
NO SÓLO DE MERCADO VIVE LA DEMOCRACIA

El fenómeno del (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia

*Mauricio García Villegas**

INTRODUCCIÓN

El incumplimiento del derecho es un fenómeno notorio en todos los países de América Latina desde los remotos tiempos de las colonias española y portuguesa¹, cuando el instinto de conservación de las mayorías indígenas inculcó una actitud social de desacato soterrado a las reglas impuestas por un orden social y político que consideraban ajeno e invasor². En su célebre texto *Raíces del Brasil*, Sergio de Holanda muestra que la rebeldía del criollo, su carácter indómito, su aprecio por la aventura y por la libertad tienen origen en la cultura ibérica y encontraron terreno abonado para desarrollarse y perfeccionarse en estas tierras ricas e inconmensurables. De allí surgieron sociedades caóticas que encontraron en el Estado autoritario

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia e investigador afiliado al *Institute for Legal Studies* de la Universidad de Wisconsin-Madison, mvillegas@facstaff.wisc.edu. Agradezco a Rodrigo Uprimny, Rodolfo Arango, Luis Jorge Garay, Michel Reed, Alirio Uribe, Alberto León Gómez, Camilo Borrero, Camilo Castellanos, Luz María Puyo y Natalia Paredes por sus valiosos comentarios a una versión inicial de este artículo. Fecha de recepción: 24 de abril de 2003, fecha de aceptación: 28 de noviembre de 2003.

¹ Ver, por ejemplo, Keen (1996) y Morse (1974). O'Donnell (1998, 330) muestra que este fenómeno no es exclusivo de América Latina.

² Según José Luis Romero (1985, XVI), esta actitud proviene de esa veta política de tradición medieval que afloraba en la trama del orden absolutista de los Austrias, que contenía los elementos de la democracia villana que reivindicarían Lope de Vega y Calderón.

el único principio articulador (De Holanda, 1995)³. Con la llegada de la república, los tributos y el alistamiento reavivaron la percepción de ilegitimidad institucional y, con ella, las prácticas intrincadas y sutiles de desobediencia y engaño que venían de la Colonia. El escritor del siglo XIX, Ignacio de Herrera, sostenía que la desobediencia del derecho era una costumbre general en la Nueva Granada, que las leyes eran promulgadas, pero que eran desobedecidas de diversas maneras (Herrera, 1810, 59). El incumplimiento era el reflejo de una cultura originada en la Colonia que pasó casi intacta por las instituciones republicanas, incapaces de desterrar la imagen popular de que el poder estaba en manos de usurpadores y de que los individuos tenían un derecho natural a defenderse y a sacarle el quite a las imposiciones de los gobernantes.

La idea de una ciudadanía universal fundada en los derechos humanos promovida por las revoluciones de comienzos del siglo XIX nunca logró consolidarse plenamente en América Latina. Por un lado, los “ciudadanos” veían al Estado como una fuente de obligaciones—sobre todo de impuestos y deber de alistamiento— de tal manera que, en la práctica, no encontraban mayor diferencia entre el nuevo Estado que predicaba la igualdad y los derechos, y el viejo Estado colonial. Por otro lado, el Estado adolecía de grandes deficiencias en su función de hacer cumplir el derecho, lo cual convertía los postulados universalistas de igualdad y derecho en retórica más que realidad. En estas circunstancias de desconfianza, prosperó una actitud de cálculo estratégico frente a las normas jurídicas. La ciudadanía y los derechos entraron a competir en la mente de los ciudadanos con las

³ Pero el incumplimiento de la legislación española en las Indias es un fenómeno complejo. Los reyes de España querían tener en sus manos todo el control político administrativo del nuevo mundo, pero al mismo tiempo se veían obligados a dotar a las autoridades coloniales de cierta autonomía para que pudieran gobernar con eficacia (Ots Capdequí, 1967). Fue así como se crearon fórmulas flexibles de aplicación del derecho para hacer más libre y viable su aplicación y hacer más gobernable un territorio lejano e impredecible. Una de esas medidas fue la fórmula conocida como *se acata pero no se cumple* también denominada sobreseimiento, que permitía al funcionario suspender una norma sin desacatarla cuando creía que su ejecución podía acarrear graves perturbaciones sociales (Díaz, 1989, 68). El rey podía aprobar la resolución suspensiva adoptada o, por el contrario, reiterar su ejecución. La norma de acatar pero no cumplir, no indicaba el libre paso para proceder arbitrariamente, ni mucho menos para desobedecer, se trataba simplemente, de una facultad suspensiva. Según Romero (1985, 61), la fórmula de *se acata pero no se cumple* fue una norma castiza que fijaba los límites de la desobediencia dentro del sistema. “Aunque pudiera costarle la cabeza al desobediente, de acuerdo con esta fórmula este podía morir como leal vasallo y buen cristiano”. De otra parte, la desobediencia no siempre se limitó a prácticas sutiles e individuales de desacato. Las leyes sobre rentas, por ejemplo, emanadas del gobierno peninsular, eran muchas veces bien recibidas porque se tenía la certeza de su ineficacia futura.

conexiones clientelistas, los mecanismos de justicia privada y las estrategias de evasión. Roberto Da Matta ha mostrado que en Brasil las personas se acostumbraron a defender sus “derechos” a través de conexiones y contactos personales que con frecuencia resultan más eficaces que los derechos consagrados en leyes o constituciones. Su célebre distinción entre las expresiones populares “usted quién se cree” y “usted no sabe quién soy yo” —aquella propia de una reivindicación de la igualdad y esta propia de una sociedad en la que prevalece el estatus y las jerarquías— pone de presente la diferente importancia del derecho en sociedades con distintos tipos de relaciones sociales. No se trata entonces de que el derecho o la conciencia de obligatoriedad del derecho no existieran, sino de que competían con otros mecanismos de protección informales y a veces ilegales⁴.

La conciencia de ilegitimidad del poder político y del derecho en América Latina es casi general pero pocas veces se traduce en rebeldía: ni insurrección abierta ni obediencia incondicional; más bien desapego, recelo, desconfianza, aprensión, escepticismo, temor al poder. De allí surge una concepción popular, muy extendida por todo el continente, que ve al derecho y a las instituciones como limitaciones y con frecuencia como obstáculos para lograr los fines individuales, cuando no como unidades para sacar provecho personal.

Uno de los personajes de *Así mismo*, libro de Alfredo Molano (1993, 89), dice que “las leyes son la ocasión del soborno, hay que hacerlas cumplir para elevar la mordida. Si la ley no se respeta el sistema se derrumba”. El derecho y las reglas sociales no se ven como tales sino como eventos de una vida que se vive como aventura, como fichas de un juego. Esta actitud insumisa e indómita ha sido asociada con la “viveza”. En *Psicología de la viveza criolla*, Julio Mafud explica que el vivo reacciona legítimamente contra una sociedad extraña y arbitraria. “El vivo no es un rebelde sino un aprovechador”, dice Mafud. El ideal del argentino, dice, es ser vivo; “madruguar antes que le madruguen”; salir avante en cada situación. En una sociedad que valora la actitud del vivo, la defensa de lo público es mal vista.

Quien critica el incumplimiento es poco menos que un traidor. En Colombia se denomina “sapos” a las personas que denuncian a quienes incumplen las normas, y pocos apelativos causan más desprecio y deshonra. El sapo es una especie de traidor solapado que se mete en lo que no le importa: en la defensa de intereses públicos. El desprecio por los “sapos” es legítimo en casi todos los ámbitos sociales, de la escuela primaria a las oficinas públicas más encumbradas, y

⁴ Sobre la precariedad del concepto de ciudadanía, ver González (1989).

refleja una cultura del enfrentamiento entre los individuos y las instituciones. Quien denuncia es alguien que se pasa al otro lado y, por ello, objeto de desprecio. No es necesario que llegue a la denuncia; el que colabora con el poder suele ser objeto del mismo reproche y, por extensión, sapo: quienes tienen una disposición favorable al jefe también son sapos, no por denunciar sino por afectar cierto equilibrio solidario entre subordinados, en el que nadie es favorecido ni condenado por el superior⁵. Cierta dosis de mentira y de engaño en la vida cotidiana son armas de defensa colectivas o de lucha en un juego en el que sale victorioso quien logra evadir las cargas impuestas por el Estado. De ahí el adagio antioqueño: “el mundo es de los *vivos*”. Se crea así una concepción de incumplimiento gallardo que desprecia al ciudadano o al funcionario obediente. El desprecio por los “sapos” resulta de una reivindicación extrema de la libertad personal en detrimento de lo público, cuando lo público se considera ilegítimo. Hay una relación inversa entre desconfianza institucional y denuncia⁶. La multa, la cárcel o la muerte son fatalidades del juego no castigos sociales. El derecho no es una norma social sino un elemento más de la aventura de vivir en “sociedad”. El reconocimiento social suele estar ligado al triunfo más que al mérito moral; el mérito es el triunfo, nada más. En Antioquia es popular esta recomendación de un padre a su hijo: “mijito, consiga plata; si la puede conseguir honradamente, consígala, si no, consígala de todos modos”.

El vivo no es sólo el individuo, también el Estado. La política es el campo más propicio para la viveza criolla⁷. Las excepciones, la interpretación sesgada del derecho, el desorden y el reformismo jurí-

⁵ Hay un caso extremo de inexistencia de denuncias cuando las prácticas sociales ilegales son aceptadas por la costumbre y la falta de intervención del Estado. En Colombia hay ejemplos notables. Uno de ellos el contrabando. Y, de nuevo, en Antioquia abundan los ejemplos. La localización geográfica, entre otras razones, ha favorecido el contrabando desde la época de la Colonia (Safford, 2002).

⁶ Antes de la Revolución Francesa, había una concepción popular poco favorable a la denuncia de los delitos. Se veía al denunciante como a un traidor. Algo similar sucedió en la América hispana en tiempos del imperio español. Durante la Revolución Francesa, en la época de la Convención, cuando dominó el partido de los Montañardos, la denuncia fue un deber ciudadano y el que no lo cumplía era considerado traidor. Según François Furet y Denis Richet (1973, 211), la delación era una práctica infame en el antiguo régimen mientras que se convirtió en una virtud republicana durante la Convención. Las personas tienen menos razones para denunciar los delitos cuando no sienten mayor apego frente a la comunidad en la que viven. La diversidad cultural, la ausencia de identidad comunitaria y la violencia, comunes en las grandes ciudades colombianas, favorecen esta percepción.

⁷ “La desconfianza, la indiferencia y el escepticismo argentino deben mucho al Estado. En este sentido, el Estado argentino se ha comportado como un padre prostituto que exige moralidad y respeto a sus hijos” (Mafud, 1971).

dicos son estrategias institucionales que se usan para lograr que el derecho permanezca y cumpla ciertos propósitos de legitimación política sin que la realidad social y los intereses que prevalecen se adapten a dichos contenidos. Las instituciones son las primeras en desconocer el contenido de las normas que crean. Más aún, el incumplimiento social se alimenta y justifica so pretexto de que no hay por qué obedecer a quien no obedece.

En el imaginario popular, el abogado encarna la “cultura del vivo”. Su labor es argumentar para defender causas, cualquier causa, sin relación necesaria con la justicia, los derechos o la verdad. Las razones de la defensa abogadil no tienen que ser válidas ni sus argumentos fundarse en hechos ciertos pues su misión es defender el principio de que todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario. Si el culpable resulta inocente gracias a la defensa de su abogado, se supone que éste sólo obró en protección del derecho a la inocencia. Por eso sus mentiras no son tales. Son argumentos para defender el derecho a la inocencia. Quizás la motivación profunda del enorme desprecio de los colombianos por el Ministro del Interior Fernando Londoño durante el primer año de gobierno del presidente Uribe fuese que se comportaba como lo que era, un abogado, y no como lo que debía ser, un político. Sus argumentos parecían tan irrefutables como alejados del sentido común. Sus mentiras, que no lo eran en el mundo de los tribunales, parecían evidentes como ministro. Políticos y abogados utilizan la mentira y el engaño en sus actuaciones, la diferencia es que los abogados —o algunos, para no ser injustos— lo hacen en forma sistemática, deliberada y justificada, mientras que los políticos —no todos— son más hipócritas que mentirosos. Se apoyan en un aforismo de Rochefoucauld: la hipocresía es un homenaje, el vicio rinde a la virtud.

Hay dos visiones extremas y opuestas sobre el incumplimiento de las reglas sociales o del derecho. Una, que llamaré *visión de la estrategia* y que predomina en la actualidad, lo explica como una consecuencia de la falta de capacidad institucional para imponer sanciones efectivas. En consecuencia, la solución consiste en un fortalecimiento instrumental del derecho y del Estado para contener los comportamientos antisociales. La segunda, que llamaré *visión de la rebeldía*, pone el acento en la estructura de dominación social. El incumplimiento es una actitud que resulta de la ideología y, en particular de la percepción del carácter ilegítimo de las instituciones estatales. La explicación de la cultura de la desconfianza y del incumplimiento del derecho en América Latina está hoy monopolizada por las *visiones de la estrategia* y las teorías liberales del consenso. La perspectiva crítica, propia de la *visión de la rebeldía*, es poco visible y poco influye en las

políticas públicas. Un resultado de la instauración, casi hegemónica y en casi todo el mundo, de una concepción economicista del derecho y de las prácticas sociales que tuvo origen en ciertas corrientes del pensamiento estadounidense.

En la primera parte de este artículo analizo las teorías que confluyen en la *visión estratégica*, esencialmente tres: la teoría del capital social, la de derecho y economía (*Law and economics*) y la neoinstitucionalista. En la segunda comento su influencia en el ámbito del derecho y de la justicia. En la tercera hago una evaluación crítica de su recepción por autores colombianos. En la final expongo algunas conclusiones. Intento desarrollar dos hipótesis. La primera es que si bien existe un predominio abrumador de la visión de la estrategia, al menos en Colombia, su desarrollo deja mucho que desear. Los autores nacionales utilizan ideas provenientes de las escuelas mencionadas, pero, por un lado, lo hacen desconociendo el contexto en que surgieron esas ideas en Estados Unidos y, por el otro, las acogen como dogmas que se aplican a cualquier situación⁸. La recepción de estas teorías en América Latina parece haber limado sus diferencias y convertido sus postulados en un arsenal teórico y político en favor de la filosofía liberal individualista⁹ y las críticas económicas de tendencia neoliberal explícita de Milton Friedman, por un lado, y del Consenso de Washington¹⁰ y de las políticas de reestructuración del Estado,

⁸ Sobre la diferencia entre contextos de surgimiento de ideas y contextos de recepción, ver López (2001). Existe un debate sobre la manera como las ideas viajan de un sitio a otro y sobre la posibilidad de importarla de un país a otro. Para una visión general de ese debate, ver Nelken (2001).

⁹ Según la filosofía liberal individualista, las políticas redistributivas del Estado benefactor de orientación keynesiana provocan inflación y déficit fiscal, que llevan al estancamiento debido al aumento desmesurado del gasto público. Las políticas sociales del Estado de bienestar no benefician a los sectores más pobres sino a grupos organizados de clase media. La filosofía liberal individualista radical concluye entonces que el Estado justo es el Estado mínimo, cuya política se concentra en la protección de los derechos individuales (ver Hayek, 1973 y Nozick, 1988). Estas ideas son compartidas por la escuela del *Public Choice* o escuela de Virginia de Buchanan y Tullock quienes consideran que este tipo de medidas conduce a una sociedad de búsqueda de rentas (*rent seeking society*) en la que los más favorecidos con la redistribución son quienes tienen mayor capacidad para hacerse oír en razón de sus contactos políticos o su poder económico (Buchanan, 1980).

¹⁰ El Consenso de Washington se basa en un modelo económico concebido en la década de los 90 y exportado desde Estados Unidos al resto del mundo, cuyas principales características son las siguientes: en principio, el déficit público no se debe usar para reactivar la economía; se debe ampliar la base impositiva; las tasas de interés deben ser positivas; las exportaciones y, en general, la apertura al mercado internacional son la base del crecimiento; no se debe restringir la inversión extranjera, salvo en Estados Unidos; los derechos de propiedad, la desregulación y la reducción de los costos de transacción son indispensables para el desarrollo. Ver Martínez (2002) y Santos (1998).

por el otro. El poder político de esta perspectiva es arrollador. Y las versiones críticas del capital social y de la economía de mercado –la de Bourdieu, por ejemplo– han sido prácticamente marginadas del debate actual, al menos en Colombia.

La segunda hipótesis es que ninguna de estas dos visiones explica cabalmente el fenómeno global del incumplimiento. El desacato a las reglas y, en particular, al derecho es un fenómeno social complejo que se manifiesta en decisiones individuales guiadas por el cálculo racional de sus consecuencias o por la percepción de los valores en juego, o por su combinación. Las teorías del desarrollo que intentan superar la costumbre del incumplimiento –las teorías jurídicas o las teorías sociales– fracasan cuando no advierten la complejidad psicológica y social del desacato al derecho y formulan recetas que sólo suprimen uno de los factores que determinan la decisión individual de desacato, sin tener en cuenta los demás.

Debo hacer dos advertencias. Este análisis de las teorías que fundamentan la visión de la estrategia se limita a los autores y escuelas que más han inspirado a sus seguidores colombianos, de modo que no pretende dar una presentación completa de todos los matices y tendencias. Las ideas que expongo sobre una teoría integral del incumplimiento tienen un carácter tentativo y no constituyen un cuerpo teórico consolidado.

VISIONES DEL DERECHO Y TEORÍAS ECONÓMICAS DOMINANTES

Aquí comento algunas corrientes de pensamiento que tienen gran ascendencia en la teoría económica estadounidense y que inspiran la visión estratégica del incumplimiento: la que se deriva de la teoría del capital social, el movimiento derecho y economía, y el neoinstitucionalismo, sobre todo en la versión de Douglass North.

LA VERTIENTE DEL CAPITAL SOCIAL

En la última década y por influencia de la teoría económica se ha despertado un particular interés por el incumplimiento de las reglas. Una de sus manifestaciones son los estudios sobre “capital social”. Según esos estudios, el desarrollo de los pueblos no sólo implica la posesión de capital económico sino también de actitudes y comportamientos que estimulan la confianza, las relaciones sociales y el desarrollo económico y social, actitudes que constituyen lo que se denomina capital social¹¹. Este concepto fue propuesto por Robert

¹¹ Este concepto no se emplea de manera uniforme. Aunque parece promisorio,

Putnam en un estudio que intentaba mostrar que el desarrollo divergente entre el norte y el sur de Italia fue buena parte determinado por el grado de confianza entre los actores sociales resultante del seguimiento de normas de convivencia ciudadana (Putnam, 1992)¹². La confianza lleva a la cooperación y reduce los conflictos y los costos de transacción. James Coleman sostiene que la mayor integración social genera mayor reciprocidad, expectativas sociales más firmes y comportamientos más confiables, todo lo cual comporta un bien colectivo que se traduce en progreso y bienestar (Coleman, 1990)¹³.

El concepto de capital social no es nuevo en sociología. Desde Durkheim se puso de presente la importancia de la integración social como elemento dinamizador del progreso de los pueblos (Durkheim, 1993). Un antecedente más directo y preciso es la obra de Pierre Bourdieu. Desde sus estudios precursores sobre Argelia, Bourdieu quiso explicar las prácticas sociales en un medio de dominación, sin caer en el reduccionismo económico marxista. Planteó que la dominación social no sólo se apoyaba en la posesión de capital económico, financiero o tecnológico, sino también en un capital cultural, de índole social y simbólica. La posesión de cultura en sus diferentes modalidades, según él, constituye un capital tan importante como la tenencia de bienes materiales. “El capital social es entonces un conjunto de recursos movilizados (capitales financieros tanto como información) a través de una red de relaciones más o menos extendidas [...] que procuran una ventaja competitiva que asegura mayores rendimientos a los inversionistas”. Esta ventaja se complementa con el capital simbólico: el “dominio de recursos fundados en el conocimiento y el reconocimiento” (Bourdieu, 2000)¹⁴. Se aprecia aquí una diferencia de perspectiva o de acento entre Bourdieu y autores como Putnam y Coleman. En primer lugar, el primero intenta explicar los mecanismos sociales a través de los cuales se produce y reproduce la dominación; los segundos, desentrañar las claves del éxito en sociedades que lograron el desarrollo económico. En segundo lugar, Bourdieu parte de una teoría social del conflicto, los demás se apoyan en una teoría social del consenso. La diferencia entre las teorías sociales del conflicto y las teorías del consenso se originó en los años 50, con la disputa entre parsonianos y marxistas. Desde entonces, es

se lo emplea en forma vaga y poco elaborada, de modo que tiene problemas de confrontación empírica. Para una crítica del uso de este concepto, ver Vargas (2002).

¹² Ver, también, Fukuyama (1995). Este concepto también tiene muchas definiciones e interpretaciones, ver Dasgupta (2000).

¹³ Para una crítica a las teorías del capital social, ver Portes (1998).

¹⁴ Para una explicación más específica, ver Bourdieu (1980).

importante para distinguir las explicaciones de la sociedad que ponen el acento en el entendimiento y la cooperación, y las que resaltan el conflicto y la jerarquización social (Collins, 1994)¹⁵.

EL MOVIMIENTO DE DERECHO Y ECONOMÍA

El movimiento “derecho y economía” se remonta a los años 60, con el trabajo de Ronald Coase sobre los costos de transacción (Coase, 1960)¹⁶. Coase critica el principio económico clásico de que las externalidades –las que resultan cuando la decisión de producir o consumir de una persona afecta a otra¹⁷– se deben remediar mediante la intervención legal del Estado, es decir mediante regulaciones¹⁸. Según esta visión, para evitar la ineficiencia en la asignación de recursos, el sistema jurídico debe hacer responsables a quienes afectan a otros cuando intervienen en el mercado. Con esta intervención, las externalidades indeseables son internalizadas por los responsables de los costos adicionales. En contra de esta concepción, Coase sostuvo que cuando los costos de transacción son mínimos y los derechos de propiedad están claramente delimitados, el derecho no tiene consecuencias en la asignación de recursos y, por tanto, la mejor solución proviene de la negociación entre los individuos involucrados. Estos negocian hasta llegar a una situación de asignación eficiente con independencia de los derechos y las responsabilidades. Así, por ejemplo, cuando el dueño de una fábrica tiene derecho a producir humo que contamina el ambiente y afecta a otros propietarios vecinos, estos pueden ofrecerle una suma de dinero para que no contamine. Si los propietarios tienen derecho a un ambiente sano, el dueño de la fábrica puede ofrecerles una compensación por seguir contaminando. En ambos casos todo depende de quién valora más aquello que la norma jurídica protege; es éste entonces el que tiene el “derecho”, de modo que las normas jurídicas como tales no inciden. Por ello, los particulares tienen más incentivos que el Estado para encontrar solu-

¹⁵ Si bien la polémica de los marxistas con Parsons parece estar superada, la tensión entre ambas perspectivas sigue teniendo importancia. En Bourdieu se manifiesta en la reivindicación del conflicto y las jerarquías sociales en contra de las visiones etnometodológicas e interaccionistas estadounidenses (Bourdieu, 1987).

¹⁶ En este texto, Coase se interesa en las soluciones a la discrepancia entre costos privados y costos sociales (externalidades negativas). Le siguieron dos publicaciones influyentes: el libro de Guido Calabresi sobre el análisis económico de la responsabilidad civil (1970), y el célebre texto de Richard Posner sobre el análisis económico del derecho (1992).

¹⁷ El ejemplo clásico es el de la empresa que contamina el medio ambiente durante el proceso de producción.

¹⁸ Este es un postulado propio del Estado intervencionista conocido como Estado de bienestar. Ver Pigou (1932).

ciones eficientes al problema de las externalidades. Aunque para Coase, este postulado sólo es válido en condiciones ideales de costos de transacción nulos o mínimos. Si no es así, es decir, en la mayoría de los casos, la responsabilidad jurídica es determinante para lograr un resultado eficiente.

El “teorema de Coase” fue un descubrimiento para algunos profesores de derecho conservadores que dictaban cursos de responsabilidad civil, contratos y propiedad; allí encontraron un apoyo inmejorable para rechazar las políticas intervencionistas y favorecer la desregulación de la economía. Esto dio origen, a comienzos de los 70, a un gran movimiento conservador, muy influyente en las facultades de derecho, que defendía la idea de que la economía podía proporcionar el bagaje teórico necesario para fundar una teoría del derecho científica, neutral y apolítica¹⁹.

Pese a la diversidad de perspectivas y autores que participan en este movimiento, hasta mediados de los 80 hubo un núcleo teórico fuerte que compartieron en su gran mayoría y que se puede resumir en dos postulados²⁰, uno teórico y el otro normativo –en sentido sociológico, no jurídico–. El primero, propio de la teoría de la acción social, sostiene que la economía es una herramienta útil para predecir el comportamiento de las personas que viven en un sistema regido por el derecho, pues los actores sociales se comportan como los actores económicos, es decir, en forma racional: eligen la línea de acción que maximiza su utilidad²¹. En Estados Unidos, el postulado del ac-

¹⁹ No todos los autores adherían a una teoría conservadora; por ejemplo, el ex decano de la Facultad de Leyes de la Universidad de Yale, Guido Calabresi, ya citado.

²⁰ Si bien la unión de estos dos postulados dio lugar a un movimiento de *Law and Economics* conservador y favorable al libre mercado preconizado por la escuela de Chicago y respaldado por una teoría del derecho destinada a facilitar el mercado y la libertad contractual, a mediados de los años 80 estos postulados empezaron a ser objeto de reevaluación dentro del movimiento. Los principales líderes perdieron entonces la certeza que inicialmente tenían sobre la validez de los dos postulados mencionados y en cambio asumieron una actitud no sólo más liberal sino también más escéptica en relación con las potencialidades de la teoría económica y más ligada a una especie de pragmatismo económico en el que la idea de racionalidad estuvo reemplazada por afirmaciones más modestas fundadas en la razonabilidad y los contextos culturales. Los escritos recientes de Richard Posner son un claro indicio de este cambio de perspectiva y en especial su libro *The problems of jurisprudence*, publicado en 1990 (Posner, 1990). En este libro, Posner presenta un manifiesto pragmático del derecho en el cual proclama el sentido común como la herramienta fundamental para resolver los problemas de la justicia. Ver, igualmente, Posner (1995, 5).

²¹ En este punto influyó la obra de Gary Becker, en particular *The Economic Approach to Human Behavior*. El modelo no supone que los actores se comportan siempre de manera racional, sino que los individuos que se comportan de manera irracional son excepcionales y no afectan el postulado teórico básico.

tor racional fue adoptado por la escuela económica de Chicago y sirvió para defender la idea de un mercado libre y autorregulado²².

El supuesto teórico del actor racional también ha influido entre quienes intentan explicar por qué en América Latina hay tanto incumplimiento de lo que prescribe el derecho. Pero no todos los que se sienten atraídos por este modelo forman parte del movimiento “derecho y economía”, como el constitucionalista y teórico del derecho argentino, Carlos Santiago Nino, quien escribió un libro importante sobre la desobediencia por parte de los argentinos a las normas sociales, morales y jurídicas. Nino se vale del modelo del actor racional para mostrar que en Argentina existe una especie de anomia en la vida social, a la que llama “anomia boba”, un tipo de comportamiento que termina perjudicando a todos o a la mayoría de los actores pese a que, desde el punto de vista individual, puede ser un comportamiento racional. También utiliza el “dilema del prisionero” para mostrar que ciertos patrones de comportamiento producen resultados ineficaces e insospechados²³. Recurre a esta lógica interaccionista y paradójica –inobservancia de normas que producen disfuncionalidad en la sociedad, de acuerdo con ciertos objetivos, intereses o preferencias– para explicar problemas tan diversos como el caos en el tránsito, la corrupción, el contrabando o el estado de sitio.

En Colombia, los economistas que simpatizan con esas ideas suelen combinar elementos del modelo del actor racional con el concepto de *capital social* para explicar los elevados índices de incumplimiento del derecho y de violencia. La idea de que en Colombia existe un “capital social perverso” ha sido presentada por los economistas

²² Esta posición ha sido objeto de muchas críticas, incluso entre quienes piensan que el estudio de la acción social desde el punto de vista racional es importante para entender el comportamiento humano y la sociedad (*behavioral economics*). Ver, por ejemplo, Edwards (1967) y Kahneman (1982). Para el derecho, ver Sunstein (2000).

²³ Según este dilema, dos prisioneros por un delito sometidos a interrogatorios separados pueden llegar a diferentes resultados. Si uno confiesa la participación de ambos en el delito, logra su libertad por colaborar con la justicia y el otro una pena de diez años. Si ambos reconocen su participación reciben una pena intermedia de cinco años; si ninguno confiesa, su pena es de dos años. En estas circunstancias ambos deberían confesar si actúan de manera racional. Si cada uno prevé que el otro confesará, él también lo hará y evitará el riesgo de la pena mayor de diez años. Sin embargo, siguiendo esta lógica ambos resultan perjudicados. Si ninguno confesara, el resultado sería mejor para ambos: dos años de prisión. La trampa en la que se ven envueltos consiste en que el egoísmo los lleva a una solución menos buena que la que obtendrían si pensarán colectivamente y no confesarán. La falta de cooperación perjudica a ambos. Hay, sin embargo, un caso en el que esto no sucede necesariamente, el del *free rider* o “colado”, que se beneficia por la colaboración de los demás. Este tipo de comportamientos es frecuente en el caso de normas de protección del medio ambiente o de voto libre.

como punto de partida para superar dos visiones tradicionales de la violencia y del delito: las teorías culturalistas, según las cuales tales fenómenos son expresión de una cultura inherente al pueblo colombiano que se mantiene pese a la existencia de normas contrarias, y las explicaciones asociadas con la *teoría de la dependencia*, que consideran que las causas de la violencia y el incumplimiento del derecho son objetivas, ligadas a la pobreza y la marginalidad social²⁴. Ninguna de estas teorías –sostienen estos autores– puede explicar los altos índices de criminalidad en Colombia²⁵. Francisco Thoumi (2002), por ejemplo, intenta mostrar que “la relación entre pobreza y narcotráfico es muy difícil de establecer”. En su opinión, la existencia de un capital social deficiente en las sociedades andinas es una explicación más plausible del florecimiento de la economía del narcotráfico. En países con sociedades segmentadas, como Colombia, coexisten varios tipos de capital social, algunos de tipo productivo y otros de tipo perverso. En el mismo sentido, Mauricio Rubio busca explicar el aumento de la delincuencia y, en especial, el crecimiento de los índices de homicidio mediante un análisis económico del delito. También se refiere al “capital social perverso”, redes, sistemas de información, relaciones de poder, etc., que utilizan las organizaciones criminales para lograr sus propósitos delictivos (Rubio, 1996). En Colombia es difícil explicar, dice Rubio, por qué en las regiones de mayor prosperidad económica y social, como Antioquia y el Valle, son mayores los índices de criminalidad. El desarrollo paralelo de dos tipos de capital social opuestos en estas regiones permitiría explicar esa paradoja.

El delito sería entonces el resultado de una estrategia individual que reduce los costos de las prácticas criminales en comparación con los resultados obtenidos. Así, el problema se origina en la existencia de instituciones débiles que no logran imponer los comportamientos que consagran sus normas jurídicas pues la gente no encuentra ningún interés en obedecer el derecho. En una sociedad en la que el número de delitos y leyes supera la capacidad de los organismos represivos, éstos y los ciudadanos deciden en la práctica qué delitos toleran. Mauricio Rubio sostiene que la delincuencia juvenil en Co-

²⁴ Para una ilustración crítica de estas teorías, ver Deas (1995), Cardoso (1979) y Collier (2000). Estos autores se han dedicado a desmontar la tesis de los “violentólogos” de finales de los 80, para quienes la violencia obedece a condiciones objetivas de pobreza y marginalidad social y a la falta de espacios democráticos para que se exprese la oposición política.

²⁵ Los investigadores sociales colombianos se han puesto así a tono con una tendencia internacional de las ciencias sociales que, en las últimas décadas del siglo XX, fue restando poco a poco el acento en factores estructurales y de dominación para trasladarlo a factores culturales y de integración (Alexander, 1987; Collins, 1994). Para el caso específico colombiano, ver Collier (2000).

lombia es fruto del desbalance entre los sistemas de recompensas ilegal y legal. “En nuestro país existe una gran brecha entre actividades legales productivas y esfuerzo —educación frente a ingresos— y beneficios de las actividades ilícitas”. Y añade:

A diferencia de buena parte de las sociedades industrializadas en las cuales las actividades informales e ilegales constituyen un fenómeno marginal y focalizado, y en donde el ambiente institucional predominante sigue haciendo compatibles los rendimientos privados y sociales de la inversión en capital humano tradicional, el conflicto institucional colombiano es de tal magnitud que hace difícil pensar cuáles son los activos sociales y humanos que mejor recompensa la sociedad en la actualidad (ibíd., 29).

La vinculación de los jóvenes a las actividades ilegales, según él, parece ser fruto de una “decisión laboral racional, basada en cálculos de rentabilidades relativas bajo el sistema de recompensas vigente” (ibíd., 60). María Mercedes Cuéllar, quien realizó una ambiciosa investigación apoyada en una encuesta nacional de hogares, ha intentado desvirtuar la tesis de que los colombianos tienen poca estima por el cumplimiento del deber moral y del derecho con el argumento de que el bajo nivel de confianza entre las personas, sumado a la percepción de poca legitimidad del Estado colombiano y a la ineficiencia de su sistema de justicia, llevan a que en Colombia se genere un capital social perverso o destructivo, orientado a la delincuencia más que a la productividad económica (Cuéllar, 1999). Así mismo, Salomón Kalmanovitz considera que buena parte de la crisis colombiana radica en la falta de instituciones adecuadas. “Un sistema legal basado en el mérito, imparcial, con personal calificado, eficiente y justo le devolvería a la población la confianza en sus conciudadanos y en las instituciones que los gobiernan” (Kalmanovitz, 2001).

El segundo postulado de la visión económica del derecho, de carácter normativo, supone que el derecho, en particular el juez, debe buscar la eficiencia del mercado y de la sociedad en general, a través de normas y decisiones que reduzcan los costos de transacción y maximicen la riqueza²⁶. Las decisiones judiciales justas y correctas son así las que reducen los costos de negociación —evitando que las tensiones redistributivas tengan éxito— y aumentan la riqueza²⁷. Des-

²⁶ Ésta es la visión dominante en el movimiento, pero no corresponde a la idea original, que postulaba que el derecho era eficiente y que los jueces, al definir los derechos, crean reglas que maximizan la satisfacción global (ver Posner, 1975 y 1992). Luego de muchas críticas a esta visión fáctica, Posner (1980) aceptó que los jueces no siempre deciden de esa manera pero que en todo caso siempre *deben* decidir con el propósito de maximizar la satisfacción de las preferencias.

²⁷ Cabe pensar que el movimiento “derecho y economía” es una reacción conservadora contra el activismo judicial de las decisiones de la Corte Warren.

de esta perspectiva normativa, el derecho convierte al juez en un instrumento para perfeccionar el mercado. Lo jurídico pierde su autonomía y pasa a depender de la economía. En efecto, para esta corriente, los conflictos internos del derecho no tienen solución en el derecho mismo. No es posible resolver los grandes problemas interpretativos que se les presentan a los jueces. Entre la protección del derecho al medio ambiente y del derecho a la propiedad, por ejemplo, el juez constitucional no tiene ningún criterio para decidir en forma objetiva. Los valores del derecho son preferencias. No hay manera de elegir entre ellas, así como no hay posibilidad de escoger objetivamente entre el helado de chocolate y el de vainilla (Fiss, 1986). La economía es la tabla de salvación para este problema del derecho, pues proporciona el criterio objetivo para escoger entre las preferencias: la maximización de la satisfacción de las preferencias.

En Colombia, la visión de la corriente “derecho y economía” es defendida por economistas que atacan la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aunque rara vez ponen de presente los fundamentos teóricos de sus concepciones y la paternidad de sus ideas. Sergio Clavijo insiste en que el modelo de decisiones políticas eficientes es la división de poderes clásica, entendida como separación y diferenciación entre poderes —no como control recíproco— tal como la concebía la tradición jurídica de la Revolución Francesa de 1789. El gran problema de la Constitución de 1991 es que toma partido, en la definición de las discrepancias económicas, en detrimento del Congreso (Clavijo, 2001).

Hugo Palacios sostiene que el gran problema de la Corte Constitucional consiste en que “su tropicalismo” toma decisiones que “ocasionan que la sociedad colombiana sea ineficiente”, es decir, que todos los colombianos obtengamos menos bienes y servicios de los que podríamos obtener si no interviniera o interviniera de otra manera (Palacios, 2001). Salomón Kalmanovitz se alarma porque no se cumplen los contratos y prolifera el engaño. Entre tanto la justicia, “que debe ser el garante de los derechos de propiedad y de los contratos, está vulnerando estos mismos contratos firmados entre los ciudadanos, lo que conduce a la conducta ventajosa de muchos de los actores y, por lo tanto, a altísimos costos de transacción que operan como un pesado lastre sobre el crecimiento económico del futuro” (Kalmanovitz, 2001). Por ello, es necesario hacer reformas que mejoren la seguridad jurídica, lo que implica garantías constitucionales a la propiedad y a la libertad económica, y reglas de juego estables que no sean afectadas por impulsos populistas o socialistas. Aunque no bastan las reformas constitucionales.

El modelo del actor racional y el principio de maximización de la satisfacción de las preferencias aplicados al derecho conducen a una reforma judicial con dos propósitos básicos: por un lado, el fortalecimiento del sistema penal mediante el aumento de las penas y la reducción de la impunidad. Los agentes económicos deben ser protegidos en su persona y en sus bienes, por ello la justicia penal debe controlar las manifestaciones de violencia y evitar los atentados contra la propiedad y la integridad física. El fortalecimiento del sistema penal es prioritario, sobre todo en países con alta inseguridad, como Colombia. De otro lado, la eliminación del activismo judicial en materia constitucional, para dar seguridad jurídica a los derechos de propiedad. El constitucionalismo social o del Estado Social de Derecho, que incluye normas que convierten ciertos derechos como los sociales en fundamentales, termina cuestionando y haciendo inciertos los derechos de propiedad y de libertad clásicos y, por tanto, va en contra del mercado, el desarrollo y la equidad²⁸. Volveré sobre este punto luego de tratar el tema del neoinstitucionalismo.

La reforma a la rama judicial y al sistema jurídico juega pues un papel esencial en la reducción de los costos de transacción. Cuando los derechos de propiedad no son claros porque se definen con criterios poco estables, o cuando el poder judicial tiene dificultades para hacer respetar los contratos, o simplemente cuando la delincuencia común o el crimen organizado amenazan los derechos de propiedad, es decir, cuando no hay certeza jurídica y fáctica en el ejercicio de esos derechos, los costos de transacción son altos y desalientan la confianza que requieren la inversión y los intercambios económicos.

DOUGLASS NORTH Y EL NEOINSTITUCIONALISMO ECONÓMICO

La segunda corriente económica que confluye en la visión contemporánea dominante sobre el incumplimiento del derecho es el *neoinstitucionalismo*. El neoinstitucionalismo económico sostiene que existe una influencia recíproca entre comportamiento económico y ambiente institucional, lo que entraña una crítica a la concepción liberal de un mercado eficaz y autosuficiente. Aquí me limito a la interpretación de Douglass North, su vocero más reputado. North propone una explicación de las instituciones basada en una teoría de la conducta humana que da un papel importante a la incertidumbre, combinada con una teoría de los costos de transacción que da un papel fundamental a los costos de información²⁹ (North, 1993). En

²⁸ Eso opinan Kluger y Howard (2000) y Carrasquilla (2001).

²⁹ Los costos de información tienen dos componentes: los costos de medir los

contra del supuesto neoclásico de un intercambio económico sin fricciones, entre actores que maximizan la riqueza, con derechos de propiedad bien especificados y sin costos de información, sostiene que la cooperación entre actores económicos no siempre es predecible porque sus motivaciones son complejas e inestables y porque las transacciones tienen costos elevados que sólo se pueden reducir con la introducción de instituciones. Como se puede ver, North rechaza el postulado del actor racional del movimiento de “derecho y economía”. En cuanto al postulado normativo de la eficiencia del mercado su posición es más compleja.

Las instituciones “reducen las incertidumbres propias de la acción humana. Ellas proporcionan la estructura del intercambio que (junto con la tecnología) determina el costo de la transacción y el costo de la transformación” (North, 1993, 51). Pero esto no garantiza que las instituciones sean eficientes. Qué tan bien resuelven los problemas de coordinación y producción es algo que está determinado por la motivación de los jugadores y la complejidad del medio.

Las instituciones imponen normas de comportamiento a los participantes. Estas normas, según North, pueden ser formales, por ejemplo, leyes, constituciones, reglamentos, etc., o informales, filtros culturales e ideológicos con cuya ayuda interpretamos los hechos y las normas formales. La falta de normas formales en las sociedades primitivas era compensada por una densa red de estructuras informales de tipo moral y religioso que creaba lazos estrechos entre las personas, de modo que las conductas desviadas eran consideradas como atentados contra la sociedad³⁰. A medida que las relaciones sociales y la sociedad entera se tornan más complejas, se hace más apremiante la necesidad de instituciones que reduzcan la complejidad de las transacciones. En estas condiciones de complejidad creciente, los costos de información, la falta de un gobierno eficaz, la insuficiente tecnología, la escasez de bienes y de oficios pueden dar lugar a un “gobierno débil, a la adscripción de derechos y obligaciones con base en la pertenencia a una familia, a regalos como modelo de intercambio fundamental, a la responsabilidad estricta por injuria, al énfasis en la

atributos valiosos de lo que se intercambia y los costos de proteger y hacer cumplir los acuerdos (North, 1993). Ronald Coase sostenía ya en su artículo clásico *The Problem of Social Cost* (1960) que sólo en situación de costos de negociación nulos el paradigma neoclásico podía ser válido, siempre y cuando los derechos de propiedad estuvieran bien definidos. Con costos de negociación positivos, la asignación de recursos es modificada por las estructuras de derechos de propiedad (Coase, 1960).

³⁰ North cita en este punto a Elizabeth Colson (1974). Una referencia quizás más clásica e importante sea Durkheim (1993).

generosidad y en el honor como elevadas normas éticas, a la culpabilidad colectiva” (ibíd., 58)³¹.

Este no es un resultado inevitable. Algunas sociedades lograron limitar la incertidumbre con la introducción de normas formales, establecidas mediante un proceso político eficiente, que garantizaron el cumplimiento de los contratos e hicieron más predecibles los intercambios³². Las que no lograron encontrar la fórmula institucional para avanzar hacia la modernidad quedaron atrapadas en el subdesarrollo: un mundo en el que no se maximiza la riqueza, hay costos elevados de medición y no es posible el cumplimiento obligatorio de los pactos. En estas circunstancias, propias de las sociedades periféricas, la incertidumbre prevalece porque no existen autoridades independientes que hagan cumplir el contenido de los contratos, y “las ganancias provenientes del engaño y del fraude exceden a las de la conducta cooperativa” (ibíd., 77). No sólo los costos de transacción son elevados sino que la inseguridad de los derechos de transacción induce a usar tecnologías que requieren poco capital fijo y que no entrañan acuerdos de largo plazo. De la comparación de las instituciones de países como Estados Unidos, Francia, Alemania o Inglaterra con las de los países del Tercer Mundo, North concluye que “queda claro que el marco institucional es la clave del éxito” de aquellas y el fracaso de éstas³³.

El análisis institucional de North se conecta con la historia cultural de los pueblos —en particular, con la historia de la cultura jurídica— a través del concepto de normas informales. Pues su análisis no se reduce a la estructura interna de las instituciones sino que toma en cuenta las percepciones que las personas tienen de ellas. Las representaciones mentales de las instituciones —y aquí reaparece la idea de capital social— hace que éstas determinen realidades sociales muy diferentes, pese a que formal o jurídicamente tengan el mismo contenido. Esto, y no sus constituciones o leyes, es lo que hace distintos a los países periféricos (ibíd., 119). Por ello, North y sus seguidores dan interés especial a la historia comparada de las transformaciones institucionales en países como Inglaterra y España, para explicar la suerte de sus sistemas coloniales y de las repúblicas independientes que surgieron en el continente americano. En los siglos XVI y XVII, Inglaterra —con su sistema político parlamentario y su banca— logró crear derechos de propiedad seguros

³¹ Sobre esta explicación, ver Posner (1980).

³² Es de rigor una referencia a Max Weber (1958) y a su explicación de la predictibilidad de las transacciones económicas a través de la creación de un derecho racional y formal, como un paso fundamental en el avance del capitalismo.

³³ Sobre las deficiencias de las instituciones políticas y jurídicas de los países sudamericanos en este contexto, ver Soto (1989).

y un sistema de competencia abierta y equitativo que favoreció el crecimiento económico mientras que, en España, la Iglesia y un sistema burocrático complejo crearon oportunidades de empleo y estatus más importantes que el mercado, lo que se tradujo en un sistema de ascenso social fundado en las jerarquías y los privilegios. La herencia económica e institucional de las colonias inglesas favoreció su desarrollo y permitió una transición a la independencia favorable a la igualdad y la democracia. En Hispanoamérica, en cambio, las transformaciones jurídicas provenientes de Francia y Estados Unidos no suprimieron el sistema de privilegios y clientelas.

La recepción de las ideas de North en nuestro medio revela una gran simpatía por los postulados del movimiento “derecho y economía”, gracias al ocultamiento de las diferencias entre la teoría de la acción social y la idea normativa de que la reducción de los costos de transacción es indispensable para el desarrollo. El neoinstitucionalismo ha tenido mucha influencia en las reformas estructurales de los Estados latinoamericanos en la última década (Rodríguez, 2002). Una de ellas, la reforma de la justicia, para reducir los costos de transacción³⁴. La protección de los derechos y la certeza del cumplimiento de los contratos requieren un sistema eficiente, neutral y predecible de definición y resolución de conflictos. Este es indispensable para que los actores económicos y sociales puedan tener la confianza necesaria para hacer negocios e invertir. El desarrollo económico depende entonces de una justicia que reduzca esos costos. En este sentido, la reforma judicial busca la certeza jurídica y práctica del goce de los derechos de propiedad mediante la protección penal de tales derechos y la eliminación de las normas constitucionales que consagran la protección de derechos sociales o imponen cierto control a las instancias de representación política por parte de los jueces cuando afectan derechos fundamentales, como la dignidad o la igualdad material, así sea a través de un proceso político democrático³⁵. El reconocimiento de derechos sociales provoca conflictos distributivos e impulsa a las personas a hacer esfuerzos para obtener esos servicios estatales, esfuerzos que podrían dedicar a las actividades productivas. Bajo estos presupuestos, durante la última década se han “invertido” varios billones de dólares en proyectos jurídicos para reformar los sistemas judiciales³⁶ de países semiperiféricos³⁷. En Colombia, las re-

³⁴ Ejemplos de una vastísima literatura son: Tamanaha (1995), Prillaman (2001), Rodríguez (2001), Santos (2001).

³⁵ Para críticas de este tipo en Colombia, ver Clavijo (2001) y Carrasquilla (2001).

³⁶ Los principales financiadores son el Banco Mundial, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y el Banco de Desarrollo Inte-

formas buscan aumentar la eficacia del sistema y, en particular, reducir la impunidad mejorando los procedimientos de la Fiscalía General de la Nación.

CRÍTICAS A LAS CORRIENTES ECONÓMICAS

La visión económica del derecho y el neoinstitucionalismo han hecho grandes aportes que contribuyen a esclarecer las prácticas sociales desviadas y su relación con las instituciones. Tienen, además, el mérito de desmontar las explicaciones simplistas sobre el incumplimiento del derecho y la violencia que proponían las teorías de la cultura y la dominación. Han señalado la capacidad de la economía para ayudar a explicar los fenómenos sociales y, en particular, la violencia y el incumplimiento. Los juristas deben prestar más atención a los costos de transacción, no sólo porque son importantes para la eficiencia del mercado sino también porque ayudan a mejorar la inclusión social y la protección de ciertos derechos fundamentales. Estas teorías han contribuido, sin duda, a desarrollar una visión más pragmática y con frecuencia más eficiente de los principios y los derechos jurídicos.

No obstante, la recepción de estas ideas en América Latina y su apropiación disciplinaria por los economistas han producido un conjunto de ideas sobre el derecho, cuya coherencia y fundamentación dejan mucho que desear —una mezcla más o menos indiscriminada de vertientes teóricas heterogéneas— y una doctrina política conservadora y hermética, cooptadas por las instituciones estatales y las agencias de cooperación internacional (Garth, 2002), lo que pone en duda su neutralidad académica y científica, y su potencial transformador y democrático. Estas dudas se resumen en tres objeciones. La primera, acerca del modelo del actor racional; la segunda, sobre la reducción de las políticas de desarrollo a la búsqueda de eficiencia del mercado;

americano. Para cifras de montos, ver Santos (2000). Muchas iniciativas dan énfasis al establecimiento de un sistema judicial eficaz que aplique la ley en forma rigurosa y predecible. Ver Rowat et al. (1995, 2). Para una valoración crítica, ver Santos (2000).

³⁷ Aunque esta tendencia difiere en algunos aspectos del viejo movimiento de “derecho y desarrollo”, no deja de sorprender el resurgimiento de su tesis de que el derecho es una condición esencial para lograr el desarrollo de los pueblos, en vista del fracaso de su primera versión. De acuerdo con David Trubek (1996), la finalidad del movimiento de los años 60 era la de elaborar proyectos académicos que recomendaran cambios en los sistemas judiciales, sobre todo en relación con su eficiencia. Este autor señala que el movimiento tuvo una “feliz y corta vida”, luego de la cual fue objeto de fuertes críticas. Pese a los cambios que han ocurrido desde entonces, lo que une a la nueva y a la vieja ola de “derecho y desarrollo” es la confianza en que las reformas legales pueden producir la transformación social. No sobra agregar que el nuevo movimiento se ocupa además de temas como la globalización y la transición a la democracia.

la tercera, referente a la concepción instrumental del derecho. Sólo las dos últimas son aplicables a ambos movimientos.

En cuanto al modelo del actor racional, los postulados de la visión económica del derecho han recibido muchas objeciones por parte de quienes defienden posiciones críticas dentro del derecho³⁸. Este no es el lugar para exponer en detalle esas objeciones. Las tesis de North sobre teoría social, que rechazan el modelo puro y duro de actor racional, son suficientes y me excusan de hacer referencia al debate sociológico en esta materia (North, 1993)³⁹. Como veremos más adelante, la superación de este modelo es indispensable para elaborar una explicación adecuada del incumplimiento del derecho.

La segunda corresponde al énfasis en la eficiencia del mercado, que aquí hemos llamado postulado normativo. Según el principio de eficiencia postulado por la visión económica del derecho, la explotación de los recursos económicos debe maximizar la satisfacción humana, medida por la voluntad agregada de los consumidores para pagar los bienes y servicios (Posner, 1977, 10). Los jueces deben decidir entonces según el principio de maximización de la riqueza (ibíd., 37)⁴⁰. La eficiencia del mercado se convierte así en el parámetro legítimo para resolver las tensiones entre derechos fundamentales que se presentan en las decisiones judiciales⁴¹. Esto lleva a un endiosamiento del valor de la riqueza que está lejos de ser un punto de partida objetivo para construir una disciplina científica⁴².

Una objeción simple y frecuente contra este principio es que el derecho no opera de esa manera ni debería hacerlo. Al proteger los derechos, los jueces están atentos a las consecuencias de sus decisio-

³⁸ Me refiero al movimiento crítico del derecho (*Critical legal studies*) y a la tendencia contemporánea, dominante en el movimiento de derecho y sociedad, conocida como *Legal consciousness studies*. Sobre la “teoría social constructivista” en que se apoyan estos movimientos, ver Trubek (1989) y García V. (2001; 2003). Para una crítica en teoría social, ver Bourdieu (1994).

³⁹ Para una crítica al modelo del actor racional, ver Berger (1966) y Bourdieu (1977).

⁴⁰ La primera generación de “derecho y economía” adoptó estos postulados. Hoy en día, la mayoría de los autores estima que el análisis en términos de eficiencia es útil para evaluar la manera como los jueces deben decidir, pero no acepta que la noción de eficiencia sea la única importante en materia judicial; ver Ulen (1989).

⁴¹ Algo muy frecuente en derecho constitucional; por ejemplo, entre el derecho a la libertad de empresa y el derecho al medio ambiente, o entre derechos sindicales y derecho de propiedad. Ver Alexy (1993) y Uprimny (2000).

⁴² Pero esta concepción científicista ha sido matizada por los autores contemporáneos del movimiento que proponen explicaciones más modestas y abiertas al diálogo con otras disciplinas (Minda, 1995; Cooter, 1988). En Colombia no es clara la recepción de estos cambios. Los economistas neoinstitucionales no parecen tener interés en construir o desarrollar una teoría sobre las relaciones entre el derecho y la economía.

nes pero no juzgan necesariamente con base en ellas⁴³. Si así fuese el derecho perdería su dimensión normativa y se convertiría en una técnica de medición económica. La teoría del derecho ha hecho grandes esfuerzos por reivindicar un espacio intermedio y difícil de delimitar entre quienes quieren convertirlo en –o explicarlo como– una práctica autosuficiente e internamente autodeterminada⁴⁴ y quienes quieren convertirlo en una política social que no depende de sí misma sino de criterios –sociales, políticos, económicos– que provienen de otras disciplinas o saberes⁴⁵. Entre las normas jurídicas y la realidad no hay una relación de determinación instrumental unívoca, sino una relación constitutiva de incidencia recíproca que configura un espacio jurídico relativamente autónomo (McCann, 1994). Las doctrinas de derecho y economía –y algunas teorías críticas y sociologistas– eliminan la autonomía del derecho y convierten lo jurídico en mero apéndice de la economía. Owen Fiss (1986) lo dice claramente en *The Death of the Law*: “El deber del derecho no es el de servir al mercado sino el de determinar si este debe prevalecer o no”⁴⁶.

Pese a que el énfasis en la eficiencia del mercado es menos acentuado en la obra de North, la recepción de sus ideas ha menoscabado su complejidad académica original y favorecido una perspectiva política y económica neoliberal. En efecto, la falta de diferenciación entre academia y gobierno, usual en América Latina, sobre todo en el derecho y la economía, ha llevado a un neoinstitucionalismo doctrinario poco dispuesto al debate riguroso y a la duda: los postulados descriptivos –el aumento de los costos de transacción cuando hay baja percepción de la legitimidad, la función de reducir la complejidad social que cumplen las instituciones en las sociedades modernas– se mezclan con elementos normativos tales como la meta de una economía de mercado concebida como fin universal e incuestionable o el predominio de la seguridad jurídica sobre otros valores jurídicos siempre y en todo lugar. Esta mezcla de elementos descrip-

⁴³ Una ilustración concreta es el interesante estudio de Rodrigo Uprimny (2000) sobre las consecuencias económicas de las decisiones de la Corte Constitucional.

⁴⁴ Me refiero a las teorías que, de Kelsen a Luhman, reivindican la autosuficiencia del derecho respecto de la realidad y las disciplinas sociales. Ver Kelsen (1981) y Luhmann (1983).

⁴⁵ Tendencias sociologistas y críticas radicales que disuelven la dogmática jurídica en mera práctica social o política. Para los primeros, ver Ehrlich (1936); para los críticos, ver Tushnet (1984).

⁴⁶ Es claro que la economía puede ayudar a tomar decisiones acerca de la justicia –qué corresponde a cada uno– midiendo los beneficios y costos sociales de cada disposición que asigne o redistribuya recursos. En este sentido, los estudios de derecho y economía son importantes para el derecho. Pero no es aceptable que la economía sea el metalenguaje que resuelve los grandes conflictos de justicia (Fiss, 1986).

tivos y prescriptivos está presente en la obra de North pero mejor delineada que en sus seguidores criollos⁴⁷. Él intenta explicar las razones del éxito económico de Estados Unidos, sin pretender elaborar un catecismo exportable a todos los países. En los autores latinoamericanos, en cambio, la dimensión normativa es más manifiesta y emplean un procedimiento similar al que unas décadas atrás emplearon las teorías desarrollistas⁴⁸: asumen que el modelo particular estadounidense es la norma universal y pretenden replicar sus pasos históricos en el país que importa la teoría, sin tener en cuenta los obstáculos estructurales para dicha replicación histórica⁴⁹.

La tercera objeción se refiere al instrumentalismo de ambas teorías: una visión epistemológica que concibe la realidad social en forma externa e independiente de los sujetos, y que puede ser conocida y manipulada por los actores sociales y las instituciones, en este caso por el Estado y el derecho (Trubek, 1989). Este instrumentalismo no sólo es cuestionable desde el punto de vista teórico⁵⁰, sino que desde el punto de vista de la utilidad práctica resulta, paradójicamente, poco eficiente, debido a que, en nuestro medio al menos, desconoce el contexto de hibridez social, cultural e institucional en que han surgido nuestras instituciones. La historia política e institucional de América Latina es la historia de la recepción infructuosa de modelos e ideas foráneas que producen resultados insatisfactorios, tan insatisfactorios como los de la aplicación de modelos opuestos que suponen una naturaleza social latinoamericana única e incontaminada.

Es indudable que las diferencias entre la visión institucional española y la inglesa influyeron en la suerte de sus colonias; también lo hicieron instituciones diferentes y gobernantes con estructuras mentales distintas. Pero esto es sólo una parte de la historia: las visiones e instituciones importadas en cada caso prosperaron en cada región a medida que respondieron a la red de poderes y a la estructura de

⁴⁷ Es cierto que en la obra de North existe un gran interés por explicar el atraso económico de los países del Tercer Mundo. Así, por ejemplo, ve en la matriz institucional legada por España a América Latina el origen de instituciones ineficaces. Pero su análisis institucional, en particular el de la relación entre instituciones formales e informales y los resultados impredecibles de esta en cada sociedad, invitan a desconfiar de la validez de fórmulas universales en materia de desarrollo. En este sentido, los escritos de Kalmanovitz, con fuerte influencia de North, carecen de la prudencia del fundador. Ver Kalmanovitz (2001).

⁴⁸ Ver, por ejemplo, Rostow (1960) y Schultz (1964).

⁴⁹ Esto es evidente en la obra de Kalmanovitz, que hace responsables a la herencia española y católica de nuestra cultura institucional y jurídica. Para una crítica de las teorías del desarrollo, ver Escobar (1995).

⁵⁰ A la concepción instrumental se opone la visión constructivista o culturalista, que destaca el proceso constructivo e interpretativo entre los actores y la realidad a partir del cual ambos se constituyen (Berger, 1966).

dominación. No era fácil importar ideas e instituciones liberales de una situación dominada por pequeños y medianos propietarios, de origen europeo, creyentes en un sistema religioso comunitario y descentralizado ubicados en tierras promisorias —como fue el caso de Estados Unidos— y aplicarlas en territorios inhóspitos, habitados por indígenas pobres dominados por blancos instruidos en su superioridad por una iglesia poderosa y centralizada. Sostener que fueron las instituciones y la cultura española las que determinaron nuestra suerte es una simplificación que oscurece el hecho de que en buena parte fueron las clases poderosas las que adaptaron las instituciones a sus intereses: las elites criollas que importaron las ideas liberales fueron las primeras en usar las instituciones informales o culturales para defender una estructura económica que les era conveniente⁵¹. Las instituciones y la cultura española influyeron, claro, porque permitieron que las clases poderosas se impusieran; esa influencia es más clara en cuanto indujeron a que las elites locales asumieran una actitud rentista en detrimento de la actividad productiva.

El neoinstitucionalismo colombiano, con su paradójica confianza en la capacidad del Estado para dar forma y superar las anomalías sociales, se opone a la teoría de la dependencia, que hace algunos años veía en las instituciones estatales y en sus vínculos internacionales la causa de todos los males y a la sociedad como una víctima pasiva de esos atropellos. “Estado redentor” y “Estado opresor”, o “sociedad mala” y “Estado malo”, son las dos caras opuestas de una visión social maniquea, simplista e instrumental que desconoce los procesos de constitución recíproca entre lo social y lo institucional. En ambos casos, las instituciones son variables independientes que determinan la sociedad a su antojo. Ambos desconocen el proceso de interacción y mutua incidencia entre ellos. Por ello, autores como Cuéllar, Rubio, Botero, Thoumi, Palacios, Kalmanovitz o Clavijo dedican buena parte de su esfuerzo —apoyados en la teoría de la elección racional— a la crisis del sistema judicial y a la necesidad de un sistema de sanciones eficaces para contrarrestar los incentivos perversos del sistema. En Colombia “no hay narcotráfico porque hay miseria —dice Kalmanovitz— sino porque el narcotráfico está favorecido por un sistema de

⁵¹ North (1993, 132) parece ser consciente de esto cuando afirma que en los países que adoptaron las instituciones de Estados Unidos los resultados no son idénticos porque “aunque las reglas son las mismas, los mecanismos de cumplimiento obligatorio, la forma en que se ejerce la obligatoriedad, las normas de conducta y los modelos subjetivos de los actores no lo son. Por consiguiente, diferían tanto las estructuras de incentivos reales como las consecuencias supuestas de las políticas”. La referencia a los “modelos subjetivos de los actores” es una alusión directa a las relaciones económicas que sustentan y en las que se sustentan.

justicia deficiente y corrupto” (Kalmanovitz, 2001). Lo primero es cierto. Pero, así como hay casos en los que la pobreza no genera violencia, también hay casos en los que instituciones ineficientes no generan violencia. Bolivia quizá sea un ejemplo. Así pues, las razones que validan la primera parte de la afirmación sirven para negar la segunda. Aquí cabría hacer referencia al texto de Collier ya citado.

El instrumentalismo de North es, por supuesto, más sofisticado que el de sus discípulos. Por un lado, rechaza las explicaciones basadas en la elección racional, lo cual supone que las preferencias valorativas cumplen un papel fundamental en la acción humana⁵²; por el otro, niega que las instituciones formales funcionen de la misma manera en todas partes, lo que demuestra que el problema no es simplemente de instituciones formales. En efecto, si lo que North llama limitaciones informales afecta a las limitaciones formales, como las leyes y sus sanciones, el núcleo del problema son las limitaciones informales —valores, ideologías, culturas— no la promulgación de normas jurídicas⁵³.

La recepción del neoinstitucionalismo en Colombia y su aplicación en el ámbito nacional carecen, en mi opinión, de un filtro intelectual que permita su rigurosa adaptación a nuestro medio. El neoinstitucionalismo sostiene que el desarrollo de los pueblos depende de instituciones que cumplan ciertas condiciones, entre ellas asegurar los derechos de propiedad, reducir los costos de transacción y dar coherencia y eficacia al sistema de justicia. No hay duda de que estos elementos pueden favorecer el desarrollo. Pero no es fácil medir el peso relativo que tienen o tuvieron en el desarrollo de los pueblos.

Los países desarrollados forjaron instituciones que favorecieron el intercambio económico y el crecimiento. ¿Esto significa que las instituciones fueron causa directa del desarrollo? No necesariamente; concurrieron otras circunstancias, también causas, quizá más poderosas. La homogeneidad cultural, la disponibilidad de tierras, la igualdad social fueron igualmente determinantes. Las instituciones liberales suelen ser más el efecto que la causa de las relaciones sociales.

⁵² North critica a Becker (Becker, 1983) porque supone que los actores económicos pueden identificar correctamente la razón de sus predicamentos [...] conocer los costos y beneficios de las elecciones alternativas y saber cómo actuar (North, 1993). “Es imposible dar sentido a la historia (o a las economías contemporáneas) sin reconocer el papel central que las preferencias subjetivas desempeñan en el contexto de las limitaciones institucionales formales que nos permiten expresar nuestras convicciones con un costo muy bajo” (ibíd., 63).

⁵³ El hecho de que las limitaciones informales son importantes en sí mismas “se puede observar partiendo de la evidencia de que las mismas reglas formales y/o constituciones impuestas a diferentes sociedades producen resultados diferentes” (North, 1993).

Los pactos sociales que dieron lugar a las instituciones estadounidenses, por ejemplo, surgieron naturalmente entre personas más o menos iguales en poder y cultura. Eso era impensable en la América hispana, donde las diferencias entre criollos e indígenas eran tan jerarquizadas y desiguales que las instituciones reprodujeron en forma natural las relaciones de dominación. ¿Quiénes fueron entonces los culpables?; ¿las instituciones o las condiciones sociales en las que florecieron? Lo más sensato es decir que fueron ambas. Culpar al legado español porque no accedimos a la modernidad es, de nuevo, una simplificación. Esto no significa que las instituciones no moldeen la realidad social, como dice el marxismo, sino que las instituciones no son varitas mágicas que la moldean a su arbitrio. Entre instituciones y realidad social hay una incidencia recíproca, no una determinación unívoca, y es ésta la que debemos estudiar empíricamente. Como dicen Centeno y López-Alves (2001), “los intentos por divorciar el conocimiento institucional del de las estructuras sociales siempre resultarán produciendo construcciones erróneas fundamentales”. Si las instituciones liberales surgen más fácilmente en contextos igualitarios, el argumento neoinstitucionalista tiene algo de tautológico. Es como decir que “las instituciones crean una sociedad libre e igualitaria allí donde la sociedad libre e igualitaria crea las instituciones” o que si la “sociedad es libre crea personas libres”⁵⁴.

La recepción colombiana del neoinstitucionalismo y del movimiento de derecho y economía parte de supuestos teóricos sobre el Estado y la sociedad igualmente dudosos. Supone una interacción más o menos igualitaria entre los actores del mercado que no existe en Colombia, ni siquiera en Estados Unidos. El mercado puede ser un factor de igualación y de incorporación al contrato social. Pero, como dice Bourdieu (2000), cierta igualación interaccionista no puede ocultar lo que está por fuera de la interacción, “la estructura de un campo definido por distribución desigual de capital”, que permite cierta regularidad de las prácticas de los vencedores y de los vencidos. También supone un Estado totalmente neutral que establece con independencia las reglas de juego y el orden. Como postulado explicativo, esta pretensión es falsa. En América Latina, el Estado ha sido manejado por las elites como una entidad privada, y éstos son los primeros en no someterse a las reglas que establecen. Como postulado normativo, es dudoso que una economía de mercado –en el contexto de la globalización actual– pueda llevar a la inclusión equitativa que predicán sus seguidores latinoamericanos.

⁵⁴ Algo similar ocurre con la noción de capital social: una sociedad es cívica cuando se comporta cívicamente: una idea que desarrolla Portes (1998).

El neoinstitucionalismo se suele asociar con la defensa de un ideario neoliberal. Pero nuestros liberales no son muy cuidadosos cuando trasplantan ideas de un país a otro. ¿Qué significa ser liberal en Colombia?, ¿en un país con una caduca y concentrada estructura de la propiedad agrícola?, ¿en una de las sociedades más desiguales del continente más desigual del mundo?, ¿en una nación en la que el 60 por ciento vive por debajo de los niveles de pobreza?, y además ¿en un país donde las políticas neoliberales han acentuado las desigualdades? Un buen liberal modificaría la teoría original. No es lo mismo defender ideas liberales en Suecia, con una sociedad relativamente igualitaria, que en el Departamento de Córdoba, donde subsiste una estructura social que poco difiere de la de hace más de 400 años. El hecho de que uno crea en los principios liberales no lo obliga a defenderlos en todas partes. Donde existen pobreza y exclusión social extremas la libertad se anula. En otros términos, las reglas liberales aplicadas doctrinariamente en entornos sociales de desigualdad extrema favorecen a los más poderosos; en Córdoba, a los latifundistas.

Amartya Sen (2000) lo demuestra con claridad: de nada sirve repartir iguales recursos a todos cuando sólo algunos de los destinatarios tienen la capacidad para convertirlos en libertades efectivas. Unas condiciones mínimas de igualdad favorecen la libertad. Este vínculo entre igualdad relativa y libertad da lugar a lo que los constitucionalistas llaman “libertad fáctica”, el conjunto de condiciones materiales indispensables para que una persona pueda ejercer su libertad (Alexy, 1993, 402 y ss.). La marginalidad social no es sólo carencia de derechos sociales, como pretenden algunos economistas; es también falta de libertad. Ser liberal en Colombia implica entonces aceptar que se requiere un esfuerzo mayor para crear las condiciones que hacen posible el liberalismo. Buena parte de ellas son de carácter material y se deben traducir en mayor igualdad social. La conclusión es obvia: un buen liberal en Colombia debería terminar siendo socialdemócrata, defensor del Estado social de derecho y, con él, del control constitucional de la economía que defiende la Corte.

La visión económica del derecho –como todas las ideas y teorías sobre la sociedad– es utilizada para defender ciertos tipos de sociedad, instituciones y políticas públicas. Lo importante es distinguir, en esas teorías, lo que es explicativo y lo que es normativo. Las concepciones actuales sobre el desarrollo de América Latina ven en la cultura jurídica y en la reforma de las instituciones judiciales un paso esencial, a veces el único, para lograr el desarrollo. Pero el desarrollo que tienen en mente es el del mercado, y ello no sería tan grave si éste se pudiese lograr omitiendo factores políticos y sociales que el mer-

cado deja por fuera. Dicho de otro modo, si de lo que se trata es de fortalecer las instituciones para lograr una mayor inclusión social, un mayor capital social, una cultura de aceptación y obediencia a las reglas de juego, es necesario mejorar la percepción de la legitimidad institucional y esto exige la inclusión, mediante la participación y la democracia, y no sólo mediante el mercado.

Rodrigo Uprimny y César Rodríguez proponen un rescate progresista de algunas ideas neoinstitucionalistas para crear un institucionalismo integral que complemente la inclusión por el mercado con la inclusión derivada de la participación democrática y la defensa de los derechos⁵⁵. Coincido con ellos. La falta de integralidad en la aplicación normativa de esas ideas impide que sus simpatizantes acepten los beneficios de un constitucionalismo social del derecho y de la acción de tutela⁵⁶, para poner un ejemplo cercano. Para los economistas es difícil reconocer el valor de la acción de tutela cuando es disfuncional desde el punto de vista de la defensa del mercado, de la seguridad jurídica o de los costos de transacción, pues en estos casos sus beneficios –justicia social, protección de derechos fundamentales, legitimidad– son difíciles de cuantificar⁵⁷.

La incapacidad del derecho para influir en el comportamiento social analizada en el capítulo anterior es un fenómeno complejo que no está limitado a la incapacidad institucional para imponer sanciones ni a la existencia de una cultura que se resiste a la importación de instituciones jurídicas foráneas. La explicación de esa incapacidad exige herramientas conceptuales que pongan el acento en la relación constitutiva entre instituciones e individuos, en los intercambios simbólicos y culturales entre actores sociales ubicados en diferentes contextos económicos y dotados de recursos materiales específicos.

INCUMPLIMIENTO, DERECHO Y JUSTICIA. UNA VISIÓN INTEGRAL

Al comienzo de este ensayo diferencié dos perspectivas opuestas acerca del incumplimiento del derecho y de las reglas en general. La primera, la *visión de la estrategia*, considera que el comportamiento desviado es el resultado de una decisión racional. La segunda, la *visión de la rebeldía*, estima que el incumplimiento está determinado por la cul-

⁵⁵ Ver Rodríguez (2002).

⁵⁶ Para una visión ponderada de los aciertos y desatinos de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos sociales, ver Uprimny (2000).

⁵⁷ Aquí no puedo profundizar estas ideas, y debo remitir a otros textos que tratan en detalle este tema: Rodríguez (2002), García V. (2001) y Uprimny (2000). Para un intento de cuantificación, ver Cooter (2000).

tura, los valores, la ideología. He dedicado buena parte a mostrar las insuficiencias de *la visión de la estrategia* y de sus efectos sobre las políticas públicas y, en particular, sobre la administración de justicia, insuficiencias que intento ilustrar comentando las teorías que inspiran esa visión y su recepción en nuestro medio. También he dicho que *la visión de la rebeldía* no da una visión completa del incumplimiento. En esta sección presento algunas líneas de lo que podría ser una solución integral a este problema.

La teoría de la elección racional ha tenido amplia acogida en las ciencias sociales, sobre todo en la economía. Sin embargo, buena parte de los autores que la juzgan útil conocen sus limitaciones. “La primera misión de una teoría de la elección racional –dice Jon Elster– es ser clara acerca de sus propios límites” (Elster, 1990). Parte de estos están relacionados con la dificultad para explicar comportamientos irracionales. ¿Cómo explicar aquellos casos en los que los incentivos no compensan las penurias, como, por ejemplo, cuando alguien se inmola por la patria o por Alá? No hay que ir tan lejos, ¿cómo explicar el nacionalismo, las guerras, las revoluciones? El gran reto es elaborar una explicación de la acción humana donde quepan las creencias, los valores y la ideología. Un reto enorme. “A pesar de la evidencia de la importancia de la ideología en la movilización política una teoría de la acción colectiva que incorpore de manera adecuada el papel de la ideología o de las normas está por escribirse” (Levi, 1989). El problema de las visiones económicas que suponen un comportamiento social racional es que sobreestiman la capacidad explicativa de sus postulados. Incluso “[...] los economistas más bien intencionados parecen tener una visión simplista y poco sofisticada del poder y de las instituciones políticas” (ídem). Por su parte, las teorías que suponen que los actores sociales están atrapados inevitablemente en sus prejuicios y percepciones irracionales del mundo desconocen una parte esencial de la acción social, en particular el cumplimiento de normas.

Quizás lo primero que haya que decir es que la decisión de cumplir o no lo que prescribe una norma es el resultado de una interacción entre las instituciones que imponen la norma y los individuos llamados a obedecer. Esto implica dos cosas: la primera, que esta interacción es “constitutiva”, en el sentido de que cada parte tiene en cuenta el comportamiento de la otra para decidir el suyo. La segunda, que el incumplimiento del derecho no es un asunto individual sino que implica una visión del individuo como parte de una acción colectiva⁵⁸. Más adelante explicaré por qué.

⁵⁸ La literatura sobre acción colectiva es muy extensa. Ver los textos clásicos de Tilly (1978), Oberschall (1973) y Olson (1965).

En principio, los individuos pueden cumplir por alguna de las tres razones siguientes, que dan lugar a tres tipos de cumplimiento. Algunos cumplen lo que prescribe el derecho porque quieren evitar las consecuencias perjudiciales de la sanción. En este caso el individuo hace un cálculo estratégico entre la probabilidad de la sanción y los beneficios del incumplimiento, y decide con base en ello. Llamaré *coercitivo* a este primer tipo de cumplimiento. La segunda razón es la existencia misma de la norma; es decir, la persona cumple porque estima que la norma es válida y está dispuesto a cumplir el derecho o las reglas que rigen en su sociedad⁵⁹. Estas personas pagan impuestos aun cuando tengan la certeza de que podrían evadir el pago sin sanción alguna. Llamaré *normativo* a este segundo tipo. Por último, hay personas que sólo cumplen el derecho cuando juzgan bueno lo que prescriben las normas. Si el derecho se ajusta a lo que consideran bueno, cumplen; de lo contrario, no cumplen. Las comunidades Amish de Estados Unidos son un ejemplo de este comportamiento, que denominaré *ideológico*. El cumplimiento normativo es diferente del ideológico en cuanto que no se funda en un juicio moral o valorativo sino en un juicio de legitimidad. El juicio de legitimidad implica la aceptación del régimen político y jurídico imperante en general y no del contenido específico de cada una de sus normas.

La *visión de la estrategia* analiza la actitud ante las normas como si su cumplimiento sólo fuera de tipo coercitivo. La visión de la rebeldía, en cambio, sólo ve actores que cumplen o incumplen de acuerdo con la visión valorativa y con la percepción de legitimidad del poder público (cumplimientos normativo e ideológico). El cumplimiento del derecho, sin embargo, es un fenómeno complejo que involucra ambos tipos. Por ello, una teoría que intente explicarlo no puede dejar de tener en cuenta a ninguno de ellos.

El cumplimiento coercitivo —el punto de vista externo propio de la *visión de la estrategia*— se origina en un cálculo estratégico. La persona cumple sólo si la sanción es probable. Cuanto menor sea la posibilidad de sanción tanto menos es la posibilidad de cumplimiento. Este tipo de comportamiento puede ser descrito adecuadamente por el modelo del actor racional. Esto no significa que la persona siempre escoja la mejor solución posible, la más racional, sino que su decisión se basa en un cálculo estratégico cuyo propósito es comparar y elegir aquello que más le convenga. Otra cosa es que lo logre.

El caso opuesto es el del cumplimiento ideológico, fundado en “razones axiológicas” que difícilmente se pueden comprender desde

⁵⁹ Herbert Hart (1961) denomina punto de vista externo y punto de vista interno a estas dos modalidades de cumplimiento.

el punto de vista de la racionalidad. Es difícil saber cuál es el peso específico de estas “razones” en el comportamiento de las personas, sobre todo cuando se trata de casos que no son extremos –como el patriotismo o las cruzadas– y que son los más comunes. El método que se emplea es el de la encuesta de hogares. Pero estas encuestas son costosas, escasas y hacen poco énfasis en este tema, y subsiste el problema de que una cosa es lo que la gente dice que piensa y otra lo que realmente piensa. Esta dificultad va de la mano con su importancia, sobre todo en sociedades que no han accedido del todo a la modernidad y en las que predomina la heterogeneidad de referentes axiológicos (García Canclini, 1989). Es el caso de Colombia, donde el desencanto religioso ha sido un proceso abrupto y radical. Además de haber sido extraordinariamente rápido trajo consigo un rechazo de la autoridad y del sometimiento a las reglas⁶⁰. El desencanto religioso deja graves secuelas de comportamiento cuando los preceptos religiosos que se abandonan no fueron aceptados sino impuestos. En estos casos, se abandonan en sentido literal las normas que se acataban por costumbre y por temor, pero suelen reaparecer en otros comportamientos. El renegado de la religión mantiene viva su disposición de sometimiento ciego a unas reglas que provienen del más allá y que se le imponen de manera inevitable. El sentido religioso que se pretende rechazar con el desconocimiento de los ritos y las formalidades externas es reincorporado y a veces reforzado con otros mitos y otras prácticas contestatarias que expresan un profundo sentimiento religioso (Pécaut, 1997). El caso de los sicarios de Medellín que rezaban a la Virgen María para que les ayudara a no fallar en el momento de disparar a sus víctimas es un ejemplo extremo de esta religiosidad latente (Salazar, 1992; Pécaut, 1997).

Por último tenemos el cumplimiento normativo. Este es particularmente importante no sólo por ser el más frecuente en una sociedad estable sino porque es el sustento del poder político y de su legitimidad (Hart, 1961). Es, además, el más complejo porque combina el carácter voluntario de la acción, que como ya dije está ligado a la idea de legitimidad del régimen, con la posibilidad de la sanción a quien incumple⁶¹. En otros términos, para que haya cumplimiento

⁶⁰ En sociedades en las que un catolicismo autoritario impartía la educación – como sucedía en Colombia hasta hace poco– la brecha entre lo que se dice y lo que se piensa es más evidente, llegando incluso a casos esquizofrénicos en los que nada de lo que se hace se reconoce, o casos en los cuales la aceptación de los preceptos morales no guarda ninguna vinculación con la vida cotidiana de tal manera que esta siempre encuentra acomodo en los principios, es decir, nunca viola los preceptos morales. La investigación de María M. Cuéllar (1999), por ejemplo, no es suficientemente cuidadosa en el trato de esta diferencia.

⁶¹ Por esta razón, Levi (1989) llama “cuasi voluntario” a este cumplimiento; es

normativo se requiere, como dice Levi, que las promesas de las autoridades sean creíbles y que los demás subordinados cumplan. Veamos cada una de estas dos condiciones.

En primer lugar, la percepción de que el régimen que impone las reglas es legítimo y obra con justicia aumenta las posibilidades de cumplimiento normativo. El desencanto con el régimen tiene poco impacto en el cumplimiento coercitivo —y en el ideológico—, pero mucha importancia en el normativo. Por ello, una estrategia estatal encaminada a lograr un mayor cumplimiento del derecho no se puede fundar exclusivamente en el aumento de las sanciones —como se desprende de la *visión de la estrategia*— sino que debe mejorar la percepción de legitimidad entre las personas. En sociedades cuyas instituciones tienen bajo nivel de aceptación, la percepción de legitimidad es frágil, incierta y negociable. En Colombia, la percepción acerca de la ley no es muy favorable⁶², como tampoco la de la regulación en general y de la jurídica en particular. Como mencioné en el caso de la religión y del Estado, la opinión de que las instituciones —desde la Colonia— actúan de manera autoritaria, pese a lo que digan los textos jurídicos, ha impedido una amplia aceptación del derecho. Cuanto más baja es la percepción de legitimidad tanto más se recurre a las sanciones.

En segundo lugar, las sanciones deben ser eficaces y quien las va a cumplir, saber que no está solo sino acompañado por la mayoría y, además, convencido de que quienes incumplan serán sancionados. Aquí la condición no es de legitimidad institucional sino de eficacia. Las personas no cumplen el derecho cuando los demás no lo hacen, así crean que las normas son justas y válidas. Una justificación común de la flexibilización del derecho es la reivindicación de una especie de “igualdad en el derecho al incumplimiento”: “¿si nadie paga impuestos, por qué habría de hacerlo yo?”, si la competencia soborna a los funcionarios de aduana ¿por qué habría yo de someterme a las normas y ponerme en una situación de desigualdad?”. Ineficacia e ilegitimidad se combinan y refuerzan en la conciencia jurídica de las personas para justificar la conducta desviada.

En suma, cuando las instituciones del Estado pierden legitimidad y capacidad para inculcar representaciones de obligatoriedad entre

voluntario porque las personas eligen cumplir, pero es cuasi voluntario porque el desacato está sometido a la coerción.

⁶² Ver la encuesta “Diagnóstico acerca de la corrupción y gobernabilidad en Colombia”, Informe elaborado por la Vicepresidencia de la República y el Banco Mundial en 2002. En esta encuesta, el papel de la administración de justicia es calificado como altamente deficiente. El marcado carácter clasista de la justicia se ve reflejado en que el 70% de los empresarios y el 77% de los usuarios consideran que la justicia sólo se aplica a los pobres.

los particulares y entre sus funcionarios, los contenidos normativos pueden continuar operando y cumpliendo cierto papel en las relaciones sociales, pero se desnaturalizan y empiezan a operar como elementos flexibles que se negocian según las circunstancias y las personas. En tal situación de debilidad predomina la inobservancia y, desde el punto de vista de las prácticas sociales, prevalece la excepción al derecho. Las personas encuentran fácil justificación para introducir excepciones al cumplimiento pese a su opinión favorable al contenido normativo porque las sanciones y la legitimidad se construyen recíprocamente. Aceptan las normas pero creen que el incumplimiento es permisible en ciertas condiciones.

Así como no hay que exagerar el peso de la dimensión racional, tampoco hay que sobreestimar la capacidad explicativa de la ideología o de la cultura. Hoy predomina el énfasis cultural en un tipo de sociología interaccionista poco dispuesta a encontrar las raíces materiales de las percepciones y visiones del mundo. En esos estudios culturalistas hay un notorio desinterés por el análisis macroestructural, es decir, por las conexiones más o menos estables entre las percepciones de las personas y las estructuras socioeconómicas. Las teorías interaccionistas conciben la visión del mundo de los actores sociales como el resultado de la pura iniciativa individual⁶³. Los presupuestos teóricos del interaccionismo son un terreno abonado para la justificación instrumentalista según la cual las instituciones pueden moldear y manipular las percepciones a su antojo estableciendo sanciones y recompensas.

El interaccionismo oscurece las razones de la permanencia relativa de las jerarquías sociales y de la dominación, y da una imagen de apertura, contingencia, movilidad, maleabilidad e indeterminación de las relaciones sociales que no existe. No es posible entender las percepciones por fuera de las condiciones económicas en que actúan los sujetos. Pierre Bourdieu (1986) muestra que la cultura es un conjunto de disposiciones internalizadas por los individuos a través del proceso de socialización, que constituyen esquemas de percepción y comprensión del mundo, y operan en la medida en que tienen cierta correspondencia con el orden jerarquizado que representan. “Hay una correspondencia entre las estructuras sociales y las estructuras mentales, entre la división objetiva del mundo social —particularmente entre dominantes y dominados en los diferentes espacios— y los prin-

⁶³ Las teorías interaccionistas en materia social se originaron en Estados Unidos. Otorgan un papel central a la acción humana en oposición al estructuralismo, que supone que dicha acción está determinada por estructuras económicas o sociales. Sobre el interaccionismo, ver Blumer (1969) y Goffman (1959).

cipios de visión y de división que los agentes aplican a dicho mundo” (Bourdieu, 1989 y 1980). Esta correspondencia cumple funciones políticas esenciales. Por eso los sistemas simbólicos no son sólo instrumentos de conocimiento sino, y ante todo, instrumentos de dominación. El capital social opera en forma similar al capital económico y está íntimamente conectado con este. Toda producción cultural se orienta a la producción de dividendos, esto es, a la recompensa⁶⁴. En Bourdieu, dice Wacquant, los conceptos de *habitus*, *capital* y *espacio* expanden la esfera del interés mientras que reducen la de la utilidad y de la conciencia.

Podemos decir entonces que si la explicación del incumplimiento y de la violencia en Colombia como expresión de las condiciones sociales de pobreza y marginalidad es excesiva, la explicación contraria, es decir, que las percepciones que nutren las prácticas sociales son meramente culturales, interpersonales y nada tienen que ver con las condiciones materiales –estructurales– es también extrema (Collier, 2000). En América Latina, tanto como en Colombia, el incumplimiento ha sido una estrategia de defensa de las clases subalternas para sacarle el cuerpo a un derecho demasiado ajeno y autoritario para ser aceptado (Garrido, 1993). Es difícil negar, por ejemplo, que el incumplimiento o *capital perverso* es el resultado de una percepción desconfiada y recelosa del poder político y el derecho de las clases subalternas, que han aprendido a ver en el derecho un instrumento de dominación y de atropello más que un mecanismo de protección individual. Es muy difícil construir capital social sin legitimidad y ciudadanía.

Resumo la hipótesis que he querido defender en esta sección con base en estos presupuestos teóricos: el comportamiento frente a las normas, en particular frente a las normas jurídicas, está determinado por una doble percepción en la que intervienen el cálculo racional y estratégico de los costos y beneficios del cumplimiento, es decir, una evaluación de las consecuencias perjudiciales del incumplimiento, y una apreciación del valor de la norma en términos de legitimidad e importancia, que por lo general remite a una visión general de las instituciones, de los gobernantes y del derecho, no sólo en términos de legitimidad sino también de eficacia. La combinación de estos dos factores –racionalidad estratégica e ideología– hace infructuosos los análisis que sólo toman en cuenta la elección racional, aunque esto no significa que esta perspectiva no sea útil en ciertos casos. Por ejemplo, para alguien que participa en una actividad delictiva y poco

⁶⁴ Según Bourdieu (1979 y 1994), en la elección o el rechazo de estilos culturales está implícita una búsqueda de beneficio análoga a la búsqueda de provecho económico.

toma en cuenta los valores, el cálculo racional puede ser adecuado; pero para un ciudadano colombiano de clase media que en términos generales está acostumbrado a guiar su comportamiento por normas, no parece ser muy provechosa⁶⁵.

Por último, es necesario hacer una advertencia sobre los valores, las percepciones, la ideología y, en general, la cultura. Esta no es tan arbitraria como el interaccionismo pretende. Como ha mostrado Bourdieu, guarda conexión con la posesión de bienes materiales de la persona y su ubicación en la jerarquía social. La relación entre visión de las normas y pertenencia de clase no es, sin embargo, algo dado o fijo. Si bien las prácticas sociales son estructuradas por las condiciones materiales en las que actúan los sujetos, estas condiciones pueden ser modificadas por esas prácticas⁶⁶. De modo que las sanciones, los valores y las condiciones materiales del sujeto confluyen en su decisión de cumplir o incumplir el derecho.

CONCLUSIÓN

En América Latina y en Colombia hay un notorio incumplimiento de las reglas sociales y jurídicas que viene desde la Colonia. Este fenómeno es muy mencionado pero poco estudiado. Los autores cercanos al neoinstitucionalismo económico y a la visión económica del derecho se han interesado en estudiarlo. Para ellos, la precariedad del respeto al derecho obedece al mal funcionamiento institucional y a la incapacidad del Estado para imponer sanciones y ofrecer estímulos que conduzcan al desarrollo. Las reformas que proponen intentan superar esta carencia con modificaciones al sistema judicial que mejoren la efectividad de las sanciones y el desempeño institucional en el diseño y la aplicación del derecho. Esta perspectiva confía en la capacidad del derecho para resolver por sí solo sus disfunciones. La ingeniería institucional podría sentar así las bases para construir una sociedad estable y eficiente. La mayoría de las reformas apuntan entonces a los aspectos gerenciales e internos al funcionamiento institucional. Los programas de reforma judicial privilegian los elementos del Estado de derecho esenciales en la agenda neoliberal —la protección de los derechos de propiedad y el orden público— en detrimento de los elementos, igualmente esenciales para el Estado de derecho, como la protección judicial de los derechos fundamentales.

⁶⁵ Según Cooter (2000), para el ciudadano promedio o tipo el aspecto valorativo prevalece, mientras que para el ciudadano marginal prima el análisis de costo-beneficio, al momento de decidir si viola o acata la ley.

⁶⁶ Esta interconexión entre estructura y agencia ha sido explicada teóricamente por Bourdieu a partir del concepto de *Habitus*.

Es poco probable que estas reformas judiciales y su énfasis en las sanciones y la eficacia reduzcan el incumplimiento del derecho. Entre derecho ineficaz por ausencia de sanciones y actitud estratégica que lleva a violar el derecho hay una conexión evidente. Cuantas menos posibilidades de sanción más probable es el aumento de las conductas desviadas. La visión instrumentalista desconoce el hecho de que la precaria conciencia de obligatoriedad del derecho es un fenómeno complejo, con profundas raíces históricas, ligado a la percepción de desapego institucional, bien sea por falta de una conciencia de legitimidad o porque se considera que las instituciones, aunque legítimas, no son eficaces y, por tanto, se justifica alguna dosis de cumplimiento del derecho. La visión instrumentalista parece tener una receta simple: fortalecer al Estado para someter a una sociedad disoluta, cuando en realidad también hay que someter al Estado para que funcione en forma justa y democrática, y así gane legitimidad y, a partir de allí, propicie el cumplimiento. Autoritarismo, ineficacia y visión jurídica estratégica se refuerzan mutuamente y producen un tipo de instituciones que, por su debilidad hegemónica y su ineficacia, recurren a la fuerza para compensar estas carencias.

El fenómeno del incumplimiento del derecho en Colombia no se explica cabalmente por la debilidad del Estado y su ineficacia para imponer sanciones, mucho menos por la existencia de una cultura favorable a la desviación de patrones normativos. Las condiciones socioeconómicas por sí solas tampoco propician el incumplimiento o la rebelión contra el derecho. Cada una de estas explicaciones tiene parte de la verdad. Sólo una parte. La explicación integral se debe encontrar en la compleja red de relaciones entre la conciencia de los individuos y las instituciones, relaciones que dan lugar a un proceso de constitución recíproca de las identidades culturales⁶⁷.

En síntesis, la cultura ciudadana, o el capital social, no se desarrollan simplemente haciendo efectivos los postulados jurídicos mediante sanciones e incentivos, aunque eso es sin duda necesario, sino también y ante todo creando instituciones más democráticas y participativas que promuevan la conciencia de legitimidad necesaria para que la gran mayoría cumpla el derecho desde el punto de vista interno o *normativo*, es decir, sin calcular las ventajas y desventajas del incumplimiento. El mercado y la democracia son indispensables para construir un Estado de derecho. *No sólo de mercado vive la democracia*. El problema de las teorías que promueven los economistas neoinstitucionalistas es que subestiman los factores democráticos,

⁶⁷ Para una explicación de esta teoría social constitutiva, ver Berger (1966) y Bourdieu (1980 y 1977).

quizás en reacción –justificada pero extrema– contra las teorías de la dependencia que propusieron sociólogos marxistas, que lo reducían todo a la falta de un Estado democrático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexander, Jeffrey. 1987. *Twenty Lectures*, Nueva York, Columbia University Press.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Becker, Gary. 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Becker, Gary. 1983. “A Theory of Competition among Pressure Groups”, *Quarterly Journal of Economics* 98, pp. 372-399.
- Berger, Peter y Thomas Luckmann. 1966. *The Social Construction of Reality; A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Nueva York, Anchor Books.
- Blumer, Herbert. 1969. *Symbolic Interactionism: Perspectives and Method*, Nueva Jersey, Prentice-Hall.
- Bourdieu, Pierre. 1977. *Outline of a Theory of Practice*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Bourdieu, Pierre. 1979. *La distinction; critique social du jugement*, Paris, Minuit.
- Bourdieu, Pierre. 1980. “Le capital social. Notes provisoires”, *Actes de la recherche en sciences sociales* 31, pp. 2-3.
- Bourdieu, Pierre. 1980. *Le sens pratique*, Paris, Minuit.
- Bourdieu, Pierre. 1986. “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, *Hastings Law Journal* 38, 5, pp. 814-853.
- Bourdieu, Pierre. 1987. *Choses dites*, Paris, Minuit.
- Bourdieu, Pierre. 1989. *La noblesse d'état: Grand corps et grandes écoles*, Paris, Minuit.
- Bourdieu, Pierre. 1994. *Raison Pratiques: Sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil.
- Bourdieu, Pierre. 2000. *Les Structures Sociales de l'Economie*, Paris, Seuil.
- Buchanan, James. 1980. *Rent Seeking and Profit Seeking, Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station, Texas University Press.
- Calabresi, Guido. 1970. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Yale University Press.
- Cardoso, Fernando y Enzo Faletto. 1979. *Dependency and Development in Latin America*, Berkeley, University of California Press.
- Carrasquilla, Alberto. 2001. “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Derecho Público* 12, Bogotá, Universidad de Los Andes
- Centeno, Miguel Angel y Fernando López-Alves. 2001. *The Other Mirror. Grand Theory Through the Lens of Latin America*, Princeton, Princeton University Press.
- Clavijo, Sergio. 2001. *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega-Cambio.
- Coase, Ronald. 1960. “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics* 3, pp. 1-44.

- Coleman, James. 1990. *Foundations of Social Theory*, Cambridge, Harvard University Press.
- Collier, Paul. "Economic Causes of Civil Conflict and their Implications for Policy" [www.worldbank.org/research/conflict/papers/civilconflict.pdf], 2000 cited.
- Collins, Randall. 1994. *Four Sociological Traditions*, Oxford, Oxford University Press.
- Colson, Elizabeth. 1974. *Tradition and Contract: The Problem of Order*, Chicago, Adeline.
- Cooter, R. D. 2000. *The Strategic Constitution*, Princeton N. J., Princeton University Press.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. 1988. *Law and Economics*, Glenview, Scott Foresman.
- Cuellar, María Mercedes. 1999. *Colombia: un proyecto inconcluso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Dasgupta, Partha e Ismail Sarageldin. 2000. *Social Capital. A Multifaceted Perspective*, Washington, The World Bank.
- De Holanda, Sérgio Buarque. 1995. *Raíces do Brasil*, Sao Pablo, Companhia das Letras.
- Deas, Malcom y Fernando Gaitán. 1995. *Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación.
- Durkheim, Emile. 1993. *La division du travail social*, Paris, PUF.
- Edwards, Ward, ed. 1967. *Decision Making: Selected Readings*, Ward Edwards y Amos Tversky, eds., Harmondsworth, Penguin.
- Ehrlich, Eugen. 1936. *Principles of Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Elster, Jon. 1990. *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa.
- Escobar, Arturo. 1995. *Encountering Development. The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton, Princeton University Press.
- Fiss, Owen. 1986. "The Death of the Law", *Cornell Law Review* 72, 1, pp. 1-16.
- Fukuyama, Francis. 1995. *Trust—the Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press.
- Furet, François y Denis Richet. 1973. *La Revolution Française*, Marabaut, Paris.
- García Canclini, Néstor. 1989. *Culturas híbridas; estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo.
- García V., Mauricio. 2001. "La acción de tutela", *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, B. d. S. y. M. G. V. Santos, ed., Bogotá, Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre.
- García V., Mauricio. 2003. "Symbolic Power Without Symbolic Violence?", *Florida Law Review* 55, 1, pp. 157-189.
- García V., Mauricio, ed. 2001. *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Garrido, Margarita. 1993. *Reclamos y representaciones*, Bogotá, Banco de la República.
- Garth, Bryant e Yvez Dezalay. 2002. *La internacionalización de la lucha por el poder: los abogados, los economistas y la competencia por transformación de los estados latinoamericanos*, Bogotá, ILSA.

- Goffman, Erving. 1959. *The Presentation of the Self in Everyday Life*, Nueva York, Doubleday.
- González, Fernán. 1989. *Aproximaciones a la configuración política de Colombia, Controversia. Un país en construcción*.
- Hart, H. L. A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Hayek, Friedrich Von. 1973. *Law, Legislation and Liberty*, Londres, Routledge and Kegan Paul.
- Kahneman, Daniel; Paul Slovic y Amos Tversky, eds. 1982. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kalmanovitz, Salomón. 2001. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma.
- Keen, Benjamin, ed. 1996. *Latin American Civilization History and Society, 1492 to the Present*, Boulder, Colorado, Westview Press.
- Kelsen, Hans. 1981. *Teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional.
- Kluger, Maurice y Howard Rosental. 2000. *División de poderes: una estimación de la separación institucional de los poderes políticos en Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo.
- Levi, Margaret. 1989. *Of Rule and Revenue*, Berkeley, University of California Press.
- López, Diego. 2001. *Comparative Jurisprudence*, Law School, Harvard, Cambridge.
- Luhmann, Niklas. 1983. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Mafud, Julio. 1971. *Psicología de la viveza criolla*, Buenos Aires, Editorial Americalee.
- Martínez, Astrid. 2002. "Capacidad del Estado", *Proyecto: prevención democrática del conflicto y alerta temprana en América Latina*, Washington, Bogotá.
- McCann, Michael W. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, University of Chicago Press.
- Minda, Gary. 1995. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, Nueva York, Nueva York University Press.
- Molano, Alfredo. 1993. *Así mismo*, Bogotá, Editorial Los Cuatro Elementos.
- Morse, Richard. 1974. *The Heritage of Latin America. In Politics and Social Change in Latin America: The Distinct Tradition*, H. J. Wiarda, ed., Amherst, Mass, University of Mass Press.
- Nelken, David, ed. 2001. *Adapting Legal Cultures*, Oxford, Hart Publishing.
- North, Douglas. 1993. *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*, México, Fondo de Cultura Económico.
- Nozick, Robert. 1988. *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económico.
- Oberschall, Anthony. 1973. *Social Conflict and Social Movement*, Englewood Cliffs, Nueva York, Prentice-Hall.
- O'Donnell, Guillermo. 1998. *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America, at Notre Dame*.
- Olson, Mancur. 1965. *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press.

- Ots Capdequí, José M. 1967. *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Aguilar.
- Palacios Mejía, Hugo, ed. 2001. "El control constitucional en el trópico", *Precedente*, Anuario jurídico, Cali, Universidad ICESI.
- Pécaut, Daniel. 1997. "Presente, pasado y futuro de la violencia", *Revista Análisis Político* 30, Bogotá.
- Pigou, A. 1932. *The Economics of Welfare*, Nueva York, AMS Press.
- Portes, Alejandro. 1998. "Social Capital: Its Origins and Application in Modern Sociology", *Annual Review of Sociology* 24, pp. 1-24.
- Posner, Richard. 1975. "An Economic Approach to Law", *Texas Law Review* 53, p. 757.
- Posner, Richard. 1977. *The Economic Analysis of Law*, S. edition, Boston, Little, Brown and Co.
- Posner, Richard. 1980. "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra Law Review* 8, pp. 487-505.
- Posner, Richard. 1980. "A Theory of Primitive Society, with Specific Reference to Law", *Journal of Law and Economics* 23, pp. 1-53.
- Posner, Richard. 1990. *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press.
- Posner, Richard. 1992. *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co.
- Posner, Richard. 1995. *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Prillaman, William. 2001. *The Judicial and Democratic Desay in Latin America*, London, Preager.
- Putnam, Robert. 1992. *Making Democracy Work. Civil Tradition in Modern Italy*, Nueva Jersey, Princeton University Press.
- Rodríguez, César. 2001. "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en América Latina: El regreso de los programas de derecho y desarrollo", *El Otro Derecho* 25, Bogotá.
- Rodríguez, César y Rodrigo Uprimny. 2002. *¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina*, Bogotá.
- Romero, José Luis, ed. 1985. *El pensamiento político de la emancipación*, Caracas, Biblioteca Ayacucho.
- Rostow, W. 1960. *The Stages of Economic Growth. A Non-Communist Manifesto*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rowat, Malcom; Walled Malik y María Dakolias, eds. 1995. *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Washington, the World Bank.
- Rubio, Mauricio. 1996. "Capital social, educación y delincuencia juvenil en Colombia", *Documentos CEDE*, Bogota, CEDE, Universidad de Los Andes.
- Safford, Frank y Marco Palacios. 2002. *Colombia, Fragmented Land, Divided Society*, Nueva York, Oxford university Press.
- Salazar, Alonso y Ana M. Jaramillo. 1992. *Medellín: las subculturas del narcotráfico*, Bogotá.
- Santos, Boaventura de Sousa. 1998. *Reinventar la Democracia*, Lisboa, Gradiva.

- Santos, Boaventura de Sousa. 2000. "Law and Democracy: (Mis)trusting the Global Reform of Courts", *Global Institutions, Case Studies in Regulation and Innovation*, J. Jenson y Boaventura de Sousa Santos, eds., Aldershot, Ashgate.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2001. "El paisaje de las justicias en las sociedades contemporáneas", *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, B. d. S. Santos y M. García V., eds., Bogotá, Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre.
- Schultz, Theodore. 1964. *Transforming Traditional Agriculture*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Sen, Amartya. 2000. *Desarrollo como libertad*, Bogotá, Planeta.
- Soto, Hernando de. 1989. *El otro sendero: la revolución informal*, Lima, Instituto Libertad y Democracia.
- Sunstein, Cass R.; Hal R. Arkes; Lola Lopes y Jonathan Baron, eds., 2000. *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Tamanaha, Brian. 1995. "Law and Development", *The American Journal of International Law* 89, pp. 470-485.
- Thoumi, Francisco. 2002. *El imperio de la droga: narcotráfico, economía y sociedad en los Andes*, Bogotá, Planeta, IEPRI.
- Tilly, Charles. 1978. *From Mobilization to Revolution*, Nueva York, McGraw-Hill Publishing Company.
- Trubek, David. 1996. "Law and Development: Then and Now", Paper read at ASIL Proceeding.
- Trubek, David y John Esser. 1989. "Critical Empiricism", *American Legal Studies: Paradox, Program or Pandora's Box? Law and Social Inquiry* 14, 1, pp. 3-52.
- Tushnet, Mark. 1984. "An Essay on Rights", *Texas Law Review* 62, 4.
- Ulen. 1989. "Law and Economics; Settled Issues and Open Questions", *Law and Economics* 210.
- Uprimny, Rodrigo. 2000. "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC", *Pensamiento Jurídico* 13.
- Vargas, Gonzalo. 2002. "Hacia una teoría del capital social", *Revista de Economía Institucional* 4, 6, pp. 71-108.
- Weber, Max. 1958. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, T. Parsons, trad., Nueva York, Charles Scribner's Son.