

El Mal Derecho: una explicación acerca de las causas del declive institucional

The Bad Law: an explanation about the causes of institutional decline

*Adriano P. Díaz Cisneros**

Resumen

El “Mal Derecho” es una metateoría jurídica implícita que habita algunas tradiciones jurídicas y que hará fracasar todas las herramientas que puedan conducir a la fortaleza institucional y al *Rule of Law* o “gobierno de las leyes”. La paradoja es que una de las hipótesis protectoras del Mal Derecho es que, si fracasa, es culpa de la inmoralidad de la sociedad y nunca del propio Mal Derecho, lo que lo vuelve irrefutable, infalsable y hasta invisible. En la tradición jurídica de Argentina, como en otras, habría esta especie de “infección” y, entonces, el Mal Derecho sería lo que debilita a las instituciones. La propuesta es explorar el debate de las metateorías jurídicas implícitas que determinan que algunos países tengan “Buen Derecho” y sus instituciones sean fuertes y eficaces, mientras que otros, por sufrir de Mal Derecho, viven atascados en el fracaso institucional, la injusticia, la corrupción, la inequidad, así como la falta de confianza y de toda previsibilidad a largo plazo.

Palabras clave: estado de derecho – democracia – desarrollo económico – derecho

Abstract

“Bad Law” is an implicit legal meta-theory that inhabits some legal traditions and that will make all the tools that can lead to institutional strength and the Rule of Law fail. The paradox is that one of the protective hypotheses of Bad Law is that, if it fails, it is the fault of the immorality of society and never of Bad Law itself, which makes it irrefutable, unfalsifiable and even invisible. In the legal tradition of Argentina, as in others, there would be this kind of “infection” and then, Bad Law would be what would weaken the institutions. The proposal is to explore the debate of the implicit legal meta-theories that determine that some countries have “Good

* Adriano P. Díaz Cisneros es Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Integra el Instituto de Derecho del Consumidor del CPACF (Buenos Aires, Argentina) y la Comisión de Derechos del Consumidor de la AABA (Buenos Aires, Argentina). Fue Director del Instituto de Derechos del Consumidor del CPACF (2016/2023). Es investigador en el ámbito de dichos espacios científicos (Buenos Aires, Argentina).

Law” and their institutions are strong and effective while others, suffering from Bad Law, live stuck in institutional failure, injustice, corruption and inequity, as well as a lack of trust and any long-term predictability.

Key words: rule of law – institutions – economic development – democracy

I. La propuesta del presente, la metodología y los objetivos

La propuesta que presentaré en este trabajo no es una continuación de antecedentes bibliográficos, sino que es, fundamentalmente, una perspectiva original. La idea es que, en nuestra tradición jurídica existe una “metateoría” jurídica, el “Mal Derecho”, que nos condena como país al subdesarrollo, a la arbitrariedad y a la corrupción, así como a la crisis institucional permanente, en similar destino que otros países que también sufren de Mal Derecho.

La metateoría, intentaré convencerte, habita en algunas tradiciones jurídicas, en la profundidad subyacente de los razonamientos. Luego, contamina todos los desarrollos jurídicos emergentes, hasta lograr que el Derecho, como un todo, se convierta en una fuente de debilidad institucional, anomia y estancamiento.

Los fines del artículo, como primera aproximación, se limitan a identificar los componentes esenciales de esta metateoría y desarrollarlos, para “desenmascararla”. En procura de ello, la metodología consistirá en recorrer diversas áreas y materias donde podría manifestarse el problema, como emergentes que son consecuentes con el Mal Derecho. Se explorará la historia en los desencadenantes de golpes de Estado, interrupciones constitucionales y autoritarismos, así como en la psicología social que sufre una sociedad a consecuencia de Mal Derecho –de antagonismos y fuertes divisiones–, como, más recientemente, en los debates doctrinarios de distintas áreas jurídicas específicas, donde se ve, también, la contaminación del Mal Derecho.

En las conclusiones, me animaré a sugerir propuestas para tratar de liberarnos del Mal Derecho y poder vislumbrar una ruta para lograr una sociedad con instituciones sólidas, menos divisiones y enconos internos, así como, también, poder lograr una mayor previsibilidad a largo plazo de la vida social y de las instituciones.

II. Una metateoría jurídica implícita como explicación del colapso institucional crónico

Es muy conocido que el indicador *Rule of Law*, que es mejor traducir como “gobierno de las leyes”, es un predictor importante del éxito y desarrollo de los países. Aquellos países que puntúan fuerte en *Rule of Law* serían los más desarrollados, mientras que otros países, con declive o debilidad institucional, suelen ser los que tienen un desarrollo social y económico más débil.

Incluso el conocido Índice de Libertades Económicas acierta para reconocer a los países que más crecen y desarrollan, pero tiene la “trampa” de que no mide nada más que Libertad Económica, sino también *Rule of Law*.² De una o de otra forma, hay numerosos estudios empíricos que demuestran que, si gobiernan las leyes, hay un mayor desarrollo económico: los países con mayor calidad institucional son los que más crecen.³

Pero entonces, ¿por qué algunas naciones no logran un importante desarrollo de sus instituciones? La propuesta del presente es que el problema está en el Derecho. Sería el Derecho lo que determina que algunos tengan buenas instituciones y otros, en cambio, queden condenados a la crisis institucional crónica.

Los países que se frustran en tener instituciones fuertes y reglas de juego continuas que den previsibilidad, es porque tienen una plaga académica en sus tradiciones: el *Mal Derecho*.

Estos países sufren Mal Derecho, que se traduce en malos manuales de Derecho, malas doctrinas, malas leyes, malas jurisprudencias, malas normas, que aseguran que la sociedad esté atascada en un permanente deterioro institucional. Son sus libros sobre Derecho, son sus conocimientos jurídicos, son sus Facultades de Derecho, los que aseguran su decadencia.

El Mal Derecho es una metateoría jurídica implícita que habitará en algunas tradiciones jurídicas. Es una metateoría, porque es una teoría de teorías. Es como un tronco del cual emergen distintas ramas, unas distintas con otras, pero que tienen en común el ser inferencias deductivas emergentes de los axiomas centrales de la metateoría. Para mostrarlo con un ejemplo. Una hierba mala puede estropear un campo entero, pero coexistir con otras sin efectos nefastos ni productivos. Con una lógica similar, no todas las teorías, conocimientos y normas que encontraremos en estas tradiciones infectadas califican como Mal Derecho, ya que habría algunos conocimientos jurídicos muy buenos. En las tradiciones donde habita esta “infección”, solamente algunas teorías serían emergentes de la metateoría, pero de todas formas serían las suficientes para provocar que las instituciones se deterioren y todo colapse.

²“2023 Index of Economic Freedom”, Fundación Heritage (2023), en <https://www.heritage.org/index/>.

³Al respecto, puede consultarse: William Easterly y Ross Levine, “Tropics, Germs, and Crops: How Endowments Influence Economic Development”, *Journal of Monetary Economics* 50, nro. 1 (2003): pp. 3-39; Daron Acemoglu, Simon Johnson y James A. Robinson, “The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation”, *American Economic Review* 91, nro. 5; Douglass North, “The new institutional economics”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (jite)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, (1986), pp. 230-237.

Sobre todo, obstaculiza que llegue el gobierno de las leyes.

Por otro lado, la metateoría es *implícita*. Al ser implícita, no solamente es una teoría de teorías, sino que está solapada en la invisibilidad, en un consenso tácito de la validez de sus axiomas. Habita en las premisas previas, que se dan por indiscutibles, desde donde se comienza a pensar. Por ende, no se exterioriza, sino que se la da por evidente, como el marco previo de la discusión desde el cual se comienza a razonar.

En países que sufren Mal Derecho, mayormente, legisladores propondrán malas leyes, jueces escribirán malas sentencias, académicos propondrán malas doctrinas y profesores escribirán malos libros de derecho. Pero no cabe culpar a estos legisladores, jueces o profesores en sí, sino al pensamiento que tienen, al error jurídico implícito del cual empiezan a pensar y, a partir del cual, emerge todo el conocimiento jurídico posterior, inevitablemente defectuoso. Es como un equívoco anterior e implícito a los razonamientos emergentes que, unos muy distintos con otros, asomarán a la superficie en forma de conocimientos jurídicos defectuosos o leyes mal diseñadas o sentencias ineficaces.

Por ejemplo, si en un país hubiera Mala Medicina y sus médicos y profesores de medicina, al utilizar estos conocimientos, enfermaran más y más a la gente, no cabría criticar a esos médicos, sino a la Mala Medicina que practican. De la misma forma, debe focalizarse en el Mal Derecho y no, por ejemplo, en los malos proyectos de ley que surgen de los más prestigiosos juristas de un país consecuentes con el Mal Derecho, ni mucho menos a sus doctrinarios que lo practican.

III. Los componentes de la metateoría

La metateoría jurídica implícita del Mal Derecho se compone de tres axiomas y una hipótesis protectora:

a) el *argumento moralista*, que clama que las normas se cumplirán “cuando vuelva la moral”(sin *enforcement*).

b) el *argumento verticalista*, que clama que la actividad de hacer cumplir las normas debe quedar reservada a personas de cualidades especiales, en lo cognitivo y/o moral, pero no al conjunto de la población.

c) el *argumento economicista*, que complementa los dos anteriores y considera un costo superfluo la legalidad, ya que podría lograrse lo mismo con la recuperación de la moral y/o cuando llegue la autoridad indicada y restablezca la moral.

A su vez, debe añadirse la *hipótesis protectora* que consiste en que, en cada ocasión en que el Mal Derecho fracasa, se culpará a la sociedad que lo cobija de este fracaso –por ejemplo, de tener un defecto moral, cultural o educativo– y no al Mal Derecho en sí mismo.

En cambio, el orden de las leyes, *Rule of Law*, requiere de una metateoría jurídica implícita opuesta.

a) no hay moralidad suficiente que haga respetar las normas, las normas nunca se cumplen, sino que se fuerzan a cumplir, en tanto que se necesita *law enforcement* para que tengan vigencia, un esfuerzo constante para que la norma se cumpla.

b) las autoridades siempre tienden a ser despóticas y corruptas porque, por su poder, el *law enforcement* sobre ellas está debilitado y, por eso, el *enforcement* debe ser descentralizado para asegurar la igualdad ante la ley y disminuir la corrupción, autoritarismo y despotismo.

c) sostener las normas con *enforcement* es costoso y, si el *enforcement* es descentralizado, entonces es aún más costoso, pero el costo del *enforcement* es necesario y justificado.

No hay *hipótesis protectora* ante la evidencia empírica adversa. Si falla el Derecho en imponer su imperio, entonces es siempre por defecto del mismo Derecho.

IV. Tres premisas y una hipótesis protectora

A. El argumento moralista como opuesto a la teoría del *enforcement*

La *Lucha por el Derecho* de Ihering es toda una exhortación en contra del argumento moralista: no es por la inmoralidad que fracasan las normas, sino por falta de lucha por el derecho. Ihering cita a Kant, el que se hace gusano... merece que lo pisen.⁴

El argumento moralista predica que las normas se cumplirán cuando vuelva la moral, mientras que Ihering dedica todo el libro a explicar lo opuesto. Si se quiere el Derecho, se necesita de la lucha. No hay que culpar a la injusticia cuando desplaza al Derecho, hay que culpar al Derecho, por dejarse avasallar, dice.⁵

⁴ La cita de Ihering reza: “No se me ocurren para él otras palabras que las de Kant, en un fragmento que sólo pude conocer después de la primera aparición de este opúsculo: «quien se rebaja hasta convertirse en gusano, no puede quejarse después cuando le pisoteen». Ver Rudolph von Ihering, *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo G. Posada y ed. Luis Lloredo Alix, (Madrid: Editorial Dickinson, 2018), p. 40.

⁵ La descripción es una síntesis de algunas de las ideas centrales del libro de Ihering, hecha en base a la traducción de Adolfo Posada, citado en la nota al pie anterior.

No obstante, el mejor concepto para visibilizarlo es la idea del *enforcement*, un concepto que significa la actividad de forzar a cumplir la norma. Si “*force*” es fuerza y el “*enforcer*” es también un matón, la traducción correcta de *enforcement* implicaría hablar de la actividad de forzar a cumplir la norma, lo que ya el concepto comunica un axioma implícito: “*las leyes jamás se cumplen, sino que se fuerzan a cumplir*”.

B. El argumento economicista

Entonces, si se asume que las normas se cumplirán solas cuando vuelva la Moral (argumento moralista), la actividad del *enforcement* aparece como un costo económico y superfluo. A cambio, se cree que con un "cambio cultural" podría lograrse. El argumento economicista viene a criticar también el *enforcement*, al entenderlo como un costo económico superfluo.

Por ende, asumir que las normas necesitan *enforcement* para estar vigentes, requiere aceptar que hay un costo de mantenimiento de toda norma. El costo del esfuerzo de forzarla a cumplir por sobre los intereses de los infractores. Así como una bombilla extingue toda su luz cuando se corta la electricidad, entonces una norma extingue toda su vigencia cuando se reduce el *law enforcement*, la actividad social de hacerla cumplir a la fuerza por sobre los transgresores.

Si se piensa que la tarea del Derecho no acaba con postular el “deber ser jurídico”, sino que debe interesarse por su *enforcement*, entonces en aquellas tradiciones que no sufren la metateoría implícita del Mal Derecho, se posibilita interés en la etapa del esfuerzo de "hacer cumplir la norma" y, por ende, en el diálogo con otras disciplinas como las ciencias conductuales, las neurociencias, la sociología y, especialmente, la economía, para mejorar el *enforcement*. Habría interés, buen diálogo y espacio al Análisis Económico del Derecho. La economía, o la teoría de la elección racional, o la teoría de los juegos, puede aportar mucho en materia de disuasión. Al contrario, en aquellas tradiciones aquejadas por Mal Derecho, se contentan con enunciar el deber ser jurídico, con desinterés acerca de si la norma se cumple o no. Pero también porque tenderán a creer al *enforcement* como un costo económico superfluo o innecesario ya que las normas podrían cumplirse solas "cuando vuelva la Moral".

C. El argumento verticalista

El “*argumento verticalista*” es correlato del “*argumento moralista*”, están entrelazados. El argumento verticalista clama que personas especiales, de cualidades

morales, cognitivas o educativas superiores, deberían hacer cumplir las normas a todas las demás. Si para el argumento moralista la vigencia del Derecho requiere de una población moralmente apta, entonces para el argumento verticalista, como su continuación, los encargados de hacer cumplir las normas deben ser moralmente superiores a la media. Para este último argumento, la tarea de la construcción del derecho requiere de cualidades especiales, propias de personas extraordinarias, y no puede ser realizada por toda la población. En cambio, exige un estándar mayor en cuanto a conocimiento, erudición y/o moralidad, según el axioma implícito.

La expresión más típica del *argumento verticalista* es la descalificación de la aptitud de la gran masa del pueblo para tener una tarea en la construcción del derecho, bajo el pretexto de que el pueblo estaría integrado por individuos con insuficiente educación, moralidad y madurez. Al exigir tanta calificación moral, este argumento completa la invisibilidad del Mal Derecho, porque todo el tiempo persiste la protesta acerca de la “baja calificación moral” que tendrían los líderes, los políticos y los gobernantes de ocasión, sin llegar a poder observarse que es la propia dinámica social que provoca el Mal Derecho lo que los ocasiona.

Como un ejemplo de que el problema está en lo implícito, puede mencionarse un artículo de Rosatti donde defiende el juicio por jurados legos. El autor se muestra perplejo ante la debilidad argumental de quienes critican los jurados: si faltara educación, tal como dicen, entonces hoy la masa de la gente tiene más educación que en 1853, razona, al sopesar que una importante proporción de la población por aquella época (superior al 70%) era analfabeta.⁶ No obstante coincido con Rosatti y adhiero a sus argumentos, sin embargo, estimo que, aunque toda la población tuviera maestrías en derecho, el juicio por jurados sería resistido de todas formas. Es que son las premisas implícitas del *argumento verticalista* aquellas que lo resisten, los argumentos expresados solamente son un emergente explícito y precario.

De hecho, Rosatti lo cita a Montesquieu, y en su argumentación se lee:

El Poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una

⁶ Horacio Rosatti, “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar?”, *Pensamiento Penal*, (junio de 2019). Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47725.pdf#viewer.action=download>.

profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados.⁷

Como se ve, los jurados no son una expresión de confianza en la maduración, credibilidad o idoneidad de los ciudadanos, sino más bien son como un contrapeso porque se teme el excesivo poder de los jueces. Se teme porque toda autoridad tiene un *law enforcement* debilitado y, si no hay paraíso moral posible, entonces toda autoridad es despótica en potencia. No obstante, en el *argumento verticalista*, contracara de la inidoneidad de la sociedad, se pretende encontrar a las autoridades indicadas, exclusivicen la tarea de generar el derecho en la sociedad.

El *argumento verticalista* resiste instituciones como el voto universal,⁸ la querrela, el rol de la víctima, el proceso de tipo acusatorio en el ámbito penal, el instituto de la legítima defensa, la portación de armas para defenderse y sostener la legalidad, los daños punitivos o indemnizaciones con objetivos de disuasión o las acciones de clase en el derecho privado, el juicio por jurados legos, la libertad de expresión, los contratos libres y la autonomía de la voluntad para celebrarlos. En fin, el *argumento verticalista* es el hilo en común de corrientes doctrinarias que, en distintas facetas del derecho, intentarán adormecer al ciudadano corriente y no le darán un rol relevante en la construcción de legalidad.

En general, lo explícito es lo más persuasivo, pero lo nefasto es lo implícito que se debe asumir. Así, el persuasivo argumento de que la masa del pueblo sería “inmadura”, “inmoral” o “sin educación” para realizar tareas de construir legalidad, termina por aceptar, en lo implícito, que habría que buscar individuos superiores en su madurez, moralidad y rectitud, para exclusivizar en ellos la tarea de construir la legalidad. Finalmente, ello debilita el *enforcement* sobre los elegidos y, al final, genera corrupción, autoritarismo, privilegios y despotismo. No es menor insistir en que, cuando el *enforcement* debilitado sobre las autoridades finalmente genera déspotas, corruptos y autoritarios, entonces el Mal Derecho no se da por refutado. Ante tal resultado, se critica a la inmoralidad de estos individuos elegidos, pero jamás al Mal Derecho que los hizo posibles y, así, se renueva la esperanza de encontrar otros mejores.

⁷Horacio Rosatti, “¿Puede el pueblo juzgar?”.

⁸Sin ver que, sin el voto, no se puede controlar a los gobernantes que serían aún más inmorales que los votantes por tener *enforcement* reducido.

D. La hipótesis protectora

El Mal Derecho siempre sumergirá a la sociedad que lo sufre en una situación de anomia generalizada y de decadencia institucional. A pesar de eso, podrá estar a salvo de las críticas gracias a la hipótesis protectora. La hipótesis protectora es un tipo de discurso tan importante que reproduce, en lo implícito, todo el Mal Derecho. Entonces, al criticar a la sociedad por su déficit moral, se exculpará al Mal Derecho de su fracaso.

Al Buen Derecho se lo reconoce por el comportamiento de la gente. En los países que tienen Buen Derecho, se los reconoce porque las leyes sirven para predecir la vida social, el día a día es más predecible. De la misma manera, al Mal Derecho se lo reconoce también por la gente. En aquellos países que sufren Mal Derecho, la gente no respeta las instituciones, ya que las leyes no predicen la vida social. Cada día es un mazo de cartas, debido a que el Mal Derecho está pensado de tal manera que lleva a su propio fracaso para regir la vida social.

No obstante, quienes sufren Mal Derecho no podrían salir porque no lo podrían ver, por la eficacia de la hipótesis protectora. Siempre creerían que es un problema moral o cultural de la sociedad, lo que resulta un mecanismo eficaz para hacer invisible el Mal Derecho.

La paradoja que hace invisible al Mal Derecho es que aquellos que critican su resultado (la anomia general) transmiten, reproducen y consolidan la metateoría jurídica implícita. Esto se debe a que suelen quejarse de la inmoralidad, del egoísmo o de la falta de educación. Por ende, reproducen la hipótesis protectora del Mal Derecho: *"si el Derecho fracasa en regular la conducta social, será culpa de la inmoralidad de la sociedad, pero no del propio Derecho"*.

Con esta trampa de la hipótesis protectora, el Mal Derecho no cumple con el criterio de falsabilidad del filósofo Karl Popper.⁹ No hay ningún resultado empírico que pueda demostrar que el Mal Derecho es Mal Derecho ya que, cada vez que muestra su ineficacia, la culpa sería de la sociedad.

V. El Derecho como causa de deterioro institucional

Hay muchas definiciones posibles de Derecho, pero en este trabajo me refiero al

⁹ Se puede leer más sobre el criterio de falsabilidad de Karl Popper en el siguiente trabajo. Popper usa la falsabilidad como una forma de demarcación de los conocimientos científicos, que serían falsables. Karl Popper, *Science: Conjectures and refutations Philosophy of science*, (1953), pp. 104-10.

Derecho como disciplina de estudio, como forma del conocimiento, o tradición jurídica. Entonces, al hablar de “Buen Derecho” y “Mal Derecho”, sería tanto como sostener que, en algunas tradiciones jurídicas, el tipo de conocimiento sería universalmente malo. O sea, sería un conocimiento de inferior calidad, por algunos presupuestos subyacentes que los académicos y practicantes comparten de manera tácita y previa, anterior a los razonamientos emergentes.

Hablar del Derecho como causa de deterioro institucional implica sostener que, entonces, en algunos países el tipo de conocimiento jurídico que se enseña en sus facultades sería de inferior calidad y que, por ende, los condenaría al inevitable estancamiento institucional.

La Porta y colegas estudiaron el nivel de protección de un inversor en un país y el origen de su tradición jurídica según cuatro familias –inglesa, francesa, germánica y escandinava– para concluir que los países signados por el derecho inglés producen sistemas legales más aptos para sostener el crecimiento económico, bajar los riesgos de expropiación y lograr un *enforcement* más eficiente de las normas. Además, los países influidos por el derecho francés serían los que menos protegen al inversor y más afectan el desarrollo económico.¹⁰

Más tarde, sobre una muestra de 49 países, pudieron demostrar que los países cuyas tradiciones jurídicas determinan una baja calidad de *law enforcement* son los que tienen mercados de capitales más pequeños y reciben menos inversión extranjera.¹¹ La idea disparó una importante literatura que explora la relación entre el tipo de conocimiento jurídico, o de tradición jurídica, con el grado de desarrollo económico de un país.

Por lo tanto, si se postula que hay una metateoría jurídica implícita a partir de la cual los juristas desarrollan el derecho y que determina el deterioro institucional, no se está diciendo algo aislado, sino que está en coherencia con este tipo de líneas de investigación vigentes y que sugieren evidencia empírica macro.

VI. Algunos ejemplos de Mal Derecho

Una muestra del argumento moralista del Mal Derecho es el clásico de Nino, *Un país al margen de la ley*, que se parece en mucho a la queja acerca de que la sociedad estaría

¹⁰ Rafael La Porta et al., “Law and Finance”, *Journal of Political Economy* 106, nro. 6 (1998): pp. 1113-55.

¹¹ Rafael La Porta, “Legal determinants of external finance”, *The journal of finance* 52, nro 3, (1997): pp. 1131-1150.

con muchas personas transgresoras y que, por eso, las normas fracasarían.¹²

Entre las hipótesis del libro de Nino puede mencionarse lo que llama “la anomia boba”. Nino explica que ocurre la “anomía boba” cuando todos los integrantes de un grupo juegan en contra de las reglas, lo que termina por ser “bobo” para el grupo, ya que, por el fracaso de la norma común, se perjudicarían todos.¹³ No obstante, se observa que la “anomía boba” no tiene nada de “boba”, cada cual es inteligente al proteger su propio interés y no el interés del grupo. Se ve más claro en situaciones de bienes colectivos, como evasión de impuestos, medio ambiente y cuidado de cosas comunes, lo que se da también con el llamado dilema del prisionero.

Es lo que Garret Hardin llama “la tragedia de los comunes”,¹⁴ o lo que fue tratado ampliamente por Mancur Olson como “la lógica de la acción colectiva”.¹⁵ O el mismo Ihering, quien en *El Fin del Derecho* decía que, si no hay interés individual, no hay derecho y, si el interés individual para sostener una norma está debilitado, hay que crearlo de manera artificial, si se quiere su vigencia.¹⁶

Mancur Olson explica que la única forma de que el bien grupal logre protección, estriba en que exista un incentivo diferenciado, selectivo, a favor del individuo del grupo que realiza la tarea de defenderlo. En el razonamiento de Olson, si no hay un incentivo diferenciado para quien defiende el bien grupal, entonces todos los integrantes del grupo especulan con esperar a que es más conveniente que sea el otro quien realice el esfuerzo de defender el bien colectivo.¹⁷

Entonces, si aceptamos que todas las personas se comportan según su propio interés egoísta (teoría de la elección racional), se puede ver que, si los incentivos de las normas son los correctos, las normas se cumplirán y, si no lo son, entonces fracasarán. Pero no es un problema de que las gentes sean “inmorales” o que sufran de “anomía boba”, sino que el problema anida en las mismas normas que tienen un defecto en los incentivos que contienen.

En una tradición jurídica con Buen Derecho, todos verían que si los bienes colectivos

¹² Carlos Nino, *Un país al margen de la ley*, (Buenos Aires: Emecé, 1992).

¹³ Nino define a la anomía boba como “acciones colectivas autofrustrantes para los propios agentes que las ejecutan”. El no pago de impuestos, la contaminación ambiental, etc.

¹⁴ Garrett Hardin, “Extensions of ‘The tragedy of the commons’”, *Science*, 280, nro. 5364, (1998): pp. 682-683.

¹⁵ Mancur Olson, “The logic of collective action [1965]”, *Contemporary Sociological Theory* 124, (2012).

¹⁶ Rudolf von Ihering, *El fin del Derecho*, (Edic: Editorial Olejnik, 2019).

¹⁷ Olson, “The logic of collective action”.

no están defendidos es por insuficiente *enforcement*. Por el contrario, en una tradición jurídica con Mal Derecho, no culparían al Derecho de su fracaso, sino a la inmoralidad general. En lugar de criticar al Derecho, todos podrían quejarse de que a la gente le falta buena educación o que es demasiado egoísta, o que faltaría una cultura de la legalidad.

Se puede buscar un ejemplo concreto y commensurable del debate aquí planteado con la sentencia “Mendoza” de la Corte Suprema.¹⁸ A pesar de que la sentencia goza de un importante prestigio dentro de la doctrina, se advierte de lejos la notoria falta de resultados tangibles para los que viven a su orilla. Entonces, si la sentencia hubiera sido criticada por su falta de resultados concretos, cabría criticar a la sentencia y tal vez a los jueces que la emitieron. En cambio, si la sentencia, a pesar de su falta de resultados, goza de prestigio en la academia, es porque se trata de un problema más sistémico, no de los jueces.

Al ser una metateoría implícita, entonces, se da por sabido, como una verdad ya asumida y evidente en un consenso tácito, que los problemas de la falta de resultados concretos de la sentencia “Mendoza” estarían en la sociedad, no en la misma sentencia. Así, podría pensarse que, si la sociedad no cumple la sentencia y el río sigue sucio, entonces sería un problema de la sociedad, no del derecho. Como en el libro de Nino, el problema de la anomia es la sociedad transgresora, nunca el mismo derecho mal diseñado.

Pero el libro de Nino, muy representativo del Mal Derecho, es parte de una larga tradición. Puede citarse a Juan Agustín García quien se quejaba del “desprecio a la ley” en un libro del año 1900.¹⁹ La queja, entonces, entraña la premisa implícita de que las normas triunfarían cuando se puede modificar el desprecio a la ley, por educación moral virtuosa y, así, llegar al paraíso de la moralidad general, donde las normas se cumplen solas.

Más atrás en el tiempo, puede verse el libro de Sarmiento, *Facundo, Civilización o Barbarie*.²⁰ Allí, el argumento moralista del Mal Derecho se expresa de dos formas, primero en la utopía de la educación moral que haría a la gente virtuosa y, segundo, con el racismo explícito. La propensión a la ilegalidad vendría en la sangre de indios y gauchos. El racismo no es del todo extirpado de un pretendido sentido común que hoy nos acompaña.

¹⁸ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)”, 8/07/2008, *Fallos*: 341:597.

¹⁹ José A. García, *La ciudad indiana*, (Barcelona: Linkgua digital, 2015).

²⁰ Sarmiento, D. F., *Facundo: Civilización i barbarie en las pampas argentinas*, (Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2018). Disponible en: https://bcn.gob.ar/uploads/Facundo_Sarmiento.pdf.

El racismo del desprecio a los gauchos y a los indios es bien conocido pero, detrás del racismo, subyace la idea de moralidad, a partir de la dicotomía de “civilización o barbarie”. La barbarie sería como una fuerza de inmoralidad, incultura y falta de educación que, si fuera reemplazada por la civilización, generaría un mayor respeto por las instituciones y las normas.

El libro de Sarmiento sigue muy vigente, porque el Mal Derecho está enquistado. No es solitaria o local esta idea de culpar a la “cultura” del fracaso de legalidad (hipótesis protectora del Mal Derecho). Hay una corriente de teóricos que van por este camino: las mismas normas que funcionan en algunos países (con ‘cultura buena’), fracasarían en otros (con ‘cultura mala’) y un cambio de cultura, como una enseñanza masiva de la “cultura buena”, podría realizar la transformación. De acuerdo con esta visión, lograr el *Rule of Law* requiere un proceso de modificación cultural que pueda conseguir que la gente empiece a creer en él. Son intentos de infundir una especie de legitimidad, una confianza en la importancia del *Rule of Law*.²¹ Es una especie de transformación cultural prometida que, en sintonía con la tesis de Sarmiento, predica que alguna clase de educación moral masiva podría “civilizar” y lograr que la mayoría de la gente, de manera espontánea, acate las instituciones.

A mi entender, en cambio, esta misma tesis puede calificarse como la ‘utopía de la educación moral’.

Emerge del argumento moralista del Mal Derecho, en cuanto a que, en lo implícito, asume que podría llegarse a un paraíso prometido en el cual las normas podrían respetarse solas, sin costo económico de *law enforcement*, a partir de la buena moralidad de la gente. La ‘utopía de la educación moral’ es, además, infalsable, ya que sería como un horizonte que siempre se mueve: cuando fracasa, simplemente se asume que haría falta más educación moral y así, sucesivamente.

Al respecto, como una herencia del planteo de Sarmiento, pueden mencionarse libros de autores que predicán la misma sociología jurídica, tales como los que escribe Marcos

²¹ La idea sería que, en países que sufrieron intervenciones militares, se intente una tarea docente para que el común de la población crea en las bondades del *rRule of Law*. Puede consultarse, como representativos de esta corriente, al trabajo de Brooks o al trabajo de Stromseth y colegas. Entre ellos, vease Brooks, Rosa Ehrenreich, “The New Imperialism: Violence, Norms, and the ‘Rule of Law’”, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, nro. 48 (2003); Jane Stromseth, David Wippman, and Rosa Brooks, *Can Might Make Rights?: Building the Rule of Law after Military Interventions*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006); Finbar Benedict Kiddle, “A Prologue to Development: Establishing the legitimacy of the rule of law in post-conflict Solomon Islands”, *Victoria University of Wellington*, (2014).

Aguinis, cuando criticaba una especie de “cultura del vivo” que llevaría a transgredir las normas y que, diría, sería herencia de los gauchos.²² Es interesante la invisibilidad del Mal Derecho: culpar a los gauchos del fracaso del Derecho es tan injusto como sería culpar a los gauchos del fracaso de una medicina que enferme en vez de curar. Pero, aun así, pareciera que no se ve, por esta propiedad de invisibilidad que protege al Mal Derecho, gracias a la eficacia de la hipótesis protectora.

Para Aguinis, los gauchos habrían dejado un legado cultural que haría transgredir las normas y esa cultura del “vivo” que señala. Aguinis se lamentaba que, si “los vivos” llegaran a ser gobernantes, antepondrían su propio interés por sobre el general.²³

La discusión importante es implícita: si Aguinis se lamenta que los gobernantes de Argentina son “vivos” y “ventajeros”, que anteponen su interés por sobre el grupal, es porque asume –de manera previa y anterior– que los países con instituciones exitosas tienen la bendición de lograr líderes honestos, no egoístas. Esto implica asumir el argumento moralista de que las normas requieren de la moralidad para estar vigentes. La reflexión de Aguinis es opuesta a las bases del constitucionalismo liberal: si se quiere dividir el poder y se sostiene el costo económico inmenso de la república y de la democracia, es porque primero se asume que los gobernantes siempre serán inmorales, siempre serán “ventajeros”, siempre serán déspotas.

En cambio, si en algún lugar hubiera gobernantes buenos, justos, sabios, que prefieren el interés general sobre el suyo individual, la democracia y la república serían costos superfluos: bastaría darle todo el poder a gobernantes tan virtuosos y estarían más capacitados que nosotros porque serían sabios virtuosos y, además, estudiosos de la cosa pública. No pensamos así porque, desde las bases del constitucionalismo liberal, pensamos que no hay gobernantes buenos: son todos déspotas en potencia.

²²La tesis de la cultura del “vivo”, herencia del “compadrito” y del “gaucho”, es planteada en el libro de Aguinis: Marcos Aguinis, *El atroz encanto de ser argentinos*, (Buenos Aires: Planeta, 2001).

²³Aguinis “¿Qué pasaría si los vivos se convierten en mayoría? Como son mayoría, ocuparán el gobierno. Pero, como son también inmorales y egoístas, no se esmerarán en beneficio de la sociedad, sino de ellos mismos”. En *El atroz encanto de ser argentinos*.

VII. Un ejemplo de la diferente reacción de dos tipos de comunidades académicas cuando el Derecho no satisface las expectativas deseadas. Unos culpan a la sociedad, mientras que otros culpan al Derecho

En Argentina, hace tiempo que hay, entre los juristas estudiosos del Derecho de Competencia, un diagnóstico crítico de estancamiento de esta materia. Me sumo a este diagnóstico respecto del atraso del Derecho de Competencia, pero, lamentablemente, es difícil que esta situación se pueda mejorar. Los juristas locales no van a culpar al Derecho de su propio fracaso, sino que van a culpar a la sociedad de tener un problema cultural o moral (hipótesis protectora).

Entonces, por ejemplo, cuando se discutió la llegada de una nueva ley de defensa de la competencia (Ley Nro. 27.442), en un coloquio convocado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los profesores y expertos hicieron un repaso de los insuficientes resultados que hay en el Derecho de Competencia en el país. Dentro de estas miradas, estuvo presente la idea de que la falta de interés de la sociedad en el tema es lo que haría que las leyes no funcionen.²⁴ En otro lugar, en una entrevista a Cabanellas, uno de los referentes más importantes de la materia en Argentina, dice que cree que este tipo de leyes no lograrían funcionar en Argentina, debido a un "problema cultural" de falta de interés de la sociedad.²⁵

Desde otro lado, en EE. UU., a pesar de que el Derecho de Competencia es muy avanzado, en los últimos años hay entre los expertos cierta disconformidad con los resultados. Pero lo interesante es que los académicos norteamericanos no culpan a la sociedad del fracaso del Derecho de Competencia (por ejemplo, de un problema cultural), sino que culpan al Derecho en sí mismo. En efecto, nuevas corrientes teóricas

²⁴Puede considerarse entre los expositores a Pelicori, quien culpa a la sociedad de la falta de resultados del Derecho de Competencia. Dice "La primer pregunta que me hago es si realmente en Argentina nos interesa la Defensa de la Competencia, la conclusión que saco es si en 95 años hubieron cinco casos relevantes, me parece que poca atención le prestamos". Ver Derecho UBA, "Nueva Ley de Defensa de la Competencia", minuto 33, *YouTube* (12 de junio 2018). Disponible en: www.youtube.com/watch?v=CSjRNU6wzcE.

²⁵Ver, por ejemplo, entrevista a Guillermo Cabanellas, en IDC Instituto de Derecho de la Competencia "IDC- Ciclo de Referentes – Ep. 1: Guillermo Cabanellas", *YouTube* (1 de julio 2021). Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=G_BBQmLR_4I. En el minuto 23:38, Cabanellas critica las posibilidades de éxito de las leyes de Competencia en Argentina, debido a razones culturales de la sociedad. Dice que no espera mucho "porque tiene que cambiar la sociedad y cambiar una sociedad es algo difícilísimo, es algo que toma décadas, no veo ninguna intención de la sociedad de cambiarse" y continua "yo creo que no va a pasar nada, suceda lo que suceda y pongas la ley que pongas" también por una cuestión cultural de la sociedad.

inconformes con la elevada concentración empresarial que hay en los EE. UU. de los últimos años, responsabilizan a la corriente teórica de la Escuela de Chicago de haber debilitado el Antitrust.²⁶

Sin ánimo de entrar en una discusión que excede al presente y es muy compleja, y sin pretender generalizaciones tajantes, sí es importante observar la diferencia. Ante los insuficientes resultados de un área particular del Derecho, en una tradición los juristas culparán al Derecho en sí –lo que les da la oportunidad de mejorarlo–mientras que, en otra, se culpará a la sociedad de tener un problema cultural –*hipótesis protectora*, que impide mejorar el Derecho, perfeccionar los incentivos, potenciar el *enforcement*, etcétera–.

VIII. El Mal Derecho potencia una psicología social de antagonismos

El Mal Derecho es muy atractivo por razones de psicología social. En general, es más atractivo culpar a las personas del fracaso institucional, antes que culpar al *tipo de conocimiento jurídico* que se practica. Además, la *hipótesis protectora* ayuda a invisibilizar al Mal Derecho y quitar de la agenda de discusión lo que, en cualquier otra disciplina, sería lo más evidente de todo: si el Derecho falla, es culpa del Derecho.

Como los países aquejados por la infección del Mal Derecho se frustran en lograr desarrollo y se frustran por culpa del Derecho, entonces allí, todo el día, todos, sin parar, hablan de Derecho, porque es lo que falla. Los líderes siempre tienen un discurso jurídico. Los ensayos más exitosos acerca del “ser nacional” hablan de Derecho. Reproducen la idea de “agentes de contaminación moral” que habría que extirpar para moralizar a la sociedad, que podrían ser el gaucho, los indios en el pasado, los sindicalistas, “los planeros”, “los populistas”, “los peronistas”, “los gorilas”, etc.

Como un perro que se muerde la cola, estas sociedades que sufren Mal Derecho, al tomar el argumento moralista lo reproducen sin saberlo, y se culpan unos con otros del fracaso institucional, porque la inmoralidad siempre es... ajena. Se culpan unos a otros de la inmoralidad general, pero sin culpar al Derecho que precipita la dinámica de la anomia y de la corrupción.

²⁶Como una aproximación a este debate puede consultarse la obra de Khan. La Escuela de Chicago, al introducir el paradigma del bienestar del consumidor, debilitó el Derecho de Competencia. Las partes actoras comenzaron a perder los juicios con más frecuencia, los actos anticompetitivos se disculparon más por el paradigma teórico. Resultado de ello (o sea de un problema del Derecho), se produjo mayor concentración empresarial. Véase Lina Khan, “The new Brandeis movement: America’s antimonopoly debate”, *Journal of European Competition Law & Practice* 9, nro. 3 (marzo 2018):pp. 131-132.

Estos grupos de pertenencia siguen la lógica de la Teoría de la Identidad Social de Tajfel:²⁷ el individuo toma una pertenencia política o ideológica (por ejemplo, ser antiperonista, ser peronista, ser civilizado y no gaucho, ser europeo y no integrante de pueblos originarios, ser antipolítico, etc.), luego culpa a la inmoralidad del exogrupo del fracaso de la institucionalidad general, porque reafirma su autoestima al culpar a “los otros” del fracaso institucional, de las leyes, de las normas y de las instituciones.

Es muy atractiva la lógica de la psicología social de grupos que describe Tajfel y que ayuda y retroalimenta el Mal Derecho, porque el Derecho fracasa por la “inmoralidad general”: cada grupo de pertenencia luego dice que es siempre la culpa del exogrupo. Aunque cada uno disfruta al culpar al exogrupo de la inmoralidad general y reafirmar su identidad social, todos –de forma implícita– reproducen y consolidan el Mal Derecho. Al final reproducen Mal Derecho en tanto que aceptan que hay un paraíso posible (que nunca se alcanza) donde las normas se cumplen sin costo económico de *law enforcement* cuando se purgue a los “agentes de contaminación moral” (sea los políticos, los planeros, los peronistas, los neoliberales, los cipayos, etc) y quede solamente la gente que respeta la justicia, las normas y las instituciones.

IX. El Mal Derecho. Muy breve recorrido histórico en Argentina

Podría verse en la expectativa que despertaba el título que se daba Juan Manuel de Rosas: “Restaurador de las Leyes e Instituciones de la Provincia de Buenos Aires”. Es interesante porque si Rosas prometía “restaurar”, entonces ya en su época había nostalgia por el orden perdido de la moralidad en el cual las gentes respetaban las normas e instituciones. Este paraíso perdido de la moralidad general, entonces, habría que situarlo ¿antes? Como quiera que sea, Rosas es un personaje que concentra en sí las dos expectativas del Mal Derecho, el *argumento verticalista* (solamente una persona superior puede construir la legalidad, no todo el pueblo) y el *argumento moralista* (las normas triunfarían cuando vuelva “la vieja moral”).

La convención constituyente de 1853 es, en parte, una reacción al autoritarismo de Rosas, lo que es lo mismo que una reacción al Mal Derecho. Instala el ideal del gobierno

²⁷Henri Tajfel, et al., “An integrative theory of intergroup conflict”, en eds. Mary Jo Hatch y Schultz Majken, *Organizational identity: A reader*, 56, nro. 65, (1979), p. 9780203505984-16; H. Tajfel y J. C. Turner, “An Integrative Theory of Intergroup Conflict”, en eds. W. G. Austin & S. Worchel, *The Social Psychology of Intergroup Relations*. Monterey, (CA: Brooks-Cole, 1979).

de las leyes, para que no gobiernen los tiranos, *Rule of Law*, que sería resistido, precisamente, por el Mal Derecho. Los juristas y políticos que hicieron posible la naciente Constitución consideraban a Rosas un tirano. Las leyes, si gobiernan, podrían darles a los pueblos un horizonte de pacificación, confraternidad.

El proyecto, gobierno de las leyes, fue un gran sueño, no solamente de legalidad, sino de pacificación nacional para dejar atrás tantas divisiones encarnizadas y tanta desunión. Pero habría de durar poco, dentro de una tradición infectada por el Mal Derecho. En el día a día, no habría orden legal, por falta de *enforcement*. La gente perdería así la confianza en las leyes para regir la vida social. La infección estaba ya muy enquistada. No sorprende encontrar el Mal Derecho en el discurso que da el dictador Urriburu, en el primer golpe contra la Constitución Nacional de 1853. Urriburu muestra el influjo de la utopía de la educación moral y, él mismo, proclama y afirma ser “una persona educada en el orden y en el respeto a las leyes y a las instituciones”, tras lo cual, explica que la revolución habría sido, entonces, una medida en represalia por la “jactancia en el desprecio a las leyes” o la “exaltación de lo subalterno, el abuso, el atropello, el fraude, el latrocinio y el crimen”.²⁸ Es parecido a lo que encarnaba Rosas, una persona autoritaria podría restaurar los “valores de antes” y el respeto a las instituciones. Si se presta atención, son discursos para nada anticuados.

A su vez, resulta ilustrador considerar los textos de Leopoldo Lugones, un apologista del golpe del 30’, para comprender qué argumentos y qué mirada subyace en su justificación del primer golpe de estado. Lugones, en sus dos obras sobre el tema, *Política revolucionaria* y *La grande Argentina*, desarrolla los mismos tópicos.

En *Política Revolucionaria*, Lugones sostiene que el gobierno dictatorial tiene un prestigio creciente, porque es “más eficaz” y “más barato”.²⁹ Ello muestra también el *argumento economicista*, contracara del *argumento moralista*: si las normas se pueden cumplir cuando vuelva la moral, entonces el *enforcement* parece un gasto superfluo.

Desde el prisma del gasto público, resulta mucho más barata la dictadura que la república y la democracia, porque el *enforcement* descentralizado implica asumir un costo

²⁸Archivo Prisma, “AU-152 [Discurso de Urriburu tras derrocar a Hipólito Yrigoyen] (incompleto)”, *YouTube* (28 de octubre 2015). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=30OR4DCVPuk>.

²⁹“La incapacidad de los gobiernos mayoritarios mejor constituidos, impuso durante la última guerra su sustitución por dictaduras apenas simuladas; y antes como después de aquel conflicto, dichos gobiernos empeoran en todas partes. Débese a esa doble comprobación, el prestigio reciente del gobierno dictatorial que resulta, en efecto, más eficaz y más barato.” Leopoldo Lugones, *Política Revolucionaria*, (Buenos Aires, Editorial Anaconda, 1931), p. 48.

económico. Con la dictadura se ahorra el costo del *enforcement*, pero el problema que no señala el autor es: ¿quién le forzaría a cumplir la ley, entonces, al dictador?

Lugones critica la Constitución por ser una obra “extranjera” y “extranjerizante” y ajena a nuestras “tradiciones” locales. Critica a los políticos, a los partidos políticos, a los que acusa de corruptos e inmorales.³⁰ A la par que critica intensamente la inmoralidad general, habla de temas como disciplina, moralidad y educación. La educación que podría moralizar a la gente, sigue siendo una de las grandes utopías del Mal Derecho y se ve en los textos de Lugones.

Por eso es que el Mal Derecho es una metateoría. La justificación de las interrupciones constitucionales es una ramificación que ha sido ya podada, pero no impide que existan otras ramificaciones menos violentas que sigan actuales, pensamientos antidemocráticos, verticalistas y que se caracterizan por alguna clase de autoritarismo reaccionario y mesiánico.

Hoy está muy consolidada la idea del populismo versus el estado de derecho, cuando hay muchos líderes que, como lo hacía Uriburu, se proclaman a sí mismos como portadores de alguna clase de cultura institucional, para señalar que los otros no tendrían esta supuesta bendición. El pensamiento constitucional liberal clásico jamás haría tal distinción. Para los presupuestos implícitos que justifican la república, no hay gobernantes buenos o morales, ni mucho menos portadores de cultura republicana, sino que todos, todos, son déspotas en potencia que irían por nuestras libertades y nuestras propiedades. Deben ser controlados por el pueblo y por el sistema de los pesos y contrapesos. Así, la democracia y la república son, ante todo, formas de *law enforcement* sobre los gobernantes –potenciales tiranos– y han tenido problemas en ser aceptadas y fuertes en los países que sufren Mal Derecho, ya que los últimos suponen que el acatamiento de las normas es una cuestión de moralidad, cultura o buena educación.

X. La actualidad del debate

La breve reseña histórica realizada no le quita actualidad, ya que el Mal Derecho está profundamente enquistado en la academia, lo que asegura que la decadencia institucional sea constante. Además, es importante destacar a las dictaduras militares como ramas

³⁰ En *Política Revolucionaria*, Lugones argumenta que los militares tendrían este tipo de moralidad de manera más profunda que las gentes comunes y superior a los políticos. La disciplina sería una de las virtudes del carácter de los militares. Y dice “*jimponga usted disciplina a un Juez o un Legislador!*”.

podadas del Mal Derecho, para ilustrar que todos los días surgen ramas nuevas, actuales y verdes, cuya influencia para retrasar el gobierno de las leyes se mantiene.

Uno de los emergentes más típicos del Mal Derecho es el de proyectos de ley y leyes, que son muy extensas y que generan burocracias nuevas, a las que dotan de facultades para emitir exigencias reglamentarias, aún más extensas. Como se piensa desde el *argumento verticalista*, se cree que seres superiores en lo moral, cognitivo o educativo deben redactar todas las posibilidades del comportamiento humano, con puntillosa minuciosidad, para arreglarles la vida a todos los demás.

Entonces, las leyes son exageradas, extensas, muy largas y tan largas que nadie las conoce, emergente del *argumento verticalista*. Igual, las leyes son extensas porque no se pretende que la gente las conozca, pues, se le niega un rol al pueblo, en tanto el Derecho debe ser algo de los eruditos y superiores morales. De todos modos, son leyes que carecen de toda vigencia práctica, no se respetan y sirven tan solo para organizar diplomaturas y posgrados, en los cuales se habla de un deber ser jurídico alejado de la realidad. Son leyes que no tienen vigencia concreta porque no tienen *enforcement*. Sin embargo, está fuera de foco del programa de investigación esta falta de vigencia de la norma, ya que las discusiones transitan en el deber ser jurídico.

Como emergente del *argumento verticalista*, que niega un rol a cada individuo en la construcción de legalidad, debe considerarse la destrucción de los contratos libres y privados. Al ir al terreno no solo de lo explícito (donde se critica la autonomía de la voluntad, con argumentos que apuntan a la inferioridad de las partes), sino también de lo implícito, la pregunta es: ¿por qué las autoridades tienen más aptitud para construir el derecho que las partes de un contrato? Esta solo se topa con el *argumento verticalista*.

Por otro lado, los contratos no tienen *enforcement* y no se cumplen. Mediante la prohibición de acumular intereses,³¹ las partes no pueden pactar que los intereses por la deuda sean acumulativos, pero la inflación siempre es acumulativa, lo que lleva a que sea una elección racional el incumplir todos los contratos. No obstante, ante el saldo de incumplimiento generalizado de los contratos, no podrían criticar al Derecho en sí mismo por la falta de *enforcement* de los contratos privados, sino que criticarían a la sociedad por su defecto moral de incumplirlos.

En un juicio típico, resulta una estrategia racional del demandado negar todos los

³¹Art. 770, Código Civil y Comercial (CCyC).

hechos que sabe que son ciertos, para obligar al otro a producir las pruebas, ya que no hay una condena en costas específica por cada prueba. Quien realiza la conducta social disvaliosa no internaliza el costo social de esa conducta y, por ende, es una estrategia racional negar todos los hechos que se saben ciertos, para forzar la producción de muchas pruebas. Un juicio típico dura una década, pero la mayor parte del tiempo se va en problemas de notificación y en la producción de pruebas sobre hechos que las partes saben que son ciertos. Todos estos problemas son derivados de un problema mayor: no se culpa al Derecho de su propio fracaso, debido a la *hipótesis protectora* del Mal Derecho que criticará la moralidad de la sociedad.

XI. La descentralización del *enforcement*. El *enforcement* privado

Hadfield y Weingast describen el *Rule of Law* como una forma de orden social, como hay otras muchas maneras de orden social. Lo característico de la ley, como orden social, es el *enforcement* descentralizado que ocurre cuando todos los ciudadanos ordinarios son los que impulsan el cumplimiento de las leyes. Las instituciones cumplen el papel de incentivar y coordinar esta actividad de *enforcement* realizada por la gran masa total de ciudadanos ordinarios y el *Rule of Law* viene a ser el resultado, en equilibrio, de la presión constante que proviene de todos los aplicadores privados.³²

Un estudio interesante que realizan es sobre la antigua ciudad Atenas. Esta ciudad era notablemente democrática y próspera, pero las instituciones no eran centralizadas. El orden legal de Atenas se basó en instituciones que lograron el conocimiento común y la compatibilidad de incentivos para los ejecutores, en un sistema de *enforcement* en gran parte descentralizado.³³

Los autores reconocen que, para la ortodoxia de la ciencia política, la ley surge como resultado de la acción del gobierno. Sin embargo, ellos desafían esa caracterización. La diferencia crítica del orden de la ley de otros órdenes sociales no es la acción del gobierno, sino un conocimiento en común y público acerca de qué es aceptable y qué no lo es. Las instituciones emergen para coordinar el esfuerzo descentralizado colectivo para castigar a los infractores. Sin la disciplina impuesta por la necesidad de coordinar e incentivar a los aplicadores privados de la ley, un gobierno no puede tener éxito en sustentar la

³²Gillian K. Hadfield y Barry R. Weingast, "Microfoundations of the Rule of Law", *Annual Review of Political Science* 17, (2014), pp. 21-42.

³³Federica Carugati, et al., "Building legal order in ancient Athens", *Journal of Legal Analysis* 7, nro. 2 (2015): pp. 291-324.

vigencia de las leyes.

Si fuera como los autores lo dicen, entonces, el Mal Derecho, enquistado en algunas tradiciones jurídicas, resistirá el *Rule of Law*” u orden de las leyes. Resistirá las dos cosas, resistirá el *enforcement*, se lo entenderá como un costo económico superfluo, y resistirá que sea descentralizado, porque se entiende que la autoridad debe realizar esta tarea. Al final, el Mal Derecho generará clandestinidad, despotismo y corrupción.

Si se sigue a estos autores, son los privados y no el Estado los que sostienen la legalidad a partir del *enforcement* descentralizado (el Estado solamente coordina los esfuerzos). No obstante, podría argumentarse que ello requiere que los privados tengan una moralidad/educación/cultura de comprometerse con hacerle cumplir las leyes a los demás. Precisamente por ello, para lograr el *enforcement* descentralizado, no debe descansar en el voluntarismo de la moralidad. Al contrario, tiene que asegurarse que haya incentivos personales lo suficientemente atractivos como para movilizar a los privados a defender la legalidad de manera descentralizada.

Además, si se sigue a estos autores, el concepto de Estado de Derecho como traducción de *Rule of Law* es problemático, ya que implica asumir la premisa implícita de que la autoridad, o el Estado, haría sostener las leyes, pero: ¿quién le haría cumplir las normas a la autoridad? Por eso, la usual traducción de *Rule of Law* por Estado de Derecho, más bien, parece un emergente deductivo de la metateoría jurídica implícita. No es una traducción fiel, sino que se ha modificado el significado original y se lo ha reemplazado por otro, sospechosamente más compatible con el Mal Derecho. Es como una especie de “infección contagiosa” que se transmite en el discurso, puesto que, en estas palabras y en lo explícito, parecen ideas positivas (la linda idea de hablar de Estado de Derecho). Pero, en lo implícito, subcomunica la premisa de que el Estado, y no los privados, es el que sostiene la legalidad, una premisa verticalista que abre el camino al autoritarismo.

Alexandra Lahav, en su ensayo *Elogio de la litigación*, muestra cómo las leyes de EE. UU. promueven las acciones judiciales para lograr que se cumpla la ley, pero de manera descentralizada. Los litigios son una forma de democracia y autogobierno, ya que los ciudadanos logran que un funcionario gubernamental (un juez) los escuche y, aun si pierden el juicio, logran de todos modos que la parte demandada deba dar explicaciones sobre su conducta, lo que implica autogobierno y democracia. Además, logran *law enforcement* porque, quienes realizan conductas disvaliosas y causan daños, internalizan el costo social de los daños y eso promueve la legalidad y la disuasión. Las mismas

instituciones de la democracia y de la república resultan fortalecidas cuando los ciudadanos anónimos son capaces de hacerles cumplir las leyes a los más poderosos, mediante un sistema que incentiva este tipo de reacción a la ilegalidad. La sociedad americana valora un *enforcement* descentralizado y privado de los litigios, en oposición al *enforcement* centralizado de la burocracia, porque es una sociedad que desdeña la burocracia.³⁴

Hay una dicotomía entre *enforcement* público (realizado por las autoridades) y *enforcement* privado que es constante en la literatura. Resaltan que el *enforcement* privado, por ser más descentralizado, contribuye a una calidad institucional mayor y a una transparencia mayor, mientras que el *enforcement* público y centralizado produce corrupción y privilegios.³⁵ Además, en el *enforcement* privado, el costo del *enforcement* lo interioriza el transgresor mientras que, en el *enforcement* público, lo sufre toda la sociedad en forma de mayores burocracias, reglamentaciones interminables y gasto público.³⁶ No obstante, precisamente todos los institutos jurídicos que podrían avanzar en el *enforcement* privado y en un rol más activo de cada ciudadano a partir de reconocer incentivos, serían resistidos por la doctrina mayoritaria en los países que sufren Mal Derecho.

En Argentina, los daños punitivos, previstos en la Leyes Nro. 27.442 y Nro. 24.240, han sido criticados por alguna doctrina con el argumento de que supondrían un “enriquecimiento sin causa de la víctima”. Como siempre, esta discusión explícita encubre la diferencia implícita de las metateorías. Si primero se asume que las normas necesitan *enforcement* para estar vigentes, entonces se advierte que toda la sociedad tiene una deuda con el *enforcer* privado que tras dar la batalla judicial, obtuvo daños punitivos, ya que toda la sociedad parasita el beneficio social de la disuasión de futuros daños. El enriquecimiento sin causa sería de toda la sociedad y destinarle toda la suma al actor sería una forma de evitar un enriquecimiento sin causa, antes que de producirlo. Si, en cambio, se asume que las normas se deben cumplir solas, sin *enforcement*, pareciera que el

³⁴Alexandra Lahav, “In Praise of Litigation”, *Oxford University Press*, 2017.

³⁵Como un ejemplo, puede mencionarse el famoso trabajo de Becker y Stigler. Véase G. S. Becker y G. J. Stigler “Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers”, *The Journal of Legal Studies* 3, nro. 3 (1974): pp. 1-18.

³⁶Como muestra de esta bibliografía, puede pensarse en el trabajo de Gilles y Friedman. Las acciones de clase logran forzar a las corporaciones a internalizar el costo social de sus conductas indeseables y su principal función es la disuasión. El costo del *enforcement* lo internaliza el transgresor, mientras que con la burocracia el costo del *enforcement* lo internaliza la sociedad. Véase, M. Gilles y G. B. Friedman, “Exploding the class action agency costs myth: the social utility of entrepreneurial lawyers”, *University of Pennsylvania Law Review* 155, nro. 1, (2006): pp. 103-164.

damnificado, pese a que con su accionar activó los engranajes para posibilitar la sanción, se estaría llevando un *plus* superior al daño ocasionado, sin aportar a sus semejantes un valor en retribución por esa ganancia. No es la discusión explícita la que zanja las diferencias doctrinarias, sino las metateorías jurídicas implícitas.

Una discusión parecida se dio en Colombia con los incentivos a las acciones populares en la Ley Nro. 472. Los incentivos económicos al actor popular, que se justificaban en la citada teoría de Mancur Olson sobre la protección de los bienes colectivos, fueron criticados por alguna doctrina colombiana porque entendían que, como hay un bien colectivo en juego, la lógica que debería prevalecer en el actor popular debería ser la solidaridad, incompatible con el premio individual.³⁷ Además, los incentivos fueron criticados por el costo de litigiosidad, ya que los juzgados estaban desbordados. En lugar de asumir el costo económico y crear más juzgados, decidieron eliminar los incentivos. Pero, como la discusión con los daños punitivos en Argentina, el meta-debate implícito es el que importa, dado que, en verdad, los incentivos serían resistidos por aquellos que primero asumen que las normas se deben cumplir solas. En cambio, quienes son consecuentes con la metateoría de aceptar que las normas requieren *law enforcement* y tienen un costo económico de vigencia, aceptarían con mejor gana el costo económico de crear más juzgados.

Desde esta perspectiva, cobran interés distintas iniciativas alrededor del mundo, como los cambios en la Ley de Sociedades de Nueva Zelandia, en 1993, donde a partir de las recomendaciones de una comisión de juristas, se introdujeron cambios apuntados a potenciar el *enforcement* privado (acciones judiciales) de los accionistas por sobre los directores de las sociedades. Como resultado, hubo mayores acciones judiciales y disuasión a la corrupción de los altos ejecutivos, pero también un principio de autogestión, donde son los propios accionistas los que controlan más a los directores ejecutivos, para proteger al inversor.³⁸ Otro tanto puede verse en Australia, donde incentivos legales posibilitan una gran cantidad de acciones de clase de pequeños accionistas sobre sociedades, para proteger al inversor minoritario *enforcement* privado, y, así, disuadir la

³⁷Para más información sobre la discusión de los incentivos en Colombia, véase Roquelme Manotas, M. D. P., “Impacto jurídico de la eliminación de incentivos en la presentación de las acciones populares en defensa de la moralidad administrativa”, Repositorio de la Universidad de Santo Tomas (2017). Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/4440/restricted-resource?bitstreamId=14cf966e-adb9-4937-9661-5e8d5c870cb6>.

³⁸Sobre este tema, puede consultarse, L. Trotman y M. Berkahn, “Public and private enforcement of company law in New Zealand 1986-1998”, *Canterbury Law Review*, nro. 6, (2000): pp. 516-540.

corrupción de los ejecutivos de las grandes empresas.³⁹

En igual sentido, tras la crisis financiera de 1997, Hong Kong y Singapur modificaron sus leyes para introducir incentivos particulares y potenciar el *enforcement* privado sobre los directivos de las empresas, para proteger a los accionistas. Los académicos han encontrado una relación entre países que logran desarrollar mercados de capitales fuertes y la protección que se le da a los accionistas minoritarios.⁴⁰ En Estonia, hay un sistema de *enforcement* privado para combatir la ilegalidad fiscal, atraídos por el lucro, son los privados los que accionan legalmente en contra de los evasores.

Entonces, como dicen Gillian Hadfield y Barry Weingast, el *Rule of Law*, es un tipo de orden social en equilibrio, que solamente es posible con una cuota importante de *enforcement* privado, realizado voluntariamente por ciudadanos ordinarios. Más bien, la función de las instituciones es prescribir y publicitar qué es aceptable y qué no lo es (leyes), pero luego limitarse a coordinar los esfuerzos que, si están dispuestos los incentivos personales adecuados, los privados realizarán para sostener la vigencia de estas normas y penalizar a los infractores. En cambio, sin la disciplina que impone la presión constante de los ciudadanos ordinarios para sostener las leyes, un estado falla en lograr legalidad, como orden social en equilibrio.⁴¹

Por todo esto, hay que sincerar los debates implícitos. Porque, así como se resisten las principales instituciones de la Constitución Nacional dentro de una tradición jurídica aquejada por la metateoría jurídica implícita del Mal Derecho, también serían resistidos todos los institutos que podrían generar una mayor legalidad, una mayor transparencia y que “gobiernen las leyes”. Por ende, hasta que no se debata sobre el Mal Derecho, no podría darse ocasión a ninguna reforma de fondo que pueda abrir las puertas a una mayor calidad institucional.

XII. Conclusiones

Desde esta aproximación introductoria se puede discutir la idea de Mal Derecho, una metateoría jurídica implícita que opera en las antecámaras, cuyos emergentes, construcciones doctrinarias consecuentes con sus axiomas, podrían resistir todas las instituciones, leyes

³⁹M., Welsh & V. Morabito, “Public v private enforcement of securities laws: An Australian empirical study”, *Journal of Corporate Law Studies* 14, nro. 1, (2014): pp. 39-78.

⁴⁰C. Burunciuc y H. Gonenc, “Reforms protecting minority shareholders and firm performance: International evidence”, *Journal of Risk and Financial Management* 14, nro. 1, (2020): p. 5.

⁴¹G. K. Hadfield, B. R. Weingast y M. Schwartzberg, “10. Is Rule of Law an Equilibrium without (Some) Private Enforcement?”, *Privatization* (New York University Press, 2018): pp. 246-275.

y propuestas que precipitarían la consolidación de la idea del *Rule of Law* o gobierno de las leyes. El *Rule of Law* fracasaría en todos los países cuyas tradiciones jurídicas están aquejadas por esta metateoría del Mal Derecho y por todos sus interminables subteorías y doctrinas que son consecuentes.

Los manuales de derecho, las facultades de derecho, la jurisprudencia y los postgrados emiten, en rasgos generales, un tipo de conocimiento jurídico contaminado por la metateoría y, entonces, harían frustrar toda institucionalidad posible en las tradiciones jurídicas que la padecen. Sin Buen Derecho, las sociedades solo pueden vivir en la resignación a la injusticia y en el desconcierto de sufrir a los “ventajeros”, a los ladrones y a los mesiánicos del moralismo reaccionario que prometen, una y otra vez, arreglar el lío, para solamente volver a desilusionar y dejarlo peor aún.

Habría que cambiar la perspectiva, discutir las certezas previas e implícitas. Y, entonces, en lugar de criticar a la inmoralidad de las gentes, la inmoralidad de los políticos, la inmoralidad de los mercados, podría criticarse al Derecho por su propia inutilidad. Si fuera Buen Derecho, se respetaría y, si no se respeta, es porque es Mal Derecho.

Empezar a visibilizar el metadebate de las metateorías jurídicas implícitas, podría desenmascarar a la *hipótesis protectora* y abrir camino para repensar y reflexionar sobre el tipo de conocimiento jurídico que se practica. De este modo, es posible que se logre escapar del interminable ciclo vicioso en el que se encuentran aquellas sociedades afectadas por el Mal Derecho y un fracaso institucional crónico. Estas sociedades se culpan a sí mismas y lamentan su situación, pero sin criticar nunca al Derecho que es el verdadero factor que desencadena su fracaso.

Bibliografía

- Aguinis, Marcos. *El atroz encanto de ser argentinos*. Buenos Aires: Planeta, 2001
- Burunciuc, C., & Gonenc, H. Reforms protecting minority shareholders and firm performance: International evidence. *Journal of Risk and Financial Management* 14, nro 1, 2020.
- Carugati, Federica, Hadfield, Gillian K. y Weingast, Barry R. “Building legal order in ancient Athens”. *Journal of Legal Analysis*, vol. 7, no 2, 2015.
- Fundación Heritage. “2023 Index of Economic Freedom”. <https://www.heritage.org/index/>

- G. S. Becker y G. J. Stigler “Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers”, *The Journal of Legal Studies* 3, nro 1, 1974.
- García, José A. *La ciudad indiana*. Barcelona: Linkgua digital, 2015.
- Gilles, M., y Friedman, G. B. “Exploding the class action agency costs myth: the social utility of entrepreneurial lawyers”. *University of Pennsylvania Law Review* 155, nro 1, 2006.
- Hadfield, Gillian K. y Weingast, Barry R. “Microfoundations of the Rule of Law”. *Annual Review of Political Science*, vol. 17, 2014.
- Hadfield, G. K., Weingast, B. R., y Schwartzberg, M. “10. Is Rule of Law an Equilibrium without (Some) Private Enforcement?”. *Privatization*, New York University Press, 2018.
- Hardin, Garrett. “Extensions of ‘The tragedy of the commons’”. *Science* 280, no 5364, 1998.
- Henri Tajfel, et al., “An integrative theory of intergroup conflict”, en Mary Jo Hatch y Schultz Majken (eds.), *Organizational identity: A reader* 56, no 65, 1979.
- Ihering, Rudolf von. *El fin en el Derecho*. trad. Abad de Santillán, Diego Abad de Santillán. Granada: Comares, 2000.
- Ihering, Rudolph von. *La lucha por el derecho*, trad. Adolfo G. Posada. Madrid: Editorial Dykinson, 1947.
- Popper, Karl. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. London: Routledge, 2002.
- Khan, Lina. “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”. *Journal of European Competition Law & Practice* 9, nro 3, 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy020>.
- La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer. “Legal determinants of external finance”. *The journal of finance* 52, nro 3, 1997.
- La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, y Robert W. Vishny. “Law and Finance”. *Journal of Political Economy* 106, nro. 6, 1998.
- Lahav, Alexandra. “In Praise of Litigation”. *Oxford University Press*, 2017.
- Nino, Carlos. *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Emecé, 1992.
- Olson, Mancur. *The logic of collective action* [1965]. *Contemporary Sociological Theory*,

vol. 124, 2012.

Rosatti, Horacio. “¿Puede el pueblo juzgar? ¿Debe el pueblo juzgar?”. *Pensamiento Penal*, junio de 2019). Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47725.pdf#viewer.action=download>.

Trotman L. y Berkahn M. “Public and private enforcement of company law in New Zealand 1986-1998”. *Canterbury Law Review*, nro 7, 2000.

Welsh, M., y Morabito, V. “Public v private enforcement of securities laws: An Australian empirical study”. *Journal of Corporate Law Studies* 14, nro 1, 2014.