

CAPÍTULO 4

LA EFICACIA MEDIANTE LA APLICACIÓN DE NORMAS

Hay una relación que intuitivamente parece incontrovertible entre eficacia como realización de conductas (E1) y la aplicación de las normas en caso de su incumplimiento. No importa cuán bien diseñada esté una norma jurídica, si no hay consecuencias por violarla, su poder de guía disminuye sustantivamente. Ello es así incluso cuando la ley es «significativa» para los sujetos o sus razones son lo suficientemente comprendidas por los destinatarios como para motivar su cumplimiento (y por los restantes miembros de la comunidad como para ejercer una presión social para motivar su cumplimiento). De acuerdo con HART:

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquel ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas «reglas de adjudicación». Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir (HART, 1998: 20).

Como se dijo, las intuiciones, incluyendo la contenida la cita del párrafo anterior, parecen coincidir en que hay una vinculación entre eficacia en la aplicación (E2) y eficacia como adecuación de las conductas a la norma (E1), sin embargo, la coincidencia de intuiciones no comparte siempre los fundamentos o razones de cómo y por qué se presenta esa relación. Estos fundamentos pueden ser distinguidos del siguiente modo: la relación entre E1 y E2 se puede presentar, a) al *reemplazar* la eficacia en E1 mediante la aplicación, b) al *in-*

centivar la eficacia en E1 mediante la aplicación o, c) al entender que hay una forma de eficacia simplemente con la aplicación (que no se vincula con E1).

La referencia que se hace aquí a «la aplicación de la ley o de las normas» es amplia y puede sintetizarse en el hecho de que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de una norma y, en caso de no ser posible, le imponga al incumplidor una sanción (HIERRO, 2003: 139).

La adjudicación o aplicación de la ley requiere necesariamente de diversas etapas: (a) un aspecto pre-adjudicativo vinculado a actividades de fiscalización, prevención y control por parte del Estado. Este tipo de actividad del Estado puede no estar presente en algunos casos, especialmente vinculados al derecho privado, cuando los particulares tienen la postestad de acudir directamente a los tribunales o a otros órganos de adjudicación. La etapa de pre-adjudicación ha recibido generalmente menos atención que la de adjudicación, aunque parece ser sumamente relevante. Naturalmente también incluiré (b) las actividades propiamente de adjudicación como la que despliegan el poder judicial y otros órganos (instancias administrativas de resolución de controversias, por ejemplo); y (c) las actividades de post-adjudicación, es decir, aquellas acciones necesarias para hacer cumplir la resolución dictada en la etapa de adjudicación. Si todo el proceso desde la pre-adjudicación a la adjudicación funciona correctamente, pero luego el Estado es incapaz de hacer valer la consecuencia impuesta o incumple el incentivo prometido, la capacidad de la aplicación para promover la eficacia (en cualquiera de los fundamentos que se verán) se pierde significativamente.

Por otra parte, pareciera que cuando se hace referencia a esta versión de la eficacia como aplicación o mediante la aplicación (E2), es necesario no solo que se concluya el proceso de adjudicación, sino que además se aplique la norma ineficaz en E1, esto quiere decir, que se la declare incumplida, violada, quebrantada, etcétera. De lo contrario, atribuir algún efecto sobre la eficacia en E1 parece inviable si finalmente se declara que N1 no fue ineficaz en E1.

4.1. FUNDAMENTO 1: EFICACIA COMO APLICACIÓN PARA RESOLVER LA INCONMENSURABILIDAD DE LA OBEDIENCIA

Ya hemos visto en 2.4 que hay un problema (que es bastante relativo) en la evaluación de la eficacia como realización (E1) (en cualquiera de sus versiones: correspondencia, acatamiento o cumplimiento) que se presenta respecto de las normas eminentemente generales cuyo cumplimiento requiere una conducta pasiva. Como se dijo, se trata de normas que imponen deberes negativos generales, *erga omnes*, y tienen un número inmenso, tendiente al infinito de

ocasiones de cumplimiento (en la mayor parte de las ocasiones, la mayor parte de los sujetos normativos no matamos, no lesionamos, no robamos, etcétera) (HIERRO, 2003: 79). Se trata de normas que generan el problema de la «incommensurabilidad de la obediencia» (HIERRO, 2003: 79). Como también se ha adelantado, el problema es relativo, pues si variamos la idea de que la eficacia debe medirse de manera exclusivamente cuantitativa o si abandonamos la idea de la mitad más uno para aceptar que hay eficacia, el problema deja de ser tan importante.

Un posible fundamento (fundamento 1) de la idea de la eficacia como aplicación (E2) es justamente el problema de la incommensurabilidad de la obediencia: si no es posible determinar la ineficacia (y por lo tanto tampoco el grado de eficacia) de N1 en E1 entonces la aplicación de N1 en E2 puede ser un indicador de su incumplimiento y un modo de tornarla eficaz.

Sin embargo, este primer posible fundamento ha sido criticado por no resolver realmente el problema. Como propone HIERRO reconstruyendo el pensamiento más difundido sobre el tema, (1) una norma jurídica es eficaz (en E1) si es general y mayoritariamente cumplida, o (2) una norma jurídica es eficaz (en E2) si, cuando no es cumplida, es general y mayoritariamente aplicada (HIERRO, 2003: 141). De lo anterior se infiere que (a) la norma será eficaz si es general y mayoritariamente cumplida (eficaz en E1), aun cuando en los casos de incumplimiento la norma no fuese general y mayoritariamente aplicada (ineficaz en E2); (b) la norma será eficaz si aun siendo general y mayoritariamente incumplida (ineficaz en E1), fuese general y mayoritariamente aplicada (eficaz en E2) (*ibid.*). Por lo tanto, si esto es así, la situación descrita en (a) impide que se resuelvan, a través de la faceta de la aplicación, los casos de incommensurabilidad de la obediencia. Ello pues el problema radica en que adicionar la faceta de la aplicación no cambia en nada la dificultad para superar la tendencia al infinito de situaciones de cumplimiento de este tipo de normas que se consideran como comportamientos adecuados (eficacia E1).

Por otra parte, aun aceptando el razonamiento integrado por a) y b) como sin deficiencias para resolver el problema de la incommensurabilidad de la obediencia, este fundamento tiene la dificultad, de que requiere que la norma sea «general y mayoritariamente aplicada» por los tribunales para ser eficaz en caso de que la norma sea «general y mayoritariamente incumplida» por lo que hay una expectativa de exhaustividad en su aplicación. Como se verá también en los fundamentos siguientes, la idea de la eficacia como aplicación cuando requiere que se materialice de forma exhaustiva o cuasi exhaustiva es de imposible realización ya que, como es notorio, no todos los incumplimientos son llevados a una instancia de adjudicación. Aunque es imposible saber siquiera de forma aproximada la «cifra negra» de incumplimientos no denunciados o llevados a alguna instancia de adjudicación esta parece ser mucho mayor que los hechos que sí son llevados a instancias de posible adjudicación.

4.2. FUNDAMENTO 2: EFICACIA MEDIANTE LA APLICACIÓN COMO REALIZACIÓN FÁCTICA DE LAS CONDUCTAS OMITIDAS EN E1

El fundamento 2 se asienta en posibilidad de que mediante la aplicación (E2) se puedan reemplazar los resultados de la ineficacia en E1. Si bien es aceptable que, en ciertos casos, la aplicación de la ley puede devolver las cosas al *statu quo* anterior a la infracción o puede obligar a aquellos que han infringido la ley a cumplir con ella (pagar los impuestos evadidos o devolver la cosa dañada a su estado anterior, por ejemplo) por diversas razones la idea de aplicación como realización fáctica de E1 resulta deficiente. Sin pretender profundizar en los problemas que presenta, se identificarán algunos de ellos:

a) Muchas normas no pueden ser eficaces (en el sentido de realizar la conducta prescripta) mediante la aplicación. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho penal, en el cual la aplicación de las normas puede derivar en la declaración de culpabilidad y privación de la libertad del autor u otra sanción, pero, por lo general (hay excepciones), no en darle eficacia, en el sentido de E1, a la norma incumplida;

b) Por otro lado, los casos en que los reclamos por incumplimiento de las normas llegan a ser aplicadas por los tribunales son, en términos generales, numéricamente insignificantes, como ya se adelantó. De este modo, la ausencia de eficacia (E1) como motivación de la conducta difícilmente se vea sustituida por la eficacia mediante la aplicación, al menos no de una manera significativa y en su sentido agregativo: si la mayoría de los sujetos en la mayoría de las oportunidades no realiza C1 (que es ordenada por N1) difícilmente la aplicación logrará la producción de esa «mayoría» de conductas realizadas o no realizadas (cualquiera sea el criterio de mayoría necesario o considerado en cada caso).

c) Lo mismo ocurre con los problemas de ineffectividad derivados de la ineficacia: difícilmente se alcancen los resultados sociales esperados si la eficacia se pretende remediar caso a caso mediante la aplicación de la norma incumplida.

d) Finalmente, una norma que solo fuese eficaz mediante la aplicación no sería eficaz en el sentido de acatamiento o cumplimiento que le he dado al término en este trabajo. Como explica POSTEMA, si una sociedad se rigiera por un conjunto de normas generales en la cual el comportamiento de sus miembros se encontrase en gran medida de conformidad con ellas, pero únicamente en virtud de los esfuerzos de un vasto ejército de funcionarios encargados de hacerlas cumplir, no serían las normas las que guiarían la conducta de los miembros de esa sociedad sino las acciones de quienes las hacen cumplir (POSTEMA, 2012: 86).

4.3. FUNDAMENTO 3: EFICACIA COMO APLICACIÓN POR DISUASIÓN INDIVIDUAL

Hay otro fundamento que explicaría la relación entre la aplicación y la eficacia (E1) mediante un efecto indirecto: el que se presenta como la disuasión (o incentivo) sobre la persona condenada o declarada responsable para no volver a infringir la norma (disuasión especial) (Véase FRIEDMAN, 1975: 67-73). Sin embargo, la disuasión individual presenta una situación que es solo de relativa importancia para conseguir que la norma adquiera eficacia como acatamiento o cumplimiento (E1) en un sentido agregativo, pues, al igual que en los supuestos anteriores, se requeriría que llegaran a la instancia de aplicación una cantidad de casos muy significativa para que la aplicación de la ley se transformara en un mecanismo que produjera la eficacia de la norma primaria mediante la disuasión individual en su versión agregativa. Nuevamente el problema de la exhaustividad o del alto grado estadístico exigido a la aplicación y la exigencia de adjudicación positiva (condena, sanción, etcétera) vuelven a este fundamento al menos incompleto para sostener una vinculación fuerte entre E2 y E1.

Un caso de excepción a la objeción anterior sobre la exhaustividad sería que los incumplidores y condenados fueran un conjunto muy reducido de personas que concentran todas o casi todas las oportunidades de cumplir o violar N1 (como las automotrices o las empresas petroleras) por lo que la disuasión individual al promover cambios en los futuros comportamiento de estos sujetos podría generar realmente eficacia en E1 en su sentido individual y agregativo, y también cooperar para su efectividad. Imaginemos que las cinco empresas automotrices de un país son condenadas por violación a N1 que las obliga a brindar cierta información a los consumidores; es previsible que no volverán a realizar la actividad por la que se las condenó y al ser una condena que abarca a la totalidad de los sujetos normativos obligados por N1, puede generar eficacia en E1 e incluso que se alcancen los resultados esperados debido a la exhaustividad del caso (es decir, que además de ser eficaz la norma será efectiva). En ciertos ámbitos como el del consumo cuando los oferentes son limitados o hay un oligopolio o en el ámbito de la protección de la competencia comercial es posible encontrar mejores perspectivas de que el fundamento de la disuasión individual tras la adjudicación genere mejoras o resuelva la ineficacia en E1 e incluso promueva la efectividad.

4.4. FUNDAMENTO 4: EFICACIA COMO APLICACIÓN Y DISUASIÓN GENERAL

Este fundamento nos propone una segunda relación indirecta entre aplicación como eficacia (E2) y eficacia (E1): la disuasión general. Esta es tal vez

más interesante y amplía en cuanto a sus posibles alcances que las de los fundamentos anteriores, aunque como debilidad podemos identificar que para ser eficiente requiere de algunas precondiciones jurídicas y fácticas que no siempre están aseguradas. Cuando están presentes las precondiciones jurídicas y fácticas (por ejemplo, hay un buen sistema de detección de infracciones, hay rapidez en la aplicación de normas, existe alguna relevancia cuantitativa en la relación infracción-aplicación, las sanciones son adecuadas, se da publicidad a las sentencias, etcétera), la disuasión puede ocurrir de manera más general y este pareciera ser el canal más importante para influir en la eficacia como motivación de la conducta (E1).

Como se adelantó, la aplicación de la ley puede ser más o menos influyente en la disuasión general dependiendo del tipo de norma incumplida: para ciertas normas la eficacia como motivación de la conducta (E1) dependerá de una manera directa y más constante de la eficacia como aplicación (E2) (por ejemplo, la eficacia como acatamiento de la norma que penaliza la omisión de declarar ciertos bienes para el pago de tributos sobre el patrimonio), mientras que en otro tipo de normas la relación entre eficacia en la aplicación y eficacia como acatamiento será más débil (como en las normas que obligan a alimentar a los hijos o prohíben la profanación de tumbas o el incesto). Esta diferencia se puede explicar por el hecho de que hay normas jurídicas que coinciden fuertemente con normas sociales (o morales o religiosas). Por ello, en estos últimos casos, la aplicación de la norma por parte del Estado tendrá *per se* un efecto de disuasión general menos importante. Sobre este tema del refuerzo mutuo entre normas sociales y normas jurídicas se volverá en los capítulos 8 y 9.

Por el contrario, con relación a las normas jurídicas que no tienen un fuerte respaldo en normas extrajurídicas, su eficacia puede estar relacionada de manera más directa y proporcional con su aplicación. Es esperable frente a una huelga de policías o del poder judicial que los casos de canibalismo o de privación de alimentos a los hijos no se disparen, pero sí que todos dejemos de pagar por el aparcamiento en la vía pública.

Volvamos a esas precondiciones jurídicas y fácticas antes mencionadas: hay una relación entre la pre-adjudicación (detección de infracciones), la adjudicación y la post-adjudicación (aplicación de sanciones o cumplimiento de los incentivos) y el diseño de las sanciones e incentivos, que resultan relevantes para que la eficacia en la aplicación (E2) sea efectiva para promover la eficacia como motivación de la conducta (E1) en la disuasión general. En el diseño institucional que genera estas condiciones fácticas la actividad legislativa es otra vez relevante.

En primer lugar, la relación entre la sanción o el incentivo y la conducta incumplida/cumplida debe ser suficientemente equilibrada como para que motive el cumplimiento por parte de los sujetos normativos y no desmotive el cumplimiento por parte de los jueces por considerar desproporcionada la san-

ción o el incentivo. Sin embargo, en la ecuación que debiera hacer el legislador también tendría que incluirse la consideración de la capacidad del Estado en la etapa de pre-adjudicación y post-adjudicación, ya que incluso sanciones adecuadas o equilibradas (que incentivaran a las personas a cumplir y a los jueces a aplicarlas), podrían resultar de menor relevancia (o irrelevantes) si el problema es el mal funcionamiento de la etapa de pre-adjudicación o de post-adjudicación.

Para entender mejor esta idea podría servir como herramienta una adaptación muy simplificada de lo que en estadística se llama «esperanza matemática» o «valor esperado» (VE) y que se ha aplicado —entre otras muchas cosas— a explicar las elecciones racionales en los juegos de azar, como las loterías, a través de la relación entre el premio obtenido y la probabilidad de acertar. Trataré de adaptar esos términos a las necesidades de este texto: el valor esperado de un resultado incierto (en este caso ser sancionado por incumplir una norma) es igual a la multiplicación del valor de las consecuencias de ese resultado (la sanción o el incentivo) por la probabilidad de que esas consecuencias tengan lugar (la probabilidad de ser efectivamente sancionado) (Cfr. FERRER, 2008: 104). De este modo, el legislador debería valorar cuidadosamente las opciones de aumentar las sanciones, por ejemplo, por evasión impositiva, o mejorar el sistema de pre-adjudicación (haciendo más eficaz y eficiente la detección de estos casos) y/o mejorar el sistema para hacer más efectiva la concreción de la sanción (por ejemplo, el cobro de las multas por evasión impositiva).

Veamos algunas posibles combinaciones entre estos factores: si existe 0,2 de que una sanción por evasión impositiva sea efectivamente realizada (probabilidad de sanción, P_s) y la sanción (S) para el caso es de 10.000 euros de multa, el VE será de 2000; mientras que si se eleva (P_s) a 0,7 y se reduce (S) a 5.000 euros de multa, el VE será de 3.500 y por lo tanto una ecuación más efectiva como herramienta para generar el cumplimiento de las obligaciones impositivas y para la prevención general. En otro caso, el incumplidor de las obligaciones impositivas, aun sabiendo que si lo condenan existe un 0,7 de probabilidad de ser efectivamente ejecutado (P_s) tendrá pobres incentivos para cumplir la ley si lo que falla es el sistema de pre-adjudicación: es decir, si las chances de que el incumplimiento sea detectado son muy bajas, el valor esperado del cumplimiento descenderá. Continuando con el ejemplo anterior en el cual 0,7 (P_s) con una multa (S) de 5.000 Euros era una combinación más efectiva (arrojaba un VE de 3500), veremos que si la probabilidad de preadjudicación (P_p) se mantiene en un índice alto, por ejemplo en 0,8 el VE apenas disminuye (obtenemos en este caso un VE 2.800), mientras que si (P_p) desciende a 0.3 el VE se reduce a 1050 por lo que el estímulo para cumplir la ley (o el coste de incumplir) disminuye, y de este modo la aplicación de la ley como mecanismo de promoción de la eficacia ($E1$) es menos efectivo.

En síntesis, cuanto más alto es el VE, el incumplimiento de la ley genera más riesgos para el incumplidor (más oportunidades de ganar una lotería de la «fortuna inversa») y habrá más probabilidades de que la aplicación de la ley sea buen conductor para mejorar la eficacia como motivación de la conducta por disuasión general.

Finalmente, si bien el fundamento de la disuasión general requiere de un número relevante de adjudicaciones positivas para funcionar, a diferencia de los anteriores no requiere exhaustividad. La publicidad de los casos de aplicación de la norma incumplida también contribuye a promover la disuasión y pueden compensar la carencia de volumen de condenas en algunos casos.

4.5. FUNDAMENTO 5: EFICACIA COMO APLICACIÓN POR RESTITUCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO QUEBRANTADO

Es posible pensar en un fundamento distinto de la eficacia como aplicación que se caracteriza por su no instrumentalidad con E1 (no está orientado a lograr que se realice E1). Este fundamento propone que a través de la aplicación se restaura la eficacia en un sentido no fáctico, reafirmandose la vigencia, la confianza y la importancia de la norma ineficaz (en E1) y/o del derecho en general.

Los desarrollos que han hecho los teóricos del derecho penal al describir la prevención general positiva son útiles para comprender la idea de la sanción como restauración del orden jurídico o de la norma violada (entre muchos otros JAKOBS 1997, 9 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, 2006; MIR PUIG, 1986). Este fundamento de la eficacia (E2) como restauración del orden jurídico o de la norma ineficaz, no requiere exhaustividad en la aplicación ni parece requerir un alto índice de ocurrencia. El efecto es comunicativo como en el fundamento anterior, pero de una manera diferente que en la prevención general pues no tiene ninguna pretensión de cambiar el estado de cosas del mundo (por ejemplo, hacer eficaz N en E1), y no requiere por tanto la exhaustividad o el alto grado de ocurrencia que se presentaron como debilidades en los restantes fundamentos, especialmente en los tres primeros. Como contrapartida este fundamento de la eficacia como aplicación, si bien evita algunas de las dificultades señaladas anteriormente, es el menos relevante para promover eficacia en E1 (no le resulta relevante ser relevante) y en un planteo como el que aquí se efectúa preocupado por la relación eficacia-efectividad es una solución imperfecta.

4.6. ESTADO DE DERECHO, SEGURIDAD JURÍDICA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Otro aspecto que resulta importante respecto de la aplicación de las normas jurídicas es que para que se produzcan las eventuales consecuencias positivas que se han señalado anteriormente con relación a la eficacia (E1), los procesos deben enmarcarse en los requisitos mínimos del estado de derecho y ser respetuosos de ciertas garantías procesales¹.

La actividad principal que se lleva adelante en los procesos judiciales es la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula ciertas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho (FERRER BELTRÁN, 2003: 27).

El proceso judicial, además de buscar la verdad para poder llevar adelante la adjudicación, es decir, el dictado de una sentencia que resuelva el caso, cumple innegablemente otras funciones que podrían ser identificadas como *sociales* por su relevancia más allá de la resolución del caso entre las partes. Algunas de ellas se han identificado anteriormente: por ejemplo, la disuasión general e individual a través de la aplicación de normas primarias incumplidas o la restitución del orden jurídico quebrantado. Para identificar estas funciones sociales generales del proceso es necesario contextualizar al proceso dentro

¹ En otros trabajos me he dedicado con más profundidad a la cuestión del estado de derecho (ver FERNÁNDEZ BLANCO, 2020 y 2018), pero quisiera, aunque más no sea reproducir aquí los que considero son los requisitos mínimos consensuados de una versión formal del Estado de derecho: (1) la sujeción de las autoridades y las personas a la ley (o dicho de otra forma las personas y las autoridades deben ser guiadas por la ley). (2) La imposibilidad de modificar la ley si no es de acuerdo con procedimientos que se encuentran establecidos en la propia la ley; (2.a) la imposibilidad de modificar el contenido de la ley si existe una prohibición de hacerlo en ese sentido o una obligación de mantener el contenido de la ley. (2) y (2.a) son una consecuencia necesaria de la sujeción de las autoridades a la ley. (3) Para que (1), (2) y (2.a) sean posibles es necesaria la existencia de una relación de jerarquía de al menos un grado entre diversos tipos de leyes, siendo perfectamente compatible con el ED la existencia de jerarquías de más de un grado; (4) La necesidad de la existencia de un órgano de aplicación de la ley independiente de quien la crea y ejecuta; y (4.a) algún tipo de controles recíprocos entre las instituciones del Estado con consecuencias para los funcionarios o empleados cuando se incumplen (1), (2), (2.a) y (4) (*accountability*) (véase O'DONNELL, 2002: 324). Como parte del paquete mínimo del ED también se señalan algunas características que debieran tener las leyes. En este sentido, comparten los autores sin discusión que: 5) las leyes deberían ser públicas, generales, claras y comprensibles, prospectivas, fácticamente realizables y mínimamente estables. (5.a) Para poder guiar las conductas de las personas y funcionarios las leyes deben intentar conformar un sistema consistente. (6) Las normas deben aplicarse estricta e imparcialmente a los casos particulares y (6.a) el acceso a la justicia debe estar garantizado de manera amplia. (7) La igualdad ante la ley es también parte del acuerdo básico sobre estado de derecho vigente pero, por supuesto, no hay acuerdo sobre qué significa o qué alcance debería tener esta igualdad. Hace algunos años O'DONNELL sostenía que el consenso entre los actores políticos y los pensadores era en este punto solamente acerca de la *igualdad formal* (*ibid.*: 311-312). Hoy, sin embargo, podríamos afirmar que existe una aceptación de la idea de igualdad material que es por el momento *gradual*. Por ejemplo, nadie dudaría en afirmar la necesidad de igualar las condiciones de accesibilidad para las personas con discapacidades físicas, pero ya en el plano de las medidas de acción positiva en el acceso a cargos políticos para las mujeres la discusión será seguramente menos pacífica.

del esquema general de los propósitos del derecho que, como ya se ha adelantado y simplificando enormemente, es principalmente, aunque no de manera exclusiva, motivar la conducta de los sujetos normativos (ser eficaz en E1).

La concepción del proceso delineada más arriba, por la que se busca establecer la verdad como correspondencia, es la que mejor conduce a cumplir esta función social general del proceso dentro del esquema del derecho. En efecto, si el establecimiento de la ocurrencia de los hechos en el proceso no estuviese orientado a que estos correspondiesen de la forma más ajustada posible (y dentro de las posibilidades que brinda el contexto del proceso) a lo ocurrido, sería difícil que los restantes sujetos motivaran sus conductas en el derecho (disuasión general) o que lo hiciera el mismo sujeto en otra oportunidad (disuasión individual). Dicho de otro modo, si fuera el capricho o arbitrio del juez quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas para esa conducta, no podría motivarse la conducta de los habitantes puesto que ésta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación (FERRER BELTRÁN, 2003: 27). Del mismo modo, si por ausencia de independencia o imparcialidad (o por cualquier otro motivo), fuese el magistrado el que impusiera las consecuencias jurídicas a su arbitrio, se generaría una disminución en la motivación para cumplir las normas ya que, otra vez, la conducta (el antecedente fáctico) resultaría irrelevante debido a que las consecuencias de ella no resultarían fáciles de prever y esta situación permitiría, de algún modo, especular con la aleatoriedad o la incerteza de las consecuencias de actuar en contra de lo que las normas disponen. Similares consecuencias se pueden advertir ante la ausencia de la aplicación *estricta* de la ley o en violación a la igualdad.

Es también posible ampliar el listado básico de requisitos generalmente consensuados del estado de derecho y agregar una visión del estado de derecho orientada a lo procesal (*procedural rule of law*) que de acuerdo con WALDRON serían requisitos universales del estado de derecho aplicables a los procesos. Estas exigencias son las siguientes: a) ser oído por un tribunal imparcial que tenga la obligación de actuar a partir de pruebas y argumentos formalmente presentados ante él en relación a normas jurídicas que regulen la imposición de penas, estigmas, sanciones o pérdidas económicas, entre otras consecuencias; b) jueces y magistrados formados jurídicamente cuya independencia de otros poderes esté asegurada; c) el derecho a ser representado por un abogado que cuente con el tiempo y la oportunidad necesarias para preparar el caso; d) el derecho de estar presente en todos los estadios críticos del proceso; e) el derecho de confrontar o interpellar testigos que declaren en contra del imputado; f) la seguridad de que las pruebas presentadas por el gobierno han sido obtenidas de una manera apropiada; g) el derecho a presentar prueba en beneficio de uno mismo; h) el derecho a exponer argumentos jurídicos sobre la valoración de la prueba y sobre la relevancia y pertinencia de las normas jurídicas

relevantes para el caso; i) el derecho a que el tribunal exponga las razones que sustentan la decisión y que estas sean sensibles o receptivas de las pruebas y argumentos presentados ante el tribunal; j) el derecho a presentar algún tipo de recurso ante un tribunal superior de similar carácter (WALDRON, 2011: 6).

Los requisitos enunciados por WALDRON coinciden, además, en buena medida con las garantías enunciadas en los principales tratados internacionales de protección de los derechos humanos (véanse, entre otros, art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Es decir, la mayoría de los requisitos enunciados por Waldron como necesarios para un Estado de derecho en su versión procesal, son derecho vigente en gran parte de los países occidentales.

Adicionalmente, una mejora en la seguridad jurídica en el ámbito de la aplicación de las normas también contribuiría a mejorar la eficacia de las normas a través de la disuasión general: si la interpretación u otras circunstancias relativas a la aplicación de las normas se mantienen con alguna regularidad y/o no son cambiadas intempestiva y arbitrariamente, las personas tienen mayor posibilidad de acceder al contenido de la norma (que de acuerdo a una visión que comparto no es otro que el que la interpretación otorga) y de prever en el futuro las consecuencias de sus actos pasados, además de poder proyectar hacia el futuro con la relativa tranquilidad de que las reglas del juego no serán súbitamente alteradas. Estas situaciones de estabilidad estimulan que las normas sean acatadas pues de algún modo dan razones adicionales para su cumplimiento ya que podemos conocer, en definitiva, cuándo estamos cumpliendo una norma y cuándo no y también prever las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento. En definitiva, si los procesos de aplicación de la ley se realizan de manera racional, coherente y consistente (ÁVILA, 2015: 220), las posibilidades de que la aplicación de la ley actúe como refuerzo de la eficacia como realización (E1), previsiblemente, aumentarán.

En el ámbito de la aplicación del derecho una mayor fortaleza de la seguridad jurídica exige un esfuerzo adicional o un *plus* de motivación y fundamentación para las resoluciones judiciales cuando se modifica el rumbo de la jurisprudencia total o parcialmente. Finalmente, la duración razonable de los procesos, la publicidad y fácil accesibilidad tanto de la marcha de los procesos judiciales como de las sentencias definitivas o interlocutorias resultan factores que podrían contribuir a reforzar el proceso de sinergia entre aplicación y eficacia de la ley (E1).