía global y una democracia estable y eficaz. El gran daño que los gobiernos y sistemas legales autoritarios y elitistas han causado en Latinoamérica, es el haber estado alimentando una cultura de indiferencia y

escepticismo sobre la ley, acerca de la cual se cree que nada puede ser cambiado, excepto por el gobierno como un regalo paternalista, o a través de la violencia y la fuerza física. De este modo, las leyes son obedecidas formalmente, pero sectores importantes de la población tratan y encuentran modos de dejar de lado los objetivos reales de las leyes, rompiendo su racionalidad monolítica, ya sea con la corrupción o la inercia. Este síndrome, si bien está enraizado profundamente en muchas partes de Latinoamérica, no está de ninguna manera limitado a ella. Naciones en Asia y Africa también están sufriendo de los mismos síntomas. Y la misma situación se ha extendido a muchos países de Europa central y del este, en la transición de economías estatales hacia un mercado competitivo y abierto.

En la mayor parte de Latinoamérica, así como en muchas naciones de Asia y África, cuando es necesario hacer una nueva ley, la mayor dificultad, en diecinueve oportunidades de veinte, es que no hay suficiente información sobre el tema a legislar.

* Este artículo es la traducción al español de una presentación realizada en John G. Tower Center for Political Studies, Universidad Metodista del Sur, Dallas, Texas, en 1997. La traducción fue realizada por Giuliana Bonelli, miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

(*) Especialista judicial del Banco Mundial, ex-presidente del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, Juez del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo. Las opiniones expresadas en este artículo, sin embargo, no representan necesariamente las opiniones de las instituciones mencionadas anteriormente.

No hay estadísticas, no hay estudios, no hay análisis previamente realizados, ninguna otra información. De hecho, éste es uno de los síntomas de la falta de desarrollo. Sin embargo, los legisladores, los asistentes de investigación, los consultores o los expertos internacionales y nacionales tienen una herramienta a la cual recurren frecuentemente -aun cuando no hagan siempre uso de todas sus posibilidades y recursos ni utilicen lo mejor de ella-: el derecho comparado. Si un legislador no tiene suficiente información sobre los hechos y no puede percibir la realidad en una medida satisfactoria, entonces, una ley extranjera, una ley modelo uniforme o inclusive un tratado internacional, a veces se convierten en fuentes convenientes de inspiración. A esto le podemos agregar la doctrina legal extranjera con toda su sabiduría y sus conocimientos.

Como resultado de esta práctica, los países en vías de desarrollo tienen las mejores leyes que el dinero puede comprar. Como alguna vez dijo un profesor belga, refiriéndose a las leyes del proceso civil: “los mejores códigos procesales civiles del mundo están en Latinoamérica”. Y durante los debates en los Estados Unidos de Norteamérica sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, a todos los que se opusieron porque México no prestaba tanta atención al medio ambiente como ellos pensaban que debería, la respuesta fue que las leyes mexicanas sobre el medio ambiente eran, quizás, aun más completas que las de los Estados Unidos, y no tenían nada que aprender al respecto. Aun así, en ambos ejemplos hay algo que no está bien. Un elemento importante está faltando. Una chispa de vida que no ha sido convocada. Y lo mismo pasa con los códigos civiles y comerciales, leyes antimonopólicas, constituciones, reglamentos que regulan el funcionamiento de restaurantes y muchas más.

El propósito de este artículo es explorar algunos aspectos de este fenómeno, como es percibido principalmente desde la experiencia latinoamericana,

para reafirmar la coincidencia de esta experiencia con otras observadas en otras partes del mundo. Cuál, si hay alguno, es el común denominador en todas ellas, el que no debería estar dado por descontado ni debería ser dejado de lado por los gobiernos, los reformadores de leyes y las instituciones internacionales, y cuál es su impacto en la economía y en el sistema político de un país.

2 Los límites naturales del poder.

Las leyes aprobadas en la forma que hemos mencionado -una costumbre que desafortunadamente es demasiado frecuente- son, sin duda, actos de poder y como tales tienen detrás de ellas toda la fuerza coercitiva y sancionadora de las fuerzas policiales y los tribunales de justicia. Ellos carecen, sin embargo, del respeto y observancia de la comunidad. Si ellos tienen algo de vida, es por casualidad, pero no debido al esfuerzo consciente y deliberado de los legisladores o redactores. Pero, las leyes como los idiomas, no son solamente reglas o palabras, sino lo que esas reglas o esas palabras están tratando de transmitir, y sin las cuales tendrían muy poco o nada de significado. Lo que las leyes están tratando de transmitir es la transacción social entre dos o más intereses en conflicto: proveedores y usuarios, compradores y vendedores, propietarios e inquilinos, empleadores y empleados, los ciudadanos y las entidades estatales; para vivir juntos en paz y en orden. En una democracia activa, las leyes son las expresiones de estas transacciones. Ellas pueden durar por siglos, como es el caso de la Constitución de los Estados Unidos, o casi, como el Código de Napoleón, o sólo por un corto periodo de tiempo como las regulaciones de control de cambios o leyes de inquilinato en algunos países. Las leyes son tan buenas o tan malas como la medida en la que reflejen, adecuadamente, los conflictos reales y conduzcan a un equilibrio en la sociedad. El hecho de legislar sin tener esto en mente, y en un acto

puro de poder, es un acto tan ciego como la receta dada por un doctor a un paciente al que no ha examinado previamente y basada en lo que un compañero hizo en un caso similar; o lo que para un ingeniero sería construir un puente sin tomar la medida de la luz y simplemente guiándose por un puente similar. En todos estos casos no deberíamos estar sorprendidos si el resultado no sale como lo esperábamos y si, por supuesto, no funciona eficazmente.

Es la opinión pública la que, en último caso, legitima una acción política o legal. Sólo cuando la opinión del público es informada, analizada, examinada y discutida es cuando se convierte en opinión pública.

Sin embargo, es todavía posible seguir con los actos puros de poder. La ley penal es un ejemplo. En Latinoamérica, durante los regímenes autoritarios y dictatoriales del general Pinochet en Chile y del general Stroessner en Paraguay, el orden prevalecía y el crimen fue reducido impresionantemente. Chile y Paraguay fueron entonces países muy seguros, en tanto uno no estuviera en desacuerdo con el gobierno. El asunto merece mejor atención, pero lo dejaremos pasar para continuar con este punto. Se sostiene también que otro buen ejemplo de cuán lejos puede llevarnos el poder es el de Atatürk en Turquía, occidentalizando su país a través de la ley. Pero, en este caso, ésta es una afirmación que ignora la gran pérdida de prestigio sufrida por los últimos sultanes otomanos y por el clero islámico al final de la Primera Guerra Mundial en ese país. Atatürk ciertamente ejerció un gran poder, pero también se aprovechó de la ola de descontento popular con el gobierno y buscó un enfoque seglar a los asuntos políticos, sociales, científicos y culturales.

Pero también el puro poder tiene sus límites, aun en el campo de la ley penal. En el valle del Alto Huallaga, en Perú, alrededor de 17,000 soldados y policías, con la ayuda de la fuerza aérea, no han sido capaces de reducir significativamente, en más de diez años, el cultivo de la coca, la producción de pasta básica de cocaína y su exportación, para refinamiento, a Colombia. Aun en un país tan poderoso como Estados Unidos, las leyes que prohibían vender y consumir alcohol, en la década de los 20, no pudieron ser aplicadas con éxito. El problema es igualmente crítico en el derecho comercial y en el derecho civil. En Lima, en el transporte público, los gobiernos militares de izquierda, los regímenes de derecha, y los gobiernos civiles centristas, no han sido capaces de imponer a los conductores de taxi el uso de los medidores, a pesar de los anuncios repetidos por cada uno de estos gobiernos de que así lo harían en un periodo corto. Y en las ciudades de México, Rio de Janeiro, Lima, Caracas, y en menor grado Santiago de Chile y Buenos Aires, hay grandes urbanizaciones de vivienda, la mayoría de ellas verdaderamente pueblos jóvenes, completamente fuera de los reglamentos y procesos establecidos por las leyes oficiales y el código civil que regulan estas actividades. La respuesta a la pregunta sobre la eficiencia social de las leyes tiene que estar en algún otro lugar. ¿Qué hace que una ley funcione? ¿Cuáles son las cualidades que hacen a una ley buena?

3 El modelo de lo que una ley debería ser.

Redactores, legisladores y comentaristas generalmente dan por descontado, y pasan por alto consciente o inconscientemente, la pregunta de qué es o debería ser una buena ley. Tomando en cuenta los muchos ejemplos de legislación en Latinoamérica, uno está tentado a pensar, a veces, que el objeto que las leyes buscan no es regular la vida real, sino un acto puro de autoridad y poder, que tiene por

objeto ser enseñado racionalmente en las facultades de Derecho. Así es como están de perfectamente redactadas. De hecho, el enseñar Derecho en Latinoamérica puede ser -y lo es muy a menudo- una experiencia intelectualmente gratificante, en la cual los oradores pueden hacer presentaciones brillantes y eruditas. Las discusiones jurídicas son muchas veces sobre una escuela de pensamiento u otra, sobre un modelo u otro, y sólo muy rara vez sobre la realidad. En un continente que ha sido tan pródigo en las interrupciones y violaciones de sus constituciones y su vida cívica, hasta hace poco tiempo nada había sido escrito sobre los efectos y prácticas de los gobiernos "de facto". Examinando detenidamente las bibliotecas de derecho, da la impresión que nosotros estuviéramos viviendo en otros países. Y lo mismo podría ser dicho sobre el derecho de familia, los procesos judiciales, el derecho comercial y el derecho administrativo.

Cuando visitamos una país y hablamos con abogados, profesores de Derecho, juristas, y aun jueces, podremos escuchar una percepción del sistema legal. Pero si hablamos con empresarios, hombres de negocios, trabajadores de derechos humanos, los líderes de los sindicatos, amas de casa, mecánicos o carniceros, tendremos una versión bastante diferente. Muchos escritores han señalado este contraste⁽¹⁾ y las variadas reacciones de la sociedad a la artificialidad de las leyes, las que son entretejidas en un sistema político y económico de privilegios y discriminaciones. Nosotros tendemos a pensar en las leyes como piezas intelectuales y académicas de trabajo, y no como herramientas sociales, y decimos que las leyes deberían ser simples, claras, predecibles, transparentes, igualmente aplicables a todos, accesibles y cumplidas⁽²⁾. Y así deberían ser, porque todo esto definitivamente ayuda al propósito de nuestra tarea. Pero no es suficiente para hacer que una ley funcione y sea socialmente eficiente.

4 Las leyes como acuerdos de intereses en conflicto.

Lo que hace que una ley funcione; la vida y el latido vibrante que se encuentra en las leyes consiste, esencialmente, en los intereses en conflicto que se reúnen en un conjunto que funciona. Su arquitectura consiste en la estructuración y organización de ambiciones, miedos, esperanzas, labores, debilidades, virtudes y vicios dentro de un ambiente libre y tolerable. Y en muchas sociedades estos acuerdos están hechos con la participación de entidades en las que otros intereses, que pueden ser afectados, también están representados. Entonces, más allá de los intereses de, digamos, los propietarios e inquilinos, los intereses generales de la comunidad están también tomados en consideración y, en algunos casos, pueden influir en el resultado final. Usualmente, las leyes son acuerdos que representan la situación a la que los intereses en conflicto han llegado en sus relaciones en un momento y lugar dados. No hay nada universal y estático sobre eso, aunque los redactores traten, y puedan alcanzar, cierto grado de generalidad y permanencia para abarcar la variedad de posibilidades que las más simples afirmaciones puedan envolver, especialmente en un ambiente que continuamente está cambiando. En eso consiste una buena ley.

Cuando un elemento externo es introducido en una relación, algunas veces puede ser que se integre bien en el todo. Todos los idiomas, y todos los sistemas legales, han sido enriquecidos de esa manera. Y puede ser un proceso saludable para insertarnos en una perspectiva internacional y global más amplia. Pero, aun así, no podemos perder de vista el hecho de que el único significado que todavía tiene una ley es el de un acuerdo entre intereses reales y representativos en una comunidad. Fuera de ese contexto la ley no tiene significado alguno, excepto, quizás, como objeto de estudio

- (1) DE SOTO, Hernando. *El Otro Sendero*, 1991; MATOS MAR, José. *Desborde popular y crisis del Estado*. Lima, 1983; PEREZ PERDOMO, Rogelio y NIKKEN, Pedro. *El derecho de propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*. 1983; ROSENBERG, Tina. *The Children of Cain: violence and the violent in latin America*. 1991; KARST, Kenneth L.. *Rights in land and housing in an informal legal system: the barrios of Caracas*, 19 Am. J. Comp. L. 550. 1971; ROSENN, Keith S. *Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited*, 1 Flat. J. Int'l L., 1984.
- (2) MATHERNOVA, Katarina. Presentación en un Seminario sobre la Reforma Legal y Judicial en el Banco Mundial, Washington, DC, 1997.

académico o conocimiento erudito. Si el componente externo ayuda a articular una situación existente o a describir una relación compleja tomada de la realidad, éste debería ser usado por supuesto, pero siempre que, como un animal salvaje, nosotros lo tengamos amarrado, en este caso, a la vida real. Ahora, ¿cómo podemos nosotros lograr esto en sociedades cambiantes y desiguales? El modo de mantener las normas cerca de la vida real implica primero que nosotros entendamos los segmentos determinados de la vida que nosotros estamos tratando de poner en orden, con el propósito de hacer más fáciles los cambios y las relaciones. Y el modo en que nosotros entendamos las cosas depende, en gran medida, de la precisión al percibir las a través de la información que recibimos.

5 La opinión pública como el fundamento de la eficiencia social.

La esencia de la ley, como la del lenguaje, no son las reglas o las palabras, sino lo que esas reglas o palabras están tratando de comunicar u ordenar. Y sin eso, ellas tienen poco o nada de significado. No es posible cambiar las reglas o significados de un idioma o palabra sin el consentimiento o la aceptación de aquéllos que lo hablan. Por eso es que en las sociedades autoritarias y elitistas, donde la ley es considerada como un acto puro de autoridad y poder, la ley impone tan poco respeto; y yo no me refiero a los criminales y a los que actúan fuera de la ley, sino a aquéllos que, por el contrario, son grupos de individuos decentes, trabajadores, honestos y respetables. La eficiencia social de una ley, así como de una palabra o frase, depende de su observancia o uso por una gran mayoría de los miembros de una comunidad.

Durante la historia de nuestro continente hemos visto suficientes situaciones extremas como para usar alguna de ellas como prueba. Cuando Bolívar en Venezuela, Colombia, Ecuador, Bolivia

y Perú; y San Martín en Argentina, Chile y Perú; se rebelaron contra el gobierno colonial, establecido de acuerdo con el sistema legal vigente de entonces, estuvieron rebelándose en contra del orden legal establecido en ese tiempo y lugar. Ellos estuvieron transgrediendo la ley. Y lo mismo hicieron otros en América Latina en casi los dos siglos transcurridos desde entonces. Pero Bolívar y San Martín son figuras notables en el panteón de próceres de América Latina, y muchos de los otros no lo son, definitivamente. De hecho, muy por el contrario, muchos de ellos son considerados dictadores y criminales. ¿Cuál es la diferencia entonces? ¿Éxito? Aun si existe la tentación de ceder a la cínica hipótesis de que Bolívar y San Martín tuvieron éxito y muchos de los otros no, y que sólo eso cuenta para la reverencia que ellos recibieron, de hecho algunos de los otros, como Somozas o Duvaliers, estuvieron en el poder lo suficiente -inclusive por dos generaciones- para ser considerados exitosos. Y ellos son casi unánimemente condenados.

La diferencia -me aventuro a decir- se encuentra en que Bolívar y San Martín representaron no solamente grandes cualidades personales y virtudes, sino también en que ellos llevaron, antes o después, pero en cualquier caso con ellos, la corriente principal de la opinión pública de su tiempo. Es la opinión pública la que, en último caso, legitima una acción política o legal. Lo que no es decir que es la opinión del público la que legitima acciones. Sólo cuando la opinión del público es informada, analizada, examinada y discutida es cuando se convierte en opinión pública. En una conversación con el anterior Procurador General de los Estados Unidos, Edwin Meese, sobre este punto, mencioné el ejemplo de Pilatos refiriéndose a la elección del pueblo de elegir la liberación de Jesucristo o del terrorista Barrabás. La elección exaltada del pueblo a favor de Barrabás, es un ejemplo de la opinión del público, la que no fue informada, analizada, examinada y discutida y, por lo tanto, no representó

la opinión pública. Mr. Meese estuvo de acuerdo con eso, notando que ese problema había estado presente en las mentes de los padres fundadores de los Estados Unidos, al prevenir que asuntos como la elección del presidente fueran decididos con un voto directo, o que las leyes sólo pasen por una cámara en el congreso.

La opinión pública es la expresión de pensamientos y elecciones. Lo mismo pasa con el idioma, donde el significado de las palabras no es lo definido en los diccionarios y libros, sino lo usado y aceptado por la gente en un contexto real de la vida diaria. Hay una divertida historia sobre tres brillantes jóvenes estudiantes de lingüística, quienes tenían precisamente esa teoría y querían ponerla a prueba. Entonces, ellos inventaron una palabra que no tenía parecido a ninguna otra conocida, y aparecieron con la palabra *rappapiren*. El primero tomó un tren, y en la primera parada se dirigió hacia el portero de la estación y le dijo: “Por favor, yo quiero *rappapiren*”, a lo que el portero de la estación respondió: “Anda hasta el fondo y voltea a la derecha”. El segundo, fue a una barbería y le dijo al barbero: “Quisiera que me corten el pelo, que me afeiten y me *rappapiren*”, por lo que el barbero le cortó el pelo, lo afeitó y le dio un masaje facial. El tercero fue a ver a una amiga muy atractiva y le dijo: “¿Estás libre esta noche? Porque quisiera invitarte al teatro y luego podríamos ir a cenar a un restaurante francés; después podríamos ir a bailar, y cuando todo esté realmente bien podríamos *rappapiren*”, a lo que ella indignada respondió: “¿Es ese el tipo de chica que tú crees que soy?” y furiosamente se dio media vuelta y se fue!

Los idiomas y las leyes son herramientas sociales, una para comunicarse con los otros, y la otra para vivir juntos en orden y paz. Entonces, su valor no está en su belleza o excelencia, sino en ser útiles, en su aceptación y observancia por la comunidad; en su uso no por la élite, sino por la mayoría abrumadora de la gente ordinaria. Para que ambas -ley y lenguaje- puedan tener algún uso y

significado, deben estar llenas no solamente de ideas y conceptos, ni de lógicas, sino inclusive como dijo Justice Holmes⁽³⁾, principalmente de vida.

6 La formación de la opinión: acceso a la información.

El acceso a la información juega un papel central en el modo en que nosotros percibimos las cosas y, consecuentemente, en la formación de la opinión pública. Pero en la mayoría de los países en vías de desarrollo, se encuentran siempre por lo menos dos obstáculos: la inexistencia de adecuada información y, aun cuando la información existe, la falta de voluntad de los que están en el gobierno, y la tienen, para compartirla con el resto.



Parte del subdesarrollo se debe precisamente a no ser conscientes de lo que es nuestra propia realidad. Hace años, en 1985, el Primer Ministro Rajiv Gandhi de India, convocó una conferencia en Nueva Delhi para los países no alineados, con el fin de discutir, exactamente, el problema de la

(3) HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the Law*.

información como el punto de partida para empezar el camino hacia el desarrollo. Aun en el campo de las relaciones internacionales y comerciales, es más fácil para alguien en un país latinoamericano encontrar información sobre países distantes como los Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania o Japón, que sobre los países inmediatamente vecinos. Lo inverso es también verdad. Es más fácil encontrar información sobre el Ecuador en Estados Unidos que en Colombia. Y hay demasiados aspectos de nuestra vida económica y política que no han sido todavía explorados en grandes y exactas dimensiones. Algunos gobiernos sólo adivinan intuitivamente lo que está pasando dentro de sus fronteras. Como un contraste, en los anteriores países socialistas, ahora en transición hacia una economía de mercado, las estadísticas abundaron sobre casi todo. Sin embargo, analistas experimentados en esa región son de opinión de que las cifras son mayormente manipuladas y no son confiables.

Los redactores y legisladores se enfrentan a una tarea imposible: tratando de diseñar a ciegas un mapa tridimensional de la geografía de un problema, para fijar fronteras, asignar derechos y obligaciones, e inventar un cuadro completo. En el mejor de los casos, estos esfuerzos son una impresionante hazaña de pura imaginación. En el peor de los casos, como frecuentemente sucede, encontramos que esto en un preludio de una fractura social y una historia de malos entendidos, frustraciones y errores. Lo que redactores y legisladores usualmente hacen es recurrir a los modelos legales extranjeros de mayor reputación para adaptarlos, sacándolos de su contexto natural, sin entender muy bien cómo o por qué es que ellos funcionan exitosamente en sus países de origen. Por ejemplo, el éxito político de la Constitución Americana no está en cuán bien fue redactada o en el lenguaje en que fue escrita, sino en cuán bien ella representa los intereses del gobierno federal, de los estados y del individuo, y cuán bien equilibra

las distintas perspectivas de la relación. Ella refleja la realidad del desarrollo y costumbre políticos en los Estados Unidos de América con sus virtudes y defectos. Cuando la constitución es sacada de su hábitat, deja de estar viva y se vuelve literatura. Los legisladores en América Latina, como también en otras sociedades en transición en otras partes del mundo, toman lo que, aparentemente, es el modo más fácil y expeditivo de legislar, y en el proceso pierden la perspectiva de lo que están haciendo realmente y las razones del por qué las leyes necesitan ser aprobadas.

El otro lado del problema es que, probablemente tomando en cuenta estas deficiencias, los gobiernos y los funcionarios del gobierno se vuelven muy reservados sobre el proceso de la toma de decisiones, y muy defensivos al dar la poca información que manejan. En la mayoría de los países latinoamericanos no hay nada equivalente a la ley de la libertad de información de los Estados Unidos, por la cual cualquier ciudadano puede requerir información sobre cualquier documento público. Entre nosotros los ciudadanos comunes y corrientes no participan, no entienden y no saben porqué y cómo se toman las decisiones y se aprueban las leyes. Consecuentemente, no es posible criticar algo que no es conocido.

7 La formación de la opinión: fuentes alternativas de información.

Si la información adecuada sobre un problema llegara a los ciudadanos, entonces las discusiones podrían tener lugar entre las distintas tendencias de opinión. Pero el problema, como hemos visto, es que la información no llega a los ciudadanos, y ni siquiera llega a los redactores y legisladores. A falta de esto, la segunda mejor opción pareciera ser el escuchar el testimonio de los afectados de uno u otro modo por la legislación que estamos estudiando, para saber lo que le está pasando a distintos individuos en el país. Desafortunadamente, esto casi nunca pasa. Nuevas

leyes y reglamentos son aprobados profusamente por parlamentos y oficinas del ejecutivo, y muy poca atención se le da a las fuentes alternativas de información.

7.1 Legislación promulgada por el ejecutivo.

Un ejemplo podría ser el ejecutivo. La mayor proporción de legislación, en la mayoría de países, es promulgada por el ejecutivo y, usualmente, en los países en vías de desarrollo, desde el punto de vista de la participación ciudadana, éste está lo más alejado de la participación pública. En una entrevista personal llevada a cabo hace algunos años con un ministro de industria y comercio en un país sudamericano, sobre una prohibición promulgada por él para la importación de llantas de autos y camiones, confesó, honestamente, que su ministerio carecía de información sobre el problema, pero que él les había pedido a sus amigos un consejo. Estos amigos, que sabían mucho sobre el problema, eran todos manufactureros locales de llantas. La federación de conductores de camiones no había sido consultada, ni la asociación de plantas de ensamblaje de autos, entre otros. Es fácil imaginar como se sentirían ellos en relación a un sistema legal que trata con sus intereses tan ligeramente, y qué respeto y observancia de parte de ellos deben merecer estas normas.

En otro país sudamericano, el gobierno dio un reglamento para el funcionamiento de los restaurantes. No hubo, en realidad, nada malo con las reglas en sí, excepto que de los miles de restaurantes que el país tiene, no más de 20 estarían en condiciones reales de ajustarse a estas reglas. La norma parecía dada para Suiza, Japón o Noruega, porque, por supuesto, ella no había tomado en cuenta, en ningún caso, lo que los distintos grupos afectados pensaban. También es fácil imaginar lo que todos esos afectados puedan pensar sobre tal regla. Muchos otros ejemplos abundan, desafortunadamente. Este método no es la excepción, sino la regla general.

Existe, sin embargo, un signo de que las cosas

quizás empiecen a cambiar. En Perú, por muchos años, ideólogos reunidos en el ILD (Instituto Libertad y Democracia) han estado patrocinando desde comienzos de los ochenta un proceso de democratización de la toma de decisiones por el ejecutivo, a través de consultas y audiencias. Las entidades fueron creadas, los funcionarios señalados pero, en el momento crucial, tres gobiernos distintos lo olvidaron, y los intentos fallaron. En México, sin embargo, como un resultado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, una norma fue introducida⁽⁴⁾ estableciendo que cualquier norma nueva que afecte los estándares industriales que sean dados por un país miembro tiene que ser pre-publicada para permitir que aquéllos afectados, directa o indirectamente, puedan ofrecer sus opiniones y sugerencias. En esos casos su actitud será muy distinta con respecto a la norma.

7.2 Legislación promulgada por los parlamentos.

Las asambleas legislativas no son mejores en este asunto. Los proyectos de ley son preparados y discutidos en comités que muy raramente invitan a las partes interesadas a las audiencias. El hecho de influir sobre las autoridades, mediante la realización de gestiones ante éstas es considerada casi una actividad secreta e ilegal, siendo aquéllos con relaciones los únicos escuchados. Es interesante examinar las actas de los comités para redactar y aprobar importantes piezas de legislación, como códigos o leyes orgánicas, y para ver cuáles han sido las fuentes de información para saber lo que realmente está pasando en la comunidad. La mayoría de las fuentes son escritos académicos de modelos extranjeros. Muy raramente la opinión de grupos interesados es citada. No es inusual que partes enteras del código civil, e inclusive de las constituciones, no sean puestas en práctica por años, y sean mayormente decorativas. La diferencia entre ley y realidad, en muchas áreas del Derecho, es ya un rasgo aceptado de la cultura cívica latinoamericana. Nadie les presta

(4) Parte 3, capítulo 9, artículo 909.

atención, ni siquiera los abogados. Los que usualmente alzan la voz son los economistas, sociólogos, antropólogos y las ONGs.

8 La formación de la opinión: debates sobre las percepciones y las opciones.

Aun si la información llega a sus destinatarios, no es suficiente para tener una opinión formada. Frecuentemente, la misma información puede ser interpretada de distintas formas de acuerdo a determinadas perspectivas desde las cuales es examinada, analizada y juzgada. Es importante brindar oportunidades para discutir y oponerse a las distintas soluciones posibles. En el caso mencionado anteriormente, sobre la prohibición de importar llantas de autos y camiones a un país, es importante contrapesar los intereses de los manufactureros de llantas, las asociaciones de conductores, plantas de ensamblaje, plantadores de caucho, sindicatos de campesinos y también la opinión de economistas y planificadores en cuanto al costo general de la medida propuesta para la comunidad. Todos los sectores deben ser escuchados y todas las posibilidades discutidas. Para ese propósito debe haber una libertad funcional de asociación y una libertad razonable y aceptable para la prensa. Las reuniones y los debates escritos deben llevarse a cabo abiertamente para identificar, si no un consenso, por lo menos la línea principal de opinión. Estos debates darán una riqueza impresionante de información sobre la realidad, una extraordinaria creatividad de soluciones y un compromiso cívico entusiasta con las soluciones. Como un bono adicional, es una escuela y entrenamiento para el liderazgo y la responsabilidad social.

9 La transparencia en la toma de decisiones.

Para crear un proceso efectivo en la toma de decisiones, empezando con la reunión de la

información necesaria, las últimas etapas para producir la norma tienen que ser absolutamente transparentes. Esto implica una presentación breve de los hechos relevantes y las razones para promulgar la norma, los resultados de las audiencias, las diferentes opciones disponibles y la razón o las razones para escoger la que será aprobada. Este aparentemente conjunto básico y simple de principios presenta, muy a menudo, un obstáculo gigante para aquellos que tienen que trabajar con normas legales en la mayor parte del mundo en desarrollo. Frecuentemente, los legisladores no están interesados en explicar las razones -la *ratio legis*- detrás de la norma. Frecuentemente también, los legisladores no quieren asumir toda la responsabilidad por lo que hagan y se esconden detrás de un consentimiento anónimo, porque no es común en países en vías de desarrollo que los votos en las asambleas legislativas, sean nominales y, por consecuencia, los legisladores no son, inclusive políticamente, responsables. En el Perú, por ejemplo, no es posible para un ciudadano seguir el desarrollo de la votación de un miembro del congreso que él o ella eligió.

La diferencia entre ley y realidad, en muchas áreas del Derecho, es ya un rasgo aceptado de la cultura cívica latinoamericana.

Por otro lado, como oportunamente advirtió Fernando de Trazegnies, el proceso normativo en sí mismo presenta sus propias dificultades en determinar cuál fue la intención real del legislador⁽⁵⁾.

10 El rol de los jueces de hacer que las leyes sean eficientes.

Por esas razones y a pesar de nuestros mejores esfuerzos, la realidad es más rica en posibilidades

(5) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Muerte del Legislador*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 1997. p.849.

que lo que la abstracción de una norma general puede cubrir, y aun más en las sociedades en transición. Así, los esfuerzos de los legisladores tienen que estar unidos con la conciencia de los jueces de sus poderes discrecionales para llenar los intersticios de la ley, sus ambigüedades y ambivalencias con los valores sociales, políticos, éticos, personales y económicos establecidos por la opinión pública de nuestro tiempo⁽⁶⁾. Los jueces no podrían ser reemplazados por las computadoras en la aplicación automática de las leyes. Los jueces no son burócratas quienes repiten meramente el texto de la ley. Cada día ellos toman múltiples decisiones que involucran juicios de valor. Pero esos valores no deben ser solamente sus valores personales; y a veces los jueces deben apartarse de sus valores individuales, cuando ellos no son representativos del sistema de valores tomado por la comunidad⁽⁷⁾. Los jueces deben usar sus poderes discrecionales para ayudar a que las leyes se vuelvan más eficientes en los casos particulares que se les presenten.

11 Los efectos de la ineficiencia social de las leyes.

Cuando las leyes no satisfacen las expectativas de aquéllos interesados, muchas cosas suceden. Primero, en modo gradual la gente empieza a volverse escéptica sobre las leyes, indiferente a sus mandatos e irrespetuosa en su observancia. Pero cuando esto ha estado pasando por largo tiempo, esos sentimientos se vuelven parte de una cultura, un modo de vida en el cual nadie pregunta quién o cómo. Eso simplemente está ahí y así es como es. El resultado de esta situación es la pérdida de prestigio de los sistemas legales y judiciales por inútiles, irrelevantes y puramente formales. La segunda consecuencia es que, ya que el sistema

oficial legal es inútil, la sociedad necesita desarrollar normas alternativas que gobiernen el conflicto real y verdadero de intereses que existe. Hace algunos años, Keith Rossen, en su ya clásico artículo sobre el *jeito* brasileño, nos enseñó cómo la sociedad empieza a enfrentar estas situaciones⁽⁸⁾. Kenneth Karst⁽⁹⁾ y Rogelio Pérez Perdomo⁽¹⁰⁾ hicieron algo similar para Venezuela y en, quizás el libro más exhaustivo y analítico sobre la materia, Hernando de Soto nos mostró la rica experiencia de la economía “informal” peruana⁽¹¹⁾. De este modo, una forma del *common law* latinoamericano es desarrollar -bajo un cuerpo en decadencia por mucho tiempo- leyes socialmente eficientes. Para poner la figura más complicada, los jueces latinoamericanos no saben qué hacer con esta situación: si ignorar las leyes socialmente ineficientes y aplicar las reglas de la vida, o adherirse firmemente a las leyes oficiales e ignorar lo que está pasando alrededor de ellos. Todo esto es causa de costo, esfuerzo y demora dobles e innecesarios.

El problema es que las leyes “oficiales” funcionan eficientemente a veces y son observadas por las élites, pero las grandes mayorías de la población no son reconocidas y están fuera del sistema. La paradoja de todo eso -y es imposible no ser consciente de ello- es que en el momento en que el marxismo está en decadencia en el mundo, su doctrina sobre la ley como un instrumento de dominación encaja, sorprendentemente bien, a la situación de cómo los sistemas legales todavía funcionan en muchos lugares en el continente. Cuando en el siglo VIII a.c. el profeta Isaías decía “Ay de esos que hacen leyes injustas, de esos que dan decretos opresivos, para privar al pobre de sus derechos y negar la justicia al oprimido”, puede haber estado refiriéndose también a la situación actual en muchos países, donde la opinión del público es solamente escuchada cada ciertos años

(6) DICEY, A.V.. *Law and Opinion in England in the 19th Century*. Londres: McMillan, 1917.

(7) GINSBER, Morris. *Law and Opinion in England in the 20th Century*. Westport, Conn.; Greenwood Press, 1974.

(8) Ver nota 2.

(9) Ver nota 2.

(10) Ver nota 2.

(11) Ver nota 2.

para la elección de las autoridades públicas. Todo esto contribuye a la existencia de grandes diferencias en el ingreso y las oportunidades al sentimiento de injusticia social y a la privación injusta. Cuba, Guatemala, Perú y Bolivia son algunos ejemplos donde las revoluciones violentas, la guerra civil o el terrorismo se desarrollaron a partir de esto. En Chile, el marxismo ganó en elecciones libres. Es sorprendente, bajo las circunstancias, que estos ejemplos no tuvieron éxito, excepto en Cuba, y se propagaron en otros países. El marxismo parece ahora estar saliendo del mapa, pero hay muchas otras formas de desorganización potencial en un continente con tan grandes índices de pobreza y diferencias en oportunidades.

12 El rol de la opinión pública en el proceso normativo.

Hay dos maneras en las que este vacío crítico entre la legislación y la realidad puede ser solucionado y puede evitar costos mayores de transacción, pérdida de oportunidades, duplicación de esfuerzos y una ineficiencia social general de las leyes con las consecuencias que hemos notado.

La primera -enfrentando la falta de información adecuada- es la absorción por los que hacen la ley de las opiniones predominantes entre los afectados por la norma propuesta. Las encuestas, entrevistas, audiencias y discusiones deberían ser apoyadas como una forma de suplemento de las deficiencias existentes. Nadie conocerá mejor que esta gente la verdadera naturaleza de los problemas. Promoviendo la participación activa, las siguientes ventajas serán percibidas:

a) los legisladores llamarán la atención de la comunidad hacia la importancia de la legislación propuesta informando al público de los propósitos y objetivos de la norma;

b) los legisladores escucharán, de los

directamente afectados, la verdadera naturaleza de la situación como es, realmente, en el campo respectivo, de los distintos actores y perspectivas del problema;

c) los legisladores también tendrán la oportunidad de escuchar las sugerencias de aquéllos involucrados y no de intermediarios con un conocimiento posterior que pueda caer en la tentación de ser utópico, irreal y académico;

d) apoyando a aquéllos involucrados, al deber cívico de participar en el análisis, discusión y solución de problemas y promoviendo el compromiso de la sociedad civil;

e) teniendo como aliados a aquéllos que sientan que son parte de la solución y que la nueva ley pertenece a ellos, rompiendo de este modo la indiferencia tradicional hacia las reglas; y

f) obteniendo legitimación de todo el proceso mediante el incentivo a la participación y transparencia.

Solamente entonces, todos los tecnicismos, estructuras lógicas, el idioma claro, la concisión, la precisión y otras cualidades, pueden lograr tener un significado, volverse socialmente efectivas y crear una relación bilateral fluida entre los que hacen las leyes y los ciudadanos. Sólo entonces, las leyes pueden volverse en expresiones vivas de lo que está sucediendo realmente en la sociedad: los conflictos, y los compromisos.

Pero, como dice Portia en *El Mercader de Venecia*: “si el hacer fuera tan fácil como el saber qué sería bueno hacer, las capillas habrían sido iglesias y las cabañas de los hombres pobres palacios de príncipes”. Los gobiernos y funcionarios no siempre están contentos de brindar acceso a la información. Los que hacen las leyes no siempre están contentos de compartir con otros ciudadanos la prerrogativa de usar la autoridad para hacer las leyes. Los que hacen las leyes no siempre están contentos de discutir públicamente las distintas opciones disponibles cuando enfrentan un problema particular. Por lo tanto, antes de ir mucho

más allá en cualquier proceso de reforma de ley es necesario:

a) asegurar que todas las partes interesadas tengan acceso a la información disponible;

b) asegurar que todas las partes interesadas tengan la oportunidad de dar su opinión y hacer sugerencias sobre la ley;

c) asegurar que exista la posibilidad de discutir públicamente las diferentes opiniones, sugerencias y opciones;

d) asegurar que haya suficiente transparencia en el proceso del resultado final.

La segunda manera de llenar el vacío entre la ley y la realidad corresponde a los jueces. Es necesario para ellos entender que el servicio que brindan a la sociedad no es la interpretación intelectual y académica de las leyes, sino la solución de los conflictos sociales, políticos o económicos. El propósito de las leyes es crear un marco para solucionar los problemas eficientemente y los jueces deben cumplir, dentro de ese marco, la misma función en los casos individuales. Los jueces, por lo tanto, deben devolverle su frescura a la ley, no deben ser burócratas automáticos sino líderes en la solución de conflictos expertos en crisis, propulsores de diálogos y entendimientos.

13 Cómo afecta todo esto el desarrollo político y económico.

Los efectos principales y más duraderos de la ineficiencia social de las leyes son la pérdida de credibilidad en el sistema legal, la desconfianza y escepticismo en la gente sobre su aplicación y ejecución, y la indiferencia en los ciudadanos sobre su propio poder de influir en los hechos de la vida

pública. Esto afecta el funcionamiento de la democracia, la posibilidad de planear en el futuro negocios e inversiones, la incertidumbre del resultado de posibles disputas, la falta de confianza en un sistema judicial para proteger al individuo del Estado o los intereses económicos, y el miedo a la corrupción y los abusos de poder.

Además de estos efectos, hay también consecuencias más pedestres en la vida diaria, como el alza de los costos de transacción como resultado de incertidumbres, la reducción de oportunidades iguales para todo el mundo, así como el malestar político y social que eso puede originar, con las consecuencias de las que nosotros hemos sido testigos en los últimos cincuenta años. Cuanto más eficientes socialmente sean las leyes, serán mejores las oportunidades de vivir en un ambiente más pacífico, próspero y satisfecho.

14 Conclusión.

Las leyes no son fines para ser alcanzados, sino los puntos de partida del comportamiento del hombre. Ellas no son un fin en sí mismas, sino un instrumento para el orden, la paz, la prosperidad y felicidad. Ellas no son un aparato académico intelectual para asombrarnos, sino una instrumento político para hacer de la sociedad un ambiente mejor y más vivo. Las leyes no son propiedad del Estado sino que, como el lenguaje, pertenecen a la comunidad en su totalidad. Solamente en tal contexto los ciudadanos se comportarán como componentes de un sistema, y las leyes, si bien no son perfectas, serán eficientes para ayudar a todos a llenar nuestras expectativas, lograr nuestros proyectos y concretar nuestras ambiciones. ^{AB}