

Una relectura de «Un país al margen de la ley» desde el aporte del institucionalismo

Revisiting «Un país al margen de la ley» from the Perspective of Institutionalism

Carolina Fernández Blanco

Autora:

Carolina Fernández Blanco
Universitat de Girona, España
carolina.fernandez@udg.edu
<https://orcid.org/0000-0002-0301-4024>

Recibido: 09/07/2022

Aceptado: 02/02/2023

Citar como:

Fernández Blanco, Carolina (2024). Una relectura de «Un país al margen de la ley» desde el aporte del institucionalismo *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 605-627. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.23>

Financiación:

Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho» 2021-2024 (PID2020-114765GB-I00). Organismo financiador Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad del Reino de España.

Agradecimientos:

Agradezco los comentarios de las revisoras/es anónimas/os.

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



La autora declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Carolina Fernández Blanco

Resumen

En 2022 se cumplieron 30 años de la publicación de «Un país al margen de la ley» de Carlos Nino, este artículo revisa ese trabajo del autor argentino a la luz de los enfoques institucionalistas del desarrollo que se instalaron como principal corriente de pensamiento desde la década de 1990 y que continuaban teniendo una fuerte influencia. La revisión que se realiza comparte algunos puntos de partida de «Un país al margen de la ley» pero también ofrece una visión crítica del trabajo y de algunas ideas institucionalistas. La idea central del trabajo es que la descripción que realiza Nino sobre la anomia en Argentina (extensible en la mayoría de los casos al resto de América Latina) no es tanto un producto sociológico o de raigambre histórica como un problema «de la ley». Por lo tanto, las miradas para superar la anomia deberían orientarse a los modelos de discusión y producción legislativa. Finalmente, el artículo realiza una breve reseña de la situación de la Argentina de hoy, evaluando qué ha cambiado desde que Nino escribiera el libro del que se ocupa este trabajo.

Palabras clave: Carlos Nino; institucionalismo; anomia; desarrollo; legislación.

Abstract

In 2022 was the 30th anniversary of the publication of Carlos Nino's «Un país al margen de la ley», this article reviews the Argentine author's work in the light of the institutionalist approaches to development that have become the main current of thought since the 1990s and continue to have a strong influence. The review shares some of the starting points of «Un país al margen de la ley», but also offers a critical view of the work and of some institutionalist ideas. The central idea of the paper is that

Nino's description of anomie in Argentina (which in most cases can be extended to the rest of Latin America) is not so much a sociological or historically rooted product as a problem «of the law». Therefore, to overcome anomie, the focus should be on models of discussion and legislative production. Finally, the article gives a brief overview of the situation in Argentina today, assessing what has changed since Nino wrote the book that is the subject of this paper.

Keywords: Carlos Nino; Institutionalism; Anomie; Development; Legislation.

INTRODUCCIÓN

En 2022 se cumplieron 30 años de la publicación de *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*¹ (de aquí en adelante *Un país al margen de la ley*) y es un buen momento para celebrarlo y repensarlo. Como es sabido, se trata de uno de los trabajos de Carlos NINO destinados a un público más general y no solamente académico (en la línea de *Juicio al Mal absoluto* –2006–, aunque su impacto en la academia y en la educación universitaria ha sido importante, y lo es actualmente). Podría decirse que *Un país al margen de la ley* es el primer libro que vincula sistemáticamente al derecho con el desarrollo, escrito desde América Latina, considerando los problemas de Argentina (extensibles en la mayoría de los casos a la región latinoamericana) y con un conocimiento profundo sobre ellos. Todo ello hace que la obra se aleje de los enfoques clásicos de los estudios sobre derecho y desarrollo (*Law and Development*), aunque coincidan los temas que se abordan.

Carlos NINO fue un pensador que supo otorgar un lugar muy importante y a la vez equilibrado a las discusiones conceptuales en casi toda su obra; por esa razón, este es un trabajo atípico de NINO en el que los conceptos y las discusiones sobre ellos solo asoman esporádicamente. *Un país al margen de la ley* es un libro en donde la formación jurídica y el bagaje filosófico de NINO se entremezclan con otras disciplinas, como la sociología² y la historia, y en donde también hay un importante aporte de su intuición.

De las diversas ausencias conceptuales que podrían señalarse, hay una que resulta llamativa: a pesar de que el objetivo del libro es encontrar una explicación del subdesarrollo argentino (o a la reversión del desarrollo de ese país), no hay más que una aproximación superficial, y no muy clara, a qué entiende el autor por desarrollo y subdesarrollo. Por momentos, parece referirse a una noción ortodoxa de desarrollo que se vincula al PIB *per cápita* (p.17), en otras ocasiones se refiere a «desarrollo social

1. Para la realización de este trabajo se ha utilizado la 4ta. Edición de «Un País al Margen de la Ley». Editorial Ariel, Buenos Aires, 2011. Las páginas del libro referidas en este trabajo corresponden a esa edición. Se ha contrastado en ciertas oportunidades o frente a dudas de corrección de la impresión, la segunda edición, de 1995, de Emecé Editores, Buenos Aires.

2. El propio NINO acepta que el libro se enmarca en un área de convergencia entre el derecho, la filosofía y la sociología (p.46).

y económico» (p. 16), en otras ocasiones, alude a «desarrollo económico y político» (p.29), o al subdesarrollo como un «estado de insatisfacción» (p.47). Y enuncio esto solo por mencionar algunos de los modos de identificar a los fenómenos del desarrollo y del subdesarrollo en el libro. En ningún caso estas aproximaciones se profundizan ni se enriquecen con literatura sobre el tema o con explicaciones propias. Esta ausencia conceptual es todavía más llamativa debido a que a inicios de los años '90, cuando fue escrito el libro, la discusión sobre las viejas y nuevas concepciones del desarrollo se producía de manera intensa.

A pesar de esas ausencias conceptuales, el camino de la intuición conduce a NINO a un lugar adecuado: las instituciones, entendidas como las reglas del juego presentes en una sociedad, son factores cruciales para promover el desarrollo y explicar el subdesarrollo. El paradigma institucionalista³, vigente con fuerza desde los años '90 y hasta la actualidad, es compartido –con diferencias, obviamente– tanto por las versiones más ortodoxas del desarrollo, como el Neo-Institucionalismo Económico (NIE o NI), como por aproximaciones más heterodoxas cual el enfoque del Desarrollo Humano (DH)⁴.

La idea central de este trabajo es releer, revalorizar y criticar *Un país al margen de la ley*, a la luz de los aportes que, desde la publicación de este libro, han realizado los enfoques institucionalistas del desarrollo. En este sentido se comenzará por la pregunta ¿*Qué son las instituciones y cómo se vinculan con el desarrollo?* (punto 1); luego en el punto 2 se presentará un análisis de las normas sociales, respectivamente, según el institucionalismo, la teoría jurídica y el trabajo comentado; el punto 3 se destina a la crítica de la teoría de la dependencia de la historia (*path dependence*) que utilizan ciertos enfoques institucionalistas y el propio NINO. Evidentemente esta relectura del libro de NINO no es sistemática ni completa, pero sí aborda algunos de sus puntos más relevantes.

En la última parte del trabajo (punto 4) se introducirán algunas ideas que complementan las propuestas y evaluaciones de NINO a lo largo de *Un país al margen de la ley* y en especial del Capítulo VI de ese libro. Estas ideas giran en torno a poner el acento en los posibles problemas que puede presentar *la ley* más allá de las tendencias al incumplimiento que puedan estar presentes en la sociedad. De alguna manera, la idea complementaria a la de Nino es que lo que ocasiona muchas situaciones de ilegalidad es que *es la ley la que está al margen del país*. Finalmente compartiré mi percepción sobre la anomia en la Argentina de hoy y conectaré esta situación con las ideas desarrolladas en el inicio del punto 4.

3. Me referiré a lo largo del trabajo al institucionalismo económico que no debe confundirse con el institucionalismo jurídico vinculado a los nombres de Santi Romano y Maurice Hauriou como a las más recientes teorías neo-institucionalistas propuestas por Ota Weinberger y Neil MacCormick. Ver sobre esta corriente de pensamiento jurídico LATORRE (2006).

4. No voy a profundizar en este trabajo sobre las diversas aproximaciones al desarrollo vigentes en este siglo. Simplemente afirmaré que las instituciones son cruciales para casi todas ellas con excepción de algunos enfoques como el promovido por Jeffrey SACHS (2003, 2012) que les otorgan un papel subsidiario.

1. LAS INSTITUCIONES Y SU VÍNCULO CON EL DESARROLLO

Es posible encontrar algún grado de consenso entre los diversos autores en cuanto a entender las instituciones como «las reglas del juego presentes en una sociedad» (NORTH 1995, 3) o, en otras palabras, como el conjunto de reglas, normas y restricciones —escritas y no escritas— que gobiernan en la sociedad (ARIAS y CABALLERO 2013, 17). Estas «reglas del juego» relevantes se entiende que se componen de (a) instituciones formales, (b) instituciones informales (o normas sociales), y (c) las condiciones de aplicación de ambas (NORTH 1991, 1995, 2005). De aquí en adelante se seguirá la terminología utilizada por North y el Neo Institucionalismo y se entenderá que las instituciones son creaciones humanas restrictivas que estructuran las interacciones políticas, sociales y económicas (North 1991, 97). Originariamente las instituciones fueron creadas por el hombre para reducir la incertidumbre y generar orden (North 1991, 97).

Las instituciones formales, son algo más que normas jurídicas formales, ya que el concepto también comprende a las normas que nacen de otras fuentes de carácter no general (v.gr. un contrato). Las instituciones o normas informales (también llamadas normas o instituciones sociales) se distinguen de las instituciones formales por diversas cuestiones, pero por el momento propongo distinguirlas por el hecho de que las últimas son creadas y aplicadas por algún organismo; mientras que en las instituciones informales es difícil identificar un órgano «oficial» de producción y se hacen valer de una manera más dispersa, vía sanciones personales o sanciones a la reputación de quien las incumple (Carruthers 2012, 7)⁵.

Las instituciones sean formales o informales tienen rasgos de normatividad, es decir, funcionan como reglas y, por ello, en caso de que establezcan prohibiciones u obligaciones están asociadas a algún tipo de sanción formal o informal respectivamente (Fernández Blanco 2019). En este sentido, es necesario distinguir a las instituciones informales de otros fenómenos que no lo son y que, en general, tienen menos capacidad para influir en la regulación de la sociedad. Me refiero particularmente a lo que se conoce como hábitos convergentes o costumbres compartidas, como los llama Bicchieri (2017: 3). En los hábitos convergentes es necesario y suficiente que las conductas converjan de hecho (Hart, 1961: 65), pues los patrones de acción se crean y se sostienen por motivaciones de los sujetos actuando independientemente los unos de los otros (Bicchieri, 2017: 15). Es una conducta observable respecto de la mayoría de las personas que integran ese grupo: cada uno se comporta del mismo modo sin ningún tipo de consideración acerca de si se trata de una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el otro (Hart, 1961: 71).

La mayoría de los enfoques institucionalistas distingue, además, las *instituciones* de las *organizaciones o entes*. Las organizaciones podrían equipararse a los equipos y las

5. En los siguientes puntos se realizará una aproximación más detallada al concepto de instituciones formales e informales.

instituciones serían las reglas del juego de un deporte (NORTH 1995, 15)⁶. La distinción entre instituciones y organizaciones es muy relevante en la explicación del desarrollo del NIE.

1.1. Las instituciones y el desarrollo en el Neo Institucionalismo Económico y la versión de Nino.

Presentaré muy brevemente la vinculación entre instituciones y desarrollo que ha descrito el NIE.

De acuerdo con esta corriente de pensamiento, especialmente en la voz de Douglass NORTH, la fuente primaria del crecimiento económico es la estructura institucional/organizacional de la economía política. Los países del tercer mundo son pobres debido a que sus constreñimientos institucionales definen una serie de costos para la actividad político-económica que no fomentan la actividad productiva (NORTH 1995, 110). Las instituciones adecuadas son las generadoras de los *incentivos* necesarios para la actividad productiva. Si estos incentivos están presentes hay inversión, innovación y reinversión y, si estos hechos se producen, hay crecimiento económico. Vale la pena destacar que la concepción del desarrollo que promueve esta corriente de pensamiento es bastante ortodoxa y se puede asimilar, simplificando la cuestión, al crecimiento per cápita del PIB sostenido en el tiempo.

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

Ahora bien, en el planteo del NIE, ¿cuáles serían las instituciones básicas que podrían generar un clima adecuado de competencia organizacional o de incentivos para la inversión? Douglass NORTH no propone –como sí lo han hecho otros autores– un listado o conjunto de instituciones imprescindibles; sin embargo, hay dos instituciones que aparecen recurrentemente en sus ideas como centrales: la protección del derecho de propiedad y las características de ejecución de los contratos. Estas dos instituciones, junto con la reducción de los costos de transacción (cuyo origen tiene vinculación con –pero no se limita a– la protección fuerte del derecho de propiedad y a las características

6. Amartya SEN es, por ejemplo, una excepción y engloba dentro del concepto de instituciones tanto a las organizaciones como a las reglas del juego. NINO también parece abarcar a las organizaciones cuando se refiere a instituciones.

de ejecución de los contratos), forman lo que se ha denominado el «triángulo de oro» del NIE (MÉNARD y SHIRLEY, 2014). Si el triángulo de oro funciona correctamente los costos del mercado se reducen y aumentan los incentivos, promoviendo el ciclo virtuoso de incentivos-inversión-ampliación de conocimientos-cambio institucional y la repetición de ese ciclo.

La versión de NINO sobre instituciones y desarrollo es evidentemente más rústica e intuitiva que la que el NIE ha desarrollado. Sin embargo, es posible observar ciertos puntos de coincidencia y algunas divergencias. La primera idea convergente es esencial y, como adelanté, NINO fue pionero en su planteamiento en el ámbito de América Latina: las reglas del juego presentes en una sociedad son cruciales para el desarrollo. Este punto de partida es vital para poder hacer una relectura institucional del libro de NINO, aunque luego difieran en otros aspectos.

También hay una coincidencia en la idea de la importancia de la «mano invisible» (p. 132), entendida como metáfora amplia, aunque por razones diferentes: en el NIE *las instituciones* (especialmente las que integran su triángulo de oro) son generadoras de incentivos de un modo que es posible parangonar a la mano invisible en el sentido en el que también la entiende NINO, esto es, «...como si hubiera una fuerza oculta que dispone las cosas de modo tal de beneficiar a la comunidad en su conjunto...» (p. 134). En la versión de NINO, siguiendo las ideas básicas de la teoría de la elección racional, la mano invisible no está en los incentivos que las instituciones promueven, sino que se vincula con los intereses individuales y las *estructuras de interacción* que generan esos intereses. Hay, sin embargo, una divergencia notable entre la opción explicativa de NINO y la del NIE. Como señala TORRES ESPINOSA en respuesta a la teoría de la elección racional, que es la que sigue NINO, el NIE «Sin negar la influencia de los factores sociales sobre la sociedad ni restar importancia a los motivos de los individuos, el NI considera a las instituciones como actores independientes y autónomos, capaces de perseguir sus propios objetivos y al hacerlo afectar a la sociedad. Frente a la visión de la acción colectiva como la agregación de decisiones individuales calculadas, el NI argumentó que los individuos no actúan en el vacío sino dentro de contextos institucionales...» (TORRES ESPINOSA 2015, 120). Es decir, es el marco institucional el que permite que se den o no se den ciertas interacciones y no una tendencia natural de las personas a comportarse de determinada manera (buscando maximizar beneficios personales, de manera racional, etc.).

1.2. El Desarrollo Humano y las instituciones

Las tres ideas-fuerza del desarrollo humano, especialmente bajo la mirada de Amartya SEN y en lo que resulta relevante para este trabajo, pueden sintetizarse en las siguientes: (1) El desarrollo está dado por la expansión de las capacidades o libertades humanas. Las capacidades o libertades son el conjunto de oportunidades reales u opciones a

disposición de los individuos para llevar adelante la vida que tienen razones para valorar (SEN 2010, 226, 233). (2) El crecimiento económico, que fue el objetivo principal de las más importantes corrientes de pensamiento sobre el desarrollo, pasa a ser solo un medio para el DH –un medio para la expansión de las capacidades humanas– y no más un fin en sí mismo. (3) Amartya SEN considera que el DH no puede estar desvinculado de la libertad de mercado, aun cuando se trate de una concepción de libertad de mercado menos radical y muy distinta de la que postulan, por ejemplo, el NIE o la teoría económica neoclásica. Así, SEN sostiene que intercambiar y transar bienes y servicios constituye una de las libertades básicas que los individuos tienen razones para valorar (SEN 2000, 23). Los mercados son medios para el crecimiento económico, pero son –sobre todo– una arena para el ejercicio de las libertades de las personas.

Resta ahora preguntarse cuál es el papel de las instituciones (reglas del juego) para el DH. Tal vez para el enfoque del DH esta relación no aparezca de una manera tan transparente como para el NIE, pero cualquier estudio más o menos serio de ese enfoque y especialmente de los trabajos de SEN permite corroborar la íntima ligazón que encuentra este autor entre las capacidades humanas y las instituciones. Como muestra de esa importancia basta la lectura del siguiente párrafo:

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

¿Cuáles serían para el DH las instituciones relevantes? No es posible encerrar en un listado a las instituciones relevantes para el DH, aunque se advierte que el derecho público tiene una influencia mucho mayor en esta corriente que en el NIE.

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

Es a mi juicio evidente que las coincidencias entre el DH y NINO son significativas. Sus preocupaciones por la democracia, el respeto por los derechos humanos, su rechazo del perfeccionismo (especialmente en un autor como SEN) y su interés por la igualdad de oportunidades, entre otras, hacen que el DH tenga muchos puntos de contacto con el ideario de NINO (que se reflejan parcialmente en *Un País al margen de la ley* y con mayor extensión y claridad en toda su obra). Además, también NINO considera un abanico institucional mucho más amplio que el contemplado por el NIE. Es indudable que el enfoque del DH hubiese generado un interesante diálogo con NINO si este lo hubiese conocido tal y como ha sido desarrollado en estos años, y si bien especular sobre lo

que NINO no escribió no tiene demasiado sentido, sí es posible echar de menos lo que nunca sucedió.

2. LAS NORMAS SOCIALES: COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL ENFOQUE INSTITUCIONALISTA, EL ENFOQUE JURÍDICO Y EL ANÁLISIS DE NINO

Como se adelantó, para los enfoques institucionalistas, las instituciones se integran por instituciones formales (básicamente normas jurídicas y reglas creadas al amparo del sistema jurídico, como los contratos o el código de conducta de una universidad); instituciones informales (normas sociales), a las que estará dedicada esta sección, y las condiciones de aplicación de ambas (sobre este aspecto me detendré sucintamente en el punto 4 de este trabajo).

Uno de los aportes más significativos de los enfoques institucionalistas es la precisa identificación y descripción de lo que los juristas solemos denominar «normas sociales» y que esos enfoques usualmente llaman «instituciones informales» (a partir de ahora las llamaré *normas sociales*). Comencemos por una aproximación general a las normas sociales:

Son reglas socialmente compartidas, usualmente no escritas que son creadas, comunicadas y aplicadas por fuera de los canales oficialmente aceptados, por contraposición, las normas formales están abiertamente codificadas en el sentido de que son establecidas, comunicadas y aplicadas a través de canales que son ampliamente considerados «oficiales» (HELMKE y LEVITSKY 2004, 727).

La definición de HELMKE y LEVITSKY no difiere sustancialmente de la aproximación general que los juristas tenemos sobre las normas sociales. Por ejemplo, el propio NINO en el libro comentado sostiene «...las normas sociales generalmente están respaldadas por sanciones descentralizadas como son las actitudes de desaprobación, el aislamiento social, etcétera» (p. 33).

A pesar de que la aproximación al concepto de normas sociales es coincidente entre el institucionalismo y la teoría jurídica, hay una diferencia esencial en la descripción de la interacción entre normas sociales y normas jurídicas entre ambos enfoques. Para HART, y para NINO, como para muchos otros autores del ámbito jurídico, las normas sociales tienen primordialmente una función de soporte del sistema jurídico o permiten explicar la génesis de las normas jurídicas. Así, para HART el conjunto normas sociales constituye el tejido que permite al derecho ser reconocido como tal (HART 1994) o ser eficaz (POSTEMA 2012); algo similar, aunque menos categórico, parece surgir también en definitiva en DWORKIN (1986). Para mayor especificidad, Hart, en la mayor parte de su obra se detiene en las normas sociales para conceptualizar la génesis de un sistema jurídico, por ello su mira está puesta un pequeño conjunto de normas sociales de alcance amplio que pueden dar cuenta primordialmente de la regla de reconocimiento.

En este sentido pareciera que las normas sociales en Hart requieren por lo menos —en la explicación genética del sistema jurídico—, por un lado, alguna forma de aceptación o acatamiento mayoritario y por el otro, al menos por parte de los funcionarios encargados de aplicar las normas, una exigencia de consciencia acerca de la juridicidad de las normas en cuestión. De este modo la tradición jurídica ha limitado el estudio de las normas sociales a estas cuestiones, a diferencia de la propuesta del NIE en la que, por el contrario, encontramos una visión casi siempre unidireccional en donde el derecho es neutralizado por diversas normas sociales, o explicaciones en las que la capacidad del derecho resulta insuficiente para poder vencer a ciertas normas sociales.

No se trata de que los juristas caractericen o definan a las normas sociales por su función sino simplemente que no se ha realizado generalmente en la literatura jurídica una evaluación de cómo las normas sociales, en ocasiones, obstaculizan la eficacia y efectividad de las normas jurídicas. Sin descartar el enfoque preponderante en el discurso jurídico, pareciera que es importante recoger el aporte que propone la visión institucionalista. En este sentido, resulta razonable atender a la idea de que hay normas sociales que son *disfuncionales*, es decir, que las conductas que las normas sociales obligan, prohíben o permiten, son contrarias a los objetivos por los que fueron sancionadas ciertas normas jurídicas (pensemos, por ejemplo, en las arraigadas normas sociales que promueven o toleran la discriminación de las mujeres o que permiten la corrupción). Es decir, por la interacción con las normas sociales la norma jurídica puede ser ignorada, trivializada o transformada (PISTOR, ANTARA y AMRIT 2009).

De este modo, incorporar al razonamiento jurídico la idea de que las normas sociales no siempre son funcionales y que, en muchas más ocasiones de las que se consideran, pueden entrar en competencia con las normas jurídicas, parece ser un camino importante para buscar soluciones a los problemas de incumplimiento de las normas jurídicas (que en realidad, es el principal punto de preocupación de NINO tal como lo demuestra en sus múltiples ejemplos a lo largo de *Un país al margen de la ley*, incluido por cierto el título del libro).

La segunda cuestión acerca de las normas sociales y el tratamiento que se les da en el texto comentado es que resulta muy improbable que la situación de ineficiencia colectiva esté producida por el incumplimiento masivo o generalizado de una norma social (que es una de las hipótesis de anomia en NINO). Respecto de las normas sociales «existencia» (en un sentido empírico, no jurídico) y eficacia (cumplimiento) se superponen: las normas sociales existen («son») en tanto son eficaces, es decir, la mayor parte de los sujetos se comporta de acuerdo con ellas en la mayoría de las ocasiones oportunas. Si la norma social se incumple de manera generalizada o estadísticamente relevante, simplemente desaparece. Los casos de anomia que describe Nino, para ser relevantes como situaciones de ineficacia colectiva, no pueden entenderse como casos esporádicos de incumplimiento, sino como casos estadísticamente relevantes. Pero en realidad esa situación simplemente refleja la inexistencia sobreviniente de la norma social.

En este ámbito de análisis es posible trasladar, *mutatis mutandi*, algunos criterios utilizados en el ámbito de las normas consuetudinarias. Así, explican ALCHOURRÓN y BULYGIN que respecto de las normas consuetudinarias es natural pensar que su existencia debe consistir en algún tipo de vigencia o eficacia (1997, 12), por lo que:

[...] la eficacia [que] es una propiedad contingente de las normas legisladas (la proposición «La norma N es eficaz» es claramente sintética cuando se trata de normas legisladas), parece convertirse en una propiedad necesaria cuando es predicada respecto de las normas consuetudinarias. La proposición «la norma consuetudinaria N no es eficaz» da la impresión de ser autocontradictoria y su negación «la norma consuetudinaria N es eficaz» sería, entonces, una proposición analítica (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1997, 12).

Por ejemplo, la mayoría de las personas hace fila en la parada de autobuses o para ser atendida en un comercio. La norma social que prescribe hacer fila para subir al bus o ser atendido en una tienda *existe*, y aunque esporádicamente es violada, de manera inmediata se activan mecanismos de sanción informales (recriminaciones, insultos, etc.). Pero, en cambio, ¿se viola una norma social si se convive con una pareja sin estar casado? La respuesta parecería ser negativa en la actualidad. No estamos frente a una violación estadísticamente relevante de la norma social que prescribiría «está prohibido convivir sin casarse», sino que simplemente la norma social ha desaparecido y ha sido reemplazada por otra («está permitido convivir sin casarse»). En definitiva, la anomia por incumplimiento de normas sociales no resulta convincente pues los conceptos de eficacia y existencia son inescindibles respecto de las normas sociales, mientras que no ocurre lo mismo con las normas jurídicas⁷. De este modo, la concepción de anomia queda, luego de estas conclusiones, prácticamente reducida al incumplimiento de las normas jurídicas cuando tienen un resultado colectivamente ineficiente⁸.

7. Para muchos autores la existencia y/o vigencia de las normas jurídicas no está forzosamente vinculada a su eficacia: una norma jurídica puede no ser eficaz y sin embargo estar vigente y «existir» en cualquiera de los sentidos que los juristas han dado a este término (Cfr. CARACCIOLLO 1997; BULYGIN y MENDONÇA 2005; ALCHOURRÓN y BULYGIN 1997).

8. Es cierto que NINO también sostiene que puede haber anomia por incumplimiento de normas religiosas y morales. Ambas parecen ser situaciones más bien marginales frente a las más frecuentes de incumplimiento de normas jurídicas y frente a la ubicuidad de las normas sociales. Además, respecto de las normas religiosas no considero que estas sean (ni deban ser) relevantes para la organización social que le preocupa a NINO: las normas prescriptas o reconocidas por *cierta deidad* (p. 33, la itálica me corresponde) no parecen relevantes en una sociedad plural, con libertad religiosa y con un Estado laico como el argentino. Con relación a las normas morales, el problema es otro: NINO parece referirse en este texto a la moral *social* (es decir, a la moral colectiva y no a la moral crítica (p. 33)). Con estas normas ocurre algo similar a lo que se dijo acerca de las normas sociales. Ellas existen en tanto «son»; a medida que se desvanecen o pierden fuerza dejan de ser normas. Nadie sostendría que la aceptación de la sociedad a las parejas no casadas viola una norma moral (ello pudo haber sido así hace 50 años, mas no ahora); la norma moral que condenaba la convivencia sin la venia del Estado y/o de Dios ha desaparecido.

3. LA DEPENDENCIA DE LA HISTORIA

Una de las coincidencias entre el enfoque de NINO y el del Neo-Institucionalismo Económico (no así el del Desarrollo Humano) reside en la apelación a la dependencia de la historia (*path dependence*). Si bien es cierto que NINO al inicio del libro rechaza las explicaciones monocausales (p. 24), y en ese sentido se trata de un intento más rico de explicar las causas del fracaso institucional para el desarrollo, no es menos cierto que las consideraciones históricas ocupan un lugar relevante en *Un país al margen de la ley* a la hora de intentar explicar la génesis de la tendencia a la anomia y por lo tanto del subdesarrollo (ver, entre otros fragmentos del libro, la Introducción, el Capítulo II íntegramente y el Capítulo III punto 3).

Los autores vinculados al pensamiento neoinstitucionalista y otros vinculados a la disciplina del derecho y el desarrollo (ver, por ejemplo, PRADO y TREBILCOCK 2009) han utilizado el enfoque de la dependencia de la historia con dos propósitos. El primero: describir de un modo general las opciones limitadas que tiene el cambio institucional por la matriz institucional anterior. En este sentido, la dependencia de la historia consiste en una serie de limitaciones en el conjunto de opciones que tenemos en el presente que se derivan de la experiencia histórica del pasado (NORTH 2005, 51). Este primer sentido de la dependencia de la historia es teórico y universalmente válido, no explica el presente, sino que da cuenta de las limitadas opciones futuras. Otorga de alguna manera respuesta a la pregunta *¿cómo se produce el cambio institucional?* Este primer sentido sobre el cambio institucional limitado y dependiente de la historia sienta las bases para el segundo sentido, ya que, de acuerdo con esta posición, *las instituciones tienden a perseverar y a reproducirse a sí mismas*.

El segundo sentido de la dependencia de la historia tiene un propósito explicativo, e intenta responder a la pregunta *¿por qué tenemos estas instituciones?* Este sentido es el que utiliza intuitivamente NINO en el libro y se vincula con la posibilidad de dar cuenta de las instituciones vigentes describiendo y analizando las instituciones pasadas y su tendencia a perseverar y reproducirse. Este segundo sentido requiere de datos históricos concretos y sirve para explicar las instituciones vigentes en un determinado país o región. Se trata de explicaciones sumamente cautivantes ya que, además de ser por lo general de interesante lectura, en principio, parecen razonables.

Así, el Capítulo II de *Un país al margen de la ley* se concentra en una descripción cronológica (punto 1 «Una historia fuera de la ley») y otra diacrónica (punto 2 «El desequilibrio institucional argentino») de sucesos históricos con los que se pretende explicar el origen de «...la tendencia argentina a despreciar la ley» (p.55). Voy a realizar un análisis crítico del Capítulo II del libro comentado, que dividiré en dos partes. En la primera, formularé cuestionamientos generales a la metodología utilizada, es decir, a la versión de la dependencia de la historia que pretende mediante la reconstrucción histórica de instituciones pasadas explicar las características de las instituciones actuales.

Finalmente, me detendré brevemente en ciertos aspectos del Capítulo II de *Un país al margen de la ley*.

3.1. La insuficiencia de la dependencia de la historia en su versión explicativa de las instituciones actuales y el análisis de Nino

3.1.a) Todas las explicaciones sobre las instituciones actuales que pretenden hacer los autores sobre la base de las instituciones pasadas están determinadas de una manera crucial por aquello que los historiadores hayan recogido del pasado⁹. Este es un primer problema pues solo conocemos lo que los historiadores recogieron discrecionalmente, y en especial conocemos solo aquellas investigaciones históricas que alcanzaron algún grado de difusión. Asimismo, y en la misma línea, estos enfoques no consideran la existencia de pequeños hechos, muchos de ellos menores en apariencia, algunos deliberados y otros casuales, que no son recogidos por los historiadores y que pueden haber impactado en las condiciones generales de una sociedad o directamente en la conformación de sus instituciones actuales.

El segundo problema es que la cantidad de eventos relevantes (solo considerando los conocidos) para escoger de la historia y explicar las instituciones actuales es prácticamente infinito, como lo muestran diferentes explicaciones sobre los mismos temas, que apelan a diferentes hechos que consideran relevantes y suficientemente explicativos de las instituciones actuales. Es decir, cualquier decisión sobre qué instituciones escoger para explicar determinada situación actual es discrecional en el mejor de los casos y sesgada en el peor.

Así lo muestra el siguiente ejemplo construido sobre dos explicaciones diferentes acerca la igualdad en Costa Rica:

El heredero de una familia destacada, rica, conservadora y católica de Costa Rica fue enviado a estudiar al extranjero en 1920, tal y como su trasfondo familiar dictaba. Lo único que ocurrió fue que, en vez de ir a París, aterrizó en la Universidad de Louvain, en un momento en el cual era un semillero de ideología social-cristiana. Impregnado por estas ideas, volvió a su país, se convirtió en su presidente, se alió con el Partido Comunista, legalizó los sindicatos e introdujo una extensa legislación social. Alarmados por su alianza con los comunistas, Estados Unidos ingenió un golpe de estado, dirigido por un social-demócrata anti-comunista. A partir de entonces, en Costa Rica se alternaron social-cristianos y social-demócratas, todos respetuosos con la democracia y todos comprometidos con la igualdad. Entonces, si esta historia es cierta, una perturbación minúscula tuvo grandes y duraderas consecuencias (PRZEWORSKI 2004, 184).

9. Una crítica frecuente a los análisis de la dependencia de la historia es que la reconstrucción de los hechos históricos no se realiza mediante fuentes originales sino sobre la base de lo ya reconstruido por los historiadores. Esto es así también en el caso de NINO (sobre esta crítica ver McCLOSKEY 2010, Capítulo 33 y MÉNDEZ 2014, 213)

La idea de incluir el ejemplo propuesto por PRZEWORSKI no tiene como finalidad aseverar (como parece hacerlo el autor y se podría compartir) que el mayor grado de igualdad en Costa Rica obedece a que fue el azar lo que determinó que el expresidente estudiara en una y no en otra universidad y a partir de ello se forjó una sociedad medianamente igualitaria (es decir, para PRZEWORSKI la igualdad lograda en Costa Rica no puede explicarse por la tendencia de las instituciones a reproducirse y perseverar). Utilizo el ejemplo de PRZEWORSKI para cuestionar la dependencia de la historia como instrumento de explicación de las instituciones actuales por el segundo problema señalado: la diversidad de hechos y situaciones explicativas a disposición y la posibilidad de que todas ellas resulten *a priori* convincentes. Por ello es interesante comparar la anécdota que propone PRZEWORSKI con la explicación de ENGERMAN y SOKOLOFF, quienes pretenden fundamentar en *otras* razones históricas la menor incidencia de la desigualdad en Costa Rica en comparación con otros países latinoamericanos.

La desigualdad surgió aquí desde la dotación de grandes poblaciones de nativos americanos que sobrevivieron al impacto inicial de las enfermedades que trajeron los europeos y de las prácticas españolas (que fueron influenciadas también por las instituciones preexistentes nativo-americanas en México y Perú) de conceder a los miembros de la élite [...] reclamos sobre la tierra, sobre la mano de obra nativa, y los recursos minerales valiosos. Sin embargo, unas pocas áreas que tenían poblaciones nativas relativamente pequeñas, tales como Argentina, Uruguay y Costa Rica, se vieron menos afectadas (ENGERMAN y SOKOLOFF 2005, 4).

La comparación de los análisis anteriores, es solo un ejemplo que nos permite de una manera intuitivamente razonable aceptar que, por un lado, las explicaciones sobre estados sociales de cosas en el presente no pueden ser atribuidos a un único factor histórico ni siquiera a un grupo de ellos pues hay explicaciones alternativas, en apariencia también sólidas, que escogen otro factor u otro grupo de acontecimientos históricos¹⁰. Además, evaluar todos los fenómenos que posiblemente contribuyeron a conformar las instituciones presentes desde el pasado es una tarea imposible. Hay que sumar, finalmente, el desconocimiento de hechos que pudieron contribuir a conformar la realidad pasada y sobre los que no disponemos de información sobre su existencia. Por otra parte, y coincidiendo aquí con PRZEWORSKI, es inevitable que el azar trastoque permanentemente y de manera muy disímil la formación de la realidad actual y de las instituciones que la rigen.

Debo conceder parcialmente que alguna relativa solvencia puede otorgarse a las reconstrucciones históricas para explicar instituciones muy concretas y muy bien

10. Los ejemplos propuestos en el texto, como se dijo, tienen una intención ilustrativa. No me interesa discutir aquí la posibilidad (cierta) de que en el caso (o en otro caso) una de las dos explicaciones en disputa sea unitariamente correcta, contra lo afirmado por la explicación rival y es posible –aunque intuitivamente improbable– que quien suscriba alguna de ellas lo argumente en una medida suficiente para privar de plausibilidad al enfoque opuesto. Sin embargo, esta apreciación, que agradezco a uno de los revisores/as anónimos, no priva de razón a la crítica general realizada a la dependencia de la historia.

documentadas. Así, por ejemplo, explicar por qué en la división de la tierra en Argentina están tan presentes los latifundios, tiene más asidero que explicar la «desigualdad»¹¹. En definitiva, aunque las dos críticas formuladas al inicio de esta sección subsisten, parece algo más riguroso explicar instituciones específicas y bien documentadas que instituciones más generales como «los derechos de propiedad» o situaciones sociales como «la desigualdad». La situación se vuelve todavía más complicada de sostener si lo que se intenta explicar no es una norma social o institución (es decir una «regla del juego») sino una característica sociológica que no tiene rasgos de normatividad¹².

3.1.b) En lo que respecta al análisis que realiza NINO, a los problemas señalados anteriormente se suma otro que –como se adelantó– torna la cuestión más resbaladiza aún. En la mayor parte del Capítulo II, lo que Nino intenta explicar no es cómo han evolucionado las instituciones, o alguna institución en particular, desde la colonia hasta fines del siglo pasado, sino por qué en los argentinos hay una tendencia a la anomia o la tendencia argentina a «despreciar la ley». Es decir, lo que NINO intenta explicar a través de la reconstrucción histórica es una condición sociológica que no es una «institución» (en el sentido de regla que el institucionalismo ha dado a este término), y sobre lo cual la relevancia de eventos a considerar para su construcción es también incalculable e imposible de acotar (¿por qué no evaluar también, y para dar como ejemplo un listado variopinto pero relevante, la influencia de las corrientes migratorias que llegaron a la Argentina, la literatura que se incluyó en la educación básica de varias generaciones¹³, el carácter trasplantado de las instituciones formales más importantes de la estructura jurídica argentina¹⁴, etc.?).

En el siguiente punto me dedicaré a formular algunas apreciaciones sobre la idea de la anomia como tendencia del comportamiento de los argentinos. Especialmente, desarrollaré la idea de que debemos cambiar el foco *hacia la ley* de la manera más concreta

11. Por ejemplo, respecto de los latifundios, está documentada la distribución inicial de la tierra por los españoles, los sucesivos traspasos y las divisiones de tierras registrados en los catastros, el fracaso de la ley de enfiteusis de la que habla NINO (p. 58-59) ha tenido también impacto en los registros, se sabe del fracaso de los proyectos de los presidentes RIVADAVIA y SARMIENTO respecto de la reforma de la tenencia de la tierra, también se puede considerar la formación de la Federación Agraria Argentina y con ella la defensa de los intereses de los latifundistas y las dificultades, a partir de ese momento, para promover una reforma agraria, etc. (ver HORA 2018, 2019).

12. Los rasgos sociológicos no tienen por qué asimilarse a las instituciones o normas sociales ya que en la mayoría de los casos ellos no se comportan con las características normativas que se han descripto sobre las normas sociales (sanción informal, dispersión de la capacidad sancionadora, etc.).

13. Ver por ejemplo Martín BOHMER quien explica sobre *Martín Fierro*. «El primer Fierro, Moreira, Bairoletto o Mate Cosido son delincuentes convertidos por la alquimia de la ilegitimidad del derecho en héroes populares. `No pago los impuestos porque se los roban`, es la confesión de quien comete un delito amparado en la excusa de que la autoridad comete otro, en un intento de justificación» (BOHMER 2020). NINO menciona estas características de la literatura gauchesca (p. 130) pero no como causa de la anomia, sino como reflejo de la anomia preexistente (p. 129).

14. Ver por ejemplo el trabajo de BERKOWITZ, PISTOR y RICHARD (2003), quienes sostienen la idea de que el trasplante normativo es el origen de la ineficacia de las normas.

posible para complementar las aproximaciones de tipo sociológico que tradicionalmente se han ofrecido para explicar el fenómeno de la anomia.

4. ¿UNA LEY AL MARGEN DEL PAÍS?

La aproximación a la problemática del incumplimiento de las normas en América Latina se ha producido muchas veces desde una perspectiva sociológica o histórico-sociológica, tratando, en ocasiones, de identificar los perfiles psicológicos de los incumplidores (este es el caso de GARCÍA VILLEGAS (2009, 15 y ss. y 237 y ss.; 2011) y más recientemente, con matices, LAPORTA (2015)). También NINO se acerca a ese modelo, pero de un modo más completo y complejo, ya que adicionalmente (en el Capítulo VI) propone un conjunto de soluciones institucionales y de reorganización de la estructura de poderes del Estado¹⁵.

De un modo algo provocativo sostendré una idea contraria –pero no incompatible– a las versiones que explican el incumplimiento de las normas desde perspectivas exclusivamente sociológicas. Una ley ineficaz lo es siempre por un problema en el diseño de la ley, sea este originario o sobreviniente (en este sentido ver CALSAMIGLIA 1993, 172), y no por problemas sociológicos, antropológicos, culturales o religiosos. Es la ley (o mejor dicho la actividad legislativa en el diseño de la ley, su implementación y eventualmente las condiciones de aplicación de esas normas) la que debe superar los escollos sociales, antropológicos, culturales, etc. que pudieran presentarse. Sostengo que mi idea no es incompatible con las versiones sociológicas pues no postulo desatender o poner seriamente en tela de juicio esos rasgos culturales. Sin embargo, creo mejor estrategia para superar la anomia atender al descuidado «lado de la ley». NINO comparte en la última parte de su libro este enfoque (Capítulo VI) y abandona allí las aproximaciones histórico-sociológicas para proponer una serie de medidas bastante concretas.

A continuación, presentaré cinco ideas, algunas compartidas con NINO, que creo que son centrales para promover la moderación de las situaciones de anomia o ineficacia de las leyes. Evidentemente estas ideas no son las únicas posibles ni son separada o conjuntamente la *bala de plata* para resolver problemas tan profundos, son tan solo posibles contribuciones, algunas de ellas muy poco exploradas hasta el momento.

1– *La deliberación como camino*: la idea de NINO de que la deliberación pública es un camino para mejorar la anomia argentina es, creo, uno de los puntos más significativos de este libro. No solo por su contenido y claridad sino también por la noción de que este es uno de los pasos iniciales, ya que, si no se modifica el modelo de gestación de las normas, la anomia seguirá retroalimentándose (p. 241). Como ha descripto BICCHIERI (2017, 19): a menudo las conductas que desplegamos son condicionales a lo que los

15. Muchas de las descripciones y propuestas de NINO en el capítulo VI han quedado superadas por la reforma constitucional de 1994.

otros hacen. Especialmente a lo que hacen las personas de lo que consideramos nuestra red o comunidad de referencia. En definitiva, la eficacia promueve más eficacia y la ineficacia promueve la ineficacia.

Me atrevería a decir que la dirección que ha tomado en los últimos años el debate público en Argentina torna la promoción de la deliberación en una necesidad tan imperiosa como urgente. Habitualmente se sostiene que la deliberación pública y la participación ciudadana otorgan un mayor grado de *legitimidad procedimental* a las normas, y que ese mayor grado de legitimidad debería coincidir con un mayor grado de aceptación y acatamiento de las normas (FRIEDMAN 1977, 115). En similar sentido, ESTLUND sostiene que las decisiones tomadas tras la deliberación tienen considerables virtudes epistémicas que, por más que arrojen resultados incorrectos, proveen de una fuerza moral que las hace obligatorias (ESTLUND 2011, 32-33 y 195 y ss.). Además, sería deseable que la deliberación (el intercambio de razones) se produjera, dentro de lo posible, en términos comprensibles para la ciudadanía (BRUGUÉ 2011, 166); ello contribuiría indudablemente al aumento de la inteligibilidad de las normas sancionadas tras la deliberación.

Finalmente, y aquí vuelvo a vincular la cuestión con un tema que también preocupa a NINO (ver p. 233), es necesario educar para deliberar, y esta tarea debe comenzar desde la escuela primaria y alcanzar también a los parlamentarios elegidos. Es muy importante aprender a deliberar y comenzar a incorporar la práctica deliberativa en la vida social.

2– *De la sociología a las normas sociales*: Uno de los aportes provenientes del enfoque neoinstitucionalista es el de la consideración de las normas sociales como no siempre funcionales a las normas jurídicas. Este enfoque permite dos análisis diferentes. Por un lado, identificar una posible causa de ineficacia de las normas jurídicas, que se produce cuando normas sociales disfuncionales y normas jurídicas son contradictorias o se encuentran en tensión. Por otra parte, al identificar la norma social concreta que está en tensión con la norma jurídica nos podemos alejar de los análisis «bulto», generalizaciones o referencias a lo idiosincrásico de una sociedad. Con especial referencia a la Argentina o a América Latina, tengo la impresión de que las etiquetas que la ubican como una suerte de región excepcional respecto del incumplimiento de normas no contribuyen demasiado a solucionar el problema. Por el contrario, identificar concretamente las normas sociales disfuncionales que compiten con las normas jurídicas es un camino mucho más preciso y productivo para superar la anomia.

3– *La atención a la actividad legislativa*: La actividad legislativa ha sido desatendida durante los últimos siglos por el pensamiento jurídico. Sin embargo, en los últimos años se han ido borrando las barreras que impidieron pensar jurídicamente sobre la actividad legislativa. Así, las corrientes académicas vinculadas con la racionalidad legislativa o la llamada «legisprudencia» o estudio jurídico de la legislación, han resurgido y comenzado a ganar terreno en el ámbito académico, educativo y finalmente a influir en la producción legislativa (BAR-SIMAN-TOV 2019, 521-522).

No es este el lugar ni el espacio en el que desarrollar los lineamientos mínimos de las diferentes teorías sobre legislación racional o las propuestas de análisis que se han presentado en este campo. Sin embargo, algunas ideas básicas pueden ser compartidas para entender de qué manera este puede ser un mecanismo útil: (a) los legisladores tienen *deberes que van más allá de dictar normas que se adecuen a las constituciones* («no violar las reglas» es solo una condición necesaria para la creación y, por tanto, para la existencia y validez de las reglas, pero no es una condición suficiente); (b) los legisladores tienen el deber de *investigar y argumentar sobre los hechos* relevantes; (c) los legisladores tienen el deber de identificar con claridad un *estado de cosas que consideran problemático o indeseable*; (d) los legisladores tienen el deber de *ponderar y sopesar* alternativas para solucionar el problema identificado; (e) también tienen el deber de tomar en cuenta posibles situaciones futuras (*prospección*) y de hacer *pronósticos* sobre cómo la norma mejorará la situación indeseable; (f) asimismo, pesa sobre los legisladores el deber de *retrospección*, que obliga a valorar si la justificación del dictado de la norma continua vigente luego de un cierto tiempo, es decir, este deber obliga al legislador a una evaluación de los efectos de la norma para mostrar si se han alcanzado, o no, los objetivos (identificados en el cumplimiento del deber de pronóstico); (g) finalmente, pesa sobre los legisladores el deber de *corrección* que se vincula con el hecho de que las normas pueden resultar injustificadas en un momento posterior aunque hayan resultado justificadas en el momento de su dictado. En ese caso la ley debe ser corregida (este deber está fuertemente vinculado con el de retrospección)¹⁶.

En definitiva, utilizando el esquema de WINTGENS (pero podría ser otro, por ejemplo, el de ATIENZA (1997, 2013, 2019)), la idea que promueven los enfoques racionales de la legislación es que existe una obligación de justificación de las leyes y esto implica la necesidad de su revisión si estas no son cumplidas o no llegaron a cumplir sus objetivos (o en términos de ATIENZA, si las leyes llegaron a fallar en los niveles de racionalidad pragmática –eficacia– o racionalidad teleológica –efectividad–).

4– *La evaluación de las leyes*: La evaluación legislativa es la aplicación sistemática de procedimientos de investigación social procedentes de las ciencias sociales para valorar la conceptualización, el diseño y la implementación de las intervenciones públicas (NIETO 2016). Es evidente que esta propuesta está vinculada de manera directa con la anterior, pues más allá de que la mayor parte de la evaluación de las leyes se produce *ex post* (es decir, en un momento postlegislativo) es importante que las leyes se formulen en términos que permitan su evaluación. Es decir, la evaluabilidad de la ley es parte de su diseño y puede ser considerada un eslabón de la racionalidad legislativa. Evidentemente, la evaluación, para ser útil, debe ser imparcial. Por ello no siempre es el Poder Legislativo el mejor órgano para realizar estas evaluaciones de impacto (aunque es factible que las haga si las hace con objetividad).

16. Ver, por todos estos deberes, WINTGENS 2012.

5– *La mejora en las condiciones de aplicación*: Esta idea integra, con otra denominación y alcance, el conjunto de propuestas de Nino en el Capítulo VI, especialmente en el punto 4 (*El control de la anomia a través de la responsabilidad penal*) y en el punto 5 (*El control de la anomia a través de la responsabilidad civil*). Lo que propongo aquí obviamente incluye los dos aspectos que NINO ha señalado como herramientas para salir de la trampa de la anomia, pero también va más allá.

Las condiciones de aplicación son muy relevantes para la superación de la anomia ya que, sin importar cuán bien diseñada esté una norma jurídica, si no hay consecuencias por violarla, su poder de guía disminuye sustantivamente. Ello es así incluso cuando la ley es significativa o sus razones son lo suficientemente comprendidas por los destinatarios como para motivar su cumplimiento (y por los restantes miembros de la comunidad como para ejercer una presión social para motivar su cumplimiento).

Las buenas condiciones de aplicación de la ley tienen una triple relación instrumental con respecto a la eficacia de las normas jurídicas (la disminución de la ilegalidad): la primera se produce cuando la aplicación de la norma sustituye la ineficacia anterior de la norma, o se produce lo que se podría llamar eficacia *mediante* la aplicación; la segunda es cuando el propio incumplidor, luego de sancionado, en otra oportunidad revierte su conducta anómica por una cuestión de disuasión especial; finalmente es esperable que la aplicación de las normas genere una serie de incentivos para el cumplimiento de estas, es decir, un efecto disuasivo general.

Los dos primeros tipos de relaciones presentan una situación que es solo de relativa importancia para conseguir que la norma adquiera eficacia cuando no la tiene o solo la tiene en muy baja medida. Ello es así pues se requeriría que llegara a la instancia de aplicación una cantidad de casos muy significativa para que la aplicación de la ley se transformase en un mecanismo que produjera la eficacia. La tercera relación instrumental entre aplicación y cumplimiento de las normas es más amplia en cuanto a sus alcances. Cuando las condiciones de aplicación de la ley son razonablemente buenas, la disuasión ocurrirá de manera más general (disuasión general) y este es el canal más importante para mejorar la eficacia.

Naturalmente, la aplicación de la ley puede ser más o menos influyente en la disuasión general dependiendo del tipo de regla incumplida: para ciertas normas esta relación instrumental es más fuerte. Por ejemplo, la eficacia de la norma que penaliza la omisión de poner monedas en el parquímetro dependerá de una manera directa y constante de la eficiente aplicación de multas por esa infracción (FRIEDMAN 1975, 68). Por su parte, en otro tipo de normas la relación entre aplicación y eficacia será más débil, como en las normas que obligan a alimentar a los hijos (FRIEDMAN 1975, 68), o prohíben el canibalismo (HIERRO 2003, 141).

No desconozco que en esta propuesta está tal vez la dificultad de implementación más grande, ya que es en las actividades de pre-adjudicación donde se concentra uno de los problemas más graves y extendidos de corrupción en la Argentina, y a nivel judicial el deterioro institucional –por razones políticas, estructurales y organizacionales– ha

avanzado notablemente desde fines del siglo pasado hasta hoy. Sin embargo, tampoco se ha advertido ninguna voluntad política de mejorar esta situación y es posible conjeturar que el avance en *algún sentido* podría generar mejoras en términos generales de las condiciones de aplicación.

Para finalizar quisiera hacer un ejercicio de relectura de la anomia, no en términos conceptuales, sino en términos de percepción de la realidad argentina. ¿Es Argentina un país tan anómico como lo ha descrito NINO? La respuesta es «sí y no». Algunas de las situaciones que describe NINO, afortunadamente, han sido superadas en las tres décadas que separan la escritura de *Un País al margen de la ley* de la actualidad. También es cierto que han surgido otras, diferentes situaciones de incumplimiento generalizado de normas y otras de las circunstancias descritas por NINO, por desgracia, han persistido y hasta han empeorado, como la ya mencionada sobre el deterioro institucional de parte del Poder Judicial.

Sin embargo, Argentina no es un «Estado fallido» y está lejos de serlo¹⁷; tampoco es un «Estado débil» de acuerdo con la definición de la OECD¹⁸. Argentina tiene leyes importantes que gozan de muy buena salud y que han contribuido a la estabilidad democrática de los últimos casi 40 años¹⁹, leyes que regulan las relaciones entre personas que son respetadas y efectivas²⁰, leyes que han favorecido la igualdad y la no discriminación que también han sido exitosas²¹, leyes que promueven el respeto de la propiedad

17. Si bien no hay una definición unánimemente aceptada del término, un Estado fallido puede ser descrito como aquel en el que se presentan las siguientes características: la ruptura de la ley y el orden producida cuando las instituciones estatales pierden el monopolio del uso legítimo de la fuerza y se tornan incapaces de proteger a sus ciudadanos (o, peor aún, son utilizadas para oprimirlos y aterrorizarlos); la escasa o nula capacidad para responder a las necesidades y deseos de sus ciudadanos, proveer servicios públicos básicos y asegurar las condiciones mínimas de bienestar y de funcionamiento de la actividad económica normal; en la arena internacional, la ausencia de una entidad creíble que representa al Estado más allá de sus fronteras (BRINKERHOFF, 2005: 4). La organización FUND FOR PEACE realiza anualmente un índice de Estados frágiles. En la edición 2020 de ese índice la Argentina está en el puesto 138 de los 178 países medidos (el puesto 178 está ocupado por Finlandia y el puesto 1 por Yemen).

18. Paralelamente al concepto de Estado fallido se acuñó otra denominación para un fenómeno semejante: el concepto de Estado frágil. De acuerdo con la OECD, la fragilidad de un Estado se define por la combinación de exposición al riesgo y la insuficiente capacidad del Estado, el sistema o la comunidad para manejar, absorber y/o mitigar esos riesgos (OCDE, 2016).

19. Por ejemplo, la Ley Saénz Peña (Ley 8871) que establece el voto secreto y obligatorio, la Ley 13.010 de sufragio femenino, el Código Electoral Nacional (Ley 19.945 modificada por Ley 22.864 y Decreto N.º 2135).

20. Pienso, en términos generales, tanto en el Código Civil argentino como en el Código de Comercio antes y después de su reforma y unificación en 2015, pero también en algunas más específicas como la Ley 2393 de Matrimonio Civil o la Ley 23.515 de divorcio.

21. Entre otras, la Ley 24.012 de cupo femenino para cargos electivos nacionales después del decreto reglamentario 1246/00, la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, la Ley 26.743 de identidad de género, la Ley 23.592 de penalización de actos discriminatorios (especialmente sus arts. 4 y 5) o la Ley 23.264 de equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

que tienen altos índices de cumplimiento²², leyes que garantizan la educación que son históricamente motivo de orgullo²³, leyes efectivas que aseguran las expectativas de seguridad y autonomía y su compensación en caso de no ser respetadas²⁴, leyes relativas a la salud pública que han cumplido positivamente sus propósitos²⁵, leyes procedimentales útiles para garantizar derechos fundamentales²⁶ y leyes que han creado órganos del Estado o instrumentado la organización estatal de un modo perdurable y fructífero²⁷, solo por mencionar algunas que rigen a nivel nacional²⁸.

Es innegable que hay también grandes e importantes ámbitos donde reina la ineficacia, la ineffectividad y la ineficiencia. Solo por mencionar algunos, el ámbito impositivo o la enquistada corrupción en la esfera pública tanto a gran escala como a pequeña escala. Este último problema es, indudablemente, no solo muy grave en sí mismo, sino que tiene la capacidad de afectar la eficacia, la efectividad y la eficiencia de otras leyes, y además afecta de una manera directa a las personas físicas y jurídicas e impide que se acceda a derechos y libertades y se goce de la seguridad que el Estado debe proveer.

Las leyes que a modo de ejemplo he mencionado como exitosas brindan una base para un moderado optimismo con relación a la posibilidad de revertir o moderar la anomia argentina. Los caminos para obtenerlo son muchos y variados, aquí se han propuesto algunos que podrían considerarse de algún modo innovadores por dos razones. En primer lugar, por no recaer en la cuestión de las descripciones sociológicas generales e

22. Por ejemplo, la Ley 14.394 que establece el régimen de Bien de Familia, la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, la Ley 17.418 de Seguros, la Ley de derechos de propiedad intelectual 11.723, la Ley 14.459 de salario mínimo, vital y móvil o algunos aspectos de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

23. Como la Ley 1420 y su sucesora o la Ley N.º 24.521 de Educación Superior.

24. En general, las normas sobre responsabilidad civil incluidas en el Código Civil y Comercial pero también la ya mencionada Ley de Seguros 17.418 o la responsabilidad objetiva en el ámbito laboral conocida como *accidente in itinere* (incluida en la Ley 24.557) y en especial, las normas sobre compensación a los desaparecidos y otras víctimas de los crímenes aberrantes de la última dictadura militar, específicamente el Decreto 70/91 del Poder Ejecutivo Nacional y las leyes 24.043, 24.411, 24.823 y 25.914 (nótese que NINO escribe el texto comentado antes de la sanción de la Ley 24.043 y señala este tema como una carencia debido a que conjetura que la ausencia de juicios al Estado por daños y perjuicios por los crímenes de la dictadura obedece a la ineficiencia del sistema de la justicia civil (p. 231)).

25. Entre otras, las leyes que prohíben fumar en espacios públicos cerrados que rigen en todo el país, aunque son de competencia local (p.ej. Ley 1799 de Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Ley 17.259 de enriquecimiento de la sal con yodo y 25.630 de enriquecimiento de la harina con ácido fólico, vitaminas y hierro, Programa Médico Obligatorio (Decreto 492/1995), Ley de medicamentos genéricos 25.649 o Ley 27.491 de Control de enfermedades prevenibles por vacunación y su predecesora la ley 22.909.

26. Por ejemplo, las siguientes: Ley de amparo (16.986), Ley de Hábeas Data (25.236), Ley de acceso a la información pública (27.275) y Ley de Hábeas Corpus (23.098).

27. Entre muchas otras, la Ley 1565 de creación de Registro Civil, la Ley 49 de Competencia de los Tribunales Nacionales y Organización de la Justicia, el Decreto Ley 17.138/57 de creación del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), el Decreto Ley 21.680/56 de creación del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) o el Decreto Ley 1291/58 de creación de la Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

28. Al ser Argentina un Estado federal, hay leyes provinciales que pueden gozar también de estas virtudes y que no se incluyen en las notas al pie anteriores.

imprecisas y, en segundo lugar, por poner el acento *en la ley y en la producción legislativa* y solo de manera indirecta e instrumental en la cuestión judicial, que siempre ha sido prioritaria en los análisis jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRON, C., y E. BULYGIN, (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México: Distribuciones Fontamara.
- ARIAS, X, y G. CABALLERO, (2013). «De la nueva economía institucional al análisis institucional moderno en las ciencias sociales» en Arias, X y Caballero, G., *Nuevo Institucionalismo, Economía, Gobernanza y Políticas Públicas*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- ATIENZA, M., (2019). *Argumentación legislativa*, Buenos Aires: Astrea.
- ATIENZA, M., (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M., (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- BAR-SIMAN-TOV, I., (2019). «El resurgimiento global de la jurisprudencia: una aproximación comparada al papel de la legislación en la educación e investigación jurídica», en Oliver-Lalana, D. (ed.) *La Legislación en Serio*, Madrid: Tirant lo Blanch: 522-558.
- BERKOWITZ, D., K. PISTOR, y RICHARD J.F., (2003). «Economic Development, Legality, and the Transplant Effect» en *European Economic Review* (47):165-195.
- BICCHIERI, C., (2017). *Norms in the Wild. How to Diagnose, Measure and Change Social Norms*, New York: Oxford University Press.
- BOHMER, M., (2020). «La conducta y la Ley», *El Economista* 25/03/2020.
- BRUGUÉ, Q., (2011). «Recuperar la política desde la deliberación.» *Revista Internacional de Organizaciones* (7): 157-174.
- BRINKERHOFF, D, (2005). «Rebuilding Governance in Failed States and Post-Conflict Societies: Core Concepts and Cross-Cutting Themes» *Public Administration and Development*, (25): 3-14.
- BULYGIN, E, y MENDONCA, D, (2005). *Normas y sistemas normativos*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- CALSAMIGLIA, A., (1993) «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?» *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Num. 13: 161-178.
- CARACCILO, R., (1997). «Existencia de Normas.» *Isonomía*, Num. 7: 159-178.
- DRÈZE, J., y SEN, A., (2000). *India. Development and Participation*. Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, R., (1986). *A Matter of Principles*, Oxford: Clarendon Press.
- ENGERMAN, S., y SOKOLOFF, K., (2005). «Colonialism, Inequality and Long-Run Paths of Development». NBER, working paper.
- ESTLUND, D., (2011). *La autoridad democrática*, Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- FERNÁNDEZ BLANCO, C., (2019). «Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 42: 259-282.
- FRIEDMAN, L., (1975). *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation.
- FUND FOR PEACE (2019). «Fragile State Index 2019». Annual Report, Washington D.C.: Fund for Peace.

- GARCÍA VILLEGAS, M., (2009). *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- HART, H. L. A., (1994). *The Concept of Law*. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press.
- HELMKE, G., y LEVITSKY, S., (2004). «Informal Institutions and comparative politics: a research agenda» *Perspectives on Politics* (American Political Science Association) (2) Num. 4: 725-740.
- HORA, R., (2018). «El latifundio como idea: Argentina, 1850-2010», *Población & Sociedad*, (25) Num. 2: 55-82
- LAPORTA, F., (2015). «América Latina: Problemas de vigencia y aplicación del derecho» en Cruz Moratones, C., Fernández Blanco, C. y Ferrer Beltrán, J. *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid– Barcelona: Marcial Pons: 59-92.
- LATORRE, M., (2006). «Teorías institucionalistas del Derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)» *Derechos y Libertades*, Num. 14, época II:103-112.
- MCCLOSKEY D., (2010). *Bourgeois Dignity: Why Economics Can't Explain the Modern World*, Chicago: University of Chicago Press.
- MÉNARD, C., y SHIRLEY, M., (2014). «The Contribution of Douglass North to New Institutional Economics», en Galiani, S. y Sened, I, *Institutions, Property Rights, and Economic Growth The Legacy of Douglass North*, Cambridge: Cambridge University Press: 11-29.
- MÉNDEZ, R., (2014). «Una nota crítica a propósito del libro Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty» *Lecturas de Economía*, Num. 80: 211-218.
- MERTON, R., (1968). *Social Theory and Social Structure*, New York: The Free Press.
- NIETO MARTÍN, A. (2016). «Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental», en Nieto Martín, A.; Muñoz de Morales Romero, M. y Becerra Muñoz, J. (Dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons: 407-443.
- NINO C., (2011). *Un País al Margen de la Ley*, Buenos Aires: Ariel, 4ta. Edición, 2011.
- NINO C., (1995). *Un País al Margen de la Ley*, Buenos Aires: Emecé Editores, 2da. Edición.
- NINO C., (2006). *Juicio al Mal Absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?*, Buenos Aires: Ariel.
- NINO C., (1980). *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- NORTH, D., (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica.
- NORTH, D., (1991). «Institutions» en *The Journal of Economic Perspectives* (5), Num. 1: 97-112.
- NORTH, D., (2005). *Understanding the Process of economic change*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- OECD, (2016). «States of Fragility 2016: Understanding Violence». Paris: OECD Publishing.
- PISTOR, K., HALDAR, A. y AMRIT, A., (2010) «Social norms, rule of law, and gender reality: an essay on the limits of the dominant rule of law paradigm» en Heckman, J. Robert Nelson, R. y Cabatingan, L. (eds.) *Global Perspectives on the Rule of Law*, Abingdon: Routledge: 241:278.
- POSTEMA, G., (2008). «Conformity, Custom and Congruence: Rethinking the Efficacy of Law» en Kramer, M. Grant, C., Colburn, B. y Hatzistavrou, A. *The Legacy of H.L.A. Hart*, Oxford– New York: Oxford University Press.
- PRADO, M., y TREBILCOCK, M., (2009). «Path Dependence, Development and the Dynamics of Institutional Reform» en *University of Toronto Law Journal*, Num. 59: 341-379.

- PRZEWORSKI, A., (2004) «The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Economic Development?», en *Archives of European Sociology* XVI: 168-199.
- SACHS, J., (2012). «Government, Geography and Growth. The True Drivers of Economic Development» *Foreign Affairs* (91), Num. 5: 142:159.
- SACHS, J., (2003). «Institutions Matter but not for everything» en *Finance and Development*: 38-41.
- SEN, A. (2009). *La idea de la justicia*, Madrid: Taurus.
- SEN, A. (2000) *Desarrollo y Libertad*, Madrid: Planeta.
- WINTGENS, L., (2012). *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Surrey (UK) – Burlington (USA): Ashgate.

