

D = O x E

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	EL MODELO	2
A.	Expresión mediante una Función.....	3
1.	Derecho	3
2.	Obligación	4
B.	Implicaciones.....	4
1.	Acreedor.....	5
2.	Deudor.....	5
C.	Conclusión	6
III.	PROPIEDADES VECTORIALES DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.....	7
IV.	LAS SUGERENCIAS	9
A.	El mercado como una opción.....	9
1.	Beneficios del mercado.....	10
2.	Facultades autocorrectivas del mercado	11
3.	Peligros de la intervención.....	13
B.	Evitar intervencionismo	13
C.	Incentivos	17
1.	El Derecho como creador de incentivos	17
2.	Normas autoequilibrantes	17
V.	COMENTARIO FINAL	19

* Doctorado en Análisis Económico del Derecho, Universidad de Chicago. Coordinador del Grupo de Trabajo sobre Análisis Económico de Derecho de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. Catedrático de Análisis Económico del Derecho y Competencia Económica, ITAM y Universidad Iberoamericana. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de un Estado de Derecho tiene ramificaciones sociales importantes. Afecta a todo y a todos dentro de una sociedad. Ello tiene implicaciones utilitarias. Tales, que contar con un Estado de Derecho es un elemento de riqueza de una nación. No es exageración.

Nuestro Estado de Derecho dista de ser lo que podría ser. El problema es serio. Afortunadamente, la solución no es difícil. Este estudio sugiere una solución. Para ello, invita un cambio epistemológico en su concepción, mismo que se encapsula en la fórmula que constituye el título de este ensayo. Para lograr el fin señalado, procederé a sugerir un modelo conceptual (§II), para luego explicar las consecuencias en las relaciones jurídicas (§III), procediendo con sugerencias para lograrlo (§IV).

II. EL MODELO

Las relaciones jurídicas son un conjunto de vínculos que unen a toda la sociedad y a todas las cosas dentro de la sociedad.¹ Significan tanto cargas como créditos, y los mismos tienen un valor — tanto social como económico.

Del lado del acreedor significan un haber: tienen frente a su deudor derecho a algo. Su valor es determinado por dos variables: su valor (sea que se exprese monetariamente o no) y la probabilidad de que se cumpla, ya sea espontáneamente o coactivamente. Este último se llama riesgo.

Del lado del deudor significa una carga: una obligación a hacer algo. Y de nuevo, ello tiene un valor: su monto multiplicado por la probabilidad de que el deudor pueda ser obligado a cumplirla.

¹ No hago distinción entre derecho personal y real pues, para efectos de este análisis, es indiferente. La descripción social y económica aplica a ambos.

En ambos casos la constante es la misma: el valor *real* de un derecho y obligación es determinado por la multiplicación de dos variables: su *quantum* por su ejecutabilidad.

A. EXPRESIÓN MEDIANTE UNA FUNCIÓN

La idea descrita tiene implicaciones importantes. Para explicarlas, las expodré mediante una función, según del lado en que se observen: del lado del acreedor (como un derecho) y del lado del deudor (como una obligación).

1. Derecho

Del lado del acreedor, la idea es expresable mediante la siguiente función:

$$D = O \times E$$

Donde:

D = Derecho

O = Obligación

E = Ejecutabilidad (Riesgo²).

Aunque la función anterior es suficiente para transmitir la idea aquí defendida, el lector incisivo podría querer ir más lejos. Para ello, añadiría que $E = PE \times CE \times T$ donde:

PE = Probabilidad de Éxito³

² 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.

³ La *PE* es función del aspecto sustantivo del caso.

T = Tiempo

CE = Costo de Ejecución

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 en base a tres variables: el costo de ejecución (CE), la probabilidad de éxito (PE) y el tiempo (T). El Costo de Ejecución son los costos legales.

2. Obligación

La perspectiva del deudor también merece ser expresada matemáticamente:

$$O = C \times E$$

Donde:

O = Obligación

C = Costo

E = Ejecutabilidad (Riesgo)

Lo anterior podría parecer banal. Trillado inclusive. Después de todo, todos los abogados aprendemos en los primeros semestres de la carrera la noción de un 'Derecho' y de una 'Obligación'. Invito a que se revalore bajo el esquema anterior. El motivo: las implicaciones epistemológicas que tiene, a las que ahora me aboco.

B. IMPLICACIONES

Las implicaciones del modelo descrito son enormes, si se perciben sus sutilezas. Tales, que auguro que después de meditar sobre ello, el lector comprenderá con más detenimiento el porqué del postulado inicial de este ensayo (que el Estado

de Derecho es un elemento de riqueza de las naciones) y no volverá a ver con los mismos ojos las deficiencias prácticas de nuestra ciencia.

1. Acreedor

Del lado del acreedor, el *valor* de un Derecho conjuga su ejecutabilidad.

La utilidad (felicidad) que deriva un acreedor de un derecho en su patrimonio incrementa cuando puede hacerlo cumplir rápida y eficientemente. Un propietario derivará más riqueza de un derecho fácilmente ejercible sin necesidad de hacer erogaciones importantes, que cuando no lo es. Un ejemplo puede ilustrar. Un propietario de un inmueble derivará más utilidad de la renta del mismo cuando puede, en forma rápida y eficaz, desahuciar a un inquilino moroso, que cuando hacerlo implica un proceso costoso y largo. (¿Suenan familiar?) Y ello impacta su valor de intercambio. Continuando con el mismo ejemplo, si el derecho a arrendar un inmueble puede hacerse cumplir en forma enérgica en poco tiempo a un costo transaccional bajo, el mercado estará dispuesto a pagar más por el inmueble. De nuevo, ello beneficia al acreedor: su Derecho *vale* más.

En esencia, un activo es máspreciado cuando existe un Estado de Derecho. El motivo: *el Estado de Derecho es un componente económico de todos los derechos en un sistema jurídico*. Un mismo activo vale más en una jurisdicción con un Estado de Derecho robusto que en otra que dista de serlo.

Los patrimonios de los sujetos de derecho ubicados en un sistema con un Estado de Derecho se ensanchan; y desinflan en sistemas que distan de serlo.

2. Deudor

Del lado del deudor, el valor de una *obligación* conjuga su ejecutabilidad.

Las relaciones jurídicas implican, del lado del deudor, una carga: una obligación a algo. Y de nuevo, ello tiene un valor, pero ahora cobra una cara distinta: *costo*.

Una obligación es una carga, un peso. Dicho peso pesa más cuando el sistema que lo hace cumplir es eficaz y rápido, que cuando no. Ello tiene implicaciones importantes. 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. Cumplirá sin necesidad de coacción. Pero si no existe certeza de ello, tendrá incentivos para incurrir en mora.⁴ Y entre menos certeza exista, el incentivo se agudiza—y 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 de la misma*.

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

C. CONCLUSIÓN

El modelo conceptual que he descrito arroja una conclusión: *una manera de incrementar el bienestar de todos en 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*.

⁴ El motivo: el costo será incurrido sólo si es inferior al costo de no cumplirse. El deudor cumplirá la obligación sólo si el costo de incumplirla es mayor al costo de cumplirla.

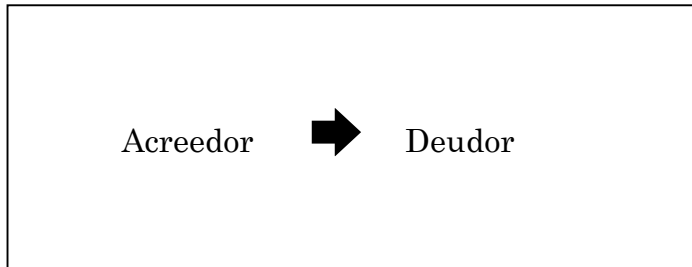
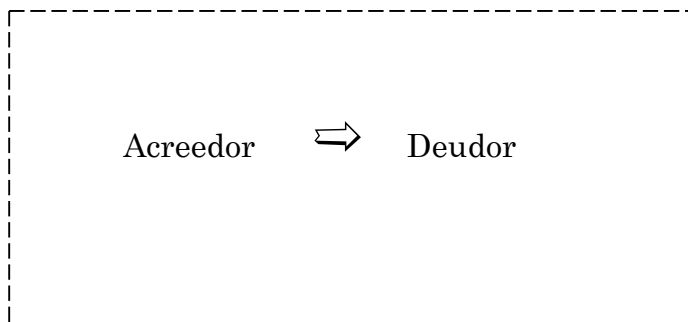
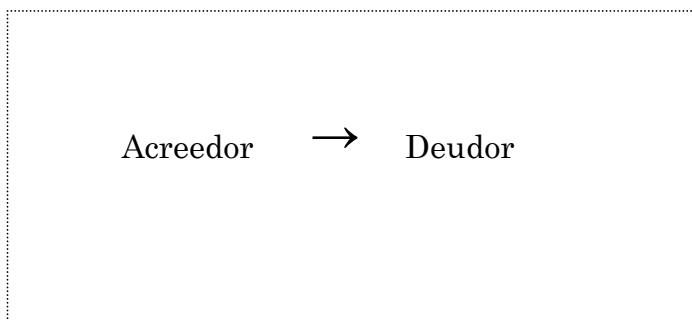
III. PROPIEDADES VECTORIALES DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

Las relaciones jurídicas tienen propiedades vectoriales. Los científicos e ingenieros utilizan las matemáticas como una herramienta para describir el comportamiento de los sistemas físicos, ilustrando las propiedades físicas de magnitud y de dirección mediante por vectores.⁵ Algo similar sucede con las relaciones jurídicas, pero la propiedad que comunican es distinta: *valor*. Sus componentes son una conjugación de dos variables: el *valor original*—medido monetariamente—del *derecho* contenido en la relación, multiplicado por su *ejecutabilidad*. El *valor real* de un Derecho es el resultado de multiplicar el valor original por su ejecutabilidad, entendida como la probabilidad de hacerlo cumplir coactivamente, tomando en cuenta el costo de hacerlo. El resultado arroja un total, que es el *valor*. Este valor es representable mediante un vector, cuyo grosor es representativo de su valor. Entre más alto sea, más ancho será el vector. Lo inverso es igualmente cierto: entre menor sea su valor, más angosto será el vector. La noción puede ilustrarse de la siguiente manera:

Acreedor \longrightarrow Deudor

El grosor del vector varía atendiendo al derecho y jurisdicción aplicable al Derecho. Si es una jurisdicción que goza de un buen Estado de Derecho, se ensanchará. En jurisdicciones con un Estado de Derecho pobre, enflacará. Ilustrémoslo.

⁵ Algunos ejemplos de cantidades vectoriales son la fuerza, la velocidad y la aceleración.

Caso 1: Jurisdicción con un Estado de Derecho *sólido***Caso 2: Jurisdicción con un Estado de Derecho *mediocre*****Caso 3: Jurisdicción con un Estado de Derecho *pobre***

Como con los sistemas físicos, los vectores son facilitadores de transmisión de información. En nuestro caso, arrojan una lección clara: *el grosor del vector — el valor del Derecho—depende del derecho y jurisdicción aplicable*. Si se trata de

un Estado de Derecho pobre, el vector será esbelto, indicando poco valor. Si se trata de un Estado de Derecho robusto, el grosor será mayor—indicando mayor valor. La moraleja: el valor de un activo, un Derecho, depende en forma crucial del Estado de Derecho en el que está inmerso. Y las consecuencias son claras. De allí que defienda la idea que el Estado de Derecho es un elemento de riqueza de las naciones. Impacta el patrimonio de todos quienes se ubican en él.

IV. LAS SUGERENCIAS

Entendido el modelo, la pregunta es obligada: ¿de qué sirve?

De mucho. Apreciado el impacto que tiene la ejecutabilidad de una obligación en el valor de un Derecho, el enfoque se centra en ella. Y ello trae aparejado una lección: entre más fácil sea hacer cumplir una obligación, más vale—inclusive en ausencia de la utilización de los mecanismos coactivos para hacerla cumplir.

Existen tres políticas que deseo sugerir que se adopten: (a) el mercado como opción; (b) la intervención como excepción; y (c) generar incentivos correctos.

A. EL MERCADO COMO UNA OPCIÓN

Antes de meter las manos en actividad económica, debe observarse qué sucede en la economía. Ya lo advertía Vivante: antes de *regular*, hay que *observar*. El motivo: no hacerlo propicia más problemas de los que se resuelven. Puede hacer que la norma sea dislocativa de la realidad que busca regular. Siempre que la posibilidad exista debe privilegiarse que la actividad sea realizada por particulares fomentando la creación de un mercado competitivo. La aseveración descansa en tres premisas: (1) los beneficios del mercado; (2) sus facultades correctivas; y (3) los peligros de la intervención.

1. 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.⁶

El mercado es un facilitador de intercambio.⁷ 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 millones de productos son ofrecidos por centenares de miles de productores y vendedores a muchos millones de consumidores mediante centenas de millones de operaciones. Éste 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 dichas 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 a de Adam Smith sigue siendo tan vigente como cuando fue ideada. Smith decía que:⁸

⁶ Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, ECONOMICS, 15th edition, New York, McGraw Hill, 1995, p. 23.

⁷ Coase, Ronald R.H. Coase, THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW, University of Chicago Press, 1988, p. 7.

⁸ 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

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 propio 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 artriticamente. Ya lo hacía ver el Premio Nobel de Economía, Ronald H. Coase:⁹

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

Podría preguntarse sobre la ingerencia 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.

La moraleja que deseo derivar es la siguiente: 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.

2. Facultades autocorrectivas del mercado

El mercado tiende a autocorregirse. Dados los incentivos que propicia en los agentes económicos que participan en el mismo, los problemas de un mercado particular tienden a remediarse sin la necesidad de intervención

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.")

⁹ Coase, ob. cit., pg. 10. ("Those operating in ... markets have to depend ...on the legal system of the State...")

gubernamental. El motivo es claro: el deseo de obtención de rentas incentiva 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 natural¹⁰ y cuando existen externalidades¹¹ a combatir.

Además, la regulación implica monitoreo continuado 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. Ello dificulta que el agente económico responda a los estímulos del mercado. Por ello, con frecuencia el mercado—con todos sus bemoles—es superior a la mejor de las intervenciones.

Admito que la coyuntura internacional hace peligroso hablar de desregulación. Invito—no, ruego—al lector a concluir este estudio, o por lo menos ésta sección IV.A, antes de desecharlo como resultado del paradigma pasado de desregulación, al que se le atribuye la actual crisis internacional.

¹⁰ 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.

¹¹ 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 y la contaminación.

3. Peligros de la intervención

Obviamente existen instancias en las que se justifica regular. No deseo insinuar que el liberalismo *total* es la solución a *todos* los problemas económicos—disto de ser un ‘fundamentalista del mercado’. Pero tampoco es la regulación la solución a todos los problemas económicos. ¿Cómo distinguir?

Para que una regulación se justifique y sea positiva, debe constreñir la actividad a la que va dirigida de una manera costo-efectiva. Para ello, deben sopesarse (a) los **costos** impuestos por la regulación a la luz de los resultados que se busca que genere, (b) los **resultados** que en verdad genera, y (c) la probabilidad que el resultado sea distinto al esperado.¹²

Si los costos pesan más que los objetivos, o éstos pueden ser logrados de una manera que afecte menos la actividad económica, 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.

La apreciación es importante por una realidad que no debe pasar desapercibida: los abogados somos *in natura* reguladores, y ello nos lleva fácilmente a ser *sobre*-reguladores. Dado nuestro entrenamiento, tenemos una tendencia natural a regular. Antes de hacerlo, debemos cuestionarnos si la regulación se justifica, o si la medicina es más dañina que la patología.

B. EVITAR INTERVENCIONISMO

El Estado tienen funciones que cumplir, pero no todas. La intervención es una tentación que debe evitarse. Debe percibirse como excepción, no como regla. Antes de implementar una medida legal o económica (v.gr., crear una burocracia) debe analizarse si (1) es posible que la actividad sea realizada por

¹² Sobre esto, ver la sección siguiente sobre ‘intervencionismo’.

particulares; y (2) si la medicina no es más dañina que la enfermedad. Después de todo, el Estado no es 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.¹³

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. No hacerlo trae resultados negativos. Inclusive, un estudio reciente¹⁴ concluye que el precario Estado de Derecho mexicano explica su mediocre desempeño económico en comparación con el mundo y América Latina en una etapa en la que todo el mundo se benefició de un crecimiento económico importante de los últimos años.¹⁵ En sus palabras:¹⁶

La propuesta [de Levy] contribuye a mejorar el bienestar de México en una dimensión que es esencial para la prosperidad de la sociedad moderna: *el fortalecimiento del Estado de Derecho*

[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)

13 Esta aguda observación es realizada por Milton Friedman, FREE TO CHOOSE. A PERSONAL STATEMENT, San Diego, Hartcourt, Inc., 1979, 1990, p. 32.

14 Santiago Levy, GOOD INTENTIONS, BAD OUTCOMES. SOCIAL POLICY AND ECONOMICAL GROWTH IN MEXICO, Brookings Institution Press, Washington, 2008.

15 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, e incentivan a las firmas a invertir en proyectos que son lucrativos en forma privada pero subóptimos en forma social. En términos generales, la estructura de incentivos implícita en los programas sociales hacen que los trabajadores sociales y firmas se comporten de manera que son contrarias al crecimiento productivo a largo plazo.

16 Levy, *ob. cit.*, p. 291.

Lo que aquí se defiende tiene implicaciones en otros ámbitos. La historia enseña que cuando un gobierno puede interferir fácilmente con la propiedad privada, tienden a generarse incentivos y desincentivos perversos.¹⁷ Las palabras de Ludwig von Mises siguen siendo tan vigentes como cuando fueron emitidas en 1927:¹⁸

...lo que el liberalismo sostiene no es que el orden capitalista sea óptimo desde cualquier punto de vista. Afirma simplemente que, para alcanzar los fines que los hombres persiguen, la sociedad capitalista es la única indicada, y que los modelos sociales que se llaman socialismo, intervencionismo, socialismo agrario y sindicalismo son irrealizables.¹⁹

No seguir dicho consejo tiene resultados no sólo negativos, sino con frecuencias sorprendentes. De nuevo, von Mises alerta:

Desde cualquier lado que consideremos el intervencionismo, conduce siempre a un resultado que no está en las intenciones de sus autores y fautores, y que desde su propio punto de vista no puede menos de parecer irracional y contrario al objetivo perseguido, y por tanto políticamente insensato.²⁰

La precaución es temporalmente importante. Nuestra coyuntura es peligrosa. Ante la debacle financiera reciente, el paradigma del papel del Estado en la economía seguramente se revisitará y posiblemente redefinirá.²¹ Dos bandos

¹⁷ Esta aseveración puede ser cuestionada y estudiada en un interesante libro (curiosa — ¿o atinadamente?) autorado por un historiador ruso: Richard Pipes, PROPERTY AND FREEDOM, New York, Vintage Books, 1999.

¹⁸ Ludwig von Mises, LIBERALISMUS, Gustav Fisher, Jena, 1927.

¹⁹ Cita de la traducción al español por Juan Marcos de la Fuente: Ludwig von Mises, LIBERALISMO, LA TRADICIÓN CLÁSICA, Unión Editorial, Madrid, 2007, p. 133

²⁰ Id. p. 127.

²¹ Inclusive algunos aseveran que la crisis es sintomática de que el capitalismo no es el mejor sistema. Considero que el postulado es exagerado e infundado. Es cierto que el problema financiero obedeció a problemas (inclusive deficiencias) del sistema capitalista. Pero concluir que ello es probativo del fracaso *in toto* del mismo me parece falaz. Creo que una postura más apropiada es que se trata de *un* fracaso—no *el* fracaso—de mercado. Un estudio reciente hace un análisis inteligente y objetivo del tema (Richard A. Posner, A FAILURE OF CAPITALISM, Harvard University Press, Cambridge, 2009). En esencia, el problema es macroeconómico. Y no olvidemos que

se enfrentan: regulación versus desregulación. Mientras que quienes enarbolaban lo segundos son hoy puestos bajo la hoguera, quienes defendían lo primero son vanagloriados como los portadores de la voz de la razón, que algunos rehusaron escuchar.²²

Postulo que existe un falso dilema. No se trata de *más*—sino *mejor*—regulación. Mientras las fuerzas ideológicas que cimientan el *statu quo* se ponen bajo la mira, es de esperarse que no se olvidé todo lo ganado hasta la fecha. Una lección importante del análisis económico del Derecho es que la sobre regulación genera distorsiones y costos que entorpecen y encarecen la actividad económica.

Existe mucha experiencia y conocimiento ganado con respecto a cuándo regular, y cuándo no. De 1948 a verano de 2008 la economía mundial creció más que los últimos 2000 años. El bienestar económico presente nunca ha sido visto. Pero no es equitativo. Y ello es conspicuo. Ante los avances en las comunicaciones, la proclividad del surgimiento de los sentimientos que invitan los movimientos sociales alertados crece.²³

dicha ciencia es joven (nació hace menos de un siglo—en los años treinta, después de la Gran Depresión) y seguimos aprendiendo.

²² En las fechas en que éste estudio se concluía pensadores importantes lanzaron al mercado de las ideas obras que deben ser analizadas para empezar a (correctamente) dirigir este (importante) debate. Por ejemplo, Joseph Stiglitz en FREEFALL: AMERICA, FREE MARKETS AND THE SINKING OF THE WORLD ECONOMY; George Soros, THE NEW PARADIGM FOR FINANCIAL MARKETS: THE CREDIT CRISIS OF 2008 AND WHAT IT MEANS, PublicAffairs, Perseus Book Group, United States of America, 2008; Charles R. Morris, THE TRILLION DOLLAR MELTDOWN, PublicAffairs, Perseus Book Group, United States of America, 2008.

²³ La aseveración descansa en aquella corriente de opinión de la sociología que considera que no es la pobreza *per se* la que ha propiciado los movimientos sociales, sino cuando es aunada a la percepción de los desfavorecidos que otra clase social tiene beneficios sociales diversos. Es decir, es la *relatividad* de la *disparidad* la que propicia la *inconformidad*.

C. INCENTIVOS

1. El Derecho como creador de incentivos

El Derecho genera incentivos. Desafortunadamente, no siempre los correctos.

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo.²⁴ Un incentivo es una llave con un poder asombroso para cambiar una situación.²⁵

La importancia de los incentivos no debe ser subestimada. Sus efectos son enormes, tanto social²⁶ como económicamente.²⁷ Cuando los incentivos se diseñan bien pueden ser muy efectivos. Mal manejados pueden generar el resultado inverso.²⁸

Al diseñar normas jurídicas deben tomarse en cuenta los incentivos que generan. En mi experiencia, este ingrediente es totalmente pasado por alto.²⁹

²⁴ Para abundar sobre este tema ver las obras INCENTIVES, MOTIVATION AND THE ECONOMICS OF INFORMATION, Donald E. Campbell, Cambridge University Press, Cambridge, 2006 y REPEATED GAMES AND REPUTATIONS, LONG- NUN RELATIONSHIPS, Mailath, George J. and Larry Samuelson, Oxford University Press, New York, 2006.

²⁵ 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.

²⁶ Piénsese por ejemplo en el caso de conducta ilícita. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿porqué no existe más crimen? La respuesta: el incentivo *social* de no ser percibido como un criminal.

²⁷ Los incentivos son los determinantes del desempeño económico. Así lo hace ver el (premio Nobel de economía) Douglas C. North al decir "...incentives are the underlying determinants of economic performance" (INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE, Cambridge University Press, 1990, p. 135.)

²⁸ Por ejemplo, una multa pequeña puede *invitar*, más que *desalentar*, la conducta en cuestión.

²⁹ Y la omisión explica conducta reprochable en todos los segmentos de nuestra sociedad.

Tanto a nivel legislativo, como contractual, como en la administración de instituciones y gestión de organizaciones.³⁰

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.

2. Normas autoequilibrantes

Deseo hacer eco de una idea que he expresado en otros contextos:³¹ en el diseño del Derecho deben procurarse normas autoequilibrantes.³² 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 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 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

³⁰ 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.

³¹ Francisco González de Cossío, EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

³² El término 'auto-equilibrante' no encuentra, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del Derecho.

accesorios son importantes: habrán menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad.

La procuración de dichas normas hace relevante la (empolvada) teoría del Abuso del Derecho. Si un derecho es ejercido con el único objetivo de hacer daño, debe perderse. Y no solo eso, puede (y debe) engendrar sanciones adicionales.³³

La procuración de este tipo de normas hará más eficaz la aplicación del Derecho y desincentivará el que se use abusivamente.

V. COMENTARIO FINAL

$D = O \times E$: el *valor* de un Derecho es igual al *quantum* de la obligación multiplicado por su *ejecutabilidad*.

Entre antes lo reconozcamos antes podremos usar el modelo para hacer de la herramienta jurídica un mecanismo de bienestar social.

³³ La utilización cínica, farisea o selectiva de un derecho debe tildarse de abusiva.