

El papel de las normas en la organización social es tal vez uno de los temas que mayor interés despierta actualmente entre las disciplinas más disímiles. Para la economía parece por fin aceptada sin atenuantes la observación que las reglas del juego importan. A nivel de cómo es que las normas afectan el comportamiento individual persiste sin embargo una marcada diferencia. Mientras que, por ejemplo, tanto el derecho como la antropología, como la tradición clásica de la sociología suponen que el individuo internaliza las normas, la economía las sigue considerando un factor exógeno que entra en los cálculos que conducen a la acción. En la actualidad la discusión se puede considerar casi escolástica pues es cada vez claro que, dependiendo del contexto, los individuos eligen racionalmente sus cursos de acción o siguen normas. Además, es creciente el consenso en que, para explicar ciertas conductas, es indispensable tener en cuenta las emociones, o los instintos.

En las ciencias sociales bajo el denominador común de instituciones se ha agrupado un amplio conjunto de sistemas de arreglos que afectan la vida social, y en particular que están orientados a resolver los problemas de coordinación, o bien la cooperación entre individuos. Recientemente la economía se ha interesado de nuevo por la forma como las instituciones afectan los procesos de intercambio y la acumulación de riqueza.

El propósito de este trabajo es doble. Se busca, por un lado, agrupar el análisis formal que se hace de las normas tanto desde el derecho como desde la economía, como desde otras disciplinas para la comprensión del problema de la cooperación, coordinación y organización de las actividades sociales. Se argumenta, por otro lado, que aún conservando el supuesto básico de racionalidad, de egoísmo, del problema de la cooperación surgen para el derecho objetivos y finalidades bastante más diversos y complejos que la simple búsqueda de la eficiencia.

En una primera sección se resume una teoría de las normas jurídicas sugerida por el derecho. Con base en supuestos simples de comportamiento individual<sup>1</sup> en la segunda sección se analiza a fondo la categoría de norma que más ha preocupado a la economía<sup>2</sup>, aquella orientada a resolver el problema de la cooperación. En la tercera sección se hacen unas extensiones simples, y una crítica, al modelo de estado mínimo implícito en, o promovido por, la economía. La caricatura, o modelo de las organizaciones -los grupos de individuos sujetos a ciertas reglas del juego- que se trata de armar con piezas de distinto origen tiene dos propósitos: uno, sugerir que es posible un esfuerzo conjunto, e interdisciplinario, para entender el problema del orden social y dos, destacar los elementos más relevantes para la comprensión, la discusión, el diseño y la evaluación, también interdisciplinarios, del derecho<sup>3</sup>.

## ***1. Análisis jurídico de las normas<sup>4</sup>***

### ***A. Normas y organizaciones***

El derecho representa tan sólo una parte de un amplio espectro de normas susceptibles de alterar los comportamientos. Hay preceptos religiosos,

# Premios y castigos

UNA

CARICATURA

DE LOS

SISTEMAS

NORMATIVOS

Mauricio Rubio\*

Paz-Pública. Universidad Carlos III de Madrid  
merubio@eco.uc3m.es

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto "Textbook on the Economic Analysis of Law for Latin America", financiado por la Tinker Foundation

reglas morales, normas sociales, ética, tradiciones, costumbres, la etiqueta, las reglas de buena educación ... que afectan tanto las conductas de los individuos como sus relaciones sociales. Además, los individuos pertenecen a distintos grupos, asociaciones u organizaciones –como una familia, una empresa, una iglesia, un club, un sindicato o una nación– que se definen y desarrollan con base en conjuntos de reglas de conducta.

Las organizaciones son diversas en cuanto al número y a las características de sus integrantes, a su campo de acción, a sus requisitos de afiliación, a sus objetivos, y a los recursos con que cuentan para alcanzar sus fines. Por lo tanto sus reglas difieren en cuanto a su contenido, al tipo de obligaciones que generan, al ámbito de su validez y a los destinatarios. Pero las reglas tienen en común que todas son “proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de estos hacia ciertos objetivos antes que a otros”<sup>5</sup>.

El proceso de consolidación de un grupo, su institucionalización<sup>6</sup>, mediante la cual se transforma un conglomerado inorgánico en una organización requiere de tres cosas: uno, determinar los objetivos, los fines propios del grupo; dos, establecer los medios necesarios para alcanzar esos fines; tres, que se distribuyan las funciones específicas de los individuos del grupo para que cada uno *coopere*, o colabore, a través de los medios previstos para el logro del fin del grupo (a veces aún a costa de los intereses particulares).

La economía se ha concentrado en un tipo particular de organización, la empresa, cuyo objetivo es la acumulación de la riqueza. Otras organizaciones, como la familia, o el Estado, la Iglesia, un equipo de fútbol, un grupo religioso, una guerrilla o un sindicato pueden tener, y de hecho tienen, objetivos distintos a la búsqueda de riqueza. Lo anterior no implica que estén libres del problema, esencialmente económico, de obtener los medios necesarios para alcanzar sus fines<sup>7</sup>. Pero en múltiples casos la búsqueda de la eficiencia económica es más un medio que un fin en sí misma. El estado moderno se puede concebir como una gran organización de organizaciones en la cual se concentra la producción y protección de las llamadas normas jurídicas.

### B. Tipos de normas

Dada la diversidad en el tipo de normas que pueden alterar los comportamientos, para poder identificar las jurídicas y distinguirlas, sobre todo de la moral y de las normas

sociales, es conveniente hacer una clasificación de las mismas.

En primer lugar se puede señalar que las normas están dirigidas a modificar ciertas acciones. Interesa analizar aquellas conductas que implican relaciones con otros individuos. Ha sido tradicional en el derecho concentrar la atención en las normas que regulan relaciones intersubjetivas, o sea no una relación entre un individuo y un objeto, ni de una persona consigo misma, sino entre dos o más individuos. Así se atribuye a las normas jurídicas el carácter de bilateralidad que las diferencia de las morales, que serían unilaterales. La consideración de la bilateralidad implica que una norma jurídica establece simultáneamente un derecho para un sujeto y un deber para otro<sup>8</sup>.

1. Se adoptan los siguientes supuestos: en concordancia con el enfoque económico (i) se adhiere al individualismo metodológico, (ii) se adopta una noción mínima de racionalidad, la búsqueda del interés particular y (iii) se acepta una inclinación natural tanto al intercambio como a la división del trabajo y la especialización. A diferencia de la aproximación económica, (iv) se acepta la posibilidad de seguimiento genuino de reglas, en particular cuando el individuo hace parte de una organización, (v) se abandona el supuesto que para el resultado de cualquier intercambio social existe un mercado y, en particular, (vi) se considera que los efectos de los premios y castigos sobre el comportamiento no son simétricos. Se definen las instituciones como el conjunto de normas, o reglas del juego, que afectan la conducta de los individuos y las decisiones de las organizaciones.

2. En realidad se presenta una mezcla relativamente ecléctica de los aportes de distintas disciplinas como la economía, teoría de juegos, ciencia política, sociología que progresivamente se han interesado en la cooperación.

3. No sobra hacer explícito que las caricaturas que se proponen –de los intercambios, de las normas, de las organizaciones, del Estado– pretenden simplemente señalar los rasgos más pertinentes para aproximarse a cuestiones tan complejas como la formación de Estado, el contrato social o el orden. Aunque parezca ambicioso, se considera que este es el conjunto mínimo de herramientas analíticas necesario para aproximarse a la tarea de entender las normas legales, evaluarlas y sugerir modificaciones.

4. Esta sección está basada en Bobbio (1992) y en menor medida en Leca (1998) y Coleman (1990). Las gráficas utilizadas en los diagramas no están tomadas de ninguno de estos autores.

5. Bobbio (1992) p. 17.

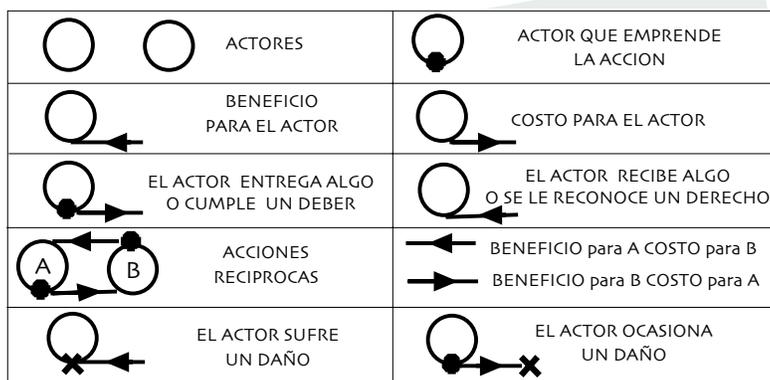
6. Se adoptará la propuesta de la Nueva Economía Institucional (NEI) de diferenciar las *instituciones* (o reglas del juego o conjunto de normas de conducta) de las *organizaciones* (o jugadores, o conjunto de individuos que adhieren, aceptan o son sometidos a esas reglas del juego). Ver North (1990).

7. O que, eventualmente, su éxito en la búsqueda de los medios sea tal que se transforme en una especie de objetivo paralelo al inicial.

8. De acuerdo con Bobbio (1992) este criterio permite distinguir el

Sobre las acciones bilaterales vale la pena señalar varios puntos. El primero es el de la distinción entre el individuo activo, que emprende la acción y el individuo pasivo, el receptor de la acción. El segundo es la consideración que, en forma independiente de si se es activo o pasivo, hay acciones que benefician al actor, porque recibe algo agradable o evita algo desagradable, y otras que le imponen un costo. Ni los beneficios ni los costos se limitan a aquellos con una connotación económica o material. La situación en la que un actor emprende una acción y entrega algo es equivalente a la acción mediante la cual el actor cumple un

deber. Cuando el actor recibe algo, siendo pasivo, es equivalente al reconocimiento de un derecho. Cuando el actor toma algo está ejerciendo un derecho. La situación típica de relación bilateral, de intercambio voluntario, en la cual cada actor entrega algo y recibe algo a cambio es equivalente al ejercicio de un derecho, y cumplimiento de un deber, por parte de cada actor. Una mención especial debe hacerse de aquellas conductas que ocasionan un daño entendido como el resultado de una acción para la cual no es posible dar vuelta atrás. En el diagrama se representan estos elementos de las relaciones bilaterales.



Algunas normas mandan, o prescriben, acciones al actor. Son del tipo “haz tal acción”. Otras, por el contrario, prohíben acciones: son del género “no hagas tal acción”. En ambos casos una norma prescribe el *deber ser*, que no siempre corresponde con lo que es. Cuando

no hay correspondencia entre las acciones prescritas o prohibidas por la norma y las acciones reales se dice que la norma ha sido incumplida, o violada. Al acto que viola una norma se le conoce como un ilícito.

NORMA QUE	DEBE SER		VIOLACION
PRESCRIBE		SE CUMPLE 	
PROHIBE		SE OBSERVA 	 ilícito

Aquí es conveniente distinguir entre las normas, o imperativos *autónomos* de los *heterónomos*. En los primeras “la misma persona es quien emite la norma y quien la ejecuta. Se

llaman heterónomos aquellos imperativos en los cuales quien dicta la norma y quien la ejecuta son dos personas distintas”<sup>9</sup>. Esta distinción no sólo ha sido importante en la

discusión sobre los criterios para distinguir la moral del derecho<sup>10</sup> sino que lleva directo a una de las cuestiones básicas del derecho, la de quien dicta las normas. Si para las organizaciones simples como la familia o una empresa es factible identificar cierto momento inicial en el cual se define sobre quien recae el privilegio, y la responsabilidad, de decidir que es lo que se hace y que es lo que no se hace, en forma coherente con unos objetivos, para las organizaciones más complejas, como un estado, no es tan fácil identificar la fuente última del poder. Una respuesta tradicional ha sido que las normas las impone el poder *soberano*, "aquel poder que en una sociedad dada no es inferior a ningún otro poder, sino que está en capacidad de dominar a todos los demás"<sup>11</sup>. Así, una norma sería siempre expresión de poder, y en últimas, del poder después del cual no hay ningún otro poder. Esta visión positivista extrema de las normas contrasta con las teorías iusnatura-listas de acuerdo con las cuales la esencia del derecho está en los valores o ideales en los cuales se inspira el legislador: serán jurídicas no todas las reglas sino sólo aquellas que se inspiren en determinados valores y en particular en el valor de *justicia*. Lo que resulta problemático es la falta de acuerdo sobre este valor. Aún restringiendo su sentido para designar aquellas normas que sean consistentes con los *objetivos* de una nación, el problema simplemente se traslada al de como se definen los fines. De cualquier manera, no es esta, la del origen de las normas, una vía fácil para refinar la clasificación de las normas.

Hay un criterio de clasificación que por mucho tiempo ha acaparado la atención del derecho y es el de la respuesta que se da a los incumplimientos o violaciones de las normas. Para que una norma sea eficaz<sup>12</sup> generalmente se debe prever una respuesta, como consecuencia del incumplimiento. Así, el conjunto norma-respuesta generalmente es del tipo "Si haces A entonces B", dónde A es la acción regulada por la norma y B es la respuesta. Cuando la norma es una que prohíbe una acción el ilícito es a su vez una acción. Cuando la norma prescribe una acción el ilícito es una *omisión*. En cualquier

caso, cuando la norma es violada aparece como respuesta una sanción entendida como algo negativo, desagradable o doloroso para el individuo que ha violado la norma. No todas las sanciones son iguales. Un criterio que ha sido utilizado para distinguir las normas morales es justamente el tipo de sanción, que en tales casos es puramente interior al individuo: la consecuencia de la violación de la norma es algo como la incomodidad, el arrepentimiento, o el sentimiento de culpa. Quien aplica la sanción es el mismo individuo, su conciencia.

Cuando la respuesta a la violación es externa, se pueden distinguir dos tipos de sanciones: las sociales y las jurídicas. Las primeras pueden variar en intensidad desde la simple reprobación por parte del grupo, el aislamiento, ostracismo, el destierro e incluso la expulsión del grupo. En esta misma categoría se puede incluir una forma extrema de sanción social que es el linchamiento. Por lo general las normas sociales están asociadas con la existencia de un grupo cuya cohesión depende, precisamente, de la adhesión a esas normas. El control social ejercido por los miembros del grupo para proteger las normas es tanto más efectivo como pequeño, homogéneo y cerrado sea el grupo. En un grupo con alta interacción y cohesión el control social puede ser tan eficaz que se llegue a una completa adhesión a las

derecho de la moral, pero no de las normas sociales que también regulan, como las normas jurídicas, relaciones entre individuos.

9. Bobbio (1992) p. 69.

10. De acuerdo con Kant, por ejemplo, la moral expresaría imperativos autónomos y el derecho imperativos heterónomos. Bobbio (1992) señala las limitaciones de este criterio para distinguir la moral del derecho, señalando que, por ejemplo, la moral religiosa es heterónoma.

11. Bobbio (1992) p. 116.

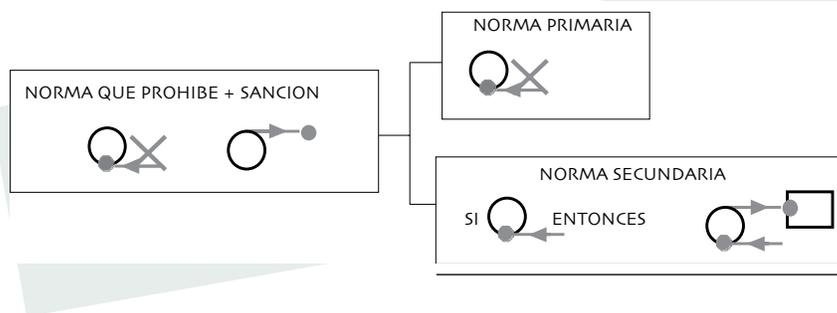
12. En Bobbio (1992) se discute en detalle el sentido de los criterios de justicia, validez y eficacia de las normas. La justicia tiene que ver con la evaluación, desde fuera del sistema, de los objetivos de la norma, la validez con su consistencia interna y la eficacia con su efecto sobre las conductas de los destinatarios de la norma.

13. Este es el caso que la sociología clásica, y en particular Durkheim, asocia con las sociedades primitivas.

normas<sup>13</sup>. Al aumentar el tamaño del grupo viene por lo general una división de tareas, se reduce la homogeneidad, aparecen subgrupos entre los cuales será necesario establecer nuevas normas y las sanciones sociales pierden eficacia. Bobbio (1992) señala como principal limitación de las sanciones sociales no tanto la ausencia de eficacia como la falta de proporción entre la violación y la respuesta. Además, la respuesta no está guiada por respuestas precisas, la sanción no es siempre igual para violaciones iguales<sup>14</sup>. Así un problema de las normas y sanciones sociales es que regulan comportamientos sin que esté regulada la respuesta que se da a las violaciones. De ahí surge la importancia de las llamadas reglas secundarias que regulan las sanciones para la

observancia, ejecución y protección de las reglas primarias.

Desde el momento en que se considera la posibilidad, que es el caso más relevante para el derecho, de una separación entre el actor a quien va dirigida la norma y un individuo ajeno al actor encargado de protegerla, o hacerla cumplir, cuyo comportamiento también debe ser regulado, el conjunto norma-sanción se convierte en realidad en dos normas: la primera dirigida a quien se espera modifique su conducta “no debes hacer A” y la segunda dirigida a quien debe responder con otra acción si no se cumple la norma: “si el actor hace A, entonces debes aplicar la sanción”.



De hecho, ha existido un largo debate dentro del derecho buscando definir quienes son los destinatarios reales de las normas. Se ha sugerido<sup>15</sup> que las normas jurídicas no van dirigidas a los ciudadanos sino a los órganos judiciales encargados de ejercer el poder coactivo. Así, se plantea una clara distinción entre las normas primarias, dirigidas a los individuos, y las normas secundarias cuyos destinatarios son los agentes encargados de hacer cumplir la ley<sup>16</sup>.

### C. Sistemas de normas: ordenamiento jurídico

Es evidente la observación que, al igual que cualquier intercambio no se da en un vacío social, ninguna norma orientada a afectar las conductas se puede dar en un vacío institucional, de ahí la importancia de estudiar el conjunto de normas como un sistema, o un ordenamiento. El estudio del derecho como

un sistema de normas es más reciente que las reflexiones sobre la norma individual. Se reconoce que el impulso más definitivo en la dirección de asignarle un papel primordial al derecho como un sistema se debe a la obra de Kelsen.

Para que pueda empezar a hablarse de un ordenamiento de normas se deben cumplir ciertas condiciones. En primer lugar que haya al menos dos tipos de normas, unas normas primarias, o de conducta, dirigidas a las personas, y unas normas secundarias o de estructura y competencia, que prescriben las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan, y sancionan, normas de conducta válidas. Hay dos aspectos relacionados con los ordenamientos que vale la pena analizar en detalle: el de la jerarquía de las normas y el de las relaciones entre distintos ordenamientos<sup>17</sup>.

## 1. Fuentes aceptadas y fuentes delegadas

Cualquier ordenamiento de normas es complejo pues rara vez las normas provienen de una sola fuente. La tradicional imagen de un ordenamiento jurídico integrado por un legislador que crea normas y unos súbditos que las cumplen es cada vez menos pertinente. La *demanda* por normas en una sociedad entendida como todas las posibles solicitudes de los ciudadanos para que se regulen ciertas conductas es tan grande y compleja que no existe ningún individuo u organización capaz de satisfacerlas por sí mismo. Lo que se observa es que la producción de normas se ve siempre complementada por dos vías: uno, por la adopción o recepción de normas ya formuladas en otros ordenamientos o en otras épocas y dos, por la delegación del poder de producir normas en organizaciones inferiores. Esto lleva a la distinción, al lado de las fuentes directas de producción de normas de dos clases adicionales de fuentes, las reconocidas y las delegadas. El ejemplo típico de fuente reconocida es la costumbre. Menos reconocido pero igualmente pertinente es la importación de normas. El ejemplo clásico de fuente delegada es la reglamentación de una ley con autorización del legislativo al ejecutivo. O la adopción de un reglamento de trabajo, o los estatutos de una asociación, o la celebración de un contrato autorizados por la ley. La diferencia general entre estos dos tipos de fuentes es que en las reconocidas se acoge un producto ya hecho mientras que en las delegadas se dan pautas para una producción, incluso futura, de normas.

## 2. El origen del ordenamiento jurídico

A diferencia de lo que ocurre para la mayoría de organizaciones de menor jerarquía, en las cuales se puede identificar un momento inicial de creación o constitución, una peculiaridad de las normas que regulan la organización social es que nunca han nacido en un vacío, en una tabla rasa. Sea cual sea el momento que se quiera definir como inaugural de una sociedad –por conquista de un territorio, independencia, creación de un nuevo estado– hay en ese momento vigentes normas morales,

sociales, religiosas, o costumbres que el nuevo ordenamiento no elimina por completo. Si se habla de un poder originario, se debe entender en un sentido jurídico, no histórico. Este poder originario tiene, desde un principio, unos límites tanto externos como internos.

De acuerdo con el pensamiento iusnaturalista, el poder originario surge de un *estado de la naturaleza* que lo precede y del cual se sale mediante un contrato social. Este contrato social se ha concebido de dos maneras. La primera, que se asocia con el pensamiento de Thomas Hobbes consiste en que los ciudadanos que pactan el contrato social delegan incondicionalmente sus derechos en un Leviatán que surge sin limitaciones a su poder. Toda limitación futura del poder es algo que el Leviatán se impone a

14. “Se puede decir que los defectos de las sanciones sociales están representados en la incertidumbre de su resultado, la inconstancia de su aplicación y la falta de medida en la relación entre violación y respuesta ... Este tipo de sanción no está institucionalizado, esto es, no está regulado por normas fijas, precisas, cuya ejecución esté confiada en forma estable a algunos miembros del grupo, expresa-mente designados para ello”. Bobbio (1992) p. 123.

15. Por parte de Binding y posteriormente de Jhering. Ver Bobbio (1992) p. 93.

16. Kelsen criticó esta distinción señalando que la que se consideraba norma secundaria era en realidad la norma primaria, confirmando de hecho tal distinción. Esta dimensión del derecho, concebido no exclusivamente como un conjunto de normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos sino, además y tal vez más importante, como un conjunto de reglas orientadas a reglamentar la aplicación de las sanciones, a hacerlas predecibles, uniformes, proporcionadas a las violaciones es tal vez una de los aspectos menos analizados por el Análisis Económico del Derecho (AED) tradicional. Este problema implica verdaderos dilemas para el derecho y se manifiesta con particular intensidad en el área penal. No resulta aventurado sugerir que el derecho penal es casi más el resultado de una continua evolución para establecer límites tanto a las reacciones espontáneas ante el crimen como al *ius puniendi*, el poder de castigar, que un esfuerzo por controlar los comportamientos criminales.

17. Bobbio (1992) también analiza el problema de la coherencia del sistema de normas –las antinomias jurídicas y el de que tan completo es el sistema– las lagunas del derecho.

18. Coplestone (1999) establece un paralelo con dos visiones medievales del poder, anotando que la de Hobbes sería similar a la de San Agustín, para quien el

sí mismo, una autolimitación. En un escenario distinto, que se puede asociar con Locke, el poder civil se fundamenta en el fin de asegurar el disfrute de ciertos derechos naturales –como la vida, la libertad y la propiedad– y por lo tanto nace limitado por un derecho preexistente. En la visión Hobbesiana el derecho natural desaparece y es reemplazado por el derecho positivo mientras que en la visión lockiana el derecho positivo no es más que un instrumento para garantizar la actuación del derecho natural. En la primera visión el poder del estado se debe autolimitar mientras que en la segunda la soberanía surge limitada por el derecho natural precedente que se recibe<sup>18</sup>.

Estas dos visiones del paso del estado de la naturaleza a la constitución del poder civil tienen claras repercusiones sobre la forma como se desarrolla el ordenamiento jurídico posterior. “De un lado el ordenamiento positivo es concebido como si se hiciera tabla rasa de todo derecho preexistente, configurado aquí por el derecho que rige en el estado de la naturaleza; por otro lado, se ha concebido como proveniente de un estado jurídico más antiguo pero que continúa subsistiendo. En el primer caso, todo el límite del poder soberano es autolimitación; en el segundo existen límites originarios y externos ... La adopción de una normatividad consuetudinaria corresponde a la hipótesis de un ordenamiento que nace limitado, en tanto que la atribución de un poder reglamentario corresponde a la hipótesis de un ordenamiento que se autolimita”<sup>19</sup>.

Otra manera de analizar el problema del origen del ordenamiento es a través de la jerarquía de las normas. Como se señaló a nivel de las normas individuales, es indispensable distinguir la regulación del comportamiento de las personas de la regulación de la manera como se producen, aplican y sancionan esas normas primarias. En la elaboración de un ordenamiento –en el cual se producen, se adoptan o se delegan normas– no todas se encuentran en el mismo plano, hay normas inferiores que dependen de normas superiores. Bajo esta lógica, propuesta por Kelsen, en algún momento, moviéndose de abajo hacia arriba debe existir una *norma fundamental*, de dónde

surge todo el ordenamiento, y de la cual dependen todas las normas a las que esa les da una unidad. Si para todas las demás normas se puede encontrar como fundamento una norma de jerarquía superior, para encontrar la fuente de la norma fundamental –que en el estado moderno es básicamente aquella mediante la cual el poder constituyente tiene la facultad de producir normas constitucionales de dónde se derivarán todas las demás normas– resulta indispensable salirse del ordenamiento jurídico y entrar en la discusión del fundamento del poder originario, la “verdadera fuente última de todo poder”. Con relación a esto se han sugerido varias respuestas. La primera es que todo poder viene de Dios, quien bien legisla directamente o delega el poder de legislar<sup>20</sup>. La segunda respuesta es que el poder se deriva de unas leyes naturales, que el hombre descubre por medio de la razón, que es común a todos los hombres. La tercera respuesta relaciona el poder con una convención originaria, un contrato social, entre quienes constituyen la sociedad o entre estos y quienes reciben por delegación el poder. Así, el poder se deriva no de Dios o de la naturaleza sino de un acuerdo de voluntades. Todas estas respuestas parecen haber desplazado el problema de explicar la existencia del ordenamiento jurídico a ofrecer una justificación del mismo.

### 3. Derecho y fuerza

De acuerdo con Bobbio (1992) parece realista entender por poder originario el conjunto de fuerzas políticas que en un determinado momento toman ventaja e instauran un ordenamiento jurídico. Es conveniente, para no reducir el derecho a la fuerza, matizar la noción de poder. Aunque es posible concebir un mundo idílico en el que todo el poder repose exclusivamente sobre el consentimiento, los poderes originarios reales son una mezcla de fuerza y de consentimiento. Esa fuerza es necesaria para garantizar la eficacia del derecho: la eficacia del ordenamiento jurídico requiere de la capacidad de aplicar sanciones que, a su vez depende, aunque sea en última instancia, del ejercicio de la coerción. El rechazo y la crítica al enunciado de esta realidad proviene, de acuerdo con

el mismo autor, de una confusión entre lo que es y lo que debería ser, entre eficacia y justicia<sup>21</sup>. “El derecho es, así, la expresión de los más fuertes y no de los más justos, y será tanto mejor en cuanto los más fuertes sean también los más justos”<sup>22</sup>.

Otra manera de analizar la relación entre derecho y fuerza, viene de Kelsen y reposa nuevamente en el problema de quienes son en realidad los destinatarios de las normas. Se puede ver la fuerza como el requisito de última instancia para garantizar la eficacia del derecho, pero también se puede ver la fuerza como el objeto primordial de la regla-mentación jurídica. Así, el derecho se ha planteado bien sea como un conjunto de normas que se hacen cumplir con recurso a la fuerza, bien sea como el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza en una sociedad. Bobbio califica esta segunda visión de limitada pues, aunque está de acuerdo en el hecho “que un ordenamiento se torna jurídico cuando se dan reglas para el uso de la fuerza (se pasa de la fase del uso indiscriminado a la fase del uso limitado y controlado de la fuerza)” señala que “la finalidad de cualquier legislador no es la de organizar la fuerza, sino la de organizar la sociedad mediante la fuerza”<sup>23</sup>.

#### 4. Pluralismo jurídico

Aunque sea una tautología es útil señalar que para hablar de una diversidad de ordenamientos jurídicos es indispensable que exista más de uno. La noción de un ordenamiento único ha sido persistente en el pensamiento legal occidental. La influencia del derecho romano primero y del iusnaturalismo después ha hecho sobrevivir la idea de un derecho único universal del cual los distintos derechos particulares no serían más que manifestaciones específicas, geográficas o históricas. En este orden de ideas, una de las cuestiones más debatidas ha sido la de las relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural.

Si existe, en un lugar y un momento, un poder soberano que implanta un derecho, y por definición un poder soberano es independiente de otros poderes, habrá

tantos derechos como poderes soberanos. En este contexto, la idea de un derecho universal no es concebible sino se plantea un único poder soberano universal, como un Dios, del cual habrían emanado los distintos poderes soberanos. Esta idea teológica fue abandonada en el pensamiento político moderno que dio paso a una nueva versión de la idea universalista del derecho bajo la forma del derecho natural<sup>24</sup> cuyo origen no era ya la voluntad divina sino la razón. Al retroceder el iusnaturalismo y abandonada la concepción teológica se derivó como consecuencia inevitable la noción del pluralismo jurídico.

Otro refuerzo a la idea del pluralismo vino del institucionalismo que planteó la posibilidad de superposición de ordenamientos de distinto tipo. La tesis principal es que donde haya un grupo social organizado hay una institución y por lo tanto existe un ordenamiento jurídico. Bajo esta visión, se hace aún más compleja la dependencia entre ordenamientos jurídicos, que ya no se limita a las conexiones entre los estatales sino también a la relación entre estos últimos y otros ordenamientos no estatales, de

Estado es una consecuencia del pecado original y surge como un medio para controlar los malos impulsos de los hombres. Santo Tomás, por el contrario, siguiendo a los griegos, consideraba el Estado como una exigencia de la ley natural, a su vez reflejo de la ley divina cuya función principal es promover el bien común.

19. Bobbio (1992) p. 170.

20. Esta simple diferencia tuvo consecuencias, por ejemplo, sobre la posibilidad de negociar la venganza que afectaron el desarrollo de distintos sistemas penales.

21. Más adelante se analiza el significado de estos términos.

22. Bobbio (1992) p. 186.

23. Bobbio (1992) p. 187.

24. Aunque hay quienes consideran que, si se considera que la naturaleza es una creación de Dios esta no sería más que una nueva versión de la antigua idea del origen religioso del poder. En particular, si se considera, como se puede pensar que hace la economía moderna, que las relaciones entre los hombres responden a leyes naturales –son obras de Dios que el hombre puede simplemente descubrir, pero no modificar– se está de nuevo ante una visión universalista y religiosa. Que requiere, por ejemplo, de manos invisibles para alcanzar el orden.

los cuales se pueden distinguir cuatro tipos: supraestatales como el ordenamiento internacional o según algunos el de la Iglesia católica, infraestatales como los de aquellos de cualquier organización reconocida por el estado, que los limita o absorbe, colaterales como el de la Iglesia o también el internacional y en alguna medida ciertas ONGS y antiestatales como las mafias o las sectas secretas.

Aunque en principio se podría considerar superada la concepción universalista del derecho, en los últimos años, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, ha surgido una nueva vertiente no ya asociada a la pretensión de un derecho natural sino como respuesta a una tendencia por constituir un único derecho positivo “que reúna todos los derechos positivos existentes, y que sea producto no de la naturaleza, sino de la historia y que esté no en el origen del desarrollo social e histórico (como el derecho natural y el estado de la naturaleza) sino en el fin”<sup>25</sup>.

La idea de una pirámide de normas para representar un ordenamiento, en la cual hay sucesivas capas de normas inferiores en número y superiores en jerarquía que se superponen a las anteriores se puede complementar con la noción de una pirámide de ordenamientos. Una primera clasificación de estos ordenamientos puede hacerse con respecto al grado de validez de unos respecto a otros y distinguir unas relaciones de coordinación y otras de subordinación. Entre estados soberanos se establecen relaciones de coordinación<sup>26</sup>. Un segundo criterio de clasificación hace referencia a la diferente extensión recíproca de los respectivos ámbitos de validez. Por último se puede señalar el punto de vista de cada ordenamiento con relación a los valores del otro y que puede ser de indiferencia, rechazo o absorción. Respecto a la relación del ordenamiento jurídico estatal con otros menores, la teoría institucional plantea como requisito de juricidad el que exista un mínimo de organización.

## II. Economía de las normas

### A. -La cooperación– el dilema del prisionero<sup>27</sup>

Una de las cuestiones más difíciles de explicar para la economía ha sido por qué en ciertas circunstancias los individuos –que se suponen egoístas y motivados únicamente por defender sus intereses particulares– actúan de manera coordinada, e incluso cooperan entre ellos sacrificando a veces beneficios personales en aras de los intereses de una pareja, una sociedad, un grupo, o una organización.

El caso más general de intercambio social del cual pueden surgir comportamientos cooperativos se puede caracterizar por dos personajes, Alter y Ego, y dos acciones: lo que Alter hace por Ego (Acción 1) y lo que Ego hace por Alter (Acción 2). La situación de mayor interés se presenta cuando lo que Alter hace por Ego representa un costo para Alter ( $C_A$ ) y un beneficio para Ego ( $B_E$ ) y, por otro lado, lo que Ego hace por Alter representa un beneficio para Alter ( $B_A$ ) pero también un costo para Ego ( $C_E$ ). Se supone además, que el beneficio que cada uno recibe por la actuación del otro es por lo menos ligeramente superior a los costos en los que personalmente se incurre ( $B_A > C_A$  y  $B_E > C_E$ ). En síntesis, se tiene:

- Una Acción 1 que implica beneficios para Ego ( $B_E$ ) y costos para Alter ( $C_A$ )
- Una Acción 2 que implica beneficios para Alter ( $B_A$ ) y Costos para Ego ( $C_E$ )
- El beneficio para Alter de la Acción 2 es superior al costo derivado de la Acción 1 ( $B_A > C_A$ )
- El beneficio para Ego de la Acción 1 es superior al costo derivado de la Acción 2 ( $B_E > C_E$ ).

Cuando se dan estas cuatro condiciones, tanto Alter como Ego se beneficiarán del intercambio de la Acción 1 por la Acción 2. Los ejemplos que pueden encajar dentro de esta tipificación son múltiples en la vida real<sup>28</sup>.

Sin embargo, si Alter y Ego están motivados únicamente por satisfacer sus intereses particulares, surge una posible variante: para

cada uno resulta más beneficioso incumplir su parte del acuerdo. Para Ego, por ejemplo, es conveniente que se de la Acción 1 sin la

25. Bobbio (1992) p. 256.

26. Aunque no se pueden descartar por completo las relaciones de subordinación que reflejan el hecho que Estados más poderosos logran imponer los objetivos de sus ordenamientos sobre los de otras naciones menos poderosas.

27. Parte de esta sección está basada en Cosmides y Tooby (1992) y Ridley (1996).

28. Cualquier compra venta ya tiene un componente importante de cooperación (cumplir la parte del acuerdo, no engañar a la contraparte en cuanto a las características de lo que se intercambio): Alter da un lápiz a Ego (Acción 1) y Ego da a Alter una suma de dinero (Acción 2). El beneficio para Ego es el que se deriva de tener un lápiz y el costo está representado en dejar de tener el dinero. Para Alter el beneficio consiste en contar con una suma de dinero y dejar de tener un lápiz constituye un costo. Mientras que para Alter sea mejor tener el dinero que el lápiz y que Ego, por el contrario, prefiera el lápiz a la suma de dinero, ambos se beneficiarán y se dará el intercambio de acciones. Dos amas de casa, Tizia que tiene doce platos hondos y ningún plato pando y Caia que, por el contrario, cuenta con doce pandos y ningún plato hondo –y ambas estarían mejor si tuvieran seis platos hondos y seis pandos– acuerdan que Caia da seis platos a Tizia (Acción 1) y que ella corresponda (Acción 2). Un periodista puede acordar con un burócrata o político el suministro de información privilegiada (Acción 1) a cambio de su publicación con una opinión favorable (Acción 2). Dos economías pueden hacer acuerdos arancelarios para sus exportaciones/importaciones: ambas se beneficiarían del libre comercio pero más conveniente aún sería no tener restricciones a las exportaciones y establecerlas para las importaciones. Alter y Ego, cómplices en un crimen, pueden acordar no delatarse mutua-mente sacrificando los beneficios de una reducción de sus condenas.

29. El razonamiento de Alter para decidir su acción sería algo así: “como no sé lo que hará Ego voy a analizar que me conviene hacer bajo las distintas acciones por las que pueda optar Ego. Si Ego decide cooperar, y yo coopero, obtendré  $(B_A - C_A)$ ; pero si no coopero obtendré  $B_{A'}$ , que es preferible para mí como resultado. Por lo tanto, si Ego coopera, me conviene no cooperar. Bajo la otra posible alternativa, que Ego no coopere, si yo coopero obtendré  $(-C_A)$ , pero si no coopero obtendré 0. Así es que si Ego no coopera, también me conviene no cooperar. Entonces, sea cual sea la decisión de Ego, me conviene no cooperar. Por lo tanto, defendiendo mis intereses, decido no cooperar”. Ego, por su parte hará un razonamiento similar que lo llevará a no cooperar.

30. Este ejemplo lo suministra Ridley (1996) p. 53.

31. Se trata “simplemente de una formulación abstracta de situaciones muy comunes y muy intere-

Acción 2: los beneficios, si Alter coopera con la Acción 1 y Ego no lo hace ( $B_E$ ) son superiores a lo que obtendría de la cooperación mutua ( $B_E - C_E$ ). De la misma manera, para Alter es más favorable la situación inversa, la Acción 2 sin que ocurra la Acción 1. Si además, Alter entiende que Ego estará tentado a no cooperar puede también decidir no hacerlo<sup>29</sup>.

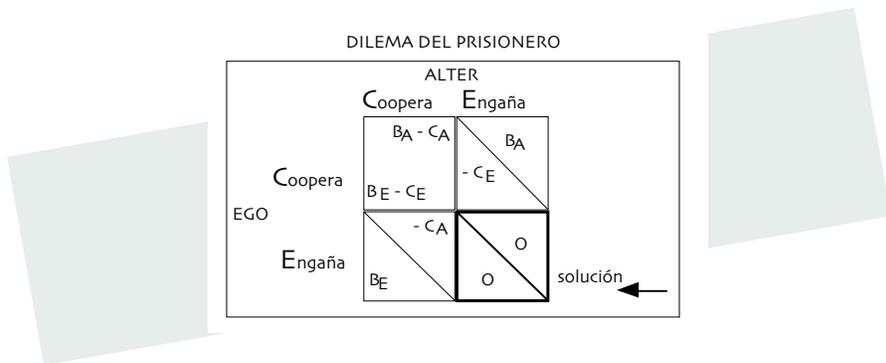
Esto es precisamente lo que ocurre en la Opera Tosca de Puccini, cuando la heroína enfrenta un terrible dilema<sup>30</sup>. Su amante Cavaradossi ha sido condenado a muerte por Scarpia, el jefe de la policía, quien plantea un trato a Tosca. Si ella hace el amor con él salvará la vida de su amante pues él ordenará a los del pelotón de fusilamiento utilizar balas de salva. Tosca acepta en principio el trato pero en realidad busca engañar a Scarpia. Decide matarlo una vez él haya dado la orden de usar balas de salva. Así lo hace, pero descubre luego que Scarpia también había decidido engañarla. El pelotón de fusilamiento usa balas reales, muere Cavaradossi, Tosca mata a Scarpia y luego, desesperada, se suicida. Sin el engaño mutuo, tanto Scarpia como Tosca habrían quedado en una mejor situación.

Este caso, recurrente en la vida real, en el cual los individuos que buscan defender sus intereses particulares pueden tomar una decisión que los lleve a una situación menos favorable que la que alcanzarían cooperando es uno de los escenarios más famosos de la teoría de juegos y se conoce con el nombre del *dilema del prisionero*. El juego capta la esencia de las múltiples situaciones en las cuales existe un conflicto entre los intereses particulares y el interés colectivo. Se trata de una manera de modelar, en el sentido de representar de manera simplificada, los elementos que son comunes a estas situaciones sin detenerse en los detalles que los diferencian<sup>31</sup>. Su denominación proviene de una anécdota según la cual dos prisioneros, que se conocen y fueron cómplices de un crimen, enfrentan la decisión de delatar al otro para no ser condenados o guardar silencio y recibir una sanción leve pero inferior a la que reciben si son delatados. El dilema surge porque si ambos guardan silencio –cooperan– recibirán una sentencia leve; pero si delatan

al otro podrán salir libres si el otro guarda silencio, o recibir una condena mayor, si el otro los delata.

El dilema del prisionero se puede ilustrar con un diagrama sencillo típico en teoría de juegos. Los dos jugadores, Alter y Ego, enfrentan cada uno dos opciones: Cooperar o Engañar. La cooperación consiste en llevar a cabo la acción que beneficia al otro, asumiendo los costos. El engaño consiste en no llevar a cabo la acción que impone costos personales. Así, lo que cada jugador recibe depende no sólo de su decisión sino de la conducta del otro.

Si ambos cooperan recibirá cada uno como recompensa la diferencia entre los beneficios de la acción del otro menos los costos de la acción propia<sup>32</sup>. Si ninguno ejecuta su acción quedarán ambos en la misma situación inicial. Como se señaló, existe la posibilidad de que uno de los dos coopere y el otro engañe. En tal caso el que coopera incurrirá en un costo sin recibir beneficios y el que engaña, por el contrario, disfrutará de los beneficios por la acción del otro sin incurrir en los costos derivados de la acción propia. El juego se resume en el Diagrama 1<sup>33</sup>.



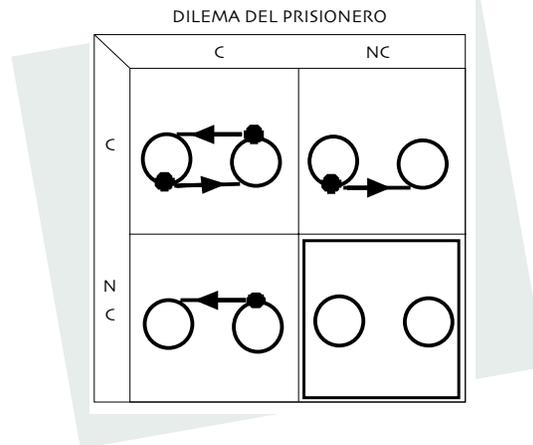
Las casillas representan lo que reciben los jugadores en cada posible combinación de acciones. Alter recibe lo que está arriba y a la derecha de la diagonal en cada casilla y Ego lo que está abajo y a la izquierda. Si tanto Alter como Ego son egoístas, la *solución* de este juego, entendida como la descripción de la mejor opción para cada uno de los participantes, será la casilla inferior derecha en la cual ninguno coopera, y ninguno alcanza los beneficios de la acción ajena. En este caso además, el no cooperar es la opción que se elige siempre, en forma independiente de lo que haga el otro jugador: se trata de una *estrategia dominante*. Si la contraparte engaña, conviene engañar. Pero si la contraparte coopera también conviene engañar. Haga lo que haga el otro, conviene engañarlo. El resultado predecible y persistente para jugadores racionales es el engaño mutuo<sup>34</sup>.

Otra manera de representar este juego del dilema del prisionero es mediante las convenciones gráficas expuestas en la sección anterior<sup>35</sup>.

Existe una extensa literatura en la cual se analizan las condiciones bajo las cuales se puede resolver satisfactoriamente este dilema, en el sentido que los dos jugadores cooperen, rechacen la opción de engañarse mutuamente y tomen la decisión que, colectivamente, los deja en una situación más favorable que la asociada con la defensa individual de sus propios intereses. Fuera de la alternativa bajo la cual se abandona el supuesto de egoísmo, y se abre la posibilidad de considerar comportamientos genuinamente altruistas se pueden distinguir dos grandes categorías en las posibles soluciones al dilema del prisionero. La primera –que ha interesado ante todo a los matemáticos, los economistas y los biólogos– tiene que ver con lo que se podrían denominar las instancias *espontáneas* de cooperación: aquellas que no requieren de un elemento externo, o un tercer agente, o de un estado poderoso que imponga, desde arriba y verticalmente la coordinación. La segunda categoría de soluciones –que han interesado a la sociología y a la ciencia política y que es

razonable plantear es la de mayor interés para el derecho— está relacionada con instancias normativas, o contractuales, para las cuales sí se requiere para alcanzar la cooperación

de un tercer agente, un protector externo, un Leviatan que, como mínimo, vele por el cumplimiento de las normas o haga observar los contratos.



Si hubiera que hacer una lista de los elementos conceptuales que separan la economía de las demás ciencias sociales sin lugar a dudas la solución del dilema del prisionero —el cómo se resuelve o se debe resolver el problema de la cooperación— ocuparía un lugar destacado. Para Durkheim la cuestión clave de la sociología consiste en entender cómo el sistema social afecta el comportamiento del individuo. Para Parsons, el concepto de norma —que como se verá es una de las posibles soluciones al dilema— provee la base del principio de acción cuyo papel teórico es equivalente al principio de maximización de la utilidad en la teoría de la elección racional. Mientras la economía (modelo de elección racional) toma los intereses y preferencias individuales como dados y a partir de allí trata de explicar el funcionamiento del sistema social —mediante soluciones espontáneas, de abajo hacia arriba, del dilema del prisionero— la teoría socio-lógica clásica (modelo de seguimiento de reglas) toma las normas sociales como un dato a partir del cual se trata de explicar el comportamiento individual —la solución normativa, o externa, de arriba hacia abajo, del dilema del prisionero—.

santes en las cuales lo que es mejor para cada persona de manera individual lleva al mutuo engaño, cuando cada uno hubiera quedado en mejor posición con cooperación mutua”. Axelrod (1984) p. 9. Traducción propia.

32. En caso de mutua cooperación, el resultado final será  $(B_A - C_A)$  para Alter y  $(B_E - C_E)$  para Ego.

33. Normalmente el juego se representa con valores numéricos arbitrarios que hacen más fácil la lectura del diagrama. Además es usual representar con el mismo número los beneficios que recibe cada uno de la cooperación. Puede ser conveniente introducir el juego sin el supuesto, implícito en los números, que los resultados son comparables entre los dos jugadores, o que la repartición entre los dos jugadores de los resultados de la cooperación es simétrica. En general, la esencia del juego no requiere que los pagos sean simétricos, ni siquiera que sean comparables. Lo único que se requiere es que, para cada jugador lo que se recibe por engañar sin haber cooperado (B) sea superior al resultado de la cooperación mutua (B-C) que a su vez sea superior al engaño mutuo (0). Estos pagos ni siquiera tienen que medirse en una escala cardinal o débil cardinal. Basta con que puedan ordenarse. Para juegos repetidos se plantea una restricción adicional sobre los pagos que excluya la posibilidad de acuerdos de engaños sucesivos que se reparten. Ver Axelrod (1984).

34. Este tipo de solución, en la cual la estrategia de cada jugador es óptima como respuesta a la estrategia adoptada por el otro, y ninguno tiene incentivos para abandonarla se conoce en teoría de juegos como un *equilibrio de Nash*.

35. La idea de que el cuadrante superior derecho,

Vale la pena exponer en detalle ambas familias de alternativas de solución al dilema del prisionero. Con esta presentación se reforzará el argumento que los modelos rivales de comportamiento –la elección racional y el seguimiento de reglas– son más complementarios de lo que parecen y que la adhesión individual a las normas sociales, o a las leyes, puede ser en ocasiones difícil de distinguir de una estrategia racional.

### B. Cooperación espontánea, el modelo de Axelrod<sup>36</sup>

A finales de los años setenta, Robert Axelrod, un politólogo interesado en las relaciones internacionales y, en particular en los riesgos de guerra nuclear, convocó un torneo para explorar la lógica de la cooperación. Su objetivo principal era analizar como surge la cooperación en un mundo de egoístas no sometido a una autoridad central. Un interés previo en inteligencia artificial y en torneos de ajedrez por computador lo llevó a considerar que una buena manera de evaluar estrategias alternativas en el Dilema del Prisionero Iterativo (DPI)<sup>37</sup> sería invitar expertos a que sometieran sus estrategias como programas de computador, que podrían luego ser sometidos a un torneo para analizar el que diera mejores resultados. El resultado sorprendente fue que la estrategia más simple entre las propuestas<sup>38</sup> fue la que ganó el torneo<sup>39</sup>. La estrategia que Axelrod denominó el *Tit-for-tat* (toma y daca) consiste simplemente en cooperar en la primera ronda y luego responder con la misma jugada anterior del otro. La vieja ley del talión, el ojo por ojo, matizado con la recomendación que se debe siempre empezar cooperando aparecía como la mejor estrategia para alcanzar la cooperación espontánea entre individuos racionales egoístas.

Posteriormente Axelrod organizó un segundo torneo en el cual invitaba a proponer una estrategia superior. Recibió 62 respuestas y, de nuevo, la estrategia ganadora fue la del *Tit-for-tat*. La observación de que se trataba de una estrategia robusta lo llevó al desarrollo de modelos de simulación por computador en los cuales enfrentaba distintas estrategias con resultados interesantes: las estrategias no cooperadoras prosperaban a costa de las amables; sólo los vengadores como *Tit-*

*for-tat* podían atajarlas; gradualmente, sin embargo, las estrategias no cooperadoras se quedaban sin víctimas fáciles y tenían que enfrentarse entre ellas y destruirse mutuamente. *Tit-for-tat* aparecía de nuevo como la estrategia ganadora. Se mostraba así cómo la cooperación basada en la reciprocidad podía surgir de una población de egoístas (con sólo un pequeño grupo de vengadores) e incluso resistir la invasión de otras estrategias mutantes. “Lo que explica el éxito robusto del *Tit-for-tat* es su combinación de ser simultáneamente amable, vengativo, clemente y claro. Su amabilidad lo previene de meterse en líos innecesarios. Su capacidad de venganza desestimula a la otra parte a persistir en el engaño. Su clemencia ayuda a restablecer la cooperación mutua. Y su claridad lo hace transparente para la otra parte, permitiendo la cooperación de largo plazo”<sup>40</sup>.

Con la idea de que tales resultados podrían ser de interés tanto para la biología como para las ciencias sociales, Axelrod invitó luego a William Hamilton a desarrollar las implicaciones del modelo para la biología. Para Hamilton los resultados no eran del todo sorprendentes. Unos años antes otro biólogo, Robert Trivers, también intrigado por el enigma de la cooperación en otras especies, había sugerido que una posible razón era el *altruismo recíproco* y, anticipando uno de los principales resultados del *Tit-for-tat*, había planteado que entre mayor sea la oportunidad de interacción entre individuos, mayor será la posibilidad de que surja la cooperación.

Una de las principales conclusiones del trabajo de Axelrod es, en efecto, que una condición importante para que funcione la estrategia del *Tit-for-tat* es la existencia de relaciones estables y repetitivas entre los jugadores. Entre más casuales y esporádicos los encuentros entre pares de individuos es menos probable que la reciprocidad lleve a configurar un esquema de cooperación.

La segunda idea importante que, aunque no aparece enunciada explícitamente, se deriva del trabajo de Axelrod y de hecho se ha consolidado en la literatura como una

de sus conclusiones, es la necesidad de un actor externo que ponga fin a los posibles círculos viciosos de venganzas recíprocas. “El problema con el *Tit-for-tat* es que una vez se ha iniciado una enemistad<sup>41</sup> (*feud*), puede continuar de manera indefinida. De hecho, muchas enemistades tienen precisamente esa característica”<sup>42</sup>. La consecuencia de esta observación es que parecería conveniente, si no indispensable, para que surja espontáneamente la cooperación el contar con una autoridad capaz de poner fin a las eventuales cadenas infinitas de venganzas asociadas con la estrategia del *Tit-for-tat*.

Un tercer punto tiene que ver con algunas reflexiones en torno a la moralidad de la estrategia del *Tit-for-tat*. Es claro que esta estrategia no corresponde con lo que se puede considerar uno de los estándares morales mejor aceptados, la regla de oro –no hagas a otros lo que no quieres que te hagan a tí–. En el contexto del dilema del prisionero la regla de oro podría interpretarse como una invitación a cooperar siempre, puesto que la cooperación es lo que se espera de la contraparte; así desde el punto de vista de

que corresponde a la cooperación, constituye una situación más favorable que la del statu-quo resulta de la consideración que, siendo el juego voluntario, los jugadores prefieren cooperar a no hacerlo.

36. Esta sección está basada en Axelrod (1984).

37. Se entiende el DPI como el mismo juego del dilema del prisionero repetido en varias vueltas, rondas o iteraciones en las cuales las decisiones en cada turno también se ven afectadas por las rondas anteriores del juego.

38. Propuesta que fue hecha por Anatol Rapoport otro politólogo, también interesado en los problemas de confrontación nuclear.

39. En este punto vale la pena destacar el hecho que tanto Axelrod, el promotor del torneo inicial, como Rapoport el proponente de la estrategia ganadora estaban inicialmente interesados en el problema de la cooperación en el contexto de las relaciones políticas internacionales y de la posibilidad de una guerra nuclear. Así, para ellos, el punto de partida del análisis, que no existe una autoridad central, es algo más que un postulado normativo, o un deseo. Las preocupaciones de los biólogos por explicar la cooperación en la naturaleza sin recurrir a la figura

la moral podría ser preferible una estrategia de cooperación incondicional en lugar de la reciprocidad del *Tit-for-tat*. “El problema con esta visión es que ofrecer la otra mejilla provee un incentivo para que el otro jugador nos explote. La cooperación incondicional puede no sólo perjudicarnos sino que también puede hacer daño a terceros inocentes con los cuales el explotador interactuará luego”<sup>43</sup>.

Fuera del principio orientado a responder en los mismos términos del otro jugador, está la cuestión de la dosificación de la respuesta. Al respecto, otro resultado del modelo es que la estrategia del *Tit-for-tat* descansa en la equidad, entendida como la equivalencia, entre jugadores, de los resultados tanto de la cooperación como del engaño. El éxito de la reciprocidad del *Tit-for-tat* no radica en obtener más que la otra parte en una determinada iteración sino en la cooperación a largo plazo. Para que esto se pueda dar, un requisito implícito del modelo es que exista entre los jugadores cierta igualdad de poder: que se pueda devolver cada resultado (engaño o cooperación) con algo equivalente. Si no hay paridad de poderes no es posible la reciprocidad.

de una autoridad central también tienen sentido. Por el contrario, para las ciencias sociales, incluso para la economía, la pertinencia del mismo supuesto es ya bastante discutible: simplemente no es realista, para la gran mayoría de las situaciones sociales relevantes suponer que los participantes en el juego están completamente libres de influencias externas, y en particular de una figura de autoridad. La mayor relevancia del dilema del prisionero sin autoridad central sería para las situaciones de guerra, entre naciones, o entre grupos que expresamente han rechazado someterse a una autoridad. De hecho, los ejemplos que Axelrod da en su libro como posibles aplicaciones de su modelo, en los cuales la cooperación de efectivamente evolucionó tienen que ver con la primera guerra mundial y con algunos sistemas biológicos.

40. Axelrod (1984). Traducción propia.

41. El término enemistad no capta por completo la noción del *feud* que incorpora mejor la idea de venganzas recíprocas.

42. Axelrod (1984) p. 138. Traducción propia.

43. Axelrod (1984) p. 136. Traducción propia.

44. No siempre tiene por qué serlo. No interesa, por ejemplo, que en un oligopolio las empresas cooperen

Es interesante observar como estas tres implicaciones del modelo de Axelrod –la necesidad de una autoridad que impida las cadenas de venganza, la repetición de las iteraciones entre pequeños grupos de individuos que se conocen y la posibilidad real de reciprocidad– son similares a las condiciones planteadas por Mancur Olson en su trabajo clásico sobre la lógica de la acción colectiva para superar el problema del *free-rider* (o gorrón): la existencia de un empresario político que convenza a los agentes de las ventajas de la cooperación, el tamaño del grupo y la posibilidad de incentivos selectivos.

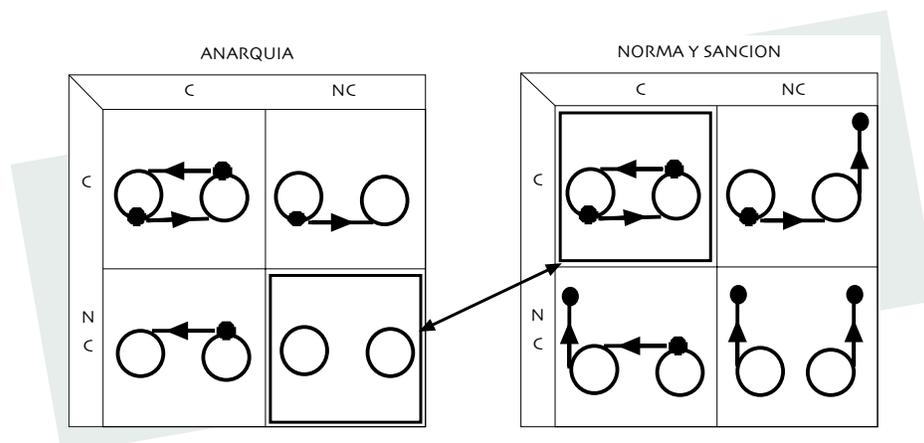
Desde un punto de vista normativo, vale la pena mencionar tres de las recomendaciones hechas por Axelrod para promover la cooperación, cuando se considera que esto es algo deseable<sup>44</sup>. Uno, se debe tratar de “ampliar la sombra del futuro”: la cooperación mutua es estable sólo cuando el futuro es suficientemente importante con relación al presente<sup>45</sup>. Dos, parece importante para promover la cooperación en una sociedad enseñarle a la gente a ser sensible al bienestar de los demás. Esta recomendación, contraria al supuesto positivo del egoísmo, es más que razonable en términos normativos aunque sea contraria a lo que progresivamente parece una prescripción de la economía. Tres, una manera, bastante usual de promover la cooperación es mediante el establecimiento de normas, o leyes, que con la amenaza de sanciones cambien los resultados que efectivamente esperan los jugadores enfrentados al dilema. Esta alternativa de solución no es más que una variante del planteamiento hecho por

Thomas Hobbes hace más de tres siglos, que vale la pena analizar en detalle.

### C. Otra solución: una norma o un contrato<sup>46</sup>

Si con el mismo escenario del dilema del prisionero se abandona el supuesto de que no existe una autoridad central que induzca o imponga la cooperación, aparecen alternativas a la solución espontánea del modelo de Axelrod. Para esta extensión, se considera que el juego anteriormente expuesto corresponde al escenario que se puede denominar de *anarquía*, sin autoridad central, y se analiza lo que ocurre cuando, por ejemplo, se establece una norma, en este caso “No Engañar”, cuyo incumplimiento conlleva la imposición de una sanción al infractor. Esta tarea de establecer la norma y aún la de fijar la sanción no requiere, en principio, de la intervención de un tercero. Es algo que puede ser acordado por las partes. La aplicación de la sanción por incumplimiento, por el contrario, si exige un nuevo actor, un tercer agente, no sólo externo a las partes sino además con capacidad coercitiva sobre ellas.

El establecimiento de una norma, con su respectiva sanción por incumplimiento, es una nueva manera de solucionar el dilema del prisionero y alcanzar la cooperación. Se entiende por sanción una alteración en los pagos del jugador que opta por incumplir la norma, o sea algo que se aplica a quien Engaña<sup>47</sup>. El nuevo juego, en el cual se describen las dos situaciones, la de anarquía y la de norma-sanción se describe en el diagrama.



Ante el nuevo escenario con una norma y una sanción, y con la simple condición que para cada jugador la percepción de la sanción sea superior al costo individual de cooperar cambia el equilibrio del juego<sup>48</sup>. Con el establecimiento de una norma y una sanción, la solución o estrategia dominante del juego se traslada de la casilla inferior derecha a la casilla superior izquierda, que coincide con la decisión colectiva más favorable. Con relación a la situación de anarquía, en la que las decisiones individuales llevaban a que ninguno de los jugadores recibiera un pago, el establecimiento de una norma conduce, a los mismos jugadores egoístas, a una situación donde cada uno ha mejorado su situación. La norma permite que se alcancen los beneficios de la cooperación.

Otra solución al dilema del prisionero distinta a la cooperación espontánea, o al establecimiento de una norma, es un acuerdo o *contrato* entre los jugadores. El contrato más sencillo y general consiste en que cada jugador cede al otro un derecho de control sobre sus propias acciones a cambio de un derecho recíproco<sup>49</sup>. En un mundo de dos jugadores como el que se ha presentado en los diagramas siempre puede verse una norma como un contrato bilateral. En un mundo de muchos actores la diferencia reside en el carácter general de la norma y el particular o privado de los contratos. De cualquier forma vale la pena señalar que otra solución para el dilema del prisionero consiste en establecer mecanismos mediante los cuales puedan establecer contratos, entendidos en su forma más general como compromisos creíbles de actuación. Tal tipo de acuerdos, normalmente, también conllevan arreglos sobre lo que debe hacerse en caso de incumplimiento del contrato por una de las partes. Una posible respuesta al incumplimiento, tal vez la más corriente en los contratos, es la de no volver a buscar cooperación con quien incumplió, excluirlo del grupo de actores con los cuales se seguirán haciendo acuerdos en el futuro. También puede considerarse la posibilidad de arreglos equivalentes a una sanción, o a la obligación de cumplir con lo acordado, en cuyo caso se hace, de nuevo, necesaria la

intervención de un tercer agente, una autoridad ajena a las partes con capacidad coercitiva.

#### *D. La sanción y la necesidad de un protector<sup>50</sup>*

Son varias las implicaciones de interés que se pueden derivar de esta caricatura del proceso a través del cual puede surgir una norma como solicitud racional de dos individuos egoístas enfrentados al dilema de organizarse. Nótese en primer lugar que lo relevante para que los jugadores cambien su estrategia es su convencimiento, a priori, de que si no actúan en forma cooperativa les será aplicada una sanción.

para fijar precios. O que enemigos potenciales cooperen en contra nuestra.

45. Puesto que los jugadores pueden utilizar la amenaza implícita de retaliación ante el engaño sólo si la interacción puede durar el tiempo suficiente para que la amenaza sea efectiva.

46. Esta sección está basada en Coleman (1990).

47. De la manera más general, no hay por qué suponer que la percepción de la sanción es la misma para los dos jugadores. Si Alter decide engañar percibirá como sanción  $S_A$  y si Ego es quien lo hace percibirá como sanción  $S_E$ . Se supone que para cada jugador percibe la sanción como superior al costo individual de cooperar, o sea que  $S_E > C_E$  y  $S_A > C_A$ .

48. El razonamiento típico, por ejemplo de Ego, se transforma en algo como: "si Alter coopera y yo coopero, obtendré  $(B_E - C_E)$ ; si no coopero obtendré  $(B_E - S_E)$ . Por lo tanto me conviene cooperar (puesto que  $S_E > C_E$  y entonces  $(B_E - C_E)$  es mejor que  $(B_E - S_E)$ ). Si, por el contrario, Alter no coopera, y yo coopero obtendré  $-C_E$  mientras que si no coopero tendré  $-S_E$ , que es peor para mí. Por lo tanto también me conviene cooperar. Sea cual sea la decisión de Alter, a mí me va mejor cooperando, por lo tanto así lo haré". Con un argumento similar se puede ver que Alter también cooperará.

49. "Alter decide lo que Ego hace y, a cambio, Ego decide lo que Alter hace". De acuerdo con Coleman (1990) fue a principios de los años setenta cuando se propuso que la solución más sencilla al dilema del prisionero consistía en un intercambio de control sobre las acciones de los jugadores, y que esta era una acción racional para las partes. También se ha argumentado que la solución a la paradoja del liberal paretiano planteado por Sen es de esta misma naturaleza.

50. En esta sección no se discute la posibilidad de una sanción recurrente, que se podría denominar el ostracismo y que consiste en dejar de buscar acuerdos cooperativos con quien en el pasado incumplió una norma o un contrato.

51. Que puede ser, como se expone más adelante el Leviatán de Tomás Hobbes, o el *pater familias* romano

El tercer personaje –externo, ajeno a los jugadores– encargado de velar por el cumplimiento de la norma aplicando la sanción, se puede denominar de la manera más general el *protector*<sup>51</sup> –de las normas y de los jugadores– en el cual los jugadores delegan el poder de sancionar. Más adelante se discuten en mayor detalle las múltiples versiones de este personaje. Por el momento vale la pena anticipar un sólo punto y es el relacionado con los incentivos individuales que puede tener el protector para su labor de sancionar. Al respecto se han planteado algunas dudas, básicamente por tratarse de una conducta que no sólo puede ser particularmente onerosa, sino en la cual los costos recaen sobre quien la ejerce sin que queden claros los beneficios que, por el momento, sólo recaen sobre los jugadores<sup>52</sup>. Parece necesario, por lo tanto, que en el momento en que los jugadores deciden delegar en el tercer agente el poder de sancionar deban resolver simultáneamente el problema de la retribución del protector. Se puede por ejemplo pensar en un *tributo* constituido por una fracción del excedente que se espera de la cooperación.

Un punto que se debe señalar es que la aplicación efectiva de las sanciones, o que sea suficiente la amenaza de aplicarla, depende de la reputación que el protector tenga entre los jugadores. Paradójicamente, entre mayor sea su credibilidad menor será el ejercicio efectivo del poder de sancionar. Si la amenaza del protector es creíble ninguno de los jugadores, defendiendo sus intereses, va a actuar en forma tal que se requiera aplicarla. El simple conocimiento, y la certeza de que en caso de incumplir será aplicada la sanción es suficiente para que los agentes alteren sus decisiones. Con el tiempo, el protector se puede entonces tornar *invisible*, lo que en ningún caso debe confundirse con inexistente.

En segundo término, lo que aparece como relevante para los agentes en el momento de decidir si infringen o no una norma es lo que perciben, a priori, que tendrán que asumir personalmente como costo en caso de no cumplirla. Como se vio, en el caso más simple –cuando existe la certeza de que engaño implica sanción– basta con que la percepción

de la sanción sea superior a lo que se pierde por cooperar para que se altere el comportamiento<sup>53</sup>.

Si a este sencillo mundo se le introduce la incertidumbre, lo relevante para alterar la decisión de los agentes es el valor esperado de la sanción. Así, si los jugadores perciben una baja posibilidad de que la sanción se aplique –por ejemplo por una débil re-putación del protector– el monto de la misma debería en principio aumentarse en forma tal que el valor esperado de la sanción no cambie<sup>54</sup>.

o, en sus versiones contemporáneas, el estado mínimo de Nozick o el mafioso de Diego Gambetta.

52. Por esta razón la aplicación de sanciones se ha considerado como un problema de un bien público de *segundo orden*. Ver Coleman (1990).

53. En el ejemplo más simple de los enunciados atrás: Alter da un lápiz a Ego (Acción 1) y Ego da a Alter una suma de dinero (Acción 2), la norma “No Engañar”, para Ego se incumple cuando, habiendo recibido el lápiz, no da a Alter la suma de dinero. La sanción –cierta– necesaria y suficiente para alterar el comportamiento de Ego sería una suma de dinero ligeramente superior a la que se había comprometido a dar a cambio del lápiz. Para Alter incumplir consiste en no entregar el lápiz y la sanción requerida para disuadirlo sería algo levemente superior al costo que representa para él quedarse sin un lápiz. Para tomar un ejemplo más familiar con los sistemas de sanciones se puede pensar en el siguiente intercambio de acciones: Alter no roba a Ego (Acción 1) y Ego no roba a Alter (Acción 2); el engaño consiste en robar, la norma es “No Robar” y la sanción sería devolver lo robado, y algo más.

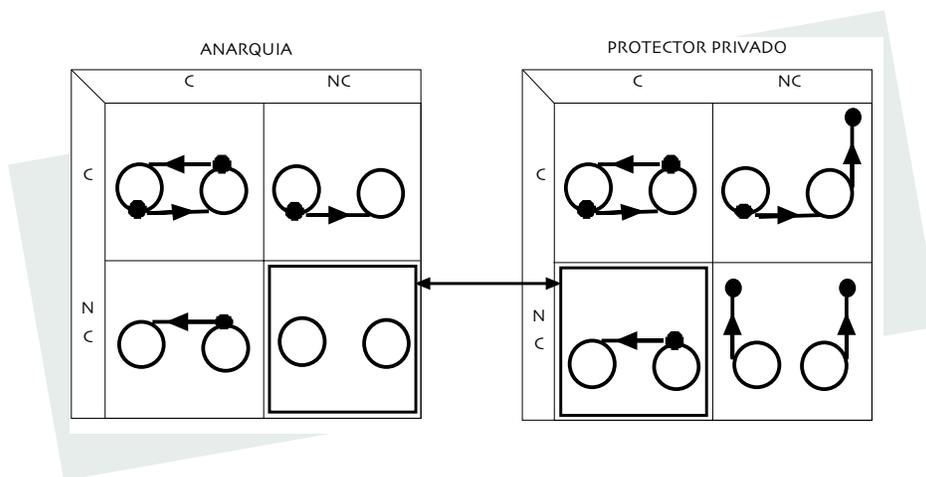
54. El problema de la dosificación entre la intensidad de las sanciones, y la posibilidad de que efectivamente se apliquen, que fue planteado inicialmente por Cesar Beccaria a finales del siglo XVII.

55. Entendida no sólo como fuerza física sino como la capacidad de modificar las acciones de los jugadores mediante la alteración de su percepción sobre los resultados del juego. Un sacerdote, por ejemplo, puede tener la *fuerza* suficiente para modificar las expectativas de un jugador sobre los resultados del juego. La fuerza física sin embargo sigue siendo la noción más pertinente para las sanciones.

Sea cual sea la conducta para la cual se establece un árbitro externo que induzca una solución cooperativa, la tarea de aplicar las sanciones en caso de incumplimiento lleva implícita la posibilidad de usar, o amenazar con usar, la fuerza<sup>55</sup>. Esta delegación del poder de sancionar, para que realmente contribuya a la cooperación tiene dos requisitos. Uno, el protector debe ser realmente externo, no puede ser simultáneamente ninguno de los jugadores: entre individuos egoístas la previsión más razonable es que nadie se auto sancionará. Tampoco puede ser un aliado, un socio privado, de uno de los jugadores en detrimento del otro. Dos, el uso de la coerción debe ser una prerrogativa exclusiva del protector. Es claro que la tarea que se delega en el protector requiere del monopolio, en cabeza de ese tercer agente, de la capacidad de aplicar sanciones. Sólo el protector debe poder recurrir a la coerción para, eventualmente, forzar a los agentes que incumplen a asumir la sanción. De no darse este requisito

la consecuencia más evidente es que no se podrá aplicar la sanción.

Cuando se incumple cualquiera de requisitos se llega a una misma situación, que se puede denominar del *protector privado* y cuyo resultado es que la solución al juego se traslada a la casilla coopera-engaña. Para el jugador que, asociado con el protector, engaña sin recibir una sanción, este nuevo equilibrio es preferible al escenario de cooperación mutua pero, simultáneamente, es inferior a la situación de anarquía para el jugador que bajo la amenaza de la sanción coopera y es engañado. Si se supone que, por cualquier razón, el protector favorece a Ego –porque se trata de un familiar, o porque Ego dispone del poder suficiente para evitar que le sea impuesta la sanción, o porque Ego y el protector se asocian– el resultado es que Ego se siente libre de sanción y por lo tanto puede engañar de manera impune. En tal caso la solución del dilema se traslada a la casilla inferior izquierda del diagrama.



Lo que este diagrama muestra es que la situación de anarquía es algo no sólo susceptible de empeorar, para quienes cumplen la norma, sino que puede llevar, a quien la incumple impunemente, a una situación individual más favorable a la mutua cooperación.

### III. Más allá del Estado mínimo

#### A. El garrote y la zanahoria

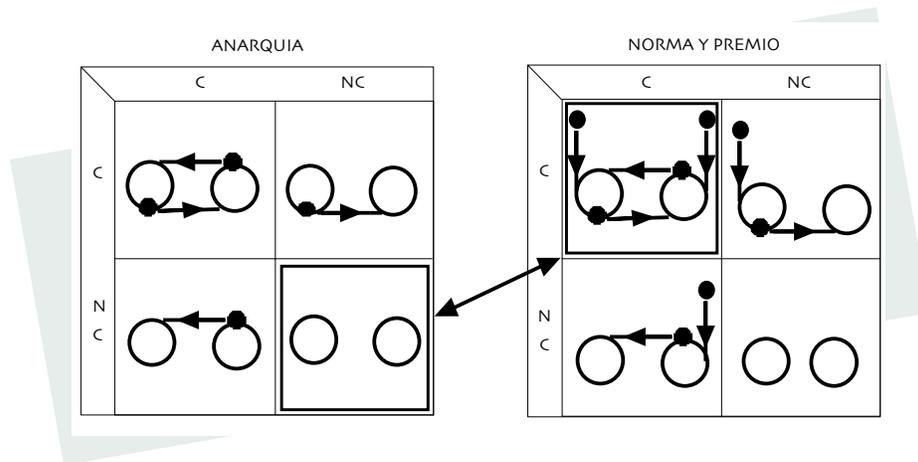
Por alguna misteriosa razón en derecho, en economía y en el Análisis Económico del Derecho (AED), cuando se habla de normas (o contratos) la atención se ha centrado en el problema del incumplimiento y de la respectiva sanción como única posible respuesta. Es claro, sin embargo, que para alterar los comporta-

mientos mediante una norma, existe la posibilidad de acudir a los incentivos positivos, o *premios*, como alternativa o complemento de las sanciones o castigos, que son incentivos negativos<sup>56</sup>. En principio, no hay una razón lógica para descartar la opción de las recompensas como posible medida para afectar las acciones. Aún más, se puede plantear que existe una asociación entre las normas que prescriben comportamientos y los premios y, por otro lado, las normas que prohíben acciones y las sanciones<sup>57</sup>. Tanto la alternativa de las re-compensas para hacer cumplir las normas como el extraño desinterés por esa opción fue señalado hace dos siglos por Cesare Beccaria: “otro medio de evitar los delitos es recompensar la virtud. Sobre este asunto observo al presente en las leyes de todas las naciones un silencio universal”<sup>58</sup>.

Para la solución del dilema del prisionero mediante una norma, una manera adicional de introducir incentivos para el cumplimiento de las normas es mediante el establecimiento de un premio para el actor que la cumpla y coopere. Al igual que la expectativa de una sanción permite desplazar la solución del

juego, la promesa de un premio, si es creíble, puede lograr el mismo efecto. Se requiere simplemente que el premio ofrecido alcance a compensar los costos en que se incurre por cooperar, y algo más<sup>59</sup>.

Una diferencia importante entre los premios y los castigos, a nivel de su efecto sobre el comportamiento individual, es que los segundos pueden dejar efectos duraderos para rondas sucesivas del juego en las que se convertirá simplemente en amenaza creíble<sup>60</sup>. Así, la amenaza de castigo es un mecanismo muy eficiente en términos de su capacidad para modificar las conductas. Con los premios, por el contrario, este efecto de persistencia no se da, y por esta razón deben ser suministrados cada vez que se cumple la norma que prescribe el comportamiento. Pueden entonces resultar más costosos como mecanismos de protección de las normas. Esta diferencia fundamental entre uno y otro tipo de incentivo ya era bastante clara para Maquiavelo quien recomendaba al soberano una aplicación fuerte y contundente, desde el primer momento, de los castigos, y una dosificación posterior de los premios<sup>61</sup>.



Por otra parte, aunque costosa, la labor del tercer agente que protege las normas parece menos ingrata, en el sentido de no crear enemigos, cuando se trata de repartir premios que cuando se deben aplicar castigos a los eventuales infractores. No es necesario suponer que las dos alternativas para proteger la norma, una sanción o un premio, sean mutuamente excluyentes. De

hecho representan dos alternativas extremas para alterar el sistema de incentivos percibido por los jugadores pero es fácil concebir una gama prácticamente infinita de dosificaciones de premios y castigos –zanahoria y garrote– que lleven al mismo resultado de trasladar la solución del juego a la situación de mutua cooperación.

### B. Mandatos-zanahorias y prohibiciones-garrote

Cuando, como en el dilema del prisionero, se limita el análisis a decisiones dicótomas, A es cooperar y B es engañar, la norma que *prescribe* una acción –“se debe cooperar”– es equivalente a la norma que *prohíbe* otra –“no se debe engañar”–. Sin embargo, cuando se considera, como es realista, un número grande de posibilidades de acción, es claro que las normas que prescriben conductas deben diferenciarse de las que prohíben otras. Si se consideran varias opciones de acción ( $A_1, A_2 \dots A_N$ ) y se quiere, mediante una norma, estimular la elección de una de ellas –por ejemplo  $A_2$ – lo usual es establecer una norma que prescriba –“se debe escoger  $A_2$ ”. Para proteger tal norma, se puede argumentar que tiene mayor sentido fijar un premio, un incentivo positivo por seguir la acción deseada, en lugar de establecer una sanción por elegir alguna de las acciones alternativas. Por el contrario, si dentro del conjunto de acciones lo que se busca es vetar una de ellas –como por ejemplo  $A_N$ –, también se puede defender la idea que la norma que prohíbe: “No se debe elegir  $A_N$ ” se debe proteger mediante una sanción, que se aplique como respuesta a la conducta  $A_N$  en lugar de otorgar premios por las acciones alternas.

Intuitivamente resulta claro que las normas que prescriben comportamientos (haz tus tareas, madruga, practica un deporte, paga tu deuda, cumple tu palabra, trabaja bien) son, en términos de cómo se protegen o garantiza su cumplimiento, cualitativamente distintas de las que prohíben acciones (no fumes, no vayas a ese lugar, no robes). Para las primeras las sanciones son, en la práctica, imposibles de aplicar y por lo tanto, si se consideran pertinentes tal tipo de normas, parece conveniente considerar la alternativa de los refuerzos positivos para protegerlas.

La principal razón por la cual cabe esperar que las normas que prescriben un comportamiento se refuercen con incentivos positivos tiene que ver con lo que podría denominarse economía (y justicia) procesal. Por definición,

la conducta que se prescribe con la norma es contraria a lo que se espera en principio como comportamiento del actor a quien va dirigida la norma: va en contra de sus intereses particulares, de sus deseos, de sus pasiones. Si no

56. Con algunas excepciones. Jeremías Bentham escribió extensamente sobre los premios y los castigos para afectar los placeres y dolores que determinan la acción. Mancur Olson, en su *Lógica de la Acción Colectiva* destaca el papel del empresario político que reparte prebendas para promover la cooperación. James Coleman es muy optimista en cuanto a la posibilidad de usar los premios para la ingeniería social: “Las oportunidades están en un futuro en el cual el control social ya no dependa de la coerción, e la obligación, y de las sanciones negativas, bajo el manto opresivo de las comunidades cerradas, pero dependa principalmente de incentivos positivos y premios al desempeño”. Citado por Ben Fine (2000). *Social Capital Versus Social Theory*, London, Routledge. Igualmente optimistas son los actuales promotores de la noción de capital social, y de la posibilidad de “mejorarlo” mediante la inversión de recursos. Ver una crítica en Fine (2000).

57. Los argumentos a favor de esta idea se ofrecen en el siguiente numeral.

58. “Si los premios propuestos por las academias a los descubridores de las verdades provechosas han multiplicado las noticias y los buenos libros, ¿por qué los premios distribuidos por la benéfica mano del soberano no multiplicarían así mismo las acciones virtuosas? La moneda del honor es siempre inagotable y fructífera en las manos del sabio distribuidor”. Beccaria (1994) p. 110.

59. El raciocinio para que tanto Alter como Ego, sin abandonar su egoísmo, perciban como más favorable la situación de cooperación es análogo al del caso de la sanción. A diferencia de la sanción, que sólo se aplica en caso de incumplimiento, el premio debe pagarse siempre que haya cooperación, lo cual puede ser ventajoso pues es precisamente en estos casos cuando hay excedentes.

60. Esta característica de los castigos, por su efecto sobre la consolidación del miedo, que se sabe puede quedar registrado de manera duradera e incluso indeleble con una sólo vez que se apliquen, o se haya logrado transmitir la amenaza de peligro inminente, está bien respaldada por la neurofisiología del miedo. Ver John Ledoux (1998). *The Emotional Brain. The Mysterious Under-pinnings of Emotional Life*, New York, Touchstone.

61. “Se puede definir como buena utilización del delito la que se hace en un momento concreto por la necesidad de asegurar la propia posición sin volver a insistir luego en ella ... Porque los ultrajes hay que hacerlos todos a la vez, para que, al saborearse menos, la ofensa sea menor, mientras que los beneficios hay que hacerlos poco a poco, para que los saboreen mejor”. En *El Príncipe*, Colección Austral, p. 75.

fuera así, se trataría de una norma redundante, sin mayor interés analítico. Así, en el contexto de todas las distintas acciones que el destinatario de la norma puede adoptar será una acción poco frecuente. Será más viable detectar su ocurrencia, y premiarla, que definir y descubrir las numerosas conductas contrarias susceptibles de ser sancionadas.

La alternativa de la sanción, cuando no se adopta la conducta que se prescribe en una norma, es impracticable por dos razones. La primera es que no es fácil definir cual(es) de las conductas alternas constituyen un incumplimiento. La segunda es que para ninguna de las acciones alternativas, que ya de por sí son difíciles de definir, se podrá aplicar una sanción que se perciba como *justa*, en el sentido que guarde alguna proporción con la conducta que la ocasiona. Ante la alternativa de definir, detectar, y eventualmente sancionar, conductas alternas a la que se busca promover, parece

más *económico* optar por la alternativa de un premio cada vez que se presenta la conducta escasa.

Para la situación, más familiar al derecho y la economía, de normas que prohíben acciones y que se protegen con una sanción el argumento es paralelo. Lo corriente para el derecho ha sido considerar las acciones que se prohíben como una desviación, una excepción en el patrón de comportamiento esperado. Así, las acciones que violan prohibiciones son, de nuevo, más escasas que aquellas que no implican incumplimiento de la norma. Sería impracticable, para proteger una norma que prohíbe una acción, tratar de premiar cada una de las múltiples acciones alternativas del individuo que no violen la norma. El área penal del derecho precisamente se inclina por la noción de detectar incumplimiento de normas que prohíben y aplicar la respectiva sanción.

RESPUESTA \ NORMA	SANCION	PREMIO
PRESCRIBE 		
PROHIBE 		

La relevancia de las observaciones anteriores se puede ilustrar con casos de distintas áreas del derecho. En los contratos, en derecho de accidentes, en familia, en constitucional e incluso en el área penal es fácil encontrar ejemplos que corroboran esta asociación entre prohibiciones y sanciones y, por otro lado, prescripciones y premios. Esta relación ayuda además a explicar los numerosos casos que se encuentran de normas jurídicas sin una sanción asociada.

La hipótesis propuesta tiene dos consecuencias. La primera es que permite ampliar el abanico de actores que participan en la labor de establecer y vigilar sistemas normativos, incluyendo el

derecho, para incluir individuos como el empresario, el estado benefactor, el político clientelista o el mafioso corruptor. La segunda es que de alguna manera podría ayudar a explicar la separación que históricamente se ha dado en occidente entre los sistemas legales, por un lado, y la religión y la moral por el otro. En el recurrente esfuerzo que se ha hecho entre los juristas por distinguir el derecho de la moral se ha sugerido, precisamente "que la distinción fundamental entre derecho y moral está en que la moral manda y el derecho prohíbe, y, por tanto, la característica del derecho es el estar cons-truído por imperativos, pero solamente por imperativos negativos"<sup>62</sup>. En el contexto del esquema sugerido, las normas

que prescriben comportamientos, comunes en la moral o en la religión, son particularmente difíciles de sancionar, puesto que requerirían no sólo de una permanente vigilancia sobre todas las posibles conductas alternativas sino de una compleja dosificación de sanciones para cuando no se está haciendo “lo que se debería hacer”, labores que ciertamente están por fuera de las posibilidades de cualquiera que no sea la propia consciencia, o dios. Si, como se propone con frecuencia, un rasgo del derecho es el haberse concentrado en las normas sancionadas por el estado, es razonable predecir que, de ser esto cierto, tal tendencia se habría dado de manera paralela con una disminución de las normas que prescriben comportamientos. Para aquellas reglas jurídicas que subsisten, o que se crean, como imperativos positivos –como crear un cargo, pagar un impuesto antes de una fecha, o revisar un vehículo, o arreglar una fachada– se puede decir, corroborando la asociación señalada, no sólo que son normas particularmente difíciles de hacer cumplir con base en sanciones sino que es usual que se vean acompañadas de incentivos positivos, como salarios, rebajas, reducción de las tasas o tributos, subsidios o condonación de los intereses.

La economía neoclásica, por su parte, parece haber limitado la relevancia de los refuerzos positivos a las cuestiones de mercado, supuestamente *naturales*, como los precios o los salarios, pero no al conjunto de herramientas al alcance del estado para alterar los comportamientos mediante normas o contratos, que se supone se protegen siempre mediante amenaza de sanciones, pero no con promesas de premios. Esta manera de ver las cosas puede tener su origen en la concepción liberal: el hombre tiene voluntad de elegir y cualquier alteración, por parte de un tercero, de sus deseos mediante estímulos positivos es una manipulación que atenta contra la libertad. La observación que, bajo ciertas condiciones, los refuerzos positivos suministrados por terceros llevan a la adopción de reglas de comportamiento, de hábitos, o incluso de adicciones claramente atenta contra el supuesto de elección racional

individual. Así, para la consistencia del esquema, los estímulos positivos los escoge siempre el individuo<sup>63</sup>, y sólo ciertos incentivos negativos le son impuestos desde afuera, cuando ha elegido actuar en contra de lo acordado.

En la economía neoclásica, y en el derecho, parece haberse establecido una especialización entre los incentivos positivos, que ofrece la naturaleza y el mercado, y los refuerzos negativos a cargo del *soberano*. Como se verá a lo largo del libro, en el AED tradicional es bastante clara esta distinción: la atención se concentra en los efectos de las sanciones sobre el comportamiento del criminal, del que ocasiona un daño o quien incumple un contrato, y aún de la víctima. El problema de los incentivos positivos *administrados*, como por ejemplo las compensaciones por daños, y su eventual efecto sobre el comportamiento de las víctimas, o las alternativas no penales –incentivos positivos– para alterar el comportamiento de los criminales, han recibido una atención mínima.

Sin embargo, distintos pensadores han destacado la posibilidad de premios administrados por el soberano para lograr la coordinación de acciones, la adhesión a ciertos patrones de comportamiento, no sólo entre sus colaboradores más cercanos sino entre los ciudadanos. Bentham, por ejemplo, consideraba que fuera de las recompensas materiales, las más corrientes, un gobernante para “aumentar su poder, vestir su autoridad con benignidad, abrir nuevas fuentes de esperanza ... y nutrir la emulación” podía suministrar honor, poder y exenciones<sup>64</sup>. La misma idea ya había sido

62. Esta es la propuesta del iusnaturalista Christianus Thomasius referida por Bobbio (1992) p. 84.

63. En esta línea de argumentación se sitúa por ejemplo la noción de Gary Becker de las adicciones racionales.

64. En lo que consideraba el más ingenioso descubrimiento de la política en el último siglo, Bentham mencionaba cómo Catalina II había organizado su servicio civil con una minuciosa distribución de rangos y jerarquías similares a las del ejército: “secretarios, jueces, músicos, académicos, todos los funcionarios civiles, se promueven por pasos, un estado perpetuo de emulación y esperanza estimula sus labores a todo lo largo de sus carreras”, *The Rationale of Reward*. En <http://www.la.utexas.edu/labyrinth/rr/index.html>. Traducción propia.

expuesta por Platón: para cualquier reforma política sería se deberían escoger cincuenta hombres de una población de diez mil y traerlos desde sus hogares para “cubrirlos con ofertas de los mayores honores posibles”<sup>65</sup>.

### C. Protectores espontáneos

Los mecanismos sociales para *proteger* las normas –entendidas en el contexto del dilema del prisionero como instrumentos para alterar la percepción de los jugadores sobre los resultados de sus acciones– son en extremo variados, pero se puede hablar de cinco grandes categorías<sup>66</sup>: (1) el uso o la amenaza de fuerza física, (2) los sistemas de valores o ideologías, (3) las costumbres, (4) los sistemas legales y (5) los incentivos positivos.

Parece haber consenso en que –teniendo en cuenta que la elaboración de la ley y, sobre todo, su protección mediante la coerción, o los premios, son costosos– los sistemas más eficientes, y probablemente los más frecuentes, son aquellos basados en los valores, la ideología o las costumbres. En este escenario bajo el cual los actores han internalizado las normas<sup>67</sup> hay un ahorro asociado con el tributo que habría que pagar a un protector externo.

La eficiencia de esa situación idealizada no tiene sin embargo por qué excluir la posibilidad de que un individuo, o grupo de individuos, decidan constituirse en protector de una norma que contribuye a la cooperación, y cobrar por ello un tributo. De los modelos del dilema del prisionero quedan claras dos cosas. La primera es que la cooperación es socialmente preferible a la anarquía<sup>68</sup>. En particular, si con la cooperación se buscan beneficios económicos, generará un excedente económico, algo que puede resultar atractivo para un protector. La segunda es que, puesto que una manera de alcanzar esa deseable cooperación es mediante el establecimiento de una norma, o de un contrato, con su respectivo protector, no se puede descartar la posibilidad de que este protector surja, espontáneamente, para beneficiarse privadamente de los resultados colectivos de esa cooperación.

Por otro lado, el hecho que, en el esquema básico de lo que se puede denominar un contrato social, la iniciativa de delegar el poder de sancionar en un protector surja de los jugadores, los asociados, no tiene por qué implicar que ese protector limitará siempre sus acciones a la labor encomendada de proteger la norma. Es claro el incentivo individual que tiene el protector para buscar una salida a la situación de mutuo engaño pues de eso depende el tributo que puede recibir. Pero también es claro que, una vez investido del poder de sancionar a los jugadores, tal poder pueda ser utilizado para fines distintos

65. Citado por Boesch (1996). Más adelante se hace referencia a una mayor gama de pensadores políticos también interesados, y preocupados, por la posibilidad de distribución de premios por parte del soberano.

66. Los primeros cuatro son los propuestos por Eggertsson (1990). La discusión del quinto se hizo en la sección anterior.

67. Y actúan como seguidores de normas (*rule-followers*), como propone la sociología clásica. También se puede pensar que se comportan como agentes racionales que toman las sanciones sociales como incentivos, como propone la economía. Ambos supuestos son equivalentes y no contrastables.

68. Por la misma definición del juego al que los jugadores se acerca buscando cooperar para un objetivo cualquiera. que comparten y que piensan se alcanza mejor cooperando que individualmente.

69. No es otra cosa lo que ocurre a nivel de los empresarios capitalistas que serían una clase particular de promotores de servicios de protección de normas que contribuyen a la cooperación a cambio de un tributo, en este caso ganancias empresariales.

70. Cuando los hombres “por miedo a la muerte o a la esclavitud, autorizan a todos los actos del hombre o de la asamblea que tiene sus vidas y libertad en su poder”. *Leviatán*. Citado por Copleston (1999) p. 48

71. “El jefezuelo que había conseguido su influencia durante la época de la guerra, gobernaba más por la persuasión que por las órdenes, y hasta que no pudo emplear la fuerza para reducir a los refractarios y desobedientes, apenas puede decirse que se hubiera lanzado un estadio de gobierno civil”, en *Of the Original Contract*, citado por Copleston (1999) p. 325.

72. Ver por ejemplo Gianluca Fiorentini y Sam Peltzman (eds.) (1995). *The Economics of Organised Crime*, Cambridge MA, CPER-Cambridge University Press.

73. Este paso se puede dar sin abandonar el enfoque del individualismo metodológico. Reconociendo que, una vez superado el problema de la cooperación, se puede empezar a hablar de objetivos y acciones colectivas.

a los inicialmente previstos, como por ejemplo aumentar el tributo acordado, o aliarse con uno de los jugadores en detrimento del otro. Paralelamente, es pertinente considerar la posibilidad, puesto que existen protectores capaces de imponer sanciones o repartir premios a cambio de tributos, que ellos tomen la iniciativa de proponer el juego a individuos que antes no cooperaban –tal sería el caso de un empresario que promueve una organización productiva o política– o que vengan a los distintos escenarios en donde ha surgido la cooperación de manera espontánea, a participar de los beneficios del intercambio. Para recurrir a la jerga económica se puede decir que de los modelos propuestos se deduce que existe una *demanda* por normas, y por protección de las mismas, por parte de los ciudadanos, los individuos que buscan superar el dilema del prisionero y resolver el problema de la cooperación. La manera como se satisface esa demanda, buscando la cooperación espontánea o delegando en un protector el poder de aplicar sanciones ha concentrado la atención de los analistas. Un estado, o las estrategias de reciprocidad, surgen como una respuesta a esa demanda. El punto que se debe destacar es la posibilidad de que exista una *oferta* de normas, de sanciones y de premios, una capacidad de suministro de protección por parte de actores, o grupos de actores, que busquen una participación en los excedentes de la división del trabajo y el intercambio<sup>69</sup>.

...es pertinente considerar la posibilidad, puesto que existen protectores capaces de imponer sanciones o repartir premios a cambio de tributos, que ellos tomen la iniciativa de proponer el juego a individuos que antes no cooperaban...

De cualquier manera el escenario más probable para *cualquier* intercambio es que se haga bajo el amparo de un protector, y a cambio de un tributo. Las únicas posibles excepciones serían los intercambios entre naciones, para los cuales no es fácilmente concebible la noción de una autoridad por encima de las partes, y en el otro extremo, aquellos intercambios en los cuales los resultados de la cooperación no son suficientes para atraer protectores.

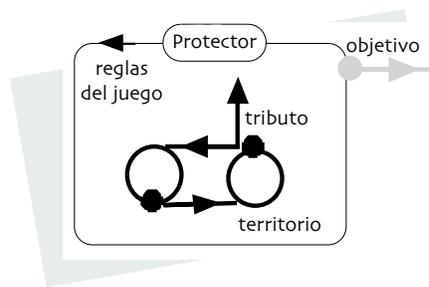
Si se consideran los intercambios que implican un excedente económico –para el cual existe un mercado– el reconocimiento, desde antes de Adam Smith, que un requisito de tales intercambios es la existencia de un estado –la forma más sofisticada de protector– que garantice la paz, defina los derechos de propiedad, haga cumplir los contratos y sancione a los infractores, lleva implícita la posibilidad de que alguien quiera cumplir esa función, y erigirse en protector social para apropiarse de una parte de los excedentes económicos del intercambio. Esta eventualidad era clara para Hobbes, que sugería distinguir entre la sociedad por institución y la sociedad por *adquisición*, en la cual el poder se ha adquirido por la fuerza<sup>70</sup>. Hume, fue crítico de las visiones del estado de la naturaleza y del pacto social, y situaba el origen del gobierno en las guerras entre sociedades y la autoridad en la que gozaban los militares durante las campañas bélicas<sup>71</sup>. Las versiones modernas de los leviatanes espontáneos basados en la coerción serían las mafias sobre las cuales hay creciente acuerdo en caracterizarlas como estados paralelos más que como empresas<sup>72</sup>.

#### D. Las organizaciones

El siguiente paso del análisis consiste en darle entidad propia a aquellas tripletas Alter-Ego-Protector que resuelven el dilema del prisionero, cooperan, y alcanzan por lo tanto la capacidad de actuar de manera conjunta, como una *organización*<sup>73</sup>. Al igual que los individuos, estas organizaciones tendrán objetivos diversos y, en particular, podrá darse el caso que enfrenten de nuevo, con otros individuos o con otras organizaciones, un dilema del prisionero que podrán resolver de manera espontánea, o mediante la adopción de nuevas normas o por

la adhesión a nuevos contratos para los cuales podrán requerir de nuevos protectores.

Si por otro lado al conjunto norma-respuesta (bien sea premio o sanción) se le denomina de manera general las *Reglas del Juego* se puede caracterizar una organización mediante los siguientes elementos: un grupo de individuos –u organizaciones– que intercambian acciones de manera coordinada –que han resuelto el dilema del prisionero y cooperan– que cuentan con un *objetivo* de acción conjunta, que actúan dentro de un *territorio*, con un *protector* que recibe un *tributo* por ofrecer unas *reglas del juego*<sup>74</sup> (diseñarlas, o adaptarlas y hacerlas cumplir con sanciones o premios). Este conjunto de elementos se puede representar en un diagrama<sup>75</sup>.



Este sería el módulo esencial de un modelo para armar. Bajo este esquema, la noción de organización es bastante general, y no impone restricciones ni sobre la naturaleza de sus integrantes, ni sobre sus objetivos, ni sobre las reglas del juego, ni sobre el territorio. Permite abarcar tanto un grupo de amigos que se reúne para montar una obra de teatro, como una familia, un clan, una banda, una empresa, un grupo religioso, un ejército, un sindicato, o una nación. No excluye la posibilidad de que algunos individuos pertenezcan a distintas organizaciones. Lo que mejor caracteriza la organización es el hecho que sus integrantes comparten unas reglas del juego, un mismo sistema normativo. Son precisamente las reglas del juego lo que permite la cohesión; constituyen el *cemento* de la organización. En términos del comportamiento de los actores hay una implicación importante: al interior de las organizaciones los individuos –en forma independiente de las eventuales consideraciones de racionalidad para ingresar a ella– actúan como

seguidores de reglas, como *rule-followers*<sup>76</sup>. Esta observación será relevante a la hora de analizar el comportamiento de los miembros de distintas ramas del estado, los que crean y protegen el orden jurídico.

Hasta este punto se ha destacado el papel del protector como alguien con el suficiente poder para aplicar sanciones a los infractores, o suministrar premios. Por esta vía se protegen las reglas del juego. Siempre existe, como posible sanción, la exclusión del grupo. Otra función crucial del protector que hasta este punto no se ha mencionado es la de *defensa*: la protección –de los miembros de la organización, del territorio, y de las reglas del juego– contra los ataques del exterior por parte de lo que de la manera más genérica se pueden denominar los *enemigos* y que pueden ser individuos, organizaciones o aún otras reglas del juego<sup>77</sup>. Esta función de protección contra un enemigo externo común es a su vez un importante elemento de cohesión interna y puede justificar *per se* el cobro de tributos<sup>78</sup>. Como se argumenta más adelante, resultó ser esencial en la configuración de los estados modernos.

En este punto se puede rescatar la noción de *grupo*, en su sentido más primario, para señalar algunos puntos en materia de normas. El primero es que las normas y las sanciones casi siempre están concebidas para ser aplicadas de manera diferencial al interior del grupo o a individuos externos al grupo. En particular, las sanciones, cuando se aplican a alguien considerado enemigo, tienen el beneficio adicional de parecer un acto de defensa, que contribuye a la cohesión interna del grupo<sup>79</sup>. Aún más, en ocasiones un requisito para la aplicación de sanciones es considerar al infractor como alguien ajeno al grupo. Se debe señalar que por lo general existe una acción que marca el ingreso al grupo, y que puede considerarse como un intercambio: la organización recibe algo del individuo por el simple hecho de ser admitido<sup>80</sup>.

Un punto que vale la pena reiterar es que la falta de manifestación explícita de un

protector aplicando sanciones no debe confundirse con su inexistencia. Por el contrario, y como ya se argumentó, el protector “perfecto” es precisamente aquel que no requiere hacerse manifiesto, y para el cual los intercambios sociales bajo su supervisión funcionan como si no existiera<sup>81</sup>. En términos generales, se puede decir que dondequiera que se dé un pago de tributos habrá un protector supervisando los intercambios. Si no fuera así, no habría razón para que los individuos racionales pagaran un tributo. Sólo resulta adecuado el supuesto de intercambio social libre de la supervisión de un protector cuando los agentes que participan en ese intercambio no tributan.

La naturaleza del protector depende del tamaño y complejidad de la organización. En una extensión de la idea básica de Adam Smith, que la división del trabajo depende del tamaño del mercado, se puede decir que en las organizaciones pequeñas, como la familia o una banda, el papel del protector podrá ser asumido por un mismo individuo que ejerce distintas funciones: la formulación de las reglas del juego, su adaptación a las del entorno, la aplicación de sanciones, el cobro de tributos, la distribución del producto de la cooperación y la resolución interna de conflictos. Al ampliarse la organización, estas diversas tareas tienden a especializarse y a ser ejercidas por distintos miembros de un grupo, o *cuerpo*, que por lo general tiene mayor cohesión que la organización que se protege y para el cual rigen unas reglas del juego internas peculiares<sup>82</sup>.

Una vez definidos los elementos comunes a todas las organizaciones –un objetivo, unas reglas del juego, un territorio, un protector, un tributo– se pueden mencionar algunos aspectos de las más representativas.

Lo primero que cabe anotar es que las dos organizaciones que parecen universales, la familia y el estado, estarían colocadas en los dos extremos de una escala de complejidad. Entre estos dos límites, en una sociedad moderna, se sitúan dos tipos adicionales de organizaciones, las empresas capitalistas y otras

que de manera genérica se pueden denominar las ONGs y definir las como aquellas que reconocen de manera explícita tener objetivos diferentes –adicionales, complementarios o contrarios– a la acumulación de riqueza<sup>83</sup>.

74. Para hacer la denominación compatible con la de la Nueva Economía Institucional (NEI). Esta categoría es claramente un sub-conjunto –en principio consistente– de lo que Jon Elster define como la cultura “cualquier patrón de comportamiento, normas, valores, creencias, y conceptos que es más que individual y menos que universal ... un patrón característico de cualquier tipo de grupo” que a su vez incluye como sub-conjunto a las normas jurídicas. Jon Elster (1997). *Strong Feelings. Emotion, addiction and Human Behavior*, Cambridge MIT Press, p. 85. Traducción propia.

75. En este diagrama tanto Alter, como Ego, como el Protector pueden ser organizaciones. La organización, a su vez, puede participar en otros juegos del dilema del prisionero.

76. La cuestión de qué tan eficaces son las normas al interior de la organización –lo que en la literatura económica se conoce como el problema del principal agente– es diferente de este supuesto que parece ser el más parsimonioso. Su relevancia en un caso particular es una cuestión empírica. Lo más razonable sin embargo es suponer que los soldados en un ejército, los empleados en una empresa, los sacerdotes en una congregación, los burócratas en sus oficinas estatales adoptan los objetivos de la organización y siguen las normas. Si no fuera así, no habría manera de explicar la persistencia de las organizaciones.

77. Sin que esta observación implique personalizar las reglas del juego. Son numerosos los ejemplos de organizaciones que hacen de una cultura, o de una ideología, o de una religión un enemigo.

78. Constituye simplemente una categoría particular de intercambio social en la cual se recibe protección contra ataques externos a cambio de un tributo.

79. En el área penal es clara la diferencia en la respuesta del protector ante una misma conducta, dependiendo de si el infractor hace parte o no del grupo.

80. Los rituales de ingreso a un grupo, desde unirse a una banda hasta la aceptación de una nueva nacionalidad tienen el componente de adhesión a unas reglas del juego y aceptación de la figura de un protector.

81. Como señala Borges, para la jocosa mitología de los hacheros de Wisconsin y Minnesota “el *hidebehind* siempre está detrás de algo. Por más vueltas que diera un hombre, siempre lo tenía detrás y por eso nadie lo ha visto, aunque ha matado y devorado a muchos leñadores”. *Manual de Zoología Fantástica*, México, FCE, p. 74.

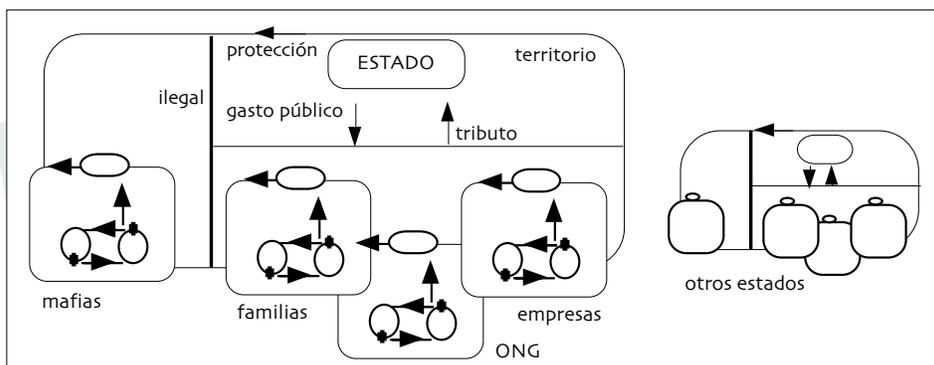
82. Esta sería la generalización de la idea del derecho de que existen unas normas primarias dirigidas a los ciudadanos y unas secundarias dirigidas a quienes hacen cumplir las primarias.

Para completar el panorama de una sociedad moderna parece indispensable hacer una mención de la comunidad internacional y de las mafias, entendidas como las organizaciones al margen del ordenamiento legal. Se puede decir que todas estas organizaciones realizan intercambios sociales mutuos.

A pesar de la complejidad en las interacciones entre estos distintos tipos de organizaciones se pueden aventurar algunas ideas generales sobre la manera como, en el agregado, funciona la más compleja de todas, el estado. En particular, interesa analizar cómo las reglas del juego de nivel inferior interactúan con las de mayor jerarquía, el derecho, o sea el ordenamiento jurídico producido y protegido por el estado. Bajo el esquema propuesto de los juegos de cooperación el estado se puede ver como un protector de protectores que busca organizar

las acciones de cooperación dentro de un límite territorial<sup>84</sup>, y es reconocido por otros estados. Este objetivo se logra a través de la agregación, eliminación, modificación, sumisión, delegación o absorción de objetivos y reglas del juego de nivel inferior y requiere concentrar o monopolizar la producción y protección de cierto tipo particular de normas, el derecho, para agregar, consolidar, o conciliar unos fines globales, que son la resultante de los múltiples y diversos objetivos de las organizaciones particulares de nivel inferior. El estado difiere de las otras organizaciones en tres dimensiones<sup>85</sup>: uno, es el que autoriza su existencia pero, a su vez, es reconocido por otros de su misma categoría; dos, ciertas funciones (atributos de soberanía) sólo le son reconocidas al estado y tres, esas funciones se ejercen al interior de un territorio físico.

EL ESTADO COMO PROTECTOR PRIMARIO



Hay dentro del territorio *nacional* una división del trabajo entre un *protector primario* que tiene, o pretende, el monopolio de la coerción para definir y mantener el ordenamiento jurídico y delega<sup>86</sup> en protectores *secundarios* el establecimiento y protección de reglas del juego internas, compatibles con el ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista de las sanciones, a tales protectores secundarios se les ha restringido el uso de los castigos<sup>87</sup>, se conserva como sanción extrema la exclusión de los integrantes de sus organizaciones<sup>88</sup> y se puede suponer que para proteger las normas de las organizaciones se usarán esencialmente incentivos positivos. Sobre esta división del

trabajo entre protectores que premian y protectores que castigan se hará un análisis detallado más adelante.

Al interior del estado se puede establecer una división del trabajo similar entre una parte especializada en la aplicación de sanciones y otra en el manejo de los recursos<sup>89</sup>. Mediante la combinación de uno u otro tipo de respuesta ante las infracciones se protegerán las normas tanto al interior del estado, las llamadas normas secundarias, como las normas primarias dirigidas a controlar la conducta de los ciudadanos o de las acciones de las organizaciones de nivel inferior.

El último punto que se puede destacar es el de las relaciones entre las organizaciones legales e ilegales de la sociedad. Parece cada vez más claro que la vieja noción del problema criminal como una relación exclusiva del estado con los delincuentes no lleva lejos analíticamente. Tanto las familias, las em-presas, las ONGs, como la comunidad internacional establecen diversos tipos intercambios, no siempre forzados, con las organizaciones criminales, que de manera genérica se pueden denominar mafias. Concebidas como una especie de estado paralelo del bajo mundo, las mafias actúan esencialmente como un protector sustituto, de las organizaciones legales, de los criminales e incluso de algunos miembros del mismo estado.

En síntesis de este esquema se deriva la consideración que en una sociedad moderna el derecho está sujeto a influencias diferentes –complementarias o rivales– a los intereses de las familias, o las empresas. En particular se han destacado las de la comunidad internacional, las de las mafias y las de ciertas ONGs que no sólo afectan la producción de leyes sino que además juegan un papel importante en su vigilancia y cumplimiento<sup>90</sup>.

*E. Dos tipos de cooperacion: no hacerse daño y producir*

La dicotomía entre premios y castigos, y la ventaja de cada una de estas opciones para proteger las normas orientadas a alterar los comportamientos por la vía de la prescripción o de la prohibición de conductas hacen conveniente una primera gran división de la figura del protector, en uno que sanciona, y se puede denominar el Protector Garrote (PG) y otro que ofrece premios, el Protector Zanahoria (PZ). La importancia relativa de cada uno en la tarea de proteger normas dependerá no sólo de la naturaleza y los objetivos de las organizaciones sino, sobre todo, del tipo de recurso con que se cuente para hacer cumplir las normas e inducir la cooperación. Siguiendo la noción económica de las ventajas de la división del trabajo, se puede esperar que haya una tendencia a la especialización: no sólo la ya señalada

entre los protectores, sino incluso en el tipo de proyectos de cooperación que promueva cada uno. Algunas de las organizaciones, las empresas productivas, se orientarán a la obtención de recursos y a la generación de riqueza. Tenderán a otorgar un papel preponderante a la función de los premios, y delegarán el poder de sancionar en un PZ<sup>91</sup>.

83. En esta categoría entrarían tanto las asociaciones cívicas, clubes, sindicatos, cooperativas, juntas de acción comunal ... que de acuerdo con analistas como Putnam (1994) *Making Democracy Work* o Fukuyama (1990) *Trust*, parecen estar asociadas con el crecimiento económico, como la categoría más reciente de organizaciones no gubernamentales internacionales con objetivos paralelos e incluso contrarios a la creación de riqueza, como los grupos ambientales o de derechos humanos. El entusiasmo generado por el trabajo de Putnam entre los partidarios de la elección racional y de la cooperación espontánea –que señalan que las instituciones cívicas son la causa del desarrollo– ha sido criticado por su ingenuidad y por su escasa consideración de papel del Estado. Por otra parte hay una tradición intelectual en occidente que considera que estas instituciones civiles, el llamado capital social, compiten con el objetivo empresarial de la acumulación de riqueza. Ver Fine, Ben (2001). *Social capital versus Social Theory*, New York, Routledge.

84. Esta es la definición de Estado propuesta por Heller. *Teoría del Estado*, FCE.

85. Esta es la propuesta de Van Creveld (1999).

86. O trata de revertir la delegación de facto que se da, por ejemplo, con las mafias, la comunidad internacional o las ONGs.

87. Con la posible excepción de la familia. Un trabajo reciente de Unicef, *Voz de los Niños, niñas y adolescentes*, muestra que en España, el 61% de las escenas violentas que se producen en las casas, y que se reportan en un 17% de los hogares, se dan cuando los niños se han portado mal.

88. Esta sanción, el destierro, está por el contrario por fuera del alcance tanto del Estado como de la familia.

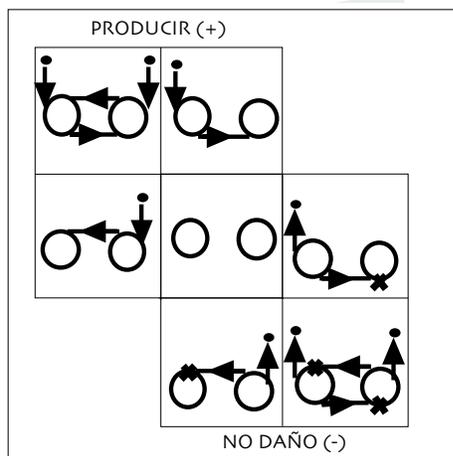
89. Más adelante se analiza en detalle la división de tareas al interior del Estado.

90. Es claro que las mafias afectan la legislación y la manera como se aplica. También es claro que la protección de ciertas áreas del derecho –como el medio ambiente o los derechos humanos– están liderados por ONGs sobre las cuales, al igual que sobre las mafias o los medios de comunicación, los estados nacionales tienen escaso poder coercitivo. Aún la norma suprema, el poder constituyente, no puede considerarse libre en la actualidad de estas presiones.

91. Adam Smith señaló cómo la división del trabajo –por ejemplo entre quienes hacen dos partes distintas de un mismo producto– requiere de alguien que no sólo coordine las acciones sino que esté en capacidad

Otras organizaciones se especializarán en proveer coerción, buscarán monopolizar su suministro y serán protegidas por un PG<sup>92</sup>.

En síntesis, el problema general de la cooperación, resumido con el juego del dilema del prisionero se puede dividir en dos grandes categorías. Unos juegos de cooperación productivos del género “cooperemos para producir”<sup>93</sup> y otras iniciativas que se pueden llamar de pacificación, o de no destrucción, del tipo “cooperemos para no hacernos daño”<sup>94</sup>. Es fácil mostrar que, en ambos casos, se dan las condiciones del dilema del prisionero. La principal diferencia entre los dos tipos de juego es que en el primero la cooperación se alcanza mediante la adopción de ciertas conductas mientras que en el segundo la coordinación se alcanza por el abandono de otras conductas, las que hacen daño. Puesto que, como se vio, una manera de alcanzar la cooperación es mediante el establecimiento de una norma, para los proyectos cooperativos de producción se establecerán normas que prescriben conductas –tales como debes estudiar, trabajar, cumplir el horario, cumplir tu palabra, pagar tus deudas– que serán protegidas con premios, zanahorias–, mientras que para los segundos se establecerán normas que prohíban conductas –como no engañar, no robar o no matar– que serán protegidas con sanciones. En el diagrama que sigue se resume la comparación entre las dos clases de juegos, y sus respectivos protectores, especializados en el suministro de premios y en la aplicación de sanciones.



Varias cosas sobresalen de este diagrama. La primera es que la casilla de salida del juego de la cooperación productiva es precisamente el punto de llegada del juego de la pacificación. El estado de la naturaleza del juego de no hacerse daño es la situación de total anarquía, cuando el individuo depende para su seguridad de su propia fuerza, y que fue tan bien descrita por Hobbes: “en tales condiciones no se dan circunstancias propicias para la industria, ya que el fruto de la misma sería incierto. Como consecuencia de ello, no puede haber cultivo de tierra, ni navegación, ni uso de los bienes que pudieran importarse por mar, ni construcción de edificios, ni fabricación de instrumentos que requieran gran esfuerzo, ni conocimiento de la superficie de la tierra, ni computo de tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad y, lo que es peor de todo, existe el temor continuo al peligro y a la muerte violenta, por lo que la vida del hombre es solitaria, pobre, embrutecedora, sucia y corta”<sup>95</sup>.

En el juego de la cooperación productiva, por el contrario, el punto de partida es una situación en donde no existe, o ya se superó, la anarquía hobbesiana. Es más el estado de la naturaleza de Locke, o de Rousseau<sup>96</sup>.

La comparación de estos dos diagrama sugiere que el juego de la pacificación es un requisito previo al juego de la cooperación productiva. O, visto de otra manera, que el estado de la naturaleza pacífico es algo susceptible de empeorar, y que por lo tanto debe ser protegido. No sorprende entonces que, desde siempre, quienes se han preocupado por el juego de la cooperación productiva hayan señalado la necesidad de mantener el orden.

Un segundo punto que vale la pena destacar es que, en principio, el juego de la pacificación sería de mayor interés para el derecho que el de la cooperación<sup>97</sup>. La eventual indiferencia del derecho por el juego de la cooperación productiva no sólo se deriva de los supuestos sobre las condiciones iniciales. Se puede destacar que la situación de no

cooperación en el juego productivo no se puede nunca distinguir de una situación en la que no se juega, o el final del juego de no hacerse daño. Así, no habría en principio una razón para asignarle a las normas la función de discriminar dos individuos que, enfren-tados al juego productivo, no pudieron cooperar de otros dos que nunca tuvieron la intención de hacerlo, o de otros que acaban de cooperar en no hacerse daño. No parece pertinente pedirle a las normas jurídicas la capacidad de ir detectando parejas de eventuales cooperadores para prescribir conductas que conduzcan a la coordinación de acciones. Esa es más una función de los empresarios, productivos o políticos. Si como, además, se

de adelantar, como forma de salario, una parte de lo que se obtendrá por la venta del producto terminado. Ese empresario capitalista es un PG, que impone unas normas de coordinación –planos de producción, horarios– que protege con premios, en forma de salario, y que delega en el soberano la aplicación de las sanciones, por ejemplo como respuesta al no respeto de la propiedad. Las ganancias del empresario serían el tributo que pagan los trabajadores.

92. Si unos niveles de protección básica están garantizados y el protector se torna invisible se puede incluso llegar a los proyectos de cooperación coordinados por un ente muy peculiar, el mercado, sin territorio, con objetivos y reglas del juego también peculiares, según algunos “naturales”, sin más protector aparente que una *mano invisible*. El análisis de esta poderosa instancia de cooperación sobrepasa el tema del trabajo.

93. Vale la pena reiterar que cualquier intercambio de productos, incluso el trueque más elemental, es en esencia un juego de cooperación: la norma más básica es la de no engañar sobre la calidad de los bienes que se intercambian. La protección de esa norma requiere de alguien a quien acudir cuando se presenta una infracción a la norma. Gambetta (1993) ilustra bien cómo una función importante del mafioso en sus orígenes era precisamente proteger los intercambios de ganado contra engaños en cuanto a la salud de los animales.

94. La diferencia esencial entre los dos tipos de juego fue señalada por Edgeworth a finales del siglo XIX “El primer principio de la Economía es que todo agente está motivado por su interés personal. La manera como actúa este principio se puede analizar bajo dos aspectos, dependiendo de si el agente actúa sin, o con, el consentimiento de los otros afectados por sus acciones. En un sentido amplio, la primera categoría de acción se puede llamar guerra, y la segunda, contrato”. Edgeworth 1881, *Mathematical Physics*. Citado en Jurgen Brauer y William Gissy

ha señalado que para los juegos cooperativos productivos se requieren normas que prescriban conductas, y que se protejan con premios, con mayor razón se refuerza la idea de que no es este el terreno de mayor interés para el derecho. Dentro del tipo de juegos productivos, el papel del derecho consiste en, hacia atrás, componer las consecuencias del incumplimiento o, hacia adelante, tratar de evitar que dos individuos incumplan y, si así ocurre, puedan acudir a una instancia que proteja lo acordado<sup>98</sup>.

Por último, vale la pena destacar de los diagramas anteriores que la dinámica de los juegos es tal que tiende a favorecer, y aún a reforzar, la especialización entre

(1997). *Economics of Conflict and Peace*. Avebury. Traducción propia.

95. En *Leviatan*. Citado por Copleston (1999) p. 40.

96. “Por no haber distinguido suficientemente las ideas, observando cuan lejos estaban ya los pueblos del primer estado de la naturaleza es por lo que muchos se han apresurado a deducir que el hombre es naturalmente cruel y que necesita una autoridad que le suavice”, en *La desigualdad entre los hombres*. Citado por Liévano Aguirre (1999) p. 399.

97. No sólo porque, como se vio, en el primero se manejan sanciones, algo que por mucho tiempo se ha considerado la característica del ordenamiento jurídico sino porque, además, habría en este juego de “no hacemos daño” un número superior de casillas de interés para el derecho que en el juego de la cooperación productiva. En efecto, si se toman dos de las preocupaciones básicas del derecho, la justicia –a cada cual lo suyo– y la paz, en el juego de la pacificación son tres las casillas en las que, en principio, se pensaría hay un campo de interés para el derecho. Únicamente en la casilla de llegada no se da un escenario digno de atención. En el juego de la cooperación, por el contrario, tanto el estado de la naturaleza como el escenario de mutua cooperación no tienen por qué despertar mayor atención del derecho, pues se trata en ambos casos de situaciones igualmente equilibradas. Más adelante se discute la consideración de la posición inicial como injusta. Por el momento se quiere señalar que la justicia en una y otra es similar.

98. El último punto para corroborar la idea que la casilla de partida del juego de la cooperación productiva no es un escenario de gran interés para el derecho es que, en este caso, y aún para individuos que intentaron cooperar y no lo lograron, no es razonable pensar que habrá una demanda por cumplimiento de las normas: no es corriente la situación de alguien que se acerque a un tribunal de justicia para llevar un caso de mutuo incumplimiento.

protectores zanahoria (PZ) que promueven juegos productivos, en los cuales se prescriben conductas y se otorgan premios y, por otro lado, protectores garrote (PG) dedicados a los juegos de pacificación en los que se prohíben conductas y se aplican sanciones que dependen de la coerción. Lo más razonable es esperar que cada uno de estos protectores se dedique a lo suyo y que establezcan un contrato mediante el cual se intercambian zanahorias por garrote (o amenazas). Eso es precisamente lo que ha supuesto, y recomendado, la economía neoclásica: una división de tareas en la cual se considera conveniente dejar la supervisión de los proyectos productivos, y la repartición de las zanahorias, a los empresarios y la de aplicar las sanciones al estado. Por esta labor quien sanciona recibirá una parte de las zanahorias, en forma de tributos.

Parecería que no hay mucho más que agregar en términos del papel de las normas para la coordinación de las acciones individuales. De hecho, esa se puede considerar que es la visión más difundida entre los economistas desde Adam Smith hasta nuestros días. Hay sin embargo varios aspectos que aún en este escenario caricaturesco de los juegos entre agentes racionales y egoístas han sido preocupaciones constantes del derecho y de las demás ciencias sociales y que tienen que ver con (i) la justicia, o la legitimidad, de la situación inicial, (ii) la necesidad de establecer unos límites al comportamiento del protector y (iii) el problema de cómo, al hacerse numerosas y diversas las organizaciones dentro de un territorio, con finalidades divergentes e incluso contradictorias, se definen los objetivos generales del grupo social. Parece claro que el papel que la economía, y el AED, le asignan al derecho, el de concentrarse en los juegos productivos, y en la aplicación de las sanciones constituye tan sólo un sub-conjunto de las preocupaciones relevantes para los juristas.

#### *F. La justicia de la situación inicial*

Casi desde sus inicios, la economía neoclásica ha demostrado poco interés por la casilla inferior derecha del diagrama de la cooperación productiva, por la evaluación del punto de partida, de la dotación inicial de recursos de cada uno de los jugadores.

Para no hacer complejos los diagramas, hasta este punto se representaron los dos participantes en el juego como equivalentes. La evaluación de la situación inicial depende bastante de la concepción que se tenga sobre el estado de la naturaleza y, en particular, de la legitimidad que se le asigna a la dotación de cada una de las partes, a los derechos de propiedad. Si se piensa, por ejemplo, que el origen de estos derechos es divino, o que se basa en algún designio de la naturaleza, se tomarán entonces como un dato, como una situación no susceptible de evaluación<sup>99</sup>.

99. Esa sería, por ejemplo, la posición de la economía desde los clásicos, para quienes la propiedad es algo prácticamente sagrado.

100. Se pueden considerar varias alternativas. La primera un conflicto interno, una guerra civil. El proceso de pacificación será el resultado de una victoria de una de las partes o de una negociación. En el primero se impondrán unas reglas del juego y en el segundo se negociarán unas nuevas. Un segundo escenario concebible es el que se puede llamar de conquista y colonización, mediante el cual un protector externo se instala en el territorio, impone unas reglas del juego bien sea asimilando las anteriores, dejándolas subsistir o tratando de destruirlas. El último escenario sería la vuelta atrás del de colonización y puede ser el resultado de una guerra de independencia o del abandono del territorio por quien lo colonizó como resultado de un acuerdo. De cualquier manera parte esencial de esas nuevas reglas del juego será la legitimación de una situación inicial. Maquiavelo, por ejemplo, se preocupó bastante por el segundo escenario y recomendaba al anexionar estados por conquista, sobre todo de pueblos sometidos, simplemente reemplazar el antiguo poder, con el menor traumatismo posible porque "si se mantienen las viejas condiciones de vida y no hay diferencias de costumbres, los hombres viven pacíficamente". *El Príncipe*, p. 40.

101. Un caso usual es el de las expropiaciones durante el juego de pacificación que llevan al arquetipo de situación en que la cooperación productiva posterior se hace entre un jugador que tiene propiedad acumulada, capital, y otro que no dispone más que de su capacidad de trabajo.

102. Con la posible excepción del incumplimiento por la parte desfavorecida en la situación inicial que, paradójicamente, podrá ser considerado como un avance, en términos de justicia, con relación a la posición inicial.

103. Es el término propuesto por Jon Elster para analizar situaciones como el cambio de régimen económico y político en los países de Europa del Este, los crímenes de guerra, la ejecución de los acuerdos de paz, la llamada etapa post-conflicto en Centro-

Siempre es digna de análisis la situación en la cual se parte de un estado de la naturaleza de anarquía hobbesiana, se alcanza la pacificación y se origina en ese punto el posterior juego productivo. Sea cual sea el escenario del juego de la pacificación<sup>100</sup>, no se puede descartar la posibilidad que la situación final, que es a su vez el inicio del juego de cooperación productivo, sea percibido por algunos como injusto, por distintas razones: uno, por transferencias abusivas previas de la propiedad, o por una concentración de la propiedad de recursos en los círculos cercanos al nuevo protector; dos, por alta centralización o arbitrariedad del poder, que se perciba como un protector privado y tres, por los ánimos de retribución y venganza no satisfechos. No es difícil argumentar que las guerras –civiles, de conquista o de independencia– son un escenario fértil como pocos para estas tres fuentes de injusticia. Así, en la secuencia simple de dos juegos de cooperación sucesivos, uno de pacificación y otro de producción, es no sólo factible, sino muy probable, que el inicio del segundo juego sea una situación injusta o desigual<sup>101</sup>.

Es claro que cuando existe la percepción de una dotación inicial ilegítima, cualquiera de los resultados del juego de producción también serán percibidos como injustos<sup>102</sup>.

américa o la transición a la democracia en España, Chile, Argentina y otros países latinoamericanos. En esa labor son pertinentes cuestiones como crímenes de guerra o de los predecesores autoritarios, confiscaciones de bienes que hagan relevante el tema de la restitución o las persecuciones de disidentes políticos. En cualquier caso se trata de miradas retrospectivas que hacen difícil seguir una de las recomendaciones básicas de la economía, la de simplemente mirar hacia adelante. Jon Elster (1997). *Economics*, Barcelona, Edit. Gedisa, p. 30.

104. No es adecuado situar la solución del problema en la tradicional división de poderes –ejecutivo, legislativo y judicial– que sería más bien una de las consecuencias de un poder coercitivo que ya ha sido controlado por la sociedad civil.

105. La solución que tradicionalmente propone la economía, que las partes que juegan a la cooperación productiva son las mismas que se pacificaron *contractualmente* a partir de consideraciones de eficiencia no es satisfactoria pues no da cuenta de

La necesidad de evaluar esta situación de partida es lo que se ha denominado la justicia retroactiva<sup>103</sup> y tiene que ver con la manera como se manejan las transgresiones ocurridas durante el juego de la pacificación.

### *G. Control del Leviatan: zanahorias para los que dan garrote*

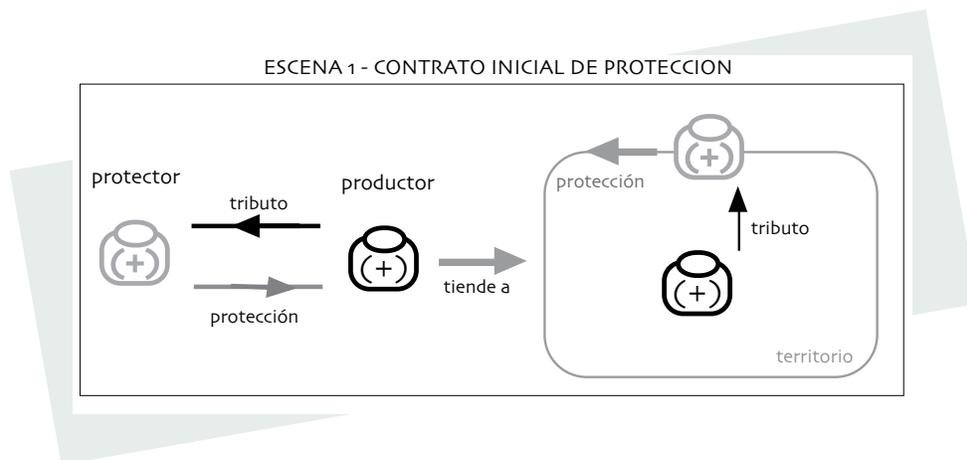
Uno de los rompecabezas más complejos de la organización social, y del derecho, es el relacionado con el desafío de imponer límites a quien está encargado de proteger las normas de conducta de los individuos. La dificultad para encontrar una solución satisfactoria a este dilema no es sólo lógica sino que ha sido una constante histórica. Si, para hacer cumplir las normas, se requiere de alguien en quien la sociedad delegue la facultad de imponer sanciones mediante el uso de la fuerza, no es fácil concebir un ente capaz de defender a la sociedad de los eventuales excesos de ese protector, si es precisamente ahí en donde se ha concentrado y monopolizado la capacidad coercitiva. No es fácil encontrar en la economía una respuesta satisfactoria a este interrogante. La noción corriente que el derecho, resguardado por las sanciones, es un medio suficiente para salvaguardarse del capricho y la violencia del estado evita la cuestión básica de quien sanciona al sancionador.

Lo más desconcertante es que, si bien los excesos de poder siguen siendo comunes en muchas sociedades, se trata de un problema que se sabe ha sido satisfactoriamente resuelto por las sociedades modernas democráticas<sup>104</sup>. Una posible respuesta a este interrogante tiene que ver con dos nociones económicas básicas. Uno, tanto la guerra como la coerción son actividades costosas que requieren recursos y dos, hay ventajas, aún para quien ejerce la coerción, de la especialización de actividades y la división del trabajo.

En términos del esquema de los juegos de cooperación, la solución al problema de establecer un control al Leviatán podría caracterizarse con una secuencia –lógica y no necesariamente histórica– de escenas como la siguiente<sup>105</sup>. En la primera escena se da un acuerdo de cooperación entre cualquier

tipo de protector –desde un guerrero hasta un mafioso- y un productor<sup>106</sup>. Se trata del más básico de los contratos: el protector protege, el productor produce y entrega una parte de la producción en forma de tributo. Esta situación, por la idea de las ventajas de la división del trabajo, es conveniente para ambas partes. También parece ser, a partir de cierto desarrollo en la tecnología de las armas<sup>107</sup>, una constante histórica. Hay algunos elementos de este contrato básico que vale la pena discutir. El primero es la variante en la que coinciden, en un mismo individuo o grupo, las funciones de producción y protección: esta sería una caracterización tanto de productores armados que se auto protegen<sup>108</sup> como las distintas versiones del crimen organizado<sup>109</sup>. El segundo es la diferencia entre una situación esporádica, e impuesta por el protector, como la extorsión o el saqueo –versiones extremas en las cuales se busca evitar el castigo físico de quien impone el tributo– y un acuerdo afianzado que, en

alguna medida, favorece a quien paga. Parecería que el primer tipo de arreglo no es una alternativa estable, puesto que crea una demanda, por parte de quien sufre la extorsión, por un verdadero protector con el cual se establece un arreglo contractual<sup>110</sup>. Así, una de las primeras limitaciones que se impone a sí mismo el protector es una tasa conocida y predecible que permite pasar del saqueo, la extorsión y la depredación al pago de un tributo. La continuidad del contrato, a su vez, requiere un protector sedentario, residente, que establece un territorio, cuyos límites normalmente los define su capacidad para extraer tributos. La contraprestación es la protección contra otras amenazas. Independientemente de la naturaleza del contrato inicial de protección habría una tendencia a un intercambio caracterizado por un productor actuando *dentro* de un territorio protegido.



A nivel agregado esta primera escena sería la representación más básica del contrato social. De acuerdo con lo que se suponga sobre el estado de la naturaleza cambiará el tipo, el origen y la justificación del protector pero no la esencia del contrato.

Para la segunda escena, el excedente del productor, puesto que sus derechos de propiedad están ya definidos, puede ser utilizado, como incentivo positivo, para nuevos juegos de cooperación productiva, que son beneficiosos para nuevos proyectos (o productores) y también para el protector, que recibe mayores tributos.

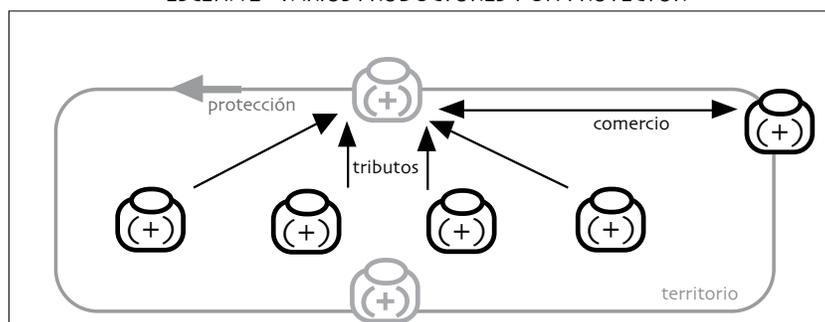
La mayor producción en el territorio protegido puede darse bien sea por atracción de nuevos productores, bien sea por la ampliación de las fronteras, por colonización.

El tipo de acuerdo que se establece entre el protector y los productores puede tomar diversas formas, dependiendo, entre otros factores, de las condiciones objetivas de la producción<sup>111</sup>, de la disponibilidad de protectores en los territorios aledaños y de la tecnología militar<sup>112</sup>. Hay un tipo peculiar de productor, y es el que se sitúa en la *frontera* del territorio, o que entra y sale del mismo,

con el cual se establece una relación especial, el intercambio con el exterior. Este comerciante o mercader tiene como características (i) el no estar sometido a las mismas reglas del juego, ni al poder del protector, (ii) el ofrecer bienes producidos por fuera del territorio que pueden ser de interés, como el consumo de lujo, o las armas y (iii) una acumulación de riqueza importante, derivada de su actividad. La doble condición de persona ajena al grupo, no sometida a la estructura de mandato, pero útil al protector, junto con su favorable posición económica basada en el comercio hacen del mercader algo perturbador para la cohesión interna del grupo. La mayor o menor

influencia de estos agentes, que conectan al grupo con el resto del mundo, ha determinado ciertas características de las sociedades, y en particular, ha afectado el papel de la coerción o la acumulación de riqueza, el capital, como elementos de cohesión social. Charles Tilly propone para esta segunda escena una escala en cuyos dos extremos se situarían los imperios, centrados en el territorio, con alta coerción y bajo capital, y en el otro las ciudades, abiertas al exterior, con alto capital y baja coerción. Aunque los imperios preceptores de tributos han sido predominantes como tipo de arreglo a lo largo de la historia, los estados nacionales europeos acabarían situándose en algún punto intermedio dentro de esta escala<sup>113</sup>.

ESCENA 2 - VARIOS PRODUCTORES Y UN PROTECTOR



como es que surge ese Estado que se acepta se requiere para garantizar los acuerdos, proteger los derechos de propiedad y aplicar sanciones. Sobre todo, si se parte del supuesto de racionalidad, es inconsistente la idea de un Leviatán que, contando con el monopolio de la coerción, no utilice ese poder para su propio beneficio. En forma adicional a la explicación que se propone a continuación –una fragmentación del poder entre agentes racionales por especialización de actividades– se podría agregar la del dictador benevolente, o el déspota ilustrado, que decide ceder voluntariamente su poder en bien de la organización que ha contribuido a forjar.

106. En el sentido más general que incluye no sólo empresarios capitalistas, sino comerciantes, agricultores o cualquier otra actividad susceptible de generar excedentes para intercambiar.

107. Cuando la producción de armas se torna una actividad costosa que requiere de la división del trabajo.

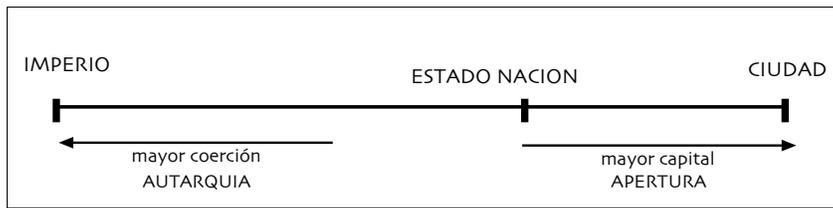
108. Más adelante se analiza el debate que se ha dado a lo largo de la historia, y que persiste en la actualidad, sobre las ventajas o desventajas de una población armada. Un argumento recurrente ha sido

la asociación entre posesión generalizada de armas y democracia

109. Gambetta (1993) argumenta que es esta confusión la que llevó por mucho tiempo a una comprensión tan precaria de las mafias. Su permanente cambio de actividad desafiaba la idea de las ventajas en la división del trabajo. La actividad constante era más la protección que la producción de bienes o servicios ilegales. Además, esa protección se puede también vender a terceros.

110. En Colombia, una de las reacciones corrientes a la extorsión de la guerrilla ha n sido los contratos con grupos paramilitares. La mayor parte de las comunidades amenazadas acaban recurriendo a una versión de este tipo de acuerdo. El contrato estable puede incluso alcanzarse con el mismo actor que antes extorsionaba o saqueaba. Hay tanto en el agresor como en la víctima, una tendencia a un arreglo continuo, previsible y regular que por lo general implica estar a salvo de otras amenazas. También en Colombia, parece clara la tendencia actual de la guerrilla a reemplazar el secuestro por un cobro regular, y predecible para ambas partes, de los tributos. La llamada Ley 002 de las FARC busca precisamente eso: establecer una tasa

POSIBLES ALTERNATIVAS PARA ESCENA 2

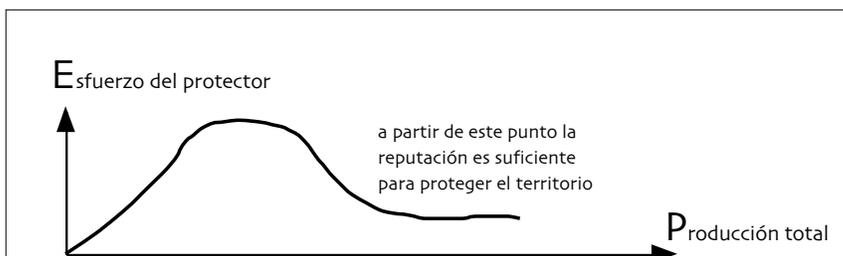


Son varias las razones para esta relación negativa entre la coerción y el capital como elementos de coordinación del grupo. La primera es que en las ciudades, más expuestas a la influencia del exterior, se dificulta el establecimiento de reglas del juego homogéneas apoyadas en la coerción. La diversidad de religiones, lenguas, costumbres y normas sociales han hecho de las ciudades un tipo particular de territorio asociado con menores restricciones a las conductas. Como consecuencia de lo anterior, han sido los centros de la actividad intelectual y artística y del avance de las ideas, lo que a su vez ha reforzado las limitaciones al poder coercitivo. La segunda es que con el mercader, que puede emigrar, el protector debe *negociar* la tasa de tributación: se establece una competencia entre protectores, y aquellos que ofrecen una mejor relación entre protección y tributo, se tornan más atractivos. Para altos niveles de capital quien puede emigrar del territorio es el protector, que pasa a ser en realidad un mercenario, susceptible de ser reemplazado, y con el cual se establece un contrato<sup>114</sup>. La tercera es que la mayor actividad comercial, la monetización de los intercambios, le abre paso a ciertos fenómenos, como por ejemplo los cambios de precios, que quedan por fuera del control del protector<sup>115</sup> y que deterioran la percepción de su poder efectivo. Cuarto, la mayor concentración de población implica la necesidad de emprender ciertas obras de infraestructura que, sumadas a la menor tasa de tributación, distraen recursos de las actividades de coerción. Por

último, la misma concentración de población y la aparición de desigualdades económicas imponen la necesidad de dedicar recursos al arbitraje, a la solución de conflictos, y a una nueva forma de amenaza, los ataques dentro del grupo, el crimen urbano<sup>116</sup>.

Aparece entonces una distinción fundamental entre el ejercicio de la coerción adentro del grupo, para el control social, y la orientada hacia afuera, para la defensa y la guerra. Se puede señalar que la tecnología para la seguridad interna no ha variado sustancialmente a lo largo de la historia y ha sido similar en los imperios, en las ciudades y en los estados nacionales. Esta tarea se ha caracterizado por la monopolización de la coerción en cabeza del protector y por la aplicación de la justicia penal, cuyos medios, con algunas modificaciones introducidas a finales del Antiguo Régimen han permanecido prácticamente constantes<sup>117</sup>. Una característica esencial de la actividad de protección hacia adentro –del imperio, la ciudad o el Estado– que está implícita en la segunda escena es la de permitir que sin aumentar el esfuerzo se mantenga la protección y se alcance mayor producción<sup>118</sup>. La actividad de protección consiste simplemente en amenazar con que se aplicarán las sanciones a quienes violen las normas del juego de no hacerse daño. Esta característica se puede representar con una gráfica como la siguiente<sup>119</sup>:

PROTECCION INTERNA Y PRODUCCION



Para la protección contra las amenazas externas, por el contrario, el papel de la tecnología de las armas ha sido determinante. Históricamente, la capacidad de hacerle daño a un grupo externo, la coerción de la guerra,

fija de tributación. Desde la Antigüedad, distintas bandas de saqueadores han sido menos duraderas que los protectores regulares. McNeill (1989) señala que esta fue la diferencia entre los ejércitos del Rey Jerjes en Grecia con los grupos saqueadores de Sargón. Grupos errantes de piratas, como los vikingos, también fueron estableciendo relaciones estables con sociedades sedentarias, por ejemplo para intercambiar el botín. Las exacciones reguladas casi siempre han reemplazado la depredación y la extorsión.

111. Landes (1999) señala, por ejemplo, que la simple localización geográfica, o la disponibilidad de agua para la agricultura –el hecho que requiera o no de obras de infraestructura para su suministro continuo– pueden tener consecuencias sobre la concentración de propiedad en manos del protector. Algunas actividades mineras casi que exigen capacidad militar de cada productor

112. En Europa occidental la distinción entre protector y productores no fué siempre tan nítida como en el Estado moderno. Se dió un proceso progresivo de monopolización del poder. La escena 2 podría corresponder a uno de los señores feudales que hacían la guerra entre sí y que progresivamente

113. Con un desarrollo inicial de las ciudades de mercaderes en el mediterráneo que perderían importancia primero con las ciudades del norte y luego, y de manera definitiva, con los estados centralizados como Francia e Inglaterra. Estos estados, a su vez, surgieron de las luchas entre los señores feudales –más cerca del esquema del imperio– y los reyes. Por fuera de Europa, en la China, en el mundo musulmán y en América antes del descubrimiento predominaría el esquema del imperio, cerrado al exterior y autoritario.

114. El término italiano *condottiere* significa textualmente el protector con el cual se establece un contrato, la *condotta*. McNeill (1988) p. 80.

115. Este es un argumento de Joel Kay (1998). *Economy and Nature in the Fourteenth Century Money, Market Exchange and the Emergence of Scientific Thought*, Cambridge, Cambridge University Press; sobre el impacto que tuvo la progresiva monetización de ciudades como París y Oxford en la percepción de la verdadera capacidad de los gobernantes: la reacción ante una escasez, el control de precios, se veía frustrada por un peor suministro y frecuentemente se debía dar marcha atrás en las decisiones. Según el mismo autor, la percepción de lo monetario como algo parcialmente por fuera de control, y la necesidad de entenderlo, sumado al hecho que los filósofos de la época tenían una activa participación en la administración de las universidades, le habría dado un impulso definitivo a la

ha sufrido un cambio tan radical como el del conocimiento científico. Consecuentemente, la posibilidad del acceso a un arsenal cada vez más sofisticado, tanto para atacar como para defenderse, ha implicado nuevas y variadas

actividad científica, induciendo un cambio en el tipo de reflexión desde la escolástica hacia la medición.

116. Que se convierte en las ciudades una nueva demanda, proveniente inicialmente de los comerciantes y mercaderes, que tienen mayor riqueza. Por muchos años, los historiadores franceses mantuvieron la tesis de la *violence-au-vol*, sugiriendo que en la formación de los estados europeos se habría dado una progresiva sustitución de la violencia ritual e impulsiva por los ataques a la propiedad. Recientemente, y como consecuencia de las observaciones de Norbert Elías, los historiadores del crimen han sugerido que si bien este efecto pudo darse en los inicios de la urbanización, posteriormente se observó un descenso tanto de la violencia como del crimen. Eric Johnson y Eric H. Monkkonen (1996). *The Civilization of Crime. Violence in Town & Country since the Middle Ages*, Urbana, University of Illinois Press, 1996.

117. Estas modificaciones tuvieron que ver con reducciones progresivas, y cambios en la filosofía, de las penas, y algunos cambios en la administración del personal que se adaptaron del conocimiento militar. Existen otras diferencias menores entre sociedades, como la mayor o menor aceptación de la posesión de armas por parte de la población.

118. Puede pensarse que inicialmente el protector tenga que hacer efectivas algunas sanciones. Posteriormente, sin embargo, el protector adquiere suficiente reputación y credibilidad como para no tener que volver a aplicarlas. El esfuerzo puede entonces no sólo dejar de aumentar sino disminuir. A partir de un punto el protector no tiene que hacer nada, sino simplemente estar. Si se tiene en cuenta que lo que está protegido es un territorio, dentro del cual el protector mantiene la reputación, los nuevos proyectos cooperativos de producción que se lleven a cabo allí representarán mayor producción sin implicar mayor esfuerzo de protección.

119. Esta propiedad del esfuerzo del protector considerado como un insumo hace que sea imposible valorarlo en términos de su contribución a la producción social. En la jerga económica quiere decir que la protección interna es uno de esos recursos que no se pueden valorar convencionalmente, puesto que su productividad marginal puede ser infinita: son posibles aumentos en la producción sin cambios en la protección, y sin que se pueda plantear que es un insumo redundante. Hume ilustra bien esa idea de que la seguridad, así la pacificación haya sido algo muy remoto en el tiempo –tal era su percepción– es esencial. “Si se me pregunta la razón de la obediencia a la que nos vemos obligados con respecto al gobierno, contestaré prontamente, *Porque de otro modo no podría subsistir la sociedad* y esta respuesta es clara y comprensible para todo el mundo”. Citado por Copleston (1999) p. 327.

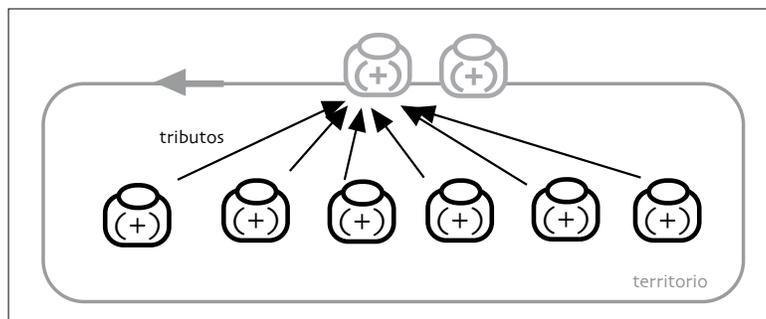
relaciones entre los protectores y el capital. Uno, a partir de cierto nivel de desarrollo tecnológico, los soberanos tuvieron que acudir al sector productivo para fabricar o financiar las armas, o las defensas <sup>120</sup>. Dos, la coerción hacia afuera, en asocio con el capital, resultó ser un excelente negocio<sup>121</sup>. Tres, los altos costos de la guerra llevaron al establecimiento de complejos mecanismos de crédito<sup>122</sup> que también restringieron el poder del protector.

En síntesis, con relación al suministro de seguridad por un mismo protector se dieron en Occidente dos efectos paralelos. Por un lado, se logró disminuir la violencia al interior de los grupos<sup>123</sup>, y reemplazarla por una mayor amenaza de coerción estatal. Por otra parte, hacia afuera, se incrementó considerablemente

la violencia<sup>124</sup>. Ambos efectos se dieron acompañados de una acumulación importante del capital y, además, de una mayor sofisticación de los sistemas de recaudo y administración de los tributos<sup>125</sup>.

Es en este contexto de aumento en el número de juegos de producción al interior del territorio, y de mayor complejidad en la labor tributaria, que surge la tercera escena, que resulta crítica en la evolución del protector pues, por el mismo principio de las ventajas de la división del trabajo y la especialización, implica su separación en dos departamentos, uno encargado de la coerción (C) y el otro encargado del cobro y administración de los tributos (T).

ESCENA 3 - 1a ESPECIALIZACION DEL PROTECTOR



Es justamente en este momento de separación interna del protector, entre un aparato militar, que ejerce la fuerza, y un aparato burocrático, que administra los recursos, cuando empieza a resolverse el problema del control del Leviatán. Por dos razones: la primera es que aparece dentro del estado una rama aliada, incluso dependiente, de los productores, que debe negociar con ellos las condiciones de la tributación, y de la seguridad interna. La segunda es que el crecimiento del aparato coercitivo, la transformación de un pequeño grupo de individuos en una verdadera organización, dentro de la cual cualquiera es reemplazable, la sofisticación de las armas y la mayor dependencia en los recursos financieros para poner en marcha ese engranaje acaba por desvincular el ejercicio físico de la violencia de su dirección y orientación, que pasa a depender de quienes

pueden atraer y asignar recursos<sup>126</sup>. Esta fragmentación del poder coercitivo, y su dependencia de un aparato burocrático, se dio en distintos momentos de evolución de los estados<sup>127</sup>.

Por otra parte, en una anticipación de la producción manufacturera, la estandarización y las rutinas implicaron un considerable aumento en la efectividad del aparato militar. Se abrió así la posibilidad, al interior del protector, de generación de excedentes. Uno de los mayores problemas de la época en que se contrataba la coerción con mercenarios para cada guerra eran los intervalos durante los cuales estos individuos quedaban sin oficio y se dedicaban al pillaje o al uso indiscriminado de la violencia. En parte de allí surgió la necesidad de contar con ejércitos

regulares cuyo mantenimiento requería a su vez de una burocracia continua. Este paso se vio facilitado por una instrucción permanente y sistematizada de los soldados, una rutina militar<sup>128</sup> que no sólo disminuía la posibilidad de rebelión de los soldados sino que permitía

la incorporación, al servicio del estado, de los marginados por la creciente consolidación de las relaciones mercantiles<sup>129</sup>.

Aparece entonces, como cuarta y última escena, una nueva rama dentro del protector, también

120. Según McNeill, en el siglo XII, las fortificaciones de las ciudades italianas, que se hacían en donde las actividades comerciales y artesanales lo permitían fueron definitivas en el debilitamiento de los caballeros, que un siglo antes habían sido suficientes para conquistar el sur de Italia, Sicilia y Jerusalén. En el siglo XV, luego de la importación de la pólvora se empezaron a adoptar, para la fabricación de cañones de mayor calibre, las técnicas de fundición del metal de los fabricantes europeos de campanas, lo cual desplazó los centros de suministro. Luego se introdujo, por parte de los franceses, la bala de hierro en lugar de proyectiles de piedra. Para la nueva defensa requerida los italianos tuvieron que recurrir a sus mejores arquitectos, que se idearon el foso, cuyo costo era enorme. Sólo los Estados más ricos podían atacar, o defenderse.

121. Sobre todo la que se hizo no con ánimo de conquista territorial sino de saqueo sistemático y de establecimiento de barreras físicas a la entrada de competidores. De acuerdo con David Landes los márgenes brutos del comercio holandés de las especias entre la India y Europa, basadas en la coerción para mantener el monopolio, eran del orden del 1000% a 1200%. El comercio de opio de los ingleses con la China también estuvo basado en su capacidad de coerción. Posteriormente, el llamado sistema del Atlántico basado en la importación de esclavos para las plantaciones –una consecuencia directa del poder militar– la venta de azúcar a Europa y el suministro de manufacturas a Norteamérica habría dado un importante impulso tanto a la agricultura como a la industria. Landes (1999) pp. 120 y 140.

122. En particular los soberanos empezaron a intercambiar préstamos por el derecho a cobrar futuros impuestos. Apareció la “detestada figura del arrendador de impuestos, que adelantaba dinero al Estado en espera de la contribución que él mismo recaudaba con la autoridad y la fuerza militar del Estado”. Tilly (1992) p. 135.

123. Para el siglo V, la tasa de homicidios (número por 100 mil habitantes) en Amsterdam era de 50, en el siglo XVII ya había descendido a 7.5 y en el XIX llegaba a 1.4. En Estocolmo, descendió de 42. en el siglo XV a 3 en el siglo XI. Un descenso similar se dió en Suecia. En Inglaterra la misma tasa bajó de 20 en 1200 a cerca de 1 a partir del XVIII. Datos de Johnsen y Monkkonen (1996) *Op. cit.*, pp. 9 y 64.

124. “El número de muertes por Estado en guerras de grandes potencias va ascendiendo desde menos de tres mil al año durante el siglo XVI a más de doscientas veintitrés mil en el XX”. Tilly (1992) p. 117.

125. Para Norbert Elías, por ejemplo, es muy clara la noción de que el monopolio de la fuerza y el de la tributación son las dos caras de una misma moneda. En un esfuerzo por encontrar los factores comunes a la consolidación de este “monopolio de dos caras” en las sociedades europeas, Charles Tilly plantea que con la progresiva especialización en las labores de tributación y de guerra en cabeza de agentes distintos al interior de un mismo estado, y las crecientes demandas que, como resultado de la tributación, hacían los ciudadanos y empresarios al soberano se llegó paulatinamente a la pacificación de las sociedades europeas. Además se hizo un esfuerzo deliberado por desarmar a la población civil. (Desde el siglo XVII los gobernantes europeos) “han logrado que el recurso a las armas sea delictivo, impopular y poco práctico para la mayoría de sus ciudadanos, han proscrito los ejércitos privados y han hecho que nos parezca normal que los agentes armados del Estado se enfrenten a la población civil desarmada”. Tilly (1990) p. 112.

126. “De esta manera, un ejército se convirtió en un organismo articulado con un sistema nervioso central que permitía una respuesta sensible más o menos inteligentes a circunstancias imprevistas ... Apenas importaba ya la destreza y resolución del soldado de infantería. La proeza y el valor personal prácticamente desaparecieron detrás de esta coraza rutinaria” McNeill (1989) p. 143.

127. De acuerdo con McNeill ya en el siglo XV ciudades como Venecia o Milán habían logrado establecer contratos casi individuales con los soldados. Las carreras de los oficiales dependían más de sus vínculos con funcionarios civiles que de sus lazos con los soldados. Dos siglos más tarde, al norte de los Alpes, con la estandarización de las armas de fuego, la introducción de los uniformes y la instrucción militar sistemática se logró llegar al verdadero ejército que funcionaba como un mecanismo perfectamente coordinado cuyas piezas individuales podían ser cambiadas por funcionarios civiles. McNeill (1989) pp. 84 y 154.

128. Que fue introducida por los holandeses en el siglo XV y alcanzaría su máxima expresión a raíz de los esfuerzos conscientes dirigidos en Francia por el príncipe de Orange, para desarrollar las rutinas, introducir los uniformes, y buscar una coordinación minuciosa de todos los movimientos.

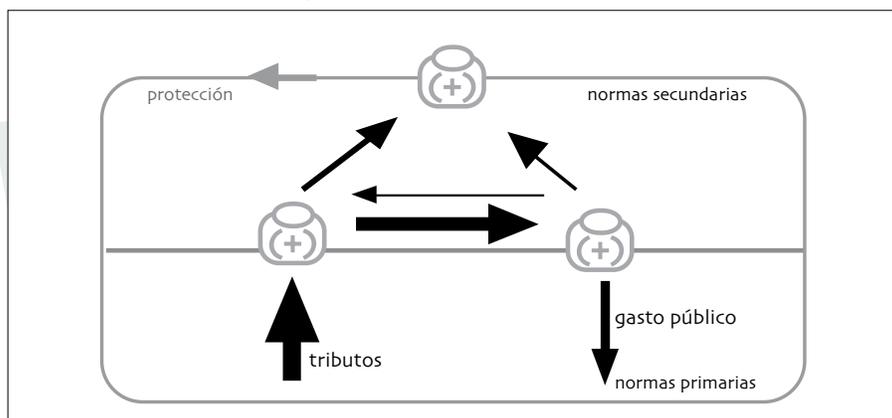
129. “Desde comienzos del siglo XVII los gobernantes europeos descubrieron el modo de convertir a los desechos de las calles de las ciudades y a los hijos de los aldeanos más pobres literalmente en hombres nuevos, mediante una instrucción militar reiterada” McNeill (1989) p. 151.

especializada, con disponibilidad de recursos, y un cada vez más complejo aparato burocrático. Paradójicamente, en medio de una sociedad crecientemente monetizada e individualista se configura –a imagen de las organizaciones militares y religiosas<sup>130</sup>– un foco de individuos, los funcionarios públicos, una “comunidad artificial burocráticamente estructurada y controlada”, con alta coordinación y jerarquía, que, a cambio de una continua dosificación de incentivos positivos, representados en una carrera con una escala ascendente de posiciones, aceptan reglas impuestas desde arriba y actúan siguiendo unos objetivos colectivos.

Surge entonces la figura, más moderna y realista de un estado que no sólo aplica sanciones y recoge tributos –algo que la mayoría de las

disciplinas reconoce como poco viable políticamente– sino que además canaliza recursos para contribuir a la coordinación de actividades. Al interior del Estado, esos tres departamentos especializados –en la coerción, el cobro de tributos y el gasto público– se controlan mutuamente: el que aplica la fuerza ofrece protección física, el de los tributos tramita recursos, en permanente negociación con el sector productivo, y el del gasto ofrece lo que se podría denominar protección política que, bajo el esquema propuesto, no es otra cosa distinta que la posibilidad de administrar incentivos positivos. Estos recursos, el gasto público, se canalizan tanto para controlar conductas al interior del aparato estatal, como para la protección de las normas que prescriben comportamientos de la población.

ESCENA 4 - 2ª ESPECIALIZACION DEL PROTECTOR



Aunque esta división de funciones y especialización del protector alcanza su máxima expresión y sofisticación en el estado moderno la evidencia de distintas estructuras estatales sugiere la presencia constante de estos tres componentes. La división es anterior –lógica e históricamente– a la tradicional separación de los poderes en legislativo, ejecutivo y judicial.

#### H. La imposibilidad del estado mínimo sancionador

La propuesta de la economía, implícitamente adoptada por el AED, de un estado mínimo que simplemente recibe tributos, protege los derechos de propiedad, dirime conflictos y

sanciona a los infractores no sólo parece limitada para describir lo que realmente ocurre sino que, además, es bastante peculiar como prescripción normativa de lo que debe ser un estado.

La figura de un sancionador automático y, además, con unos límites claros y definidos para el uso de la coerción, no es factible teóricamente. Aún cuando, como se hizo en el numeral anterior, se recurre a la figura de un protector racional y egoísta, con vocación por las sanciones, por distintas vías se llega a la necesidad de establecer acuerdos, con los productores o al interior del estado, que

imponen elementos de reciprocidad para que sean estables. Un análisis tan elemental como el que se hizo, sin una mínima división de clases entre capitalistas y trabajadores, ya conduce, por simple efecto de la división del trabajo, a un estado internamente especializado con un aparato militar y una burocracia que dispone de recursos para ofrecerlos como incentivos positivos, como gasto público. Suponer que este excedente no será utilizado como mecanismo de refuerzo para normas prescriptivas de conductas es no sólo arbitrario sino inadecuado. Con mayor razón, si se introduce una mínima diferenciación entre los productores se refuerza la lógica de un estado que no sólo sanciona sino que gasta: para evitar rebeliones, para atraer votos, para ofrecer una contraprestación por ir a la guerra, para coordinar proyectos propios de cooperación, o para ganar legitimidad.

Esta observación, positiva, de que no es factible un estado mínimo que se limite a sancionar, se corrobora con la observación que, a lo largo de la historia, los grupos exclusivamente coercitivos no han logrado mantenerse como aparatos estables de poder. Los que han podido configurarse como estructuras duraderas de coordinación de las conductas han recurrido siempre al uso de incentivos positivos<sup>131</sup>. La evidencia transversal, al igual que la longitudinal, sugiere que aún en las comunidades más primitivas se da esta tendencia, entre quienes mantienen algún tipo de privilegio y poder, a repartir recursos<sup>132</sup>. Aún en ciertos paraestados contemporáneos con una clara vocación coercitiva, como las mafias, se observa, en cuanto se establecen dentro de un territorio y mantienen relaciones continuas con las comunidades, la tendencia a complementar la coerción con el suministro de recursos como mecanismo de control social<sup>133</sup>.

130. Que ya tenían larga experiencia no sólo en coordinación de conductas sino en registros contables escritos y sistemáticos de soporte a la administración de las comunidades.

131. Refiriéndose a lo que denomina "tribus sin gobernantes" Van Creveld (1999) anota que "ser capaz

de emprender gasto pródigo ha sido siempre uno de los signos del gobernante así como uno de sus privilegios ... siempre existió un sentido mediante el cual al transferencia de riqueza no era unilateral sino recíproca. De polinesia a África, su uso para este propósito era una de las principales vías mediante las cuales el sistema entero se justificaba". Van Creveld (1999) p. 18. Traducción propia. En el "Registro de los Tres Reinos" en China, escrito hacia el año 200 de nuestra era, se citaba la máxima de Ts'ao Ts'ao "Es con soldados fuertes y comida suficiente que se establece un Estado". Citado por Landes (1999) p. 23. Traducción propia. Las tiranías griegas buscaban ordenar el sistema económico y por lo general ayudaban a los comerciantes y artesanos. A los pequeños agricultores les otorgaban créditos estatales y en ocasiones promovían redistribución de tierras. Boesche (1996) p. 7.

132. En una extensa revisión de distintos tipos de sociedades, entre las cuales establece nueve grados de diferenciación del poder político, y que van desde las sociedades sin gobernante, con regulación inmediata y poder político difuso, hasta las occidentales con un estado moderno, Lapierre (1974) menciona cómo aún entre las del primer grado, como los esquimales, en las cuales aún no se ha concentrado el poder coercitivo, es usual que ciertos cazadores, los de mayor experiencia, sean los que repartan el producto de la caza, definan la localización en las casas comunales y concedan o no la hospitalidad. En otras un poco más jerarquizadas, los Ifugaos de Filipinas, los del estrato superior no sólo reparten excedentes de las cosechas sino que lo hacen en medio de fiestas que tienen la obligación de ofrecer. J. W. Lapierre (1974). *Vivre sans Etat? Essai sur le pouvoir politique e l'innovation sociale*, Paris, Seuil.

133. Para Colombia está bien documentado lo que se conoce como el "clientelismo armado" que es la labor, por parte de la guerrilla, de afectar la asignación de los recursos públicos hacia sus protegidos. Los grandes narcotraficantes han sido reconocidos por sus generosas obras sociales. Los grupos paramilitares, autores de masacres y destacados por su extrema capacidad de amenaza también recurren a los premios para mejorar su imagen política. "Ella es la punta de lanza de la acción social que emprendieron hace años los hermanos Fidel y Carlos Castaño en un pueblo a dos horas de Montería (y en muchos otros) para *ganarse el corazón de la gente* de sus territorios 'conquistados'. María, una trabajadora social cartagenera que ronda los 50 años, es vicepresidenta de la fundación cuyos proyectos de huertas caseras, brigadas médicas y educación para adultos cofinancian las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU), el brazo fundador de las Auc. También es la secretaria general del colegio de bachillerato de 411 estudiantes donado por Fidel Castaño en 1989 y que desde este año forma parte de la nómina departamental. Pagando una matrícula de 20.000 pesos saldrá este año la octava promoción de jóvenes. La fundación de María también trabaja de la mano de las juntas de acción comunal, de los comités de aseo y embellecimiento y de la farmacia comunitaria, que vende a costos subsidiados por las autodefensas medicinas a personas de bajos recursos. Que estos

Max Weber<sup>134</sup>, dentro de la noción general de incentivos positivos, lo que él denomina beneficios, distingue tres categorías: (i) los beneficios en especie, un suministro, esporádico o continuo, de bienes por parte del protector, (ii) los beneficios con una tarifa, como un salario o un pago por tareas específicas y (iii) los beneficios territoriales, con los cuales el protector concede el derecho a explotar los recursos allí localizados. Aunque estas categorías fueron sugeridas para las sociedades pre-modernas, es fácil detectar residuos contemporáneos de las mismas en el estado moderno, con dos variantes: la limitación en el tiempo de las concesiones, que anteriormente podían ser hereditarias y, por otro lado, la ampliación de la noción del territorio al campo de lo funcional o lo virtual<sup>135</sup>.

Desde un punto de vista normativo, lo que debe hacer un estado, la recomendación económica de limitarlo al papel mínimo de sancionador también es contraria a buena parte del pensamiento político occidental. El gasto de vastas sumas de dinero, o de reformas favorables a la población para mantener la tranquilidad ha sido un tema recurrente desde los griegos. Incluso para el más crudo de los asesores de gobiernos, Maquiavelo, quien no dudaba en afirmar que “es más seguro ser temido que ser amado”, era clara la conveniencia de no limitar la acción estatal a las sanciones<sup>136</sup>. Es bastante revelador sobre la efectividad de los incentivos positivos como herramienta de control social, el hecho que los más preocupados por la utilización política de los premios hayan sido los observadores de los tiranos, los déspotas y los dictadores, quienes han constatado cómo los incentivos positivos, como el pan y circo de los romanos, sirven no sólo para mantener a la población contenta sino para compensar y apaciguar a quienes sufren los castigos<sup>137</sup>.

### 1. *El papel de la ideología*

Hasta este punto, en la descripción de la división de tareas y la especialización al interior del protector primario, no se ha mencionado un elemento que, a diferencia de la economía neoclásica y del AED ortodoxo, ha sido reconocido como fundamental por distintas disciplinas interesadas en el estudio de las

instituciones, y es el de la ideología como factor determinante de la coordinación de las conductas individuales y de la cohesión social. En forma consistente con los planteamientos de la sociología, o de la antropología, la nueva economía institucional, por ejemplo, ha destacado la importancia de los factores, ajenos al individuo, que ayudan a descifrar el entorno de una manera consistente con la forma en que lo hacen los demás<sup>138</sup>. Por otro lado, señala el papel decisivo de las organizaciones más poderosas en la configuración general de las *reglas del juego*. Esta idea de un conjunto de normas, hábitos o instituciones que contribuyen a la coordinación de actividades y que se dan verticalmente, y hacia abajo, es consistente con el planteamiento clásico de Marx<sup>139</sup> y en buena medida con la propuesta de Norbert Elías sobre el proceso de civilización.

aportes provengan de la misma *organización que ha asesinado a más de 250 civiles* en lo que va corrido del año no desvela a María, quien durante muchos años trabajó en un juzgado de instrucción criminal. “Aquí palpamos lo que en realidad son las ACCU y sus acciones sociales borran en la mente de cada uno de nosotros la parte oscura”, afirma esta mujer”. *Semana*, marzo 25/01. Subrayados propios.

134. En *Economía y Sociedad*, citado por A. Giddens (1987).

135. La definición relevante de un territorio para poder ser utilizado como incentivo positivo tiene que ver con la posibilidad de ser explotado en beneficio de quien lo recibe como concesión. Así, en una sociedad agraria, serán importantes las tierras. Con tecnología de telecomunicaciones se vuelven más relevantes para concesión las ondas electromagnéticas. En estructuras de poder más primitivas, como las mafias, se observa la misma lógica: los narcotraficantes colombianos, por ejemplo, cedían a sus lugartenientes las llamadas “rutas” que no son sino una serie de contactos que definen una posible vía para introducir la droga en los centros de consumo.

136. “Como los hombres cuando reciben el bien de quien esperaban el mal, se sienten más obligados hacia su benefactor, en seguida el pueblo se vuelve más benévolo con él (príncipe)”. Maquiavelo (1513, 1999) p. 79.

137. Para Platón, por ejemplo, los tiranos eran como *cocineros* que mantienen el poder dándole gusto a la población en sus gustos corruptos. Aristóteles también señalaba que los tiranos estimulaban la agricultura no sólo para garantizar la subsistencia de los súbditos sino para mantenerlos alejados de

Aún cuando se analiza un protector individual –una persona que ejerce la coerción– existe este elemento, que se puede denominar el *interpretador*<sup>140</sup>, cuya principal función es la de ir elaborando una historia coherente sobre el ejercicio del poder dentro del territorio. Es el que define los orígenes, identifica los enemigos, y va configurando unas reglas del juego. Al hacerse más complejo el protector, y convertirse en un grupo, se puede dar una separación de esta figura –hacia el brujo, el sacerdote o el ideólogo– que conserva esencialmente la misma función de ofrecer un discurso para justificar el ejercicio del poder. Aún los *guerreros primitivos* contemporáneos parecen prestarle mucha atención a los ritos, las ceremonias y los simbolismos. Fuera

de los rituales de iniciación o de ceremonias prácticas<sup>141</sup> un aspecto que se revela crucial para estos grupos es el tratar de unificar forma y contenido mediante un sofisticado sistema de símbolos y alegorías. Cada actuación, cada declaración, cada gesto entra a ser elemento integral de la ideología y del movimiento<sup>142</sup>. Parte importante de este papel lo cumplen los mitos sobre los orígenes del grupo, que por lo general hacen referencia a un pasado, lejano e injusto, ante el cual era inevitable que surgiera la organización<sup>143</sup>. Parece común la tendencia a congelar la historia para aferrarse a las circunstancias del pasado, a las condiciones que los empujaron inicialmente a la guerra<sup>144</sup>. Algunos trabajos etnográficos sugieren que esta figura del interpretador, a partir de la cual

la discusión política. Pensadores romanos como Tácitus, señalaban que el despotismo, al abolir las asambleas, contentaba a la población con comida barata y diversiones despolitizadas. Maquiavelo también observaba cómo los Medici utilizaban los festivales y las celebraciones como estrategia de pacificación y despolitización. Montesquieu, como luego Tocqueville y Weber se preocuparon por la posibilidad de una tiranía que “acariciara en lugar de amenazar” y fuera, en cierta manera, bienvenida por los súbditos. En el mismo sentido, para Hannah Arendt, los alemanes se resignaron a los nazis por la práctica eliminación del desempleo, una seguridad social extensiva y, no menos importante, una sólida alianza con los industriales. Ver Boesche (1996).

138. Haciendo énfasis en las instituciones como una manera de superar las deficiencias de información, o las limitaciones a la racionalidad individual. North Douglass C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press.

139. “Las ideas de la clase dominante son en cada época las ideas dominantes”, *The German Ideology*, citado por Giddens (1987) p. 71.

140. Y que se podría considerar asociado con la parte del cerebro, denominada *interpretador* por los neurofisiólogos, que se encarga de elaborar una historia coherente sobre las acciones pasadas del individuo, justificándolas. Esta tarea de interpretar el pasado y darle consistencia a las acciones parece fundamental, y es una constante, entre quienes ejercen la violencia, que nunca se presenta como un asunto arbitrario, o un capricho. Desde los protectores más simples –el jefe de banda que manda en un barrio– es recurrente esta tarea de ir elaborando una historia convincente sobre por qué se ejerce la coerción y el poder. Michael Gazzaniga. *The Mind's Past*, Berkeley, University of California Press, 1998.

141. Es el término utilizado por Hobsbawm para referirse a cuestiones como los procedimientos de seguridad que, en forma adicional al ritual, cumplen una función. Vale la pena anotar que a la luz de consideraciones sobre las características adictivas del ejercicio de la violencia, aún a ciertos rituales de iniciación –romper con ciertos tabúes, o abordar prácticas violentas– se les podría atribuir un sentido práctico. Eric J. Hobsbawm (1965). *Primitive Rebels. Studies in Archaic Forms of Social Movement in the 19th and 20th Centuries*, New York, Norton Library.

142. Una actuación reciente de los FARC en Colombia es útil para ilustrar ese punto. La condena establecida por este grupo para sancionar a los homicidas de unos indigenistas norteamericanos fue la de aprender a leer y escribir y ayudar a construir carreteras. Es difícil no ver en esto un sofisticado símbolo para ratificar el discurso de ese grupo sobre los motivos de su lucha. La causa de tales homicidios sería el analfabetismo; la condena contribuirá a la superación de tales causas.

143. Ciro Krauthausen hace referencia al interesante mito de origen de las “tres hermanas carnales”: la mafia sicilianiana, la camorra napolitana y la ‘ndrangheta de Calabria. Tres caballeros españoles Osso, Mastroso y Carcagnosso parten a conocer el sur, permanecen cerca de treinta años escondidos y meditando sobre el mundo y salen a fundar la Onorata Società que, en adelante, se haría cargo de “la protección de los débiles y la persecución de los poderosos”. Ciro Kauthausen (1998). *Padrinos y Mercaderes. Crimen organizado en Italia y Colombia*, Bogotá, Edit. Planeta, pp. 65 y 66.

144. En este sentido es revelador el discurso pronunciado por las FARC al iniciarse las conversaciones con el gobierno colombiano en Enero de 1999. Sólo bajo la perspectiva del simbolismo se explica que una organización con tales recursos y poder siga haciendo referencia a la “represión oficial” y al “ganado, cerdos y aves de corral” que el Estado le expropió en el año de 1964.

se configura la ideología, puede darse aún sin la consolidación del poder coercitivo en un individuo o grupo <sup>145</sup>. En ambos casos hay siempre una justificación, una referencia a la *justicia*, del poder que se ejerce y de las reglas del juego que se imponen. La alusión a estos esquemas primitivos de reglas del juego se hace para corroborar la noción que parece más universal una ideología de la justificación que una de la eficacia, como soporte de los sistemas normativos <sup>146</sup>.

No es prudente, desde una perspectiva individualista como la que se ha adoptado, pretender ofrecer un análisis del papel de la ideología sobre las instituciones. Vale la pena concentrarse en aspectos puntuales relevantes tanto para el análisis del comportamiento ante la ley como para la comprensión de ciertos aspectos del derecho. A nivel del individuo, reconocer la importancia de la ideología en la toma de decisiones, equivale a ratificar la adopción de un modelo de comportamiento individual que, en forma adicional a la dimensión racional del enfoque económico, contemple la posibilidad de instancias genuinas de adopción de normas, no sólo a nivel de “las percepciones subjetivas (modelos, teorías) con que cuenta toda la gente para explicar el mundo a su alrededor”<sup>147</sup>, sino a nivel de los objetivos que se fijan los individuos en sus relaciones con los demás. En este contexto, parece conveniente al emprender el análisis del comportamiento ante la ley, tener en cuenta la ideología en medio de la cual están inscritos el marco jurídico, los actores sujetos a las leyes, y el analista<sup>148</sup>.

En el otro extremo, el de los individuos con capacidad de alterar las leyes tampoco resulta promisorio como herramienta explicativa, o normativa, una dimensión basada en consideraciones exclusivamente racionales en un entorno donde, por el contrario, es permanente el recurso a la ideología para promover cambios legislativos.

Por último, a nivel de la caricatura ofrecida para el estado, indispensable para entender la complejidad de las influencias sobre el derecho, la consideración de la figura del interpretador que incorpora la ideología es pertinente por

varias razones. La primera es que se trata de la influencia más difusa, la menos sujeta a un control estatal directo, la más porosa e impredecible, y la más sensible a ideas foráneas al entorno jurídico. La segunda es que las organizaciones que en conjunto integran este “ente”<sup>149</sup> constituyen territorios apetecidos, y susceptibles de ser colonizados, tanto por protectores zanahoria, con incentivos positivos, como por protectores garrote con una compleja dosificación de incentivos que va desde la coerción pura por parte de los regímenes autoritarios, o de las mafias, hasta los premios y las formas veladas de coerción en los sistemas democráticos.

#### **IV. Análisis del derecho en un estado democrático**

- La caricatura que se ha elaborado del Estado, a partir de la solución de dos tipos de juegos de cooperación –el de la producción y el de no hacerse daño– y de sus extensiones básicas, la evaluación de la justicia de la situación inicial y el problema de controlar el Leviatán, conduce a un escenario caracterizado por pactos con los productores y por una división del trabajo al interior del protector. Este escenario es perfectamente compatible con dos tipos bien distintos de organización política, la tiranía o la democracia. Es concebible, y al respecto existe evidencia histórica, una tiranía que haya resuelto satisfactoriamente tanto el problema de su legitimidad, como el de fragmentación y controles mutuos dentro del poder, como el de la acumulación de la riqueza. Con base en la manipulación de la ideología, o del miedo, un régimen político hábil, y con una buena base tributaria, puede superar fácilmente la percepción de injusticia de las condiciones iniciales, lograr una aceptación generalizada de los derechos de propiedad, y que al interior de ese aparato estatal totalitario se de una compleja red de acuerdos que incluyan a los productores más eficientes<sup>150</sup>.

Tanto la literatura económica, como incluso buena parte de la literatura política, ha estado preocupada principalmente por las libertades

en una democracia de mercado –o en el otro extremo por regímenes centralizados, política y económicamente– pero no ha mostrado mayor interés por la incómoda mezcla de sociedades totalitarias con economías de mercado<sup>151</sup>.

En el estudio del mercado de bienes y servicios, la economía neoclásica se ha desentendido de la distinción, crucial para el derecho, entre una dictadura y una democracia representativa. Para el AED, en dónde se aventuran recomendaciones más allá del ámbito de los mercados, por ejemplo en temas penales, tal confusión es claramente pernicioso. Un mismo objetivo de política puede tener dos connotaciones totalmente distintas bajo un Estado democrático o bajo un régimen militar<sup>152</sup>.

145. En los esquimales, por ejemplo, no hay concentración de la coerción, y la venganza la ejerce el ofendido. Sin embargo, el grupo especializa a ciertos individuos, después de un largo y costoso aprendizaje en el rol de *angakoko*, un mago y sacerdote, a quien se denuncian algunas ofensas, que impone restricciones alimentarias y que media en los conflictos. Lapierre (1974) *Op. cit.*, p. 79.

146. De hecho, parece claro desde Mandeville y su *Fábula de las Abejas*, que la aceptación de la ideología de la acumulación de riqueza requirió de varios siglos, y del apoyo del protestantismo, para poderse considerar aceptada en occidente.

147. Esta es la definición de ideología propuesta por North (1990) para el análisis de la elección individual, p. 23. Traducción propia.

148. Varias de las propuestas normativas del AED, como por ejemplo la afirmación que las multas y las penas de cárcel son intercambiables, o que los daños corporales tienen siempre un equivalente monetario, son elementos ideológicos, peculiares al ámbito anglosajón, que por el momento tienen escasa posibilidad de ser aceptados por el derecho hispano, o por los agentes sujetos a ese derecho, o por los juristas.

149. Que incluye organizaciones tan variadas como la iglesia, los medios de comunicación, las universidades y la comunidad científica, las ONGs.

150. Parece claro que millones de ciudadanos y empresarios alemanes aceptaron de buen grado el régimen nazi. A diferencia de algunos analistas norteamericanos que argumentaron que los nazis habían eliminado el capitalismo de Alemania, Franz

Acerca de las condiciones bajo las cuales surgió la democracia en el Estado Nación, existen según Giddens (1987) dos versiones. La primera sería la visión marxista de la sociedad, que la explica en términos de la dinámica de clases. La democracia habría surgido de la defensa de los *derechos burgueses* –una mezcla de derechos civiles y políticos– contra el poder establecido de la aristocracia terrateniente. La defensa de estos derechos se considera un principio universal y sirve para legitimar el dominio de la clase capitalista. De acuerdo con la segunda versión, el avance de los derechos civiles, y luego los políticos, se habría dado por presiones de los grupos excluidos para alcanzar una mayor participación en las decisiones políticas. En cualquier caso, con la consolidación de los derechos civiles, a lo largo del siglo XVIII, y políticos de los ciudadanos, a finales del siglo XIX y principios del XX, se habría llegado a la democracia, entendida como el poder de

Neumann, en su *Behemoth* mostró que, por el contrario, habían dejado actuar a la economía y que el capitalismo alemán se fortaleció en ese período. Argumenta que, al interior del Estado, “cada sección necesita de las otras. El ejército necesita al partido porque la guerra es totalitaria. El ejército no puede organizar la sociedad “totalmente”; eso se deja al partido. El partido, por otra parte, necesita al ejército para ganar la guerra y así estabilizar e incluso aumentar su poder. Ambos necesitan de la industria monopolística para garantizar una continua expansión. Y los tres necesitan la burocracia para alcanzar la racionalidad técnica sin la cual el sistema no podría operar”. Citado por Boesche (1996) p. 412, traducción propia.

151. Giddens (1990), por ejemplo, en un texto sobre *nación y violencia*, trata de mostrar la relación casi inevitable entre el estado nación moderno y la democracia sin hacer alusión a la Alemania Nazi. La economía parece dar por descontado, en contra de la evidencia de la misma Alemania nazi o de algunas dictaduras latinoamericanas, que el mercado conduce necesariamente a la democracia.

152. En el AED la confusión es peculiar puesto que el grueso de las recomendaciones se continúan haciendo como si estuvieran dirigidas a una figura dictatorial, que no sólo fija los objetivos de las leyes sino que decide cómo se deben aplicar, y qué recursos se deben asignar para protegerlas. En política criminal, por ejemplo, la recomendación más clásica –la dosificación entre la intensidad de las penas y la probabilidad de capturar a los delincuentes– abarca ámbitos del poder legislativo, de los organismos de seguridad y de las agencias presupuestales, cuya adecuada coordinación sólo es concebible bajo una dictadura militar.

muchos y la consecuente preocupación de los gobiernos por las preferencias de los ciudadanos. El reconocimiento de los derechos sociales, durante el siglo xx, habría sido definitivo en atenuar las diferencias de clases.

Parece claro que en materia de derechos, el orden de los factores si altera el producto. Los derechos civiles, por medio de los cuales se reconoce la autonomía y libertad del individuo como un agente autónomo son un requisito de los derechos políticos, con los cuales se reconoce la responsabilidad del individuo en las decisiones políticas. A su vez, los derechos sociales –a la salud, a la educación, a la vivienda– que necesariamente implican redistribución de recursos requieren de un alto grado de desarrollo democrático que permita definir prioridades, y supervisar el gasto público.

Parece claro que para el AED tradicional, el contexto de la discusión se da en este nivel de desarrollo de los derechos individuales. El AED se sitúa claramente, en el *fin de la historia*: el problema de la consolidación de los derechos civiles, o de los derechos políticos se considera superado. Eso para no ir aún más atrás, al desafío de consolidar el monopolio de la coerción en cabeza del estado, o garantizar que no se estén violando los derechos humanos o saber que el poder civil, o la justicia, son realmente independientes del poder militar, o económico.

Lamentablemente, en buena parte de las sociedades latinoamericanas no se pueden considerar satisfactoriamente superadas estas etapas sucesivas. La percepción de las prioridades del derecho, y el análisis del comportamiento de los individuos ante la ley, no pueden pasar por alto la situación real de la sociedad en esa secuencia básica de los derechos. No es razonable, ni siquiera aceptable, que en una sociedad con un alta proporción de población desplazada, o en otra que apenas se repone de los rigores de una dictadura militar y aún busca a sus desaparecidos, o en una tercera que está sujeta a un mafioso incrustado en los servicios de seguridad del estado, o en una cuarta que aún sufre síntomas de enfermedad holandesa asociada con el tráfico de narcóticos, se trate de defen-

der la propuesta de que la única prioridad del derecho debe ser la eficiencia económica. Cuando probablemente lo que estén demandando los ciudadanos sea precisamente un mayor control a ciertas formas de acumulación de la riqueza.

## Referencias

Atienza, Manuel (2001). *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.

Axelrod, Robert. *The Evolution of Cooperation*, Basic Books.

Bobbio, Norberto (1992). *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate.

Boesche, Roger (1996). *Theories of Tyranny. From Plato to Arendt*, University Park PA, The Pennsylvania State University Press.

Coleman, James (1990). *Foundations of Social Theory*, Belknap-Harvard University Press.

Copleston, Frederick (1999). *Historia de la Filosofía. De Hobbes a Hume*, Barcelona, Edit. Ariel.

Giddens, A. (1987). *The nation-state and violence*, Berkeley, University of California Press.

Landes, David (1999). *The Wealth and Poverty of nations. Why some are so rich and some so poor*, New York, W.W.Norton & Co.

Leca, Antoine (1998). *La Genèse du droit. Essai d'Introduction historique au Droit*, Aix-en-Provence, PUF.

Liévano Aguirre, Indalecio (1997). *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*, Bogotá, TM Editores.

Maquiavelo, Nicolás (1513, 1999). *El Príncipe*, Madrid, Espasa.

McNeill, William (1989). *La búsqueda de poder. Tecnología, fuerzas armadas y sociedad desde 1000 d. C. Siglo XXI*.

Tilly, Charles (1990). *Coerción, Capital y los Estados europeos 990-1990*, Madrid, Alianza Universidad.

Van Creveld, Martin (1999). *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press.

con