

EL ESTADO DE DERECHO, ECONÓMICAMENTE

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Leitmotif económico del Estado de Derecho*. III. *Subutilización económica del derecho*. IV. *Las sugerencias*. V. *El Estado de Derecho como un elemento de Riqueza y Bienestar*. VI. *Comentario final*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo medular de establecer un sistema jurídico es procurar seguridad mediante un Estado de Derecho. Es muy difícil –casi imposible– exagerar su importancia.

Tristemente, dicho objetivo ha sido mediocrementemente logrado. Las causas y sus consecuencias son diversas. Este ensayo se ciñe a las económicas. El motivo es doble. Primero, la esperanza que *apercibir* propicie *corregir*. Segundo, la coyuntura. Actualmente se está librando una batalla intelectual que está cuestionando los paradigmas en vigor, forjados como resultado de las experiencias ganadas primordialmente en el último siglo.

Y ello era de esperarse. De 1948 a verano de 2008 la economía mundial creció más en que los últimos 2000 años. El bienestar económico presente nunca ha sido visto. Pero no es perfecto. Eventos recientes dan testimonio de ello.

El que ello sea causa suficiente para desechar todo lo aprendido es de dudarse. Pero ello no hace que el ejercicio sea superfluo. Al con-

trario, tiene que tener lugar. Las consecuencias de no hacerlo serían graves. Como dice un experto:¹

paradójicamente la historia refleja que las revoluciones estallan precisamente cuando se puede advertir una mejora material.

Y los avances en las comunicaciones hacen conspicuo el fenómeno. Ello magnifica la proclividad del surgimiento de los sentimientos que invitan los movimientos sociales alertados.

Este ensayo aboga que una respuesta reside en nuestra ciencia. La ciencia jurídica. Como defendí en un ensayo reciente: *el Estado de Derecho es un elemento de la riqueza de las naciones*.² Es indispensable para lograr el crecimiento económico. No es una exageración. Es más, casi es un axioma.

No estoy solo en la apreciación. En una obra que debería ser leída por todo estudiante de derecho,³ un destacado maestro de la Universidad de Chicago, Kenneth Dam, se suma a la batalla y analiza razones por las que las instituciones legales son importantes para el desarrollo económico. Concluye que el Estado de Derecho es *esencial* para el desarrollo económico.⁴ En sus palabras:

Las instituciones –y el Estado de Derecho en particular– proveen las llaves para liberar el potencial de crecimiento pleno del mundo en vías de desarrollo.⁵

Tomando el crecimiento económico como barómetro, ¿cuál ha sido el desempeño de México?:⁶ *decepcionante*. Si bien los motivos son diversos, uno merece énfasis: el (también decepcionante) Estado de

¹ Dr. Juan Javier del Granado, en *Un libro del siglo XVI refundido para el siglo XXI*, 2008 (en prensa).

² Francisco González de Cossío, *El Estado de Derecho: un enfoque económico*, Porrúa, México, 2007.

³ Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2006.

⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵ *Ibidem*, p. 10. En sus palabras: “institutions –and the rule of law in particular– provide the keys to unlocking the full growth potential of the developing world”.

⁶ Este ensayo utiliza a México como ejemplo. El motivo: se trata del sistema que más conozco. Sin embargo, las apreciaciones aquí contenidas son transversales a todos los sistemas jurídicos.

Derecho. No estoy solo en la observación. Un (interesante) estudio reciente es ilustrativo.⁷ Si bien versa sobre un tema distinto,⁸ en su conclusión hace alusión a nuestro tema explicando:⁹

La propuesta ... contribuye a mejorar el bienestar de México en una dimensión que ... es esencial para la prosperidad en una sociedad moderna: *reforzamiento del Estado de Derecho* (énfasis en original).

Aclarada la justificación del ángulo económico del estudio del derecho, a continuación abordaré la función económica del Estado de Derecho (§II), su subutilización (§III), procediendo con sugerencias (§IV) para sugerir un modelo conceptual (§V), y concluir con un comentario final (§VI).

Deseo hacer una advertencia preliminar, y es sobre método. A continuación se realizarán observaciones sobre diferentes ramas del árbol jurídico. Es posible (y probable) que el lector denote cierta amplitud y superficialidad. *Amplitud* pues se tocan diferentes aspectos de una multitud de temas que de primera impresión guardan poca relación entre sí. *Superficialidad* pues no se ha analizado exhaustivamente cada uno. No obstante, el hilo conductor de todos los temas, con su respectivo nivel de profundidad, constituye la tesis de este estudio: el instrumento “Derecho” es mal utilizado. Como toda herramienta, es ideal para unas cosas, pero inservible para otras. Hay que saberla utilizar. No es una panacea, y no puede serlo. Tiene (y debe tener) límites. No entenderlo invita a su sub- o sobreutilización. Y así ha ocurrido. Los efectos son visibles en diferentes áreas del sistema jurídico. Visto

⁷ Santiago Levy, *Good Intentions, Bad Outcomes. Social Policy and Economical Growth in Mexico*, Brookings Institution Press, Washington, D. C., 2008.

⁸ Santiago Levy sostiene que el mediocre crecimiento de México en comparación con América Latina y el mundo, en particular en una época en la que todo el mundo se benefició de un crecimiento económico importante, obedece a que la combinación existente de programas sociales es dañina tanto en términos sociales como económicos. Las incoherentes políticas sociales existentes en México le dan a los trabajadores incentivos para buscar trabajos de baja productividad, y estimulan a las firmas a invertir en proyectos que son lucrativos en forma privada pero subóptimas en forma social. En términos generales, la estructura de incentivos implícita en los programas sociales hace que los trabajadores sociales y firmas se comporten de manera que son contrarias al crecimiento productivo a largo plazo.

⁹ *Op. cit.*, p. 291. Sus palabras son: “The proposal finally contributes to improving Mexico’s welfare along a dimension that ... is essential to prosperity in a modern society: *strengthening the rule of law*” (énfasis en original).

así, aunque los síntomas están diseminados y afectan áreas distintas, tienen un mismo origen. Y ese es el objeto de este ensayo.

II. LEITMOTIF ECONÓMICO DEL ESTADO DE DERECHO

1. Noción

Existe un "Estado de Derecho" cuando los individuos u órganos que conforman una sociedad se encuentran regidos por, y sometidos al, derecho.¹⁰ Incluye al Estado, su poder y su actividad.¹¹ Contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario.¹² Es decir, en un Estado de Derecho, es el *Derecho* —no el poder— quien manda.¹³ Como dice Hayek:¹⁴ el Estado de Derecho debe entenderse como el opuesto al estado de estatus.¹⁵

Uno de los objetivos más importantes del Estado de Derecho es procurar "Seguridad jurídica", entendida como la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos justos, transparentes, regulares y preestablecidos.¹⁶

¹⁰ El concepto ha sido objeto de debate. Sucintamente, hay quien identifica al Estado con el derecho. Hay quien dice que es una vacua tautología. Por ejemplo, Kelsen sostiene que, en la medida en que un Estado es la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de centralización, todo Estado es un Estado de Derecho. De hecho, un Estado no sujeto a derecho es impensable. A mi juicio, el derecho no es identificable con el Estado. Confundirlo equipararía instrumento con objetivo. Medio con fin.

¹¹ Voz "Estado de Derecho", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario jurídico mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1992, t. II, p. 1328.

¹² Como ocurre con el llamado "Estado de Policía", caracterizado por la existencia de facultades discrecionales excesivas.

¹³ La idea de Estado de Derecho viene desde los griegos y los romanos en la antigüedad y tal parece que se utilizó por primera vez por Roberto Von Mohl (*Rechtsstaat*) en su sentido moderno, durante el tercer decenio del siglo antepasado.

¹⁴ F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Press, 1944, 1994, p. 87.

¹⁵ Sus palabras exactas son: "the Rule of Law ... should probably be regarded as the true opposite of the rule of status".

¹⁶ Voz "Seguridad Jurídica", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1992, t. IV, p. 2885.

Implica no sólo que el orden social sea eficaz, sino que también sea justo.

Ambos conceptos forman parte de los fines principales del derecho.¹⁷ Los motivos son diversos.¹⁸ A continuación se analizará una especie que ha recibido menos atención: los económicos.

2. Fines económicos

El Estado tiene un papel *económico* importante. Samuelson y Nordhaus, dos conocidas autoridades en la materia, explican que el papel económico del Estado es:¹⁹

1. *Eficiencia*: corregir 'Fracasos de Mercado', tales como monopolios y contaminación, para fomentar eficiencia.
2. *Equidad*: instrumentar programas gubernamentales que promuevan equidad utilizando impuestos y gasto para redistribuir ingresos hacia grupos determinados.
3. *Crecimiento macroeconómico y estabilidad*: utilizando impuestos, gasto y regulación económica, fomentar el crecimiento macroeconómico y estabilidad para reducir el desempleo y la inflación.

Las ideas de Adam Smith al respecto son relevantes. Por principio, postulaba libertad individual y abstención de intervencionismo, explicando:²⁰

Cada hombre, mientras no viole las leyes de justicia, tiene libertad absoluta para perseguir su propio interés a su manera, y utilizar tanto su capital como industria competencia con aquellas de cualquier otro hombre, o grupo de

¹⁷ Kelsen y Kant postulaban que la Seguridad Jurídica es la característica esencial de lo jurídico.

¹⁸ Para un comentario sobre los sociológicos, véase *El Estado de Derecho: un enfoque económico*, Porrúa, México, 2007.

¹⁹ Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus, *Economics*, 15a. ed., Nueva York, McGraw Hill, 1995, p. 30.

²⁰ Sus palabras son: "Every man, as long as he does not violate the laws of justice, is left perfectly free to pursue his own interest in his own way, and to bring both his industry and capital into competition with those of any other man, or order of men. The sovereign is completely discharged from a duty".

hombres. El soberano está completamente descargado de obligación alguna al respecto.

Luego, postulaba un papel reducido del gobierno, argumentando:²¹

De conformidad con el sistema de libertad natural, el soberano tiene únicamente tres deberes; tres deberes de gran importancia, y que pueden ser fácilmente entendidos: primero, el deber de proteger a la sociedad de violencia e invasión de otras sociedades independientes; segundo, el deber de proteger, en la medida posible, a cada miembro de la sociedad de la injusticia u opresión de cada miembro de la misma, o el deber de establecer una exacta administración de justicia; y tercero, el deber de erigir y mantener ciertas obras e instituciones públicas que, ya sea por que no son de interés individual realizar, o porque ya sea por el número pequeño de individuos o dado que sus ganancias nunca justificarían sus costos aunque beneficien en forma importante a la sociedad, de otra manera no podrían ser erigidas o mantenidas.²²

Como puede verse, Smith encasillaba los fines del Estado en tres rubros:

1. *Protección externa*: Proteger a la sociedad de violencia e invasión de otras sociedades.
2. *Protección interna*: Proteger a todo miembro de la sociedad de injusticia u opresión de cualquier otro miembro de la misma y administrar de justicia.
3. *Bienes públicos*: Erigir y mantener ciertos bienes e instituciones públicas.

²¹ Smith, Adam, *The Wealth of Nations*, Londres, Methuen, 1930, Book II, Chap. III, vol. I, p. 325.

²² Traducción del autor de lo siguiente: "According to the system of natural liberty, the sovereign has only three duties to attend to; three duties of great importance, indeed, but plain and intelligible to common understandings: first, the duty of protecting the society from the violence and invasion of other independent societies; secondly, the duty of protecting, as far as possible, every member of society from the injustice or oppression of every other member of it, or the duty of establishing an exact administration of justice; and, thirdly, the duty of erecting and maintaining certain public works and certain public institutions, which it can never be for the interest of any individual, or small number of individuals, to erect and maintain; because the profit could never repay the expense to any individual or small number of individuals to erect and maintain or small number of individuals, though it may frequently do much more than repay it to a great society".

Un reciente, y agudo, autor comenta el tema:²³

¿Qué papel debe jugar el Estado para hacer que funcione una economía de mercado? Al nivel más amplio, tiene tres funciones: primero, proveer cosas –conocidas como bienes públicos– que el mercado no puede proveer por sí mismo; segundo, internalizar externalidades o remediar fracasos del mercado; y tercero, ayudar a personas a que, por diversos motivos, no sean exitosas en el mercado o sean más vulnerables a lo que sucede dentro de ella a lo que está dispuesto a tolerar la sociedad.

Como puede verse, aunque en términos distintos, existe consenso. Sintetizando, económicamente, el Estado cumple una labor importante procurando: 1) bienes públicos; 2) evitar externalidades negativas; 3) establecer las reglas del juego; 4) contar con un sistema de administración de justicia, y 5) remediar fracasos del mercado. Explicaré cada uno.

A. Bienes públicos

Un "bien público" es un bien o servicio que, una vez proveído por una persona, está disponible a otras a un costo marginal²⁴ cero y es imposible impedir que otras personas se beneficien del mismo. Puede contrastarse con un "bien privado" en que en este último el consumo de una persona precluye el consumo de la misma unidad por otra persona.

El bien público muestra una carencia de rivalidad de consumo: el consumo de una persona no reduce su disponibilidad a otra. Su caso extremo (el bien público "puro") tiene la característica de no ser excluible: una vez que se provee es imposible prevenir que otras personas lo consuman.

Esta última característica dificulta el que el bien sea proveído por mercados privados puesto que al proveedor del mismo le es imposible asegurar que sólo quienes pagan por el mismo lo obtengan.

²³ Martin Wolf, *Why Globalization Works*, Yale University Press, New Haven and London, 2004, p. 61 ("So what role does the state have to play to make a market economy work? At the broadest level, it has three functions: first, to provide things –known as public goods– that the market cannot provide for itself; second, to internalize externalities or remedy market failures; and, third, to help people who, for a number of reasons, do worse from the market or are more vulnerable to what happens within it than society finds tolerable").

²⁴ "Marginal" significa "extra". Dado un volumen determinado de abasto a un costo determinado, el costo de la unidad marginal será únicamente el que la producción de dicha unidad añada al costo total.

Dado que puede ser obtenido gratuitamente, nadie está dispuesto a pagar por él. Esta situación es conocida en el argot económico como “free riding”.²⁵

Un ejemplo son las calles y bienes similares que podrían presumiblemente ser procurados mediante intercambios estrictamente voluntarios, sus costos siendo pagados mediante el cobro de una cantidad.²⁶ El costo de recolectar dichas cantidades podría con frecuencia ser más elevado que el costo de la producción misma de los bienes públicos. Por ende, existen ciertos bienes públicos que, no siendo en el mejor interés de un individuo particular el crear y mantener, es del interés general de la sociedad contemplar. Visto de otra manera, hay ciertos bienes públicos que, en ausencia de un órgano que actúe por el interés general, simplemente no existirían.

Existen ejemplos distintos de bienes públicos que el Estado debe procurar. Mencionaré dos: el dinero y un mercado competitivo. Empecemos por el dinero. El dinero debe ser sano, estable, pues cumple tres funciones distintas: i) medio de cambio;²⁷ ii) unidad de cuenta;²⁸ y iii) depósito de valor.²⁹ Una moneda será estable cuando el gobierno administre las deudas en forma sostenida o si el banco central es capaz de hacerse a un lado cuando el gobierno sea conducido a un estado de insolvencia. Históricamente, las insolvencias soberanas han sido las causas de problemas económicos serios ya sea porque menosprecian la moneda (por ejemplo, mediante devaluación o infracción) o porque destruyen la solvencia de las instituciones

²⁵ Si bien hay quien traduce el concepto como “problema del polizón” (Stiglitz, Joseph E., *La economía del Sector Público*, Barcelona, Antoni Bosch editor, 2000), aludiré al mismo como “conducta parasitaria” o, dado su arraigo en la literatura económica, por su término en inglés: “free riding”.

²⁶ Por ejemplo, una carretera de cuota.

²⁷ Es un objeto que se acepta generalmente a cambio de bienes y servicios. Sin el dinero sería necesario recurrir al trueque, lo cual genera dos problemas. El primero es cuánto de X hay que dar por Y . Segundo es lo que se conoce como el problema de la doble coincidencia: la necesidad de que ambas partes deseen lo que ambas producen, respectivamente, lo cual limita las oportunidades de hacer negocios.

²⁸ Es la medida acordada para expresar el precio de bienes. Da un ‘algo’ contra qué comparar adquisiciones, lo cual permite sacar mayor provecho a un presupuesto. Permite comparar costos de oportunidad.

²⁹ Permite la conservación e intercambio temporal. Entre más estable sea el valor del dinero, mejor sirve como depósito de valor. Un ejemplo es el peso mexicano después de la crisis de 1982. Como no servía de depósito de valor, quien deseaba ahorrar, lo hacía en moneda dura (dólares) fuera de México.

financieras. Los ejemplos abundan, tanto viejos³⁰ como recientes.³¹ La moraleja es clara: el dinero honesto, el crédito y las finanzas públicas son importantes.³² Desde la Gran Depresión se acepta que el dinero sano y las finanzas públicas son elementos importantes para calibrar la macroeconomía.

Entendido lo anterior, la necesidad de que “alguien” procure bienes públicos queda de manifiesto. Y el paradigma actual es que ese “alguien” debe ser el Estado.

B. Externalidades

La actividad económica puede generarle a terceros tanto costos como beneficios: “externalidades”. Si resulta en perjuicios se tratará de una externalidad *negativa*. Si genera beneficios será una externalidad *positiva*. Por ejemplo, la producción genera contaminación. Si no existe un método para hacer que quien contamina indemnice a las víctimas por la consecuente pérdida económica que sufren, se les estará imponiendo un costo, y el agente económico que contamina estará ‘pagando’ una cantidad subóptima por la actividad.³³

³⁰ Felipe II de España dañó a un banco importante (Fuggers) al repudiar en 1575 una deuda. William III de Inglaterra creó el Bank of England para administrar las deudas de las guerras con Francia a fines del siglo XVII.

³¹ Por ejemplo, la crisis de Argentina de 2001 y México en 1982 y 1994.

³² Tanto que hay quien sostiene que es lo que le dio a Inglaterra una ventaja sobre Francia en la larga serie de guerras de los siglos XVIII y XIX (Paul Kennedy, *The Rise and Fall of The Great Powers: Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000*, Nueva York, Vintage, 1999).

³³ Un ejemplo puede ser ilustrativo. Una fábrica es construida cerca de una casa cuyo valor de mercado, antes del establecimiento de la fábrica, es de dos millones. Si, una vez establecida la fábrica, la contaminación (sea atmosférica o ruido) hace que el valor de mercado de la casa se reduzca a, por ejemplo, un millón, se estará generando una externalidad negativa al propietario. Lo que es más, si existe tecnología que pudiera evitar la contaminación y su costo fuera de 500 000, las circunstancias son tales que, si existiera un mecanismo para que el propietario pudiera exigir que el fabricante instalara la tecnología o le indemnizara el daño (la reducción del precio: un millón) el fabricante instalaría la tecnología y repercutiría ese gasto como parte del precio del producto que vende. Todos estarían contentos. Y el precio tendría un beneficio adicional desde la perspectiva de eficiencia asignativa: la sociedad paga por el bien la cantidad socialmente óptima (pues si resulta que el producto —con su prima ecológica— no tiene éxito, quiere decir que, macroeconómicamente, los recursos empleados en dicha actividad estarían mejor empleados en otra). Pero de no existir un mecanismo que obligue al fabricante a instalar la tecnología, se impondrá un costo al vecino y no se procurará la eficiencia productiva ni la asignativa.

En ausencia de un mecanismo u órgano que atribuya el costo a quien lo genera y haga que quien se beneficie resarza a quien afectó, dicha actividad estaría sub- o sobre-regulada.

Y lo mismo ocurre con externalidades positivas. Existen actividades que imponen beneficios a terceros y que, en ausencia de un mecanismo que logre que quien se beneficie pague al beneficiante, existirán menos incentivos para que dichas actividades tengan lugar.³⁴

Dicho de otra manera, una función importante del gobierno (y del derecho) es vencer el “fracaso del mercado” consistente en la ausencia de indemnización cuando es apropiada, o la falta de atribución de responsabilidad. Se trata de un “fracaso del mercado” pues las transacciones privadas no permiten distribuir las consecuencias a quien corresponde y ello genera ausencia de actividad económica deseable o costos.

Entendido dicho riesgo, queda claro el beneficio de contar con un órgano (el Estado) o medio (el derecho) que aborde el problema de las externalidades.

C. Las “reglas del juego”

La existencia de las “reglas del juego” es importante. Debe contarse con un marco bajo el cual las personas puedan realizar actividad económica, y, en caso de presentarse un problema, una infraestructura que asegure que las reglas se harán cumplir. El primero es el derecho, el segundo son los órganos aplicadores del derecho.

Es difícil exagerar la importancia de esta actividad. En ausencia de un marco que establezca con claridad a qué se atenderán particulares de decidir llevar a cabo una actividad, lo más probable es que la misma no ocurra, ocurra con menos frecuencia que la deseable, o que su costo

De existir el mecanismo legal (¿responsabilidad civil o ambiental?) que canalice el costo a quien lo genera, presumiblemente se llegaría a un resultado en el que “todos ganan”: el vecino sería indemnizado, y dicha indemnización sería financiada por el incremento de costo (y precio) del producto, el cual a su vez sería premiado (éxito) o sancionado (fracaso, quiebra) por el mercado. En ambos casos el resultado es más eficiente, y todos ganan, aun cuando el resultado sea fracaso (pues querrá decir que la actividad no debía tener lugar y está siendo “financiada” por el demérito al vecino).

³⁴ En esencia, esto es lo que propicia la existencia de los derechos intelectuales.

se incrementa como resultado de la instrumentación de medidas (sea *de iure*³⁵ o *de facto*³⁶) que aseguren el resultado deseado.

Pero aun tomadas estas medidas el problema no está resuelto. Ningún intercambio voluntario está libre de ambigüedad. Por más astutas o bien asesoradas que sean las partes es imposible detallar los contratos o la legislación con tal minuciosidad que todos los problemas posibles puedan ser resueltos con anterioridad, debe existir una infraestructura confiable y eficiente capaz de resolver rápidamente dichas eventualidades. Esto hace relevante a la infraestructura que hace cumplir las “reglas del juego”.

D. Impartición de justicia

Las controversias son inherentes a toda actividad, y la actividad económica no sólo no es la excepción, sino posiblemente el mejor ejemplo.

El Estado tiene que procurar una infraestructura que permita la solución de controversias. Existe una correlación positiva entre la confiabilidad, rapidez y eficiencia de dicho sistema y la proclividad a qué actividad económica tenga lugar. El motivo es claro: facilita operaciones comerciales mediante reglas confiables.³⁷

Una judicatura que reúna los adjetivos citados tendrá el siguiente efecto económico: reduce un costo de la actividad económica: el riesgo.

En la medida en que dicho ideal no es procurado pueden presentarse dos situaciones: que la actividad económica no tenga lugar (por temor al riesgo de una controversia de solución onerosa) o que los agentes económicos incurran en costos³⁸ para evitar o solucionar las mismas.

Entre menos oneroso sea utilizar la maquinaria judicial, más operaciones tendrán lugar y menor será el costo de las mismas. La función inversa puede ser más relevante e importante: *entre más oneroso sea*

³⁵ Por ejemplo, requerir garantías.

³⁶ Por ejemplo, llevar a cabo una conducta estratégica que evite oportunismo.

³⁷ Como lo enfatiza Milton Friedman (Friedman, Milton, *Free To Choose: A Personal Statement*, San Diego, Hartcourt, 1979, 1990, p. 30).

³⁸ De nuevo dichos costos derivan de las medidas *de jure* o *de facto* que tendrían que tomarse para brindar certeza.

ejercer un derecho o hacer cumplir una obligación, menos actividad económica tendrá lugar y más onerosa es la que sí ocurre.

Para ejemplificar, si hacer valer un derecho tiene un costo de \$1 000, dos consecuencias tendrán lugar: a) se incurrirán en medidas para reducir riesgos (y ello tendrá lugar hasta que el costo de las medidas alcance \$1 000); y b) el mismo sólo será ejercido si el beneficio a ser obtenido es igual o mayor a \$1 000. Ello necesariamente implica que, entre más cueste utilizar la infraestructura legal, menos será utilizada y mayor será el universo de actividad económica desprotegida. El resultado es doble: mayores costos de transacción y de ejecución. \$1 000 representa entonces un riesgo, y por ende un costo, que reducirá el número de operaciones que tengan lugar, o que, para que tengan lugar, los agentes económicos deberán gastar para evitar (presumiblemente estarían dispuestos a gastar hasta \$1 000). Si la operación reporta un beneficio de \$1 000 o menos, entonces no tendrá lugar. El resultado es menos intercambio y, por ende, bienestar social inferior.

Si una operación, suponiendo certeza en su cumplimiento, es lucrativa para quienes incurren en ella, no sólo la harán, sino que *deben* hacerla. Pero si existe falta de certeza, quien considere realizarla tendrá que descontarle a las ganancias el consecuente riesgo (que, insisto, es un costo), lo cual se traduce en que ciertas operaciones no tendrán lugar, y las que sí tienen cuestan más, dejando menores utilidades. La moraleja es clara: *en ausencia de un mecanismo eficiente y poco oneroso para hacer valer derechos, hay negocios que no tienen lugar. Y ello implica pérdida de bienestar, tanto para las partes que la hubieran celebrado, como socialmente.*

E. Fracasos del mercado

a. Concepto

Un sistema *laissez-faire* privilegia el mecanismo del mercado sobre el regulatorio.³⁹ Pero ello no quiere decir que nunca deba existir

³⁹ El motivo es que el mercado tiene un mecanismo autocorrectivo. Es decir, dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a autocorregirse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas estimula la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece —más que ayuda— la solución

regulación. Ante ello, la pregunta se torna en ¿cuándo es apropiado regular?

Una respuesta ofrecida por el análisis económico es que debe existir regulación cuando la competencia no funciona bien. Es decir, cuando existe un ‘fracaso del mercado’. Y existen dos circunstancias comunes de ello: en industrias donde exista un *monopolio natural* y aquéllas plagadas por *externalidades*.⁴⁰ Dado que las externalidades han sido tratadas, me concentraré en el monopolio natural.

Un mercado será un “monopolio natural” cuando al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si sólo existe un solo productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. De ser más, existirían deseconomías de escala que encarecerían el abasto. Los motivos pueden ser diversos,⁴¹ y no serán abordados.⁴²

de los problemas de un mercado. Además, la regulación implica un monitoreo continuo por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello produce cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) subóptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Por ello, con frecuencia, el mercado —con todos sus bemoles— es superior a la mejor de las intervenciones. Para abundar véase Pascual García Alba Iduñate, “Regulación y competencia”, en *Competencia económica en México*, Porrúa, 2004, p. 105.

⁴⁰ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, 2a. ed., 1998, p. 323.

⁴¹ Por ejemplo, puede ser que la curva de costo promedio sea siempre decreciente, a cualquier nivel de abasto. Otro ejemplo es cuando el mercado sólo puede justificar a un agente económico (generalmente por ser pequeño); otro es cuando existe una inversión inicial fuerte.

⁴² Existen diversas teorías sobre los orígenes de la regulación económica. Una de las teorías que en forma inicial justificaron que exista regulación económica es la teoría del interés público (“*public interest theory*” o “*normative análisis as a positive theory*”), pero no es la única. Existe también la Teoría de la Captura (“*capture theory*”) y la teoría económica de la regulación (“*economic theory of regulation*”). En términos generales, la *Teoría del Interés Público* sostenía que debe existir regulación económica para resolver fracasos del mercado. La *Teoría de la Captura* sostiene que la entidad gubernamental que regula una industria es capturada por dicha industria y lo que acaba haciendo es regulándola de tal forma que se logren los intereses de la misma, incluyendo el incremento de rentas. La implicación es que la regulación promueva las ganancias de la industria en cuestión más que el bienestar social (¿suena familiar?). La *Teoría Económica de la Regulación* analiza el impacto que los grupos de interés tienen en la formación de legislación. La misma predice que la regulación beneficiará a grupos de interés pequeños y bien organizados más que a (o a costa de) la colectividad. Ello obedece, *inter alia*, a los incentivos que enfrentan los legisladores y la forma en que los grupos influyen en los mismos. La descripción dada es genérica. Las teorías son ricas y llenas de escenarios distintos.

Fuera de las circunstancias indicadas, son los particulares quienes determinan *qué hacer, cómo y para quién*. Y el método es el (maravilloso) mecanismo del precio.⁴³

Invito al lector a preguntarse, ¿qué hay en el sistema *laissez-faire* que lo hace tan atractivo? Intentaré contestar la interrogante mediante una breve descripción de los beneficios de un mercado competido.

b. Mercado competitivo y sus beneficios

El mercado competitivo es otro bien público cuya importancia es fácilmente pasada por alto, y México brinda ejemplos claros al respecto.⁴⁴ En esencia, un mercado competitivo procura eficiencia (productiva y asignativa), incrementa el bienestar agregado de una sociedad,⁴⁵ propicia inversión e innovación tecnológica.⁴⁶ Ello es logrado mediante la política que fomente la competencia.

El fomento de la competencia obedece a que se considera que arroja los siguientes dos efectos positivos: i) eficiencia, y ii) propiedades de bienestar social. Abordaré cada una por separado.

⁴³ El precio cumple tres funciones importantes: a) transmite información; y lo hace en dos sentidos. Por un lado, constituye la forma en la que el productor puede tomarle el pulso al mercado para decidir cuánto hacer y a quién venderlo. A su vez, transmite información en el sentido contrario: el comprador final podrá observar, mediante los movimientos de precios, si es prudente utilizar menos de dicho producto o cambiar de insumo; b) genera incentivos para producir más eficientemente: al menor costo posible y utilizando los recursos en las actividades en las que más se valoran; c) determinan a quién dar cuánto de un producto (distribución de ingresos). Si bien este tema es tratado en múltiples textos, su exposición por el Premio Nobel de Economía, Gary S. Becker, es particularmente atractiva, *Teoría económica*, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 14 y ss., traducción de su obra en inglés *Economic Theory*. En esencia el precio determina para quién debe producirse algo. Como lo hacía ver A. Flanagan: "no existe la escasez ni el exceso, sólo el precio".

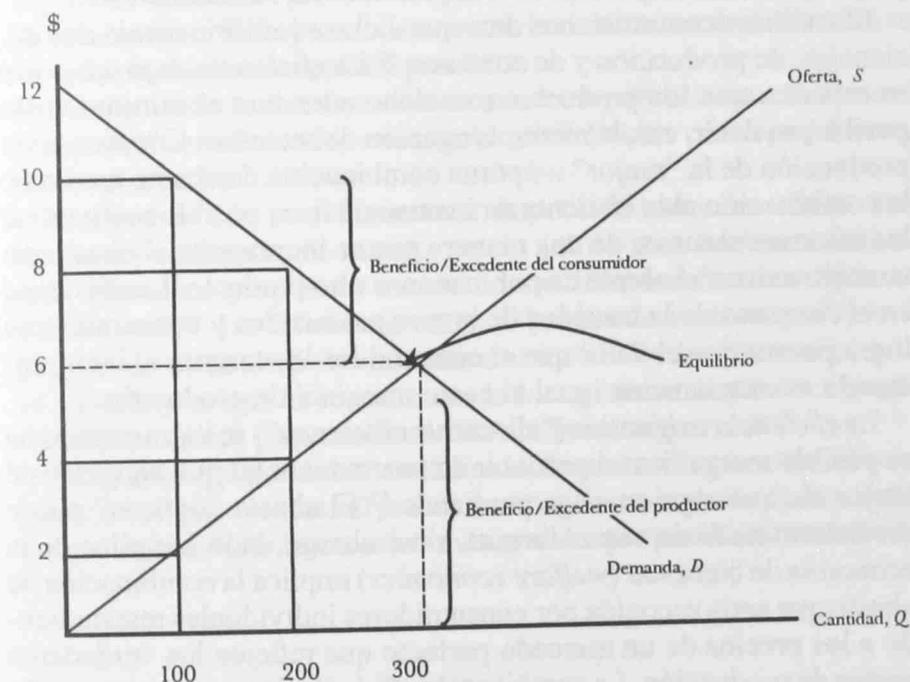
⁴⁴ Existe un monopolio que constituye un gran parásito del desarrollo de la economía mexicana: Teléfonos de México encarece un bien de consumo necesario: la comunicación telefónica. Y toda la economía sufre las consecuencias. Mientras el mismo no sea derrumbado, la economía mexicana seguirá cargando con dicho lastre, mermando la competitividad de la industria mexicana.

⁴⁵ Una obra reciente analiza el verdadero bien jurídico tutelado de esta disciplina, que con frecuencia se confunde: *Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica*, ITAM, 2006, Carlos Mena Labarthe y José Roldán Xopa (eds.). El capítulo que lo aborda es "Nueva política de competencia".

⁴⁶ Para abundar sobre el porqué, véase Francisco González de Cossío, *Competencia económica, aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, México, 2005, pp. 23 y ss.

Eficiencia. En presencia de un mercado competitivo el precio de un bien⁴⁷ se fija como resultado de la conjugación de dos fuerzas del mercado: la oferta y la demanda. Esta verdad, tan frecuentemente citada, es con frecuencia mal apreciada. Para ver por qué, a continuación se echa mano de una gráfica que identifica una curva de demanda⁴⁸ y una curva de oferta.⁴⁹

Figura 1. Descripción de los beneficios de la competencia



Fuente: Tomada de González de Cossío, *Competencia económica, op. cit.*, p. 25.

⁴⁷ Al hablar de un "bien" o "producto" incluyo también servicios.

⁴⁸ Aquella con pendiente negativa. El dibujo de una curva de demanda refleja un grupo de puntos que indican la cantidad de dicho bien que un grupo adquirirá a diferentes precios (en un tiempo determinado). Mide las opciones disponibles en un momento determinado y en ciertas circunstancias. Se trata de una abstracción que busca facilitar la observación y asimilación de una tendencia.

⁴⁹ Aquella con pendiente positiva.

Esta gráfica arroja resultados diversos. Disectémoslos tomando un modelo simple de un solo producto.

Del lado de la demanda nos indica que, a precio \$12, cero productos son vendidos. A precio \$10 son 100 las unidades vendidas, a precio \$8 son 200 las ventas, a precio \$6 son 300; y así sucesivamente.

Del lado de la oferta, a precio \$2 el productor sólo estaría dispuesto a hacer 100 unidades. A precio \$4 estaría dispuesto a producir y vender hasta 200. Y así sucesivamente.

Tomando como dadas dichas circunstancias, en este mercado el precio (de mercado) se fija en \$6, y se venden 300 unidades.

El análisis económico nos dice que dicho equilibrio arroja dos eficiencias: de producción y de consumo.⁵⁰ La *eficiencia de producción* se refiere a que los productos son elaborados con el mínimo costo posible; es decir, con la menor erogación de recursos. Consiste en la producción de la “mejor” u óptima combinación de abasto mediante la combinación más eficiente de insumos. No es posible reorganizar los insumos/recursos de una manera que se incremente el abasto sin también reducir el abasto de por lo menos otro producto. La *eficiencia en el consumo* de la cantidad de bienes producidos y consumidos se logra puesto que el valor que el consumidor le otorgará al bien producido es exactamente igual al costo marginal de producirlo.⁵¹

La *eficiencia asignativa* (“allocative efficiency”) se logra cuando no es posible reorganizar o producir de una manera tal que alguien esté mejor sin que alguien salga perdiendo.⁵² El abasto “óptimo” puede ser determinado de varias formas, sin embargo, bajo la óptica de la economía de bienestar (*welfare economics*) implica la combinación de abasto que sería escogida por consumidores individuales respondiendo a los precios de un mercado perfecto que reflejen los verdaderos costos de producción. La combinación eficiente de insumos es aquella que produce un abasto al menor costo de oportunidad.

⁵⁰ La traducción de los conceptos al español ha sido tomada de Michael Parkin y Gerardo Esquivel, *Microeconomía*, versión para Latinoamérica, Addison Wesley, México, 5a. ed., 2001, pp. 261 y ss.

⁵¹ La utilización de insumos de esta manera en ocasiones se conoce como la “*eficiencia técnica*”.

⁵² Carlton, Dennis W. y Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Harper Collins College Publishers, 2a. ed., 1994, pp. 102 y 104.

Bajo condiciones de eficiencia asignativa, la satisfacción o utilidad de una persona puede ser incrementada únicamente mediante la reducción de la utilidad de otra persona.⁵³

Visto en forma agregada, un mercado competitivo es eficiente en la medida en que los costos sociales y beneficios sociales coinciden.⁵⁴

Bienestar social. El bienestar social se maximiza mediante la competencia. La competencia maximiza el valor total de los bienes producidos en una sociedad. Los mercados competitivos propician un objetivo importante: proveer al consumidor bienes a su costo marginal de producción. Este beneficio, que se lo debemos a la industrialización, es frecuentemente desapercibido.

En términos técnicos, un mercado competitivo tiende a maximizar el “beneficio del consumidor”.⁵⁵ Dicho concepto merece una explicación.

En un mercado perfectamente competitivo todas las ventas tienden a ser realizadas al mismo precio (el de mercado) no obstante que diferentes grupos de consumidores tienen diferentes “precios de reserva”.⁵⁶ La diferencia entre el precio de reserva y el precio pagado es el “beneficio del consumidor”.⁵⁷ Es la diferencia entre lo pagado y lo que el consumidor hubiera estado dispuesto a pagar, de ser necesario, para consumir las unidades adquiridas.⁵⁸

Debe distinguirse del “Beneficio del Productor”: que es la diferencia entre el ingreso total al precio competitivo y la suma de los costos del productor.⁵⁹ Es la cantidad más grande que puede ser restada del

⁵³ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁴ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 138. Dicho en términos un poco más técnicos, los beneficios del comercio se maximizan ante el equilibrio competitivo donde $P = UM = CM$ (el precio es igual a la utilidad marginal, que a su vez es igual al costo marginal).

⁵⁵ Por ello, favorecer la competencia es una manera de favorecer la eficiencia. Sin embargo, las consideraciones de eficiencia ignoran juicios de valor en relación con la distribución del ingreso.

⁵⁶ El “precio de reserva” es la cantidad máxima que una persona estaría dispuesta a pagar por un bien.

⁵⁷ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West Publishing, St. Paul Minnesota, 1994, p. 5.

⁵⁸ Carlton y Perloff, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁹ Hovenkamp, *op. cit.*, p. 5.

ingreso de los proveedores y aun así el proveedor estaría dispuesto a producir el bien en cuestión.⁶⁰

Entendidos ambos conceptos, puede apreciarse el motivo por el cual se desea fomentar la competencia: los conjuga de manera en que (el análisis económico nos enseña) más nos conviene (en forma agregada, social).⁶¹

Como lo explica el profesor Samuelson: “el mercado perfectamente competitivo es un mecanismo que sintetiza: a) los deseos de las personas con votos monetarios a pagar por bienes en la forma representada por una demanda, con b) el costo marginal de dichos bienes, en la forma como son representados por la curva de abasto de dicha firma. Bajo ciertas circunstancias, la competencia garantiza eficiencia en la que la utilidad de ningún consumidor puede ser incrementada sin reducir la utilidad de otro consumidor. Lo anterior es cierto aun en un mundo con múltiples factores y productos”.⁶²

c. Competencia imperfecta

En contraste con la competencia perfecta, los economistas con frecuencia hablan en términos generales de “competencia imperfecta” como un género de circunstancias que distan de reflejar las características de un mercado competitivo.

Existen diversas variedades de competencia imperfecta, que se clasifican en: monopólicos, oligopólicos y competencia monopolística, los cuales no serán abordados.

⁶⁰ Carlton y Perloff, *op. cit.*, p. 105.

⁶¹ El matiz es importante pues, de la conjugación de dichas fuerzas, puede resultar la salida (quiebra) de participantes del lado de la oferta (productores). Esto ha propiciado (en ocasiones) severas críticas que en términos generales no han prosperado.

⁶² Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 139. Sus palabras fueron: “The perfectly competitive market is a device for synthesizing a) the willingness of people possessing dollar votes to pay for goods as represented by demand with b) the marginal costs of those goods as represented by firm’s supply. Under certain conditions, competition guarantees efficiency in which no consumer’s utility can be raised without lowering another consumer’s utility. This is true even in a world of many factors and products” (traducción del autor).

d. Conclusión: el derecho como corrector de “fracasos de mercado”

Por los motivos indicados, una de las funciones económicas del derecho es corregir “fracasos de mercado” buscando procurar un mercado competitivo dados los beneficios en eficiencia y bienestar que el mismo procura.

3. Conclusión

Por razones sociológicas y económicas, el Estado de Derecho es un pilar esencial en toda sociedad. El Premio Nobel de Economía, Amartya Sen, lo expone con claridad:⁶³

La reforma legal y judicial es importante no sólo para el desarrollo legal sino también para el desarrollo en otras esferas, como lo son el desarrollo económico, político y demás, y éstos a su vez son partes constitutivas del desarrollo en su totalidad.

Y no se trata de una cuestión teórica. El Banco Mundial ha encontrado evidencia empírica que entre más desarrollado sea el Estado de Derecho de un país, más comercian con él. En sus palabras:⁶⁴

Los países con mejor ... Estado de Derecho, calidad de régimen regulatorio, eficacia gubernamental y estabilidad política tendían a recibir una porción crecientemente mayor de los flujos internacionales de inversión extranjera en los años noventa.

El Estado de Derecho no es un lujo. Es una necesidad, tanto sociológica como económica.

⁶³ What is the Role of Legal and Judicial Reform in the Development process? Conferencia *Comprehensive Legal and Judicial Development Conference*, 5 a 7 de junio de 2000, World Bank, Washington, D. C., p. 13 (“Legal and judicial reform is important not only for legal development but also for development in other spheres, such as economic development, political development, and so on, and these in turn are also constitutive parts of development as a whole”).

⁶⁴ World Bank, *Global Economic Prospects*, 2003, p. 91 (“Countries with better ... rule of law, quality of the regulatory regime, government effectiveness and political stability – tended to receive an increasing share of total FDI over the 1990s”).

III. SUBUTILIZACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO

Con todas sus virtudes, el derecho es un instrumento subutilizado y empolvado; inclusive oxidado.

Siendo el Estado de Derecho el obsequio máspreciado que la clase burocrática puede dar a su población, se nos ha negado. En mi opinión, existe una importante responsabilidad social de la clase gobernante mexicana frente a la clase gobernada derivada de su falta de cumplir el mandato que se les ha dado. Y el derecho es una de las facetas que lo demuestra. Creo que la observación es válida tanto en nuestro pasado como en nuestro presente.

Pero no toda la culpa es de la clase gobernante; existe complicidad del gobernado. Es una verdad frecuentemente citada que cada población tiene el gobierno que merece. Y, como suele suceder, un problema rara vez es unilateralmente causado; más bien tiene orígenes bilaterales.

Para ver por qué examinemos cada una de las funciones apuntadas a la luz de la crisis señalada.

1. Bienes públicos

El que la procuración de bienes públicos tenga beneficios no implica que el Estado debe llevar a cabo *todo* tipo de actividades. Hay actividades que funcionan mejor si se las deja al mercado. Ello debido a que el Estado es un mal-administrador. Los motivos son múltiples, dentro de los cuales destaca que no están alineados sus incentivos con su desempeño.

Existen dos circunstancias genéricas que hacen que los funcionarios sean menos eficaces que entes privados: a) no arriesgaron su peculio personal en la actividad en cuestión; y b) su retribución no depende de su desempeño. Ante ello, se generan las circunstancias e incentivos para que el funcionario realice las actividades en forma mediocre, sin entusiasmo. ¿Qué diferencia hará la inyección de energía adicional a una actividad cuyos resultados *personales* serán siempre los mismos? Lo que es más, las psicologías que tienden a generarse dentro del personal que forma parte de dicho órgano hacen que el fenómeno se acentúe y autoperpetúe: a los ojos de los demás, se tornará en un paria.

Existen ejemplos diversos sobre lo anterior. Por ejemplo, electricidad, petróleo, y virtualmente todas las empresas de participación estatal antes de ser privatizadas.⁶⁵

2. Externalidades

Si bien es cierto que las actividades que generen externalidades negativas deben ser cooptadas o reguladas, el problema reside en definir qué tanta externalidad debe tener lugar para que ello amerite intervención o regulación. Y como tantas cosas en la vida, mientras que la solución en los extremos parece obvia, son las situaciones intermedias, las cuestiones de grado, las de difícil solución. Por si fuera poco, casi todo parece caer en dicha hipótesis.

Casi cualquier actividad puede tener *algún* efecto sobre terceros; aunque sea pequeño y remoto. Por ende, si esta justificación no es interpretada en forma limitada, podría justificar *cualquier* medida gubernamental. Pero existiría una falacia: las medidas gubernamentales también generan externalidades.⁶⁶ Tales, que la medicina puede ser peor que la patología. En dicho caso, podrían calificarse como “fracasos gubernamentales”, mismos que pueden ser importantes.

La lección a derivar no es que la intervención gubernamental siempre es injustificada, sino que la carga de la prueba de su justificación debe estar del lado de quien la propugna, no de quien la desea evitar. Es decir, la regla debe ser no-intervención. La excepción: intervención, sujeta a comprobación.

En este contexto existe un riesgo: las frecuentes alusiones a las bondades de ciertas intervenciones. Y son como cantos de sirena.

La tentación debe ser resistida. La experiencia muestra que, una vez que el Estado comienza una actividad, su labor tiende al infinito.

Moraleja: el Estado debe ser cauto en las actividades que emprende, privilegiando soluciones de mercado: que la actividad sea realizada por particulares.

⁶⁵ Véase Carlos Salinas de Gortari, *México, un paso difícil a la modernidad*, Plaza y Janes, México, 2000, pp. 405-408.

⁶⁶ Como lo enfatiza Milton Friedman, *op. cit.*, p. 31.

3. Las “reglas del juego”

El Estado debe proveer un terreno claro, transparente y eficiente sobre el cual se desenvuelva la actividad económica. Desafortunadamente, es frecuente encontrar que ello no tiene lugar.

Mucho derecho es sobrerregulatorio. Una ley debe constreñir la actividad que regula de una manera costo-eficiente, comparada con los fines que desea lograr. De lo contrario, se torna en un lastre, y probablemente lastime la actividad más de lo que la proteja o fomente. Lejos de proveer un terreno apropiado para que cierta actividad ocurra, lo torna sinuoso, complicado y, sobre todo, oneroso. Los ejemplos abundan. Tomemos algunos.

En materia *fiscal* es fácil percibir la inflación regulatoria. El grado y detalle al cual se regulan actividades es tal que se requiere una enorme burocracia estatal y privada⁶⁷ para acatarla. Y ello es un costo.⁶⁸ Es cierto que mucho del derecho fiscal existe para evitar que los contribuyentes no lo eludan, pero la diarrea legislativa no es la solución. El objetivo puede lograrse en forma más eficiente con menos leyes que sean más inteligentes. Se analizarán en la Sección IV.3.A de este estudio.

En materia *procesal*, el deseo de establecer reglas justas ha dado lugar a una cantidad tal de sobrerregulación que el fin que lo motivaba se ve comprometido, si no es que sesgado. Si uno no conoce las (literalmente miles de) artimañas, trucos, huecos, fisuras y demás imperfecciones que el exceso de legislación procesal genera, es difícil obtener justicia.⁶⁹ Y lo que es peor, el fenómeno es autoperpetuante: si el procedimiento se simplifica la respuesta de muchos será que es lacónico. Un ejemplo es el arbitraje. El éxito del arbitraje se debe, entre otros motivos, a que el derecho arbitral procura ser sencillo, eficiente, poco regulatorio. Sin embargo, los pilares del derecho

⁶⁷ Contadores, fiscalistas, secretarías y personal diverso que instrumente las diversas, y en ocasiones ridículas, obligaciones fiscales. A su vez genera otro precio sombra importante: tiempo (y frecuentemente de personas ocupadas).

⁶⁸ Podría argumentarse que ello genera empleos, pero hay mejores maneras de hacerlo. Si existe una alternativa que requiera menos mano de obra, no seguirla convierte a la medida adoptada en ineficiente, y a los empleos generados en parásitos.

⁶⁹ Dicho sea de paso, el (recurrente) comentario (orientado a justificar el fenómeno) que “para obtener justicia hay que no sólo tener la razón, sino saberla pedir” no me merece ningún respeto. Más bien, me parece una racionalización de quien cae en la situación criticada.

procesal están contemplados y respetados.⁷⁰ Y postulo que con igual o superior eficacia que las (literalmente decenas) de reglas que diversos códigos adjetivos contemplan. La ausencia de “procesalitis arbitral” ha motivado que algunos califiquen al derecho arbitral como escueto. Disiento. *Procesalismo* no es igual que *procesalitis*. *Procesalismo* es una ciencia importante. *Procesalitis* es el mal uso o abuso de la misma. Lo que sucede es que un abogado acostumbrado a ver códigos procesales de cientos de artículos, con posiblemente miles de párrafos, y diversas especies de recursos, es proclive a ver con sospecha un procedimiento que carece de dichas características. Pero a veces menos es más. El arbitraje es un ejemplo. Como decía Albert Einstein: todo debe ser hecho de la forma más simple posible, pero no más simple.⁷¹

El problema es endémico a todo el derecho adjetivo. En esencia subvierte el propósito mismo para el que fue creado:⁷² la verdad *legal* con frecuencia no coincide con la verdad *verdadera*. Así lo hacía notar Octavio Paz:⁷³

El resultado de esta palpable contradicción entre la verdad legal y la verdad verdadera ha sido la aclimatación de la mentira en nuestra vida pública.

El derecho *laboral* también ejemplifica el problema. Con el ánimo de proteger al trabajador, se han generado tantas restricciones al patrón que con frecuencia la reacción es menos contratación. Reducción, en términos agregados, del empleo.⁷⁴ Y no se diga del derecho laboral colectivo. Si bien el *leitmotiv* del sindicato es incuestionable, la forma en que está regulado da lugar a una conducta parasitaria,⁷⁵ y genera incentivos diversos que restan productividad.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, el artículo 1434 del Código de Comercio que contempla lo que la doctrina arbitral denomina la Carta Magna del arbitraje: igualdad y plena oportunidad para hacer valer derechos.

⁷¹ “Everything should be made as simple as possible, but not simpler” fueron sus palabras exactas.

⁷² Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo, procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Fondo de Cultura Económica, CIDAC, 2004, pp. 367-391.

⁷³ Octavio Paz, *Las ilusiones y las convicciones*, en *El Ogro Filantrópico: historia y política, 1971-1978*, México, Joaquín Mortiz, 1979, p. 82.

⁷⁴ Estudios empíricos así lo demuestran.

⁷⁵ Piénsese en una de las peores pesadillas de los comerciantes: los sindicatos negros.

Las *formas* también presentan el mismo problema. La “forma” es el conjunto de requisitos que debe reunir la voluntad para tener efectos jurídicos. El razonamiento detrás de la existencia de dichos requisitos es que, siendo la voluntad un acto inherentemente psicológico e interno, en ausencia de un elemento exterior y objetivo que la muestre, sería imposible anclar efectos jurídicos con base en la misma. *Ab initio*, el objetivo es correcto; pero no debe exagerarse. Las formalidades no deben convertirse en formalismos. La exageración sobre el continente con frecuencia descuida el contenido: la voluntad. La observación es aplicable a todo tipo de actos jurídicos (por ejemplo, contratos, testamentos, asambleas de accionistas, etcétera), y se pone en relieve gracias a un medio de creciente importancia: el comercio electrónico.

Existe otro problema relacionado con la forma: la onerosidad de la utilización de los fedatarios. La escasez generada por las leyes del notariado tiene como resultado la generación de un poder oligopólico, cuasimonopólico, de los fedatarios; lo cual necesariamente resulta en costos supracompetitivos. El problema de ello en el contexto de “las reglas del juego” es que generan un costo de transacción importante que hace más onerosa la actividad económica, obstaculizando la procuración de la eficiencia asignativa.⁷⁶ Los (exageradamente) altos costos de la fe pública saturan las venas de la economía, haciendo que bienes diversos permanezcan en manos de quien menos los valora dado que los costos de transacción no facilitan su transferencia. Y dicho costo es de difícil evasión o reducción puesto que, por un lado, los fedatarios son, en múltiples actos jurídicos, insumos de consumo necesario y, por otro, sus honorarios están tarifados, lo cual reduce —si no es que evita— competencia.

Es cierto que la fe pública es importante, pero no tiene por qué ser tan onerosa.

⁷⁶ Entendiendo por ‘eficiencia asignativa’ la canalización de un producto a quien más lo valora. El Teorema de (el Premio Nobel de economía) Ronald Coase se hace relevante en este contexto. Postula que en un mercado eficiente, en ausencia de costos de transacción altos, la asignación inicial de derechos se torna irrelevante pues el bien siempre acabará en manos de quien más lo valora (medido monetariamente: quien más está dispuesto a pagar por el mismo) (Ronald R.H. Coase, *The Firm, The Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988, especialmente el capítulo II: The Nature of the Firm, pp. 95-156).

4. Impartición de justicia

La procuración de justicia tiene finalidades económicas importantes. Para lograrlos, el mecanismo (la judicatura) debe ser confiable, veloz y eficiente. Como dice Dam:

La ejecución es más importante que las reglas sustantivas... el riesgo más importante a los derechos de propiedad es el estado mismo y el favoritismo hacia amigos del gobierno.⁷⁷

Desafortunadamente, los objetivos son excepcionalmente cumplidos. Existe una percepción generalizada que la judicatura no es confiable.⁷⁸ Y ello por motivos tanto sustantivos como adjetivos. En lo sustantivo, es frecuente encontrar que el juzgador no es un experto en la materia o que no le dedica el tiempo suficiente al caso. En cuanto a lo adjetivo, la cantidad de regulación procesal y la enorme cantidad de recursos hace oneroso el procedimiento. Es cierto que no todo es culpa de ellos. Por ejemplo, la naturaleza misma del mecanismo genera incentivos para corrupción,⁷⁹ y la saturación no ayuda.

La velocidad de la solución de la controversia también está comprometida. El problema de la duración de los casos es tanto pandémico como conocido. Y ello es grave. Me atrevo a aseverar que una decisión temporalmente atinada es muchas veces superior a una decisión correcta. Claro, lo mejor sería que fuera una decisión tanto sustantiva como temporalmente atinada. Pero lo peor de todas las

⁷⁷ Kenneth W. Dam, *The Law-Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development*, *op. cit.*, pp. 40-42. Literalmente “Enforcement is more important than substantive rules... the biggest threats to property rights are the state itself and favoritism toward friends of the government”.

⁷⁸ Me disculpo con los jueces inteligentes y honestos a quienes les es inaplicable esta apreciación. Los hay y debe ser reconocido. Y tengo un enorme respeto por ellos. Sin embargo, considero que la apreciación, como generalización, no es injusta.

⁷⁹ Puesto que la ganancia de la autoridad de hacer cumplir el derecho es generalmente inferior a la pena a ser impuesta al infractor potencial, lo cual siembra las semillas del cohecho: el infractor estaría dispuesto a pagar hasta el monto total de la pena (y posiblemente más, si se toman en cuenta los efectos accesorios) al juzgador con tal de que no la aplique. Dicha posibilidad se convierte en probabilidad cuando: a) la compensación recibida es insuficiente (como generalmente ocurre); y b) cuando la probabilidad de ser aprehendidos por el cohecho es pequeña. Visto desde esta perspectiva, se entiende por qué el cohecho es rampante.

circunstancias es la indecisión. Y ello es lo que provoca el retraso judicial. Los comerciantes necesitan contar con decisiones rápidas y acertadas para hacer negocios.

La eficiencia también está comprometida. A los ojos de un comerciante, el proceso es como una red que atrapa y exprime a quien cae en ella. Me recuerda el dicho de Solon:

las leyes son como telarañas: si una pobre criatura se encuentra con ellas, quedará atrapada; pero una grande puede romper y atravesarlas librándose de las mismas.⁸⁰

El motivo ha sido comentado: lo (innecesariamente) complejo del procedimiento.

5. Fracasos del mercado

En palabras de un comentarista “México es una jungla de prácticas anticompetitivas”.⁸¹ Ante ello, la Comisión Federal de Competencia tiene una labor de “evangelista”.⁸²

Las deficiencias en materia de competencia económica en México no merecen un calificativo distinto a “inverosímiles”. Un ejemplo descarado es Teléfonos de México. No sólo se trata de un ejemplo de texto de libro (básico) de economía de lo que es un monopolio, sino que el ejercicio de su dominancia y prácticas excluyentes contra competidores añade insulto a la ofensa. Otros países –por ejemplo, Estados Unidos– hubieran fragmentado a Telmex hace años. Se trata de un caso kafkiano de captura regulatoria.⁸³

⁸⁰ Traducción del autor. Las palabras exactas son “*laws are but spiderwebs: if some poor creature comes up against them, it is caught; but a bigger one can break through and get away*”.

⁸¹ Francisco González de Cossío, Conferencia sobre las Reformas a la Ley Federal de Competencia Económica, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. el 13 de junio de 2006; y conferencia ante la Coparmex y el Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional sobre Actualización del Comercio Internacional el 6 de julio de 2006.

⁸² *Idem*.

⁸³ “*A Kafkaesque tale of regulatory capture*”, fueron las palabras de *The Economist*, en un estudio de México (*A Survey of Mexico*), 18 de noviembre de 2006, p. 13.

Al margen de Telmex, el mercado mexicano está infestado de oligopolios, tanto públicos como privados. En palabras de la OECD, México carece de una “cultura de la competencia”.

E, irónicamente, no sólo es el consumidor quien paga las consecuencias. Al tratarse de bienes de consumo necesario, la clase industrial pierde competitividad frente a los productos y mercados foráneos.

IV. LAS SUGERENCIAS

1. Introducción

El derecho es un medio, no un fin. Es un “algo” que se justifica en la medida que logra su objetivo. Por las razones indicadas en la sección III de este ensayo, algo está mal con ese “algo”.

La aseveración al inicio de este ensayo que el Estado de Derecho ha sido mediocrementemente logrado pone en tela de juicio la *utilización* de la disciplina, mas no su *existencia*. De la misma manera que la incurabilidad de una patología no milita en contra de la *existencia* de la ciencia de la medicina, la prognosis negativa de la salud del sistema jurídico mexicano no busca abogar a favor de su eutanasia, sino de la utilización de otras medicinas para mejorar el cuadro clínico.

Es decir, el fracaso del logro del Estado de Derecho no debe interpretarse en el sentido que todo lo que se ha hecho está mal. Ello sería exagerado y perdería de vista los éxitos que sí han tenido lugar, así como las lecciones que hay que aprender. Esto es el objeto de esta sección.

2. Eficiencia como un postulado general del derecho

En su entrenamiento al abogado se le inculcan conceptos como “justicia”, “igualdad”, “seguridad”, mas no cuestiones como “eficacia” o “eficiencia”. Ello resulta en cuerpos normativos onerosos y con frecuencia engorrosos, que descuidan un análisis costo-beneficio. Considero que ello tiene que cambiar. El diseño del derecho debe incluir, como parte de sus ingredientes, la evasión del intervencionismo, la preferencia de la utilización del mercado y los incentivos (evitando malos incentivos y propiciando buenos incentivos).

3. Sugerencias específicas

Las observaciones anteriores no quieren decir que el Estado o el derecho son inútiles, o que deben ser desechados. Lejos de ello, tienen una función económica importante. El que existan problemas no necesariamente milita a favor de desechar la institución, sino de perfeccionarla. Para ello debe entenderse en qué se erró. En mi opinión existen cuatro políticas que deben orientar las soluciones que se adopten: 1) la intervención como excepción; 2) el mercado como opción; 3) generar incentivos correctos, y 4) en el diseño del derecho, emplear normas autoequilibrantes.

A. Evitar intervencionismo

El Estado tiene funciones que cumplir, pero no todas. La intervención es una tentación que debe evitarse. Debe percibirse como excepción, no como regla. Antes de instrumentar una medida legal o económica (por ejemplo, crear una burocracia) debe analizarse si a) es posible que la actividad sea realizada por particulares; y b) si la medicina no es más dañina que la enfermedad. Después de todo, nadie percibe al Estado ni al derecho como una panacea.

La experiencia muestra que una vez que un gobierno comienza una actividad, casi nunca es concluida. Más aún, tiende a expandirse y tenderá a requerir un presupuesto cada vez mayor, más que a su reducción o abolición.⁸⁴

El Estado, la maquinaria estatal, es un peso que los ciudadanos tienen que pagar por vivir en una sociedad. Dicho "peso" debe ser aminorado y los derechos de propiedad respetados. La historia enseña que cuando un gobierno puede interferir fácilmente con la propiedad privada, tienden a generarse incentivos y desincentivos que hacen que los demás derechos humanos sean ilusorios.⁸⁵

La sugerencia no sólo es de omisión, sino de acción. Existen tres pasos que deben tomarse que tienen un impacto importante en la actividad económica. Primero, mejorar los sistemas registrales. Segundo,

⁸⁴ Esta aguda observación es realizada por Friedman, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁵ Esta aseveración puede ser cuestionada y estudiada en un interesante libro (curiosamente) de un historiador ruso, Richard Pipes, *Property and Freedom*, Nueva York, Vintage Books, 1999.

reducir el número de trámites que deben seguirse para llevar a cabo actividad económica. Tercero, realizar programas de titularización para los menos favorecidos. Si bien cada uno merece un tratado, realizaré un comentario que comience el debate.

Adelantaré una lección: *Toda ley, todo requisito, todo régimen, debe constreñir la actividad de forma costo-eficiente.* De lo contrario, daña más de lo que ayuda.

a. Mejora registral

El valor de un activo es proporcional a la eficiencia de su régimen registral. En la medida en que se hagan más eficientes los sistemas registrales, se incrementará el valor de activos diversos, y se harán líquidos mercados que antes lo no eran.

b. Tramititis

En muchas jurisdicciones es tan difícil *hacerte legal* como *mantener legal*. Ello impone un costo enorme a los agentes económicos para funcionar. Como resultado, existe un margen de fracasos que no tenía que tener lugar. Negocios que se hundieron, empleos que se perdieron, empresarios que fracasaron. Todos innecesariamente. Ello afecta a todos, no sólo a los mencionados. Desconocerlo sería no ver más allá de nuestras narices.

Mucha gente no recurre al sector extralegal por considerarlo un paraíso fiscal, sino por que el sistema legal no responde a sus necesidades o aspiraciones. Operar extralegalmente no carece de costos. Están siendo gravados constantemente por la falta de un sistema de propiedad adecuado, tienen que esconder sus operaciones, pagar los "tributos" que las autoridades corruptas exigen (que son importantes) y con frecuencia el que las mafias exigen. No pueden recurrir a los beneficios que las instituciones legales ofrecen pues es demasiado oneroso, no pueden obtener seguros (pues carecen de un título formal de propiedad).⁸⁶ El ser legal con frecuencia compensa el tener que pagar impuestos.

⁸⁶ Hernando de Soto, *The Mystery of Capital, Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, 2000, p. 155.

c. Programas de titularización

Para ser sujeto de crédito es necesario tener algo que perder. Nadie confía un préstamo a quien no tiene nada. Sin embargo, una parte importante de la riqueza mundial está en manos de quienes más necesitan capital,⁸⁷ sin embargo, no son sujetos de crédito. El motivo: lo que poseen no está adecuadamente registrado a su nombre. No tienen un título de propiedad formal que lo respalde, aunque en verdad *es* de ellos. Como resultado, les es imposible convertir lo que tienen en "capital". Y ello comienza un círculo vicioso. Justamente quien más necesita es quien menos recibe. El motivo: *formalmente* no tiene, ¡aunque *realmente* sí!

El derecho es el instrumento que fija y realiza capital. Provee un proceso o reglas para que la sociedad extraiga plusvalía de activos. La "propiedad" no es el activo en sí sino el consenso de las personas sobre cómo deben dichos activos ser poseídos, usados e intercambiados. Es la representación en un plano (el legal) de qué es de quién.

Problema de raíz es que los sistemas de propiedad no están bien equipados para absorber activos cuya titularidad no es acorde con los mismos, que contienen pruebas de propiedad metajurídicas.⁸⁸ Ello pone de manifiesto el reto de muchos países: integrar las convenciones del sistema extralegal al legal. Es decir, reconocer legalmente el "contrato social" existente. Lo que llama Hernando de Soto "la ley de la gente" (*people's law*).

Si el paso se toma, se insertará en la economía formal a una rebanada importante de la población, tomando el primer paso para abordar uno de los problemas más serios actuales: la pobreza.⁸⁹

⁸⁷ Hernando de Soto calcula que inmuebles que ascienden a por lo menos 9.3 trillones de dólares están en manos de pobres en el Tercer Mundo y países ex comunistas, y que no pueden ser utilizados como capital de respaldo de créditos. Ello es equivalente al doble del circulante de Estados Unidos, más de veinte veces el flujo de inversión extranjera directa en dichos países en los diez años posteriores a 1989, 46 veces todos los préstamos del Banco Mundial durante los últimos 30 años y 93 veces toda la ayuda recibida por el Tercer Mundo (Hernando de Soto, *op. cit.*, p. 35).

⁸⁸ Admito que la generalización tiene excepciones. Por ejemplo, la usucapión.

⁸⁹ En su interesante obra, de Soto sugiere una forma detallada de cómo dar el paso (véase capítulo seis, pp. 153 y ss.).

En passant, dicho acto tendrá como resultado un efecto accesorio deseable: incrementará la observancia del derecho. El motivo es agudamente descrito por Richard Pipes:⁹⁰

La propiedad privada es probablemente la institución social y de integración política más importante. La propiedad sobre bienes crea compromiso al orden político y legal pues el último garantiza los derechos de propiedad: hace del ciudadano un co-soberano. Como tal, la propiedad es el vehículo principal para inculcar en la masa de la población el respeto por el derecho y un interés en la preservación del *status quo*. Existe evidencia histórica que las sociedades con una distribución amplia de propiedad, notoriamente en tierras y casas hogar, son más conservadores y estables, y por ende más opuestos a levantamientos de todo tipo. Así, el campesino francés, que en el siglo XVIII era una fuente de desestabilidad, para el siglo XIX, como resultado de la Revolución Francesa, se convirtió en un pilar de conservadurismo.

B. El mercado como una opción

Siempre que la posibilidad exista debe privilegiarse que la actividad sea brindada por particulares fomentando la creación de un mercado competitivo.

Los beneficios del mercado son frecuentemente subestimados. No deben serlo. El mercado es una maravilla.

Explicaré por qué y haré una digresión sobre un tema relacionado y de moda: la globalización. Me disculpo ante el lector, pero no aguantando la tentación.

⁹⁰ Richard Pipes, *The Russian Revolution*, Nueva York, Vintage Books, 1991, p. 112. Mi traducción de "Private property is arguably the single most important institution of social and political integration. Ownership of property creates a commitment to the political and legal order since the latter guarantees property rights: it makes the citizen into a co-sovereign, as it were. As such, property is the principal vehicle for inculcating in the mass of the population respect for law and an interest in the preservation of the status quo. Historical evidence indicates that societies with a wide distribution of property, notably in land and residential housing, are more conservative and stabler, and for that reason more resilient to upheavals of all sorts. Thus the French peasant, who in the eighteenth century was a source of instability, became in the nineteenth, as a result of the gains of the French Revolution, a pillar of conservatism".

a. Beneficios del mercado

Un mercado es un medio en el que convergen los intereses de quienes desean saciar necesidades u obtener satisfactores y de quienes buscan saciarlos ofreciendo sus productos. Más formalmente, es un mecanismo mediante el cual compradores y vendedores interactúan para determinar el precio y cantidad de un bien o servicio.⁹¹

El mercado es un facilitador de intercambio.⁹² Es un medio de juntar deseos: de quienes ofrecen y de quienes quieren. No es el único medio, sólo el más apto de las alternativas que a la fecha la humanidad ha explorado. No es perfecto. Sólo el mejor.

Gracias al mercado, todos los días satisfactores son producidos y vendidos al precio más adecuado dadas las circunstancias a las personas que más lo desean. Y las cantidades son impactantes. Diariamente cientos de miles de productos son ofrecidos por decenas de miles de productores y vendedores a millones de consumidores mediante centenas de millones de operaciones. Dicho interactuar no es organizado por nadie. Dicha orquesta no tiene director. Sucede sola. El único motor detrás de la misma es el imán del mercado. El interés privado. Y todas esas fuerzas se conjugan equilibradamente gracias a un *medio* y un *mecanismo*. El *medio* es el mercado y el *mecanismo* es el de precios.

La metáfora de la mano invisible de Adam Smith sigue siendo tan vigente como cuando fue ideada. Smith decía:⁹³

Cada individuo se ocupa de emplear su capital con miras a producir el mayor valor posible. Por lo general no busca promover el interés público ni sabe cuánto lo está haciendo. Únicamente busca su beneficio particular, su ganancia propia. Y en ello es guiado como por una mano invisible que promueve un fin que no era parte de su intención. Al seguir su interés pro-

⁹¹ Samuelson y Nordhaus, *op. cit.*, p. 23.

⁹² Coase, *op. cit.*, p. 7.

⁹³ Adam Smith, *The Wealth of Nations*, 1776 ("Every individual endeavors to employ his capital so that its produce may be of greatest value. He generally neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. He intends only his own security, only his own gain. And he is in this led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention. By pursuing his own interest he frequently promotes that of society more effectually than when he really intends to promote it").

pio frecuentemente promueve el de la sociedad en forma más efectiva que cuando busca promoverlo.

Pero la mano invisible no puede funcionar en el vacío. El Estado de Derecho constituye el ingrediente necesario para su funcionar. Lo que es más, sin un "brazo legal" fuerte la mano invisible actuaría artríticamente. Retomando una frase de otro Premio Nobel de Economía, Ronald H. Coase:⁹⁴

Quienes operan en ... mercados dependen ... del sistema jurídico del Estado...

En dicho contexto podría preguntarse sobre la injerencia del derecho en el mercado y el mecanismo de precios. Es muy sencillo: es un costo. Dicho más apropiadamente, en la medida en que el Estado de Derecho es confiable, menos *costos de transacción* tienen que soportarse para comerciar. Entre menos confiable sea, más sinuoso será el terreno sobre el cual ocurren las operaciones descritas, y serán más riesgosas. Y el riesgo es un costo.

Las ramificaciones del punto son importantes. Se extienden a otras áreas, incluyendo las libertades. Si algo demuestra Friedrich Hayek en sus extraordinarias obras *The Road to Serfdom* y *The Constitution of Liberty* es que la economía de mercado es una condición *necesaria* para la existencia de una democracia duradera. Puede no ser una condición *suficiente*, pero sí *necesaria*. Sin la economía de mercado la concentración de poder que implica la economía centralmente planificada es contrarias a la libertad. Y lo que es cierto en los extremos, es cierto en circunstancias intermedias. Un pasaje de *The Road to Serfdom* es ilustrativo:⁹⁵

⁹⁴ Coase, *op. cit.*, p. 10 ("Those operating in ... markets have to depend ... on the legal system of the State...").

⁹⁵ Hayek, *op. cit.*, pp. 43 y 45 ("The functioning of a competition not only requires adequate organization of certain institutions like money, markets, and channels of information—some of which can never be adequately provided by private enterprise—but it depends, above all, on the existence of an appropriate legal system, a legal system designed both to preserve competition and to make it operate as beneficially as possible. It is by no means sufficient that the law should recognize the principle of private property and freedom of contract; much depends on the precise definition of the right of property as applied to different things. ... serious shortcomings here, particularly with regard to the law of corpo-

El funcionamiento de la competencia no sólo requiere una adecuada organización de ciertas instituciones como lo son el dinero, mercados y canales de información –algunos de los cuales nunca pueden adecuadamente ser proveídos por la empresa privada– pero dependen, sobre todo, de la existencia de un sistema legal apropiado, un sistema legal diseñado tanto para preservar la competencia como para hacer que opere en la forma más benéfica posible. No es suficiente que el derecho reconozca el principio de propiedad privada y la libertad contractual; mucho depende de la definición precisa de los derechos de propiedad según sean aplicados a diferentes cosas ... las serias deficiencias en esto, particularmente con respecto al derecho de las sociedades y de patentes no sólo ha hecho que la competencia funcione de una manera mucho menos efectiva de lo que podría, sino que también han llevado a la destrucción de la competencia en muchas esferas. Un sistema competitivo necesita un marco jurídico inteligente y continuamente ajustado.

Algunos consideran que el Estado debe guiar la economía. Considero que, con ciertas excepciones, el paradigma debe ser invertido. Ello me recuerda una observación que sobre el papel del Estado y la economía realizó Marx:

...en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forman la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia. Al llegar a una determinada fase de su desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad chocan con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que la expresión jurídica de esto, con las relaciones de propiedad dentro de las cuales se han desenvuelto hasta allí. De formas de desarrollo de las fuerzas productivas, estas relaciones se convierten en trabas suyas. Y se abre así una época de revolución social. Al cambiar la base económica, se revoluciona,

rations and of patents, not only have made competition work much less effectively than it might have done but have even led to the destruction of competition in many spheres. ... An effective competitive system needs an intelligently designed and continuously adjusted legal framework ...”).

más o menos rápidamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella. Cuando se estudian esas revoluciones, hay que distinguir siempre entre los cambios materiales ocurridos en las condiciones económicas de producción y que pueden apreciarse con la exactitud propia de las ciencias naturales, y, las formas jurídicas políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en una palabra, las formas ideológicas en que los hombres adquieren conciencia de este conflicto y lucha por resolverlo.⁹⁶

Este párrafo ha atraído mucha atención. Invito a que se re-considere.⁹⁷

Los comerciantes, la gente emprendedora en general, es lo que hace crecer, desarrollarse, y progresar a una sociedad. El Estado no es más que un medio. Dicho medio debe procurar ser lo que fue diseñado a ser: un “algo” que se justifique sólo en la medida en que su costo no exceda sus beneficios.

Irónicamente, en la medida en que se adapte este paradigma, mejor será para el Estado. Ello puesto que existe una relación simbiótica entre un buen gobierno y un buen mercado. No sólo necesita un buen mercado a un buen gobierno, sino que lo inverso también es cierto: entre más puede descansar el gobierno en el mercado dejándole actividades, más esbelto puede ser y dedicarse a lo que sí debe de hacer. Como lo expone Wolf:⁹⁸

Los buenos gobiernos necesitan también de buenos mercados. Para ser más precisos, entre más se enfoca el gobierno en sus tareas esenciales y menos en la actividad económica y sus regulaciones, más probable es que funcione mejor y mejor funcionará su economía. Los buenos mercados protegen a los

⁹⁶ Prólogo a la *Contribución a la crítica de la economía política*, en *Carlos Marx y Federico Engels, Obras escogidas*, Moscú, Ediciones en Lenguas Extranjeras, t. I, pp. 372-373.

⁹⁷ Podría cuestionarse la cita de Marx (y el giro que le doy) dado el perfil que comúnmente se le atribuye; pero considero (como otros) que las ideas de dicho pensador fueron mal utilizadas. De hecho, se dice que con frecuencia se le escuchaba a Marx decir: “si ese es el marxismo, yo no soy marxista” (!) (Véase Jacques Attali, *Conference sur Marx, Les Rendez-vous de l’histoire*, 2005, Editions Pleins Feux, Nantes; transcripción de conferencia dada por Jacques Attali el 15 de octubre de 2005 titulada “*Marx et la mondialisation*”, p. 11).

⁹⁸ Wolf, *op. cit.*, p. 73 (“Good governments also need good markets. More precisely, the more the government focuses on its essential tasks and the less it is engaged in economic activity and regulations, the better it is likely to work and the better the economy itself is likely to run. Good markets protect governments, just as good governments protect markets. They have a symbiotic relationship”).

gobiernos de la misma manera en que los gobiernos protegen los mercados. Tienen una relación simbiótica.

b. Facultades autocorrectivas del mercado

El mercado tiene un mecanismo autocorrectivo. Dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a autocorregirse sin la necesidad de intervención gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas estimula la creatividad para resolver los mismos. La regulación con frecuencia entorpece —más que ayuda— la solución de los problemas de un mercado.

En términos generales, en un mercado donde rige el principio *laissez-faire*, la regla general es ausencia de regulación económica. Son los particulares quienes determinan *qué hacer, cómo y para quién*. En forma excepcional, el Estado influye en dicha toma de decisiones. La teoría económica de la regulación nos dice que ello debe tener lugar *grosso modo* sólo en los siguientes casos: en presencia de un monopolio natural⁹⁹ y cuando existen externalidades¹⁰⁰ a combatir.

Además, la regulación implica un monitoreo continuo por una burocracia de los pasos y decisiones tomadas por agentes económicos. Ello invita cuellos de botella, anquilosamiento, retrasos, costos, medidas artificiales y (con frecuencia) subóptimas para resolver problemas económicos, y, en general, reducción de la eficiencia con la que un agente económico ataca un mercado. Por ello, con frecuencia, el mercado —con todos sus bemoles— es superior a la mejor de las intervenciones.¹⁰¹

Obviamente existen instancias en las que se justifica regular. No deseo insinuar que el liberalismo *total* es la solución a todos los

⁹⁹ Un “monopolio natural” existe cuando, al nivel socialmente óptimo de abasto, el costo de la industria es minimizado únicamente si existe un solo productor. Es decir, el mercado en cuestión no soporta más de una firma. En términos más formales: cuando la curva de costo promedio declina siempre, no obstante la cantidad.

¹⁰⁰ Como se indicó en la Sección II.3.B, una “externalidad” existe cuando la totalidad de los costos de producción de un producto no son reflejados en su precio; alguien tolera un costo sin ser remunerado, o recibe un beneficio sin pagar por el mismo. Existen externalidades positivas y negativas. Ejemplos de negativas son el ruido, la contaminación, etcétera.

¹⁰¹ En caso de desear abundar sobre esto, véase Pascual García Alba Iduñate, “Regulación y competencia”, en *Competencia económica en México*, Porrúa, 2004, p. 105.

problemas económicos. Pero tampoco es la regulación la solución a todos los problemas económicos. ¿Cómo distinguir?

El análisis económico del derecho enseña que, para que una regulación se justifique y sea positiva, debe afectar la actividad a la que va dirigida de una manera costo-efectiva. Para determinar si ello sucede, deben sopesarse los costos impuestos por la regulación a la luz de los resultados que se busca que genere, y los que en verdad genera. Si los costos pesan más, o los resultados no se logran, o se logran en una medida inferior a la que se desea, la regulación es inefectiva. Ya sea porque sobre-regula, regula mal o simplemente no se justifica.

c. Globalización

Un tema relacionado y de moda es relevante: la globalización. Mucho se ha dicho sobre ello, y no es el momento para tratarlo en su totalidad. Sin embargo, es relevante mencionar que el Estado de Derecho es una condición necesaria —aunque no suficiente— para la globalización.

La globalización es la integración de actividades económicas a través de mercados, los cuales tienden a rebasar las fronteras. Las fuerzas que la generan y fomentan son los cambios tecnológicos y de políticas (económicas y sociales), la reducción en los costos de transporte y de las comunicaciones, y el creciente apoyo en las fuerzas del mercado.¹⁰²

En esencia, los beneficios de la globalización son los que generan mayor eficiencia productiva y bienestar mundial. Ello como resultado del Modelo Ricardiano¹⁰³ de los beneficios del comercio internacio-

¹⁰² Wolf, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰³ El nombre obedece a su primer ponente: David Ricardo, quien introdujo el concepto de ventaja comparativa en su obra clásica *The Principles of Political Economy and Taxation* de 1817. Según él, el comercio internacional ocurre dadas las diferencias internacionales en la productividad laboral. Su postulado esencial es que el comercio entre dos países puede beneficiar a ambos si cada uno exporta los bienes en los que tiene una ventaja comparativa (una ‘comparative advantage’). La ventaja no tiene que ser *absoluta*, sólo *relativa*. Cuando ello sucede, es en el mejor interés de cada país comerciar, pues el monto total de abasto será superior que si cada uno hubiera producido todos sus satisfactores. A ello se le conoce como ganancias del comercio (‘gains from trade’). Paul A. Samuelson (Premio Nobel de Economía) decía que la ventaja comparativa tiene implicaciones poderosas. La especialización tiene sentido, según David Ricardo, aun cuando un país fuera más eficiente en *todo* con respecto a sus socios comerciales. Podían especializarse en aquello en lo cual fueran *relativamente* más eficientes. Dicho postulado ha también recibido apoyo de uno de los

nal y la división internacional del trabajo. De hecho, este último es uno¹⁰⁴ de los ingredientes que han propiciado el proceso capitalista y el progreso de la sociedad.¹⁰⁵ Adam Smith lo exponía de manera elocuente:

Lo que es prudente en la conducta de cada familia difícilmente puede dejar de serlo en un gran reinado. Si un país puede proveernos un bien en forma más barata que lo que podemos hacerlo nosotros, es mejor comprarlo con una parte de lo que produce nuestra industria, de una manera que tengamos alguna ventaja.¹⁰⁶

Existen preocupaciones diversas derivadas de la globalización. Por ejemplo, la industria infante,¹⁰⁷ el argumento de soberanía,¹⁰⁸ la pérdida de empleos,¹⁰⁹ el medio ambiente,¹¹⁰ la “carrera al fondo”

grandes intelectuales del siglo XIX, John Stuart Mill, dividía las ganancias del comercio en tres grandes categorías: directas, indirectas e intelectuales y morales. La primera categoría obedecía a las ganancias estáticas y comúnmente conocidas: la explotación de economías a escala y la ventaja comparativa.

¹⁰⁴ Como así lo hace ver Fernand Braudel en su magnífica obra *The Wheels of Commerce, Civilization & Capitalism 15th-18th Century*, vol. 2, Phoenix Press, Londres, 1982, p. 601.

¹⁰⁵ Los otros dos ingredientes que Braudel identifica son (1) una economía de mercado, y (2) una sociedad que haga propicia la generación de procesos en los cuales riqueza es generada y transmitida de generación en generación. Entender esto pone en relieve la importancia del derecho de la propiedad industrial, cuya ejecución es lamentable. Ello invita a la conducta parasitaria (la piratería) y al hacerlo golpea a una clase con la que la sociedad está en deuda: los creadores. Ello abarca desde quienes invierten en investigación y desarrollo, hasta los artistas. Para efectos de dicha importancia, no hay por qué distinguirlos.

¹⁰⁶ Sus palabras exactas son: “What is prudent in the conduct of every family can scarce be folly in that of a great kingdom. If a foreign country can supply us with a commodity cheaper than we ourselves can make it, better buy it of them with some part of the produce of our own industry, employed in a way in which we have some advantage” (traducción del autor).

¹⁰⁷ Hay quien dice que no puede pedirse que industrias pequeñas compitan con grandes. Ello impone costos a consumidores, por lo que las industrias deben limitarse al mercado local. Dichas industrias deben protegerse de la “feroz” competencia internacional hasta que pasen su infancia y lleguen a la madurez. El problema es que el proteccionismo con frecuencia impide justamente eso: salir de la infancia, particularmente en cuanto a calidad.

¹⁰⁸ Se dice que la soberanía se vería mermada al actuar en su territorio fuerzas exógenas.

¹⁰⁹ También conocido como *Pauper labor Argument*. Postula que la competencia es injusta cuando se enfrenta a industrias extranjeras cuya sola eficiencia deriva de que pagan salarios más bajos.

¹¹⁰ Hay quien considera que el incremento de actividades es pernicioso para el medio ambiente. Es cierto que la actividad económica genera externalidades ambientales, pero la

regulatoria,¹¹¹ la preocupación de que las instituciones pueden ser capturadas por intereses especiales¹¹² y la hipocresía de algunos.¹¹³ Aunque no es el momento para abordar y detenidamente refutar cada una de dichas preocupaciones,¹¹⁴ lo que es relevante recalcar es que la globalización es, en forma agregada,¹¹⁵ positiva, y que el Estado de Derecho es un ingrediente necesario para que la misma arroje dichos beneficios.¹¹⁶ De hecho, el problema que vivimos no es que haya globalización, *¡sino que no hay suficiente!*

Como recientemente dijo Kofi Annan: “argumentar contra la globalización es como argumentar contra la ley de la gravedad”.

mejor manera de atacar dicho problema es hacer que dichos “costos” (limpieza ambiental o “tecnología verde”) se internalice. Y para ello tanto el derecho como el mercado son instrumentos para lograrlo. El derecho canalizaría el costo a quien lo genera, lo cual hace que el precio del producto refleje dicho costo (un resultado de la eficiencia asignativa) y el mercado premiaría o castigaría la actividad.

¹¹¹ “*Race to the bottom*”, como se le conoce en inglés. La idea es que al competir por actividades se generan incentivos a los estados para reducir la regulación y así atraer la inversión, lo cual implicaría un descuido del bien tutelado por la regulación misma. Ello invita lo que puede calificarse como el contraargumento económico: el “arbitraje regulatorio”: una región que tenga una ventaja comparativa ambiental puede producir productos más competitivos y venderlos a quienes tienen una desventaja competitiva ambiental: los que regulan en forma más onerosa. Ello sería proconsumidor, aunque de allí proviene la queja de algunos: los productores. Al margen de ello, muchos consideran que no hay evidencia de que ello sucede. Sólo sospecha conceptual, lo cual milita a favor de pensar que el argumento puede más bien provenir de intereses de un grupo particular.

¹¹² Por ejemplo, dicen que las transnacionales gobiernan el mundo; o que la OMC y el FMI fuerzan a los países a hacer cosas que prefieren no hacer.

¹¹³ Comparto la aseveración, mas no el objetivo para el que se cita. Muchos paladines del comercio internacional son profundamente proteccionistas. Estados Unidos es un ejemplo. Dicha postura debe denunciarse, mas no utilizarse como excusa para no beneficiarnos del comercio internacional.

¹¹⁴ Para ello se recomienda la extraordinaria obra de Martin Wolf, *Why Globalization Works*, Yale University Press, 2004, en donde de una manera preparada, informada y cabal se abordan los temas por una persona con la autoridad para hacerlo (en su formación, el autor es economista y periodista, y funge como editor y comentarista económico de uno de los periódicos más importantes del mundo: el *Financial Times*).

¹¹⁵ El matiz es importante pues, como todo fenómeno económico histórico, hay a un grupo a quien no le conviene. Sin embargo, a la sociedad en general sí. Véase Odile Castel, *Histoire des Faits Économiques, les trois âges de l'économie mondiale*, Sirey, 1988. Una obra que en dicho contexto no puede dejar de ser mencionada es *Théorie de l'évolution économique*, Recherches sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjuncture, de Joseph Schumpeter, Dalloz, 1999.

¹¹⁶ Dicho sea de paso, una manera de entender dichas críticas es como otra afrenta a la economía de mercado. Y es la menos impresionante o sólida de las instancias.

Ello no quiere decir que no hay nada que hacer al respecto. Pero reside justamente en lo inverso: no se trata de frenar la globalización, sino hacer que todos se beneficien de ella. Desafortunadamente, mucha gente está fuera del mercado mundial en buena medida puesto que las jurisdicciones en las que se encuentran no les ofrecen las condiciones para ingresar y comerciar con el mercado mundial. Ello implica, *inter alia*, apertura y un Estado de Derecho que permita hacer cumplir los contratos o hacer responsable a quien los incumpla.

La teoría de la ventaja competitiva nunca ha sido más relevante que ahora. La postura mercantilista¹¹⁷ de muchos debe ser reevaluada. No sólo son las exportaciones lo deseable. Las importaciones son también positivas: benefician al consumidor. El premio del comercio internacional no está en exportar, ¡sino en importar!

Como decía Montesquieu: “el efecto natural del comercio es llevar a la paz”.¹¹⁸

Y no se trata de romanticismo. La historia muestra episodios dramáticos de la falta de toma de conciencia de esta observación. Tomaré uno.

El error más grave en materia de relaciones internacionales que un presidente estadounidense ha cometido fue la firma de la Smoot-Hawley Tariff Act de junio de 1930 que elevó los aranceles de Estados Unidos en forma importante. El efecto que tuvo fue nada menos que desastroso. Dio lugar a recesión de economías extranjeras llevando, lo que de otra manera hubiera sido un declive económico normal, a una depresión mundial. La reducción drástica en el comercio internacional y la actividad económica redujo la influencia de los moderados frente a los nacionalistas en Japón y pavimentó la victoria de los nazis en Alemania en 1932. Japón invadió China en 1931, estableciendo el clima que llevó a la Segunda Guerra Mundial.¹¹⁹ Como lo explica un experto:¹²⁰

¹¹⁷ Pensamos que es mejor exportar que importar.

¹¹⁸ *L'esprit des lois*, XX, p. 2 (“L'effet naturel du commerce est de porter à la paix”).

¹¹⁹ John H. Jackson, William J. Davey y Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations*, 3a. ed., West Publishing, St. Paul Minn., 1995, pp. 4 y 38.

¹²⁰ Richard N. Cooper, *Trade Policy and Foreign Policy, U.S. Trade Policies in a Changing World Economy*, Robert Stern (ed.), The Massachusetts Institute of Technology, 1987, pp. 291-292 (“Valuable lessons were learned from the Smoot-Hawley tariff experience by the foreign policy community: the threat of tariff retaliation is not always merely a bluff; tariffs do influence trade flows negatively; a decline in trade can depress national economies;

La experiencia de los aranceles Smoot-Hawley enseñó lecciones importantes a la comunidad de política internacional: la amenaza de retorsión arancelaria no siempre es vacua; los aranceles influyen negativamente sobre los flujos de comercio; una reducción de comercio puede deprimir economías nacionales; una depresión genera tierra fértil para (pseudo) soluciones políticas radicales; y los radicales políticos con frecuencia buscan aventuras (militares) para distraer la atención de sus fracasos en la economía nacional. Las semillas de la Segunda Guerra Mundial, tanto en el Lejano Oriente como en Europa, fueron sembradas con la firma de los aranceles Smoot-Hawley.

En un discurso el (entonces) director de la Oficina de Asuntos Económicos del Departamento de Estado de Estados Unidos (Director of the Office of Economic Affairs of the Department of State), Harry Hawkins, expuso:¹²¹

Hemos aprendido que cuando un país es hambreado económicamente, su gente está más que dispuesta a seguir al primer dictador que surja y les prometa a todos empleos. Los conflictos comerciales invitan no-cooperación, sospecha, amargura. Las naciones que son enemigos económicos son improbables a permanecer como amigos por mucho tiempo.

Si deseamos seguir la (aguda) advertencia del gran historiador Jorge Santayana¹²² y evitar revivir las historias, debemos entender que el comercio internacional, y su fenómeno de moda —la globalización— es positiva tanto por razones económicas como sociales.

Y de nuevo, el Estado de Derecho juega un papel importante. Como lo hacía notar North:¹²³

economic depression provides fertile ground for politically radical nostrums; and political radicals often seek foreign military adventures to distract domestic attention away from their domestic economic failures. The seeds of World War II, in both Far East and in Europe, were sown by Hoover's signing of the Smoot-Hawley tariff”).

¹²¹ U.S. Department of State, Commercial Policy Series 74, p. 3 (Pub. núm. 2104, 1944). (“We've seen that when a country gets starved out economically, its people are all too ready to follow the first dictator who may rise up and promise them all jobs. Trade conflict breeds noncooperation, suspicion, bitterness. Nations which are economic enemies are not likely to remain political friends for long”).

¹²² Conocido por su lema: “quien desconoce la historia está condenado a revivirla”.

¹²³ Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 54 (“... the inability of societies to develop effective, low-cost enforcement of contracts is the most important source of both historical stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World”).

La imposibilidad de las sociedades de desarrollar un método efectivo y no oneroso de ejecución de contratos es la fuente más importante de estancamiento histórico y subdesarrollo contemporáneo del Tercer Mundo.

d. Competitividad

Un tema relacionado es la "Competitividad", sobre la que existen diferentes concepciones. Unos la conciben como la prontitud con la que productos llegan a importarse,¹²⁴ otros califican de competitivo al país que presenta un crecimiento sostenido en los niveles de producto interno bruto per cápita,¹²⁵ otros como el grado en el que una nación puede, bajo libre comercio y condiciones justas de mercado, producir bienes y servicios que cubran las exigencias de los mercados y mantener y expandir los ingresos reales de su gente en el largo plazo;¹²⁶ otros como la habilidad de un país para atraer y retener inversiones,¹²⁷ el IMD de Lausanne, Suiza, lo define como la habilidad para crear y mantener un clima que permita competir a las empresas que radican en él, y el Banco de la Reserva Federal de San Francisco califica a un país de competitivo cuando sistemáticamente son más ricos (en términos de PIB y productividad) y crecen más rápido que otros.

Si bien mi preferencia personal es por las últimas dos nociones, un común denominador de todas es que el Estado de Derecho es un elemento de competitividad. Es un requisito indispensable para cualquier economía que busque un desarrollo económico eficiente pues establece las reglas que regirán un mercado. Cuando las mismas son claras, confiables y objetivas generan certidumbre en los participantes de una economía y reducen los costos de transacción. La ausencia de reglas predecibles genera ineficiencias y distorsiones en los mercados. Ello a su vez disminuye la inversión.¹²⁸ Como se indica en un interesante y reciente estudio:¹²⁹

¹²⁴ Postura de la Universidad de California en Berkeley.

¹²⁵ World Economic Forum.

¹²⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

¹²⁷ Instituto Mexicano de la Competitividad.

¹²⁸ Para un estudio interesante al respecto véase Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C., *Hacia un Pacto de Competitividad, situación de la competitividad de México*, 2004, pp. 41-58.

¹²⁹ Paulina Beato y Jean Jacques Laffont (eds.), *Competition Policy in regulated Industries, Approaches for Emerging Economies*, Inter-American Development Bank, Washington,

La debilidad del Estado de Derecho es característica de diversos países en vías de desarrollo, en donde el cumplimiento de las leyes y los contratos con frecuencia es pobre y las tendencias a los contratos autoejecutantes pueden llevar a negociaciones frecuentes.

C. Incentivos

El diseño del derecho debe tener en cuenta las normas sociales, los problemas de acción colectiva y los incentivos.¹³⁰ Un recuento es relevante:

El derecho no es simplemente un cuerpo de reglas habladas, escritas o formalizadas que la gente sigue ciegamente. Más bien, el derecho representa la formalización de las propensidades conductistas que ofrecen beneficios potenciales a quienes las siguen (cuando la gente no reconoce o cree en los beneficios potenciales, las leyes son con frecuencia desechadas o desobedecidas).¹³¹

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Un incentivo es una llave con un poder asombroso para cambiar una situación.¹³²

La importancia de los incentivos no debe ser subestimada. Sus efectos son tanto sociales como económicos: los incentivos son los determinantes del desempeño económico.¹³³

D. C., 2002, p. viii ("Weakness of the rule of law is ... characteristic of many developing countries. Legal and contractual enforcement are often poor, and biases toward self-enforcing contracts can lead to frequent renegotiations").

¹³⁰ Al respecto, véase Eric Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

¹³¹ Margaret Gruter, *Law and the Mind*, Londres, Sage, 1991, p. 62. Traducción de "Law is not simply a set of spoken, written or formalized rules that people blindly follow. Rather, law represents the formalization of behavioral propensities and that offer potential benefits to those who follow them (when people do not recognize or relieve in these potential benefits, laws are often disregarded or disobeyed)".

¹³² Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

¹³³ North, *op. cit.*, p. 135 ("...incentives are the underlying determinants of economic performance").

Cuando los incentivos se diseñan bien pueden ser muy efectivos. Mal manejados pueden generar el resultado inverso.¹³⁴

Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta ilícita. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿por qué no existe más crimen?

El derecho genera incentivos. Desafortunadamente, muchas veces no genera los correctos. El motivo radica, de nuevo, en una mala concepción y utilización del derecho. Al diseñar normas jurídicas deben tomarse en cuenta los incentivos que generan. En mi experiencia, este ingrediente es totalmente pasado por alto. Tanto a nivel legislativo, como contractual como en la administración de instituciones y gestión de organizaciones.¹³⁵

Y no sólo se trata de tomarlos en cuenta. Deben también ser esbeltos: deben provocar la conducta deseada al menor costo posible. Para ello, los mecanismos de mercado deben también ser tomados en cuenta pues con frecuencia son más efectivos.

4. Normas autoequilibrantes

En el diseño del derecho deben procurarse normas autoequilibrantes.¹³⁶ Por norma "autoequilibrante" deseo aludir a normas que en su diseño contemplan mecanismos (fácticos o jurídicos) que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces.

Pondré un ejemplo. En caso de que los jueces hagan condenas importantes en costas a partes cuyo uso de un derecho se convierte en *abuso* del mismo, se llegará a un resultado que considero sano: suponiendo sofisticación del practicante involucrado, se pensará dos

¹³⁴ Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

¹³⁵ Es cierto que el diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos. Y con frecuencia no es claro: es necesario palparlo empíricamente. Pero ello no milita en contra de su utilización, sino a favor de su continuado estudio.

¹³⁶ El término "auto-equilibrante" no encuentra, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del derecho.

veces el ejercicio de una acción, y la enderezará únicamente cuando considere que tiene cierto mérito, y no como chicana. De lo contrario, podría encarecer la controversia en detrimento de su cliente. Es decir, le haría un contraservicio. Los efectos accesorios son importantes: habrá menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad.

La procuración de dichas normas hace relevante la (empolvada) teoría del Abuso del derecho.¹³⁷ Si un derecho es ejercido con el único objetivo de hacer daño, debe perderse. Y no sólo eso, puede engendrar sanciones adicionales.¹³⁸

La procuración de este tipo de normas hará más eficaz la aplicación del derecho y menos socorrido para abusos.

V. EL ESTADO DE DERECHO COMO UN ELEMENTO DE RIQUEZA Y BIENESTAR

1. Un modelo conceptual

Las relaciones jurídicas son un conjunto de vínculos que unen a toda la sociedad y a todas las cosas dentro de la sociedad.¹³⁹ Significan tanto cargas como créditos, y los mismos tienen un valor, tanto económico como social.

Del lado del acreedor significan un haber: tienen frente a su deudor derecho a algo. El valor de dicho derecho es determinado por dos variables: el monto monetario (de existir) y la probabilidad de que se cumpla, ya sea espontáneamente o coactivamente. Este último se llama riesgo. Si se me permite proponer una función:

$$D = O \times E$$

Donde:

D = Derecho

O = Obligación

¹³⁷ Louis Josserand, *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Monografías Jurídicas, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1999.

¹³⁸ La utilización cínica, farisea o selectiva de un derecho debe tildarse de abusiva.

¹³⁹ No hago distinción entre derecho personal y real pues, para efectos de este análisis, es indiferente. La descripción social y económica aplica a ambos.

E = Ejecutabilidad (Riesgo)

y

$E = PE \times CE \times T$

Donde:

PE = Probabilidad de éxito¹⁴⁰

T = Tiempo

CE = Costo de Ejecución

CE = CL x T

CL = Costos legales

E es un costo. Si se cumple espontáneamente es cero. Si se tiene que recurrir a la mecánica legal para hacerlo cumplir, tendrá un costo determinable con base en tres variables: el costo de ejecución (*CE*), la probabilidad de éxito (*PE*) y el tiempo (*T*). El Costo de Ejecución es a su vez función de costos legales (*CL*) multiplicado por el tiempo (*T*).

Del lado del deudor significa una carga: una obligación a hacer algo. Y de nuevo, ello tiene un valor, pero ahora cobra una cara distinta. El deudor la cumplirá sólo si el costo de incumplirla es mayor al costo de cumplirla. Matemáticamente se puede representar con la siguiente función:

$$O = C \times E$$

Donde:

O = Obligación

C = Costo

E = Ejecutabilidad (Riesgo)¹⁴¹

¹⁴⁰ La *PE* es función del aspecto sustantivo del caso.

¹⁴¹ La transformación de la falta de certeza en "riesgo" es un gran paso. La "falta de certeza" es la condición en la que uno no puede determinar la probabilidad de un evento y por ende no puede determinar una forma de asegurarse contra su ocurrencia. Por otro lado, 'riesgo' implica la habilidad de hacer una determinación actuarial de la probabilidad de que un evento tenga lugar y por ende asegurarse en contra del mismo, y a un costo adecuado.

Si el deudor sabe que puede ser coactivamente obligado a cumplir con la obligación, su respuesta natural será cumplirla: hará de la necesidad una virtud. Pero si no existe certeza de ello, tendrá incentivos para incurrir en mora. Y entre menos certeza exista, más probable es que no se cumpla. Dicho de otra manera, *el cumplimiento espontáneo de una obligación es inversamente proporcional al costo de ejecución coactiva del mismo*.

Existe una correlación positiva entre la eficacia del mecanismo legal y el cumplimiento espontáneo de las obligaciones. Lo cual encierra una ironía: *entre más exitoso es el derecho para hacer cumplir obligaciones, más probable es que no se use*.

2. Conclusión

El modelo conceptual que he descrito arroja una conclusión: *una manera de incrementar el bienestar de todos los habitantes de una sociedad es mejorando la eficacia del derecho*. Al hacerlo, los derechos incrementan su valor (y por ende el patrimonio de su acreedor) en la medida en que la eficacia del mismo sea incrementada. Es por ello que el *Estado de Derecho es un elemento importante de la riqueza de una sociedad*. Así debe entenderse, defenderse y fomentarse.

3. Sugerencias

Existen dos pasos inmediatos que mejorarían radicalmente la eficiencia del Estado de Derecho:

1. Condenas en costas; y
2. Reducción del tiempo.

Las condenas en costas importantes generan incentivos para cumplir espontáneamente las obligaciones. Actualmente, la práctica de las condenas en costas es lamentable. No sólo son improbables, sino que siempre son lacónicas. En la medida en que se incremente su frecuencia y monto se reducirá el incentivo de deudores de incumplir con sus obligaciones. Y ello es natural. Si existe un margen de improbabilidad de ejecución coactiva de una obligación, y el costo de hacerla cumplir coactivamente no es repercutido a quien lo genera,

la postura natural del deudor es jugársela: no pago y a ver cómo me va. Se induce una psicología de lotería.

Con respecto al tiempo, es imperativo mejorar el tiempo de obtención de sentencias; y deben generarse intereses (compuestos)¹⁴² por el tiempo que transcurra entre la fecha de cumplimiento y la fecha efectiva de pago. De lo contrario, de nuevo se generan incentivos para incumplir.

Existen ejemplos de ello: la materia fiscal y laboral. Con respecto a los créditos fiscales, dada su onerosidad, los contribuyentes prefieren cumplir de inmediato. No hay dinero más caro que el adeudado al fisco. En materia laboral, el incremento exponencial de los salarios caídos tiene un efecto similar. Es de esperarse que dicha práctica sea emulada en otras áreas.

VI. COMENTARIO FINAL

El Estado de Derecho es el obsequio más importante y valioso que la clase gobernante puede (y debe) hacer a su sociedad. Seguimos en espera del mismo.

El derecho tiene funciones económicas importantes. Para que se logren es necesario diseñarlo de una manera más astuta y hacerlo cumplir enérgicamente. Entre más eficaz sea, más armónica y próspera será una sociedad.

Considero que un Estado de Derecho que reúna dichas características constituirá un elemento de riqueza de las naciones. En mi humilde opinión, dentro de los diversos factores que, en su extraordinaria obra *The Wealth and Poverty of Nations*,¹⁴³ el historiador David S. Landes

¹⁴² El "interés compuesto" es aquél que reinvierte cada pago de interés sobre dinero invertido para ganar más interés. Se distingue del "interés simple" en que este último se calcula sólo sobre la inversión inicial. La diferencia es casi imperceptible por un periodo pequeño de inversión, es trivial para un periodo medio, e impactante para un periodo que excede de 20 años. Legalmente, guarda relevancia con la institución de la indemnización. Aunque la mayoría de las autoridades (doctrinales y los casos) tienden a preferir el interés simple sobre el compuesto, postulo que para lograr el objetivo *restitutio in integrum*, tiene que preferirse el interés compuesto. Lo contrario subindemnizaría. Mucho podría decirse sobre esto, mas no lo haré por el contexto. Obviamente existen excepciones, pero como regla la aseveración es válida, aunque contra la corriente.

¹⁴³ David S. Landes, *The Wealth and Poverty of Nations: Why some are so rich and some so poor*, W. W. Norton & Company, Nueva York, Londres, 1999.

analiza sobre qué hace que unos sean prósperos y que otros no, existe un vacío importante: el papel del Estado de Derecho.¹⁴⁴ Merece ser complementada con dicho elemento. Un eficaz Estado de Derecho es un factor de riqueza de las naciones. Explica por qué unos son más prósperos que otros.

Deseo hacer eco de lo que bien podría calificarse como la aportación más importante de Richard A. Posner al pensamiento económico y jurídico:¹⁴⁵ el derecho debe ser, además de todo lo que ya es, un mecanismo que fomente el bienestar social, económico, de la sociedad.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Para ser justos, en ciertas partes (por ejemplo, pp. 32, 42, 44) hace apreciaciones sobre el papel del derecho.

¹⁴⁵ Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 1981, 1983, p. 5; y, en general, *Economic Analysis of Law*, 5a. ed., Nueva York, Aspen Law and Publishers, 1998.

¹⁴⁶ "...Common law is best explained as if judges were trying to maximize economic welfare... common law adjudication brings the economic system closer to the results that would be produced by effective competition – a free market operating without significant externality, monopoly, or information problem" son sus palabras exactas. Aunque el párrafo está –por razones que no abordaré– ligeramente sacado de contexto, diversos intercambios de opiniones entre el juez Posner y el autor confirman que el postulado, como lo he manejado, es acertado.