



# Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica le invita



Invita a la charla:

## La efectividad jurídica

**Expositor: Rodolfo Piza**

Lugar: Aula 014, ULACIT, Barrio Tournón

Hora: 6:30 p. m.

Cupo limitado / contra lista

Reservaciones al correo:

[czuniga@ulacit.ac.cr](mailto:czuniga@ulacit.ac.cr)

Organiza:

**CYA**  
COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS



29 de mayo de 2014

Actividad válida como Sello Verde  
de actualización profesional.

# ***LA EFECTIVIDAD JURÍDICA***

1. Introducción.
2. Validez, Eficacia, Efectividad y Eficiencias jurídicas (conceptos)
3. Derecho y Realidad
4. Derecho: qué, para qué, quiénes, cómo
5. Curva de Efectividad Jurídica
6. Curva de Efectividad Jurídica (tributos). Curva de Laffer
7. Curva de Efectividad Jurídica y Derecho Penal
8. Curva de Efectividad Jurídica y Derecho Laboral
9. Curva de Efectividad Jurídica y Cargas Sociales
10. Efectividad y Seguridad Jurídica

# Validez y Eficacia Jurídica... (Kelsen)

• Puesto que la validez de una norma no es algo real (material), corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta correspondiente a la norma.... KELSEN, Teoría Pura del Derecho, 2a Edición, UNAM, México, 1979, pag. 24

• “Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, una norma que no alcanza un grado de eficacia, no es considerada una norma jurídica válida” Un mínimo de efectividad es condición de su validez.

La EFICACIA supone que la norma

- a) es aplicada y obedecida en la realidad de manera generalizada (que la mayoría de la gente y de los actos sean conformes con la norma),
- b) que la consecuencia o sanción previstas son capaces de intimidar el incumplimiento (y de preferir el cumplimiento);
- c) que existe una relativa certeza de que, en caso de incumplimiento, la norma se aplicará coactivamente (de que se aplicará la consecuencia prevista en la norma: embargo, nulidad, sanción, pena, multa, resarcimiento, etc.)

# ***EFFECTIVIDAD JURÍDICA...***

- **VALIDEZ:** La validez de una norma expresa su pertenencia a un ordenamiento jurídico, estar vigente (ser creada conforme a ese ordenamiento) y no contradecir normas de rango superior.
- **¿CUÁNDO ES JURÍDICA?** Cuando además de su inscripción en un ordenamiento jurídico vigente, es capaz de producir efectos jurídicos (de que el OJ le preste el valor práctico que le presta a sus normas (“se reconoce la existencia del ser supremo y la inmortalidad del alma (Ley Francela del 18 Floreal”))
- **PERASSI:** la juricidad está ligada al reconocimiento (formar parte de un Ordenamiento Jurídico) y al contenido de la norma: debe tener contenido práctico: posibilidad de ser directa o indirectamente realizado (sea o no coactivamente)...

# ***EFFECTIVIDAD JURÍDICA...***

EFICACIA:

HÉCTOR OMAR GARCÍA: Los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia de las normas nos remiten a sus **efectos y consecuencias**, es decir, a la **conexión misma entre normativa jurídica y realidad social...**

CAPELLA: Eficacia se identifica con **el logro de los propósitos** perseguidos por el legislador; y efectividad implica el **reconocimiento real** de la norma como tal por parte de sus destinatarios y **su real aplicación**. CAPELLA (Juan R.) *“El derecho como lenguaje”*, Madrid, 1968, p. 104 y ss.,

DÍEZ-PICAZO: la efectividad depende de dos tipos de factores: que los **destinatarios adopten las conductas que la norma dispone** (la espontánea absorción de la norma por la vida social) y **que la norma sea de hecho aplicada por los jueces y órganos de aplicación en general...**

DÍEZ-PICAZO, Luis, *“Experiencias jurídicas y teoría del derecho”*, 3ª edic., Ariel S.A., Barcelona, 1999, p. 206

# ***EFFECTIVIDAD JURÍDICA...***

Efectividad de un sistema jurídico es el resultado de la relación entre el deber ser de las normas (lo que se quiere lograr con ellas) y la realidad (el ser). Las normas pretenden regular la realidad (y hasta modificarla), pero, al mismo tiempo, esa realidad impone condiciones al sistema normativo que deben conocerse y reconocerse jurídicamente, so pena de contradecir los objetivos legítimos y loables que se quieran alcanzar con las normas jurídicas y sus mecanismos para hacerlas exigibles y efectivas.

• **EFICIENCIA** determina si se logra el objetivo (de la norma) al menor costo posible (relación costo-beneficio) o con la menor restricción posible: por ejemplo, si se reduce los accidentes de tránsito sin afectar la fluidez del tránsito. Si se baja la criminalidad, sin aumentar desmedidamente el encarcelamiento o restringir severamente la libertad (de tránsito, por ejemplo), si aumenta la recaudación tributaria, sin cercenar el crecimiento económico, si se protegé el ambiente sin afectar el desarrollo económico y el empleo. Si el salario mínimo crece sin aumentar el desempleo o la informalidad. Si las externalidades (negativas), son mayores que los beneficios sociales y las externalidades (positivas)

• **DESPROPORCIÓN ENTRE CONTENIDO Y MOTIVO, EXCESO DE PODER:** Desproporción entre el motivo y el contenido; entre el fin y el contenido del acto. Por ejemplo, Combatir el SIDA mediante la segregación social de los enfermos.

# DERECHO Y REALIDAD

- Cuando se afirma que la Ley es muy buena y que el problema es que no se aplica de manera generalizada, cabe pensar que el diseño legal no puede ser tan bueno como se pregona, porque el Derecho se debe diseñar y construir para aplicarse a la realidad, para moldearla y adaptarla (o corregirla), pero no para negarla o contradecirla radicalmente. En todo ordenamiento jurídico hay ciertamente una vocación deontológica (deber ser) y unas aspiraciones legítimas que pretenden corregir la realidad, lo cual es válido y viable jurídicamente, pero esa vocación debe ser “realista”, tener los pies en la tierra. Como decía Simón Bolívar, no se trata de construir “repúblicas aéreas”, es decir, constituciones y leyes desconectadas de la realidad.

- No basta el reconocimiento normativo de ciertas normas y derechos, ni la existencia de mecanismos procesales y jurisdiccionales con competencias plenas, legitimaciones amplias y sencillas, si ellas están desconectadas de la realidad.

**Dostoievski** atribuía a uno de sus personajes de “Los Demonios”, la expresión de que “buscando la absoluta libertad, di en el absoluto despotismo”. En el área que nos interesa aquí, puede que nos acontezca que “buscando el desarrollo y la vigencia plena de los derechos y las normas, demos en la absoluta desprotección de esos derechos” (por exceso o por defecto).

# DERECHO Y REALIDAD

Cuando el derecho y la realidad no coinciden, hay dos opciones extremas de las que debe huirse:

1. Que el derecho se limite a reconocer la realidad y renuncie a su corrección.
2. Que el derecho (las normas jurídicas y sus aplicaciones por los operadores del Derecho) pretendan imponerse a la realidad a cualquier precio, lo que se expresa cínicamente al afirmar que si la realidad no se adecua al Derecho, “peor para la realidad”.

Cuando el derecho se contenta con describir la realidad sin pretender moldearla o corregirla, el Derecho deja de cumplir su papel esencial, de señalar los fines y las aspiraciones o, si se quiere, los deberes jurídicos de una sociedad. Es obvio que el Derecho no puede renunciar a esa vocación de corrección de la realidad, sin dejar de ser lo que es, un conjunto de normas de conducta y, por tanto, de deberes o aspiraciones que los seres humanos y sus instituciones deben cumplir, so pena de atenerse a las consecuencias jurídicas que el propio sistema normativo está llamado a señalar y a aplicar.

Cuando la realidad y el Derecho se divorcian o se contradicen de manera generalizada (no en los casos particulares, porque ello es consustancial al Derecho), puede afirmarse que el problema está también en el diseño normativo inadecuado (por insuficiencia o por exceso). Conviene recordar que el diseño institucional y normativo sí importan. El defecto puede estar en el plano sustantivo (en el “tipo normativo”) o en el plano procesal, lo que hace referencia a la “exigibilidad”.

# ***DERECHO Y REALIDAD***

La realidad y la vigencia efectiva de las normas jurídicas en América Latina (sobre todo de los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y urbanísticos), dista mucho de la proclamación jurídico constitucional e internacional de algunos de esas normas o derechos.

El reconocimiento normativo (tipicidad y exigibilidad) de ciertos bienes jurídicos tutelados, es importante, pero no basta con ello. Es necesario que se den las condiciones para hacerlos efectivos y que ese reconocimiento y tutela sean viables (exigibles en la realidad).

El cumplimiento efectivo de ciertos derechos económicos, sociales, ambientales, administrativos, urbanísticos y culturales es, en muchas ocasiones, inversamente proporcional a la amplitud de su reconocimiento normativo (al menos, a nivel retórico). Haití, Bolivia o Nicaragua, por ejemplo, reconocen derechos económicos y sociales y derechos laborales (a nivel constitucional e internacional), más amplia y generosamente que Alemania, Suecia u Holanda. Pero allá, ese reconocimiento tiene efectos jurídicos y aquí se queda muchas veces en el plano de lo retórico.

# DERECHO Y REALIDAD

El Derecho no puede desconocer la realidad en la que se inserta, en dos sentidos:

1. Debe arbitrar y adecuar sus mecanismos a la realidad, para corregir lo que se pretende corregir razonable y “progresivamente”. El Derecho no puede nunca limitarse o contentarse con describir la realidad, porque tiene como vocación natural dirigir o encausar esa realidad hacia los objetivos de la normatividad. Es siempre una corrección de lo existente (del ser).

ORTEGA Y GASSET: "El Derecho no es mero reflejo de una realidad preexistente, porque entonces es superfluo; el Derecho, la Ley son siempre algo que añadimos a una realidad insuficiente; es la corrección de lo roto; son un estímulo a lo que no es aún pleno; son, pues, incitaciones..., la Ley es siempre, más o menos, reforma y, por tanto, suscitadora de nuevas realidades...."

2. Debe establecer y desarrollar sus normas (ámbito sustantivo y procesal), tratar de encausar la realidad, pero sin violentar o ignorar la realidad o lo que es consustancial a la misma, es decir, tratar de encausar la realidad hacia la normatividad, pero evitando la pretensión de hacer “ingeniería social” desvinculada de la misma.

Equilibrio entre un extremo y otro: 1) renunciar a corregir la realidad o 2) pretender que la realidad puede cambiarse radicalmente por el mero hecho de reconocerlo normativamente. “El hambre no es el pan”, J. BHENTAM

# ***DERECHO: QUÉ, PARA QUÉ, QUIÉNES, CÓMO***

- **QUÉ:** Conjunto de normas y principios jurídicos que regulan (obligatoriamente) la conducta humana en sociedad (relación con los demás)
- **¿PARA QUÉ? FINES DEL DERECHO:**
  - **Justicia** (dar a c/u lo que es suyo)
  - **Seguridad Jurídica** (saber a qué atenerse, reglas juego)
  - **Paz social---** Evitar conflictos, Resolver Conflictos (Ganar-ganar)  
**Evitar y Resolver conflictos a la luz de la justicia y de la seguridad jurídica.**
- **¿QUIÉNES?** Legisladores (leyes), Personas (contratos, actos, negociación), Jueces (Sentencias), Abogados (representación, juicios, negociación), Notarios (Fe pública), Administradores (reglamentos), etc.
- **¿CÓMO?** Juicios, Resolución Alterna Conflictos (mediación, arbitraje), Negociación.

## *Curva de efectividad Jurídica:*

Hay una CURVA DE EFECTIVIDAD JURIDICA que determina la capacidad de las normas para moldear la realidad. En ausencia de normas –y de sanciones por su transgresión-, la Ley no tiene la capacidad de moldear esa realidad ni de ayudar a mejorar la sociedad, pero la capacidad de las leyes para moldear la realidad y la sociedad tiene límites:

- 1) Porque los destinatarios (los eventuales transgresores), tienen la capacidad general de evadir sus normas, o
- 2) Porque el propio exceso normativo (y sancionatorio), termina por minar la capacidad social de imponer las normas.

## *Curva de efectividad Jurídica:*

Las normas son útiles para moldear la sociedad, pero no para cambiarla radicalmente (el que mucho abarca poco aprieta).

Las normas son efectivas en cuanto delimiten bien su contenido y sus mecanismos de aplicación y tutela:

- a) Si no son susceptibles de ser tuteladas o no existan mecanismos jurisdiccionales para hacerlas efectivas.
- b) Si se quedan cortas, no intimidarán a los transgresores (por ejemplo, una sanción o una multa irrisoria no intimidarán al transgresor quien puede preferir pagarla que evitar violar la norma).
- c) Si la sanción, regulación o multa son excesivas, aunque intimiden en teoría, la realidad pronto hará evidente que esas sanciones son inaplicables y por lo tanto, a la larga, tampoco intimidarán.

## *Curva de efectividad Jurídica:*

Este fenómeno, puede expresarse gráficamente mediante una curva con **dos grandes variables:**

- a) **EFFECTIVIDAD** (o eficiencia: lograr lo que se pretende: por ejemplo, mayor seguridad ciudadana, mayor seguridad vial, mayor protección del ambiente, de derechos laborales, etc., a un costo razonable); y
- b) **REGULACIONES O SANCIONES** (es decir, la gravedad de las sanciones o la amplitud de las regulaciones).

“Efectividad” se ubica en el eje de las “Y”

“Regulaciones y Sanciones” estarán en el eje de las “X”.

## *Curva de efectividad Jurídica:*

En ausencia de regulaciones y sanciones, la efectividad será más limitada (los que abusan de los derechos de los demás, no se sentirán intimidados); pero también, paradójicamente, si esas regulaciones y sanciones son excesivas, la efectividad se verá afectada y limitada.

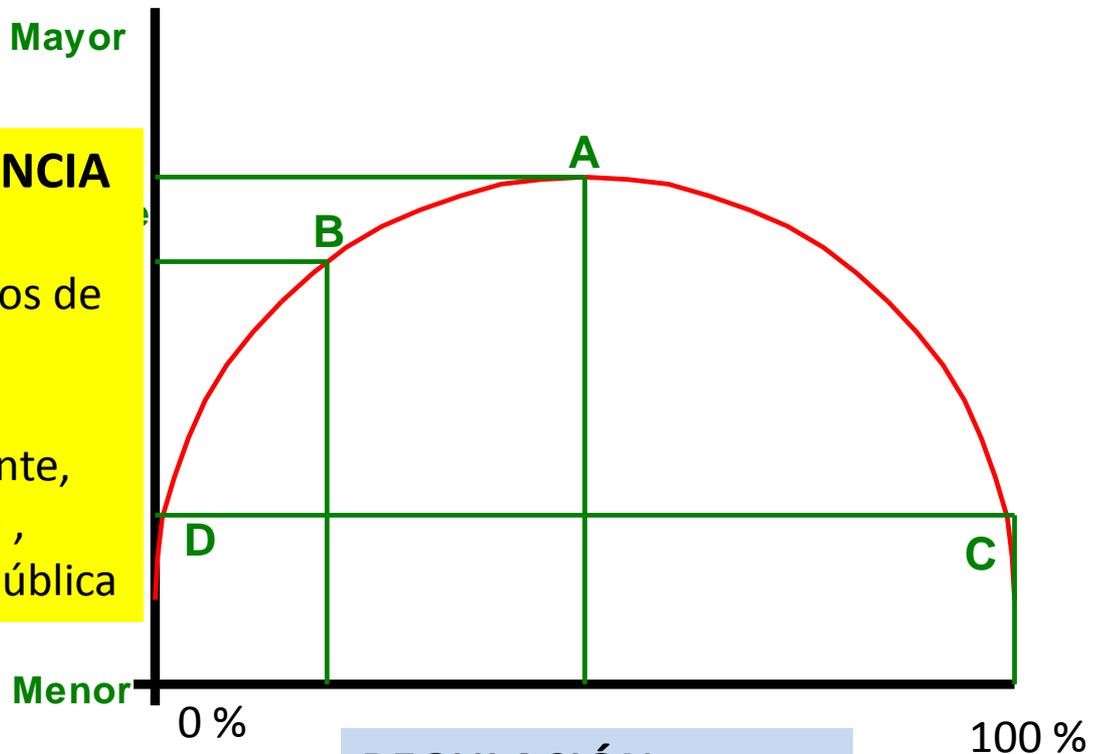
Como la gente sabe que no hay suficientes cárceles, ni policías, ni jueces para aplicar semejantes sanciones, ni vigilar adecuadamente el cumplimiento de las regulaciones para todos los obligados, entonces serán inevitablemente selectivas y discriminatorias o no intimidarán a nadie y serán poco efectivas), con dos problemas adicionales: se perderá el respeto a la Ley (porque se sabe inaplicable de manera general) o harán inviable a la sociedad que se quiere regular y sancionar.

# Curva de Efectividad Jurídica...

## CURVA DE EFECTIVIDAD JURÍDICA

### EFFECTIVIDAD Y EFICIENCIA DE LAS NORMAS

Lograr los fines y objetivos de las leyes: seguridad ciudadana, seguridad financiera, empleo decente, protección del ambiente, probidad en la función pública



**B: Eficiencia** (logro las metas a un bajo costo)  
**A: Eficacia** (logro la máxima meta pero a un mayor costo)

**REGULACIÓN,  
PENAS, SANCIONES,  
REQUISITOS,  
PERMISOS**

## *Curva de efectividad Jurídica:*

Si la sanción o regulación es inexistente, la efectividad del sistema jurídico, será muy baja. En cambio, si se aumenta un poco la sanción o regulación, se aumentará considerablemente la efectividad (**punto "B"**), de manera que con pocas regulaciones o sanciones se logra mucho.

A partir de este punto, cada aumento en el nivel de sanción o de regulación, aumentará un poco el nivel de efectividad pero lo que se restringe (las limitaciones y regulaciones) puede ser más gravosas o costosas que lo que se logra (pasar del punto B al punto A), aunque de cualquier manera algo avanza la efectividad (aunque a un costo más elevado: es efectivo pero ineficiente).

A partir de ese punto (A), cualquier aumento en la regulación, en la gravedad de las sanciones o en las penas, además de ser oneroso y costoso, lejos de mejorar la efectividad del sistema y de combatir la inseguridad ciudadana, disminuirá su efectividad. O, tan grave como ello, las sanciones terminarán siendo selectivas y discriminatorias. Dado que aplicar la legislación en toda su intensidad sería inviable, los operadores jurídicos (jueces, policías, fiscales, inquisidores, etc.), la aplicarán discrecional y discriminatoriamente, según sus propios valores, prejuicios o prioridades, sustituyendo las prioridades de la sociedad (expresadas en la Ley) por las suyas personales (o de su grupo social o ideológico) o, tan grave como ello, de acuerdo con la presión mediática (de lo que los medios de comunicación consideran momentáneamente prioritario –lo que se destaca en las primeras páginas y en las páginas de sucesos-).

# ***CURVA DE EFECTIVIDAD JURÍDICA...***

Esto, que es aplicable al campo del derecho penal, administrativo, tributario, constitucional, administrativo, laboral, civil, familia, agrario, de tránsito, financiero, etc., en cuanto propongan como solución a las violaciones de sus normas, sistemas sancionatorios (penales y “cuasipenales”, como se decía antes), excesivos.

Lo anterior viene a cuento de los múltiples delitos y de sanciones excesivas incorporadas en las últimas leyes aprobadas por nuestra Asamblea Legislativa: Ley de Tránsito, Código Electoral, legislación ambiental, leyes de probidad pública, legislación financiera, leyes de contratación administrativa, legislación urbanística, trámites administrativos y requisitos crecientes, etc.

Todas esas leyes o normas, tienen propósitos benignos: todos queremos que haya menos accidentes de tránsito, que las elecciones y su financiamiento sean más transparentes, que los funcionarios no abusen y no se aprovechen indebidamente de sus potestades públicas y de los bienes públicos, que los agentes financieros y los ahorrantes no laven fondos de origen dudoso, que exista probidad en la contratación administrativa, que nuestros ríos sean más limpios, que la urbanización creciente no violente los derechos al ambiente y la salud, que los comercios cumplan estándares mínimos de ubicación y sanidad, que no se construyan tugurios en las laderas de los ríos, que se reduzca la pobreza, etc.

# *Efectividad Jurídica:...*

El problema es que el método utilizado en algunos casos (sanciones excesivas para violaciones aplicables), puede:

- 1) dar a traste con lo que se pretende;
- 2) dar lugar a una aplicación casuística y discriminatoria;
- 3) que se condene a un inocente para evitar que un culpable quede impune;
- 4) que se inhiba la iniciativa legítima de funcionarios para evitar que algunos abusen de ella;
- 5) que las mujeres no denuncien violaciones graves a su integridad física o psicológica, por temor a que las sanciones aplicables a sus cónyuges sean excesivas y afecten su propio sustento;
- 6) que se saturen aun más las cárceles y que ello inhiba a los jueces a aplicar sanciones a los delitos más graves (aquellos que afectan la integridad física de las personas: homicidios, violaciones, secuestros, lesiones graves, etc.);
- 7) que se utilicen los escasos recursos institucionales: policías, jueces, fiscales, defensores, investigadores, oficiales de tránsito, etc.; en tantas tareas, que no puedan cumplir ninguna adecuadamente;
- 8) que se incrementen los procesos penales desproporcionadamente
- 9) que se inhiba la iniciativa legítima de los particulares para actuar razonablemente por temor a violentar leyes ampulosas, incomprensibles y excesivas; etc.
- 10) que aumenten desmesuradamente los detenidos y requiramos mucho más cárceles que no podríamos pagar.

# *Curva de Efectividad Jurídica (tributos)*

- En el campo tributario se habla de la “Curva de Laffer” (una “curva” que aparentemente dibujó el economista Arthur Laffer en una servilleta durante los años 70 del siglo pasado y que es algo así como la Ley de los Rendimientos Decrecientes aplicada a la política tributaria).
- Según esta curva o “ley” económica, a partir de un cierto punto (A), aumentar la tasa y la carga tributaria no aumenta ni siquiera los ingresos tributarios. Si la carga, por ejemplo, es 0%, los ingresos tributarios serán iguales a cero, pero también si la carga tributaria fuera del 100% (sobre la renta neta, por ejemplo), los ingresos serían también cercanos a cero, porque sería poco probable que la gente trabajara e invirtiera para entregarle el 100% de sus esfuerzos y utilidades al Fisco.

*Algunos autores han querido ver en esta Curva, una receta para el llamado “neoliberalismo” y para propugnar siempre la bajada en las tasas impositivas. Ello, me parece, no se deriva necesariamente de la curva, considerada en sí misma. Primero, porque es difícil saber en qué momento nos encontramos en lo más alto de la curva. Segundo, porque puede ser que estemos en situación o en necesidad de aumentar los impuestos para alcanzar los mayores ingresos y la efectividad social (es decir, que estemos en el lado izquierdo de la curva y todavía podamos ascender más).*

# *Curva de Efectividad Jurídica y Derecho Penal*

• Esto último es también aplicable a las sanciones penales. La ausencia de penalidad, como sabemos, es poco efectiva para lograr el respeto de los derechos de terceros y la seguridad ciudadana, pero a partir de una cierta penalidad excesiva (A), ella deja de ser efectiva y el aumentarla restringirá severamente las libertades a cambio de que aumente muy poco la seguridad ciudadana y la lucha contra la criminalidad o que incluso ésta última se vea aumentada en detrimento de la seguridad ciudadana que se pretende alcanzar. En una sociedad democrática, es probable, por ejemplo, que un jurado o un juez penal prefieran absolver totalmente a un acusado cuando existe la más pequeñísima duda, que condenarlo si suponen que la condena será excesiva (v.g., la pena de muerte), porque no querrán llevar sobre sus conciencias esa eventualidad, a pesar de que las pruebas puedan apuntar a una culpabilidad del acusado.

• Algunos han llamado a este fenómeno, el efecto O. J. Simpson, por referencia al famoso caso del jugador de fútbol americano que fue absuelto en la vía penal y condenado en la civil por la muerte de su esposa. El Jurado, posiblemente, frente a la duda que se planteó durante el juicio, prefirió absolver al acusado, antes que llevar sobre su conciencia la aplicación de la pena de muerte o de una condena perpetua excesiva. Buscando la absoluta penalización podemos dar en la absoluta impunidad (la expresión es una paráfrasis de DOSTOIEVSKI), por aquello de la que la inflación de sanciones, de reglas o de cargas, como toda inflación, no hace más que devaluar los objetos sobre los que recae (la expresión es una paráfrasis de Jean RIVERO).

# *Curva de Efectividad Jurídica y Derecho Penal*

¿Habrá alguna relación entre la creciente “criminalización del Derecho” y la inseguridad ciudadana? ¿No será que la inflación de delitos, como toda inflación, termina devaluando los bienes tutelados cuya violación esos delitos tipifican?

La experiencia enseña que la relación sí existe y que la inflación de sanciones, lejos de intimidar a los transgresores, termina diluyendo o devaluando los reproches sociales y legales que podrían achacárseles, porque, al final, si todo está prohibido, ninguna transgresión podría sancionarse equitativamente y esto porque el sistema judicial, penitenciario, económico y social, no tendrían la capacidad de hacerlo o de soportarlo.

Siendo verdad que el derecho penal tiene por objeto prestar el amparo más fuerte de que es capaz el orden jurídico -a través de la amenaza y de la imposición efectiva del “castigo”, en su caso-, a los valores y bienes jurídicos de una sociedad, y cuya violación resulta insoportable; no siempre se logra ese fin y el exceso o desproporción de esas regulaciones, más bien podría provocar el efecto contrario: la desprotección de los bienes más importantes que se pretenden tutelar.

# Curva de Efectividad Jurídica y Derecho Laboral

- El exceso de reglamentación y protección de un derecho laboral, además de que puede afectar otros derechos (v.g., la libertad empresarial), en nada ayuda a la efectividad y protección del derecho que se pretende garantizar.
- Un exceso de sanciones, penas o medidas restrictivas puede afectar innecesariamente la vigencia de otros derechos (propiedad, libertad, v.g.) y no aporta nada para alcanzar el objetivo constitucional o internacional legítimo que se pretende alcanzar (el pleno empleo, la mayor cantidad de gente con “empleo decente”, descanso, vacaciones, prestaciones sociales, etc.).
- En cambio, la ausencia de reglamentación y protección de un derecho como el derecho al trabajo (pero también como la limitación de la jornada laboral, el derecho de huelga, etc.), puede significar menor efectividad en la protección de ese derecho (del empleo decente, de la limitación de la jornada laboral, de los ingresos de los trabajadores, etc.). El óptimo estará seguramente entre el punto A y el punto B. Ambos corresponden al espectro posible del debate ideológico democrático. La pretensión del punto C (reglamentación excesiva) es absurda porque restringe severamente las libertades económicas, sin aportar nada (sino todo lo contrario) a alcanzar los derechos sociales o el “Estado de Bienestar”.
- La posición D (poca o nula reglamentación) tampoco es prudente, porque no protege ni promueve los derechos sociales y el derecho al empleo decente, a una jornada laboral razonable y saludable, etc., aunque aparente un reconocimiento de las libertades económicas, al no regularlas o complementarlas (lo que, al mismo tiempo, puede crear eventualmente un clima de incertidumbre y anarquía laborales, que podría atentar no solo sobre los derechos laborales de los trabajadores, sino también contra la paz social y la seguridad misma de las inversiones). El punto A (¿óptimo de Pareto?), aparenta un equilibrio entre restricciones a las libertades económicas y protección de los derechos sociales. El punto B, puede argumentar a su favor que a partir de ese punto, se restringen mucho (desproporcionadamente) las libertades económicas y el desarrollo económico, a cambio de un avance pequeño en el desarrollo de los derechos sociales (al empleo decente, a la limitación de la jornada laboral, al salario, etc.). Lo que queda claro es que la regulación excesiva puede ser tan contraproducente como la ausencia de regulación y que debe buscarse siempre el equilibrio entre los derechos y valores en juego.

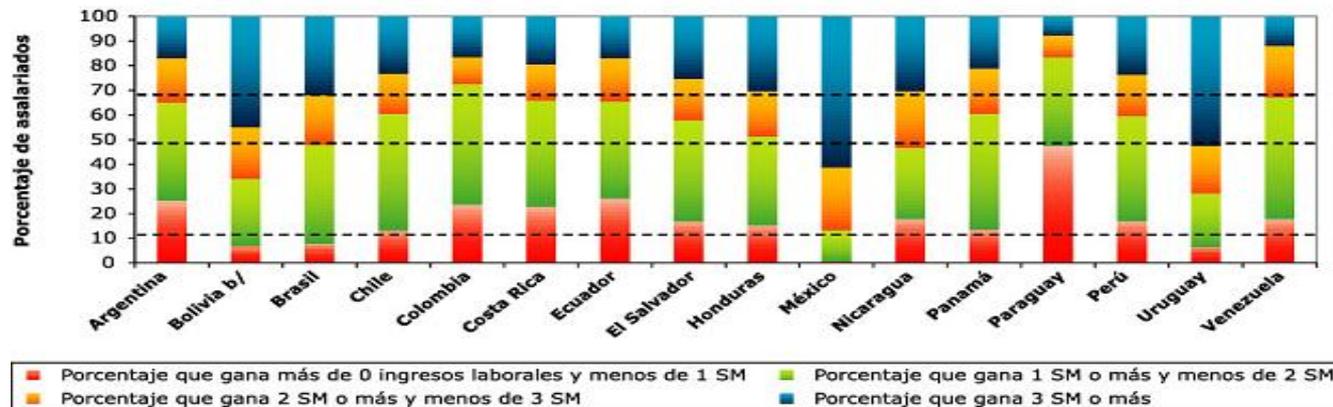
# Curva de Efectividad Jurídica y Derecho Laboral

Lo mismo cabe argumentar de la relación entre SALARIO MINIMO y EMPLEO FORMAL:

Fijar el salario mínimo por encima de las condiciones de competitividad y del mercado laboral de manera general, por ejemplo, puede afectar las variables de “desempleo”, subempleo o informalidad. Cuando el salario mínimo supera el ingreso per cápita, por ejemplo, aumentará el incumplimiento, el desempleo o la informalidad.

El no fijarlo o no vigilar su respeto, puede afectar a determinados sectores laborales que, en condiciones de mercado, podrían no ser suficientemente considerados. Cuando el salario mínimo es muy bajo (20% del ingreso per cápita), aumentará el cumplimiento legal, pero de poco servirá al trabajador su aplicación.

GRÁFICO 8  
AMÉRICA LATINA (16 PAÍSES):  
PORCENTAJE DE ASALARIADOS QUE GANA DISTINTOS MÚLTIPLOS  
DEL SALARIO MÍNIMO EN EL ÁREA URBANA, 2006 <sup>a/</sup>  
(porcentajes)



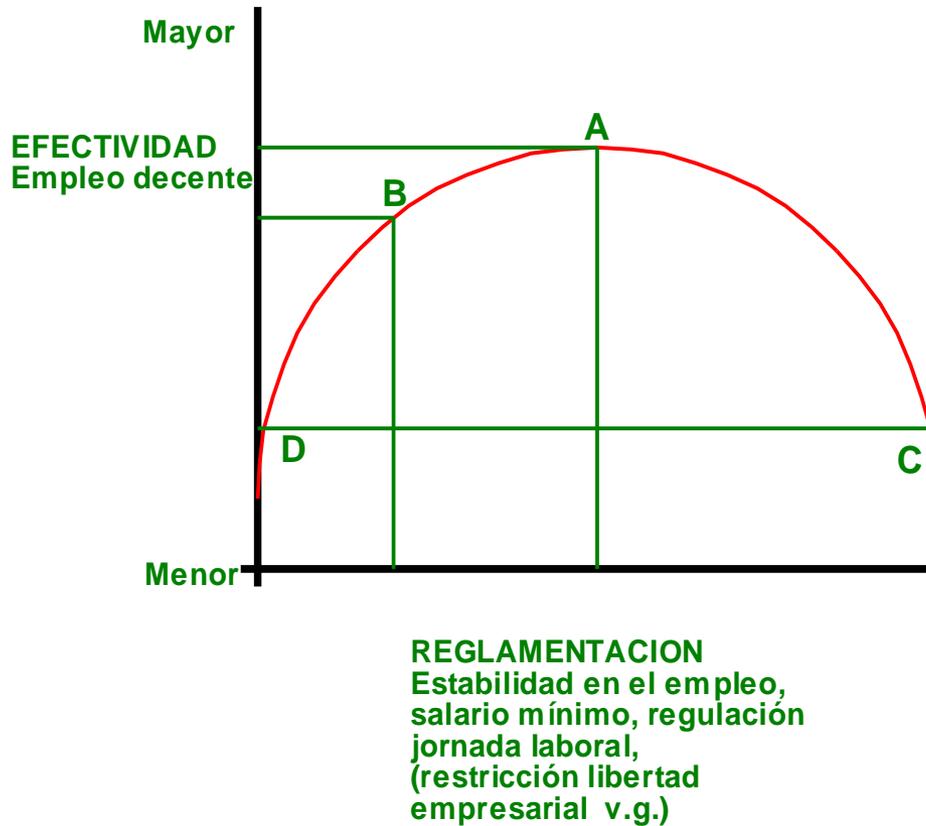
**Fuente:** Elaboración OIT con base en información oficial de los países.

Nota: Las líneas entrecortadas representan el promedio regional ponderado para las cuatro categorías a partir de información de los países seleccionados.

a/ Las estimaciones excluyen a los asalariados cuyos ingresos laborales igualaron a cero; también excluyen a los asalariados que no declararon ingresos laborales.

b/ Las estimaciones de Bolivia corresponden a 2005.

# CURVA DE EFECTIVIDAD JURÍDICA Y DERECHO LABORAL



**REGLAMENTACION**  
Estabilidad en el empleo,  
salario mínimo, regulación  
jornada laboral,  
(restricción libertad  
empresarial v.g.)

Si hay mucho desempleo o está aumentando la informalidad, parece poco prudente, por ejemplo, subir desproporcionadamente (más allá de la inflación, por ejemplo) el salario mínimo, o mantener y aumentar la inflexibilidad laborales o bajar la jornada laboral. En condiciones más estables y de crecimiento económico, en cambio, ese tipo de políticas sociales pueden ser efectivas y pueden aumentar el bienestar social, sin comprometer la estabilidad macroeconómica, la seguridad de las inversiones, la competitividad de los empleadores y el crecimiento económico.

# *Curva de Efectividad Jurídica y Cargas Sociales*

Lo mismo ocurre, por ejemplo, con las cargas sociales (cuotas obrero patronales)

En el caso de las cargas de la seguridad social, por ejemplo, si éstas son excesivas probablemente incitarán a la evasión, a la informalidad o al empleo sumergido y, por tanto, aportarán poco a la misma seguridad social y mucho menos al bienestar social.

En cambio, si el sistema de seguridad social no existe o es débil (y por ello, tiene cargas insuficientes para sostenerlo adecuadamente), se provocará seguramente una mayor desprotección (al menos, de los sectores laborales y familiares más desfavorecidos) y con ello, mayores costos sociales para el país y también para el clima empresarial y las inversiones, al no tener disponibles coberturas de salud, de seguridad e higiene en el trabajo, del desempleo, de los riesgos de vejez, enfermedad, discapacidad, etc.

# *Curva de Efectividad Jurídica (cargas sociales)*

- Los países que tienen excesivos costos de seguridad social (cargas sociales muy altas), aumentan los niveles de desempleo y informalidad
- Los países que tienen bajos costos de la seguridad social (i.e., de las cargas sobre las planillas, o “payroll taxes”), tienen mayores niveles de desempleo, informalidad, menores indicadores de esperanza de vida y no aumentan ni el crecimiento económico ni la libertad económica.
- De manera que las cargas sociales (entre el 15% y el 30%, por ejemplo) y los costos de la seguridad social (lato sensu), entre el 10% y el 25% del PIB, no afectan el crecimiento económico, ni la libertad económica y son compatibles con bajos niveles de desempleo, de informalidad laboral, y de alta esperanza de vida.
- *En cambio, es probable que con costos por debajo del 10% sobre el PIB (el promedio de América Latina en el 2000, fue del 8.8%) y por encima del 30% sobre el PIB, se afectarían seguramente los niveles de empleo formal a favor de la economía informal o sumergida, o del crecimiento económico y el propio bienestar social. Obviamente, los países más ricos son capaces de soportar cargas sociales más altas que los países menos desarrollados, para los que una carga superior al 30% sería difícil de sostener sin aumentar la evasión, la informalidad o el estancamiento económico.*

## *Curva de Efectividad Jurídica*

El equilibrio no puede diseñarse teóricamente, sin referencia a una sociedad, a su capacidad para aplicar sus normas y a un desarrollo determinado.

Lo que en unos países puede ser mínimo en otros puede ser suficiente. Lo que en unos países o zonas puede ser excesivo en otros puede ser adecuado.

Pero el equilibrio debe buscarse y ajustarse siempre.

# *Seguridad Jurídica en cuestión...*

- De vuelta con los fines del Derecho: Justicia-Seguridad Jurídica
- Curva de Efectividad Jurídica
- Problemas actuales de seguridad jurídica
- Reversión de la carga de la prueba (dos ejemplos)
  - Principio precautorio e impacto ambiental
  - Legitimación de capitales
- Primacía de la realidad sobre las formas jurídicas (tres áreas ejemplares)
  - Laboral (realidad y protección por encima del contrato)
  - Agrario (posesión por encima del título)
  - Tributario y SS (principio de unidad económica vs. división jurídica)
- Contratos (contrato es ley entre las partes) y el 1023 del Código Civil
- Propiedad vs. ambigüedad y discrecionalidad de legislación ambiental y urbana
- Obligaciones: Responsabilidad objetiva y formal
- Der. Administrativo: libertad y autorizaciones regladas vs. permisos discrecionales
- Der. Constitucional: el cajón de sastre (art. 50 Cons. Pol.) y la “razonabilidad”
- De la igualdad jurídica a la “igualdad real” (discriminación positiva y cuotas)

# ***Seguridad Jurídica en cuestión...***

## **Los contratos son ley entre las partes (artículo 1045 del CC).**

En la práctica, el principio ha sido modificado por nuevos principios, primero en el ámbito laboral al establecer la imposibilidad de contratos laborales por debajo de los estándares mínimos de la Ley y el Código de Trabajo; luego por la reforma al artículo 1023 del Código Civil, por el que bajo ciertas condiciones, los contratos no son válidos...

Regla: Los contratos son vinculantes para las partes hasta que no se pruebe su ilegitimidad. Ahora se ha modificado argumentando la “primacía de la realidad sobre las formas jurídicas” (lo que se ha extendido al grado de que ...). Tres áreas han sido especialmente sensibles: a) la Laboral (realidad y protección por encima del contrato); b) la Agraria (primacía de la posesión por encima del título de propiedad), c) la Tributaria y de la Seguridad Social (principio de unidad económica vs. responsabilidad jurídica limitada de las sociedades civiles y comerciales). Un elemento clave del desarrollo económico, vino dado por la creación de entidades de responsabilidad limitada (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.), cuyo objetivo era separar el riesgo y el patrimonio de la persona jurídica (la sociedad) de las personas físicas que las conforman. Hoy, con el argumento de levantar el velo societario, se pretende hacer recaer sobre las personas físicas responsabilidades propias de las personas jurídicas. Para evitar el abuso, ya el derecho penal, sancionaba el fraude de ley... Pero ahora, se otorga crecientemente a entidades administrativas el poder de imponer responsabilidades más allá de la persona jurídica.

# *Seguridad Jurídica en cuestión...*

**Los contratos son vinculantes para las partes hasta que no se pruebe su ilegitimidad.**

Ahora se ha modificado argumentando la “primacía de la realidad sobre las formas jurídicas” (lo que se ha extendido al grado de que ...). Tres áreas han sido especialmente sensibles: a) la Laboral (realidad y protección por encima del contrato); b) la Agraria (primacía de la posesión por encima del título de propiedad), c) la Tributaria y de la Seguridad Social (principio de unidad económica vs. responsabilidad jurídica limitada de las sociedades civiles y comerciales). Un elemento clave del desarrollo económico, vino dado por la creación de entidades de responsabilidad limitada (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.), cuyo objetivo era separar el riesgo y el patrimonio de la persona jurídica (la sociedad) de las personas físicas que las conforman. Hoy, con el argumento de levantar el velo societario, se pretende hacer recaer sobre las personas físicas responsabilidades propias de las personas jurídicas. Para evitar el abuso, ya el derecho penal, sancionaba el fraude de ley... Pero ahora, se otorga crecientemente a entidades administrativas el poder de imponer responsabilidades más allá de la persona jurídica.

# *Seguridad Jurídica en cuestión...*

## **Principio de la carga de la prueba a favor de la libertad y de los contratos.**

Este principio se expresa en que: quien acusa o se opone a un acuerdo privado o a una actuación privada, debe probar su acusación y el fundamento de su oposición. El principio se ha tergiversado imponiendo la prueba de la bondad o fundamento de nuestros actos y contratos, con la consiguiente reversión de la carga de la prueba. Dos ejemplos:

Principio precautorio e impacto ambiental. Conforme a este principio, el interesado debe probar que no causará ni ha causado daño al ambiente. Que en caso de duda, privará la prohibición de actuación privada sobre una propiedad o un emprendimiento.

Legitimación de capitales. La extensión de este instrumento de lucha contra el lavado de dinero, ha convertido a todo inversionista o emprendedor en culpable hasta que no pruebe la legitimidad de sus haberes.

La idea de que la propiedad solo admite limitaciones establecidos por Ley calificada (por mayoría calificada para limitar socialmente el derecho de propiedad y la libertad de empresa, conforme a los artículos 45 y 46 de la Constitución. Hoy, sin embargo, se admiten Leyes genéricas que otorgan amplia ambigüedad y discrecionalidad a las autoridades administrativas para limitar ampliamente la propiedad y la libertad de empresa (sobre todo en materia de legislación ambiental)

# *Seguridad Jurídica en cuestión...*

## **La idea de que únicamente por Ley formal pueden limitarse derechos fundamentales,**

Ha venido a desnaturalizarse o rebajarse al permitirse legislación general (no siempre calificada: aprobado por dos tercios del total de los Diputados), genérica (no específica), sobre la que se fundan reglamentaciones administrativas extensivas sobre el derecho de propiedad y la libertad de empresa. En la práctica, esas reglamentaciones administrativas y hasta planes reguladores, han venido a limitar (ex novo), el ejercicio de derechos constitucionales como la propiedad y la libertad de empresa. Las normas habilitantes son normalmente genéricas sin determinar parámetros claros para la regulación y limitación reglamentarias. No son, pues, reglamentaciones que desarrollan mandatos legales, sino reglamentaciones que limitan ampliamente derechos constitucionales. En el Derecho Administrativo, la regla era la libertad y las potestades administrativas para regular esa libertad debían fundarse en potestades asignadas por Ley (principio de Reserva de Ley), eran de interpretación restrictiva y necesitaban una habilitación legal no genérica para la actuación administrativa (principio de legalidad),

## *Seguridad Jurídica en cuestión...*

**Libertad (negative bindung) para la particulares; legalidad para la Administración Pública (positive bindung).**

Conforme al principio de libertad, todo lo que no está prohibido está permitido; según el principio de legalidad, la AP solo puede hacer lo que la Ley lo habilita a hacer. Es decir, la AP necesita una habilitación legal previa para actuar (solo puede querer lo que la Ley quiere que quiera). Hoy, sin embargo, se admiten habilitaciones genéricas a la AP (su libertad de acción restringe la libertad de los particulares) y se exigen habilitaciones específicas para casi todos los actos de particulares (permisos, licencias, patentes, autorizaciones), sobre sus propiedades y sus empresas.

# ***Seguridad Jurídica en cuestión...***

## **Principio de libertad**

(está permitido todo lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico según la escala jerárquica de sus fuentes y solo por ley formal podía establecerse limitaciones a la libertad) y autorizaciones regladas vs. permisos discrecionales

La progresiva imposición de la Responsabilidad objetiva y formal (antes la responsabilidad era por actos culpable dañinos). En tesis de principio, quien reclama una responsabilidad de un tercero debe probar tanto la existencia efectiva del daño, como la imputación y culpabilidad de la persona a quien se atribuye el daño (el sujeto responsable). Hoy cada día las administraciones públicas imponen a los particulares responsabilidades objetivas (independientemente de la culpa del responsable del daño), e incluso responsabilidades por actos de terceros. Para ello han acudido a una ampliación de las llamadas responsabilidades objetivas (propias del derecho administrativo para las entidades públicas), o de las llamadas responsabilidad por riesgo, más allá de la existencia de esos “riesgos”.

## ***Seguridad Jurídica en cuestión...***

**Los derechos constitucionales tenían el mismo rango y debía buscarse una interpretación armónica entre unos y otros.**

En los últimos años, sin embargo, la tendencia de las autoridades y de la propia jurisdicción constitucional (llamada a garantizar esos derechos) es a sostener la primacía del artículo 50 y la interpretación extensiva de los párrafos finales de los artículos 45 y 46 de la Constitución, por sobre los principios de libertad (artículo 28) y de reserva de ley (artículo 28, párrafo segundo), y los derechos de propiedad (artículo 45) y de libertad de empresa (artículo 46 párrafo primero). De esta manera, el artículo 50 de la Constitución se ha convertido en una especie de cajón de sastre, que habilita todas las limitaciones a las libertades económicas y a la propiedad.

## *Seguridad Jurídica en cuestión...*

### **La igualdad de derechos.**

Este principio se ha tergiversado acudiendo a una extensiva interpretación de la llamada “igualdad real”, que habilita a establecer discriminaciones positivas y hasta cuotas, menoscabando el principio de igualdad de derechos, puesto que con el argumento de la búsqueda de una igualdad material (que no se alcanza), se distorsiona y desaplica la igualdad de derechos.

## ***Seguridad Jurídica en cuestión...***

**La Propiedad y la libertad de empresa** se enfrenta a la ambigüedad (dificultad para descubrir lo lícito de lo ilícito) y a la discrecionalidad que otorgan a autoridades y entidades administrativas, la legislación ambiental y urbanística; de manera que es prácticamente imposible descubrir antes de realizar una iniciativa empresarial, si es legal o ilegal lo que se va a desarrollar. Peor aún: una persona o empresa puede cumplir y obtener autorización para realizar una actividad (una licencia de construcción, una concesión minera, un contrato administrativo) y luego toparse que la autorización es ilegítima o inválida, porque algún ente consideró ilegítima la autorización. Ilegitimidad que no nace de una actuación delictiva (fraude de ley, peculado, prevaricato, etc.) sino de una “nueva interpretación” de alguna autoridad administrativa o jurisdiccional.

# MORAL (intenciones), ECONOMÍA (resultados), DERECHO (acciones)

- En lo moral, interesan especialmente las intenciones (buenas o malas);
- En Economía, por ejemplo, interesan los resultados (ganar las elecciones, aprobar una ley, desarrollo humano, crecimiento económico), independientemente de las buenas o malas intenciones de sus autores).
- En el Derecho interesan especialmente las acciones;
- En Derecho, los resultados y las intenciones también cuentan, pero siempre relacionadas a las acciones. Un mal administrador (público o privado), puede causar más daño que un ladrón; pero el primero será normalmente absuelto penalmente y hasta puede ganar una demanda laboral si se le despide por esa causa; mientras que el segundo habrá de ser condenado. El deseo de hacer el bien, de pagar los impuestos, de ayudar a los demás, puede ser moralmente aprobado, pero jurídicamente lo que cuenta es la acción de hacer el bien, de ayudar a los demás y de pagar los impuestos (aunque lo hagamos de mala gana). Cuando una persona dispara a otra persona, las intenciones y los resultados también cuentan. Si lo hizo sin intención (sin dolo), o no resultó en la muerte de la persona; la pena y las indemnizaciones exigibles serán distintas.
- El Derecho, pues, se mueve entre la ética (intenciones) y la economía (resultados). La ética no es ajena a las acciones ni a los resultados, pero se centra en las intenciones. La economía, no es ajena a las intenciones ni a las acciones, pero se centra en los resultados. El derecho se funda, esencialmente, en las acciones; pero las intenciones y los resultados, no le son ajenos.

# DERECHO Y REALIDAD

## *Efectividad (vigencia efectiva): 5 condiciones*

1. Condiciones institucionales y objetivas (metajurídicas: económicas, culturales, etc.). Desarrollo y operación de mecanismos públicos que impulsen, arbitren o apoyen el cumplimiento de las reglas esenciales de la sociedad.
2. Reconocimiento normativo (constitucional, internacional o legal) de los mismos, incluyendo una “tipicidad” adecuada de esos bienes, derechos o valores.
3. Desarrollo y operación efectiva de mecanismos jurisdiccionales que los protejan (“exigibilidad”), incluyendo “desincentivos”, responsabilidades y sanciones por su incumplimiento o irrespeto.
4. Operación y vigencia del Estado de Derecho (sujeción de las autoridades al ordenamiento jurídico)
5. Seguridad jurídica (reglas claras y predecibles en su aplicación). No distorsión de los principios básicos (contrato: ley entre las partes, carga de la prueba, principio de libertad para los particulares, responsabilidad limitada)

----EQUILIBRIO: CURVA DE EFECTIVIDAD JURÍDICA----

Tipicidad entiende la redacción o creación del tipo jurídico y la frontera jurídica del valor protegido (la forma en que se expresa el “derecho”)

Exigibilidad se entiende la “justiciability” o justiciabilidad, esto es, los mecanismos jurisdiccionales para obligar a la vigencia de los valores tutelados típicamente, para imponer responsabilidades y obligaciones concomitantes y para exigir reparación en caso de quebrantos de ese valor tutelado. ORDOÑEZ, Jaime