

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

Seminario de Estudios Jurídico-Económicos

La protección jurídica de los accionistas en México.

Un análisis económico

Tesis que para obtener el título de Licenciado en Derecho

presenta

Luis Pablo Acosta Zamora

Director de tesis:

Licenciado Pedro de Jesús Ojeda Paullada



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi madre, María Eugenia Zamora Uribe, y
a mi padre, Luis Benito Acosta Jiménez

A mi hermana María Fernanda y
a mi hermano Sergio Alfredo

A mis amigas y a mis amigos,
especialmente a los de los días universitarios

A la UNAM y a su Facultad de Derecho

AGRADECIMIENTOS

A mi padre y a mi madre, a quienes debo esta tesis en todos los sentidos posibles.

Al Lic. Pedro Ojeda Paullada, cuyo apoyo y paciencia rebasaron con mucho lo que es válido esperar del director de tesis.

Al Lic. Simón Abad González, por su compromiso riguroso y respetuoso con la calidad de los trabajos elaborados en el Seminario de Estudios Jurídico-Económicos.

Al Dr. Gerardo Esquivel, por el apoyo brindado para la elección del tema de tesis.

A la UNAM y a la Facultad de Derecho, por la generosidad inagotable y casi siempre inmerecida con que nos acoge a los universitarios.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	vii
CAPÍTULO I. LAS CATEGORÍAS FUNDAMENTALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO...	1
I.1. Introducción.....	1
I.1.1. El imperialismo económico y el derecho.....	2
I.1.2. El concepto de análisis económico del derecho.....	7
I.1.3. Las categorías del análisis económico del derecho.....	9
I.1.4. Las funciones del análisis económico del derecho.....	10
I.1.5. Las ramas del análisis económico del derecho.....	12
I.1.6. El movimiento.....	14
I.2. El derecho en el análisis económico del derecho.....	16
I.2.1. La naturaleza del derecho consuetudinario.....	17
I.2.2. El formalismo.....	19
I.2.3. La reacción contra el formalismo y el paradigma Holmes/Cardozo.....	21
I.2.3.1. El paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo.....	21
I.2.3.2. El realismo jurídico.....	24
I.2.4. La jurisprudencia estadounidense y el análisis económico del derecho.....	28
I.3. La economía en el análisis económico del derecho.....	30
I.3.1. La naturaleza del análisis económico.....	30
I.3.2. El objeto de la ciencia económica y el significado del término “enfoque económico”.....	32
I.3.2.1. Funciones y límites de la conducta económica.....	35
I.3.3. El método de análisis de la ciencia económica.....	36
I.3.3.1. Digresión en torno al objetivo cognoscitivo de la ciencia económica.....	37
I.3.3.2. La formulación, estructura y aplicación de las hipótesis y los modelos económicos.....	38
I.3.3.3. La validación de las hipótesis y los modelos económicos.....	40
I.3.4. Los conceptos y las categorías fundamentales.....	42
I.3.4.1. La maximización.....	42
I.3.4.2. La estabilidad de las preferencias.....	45
I.3.4.3. El equilibrio del mercado.....	46
I.3.4.4. La ley de la demanda.....	47
I.3.4.5. El costo de oportunidad.....	49
I.3.4.6. El principio de optimización de los recursos en condiciones de intercambio voluntario.....	51
I.3.4.7. El análisis marginal.....	52
I.3.4.8. La eficiencia.....	53
I.3.4.8.1. La eficiencia productiva.....	54
I.3.4.8.2. El criterio de eficiencia de Pareto.....	54
I.3.4.8.3. El principio de compensación y el criterio de eficiencia de Kaldor/Hicks..	56
I.3.4.8.4. La maximización de la riqueza.....	57
I.3.4.9. La economía del bienestar.....	58
I.3.4.9.1. El equilibrio general y la eficiencia.....	59
I.3.4.9.2. El principio de compensación una vez más.....	64
I.3.4.9.3. Las fallas del mercado.....	65
I.4. La lógica del análisis económico del derecho.....	69
I.4.1. La naturaleza del análisis económico del derecho.....	70
I.4.1.1. Análisis económico positivo y análisis económico normativo del derecho.....	72
I.4.2. El objeto del análisis económico del derecho.....	75
I.4.2.1. La función de las normas jurídicas en el análisis económico del derecho.....	75
I.4.3. El método del análisis económico del derecho.....	76
I.4.3.1. El objetivo cognoscitivo del análisis económico del derecho.....	76
I.4.3.2. La formulación, estructura y aplicación de las hipótesis del análisis económico del	

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

derecho.....	77
I.4.3.2.1. Hipótesis de predicción e hipótesis de determinación de eficiencia.....	79
I.4.3.3. La validación de las hipótesis del análisis económico del derecho.....	80
I.4.4. Digresión sobre las categorías del análisis económico del derecho.....	81
CAPÍTULO II. LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	84
II.1. Introducción.....	84
II.2. La perspectiva tradicional.....	89
II.2.1. La escuela de Chicago.....	89
II.2.2. Los pilares fundamentales de la perspectiva tradicional.....	91
II.2.3. El análisis económico de los derechos de propiedad.....	93
II.2.3.1. Concepto, naturaleza y función de los derechos de propiedad.....	94
II.2.3.2. El sistema de derechos de propiedad.....	101
II.2.3.3. Algunas consideraciones de naturaleza jurídica sobre el término “derechos de propiedad”.....	113
II.3. La perspectiva de la teoría de la elección pública.....	125
II.3.1. La teoría de la elección pública.....	126
II.3.2. Las ramas de la teoría de la elección pública.....	127
II.3.3. La teoría de la elección pública <i>homo economicus</i>	130
II.3.3.1. La democracia directa.....	131
II.3.3.2. La democracia representativa.....	132
II.3.3.2.1. Políticos y legisladores.....	133
II.3.3.2.2. La burocracia.....	134
II.3.3.3. La búsqueda de rentas.....	135
II.3.4. La teoría de la elección pública contractualista: La cataláctica.....	137
II.3.5. Digresión sobre algunas cuestiones metodológicas de la teoría de la elección pública.....	141
II.4. La perspectiva de la economía institucional.....	142
II.4.1. La economía institucional.....	143
II.4.2. Commons y el desarrollo del <i>Law and Economics</i> institucional.....	147
II.4.3. Temas centrales de la perspectiva institucional: evolución, interdependencia y orden.....	149
• La evolución del derecho y la economía.....	149
• Continuidad en oposición a cambio.....	150
• Interdependencia mutua, conflicto y orden.....	150
II.4.4. Los derechos, el poder y el régimen político.....	151
II.4.5. La naturaleza problemática de la eficiencia.....	154
II.4.6. Análisis institucional comparativo.....	156
II.5. La perspectiva de la economía neoinstitucional.....	157
II.5.1. La economía neoinstitucional.....	158
II.5.2. El análisis económico del derecho neoinstitucional.....	168
II.5.2.1. El análisis jurídico-económico de los ambientes institucionales.....	168
II.5.2.1.1. Derechos de propiedad y costos de transacción.....	169
II.5.2.1.2. El cambio institucional. El establecimiento y la modificación de los derechos de propiedad y el crecimiento económico.....	175
II.5.2.2. El análisis jurídico-económico de los acuerdos institucionales.....	180
II.5.2.2.1. Derechos de propiedad, agencia y el proceso de contratación.....	182
CAPÍTULO III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA.....	187
III.1. Introducción.....	187
III.2. Orden jurídico estadounidense y análisis económico del derecho.....	191
III.2.1. Características del derecho y la ciencia jurídica estadounidenses.....	191
III.2.2. Cultura jurídica estadounidense y análisis económico del derecho.....	199
III.2.2.1. La oferta del análisis económico del derecho.....	201
III.2.3. Modalidades y funciones del análisis económico del derecho en el orden jurídico estadounidense.....	207
III.2.3.1. Las modalidades del análisis económico del derecho.....	207
III.2.3.2. Las funciones del análisis económico del derecho en el orden jurídico estadounidense.....	214

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

III.3.	Órdenes jurídicos romanistas y análisis económico del derecho.....	217
III.3.1.	Derecho y ciencia jurídica en los sistemas jurídicos de tradición romanista.....	219
III.3.1.1.	Digresión acerca del significado del término "ciencia jurídica".....	219
	• El modelo de Austin como paradigma básico de la ciencia jurídica en la concepción positivista.....	220
III.3.1.2.	Derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica.....	222
III.3.1.3.	Concepción e identificación del derecho como objeto de estudio. Distinción entre <i>ser</i> y <i>deber ser</i> en la teoría kelseniana.....	226
III.3.1.4.	Más sobre el papel de la conducta en el estudio normativo del derecho. Semantización, significación e imputación.....	229
III.3.1.5.	Normas jurídicas y orden jurídico.....	235
III.3.1.6.	Creación del derecho. Individualización e interpretación.....	237
III.3.1.7.	Creación y estudio del derecho.....	238
III.3.1.8.	La interpretación del derecho. Interpretación auténtica e interpretación científica....	239
III.3.1.8.1.	La interpretación instrumental del derecho.....	243
III.3.2.	El estudio del elemento pragmático del derecho. Sociología jurídica y política jurídica.....	246
III.3.2.1.	Sociología jurídica.....	249
III.3.2.1.1.	La sociología jurídica de Max Weber.....	251
III.3.2.1.2.	Resistencia académica.....	254
III.3.2.2.	Política jurídica.....	256
III.3.3.	Las funciones del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas.....	262
III.3.3.1.	Distintas posiciones sobre la incorporación y la aplicación del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas.....	263
	• Indiferencia ante el problema.....	263
	• Posición sustentada en las diferencias entre los sistemas jurídicos.....	264
	• Posición sustentada en las diferencias culturales.....	266
	• Posición sustentada en diferencias jurisprudenciales.....	268
III.3.3.2.	Posibilidades científicas del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas.....	270
	• Análisis económico y teoría del derecho.....	271
	• Análisis económico y dogmática jurídica.....	273
	• Análisis económico del derecho y sociología jurídica.....	274
	• Análisis económico del derecho y política jurídica.....	276
III.3.3.2.1.	Probabilidades científicas del análisis económico del derecho en el orden jurídico mexicano.....	279
III.3.3.3.	Posibilidades normativas del análisis económico del derecho en el orden jurídico mexicano.....	282
	• Normas generales.....	282
	• Normas individuales.....	284
III.3.3.3.1.	Probabilidades normativas del análisis económico del derecho en el orden jurídico mexicano.....	287
CAPÍTULO IV.	RÉGIMEN JURÍDICO, SISTEMA FINANCIERO, INVERSIÓN Y CRECIMIENTO ECONÓMICO.....	289
IV.1.	Introducción.....	289
IV.2.	El crecimiento económico.....	293
IV.2.1.	Los factores del crecimiento.....	294
	• Recursos humanos.....	294
	• Acumulación de capital.....	295
	• Innovación y cambio tecnológico.....	296
IV.2.2.	Estrategias para impulsar el crecimiento.....	297
IV.3.	Inversión y sistema financiero.....	301
IV.3.1.	Activos tangibles y activos financieros.....	302
IV.3.2.	El sistema financiero. Componentes y funciones principales.....	303
IV.4.	La empresa y la sociedad anónima. Su importancia económica y sus principales características.....	306
IV.4.1.	La empresa.....	306
IV.4.2.	La sociedad anónima. Principales características.....	307
IV.4.3.	La sociedad anónima. Importancia económica.....	308
IV.4.4.	La sociedad anónima. Separación de la propiedad y el control y el problema de agencia.....	310

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

IV.5.	Sistema financiero y crecimiento económico.....	313
IV.5.1.	Análisis teórico. Las funciones del sistema financiero y el crecimiento.....	314
IV.5.2.	Estudios empíricos.....	321
IV.6.	Los factores del desarrollo de los mercados de capitales.....	324
IV.7.	Inversión en acciones y régimen jurídico.....	327
CAPÍTULO V.	EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS REFORMAS AL RÉGIMEN LEGAL QUE ESTABLECE EL NIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS ACCIONISTAS DE EMPRESAS PÚBLICAS EN MÉXICO.....	330
V.1.	Introducción.....	330
V.2.	Elementos de un régimen legal adecuado.....	332
V.2.1.	Características y problemas del sistema de gobierno corporativo en México.....	332
V.2.1.1.	Definición, importancia y problema fundamental del gobierno corporativo.....	332
V.2.1.2.	Características del sistema de gobierno corporativo en México.....	334
V.2.1.2.1.	Orden jurídico.....	335
V.2.1.2.2.	Concentración de la propiedad y grupos económicos.....	336
V.2.1.3.	Problemática del sistema de gobierno corporativo en México.....	340
V.2.1.3.1.	Estructuras de propiedad complejas. Acciones con derechos corporativos limitados: derechos patrimoniales en oposición a derechos de voto.....	340
V.2.1.3.2.	Conflictos de intereses y transacciones con partes relacionadas.....	342
V.2.1.3.3.	Revelación y transparencia.....	344
V.2.1.3.4.	El papel y la eficacia del consejo de administración.....	345
V.2.2.	Principios de un sistema adecuado de gobierno corporativo.....	347
V.2.3.	Derechos, obligaciones y medidas de un régimen legal adecuado. Principales medidas de protección de los accionistas de empresas públicas.....	353
V.3.	El análisis económico del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas.....	365
V.3.1.	El primer estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas.....	367
	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas para garantizar la participación y el voto informados de todos los accionistas en las decisiones corporativas fundamentales..... • Medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo así como la posibilidad de oponerse a las decisiones opresivas de la asamblea, el consejo de administración o la dirección y, en su caso, obtener la reparación de los derechos violados..... • Medidas encaminadas a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía..... • Medidas específicas dirigidas a evitar o manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas..... • Medidas específicas para fortalecer la vigilancia corporativa..... • Medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las prácticas usurpatorias..... • Medidas dirigidas a garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas..... 	369 372 377 378 382 384 386
V.3.2.	La reforma de junio de 2001 a la Ley del Mercado de Valores y el segundo estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas.....	389
	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas para garantizar la participación y el voto informados de todos los accionistas en las decisiones corporativas fundamentales..... • Medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo así como la posibilidad de oponerse a las decisiones opresivas de la asamblea, el consejo de administración o la dirección y, en su caso, obtener la reparación de los derechos violados..... • Medidas encaminadas a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía..... • Medidas específicas dirigidas a evitar o manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas..... • Medidas específicas para fortalecer la vigilancia corporativa..... 	390 392 395 397 401

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

• Medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las prácticas usurpatorias.....	401
• Medidas dirigidas a garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas.....	402
V.3.3. La nueva Ley del Mercado de Valores y el tercer estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas.....	405
V.3.3.1. La consolidación del régimen de gobierno corporativo de las empresas públicas....	408
• Conceptuación de grupos de empresas como una misma unidad económica	408
• Definición o redefinición de las funciones de los órganos sociales de la empresa.....	412
• Redefinición de las responsabilidades de consejeros, directivos principales y auditores externos.....	417
V.3.3.2. Otras medidas de protección de los accionistas de empresas públicas.....	420
• Medidas para garantizar la participación y el voto informados de todos los accionistas en las decisiones corporativas fundamentales.....	421
• Medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo así como la posibilidad de oponerse a las decisiones opresivas de la asamblea, el consejo de administración o la dirección y, en su caso, obtener la reparación de los derechos violados.....	424
• Medidas encaminadas a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía.....	425
• Medidas específicas dirigidas a evitar o manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas.....	429
• Medidas específicas para fortalecer la vigilancia corporativa.....	430
• Medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las prácticas usurpatorias.....	430
• Medidas dirigidas a garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas.....	431
CONCLUSIONES.....	433
BIBLIOGRAFÍA.....	437

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.

INTRODUCCIÓN

El orden jurídico no es únicamente un conjunto de normas de conducta que pueden hacerse observar coactivamente; constituye asimismo una compleja estructura de incentivos y rémoras que alienta o desalienta conductas y produce resultados.

En el campo económico, las normas jurídicas pueden entenderse y estudiarse como elementos que incentivan o desincentivan conductas económicas cuya realización o no realización produce resultados económicos susceptibles de calificarse como convenientes o inconvenientes.

Al estudio de tales normas, conductas y resultados realizado con los conceptos, los métodos y las herramientas de la economía se lo llama análisis económico del derecho. Generalmente, éste radica en el estudio directo de las conductas jurídicas y sus efectos, es decir, la explicación o predicción del comportamiento humano en presencia de normas jurídicas así como la explicación o predicción de los efectos de dicho comportamiento; sin embargo, también puede consistir en el estudio de las normas jurídicas en su carácter de elementos que condicionan conductas y generan resultados.

Como todo análisis económico, el análisis económico del derecho explora la forma en que los recursos escasos de la sociedad se asignan a usos alternativos. No se trata, pues, de un análisis jurídico formal o dogmático que tenga a las normas jurídicas como su objeto primordial y directo de estudio. Sin embargo, tampoco se trata de un análisis económico común o convencional, sino de un análisis económico diferenciado y especializado que presupone el conocimiento detallado de alguna área del derecho. Ese conocimiento es necesario porque el objetivo cognoscitivo de la disciplina es explicar, predecir y evaluar, desde un punto de vista económico, el modo en que las normas jurídicas determinan el comportamiento humano y generan resultados, lo que significa que el objeto de estudio son conductas y resultados económicos que de alguna forma se encuentran condicionados por normas jurídicas. De esta manera, puede decirse que el análisis económico del derecho estudia el modo en que el orden jurídico condiciona o determina la forma en que los recursos escasos de la sociedad se asignan a usos alternativos. El análisis jurídico formal o dogmático es necesario pero insuficiente para llevar a cabo esa tarea.

El análisis económico del derecho estudia la manera en que el orden jurídico influye en los resultados económicos al explicar o predecir las conductas y los resultados económicos a que ha dado lugar o a que dará lugar el conjunto de incentivos y rémoras que contiene determinado régimen jurídico. Es decir, se considera que el grupo de normas que regula un campo de la actividad humana determina el contexto en que ocurren (u ocurrirán) las conductas de las personas que operan en dicho campo, generando un conjunto de incentivos a los que responden (o responderán) esas personas realizando algunas conductas y dejando de realizar otras, con lo que se producirá un resultado económico determinado. Este resultado puede ser conveniente o inconveniente –esto es, eficiente o ineficiente si los criterios de evaluación son los de la economía neoclásica–, cuestión que igualmente habrá de dilucidar el análisis económico del derecho. De este modo, el análisis económico del derecho investiga qué incentivos y qué efectos económicos producen las normas jurídicas, y evalúa las situaciones económicas resultantes.

El régimen legal que establece el sistema de gobierno corporativo y el conjunto de derechos de los accionistas de las sociedades anónimas que cotizan sus acciones en la Bolsa Mexicana de Valores (denominadas empresas públicas en el lenguaje económico y sociedades anónimas emisoras o bursátiles en la legislación bursátil) es el objeto de estudio de la presente tesis. Dicho régimen se presta especialmente bien para estudiarse desde la perspectiva del análisis económico del derecho; las normas legales que lo componen son vistas como elementos que definen el nivel de protección jurídica de los accionistas de las empresas públicas y determinan la disposición del público inversionista a adquirir acciones representativas del capital social de dichas empresas.

El análisis del régimen legal en comentario se realiza revisando y explicando económicamente los principales estados del mismo así como las reformas que lo han ido llevando de un estado al otro. El objetivo principal del análisis es determinar si el régimen en cuestión, en cada uno de sus distintos estados, alentaba o desalentaba (o alienta o desalienta en el caso del estado actual del mismo) la inversión en acciones así como explicar los porqués y las principales implicaciones económicas. En términos del análisis económico de los derechos de propiedad, el propósito es determinar si el conjunto de derechos de propiedad de los accionistas de las empresas públicas ha fomentado o no, en los distintos estados del régimen, la adquisición de acciones de dichas empresas por parte del público inversionista y la posibilidad de que éstas se financien a través de la emisión de acciones.

El análisis se realiza en la inteligencia de que distintos órdenes normativos (o distintos regímenes jurídicos o distintos estados de un mismo régimen jurídico) crean distintos sistemas

de derechos de propiedad, cada uno de los cuales genera incentivos, conductas y resultados económicos particulares y de distinto valor social.

El sistema financiero en general y los mercados de valores en particular son determinantes importantes del crecimiento económico. Diversos estudios empíricos señalan que los países que cuentan con los bancos más grandes y los mercados de valores más activos son los países que crecen más aprisa durante las décadas subsiguientes, y que las industrias y las empresas que dependen en gran medida del financiamiento externo crecen desproporcionadamente más rápido en los países que cuentan con bancos y mercados de valores bien desarrollados.

Los datos indican que el desarrollo del mercado de valores y la consolidación de éste como una fuente de financiamiento para las empresas y de inversión para el público inversionista pasan necesariamente por ampliar la base de inversionistas y reducir la concentración del capital social. Tanto dicha ampliación como dicha reducción dependen en buena medida de que el sistema de gobierno corporativo y el régimen jurídico protejan adecuadamente a los accionistas, es decir, les garanticen que el capital que aporten a la compañía y los dividendos que les corresponden estarán lo mejor protegidos que se pueda de la malversación y la usurpación.

Por lo tanto, un sistema de gobierno corporativo y un ordenamiento jurídico adecuados, pensados para promover la inversión en acciones –o, si se quiere, el financiamiento a través de la emisión de acciones– y el desarrollo del mercado accionario, deben prevenir una serie de derechos, obligaciones y mecanismos que: 1) desalienten o dificulten la usurpación de dividendos y la malversación de activos, ya sea que las realicen los consejeros o los directivos de las empresas contra la totalidad de los accionistas, o los accionistas de control contra el resto de los accionistas; 2) establezcan vías para oponerse a dichas prácticas antes que sucedan; 3) brinden medios de resarcimiento por usurpaciones o malversaciones materializadas, y 4) dispongan sanciones severas para quienes las lleven a cabo.

La tesis se compone de cinco capítulos. Los primeros tres conforman la primera parte del trabajo, la cual consiste en una exposición amplia y detallada de las cuestiones teóricas más relevantes de la disciplina denominada análisis económico del derecho. La segunda parte está integrada por los dos últimos capítulos y constituye el estudio de caso a que me he referido en los párrafos precedentes, esto es, el análisis económico tanto del régimen legal que establece el sistema de gobierno corporativo y el conjunto de derechos de los accionistas de empresas públicas como del proceso de reforma que lo ha venido transformando.

En el capítulo I se exponen las categorías fundamentales del análisis económico del derecho. En él se define qué es el análisis económico del derecho, cuál es su objeto de estudio y cuáles son sus objetivos cognoscitivos. Asimismo, se explica cuáles son los principales conceptos, métodos y herramientas económicos utilizados por la disciplina y cuál es el papel que desempeñan en ella las normas jurídicas.

Todos los tópicos anteriores se abordan en el ámbito de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho. La razón es que ésta constituye la perspectiva paradigmática de la que derivan o se desmarcan las demás perspectivas. Sin embargo, siendo la más conocida, dicha perspectiva no es la única ni la más útil en todos los casos, razón por la que en el capítulo II se expone el resto de las perspectivas o por lo menos las más relevantes.

En su sentido más amplio, el análisis económico del derecho constituye un movimiento que en los Estados Unidos se ha denominado preferentemente *Law and Economics*. Éste se encuentra integrado por al menos siete corrientes o perspectivas distintas: la de la escuela de Chicago –que en esta tesis se considera, siguiendo a Andrés Roemer, la perspectiva tradicional del movimiento–, la de la teoría de la elección pública, la de la economía institucional, la del neoinstitucionalismo, la de la escuela de New Haven, el republicanismo cívico moderno, y los estudios jurídicos críticos.

En esta tesis se exponen únicamente las primeras cuatro corrientes, para realizar lo cual me centraré en los rasgos y las aportaciones principales de cada una de ellas, así como en las semejanzas y diferencias de las mismas con la perspectiva tradicional.

También en el capítulo II se estudia el concepto de “derechos de propiedad” o *property rights* y se explica en qué consiste el análisis económico de los derechos de propiedad. El tema se aborda desde distintas perspectivas: la de la escuela de Chicago, la de la institucional y la del neoinstitucionalismo. Además, se intenta establecer una correspondencia entre dicho concepto económico y algún concepto jurídico. Como se verá en su momento, siempre que el concepto *property rights* se restrinja al ámbito jurídico –es decir, siempre que se consideren únicamente los derechos de propiedad formales–, el concepto que se aproxima lo suficiente al término económico como para considerarlo su expresión jurídica es el de derecho subjetivo.

En el capítulo III se estudia el análisis económico del derecho desde una sede estrictamente jurídica. El capítulo está destinado a exponer, por una parte, cuáles son las funciones científicas y normativas que el análisis económico del derecho cumple en el orden jurídico estadounidense y, por la otra, cuáles son las funciones de ambos tipos que la disciplina cumple o puede llegar a cumplir en los órdenes jurídicos romanistas, teniendo como referencia al derecho mexicano. El objetivo principal del capítulo es ubicar el análisis económico del

derecho dentro del conjunto de las disciplinas que en la familia jurídica romanista se ocupan del estudio del derecho, para hacer lo cual es preciso revisar previamente la situación que prevalece en el ámbito jurídico estadounidense, pues sólo después de desentrañar las razones del surgimiento, el desarrollo y la consolidación del análisis económico del derecho en los Estados Unidos y conocer la aportación de la disciplina a la tradición en la que se inscribe será posible plantearse la cuestión de la naturaleza y viabilidad de su aplicación en otra cultura jurídica. En el caso del orden jurídico mexicano no se trata solamente de presentar las posibilidades científicas y normativas del análisis económico del derecho en dicho orden, sino también de exponer someramente cuáles son las probabilidades de que el análisis económico se use de hecho para explicar o crear el derecho en nuestro país.

Siguiendo a José Ramón Cossío Díaz, en el presente trabajo se aceptan sin reservas dos tesis relacionadas entre sí. Primera, que el análisis económico del derecho es viable en cualquier sistema jurídico, con independencia de la familia a la que pertenezca y la tradición que lo caracterice. Segunda, que los alcances y los límites del análisis económico del derecho en la explicación y creación de un orden jurídico determinado son función de las necesidades, las características y las condiciones del derecho y la ciencia jurídica en la tradición a la que dicho orden pertenece, o, lo que es equivalente, que la forma de concebir, identificar y estudiar el derecho en cada una de las familias y tradiciones jurídicas determina las posibilidades científicas y normativas del análisis económico del derecho. De este modo, lo que al final de cuentas se sostiene es que “el problema de la aplicación del análisis económico del derecho no puede plantearse [...] desde la dualidad posibilidad/imposibilidad, sino mediante la reconducción de sus posibles funciones cognoscitivas en cada una de las familias jurídicas”.¹

En el capítulo IV se explica la relación existente entre el régimen legal a cuyo estudio se consagra la segunda parte de la tesis y la inversión y el crecimiento económico. En otras palabras, en ese capítulo se señala y explica cuáles son las implicaciones económicas del régimen que define el sistema de gobierno corporativo y el conjunto de derechos de los accionistas de empresas públicas.

La relación entre el régimen que establece y protege los derechos de propiedad de los accionistas de empresas públicas y el crecimiento no es una relación, al menos no lógicamente, de primer orden. La cadena que forman aquél y éste tiene varios eslabones intermedios. Dicho régimen jurídico es simplemente uno más de los muchos determinantes del crecimiento económico, y seguramente no es uno de los determinantes más importantes ni uno de los más “directos”. No obstante, ello no hace que el mismo y su papel sean despreciables ni implica que

¹ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, p. 271.

su estudio económico en tanto conjunto de normas que incentivan o desincentivan la inversión en acciones no sea un tema de estudio interesante.

Finalmente, en el capítulo V se realiza el análisis económico del régimen legal en comentario; en él se explican económicamente los tres principales estados que ha tenido el régimen así como las reformas que han dado lugar a los últimos dos.

En dicho capítulo señalaré cuáles son las deficiencias y los problemas históricos que caracterizan al mercado accionario y su régimen legal y qué se ha hecho para corregirlos. De esta forma, daré una explicación jurídico-económica del proceso de reforma al mercado y al régimen en cuestión que ha venido desarrollándose desde junio de 2001, particularmente en lo relativo al sistema de gobierno corporativo y al régimen que define y protege los derechos de los accionistas.

Dichos derechos o facultades no surgen de la nada sino que son otorgados por el régimen político con base en una serie de principios y con la doble finalidad de hacer frente a la problemática planteada por el sistema de gobierno corporativo y de alcanzar ciertos objetivos. Por lo tanto, antes de exponer los derechos en cuestión, y a fin de entender cabalmente la motivación y la lógica económicas de los mismos, será necesario explicar cuáles son los objetivos, problemas y principios mencionados.

Como se verá en su momento, el problema fundamental del gobierno corporativo es la usurpación potencial de los rendimientos de los inversionistas externos (*outside investors*) –esto es, los accionistas que no controlan a la compañía y los acreedores de la misma– a manos de los denominados internos (*insiders*) –o sean, los miembros del consejo de administración, los altos directivos y, en su caso, los accionistas que controlan la empresa–.

En ese sentido, un buen sistema de gobierno corporativo es aquel que establece, vía la estructura interna de los derechos de propiedad de los actores referidos, los incentivos adecuados para que el consejo y la dirección persigan objetivos que satisfagan los intereses de la compañía y sus accionistas antes que los propios, a la vez que permite un monitoreo eficaz del desempeño de la empresa, los consejeros y los directivos. En otras palabras, un buen sistema de gobierno corporativo es aquel que define los conjuntos de oportunidad o de derechos de propiedad de los distintos actores de manera que la interacción de todos ellos redunde en la maximización de los beneficios de la empresa y los dividendos de los accionistas.

El objetivo del capítulo V es el mismo que el de la tesis: examinar los tres principales estados del régimen legal que establece el nivel de protección jurídica de los accionistas de las empresas públicas y determinar si las reformas que han dado lugar a los dos últimos han servido para incrementar dicho nivel de protección. Realizar lo anterior permitirá establecer si el

régimen, en cada uno de los estados referidos, alentaba o desalentaba (o alienta o desalienta en el caso del estado actual) la inversión en acciones. Con ello, ofreceré una explicación económica o jurídico-económica de la reforma al sistema de gobierno corporativo de las empresas públicas y al régimen legal que establece los derechos de los accionistas de las mismas.

El análisis en cuestión se realizará comparando las medidas de protección de los accionistas que cada uno de los estados referidos otorgaba (y otorga, en el caso del estado actual) con las medidas que idealmente deben concederse a fin de brindar a los accionistas un nivel razonable de protección contra la malversación y la usurpación de sus activos y dividendos por parte de los accionistas de control y los administradores de la empresa. Dichas comparaciones permitirán determinar el nivel de protección jurídica que el régimen ha concedido en cada uno de esos estados y el modo en que las reformas al régimen han ido incrementando el dicho nivel de protección.

I. LAS CATEGORÍAS FUNDAMENTALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

I.1. Introducción

Parece sensato afirmar que para el común de la gente, e incluso quizá para la mayoría de los abogados, la función básica del derecho es la mediación de los conflictos. Al decir de Santos Pastor,¹ el derecho lleva a cabo dicha función al establecer la forma en que deben resolverse las disputas, al determinar a quién le asiste un derecho, al establecer legitimidades, e incluso al fijar la forma de organización social. Pero la función de mediación es sólo una de las muchas que el derecho desempeña en las sociedades modernas. En efecto, además de hacer todo lo anterior, el sistema jurídico “crea *incentivos* (o *desincentivos*) en una u otra dirección, induciendo a la gente a comportarse de una forma determinada y afectando al bienestar social global (efecto eficiencia) y a la distribución del mismo entre los distintos grupos e individuos (efecto distributivo o de equidad)”.²

Esta forma de entender el derecho puede llevarnos a sostener con Santos Pastor que lo que afecta la vida de los seres humanos no es tanto lo que las normas “digan” cuanto lo que efectivamente “hagan”. Por eso es que “no disponer de la explicación, o desconocer los efectos de una norma o institución, significa no poder predecir cuáles son las consecuencias que aquélla va a acarrear, o desconocer cuál sería la mejor de las formas para resolver conflictos jurídicos determinados”.³

La necesidad de superar ese escenario de ausencia de explicaciones y de desconocimiento de los efectos de las normas explica que existan juristas y científicos sociales ocupados, más que en el análisis jurídico formal del derecho, en conocer el efecto real de una

¹ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 26.

² *Ibid.*, pp. 26 y 28. De acuerdo con la segunda edición (1998) del *Diccionario de uso del español* de María Moliner, un incentivo es una cosa agradable que se ofrece o que se espera obtener mediante un esfuerzo o trabajo, y que anima a realizar éste; es equivalente a un estímulo, un acicate o un aliciente. Los economistas tienen una noción bastante más compleja y completa de lo que constituye un incentivo, pero rara vez se ocupan en brindar una definición del término. Para Richard A. Posner (*El análisis económico del derecho*, tr. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 11), la afirmación de que las personas responden a los incentivos equivale a decir “que si cambian las circunstancias de un individuo de tal modo que pueda incrementar sus satisfacciones modificando su comportamiento, el individuo en cuestión lo hará”.

³ *Ibid.*, pp. 26 y 29.

institución jurídica o en diseñar ésta de forma que optimice el bienestar social, como sea que éste se defina. Cuando tal es el objetivo, el conocimiento de lo que las normas dicen es un requisito previo y necesario, pero insuficiente; de ahí que el derecho deba exponerse al contacto con las ciencias sociales.

Existen varios casos de ciencias sociales aplicadas provechosamente al estudio del derecho o de cuestiones relacionadas directamente con éste. Así, cierta unión de categorías sociológicas y jurídicas dio lugar a lo que se conoce como sociología jurídica, del mismo modo en que la combinación de elementos de la sociología jurídica y el derecho es responsable de la existencia de la política jurídica. Pero al estudio del derecho o de aspectos vinculados con él se han abocado también otras ciencias sociales como la economía –dando lugar al análisis económico del derecho– y la historia, e incluso disciplinas tales como la filosofía.

I.1.1. El imperialismo económico y el derecho

Las relaciones entre derecho y economía ocurren en dos ámbitos distintos: el real y el científico. Los puntos de contacto verificados en la realidad son naturales e incontrovertibles; en cambio, las relaciones que tienen lugar en el ámbito del conocimiento científico no han sucedido de manera espontánea (ni han estado libres de controversia). En palabras de Santos Pastor:

El Derecho y la Economía, considerados como realidades, tienen muchos espacios de coincidencia y de dependencia mutua. El Derecho y la Economía, como ciencias, como análisis jurídico y análisis económico, sin embargo, parecían, hasta hace bien poco, no tener apenas que ver entre sí. Las escasas coincidencias de estas disciplinas se limitaban a aquellas áreas más híbridas, más jurídicas para el análisis económico y más económicas para el análisis jurídico [...]⁴

Cuando el derecho y la economía son entendidos como realidades, es común considerarlos subsistemas del sistema social, lo que permite que las relaciones entre ambos se expliquen por la nota de interdependencia que caracteriza a todas las relaciones habidas entre los distintos subsistemas sociales. Así, por ejemplo, la interdependencia entre el subsistema económico y el resto de los subsistemas se explicita señalando que la forma en que la gente se gana la vida condiciona su modelo de organización jurídica, su expresión cultural y su

⁴ *Ibid.*, p. 15.

organización política. Igualmente, es universalmente aceptado el hecho de que una configuración concreta del sistema jurídico condiciona al subsistema económico, al cultural o al político. Como sugerí anteriormente, el conocimiento –entendido como identificación, explicación y evaluación– de dichas relaciones de interdependencia entre los distintos subsistemas sociales precisa del concurso de las ciencias sociales.⁵

La anterior cita de Santos Pastor informa que hasta hace poco tiempo –cuatro décadas aproximadamente– las relaciones entre el análisis jurídico y el análisis económico habían estado confinadas a unos cuantos campos de ambas disciplinas. Esta situación cambió definitivamente con el advenimiento del *imperialismo económico*, es decir, el carácter paradigmático que adquirieron las categorías y herramientas de la economía neoclásica.

Efectivamente, durante las últimas décadas hemos presenciado la incursión del pensamiento microeconómico lo mismo en ciencias sociales distintas de la economía que en disciplinas tales como el derecho o la administración. Además, dicho pensamiento ha servido de base para la constitución de nuevas materias como las políticas públicas o la teoría de la elección pública. A esta expansión del uso de las categorías y herramientas de la microeconomía a campos ajenos a los considerados propios de la ciencia económica se la ha llamado imperialismo económico.⁶

Me parece que puede afirmarse que la aspiración de las ciencias sociales por explicar, exponer o cuantificar las cuestiones que les son propias a partir de categorías y herramientas microeconómicas proviene del hecho de que fue precisamente el pensamiento microeconómico el que mejor cumplió la labor cognoscitiva de las ciencias sociales modernas, a saber, la comprensión externa del hombre a través de la atribución de sentido a sus conductas.

La mencionada tarea cognoscitiva derivó, en opinión de José Ramón Cossío Díaz,⁷ del reconocimiento de que para la comprensión del ser humano como objeto de estudio autónomo era necesario abandonar la pretensión propia del humanismo de alcanzar una explicación globalizadora y esencialista del hombre en favor de un conocimiento parcial al que se llegaría mediante la fragmentación del ser humano en *personas*, cada una de las cuales sería el objeto de estudio de una ciencia en particular.

El pensamiento microeconómico, a diferencia de las demás ciencias sociales que se distinguen entre sí por el tipo de persona que han construido, abrió la posibilidad de comprender las conductas de todos los tipos de personas mediante la atribución de un sentido económico,

⁵ Cfr. *ibid.*, p. 26.

⁶ Cfr. José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 11.

⁷ *Ibid.*, pp. 11-13.

es decir, a partir de la suposición de que toda conducta, sea ésta “política” o “jurídica”, pretende la maximización de algo en determinadas circunstancias.⁸

Así, siguiendo a Cossío Díaz diré que “la formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignar sentido a un universo muy extenso de conductas; [...] la progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas, y [...] la fortaleza en la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas”⁹ son algunas de las causas que explican la aparición del imperialismo económico.

El carácter paradigmático de las categorías y los instrumentos microeconómicos dentro de las ciencias sociales ha traído consigo ventajas y desventajas. El propio Cossío Díaz expone la cuestión en los siguientes términos:

Al ir adoptando supuestos y herramientas microeconómicas, las ciencias sociales han podido, efectivamente, conocer y predecir mejor las conductas particulares objeto de su estudio, pero también han enfrentado los problemas comunes a varias de las ciencias “duras” en lo que hace a la reducción del objeto y a la falta de explicaciones integrales. Debido a que las viejas ciencias sociales estaban sustentadas en amplios entramados culturales, sus posibilidades eran más explicativas que predictivas, y al comenzar a adoptar un paradigma económico sus explicaciones han llegado a ser más predictivas que explicativas. Hoy en día, las ciencias sociales, si puede decirse así, explican una menor cantidad de cosas que las corrientes que las antecedieron, pero predicen de manera más detallada y específica.¹⁰

Las antiguas y diversas relaciones que existen entre el derecho y la economía explican que aquél se convirtiera, como señala Cossío Díaz, en “uno de los primeros campos de ocupación” de la expansión imperialista de la economía: “de lo que se trataba ahora era de introducir diversos conceptos microeconómicos para la comprensión del derecho. Si la microeconomía explicaba o pretendía explicar conductas, al enfocarse al derecho había de ocuparse, de una u otra forma, de conductas “jurídicas””.¹¹

Como mencioné anteriormente, hasta hace poco tiempo solamente unas cuantas áreas del análisis jurídico hacían uso explícito de la economía. Se trata de áreas en que la interacción entre ambas disciplinas no sólo es evidente sino ineludible, como son las que tienen que ver

⁸ Cfr. *ibid.*, p. 13.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibid.*, p. 14. Aunque en el último subcapítulo de este capítulo veremos con cierto detenimiento qué se entiende por conducta jurídica, en este momento adelanto que para los efectos de esta tesis, y salvo que se indique otra cosa, son conductas jurídicas aquellas conductas objeto del análisis económico que están reguladas o determinadas por normas jurídicas.

con la regulación de la industria y los monopolios, el diseño del sistema impositivo y la determinación de daños monetarios.

Esta interacción limitada, informan Robert Cooter y Thomas Ulen,¹² cambió drásticamente a principios de los años sesenta, cuando el análisis económico del derecho se expandió a las áreas más tradicionales del derecho, como la propiedad, los contratos, los ilícitos civiles, el derecho penal –sustantivo y procesal– y el derecho constitucional.

Los autores citados afirman, con la gran mayoría de los seguidores del análisis económico del derecho, que la economía ha cambiado la naturaleza de los estudios jurídicos y el entendimiento común de las normas y las instituciones jurídicas (e incluso la práctica del derecho en los países de derecho predominantemente consuetudinario).¹³

Para indicar a qué atribuyen Cooter y Ulen el que la economía haya alcanzado prácticamente a todos los campos del derecho, es necesario arrancar de una noción de norma jurídica que nos permita comprender mejor la función del análisis económico en la explicación del derecho. Con tal objeto, dichos autores parten de considerar las normas jurídicas como “obligaciones respaldadas por una sanción estatal”. La conveniencia de concebir el derecho de este modo se explica en los siguientes términos:

La economía ofreció una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden a los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos del bien más caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada. La economía cuenta con teorías matemáticas precisas (la teoría de precios y la teoría de juegos) y métodos empíricamente razonables (la estadística y la econometría) para analizar los efectos de los precios sobre el comportamiento.¹⁴

¹² Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, tr. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 12. En el mismo sentido la práctica totalidad de los estudiosos del análisis económico del derecho. Cfr., por ejemplo, Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, *op. cit.*; Richard A. Posner, “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 46, núm. 2, invierno de 1979, pp. 281-306, y Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, tr. José L. Pérez, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-Fondo de Cultura Económica, 1994.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, pp. 13 y 14.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Es decir, la economía ofrece una teoría del comportamiento para predecir cómo responderán los individuos ante un cambio en el orden jurídico.¹⁵ Pero la economía no sólo ha aportado una teoría de la conducta, sino que también ha brindado elementos para predecir y evaluar el efecto del derecho en objetivos tales como la eficiencia y la distribución. Demos una vez más la palabra a Cooter y Ulen:

Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas públicas. Las leyes no son sólo argumentos arcanos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales. A fin de conocer los efectos de las leyes en esas metas, los jueces y otros legisladores [sic] deben poseer un método para evaluar los efectos de las leyes sobre importantes valores sociales. La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cual es siempre relevante para la elaboración de las mismas, ya que siempre es mejor el logro de una política cualquiera a un costo menor [...]

Además de la eficiencia, la economía pronostica los efectos de las políticas sobre otro valor importante: la *distribución* [...] Más que otros científicos sociales, los economistas entienden cómo afectan las leyes a la distribución del ingreso y la riqueza entre las clases y los grupos. Los economistas recomiendan a menudo algunos cambios que incrementan la eficiencia, pero tratan de no tomar partido en las disputas acerca de la distribución, dejando, casi siempre, a los gobernantes o los votantes las recomendaciones acerca de la distribución.¹⁶

La aplicación de la economía neoclásica al conocimiento del derecho y de las cuestiones relacionadas directamente con él recibe generalmente el nombre de análisis económico del derecho. Al explicar cuáles son las ideas básicas en torno de las cuales gira esta disciplina, Santos Pastor condensa los conceptos de Cooter y Ulen: “Se entiende que ‘las normas’ (el sistema jurídico, en su totalidad) crean incentivos que hacen que las personas se comporten de una forma u otra, e inducen unos resultados que pueden ser ‘buenos’ o ‘malos’ socialmente, para evaluar lo cual precisamos de algún procedimiento objetivable.”¹⁷

¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 14 y 15.

¹⁷ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 31.

I.1.2. El concepto de análisis económico del derecho

Como veremos más adelante, en su sentido más amplio o abarcador el análisis económico del derecho –o *Law and Economics* cuando, como en este caso, el concepto se entiende ampliamente– no es un movimiento homogéneo, sino que está conformado por diversas corrientes, escuelas o perspectivas que en ciertas cuestiones pueden resultar complementarias entre sí, al paso que en otras se encuentran abiertamente enfrentadas. Ello explica que resulte difícil brindar una definición del movimiento que se ajuste sin problemas a todas las corrientes involucradas. Por ese motivo, a continuación presento una serie de definiciones que, a mi entender, tienen en común dos características: son aplicables a la perspectiva tradicional del movimiento *Law and Economics* –a cuya exposición está destinado este capítulo– y atienden a los rasgos comunes a la mayoría de las perspectivas de dicho movimiento, o por lo menos a las más difundidas e influyentes,¹⁸ con lo que se pretende que el concepto resulte tan abarcador como sea posible.

Para Santos Pastor el análisis económico del derecho es una disciplina que consiste esencialmente “en aplicar principios y técnicas habituales en el análisis económico al estudio de problemas característicos del ordenamiento (sistema) jurídico”.¹⁹

Nicholas Mercurio y Steven G. Medema señalan que *Law and Economics* se define *lato sensu* como la aplicación de la teoría económica (principalmente la microeconomía y los conceptos básicos de la economía del bienestar) al estudio de la formación, la estructura, los procesos y el impacto económico del derecho y las instituciones jurídicas.²⁰

En el mismo sentido, Andrés Roemer sostiene que el análisis económico del derecho “se define como la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas”.²¹

Dice Pedro Mercado Pacheco que “Lo común, y definitorio, del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho. Más en concreto, es la aplicación de las categorías e instrumentos teóricos de la teoría microeconómica neoclásica en general y de una

¹⁸ Esto es, las perspectivas tradicional –conocida también como la perspectiva de la escuela de Chicago–, neoinstitucional y de la elección pública.

¹⁹ Santos Pastor, *op. cit.*, p. 31.

²⁰ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 3.

²¹ Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

de sus ramas desarrolladas en este siglo, la Economía del Bienestar, en particular, en la explicación y evaluación de las instituciones y realidades jurídicas.”²²

Cossío Díaz²³ informa que en un artículo titulado “Un moderno minotauro: *Law and Economics*”,²⁴ Roberto Pardolesi señala que este movimiento posibilita que mediante conceptos y modelos económicos puedan explicarse el derecho y las instituciones jurídicas al suponer que el orden normativo fija precios implícitos a diversos tipos de comportamientos.

Una definición cualitativamente diferente de las anteriores es la que ofrece Richard A. Posner,²⁵ para quien el análisis económico del derecho es el conjunto de estudios económicos que se fincan en un conocimiento detallado de alguna área del derecho.

Por último, Cossío Díaz sostiene que con el análisis económico del derecho se pretende explicar conductas humanas susceptibles de ser calificadas como jurídicas mediante postulados económicos.²⁶

Antes de seguir adelante quiero insistir con Andrés Roemer en que lo que se conoce como *Law and Economics* no tiene un solo significado –sea desde el punto de vista analítico o histórico–, y que algunas de las contribuciones más importantes de este movimiento se basan en el estilo de la disciplina más que en conceptos económicos específicos.²⁷

No obstante lo anterior, y a excepción del apartado I.1.6 y de los casos en que se señale lo contrario, en lo que resta de este capítulo el concepto “análisis económico del derecho” se empleará en su sentido más específico, es decir, como sinónimo de la perspectiva tradicional del movimiento *Law and Economics*, o en otras palabras, como sinónimo de la aproximación al análisis económico del derecho desde la perspectiva de la denominada escuela de Chicago.²⁸

Asimismo, aprovecho esta pausa para aclarar que a menos que se indique lo contrario, todo cuanto se diga en este capítulo acerca del análisis económico del derecho se entiende referido a la disciplina según se concibe en la tradición jurídica estadounidense en que se originó y desarrolló. Ello no quiere decir de ningún modo que en la presente tesis se acepte la idea de que las funciones, los alcances y los límites del análisis económico del derecho en los

²² Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 27.

²³ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, p. 265.

²⁴ En *Ragioni del diritto e ragioni dell'economia...*, Milán, Franco Angeli, 1990, pp. 226-243, p. 226.

²⁵ Richard A. Posner, “The Law and Economics Movement”, *American Economic Review, Papers and Proceedings*, vol. 77, núm. 2, mayo de 1987, pp. 1-9, p. 4.

²⁶ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 17.

²⁷ Andrés Roemer, *op. cit.*, p. 3.

²⁸ Ello no significa, desde luego, que todo lo que se diga acerca del análisis económico del derecho sólo sea aplicable, por así decirlo, a la perspectiva tradicional, pues existen categorías y herramientas de dicha perspectiva que pertenecen también a otras corrientes. Más sobre esta cuestión en el capítulo II, especialmente el subcapítulo II.1.

distintos órdenes jurídicos son independientes de las condiciones y características de los mismos. Por lo contrario, opino con Cossío Díaz que dichas funciones, alcances y límites dependen “de las condiciones de creación del derecho respecto del cual se pretenda aplicar [el análisis económico], así como de aquello que la respectiva ciencia jurídica identifique como derecho y deba explicar”.²⁹ En consecuencia, habremos de cuestionarnos acerca de la posibilidad de utilizar el análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas en general y en el orden jurídico mexicano en particular, así como sobre las probabilidades de que dicha posibilidad se materialice en la práctica. Sin embargo, por considerarlo lo más conveniente en el caso de esta tesis, las referidas cuestiones no se abordarán hasta el capítulo III.

I.1.3. Las categorías del análisis económico del derecho

Quienes realizan análisis económico del derecho afirman que las obras de análisis económico del derecho son trabajos de análisis económico, y en tal sentido queda definida la disciplina teórica central.³⁰

El análisis económico del derecho –al menos en sus perspectivas tradicional, neoinstitucional y de la elección pública– se sustenta en los principales postulados y conceptos de la teoría económica neoclásica. En concreto, la explicación y predicción de las conductas que motiva el sistema de incentivos creado por el orden jurídico, así como la evaluación de la situación económica resultante se realizan normalmente con herramientas de la microeconomía y la economía del bienestar. Así, los conceptos económicos básicos con que se lleva a cabo el análisis económico del derecho son: el supuesto del sujeto maximizador, el supuesto de la estabilidad de las preferencias, el equilibrio, la eficiencia, los costos de las transacciones, los derechos de propiedad, la teoría de las organizaciones, la teoría de los intereses especiales, etcétera. Más adelante, en este mismo capítulo, me referiré con cierto detalle a algunos de estos conceptos.

²⁹ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 18.

³⁰ Pero a diferencia de la mayoría de las obras de análisis económico a secas, el objeto de estudio está determinado o condicionado por el orden jurídico, además de que el objetivo cognoscitivo se extiende para alcanzar a dicho orden. Véanse los apartados I.3.2, I.3.3.1, I.4.2 y I.4.3.1.

I.1.4. Las funciones del análisis económico del derecho

Como indiqué anteriormente, el análisis económico del derecho tiene por lo general dos propósitos: explicar y predecir y evaluar. En otras palabras, puede decirse, siguiendo a Santos Pastor, que las preguntas que plantea el análisis económico del derecho habitualmente tienen por objeto saber qué tipo de resultados produce el sistema jurídico a través de los incentivos que establece y evaluar dichos resultados, esto es, saber si éstos son convenientes o no para la sociedad.³¹

Se sigue entonces que el análisis económico del derecho puede resultar útil tanto para la aplicación y explicación de las normas y las instituciones jurídicas como para el diseño del sistema jurídico. Los seguidores de la disciplina sostienen esta opinión; en consecuencia, suele considerarse que el análisis económico del derecho puede servir como ciencia jurídica, como política jurídica e incluso como dogmática jurídica, al orientar determinadas interpretaciones y aplicaciones del orden jurídico positivo.³²

Partiendo de que la explicación y la predicción forman el contenido básico de las ciencias independientemente de los diferentes métodos y objetos de análisis, Santos Pastor define la ciencia jurídica o ciencia del derecho como un conjunto de proposiciones o teorías que tienen la capacidad de explicar y predecir el funcionamiento del sistema jurídico o de cualquiera de sus elementos.³³

³¹ Santos Pastor, *op. cit.*, p. 31.

³² Este subcapítulo tiene un carácter introductorio. Por lo tanto, lo que se aquí se menciona acerca de las funciones del análisis económico del derecho tiene también ese tono, razón por la cual sólo se señalan algunas posibilidades teóricas. En el capítulo III, especialmente los apartados III.2.3.1, III.2.3.2, III.3.3.2 y III.3.3.3, se trata el tema de las funciones del análisis del análisis económico del derecho con cierta profundidad y en relación tanto con el orden jurídico estadounidense como con los órdenes romanistas.

³³ Santos Pastor, *op. cit.*, p. 29. Existen pocos términos jurídicos tan ambiguos e imprecisos como el concepto “ciencia jurídica”. En efecto, éste ha sido utilizado con un gran número de significados y sin que exista acuerdo en la comunidad jurídica acerca de cuáles son sus métodos y cuáles sus objetivos. En un sentido muy general, la ciencia jurídica es aquel saber que estudia el derecho positivo, con independencia del método y el propósito. Debido a que existe una gran diversidad de conocimientos que tratan algún aspecto del derecho, en este sentido puede hablarse de muchas ciencias jurídicas; todas ellas tienen como objeto el derecho pero lo estudian desde perspectivas distintas y con métodos y objetivos también distintos.

En un sentido más estricto (y ciertamente arquetípico en la tradición romano-germánica), se denomina ciencia jurídica a aquella disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, esto es, visto como conjunto de normas, o, mejor dicho, como sistema normativo. Así entendida, la ciencia jurídica tiene como objeto el estudio del aspecto normativo del derecho, y comprende típicamente el análisis de los conceptos jurídicos básicos – asunto que compete a la teoría general del derecho– y la reconstrucción de un determinado derecho positivo – contenido de la dogmática jurídica–. Véase *infra* III.3.1.1.

El mismo autor señala que la política jurídica “es aquella parte de la política que versa sobre la constitución y diseño de un sistema jurídico”.³⁴ La política jurídica realiza su labor en la inteligencia de que distintos órdenes normativos crean distintos sistemas de incentivos ante los cuales reaccionan los individuos comportándose de determinada forma para conseguir su bienestar. Es decir, “el presupuesto de la política jurídica es la consideración del derecho como una técnica social específica, de manera tal que a través de él se puede lograr la realización u omisión de conductas partiendo de lo dispuesto en normas jurídicas”.³⁵ Así, el objeto último de la política jurídica es crear un marco de incentivos que haga máximo el bienestar social y lo distribuya con arreglo a los valores de la sociedad. En este sentido, Santos Pastor ve el sistema jurídico como un elemento tecnológico de una sociedad. Considera que constituye uno de sus activos más preciados y que su valor puede medirse por su capacidad para avanzar el sentido de la justicia (tal como se defina por cada sociedad), eliminar conflictividad innecesaria e inducir comportamientos eficaces, así como por su capacidad de suministrar estabilidad, información y certidumbre a las sociedades.³⁶

La dogmática jurídica es la vía para explicar las normas jurídicas positivas. Su función primordial es, por lo tanto, explicitar los sentidos de las normas jurídicas como marcos de significaciones posibles. El análisis económico del derecho puede ser una vía para establecer tales significaciones siempre y cuando se acepte la posibilidad de una interpretación instrumental del derecho, posibilidad que cabe cuando se busca, por ejemplo, interpretar las normas para resolver problemas o enfrentar situaciones reales.³⁷ Como sostiene Cossío Díaz, en este caso en que “la norma es concebida como una guía para enfrentar una situación o cumplir una función, es factible utilizar el enfoque económico a fin de explicitar esa función o situación y proponer alternativas para cumplir con una tarea instrumental”.³⁸ Por consiguiente, siempre que se recurra a una dogmática de tipo instrumental, el análisis económico del derecho podrá constituirse en una vía para establecer el sentido –o alguno de los sentidos– de las normas jurídicas.

³⁴ *Idem.* También el término “política jurídica” tiene más de un significado. Aquí se emplea la definición de Santos Pastor y se considera que la misma es compatible con la de Cossío Díaz (quien a su vez sigue a Alf Ross). Más adelante, en los apartados III.3.2.2 y III.3.3.2, se establece con mayor cuidado el significado y contenido de la política jurídica y se precisa en qué sentido puede el análisis económico del derecho cumplir sus funciones.

³⁵ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 326.

³⁶ Santos Pastor, *op. cit.*, p. 30.

³⁷ Cfr. José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 309 y 312.

³⁸ *Ibid.*, p. 312.

I.1.5. Las ramas del análisis económico del derecho

En su artículo “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, Richard Posner ofrece una breve historia del análisis económico del derecho.³⁹ Seguiré su exposición para desarrollar el presente apartado.

De acuerdo con Posner, el análisis económico del derecho tiene dos ramas que datan del surgimiento en el siglo XVIII de la economía como un campo distinto de conocimiento. La una se remonta por lo menos hasta el trabajo de Adam Smith sobre los efectos económicos de la legislación mercantil de su época, y es la que se ha ocupado del análisis económico de las normas que regulan la operación de los mercados explícitos. La otra rama tuvo su origen en el pensamiento de Jeremy Bentham, de una generación posterior a la de Smith, y se ha ocupado del análisis económico de las normas que regulan conductas ajenas al mercado, tales como los accidentes, los delitos, el matrimonio, la contaminación y los procesos políticos y jurídicos.

El desarrollo de la primera rama ha corrido a la par de la maduración de la economía como ciencia y del aumento de la regulación económica. Adam Smith, al observar las conspiraciones que se urdían para restringir el comercio, dio pie a la creación de una legislación antimonopólica que propició un cuerpo muy sofisticado de economía del derecho que ha crecido considerablemente en los últimos setenta años. Un desarrollo histórico similar puede rastrearse en campos tales como el de la regulación de los servicios públicos, las patentes, los derechos de autor, los impuestos, las finanzas corporativas y el comercio internacional.

La otra rama del análisis económico del derecho –la economía de la regulación jurídica de las actividades ajenas al mercado– ha tenido una historia más variada. Comenzó en un plano muy alto con Bentham, quien es considerado uno de los primeros pensadores, y hasta hace poco uno de los únicos, que sostuvieron que los individuos actúan como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida. En otras palabras, él consideró que el modelo económico –entendido por algunos como el desarrollo de las implicaciones que resultan de suponer que las personas son maximizadoras racionales de sus satisfacciones– podía aplicarse a todos los campos de la actividad humana, en vez de quedar confinado a los mercados económicos explícitos.

³⁹ Richard A. Posner, “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *op. cit.*, pp. 281-284. Cabe advertir que en este artículo Posner se ocupa exclusivamente de las ramas del análisis económico del derecho en su perspectiva tradicional y omite hacer referencia, entre otras, a las contribuciones de la llamada economía institucional estadounidense, las cuales precedieron varias décadas a las primeras contribuciones del siglo pasado de la escuela de Chicago y pueden por lo tanto considerarse parte de las raíces del movimiento *Law and Economics*. Véase al respecto Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, pp. 101-111.

Los economistas que siguieron a Bentham no compartieron su visión del amplio alcance del modelo económico. El pensamiento de éste, en particular su teoría del castigo, ejerció más influencia sobre los abogados, principalmente los penalistas, que sobre los economistas.

El actual interés por la economía del comportamiento ajeno al mercado tiene más antecedentes, por ejemplo, el estudio de Sidgwick sobre las externalidades y el análisis de Mitchell sobre la producción familiar. Sin embargo, el interés dominante de los economistas se centró hasta hace poco en la operación y regulación de los mercados explícitos, de modo que no es sorprendente que no surgiera una teoría económica del derecho totalizadora.

Posner considera que el renacimiento del análisis económico del derecho regulador de conductas ajenas al mercado puede marcarse por la publicación de tres ensayos entre 1959 y 1962. Éstos fueron la monografía de Gary Becker sobre la discriminación racial, el artículo de Guido Calabresi acerca de la responsabilidad en materia de accidentes bilaterales y el famoso artículo de Ronald Coase sobre el costo social. Las dos primeras obras mostraron que dos actividades ajenas al mercado y fuertemente reguladas podían analizarse fructíferamente en términos económicos. El artículo de Coase demostró que el efecto de la definición de los derechos de propiedad y la responsabilidad civil (*torts*) sobre la asignación de los recursos depende de los costos de las transacciones, los cuales están determinados por el orden jurídico. El artículo de Coase proporcionó una herramienta indispensable para el análisis económico de los derechos y las responsabilidades jurídicas.

En los años posteriores a estas publicaciones se realizaron pocos estudios acerca de los efectos de la regulación jurídica de las conductas ajenas al mercado. En opinión de Posner, el periodo actual de la actividad académica de la segunda rama del análisis económico del derecho dio inicio con la publicación, en 1968, del análisis económico del delito y su castigo desarrollado por Gary Becker. Desde entonces, han aparecido varios estudios que aplican el análisis económico a la regulación de campos que se han considerado ajenos al mercado. Al mismo tiempo, el análisis económico de la regulación jurídica de los mercados explícitos ha seguido desarrollándose y expandiéndose ininterrumpidamente. El análisis económico del proceso político mismo (incluyendo el regulatorio) ha registrado también grandes avances en este periodo.

I.1.6. El movimiento

Mercurio y Medema consideran que aunque las semillas del *Law and Economics* contemporáneo fueron sembradas por lo menos hace un siglo, las últimas cuatro décadas del siglo pasado constituyen el periodo durante el cual emergió como un cuerpo de conocimiento sustancioso e importante tanto dentro de la economía como del derecho. Actualmente, *Law and Economics* se ha convertido en un sólido movimiento que ha contribuido a redefinir el estudio del derecho y a exponer a la economía a las importantes implicaciones económicas del orden jurídico.⁴⁰

Los mismos autores sostienen que, como ha quedado asentado, *Law and Economics* no es un movimiento homogéneo, sino que refleja varias tradiciones o perspectivas que a veces son fuerzas contrapuestas mientras que otras veces son complementarias. Entre las perspectivas más importantes se encuentran la de la escuela de Chicago (que he identificado, siguiendo a Andrés Roemer, como la perspectiva tradicional del movimiento), la de la teoría de la elección pública, la de las escuelas institucional y neoinstitucional, la de la escuela de New Haven, el republicanismo cívico moderno y los estudios jurídicos críticos. Hay que señalar que estas dos últimas escuelas no han estado tradicionalmente asociadas con el movimiento *Law and Economics*; sin embargo, ponen el énfasis en las interrelaciones entre el derecho y la economía y por lo tanto puede decirse que caen en el ámbito del movimiento del análisis económico del derecho.⁴¹

En relación con el origen del desarrollo del análisis económico del derecho como movimiento, Andrés Roemer adopta la siguiente posición:

[E]l análisis económico del derecho se desarrolló a partir de la agenda del realismo jurídico. Éste enseñaba que los estudiosos del derecho deberían ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de las ciencias sociales a la que podían recurrir los abogados académicos. Sobre esta base, y partiendo de sus modestos comienzos en la década de 1960, el movimiento del análisis económico del derecho cobró fuerza como movimiento intelectual.⁴²

⁴⁰ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, op. cit., pp. IX y 4.

⁴¹ Cfr. *ibid.*, pp. IX y 3.

⁴² Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 10.

Cossío Díaz informa que es comúnmente repetida la afirmación de que el análisis económico del derecho es producto del movimiento realista o de alguna de las corrientes de éste.⁴³ Es revelador, sin embargo, que el principal portavoz de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho se haya pronunciado en contra de dicha aseveración. En efecto, como refiere Cossío Díaz,⁴⁴ en su obra *Overcoming Law*⁴⁵ Richard Posner sostiene que el movimiento *Law and Economics* debe muy poco al realismo jurídico e incluso afirma que ninguna de las grandes figuras del primero (Oliver Wendell Holmes, Ronald Coase, George Stigler, Gary Becker y Aaron Director, todos ellos menos Holmes exponentes de la escuela de Chicago) provienen del segundo. No existe, pues, un consenso universalmente aceptado respecto al origen jurídico del análisis económico del derecho.

Para finalizar este subcapítulo quiero enumerar, siguiendo a Mercurio y Medema,⁴⁶ los cuatro principales asuntos de interés del movimiento.⁴⁷ El primero consiste en la descripción positiva del desarrollo del derecho y las instituciones jurídicas; una pregunta recurrente ha sido, por ejemplo, si el derecho ha exhibido una lógica de eficiencia en su evolución en el tiempo. En segundo lugar se encuentra el elemento normativo complementario de dicha primera línea de investigación: la recomendación, con base principalmente en los criterios de eficiencia, de ciertas modificaciones en el ordenamiento jurídico que tenderían a provocar resultados eficientes. Tercero, la descripción de lo que está ocurriendo en aquellas áreas del derecho en que las modificaciones tendrían un efecto directo en la asignación y distribución de los recursos escasos de la sociedad –lo que puede llamarse el análisis del impacto económico–. En este sentido, ciertos trabajos se basan primordialmente en los criterios de eficiencia para evaluar los resultados de dichas modificaciones legales, mientras que otras vertientes de esta línea de investigación intentan describir los efectos de asignación y distribución de estructuras jurídicas alternativas.⁴⁸ Por último está la descripción de lo que ocurre en el proceso de toma de decisiones en que el derecho y la economía se encuentran intrincadamente relacionados; en

⁴³ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 294.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1995, p. 3.

⁴⁶ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, op. cit., p. 23.

⁴⁷ Como se verá en el capítulo II, la importancia relativa dada a cada uno de estos asuntos, así como el tipo de categorías económicas utilizadas para explicarlos y evaluarlos, constituyen los dos rasgos más importantes para distinguir a las distintas perspectivas entre sí.

⁴⁸ Los conceptos “asignación” y “distribución” no se consideran sinónimos. El primer término está íntimamente relacionado con el concepto de eficiencia, y tiene que ver con el modo en que se emplean los recursos escasos de la sociedad para producir la máxima cantidad de riqueza posible; el término “distribución” a menudo se relaciona con conceptos tales como “justicia” o “equidad”, y tiene que ver fundamentalmente con el modo en que dicha riqueza y el ingreso se distribuyen entre los miembros y grupos de la sociedad.

otras palabras, la descripción del nexo jurídico-económico, o bien, de las interrelaciones entre los procesos jurídicos y económicos.

I.2. El derecho en el análisis económico del derecho

Cossío Díaz⁴⁹ advierte que para incorporar la metodología económica a determinada tradición jurídica (que, se presupone, habrá de mantenerse *ceteris paribus*) es menester emprender dos tareas: primera, la comprensión de las funciones que dicha metodología puede llegar a cumplir en la explicación del derecho o la jurisprudencia tradicionales, y segunda, la valoración de las funciones que efectivamente desempeñe. “Cada una de estas tareas exige, a su vez, realizar labores adicionales, de tal manera que es necesario *explicar cómo se concibe y cómo se explica el derecho, cuántas vías de explicación de éste existen, qué quiere decir analizar o explicar económicamente, y qué hacen los seguidores de Law and Economics cuando explican el derecho.*”⁵⁰

Siguiendo la propuesta de Cossío Díaz, en este capítulo realizaré las labores necesarias para estar en condiciones de comprender y evaluar las funciones que el análisis económico del derecho (primordialmente en su versión tradicional) cumple en el orden jurídico estadounidense.⁵¹ El presente subcapítulo contiene una exposición somera de la forma en que se concibe y explica el derecho consuetudinario (esto es, el *common law*) en los Estados Unidos, país de origen de *Law and Economics*, con el objeto de ofrecer una descripción de su paradigma jurisprudencial y el modo en que éste favorece el análisis económico del derecho. Para ello seguiré principalmente las obras, ya citadas, de José Ramón Cossío Díaz y de Nicholas Mercurio y Steven Medema. Cabe aclarar que las líneas de este subcapítulo se centran en el derecho consuetudinario estadounidense no porque se piense que el derecho creado por los jueces es el único existente en los Estados Unidos, sino porque, por una parte, es todavía, sin duda, el derecho predominante en ese país, y porque, por la otra parte, es el derecho en cuyo estudio se concentra la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho.

⁴⁹ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰ *Idem.* Las cursivas son mías.

⁵¹ Aunque en este capítulo se proveerán los elementos necesarios para la comprensión y la evaluación en comentario, éstas no ocurrirán “en forma” o en profundidad hasta el capítulo III, particularmente el subcapítulo III.2.

En este capítulo⁵² verificaremos que los alcances, los límites, las posibilidades y las funciones del análisis económico del derecho dependen de las condiciones de creación del derecho al cual habrá de aplicarse, así como de aquello que la respectiva ciencia jurídica identifique como derecho y deba explicar.⁵³ Asimismo, la información del presente subcapítulo servirá para fundamentar una afirmación de Cossío Díaz en el sentido de que el auge, el desarrollo y la consolidación de *Law and Economics* se debió en buena medida a las características funcionales del derecho estadounidense y a los objetivos de su jurisprudencia, toda vez que los puntos de justificación del movimiento se centraron en las características normativas y teóricas de dicho ordenamiento: “Al estar ante un derecho judicial fuertemente descentralizado y ante una jurisprudencia cuya principal función es la predicción del modo como los tribunales habrán de resolver los asuntos en curso o futuros, resultó patente la utilidad de la metodología de *Law and Economics*.”⁵⁴

Antes de exponer los elementos de la visión paradigmática del pensamiento jurídico estadounidense, esbozaré brevemente la trayectoria que éste ha seguido, de modo que sea posible entender el contexto en que ocurrió su surgimiento.

I.2.1. La naturaleza del derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario, según ha evolucionado desde las cortes reales inglesas hasta el día de hoy, consiste en principios desarrollados gradualmente por los jueces para servir de base a sus decisiones. La historia del *common law* tiene en sus orígenes una búsqueda de principios de interpretación y resolución a partir de los cuales justificar las decisiones judiciales, guiar el desarrollo del derecho y fincar su legitimidad y autoridad. Así, el derecho consuetudinario puede entenderse como un conjunto de costumbres y tradiciones manifestadas en máximas elaboradas por los jueces. Aquí, el concepto de “máxima” apunta a la idea de que el núcleo del *common law* no se compone de decisiones específicas en cuanto a reglas, doctrinas o

⁵² Lo mismo que en el tercero, en el que se expondrá una posición particular pero comprensiva (la de José Ramón Cossío Díaz) sobre las posibilidades científicas y normativas del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas en general y en el orden jurídico mexicano en particular.

⁵³ Cfr. José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 14.

procedimientos, sino de nociones generales que son difíciles de sistematizar, pero que, sin embargo, continúan, de algún modo, originadas por la vida diaria.⁵⁵

En la mayoría de los países de la Europa medieval los reyes y sus tribunales emitían pronunciamientos que eran considerados derecho. Pero los tribunales del rey no podían declarar la juridicidad de toda norma, pues de acuerdo con la tradición jurídica de la época aquéllos debían examinar la vida de la comunidad y “descubrir” la ley que ya existía, escogiendo entre las normas sociales y aplicando algunas de ellas, a saber, las normas prescritas por la razón y la necesidad. El hecho de que un tribunal del rey de Inglaterra descubriera una norma de derecho creaba un precedente que se esperaba siguieran los tribunales en el futuro. Como el precedente se seguía de manera flexible y no automática, el derecho fue cambiando gradualmente. A lo largo de los años los tribunales ingleses descubrieron una gran cantidad de normas jurídicas importantes. A estos descubrimientos se los llamó “derecho consuetudinario” o “derecho común”, porque supuestamente estaban basados en las prácticas comunes del pueblo.⁵⁶

Durante la Edad Media, la interpretación del derecho estuvo profundamente influenciada por consideraciones teológicas, toda vez que el derecho se consideraba una revelación divina de la voluntad de Dios. Desde el renacimiento y hasta la mitad del siglo XIX, esta idea recibió un trato algo más secular, en tanto se consideró que el derecho estaba fundado en principios o ideas superiores, como en el caso del derecho natural. Contra este enfoque metafísico surgió una visión científico-positivista del derecho debida al éxito de las ciencias naturales en el siglo XIX y a los intentos de las ciencias sociales y el derecho por aplicar los métodos de aquéllas.

La constante en todas esas épocas es que los jueces de las diversas jurisdicciones, lo mismo en Inglaterra que en los Estados Unidos, se han sumado a, y reconocen aún, la autoridad de este cuerpo de conocimientos acumulados que componen el *common law*. Gracias a la flexibilidad con que se interpreta y aplica el derecho común, así como al hecho de que subsistieran los principios más maleables y no las reglas o doctrinas menos dúctiles, se ha preservado la idea de que el *common law* continúa siendo flexible, es decir, que el derecho conserva el carácter dinámico necesario para la toma de decisiones jurídicas en una sociedad moderna.⁵⁷

⁵⁵ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, op. cit., pp. 5 y 6.

⁵⁶ Cfr. Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, op. cit., p. 84.

⁵⁷ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, op. cit., pp. 5 y 6.

I.2.2. El formalismo

Como se ha dicho, la segunda mitad del siglo XIX atestiguó un movimiento científico-positivo que alcanzó a varias disciplinas que intentaron emplear determinadas categorías formales con el objeto de adquirir un estatus similar al de las ciencias naturales. En los Estados Unidos, la manifestación jurídica de este movimiento fue el formalismo, que se ocupó del derecho tal cual es, dejando de lado toda referencia a los principios religiosos, metafísicos o socioeconómicos de las épocas anteriores. El derecho no fue más visto como una búsqueda de los principios de cierta ley divina o natural, sino como una empresa científica que considera como su punto de partida un sistema jurídico dado y extrae de él, por medio de un método primordialmente inductivo, ciertas nociones, conceptos y distinciones fundamentales. Para el formalismo, el análisis jurídico consistía principalmente en el estudio de los términos jurídicos y de las interrelaciones lógicas de las proposiciones jurídicas.⁵⁸

Christopher Columbus Langdell fue probablemente el más destacado exponente del formalismo en los Estados Unidos. Langdell entendió el derecho como una ciencia pura e independiente que consistía en un conjunto de principios o doctrinas que se hallaban insertos en las causas judiciales, y cuya revelación podía obtenerse mediante el estudio de los juicios ventilados en el transcurso del tiempo. Por esta razón, Langdell consideró que las resoluciones judiciales debían ocupar un lugar preeminente en el derecho, ya que el *corpus* de las mismas encarnaba el referido conjunto de principios jurídicos permanentes, inmutables e indispensables, los cuales se revelaban de distintas formas en los distintos juicios. Esas doctrinas, argumentaba Langdell, sólo podían ser dominadas a través del estudio cuidadoso y exacto de los juicios, por lo que sostuvo que el razonamiento jurídico equivale a distinguir los principios y las doctrinas de las simples opiniones y resoluciones.⁵⁹

A partir de este cuerpo de conocimientos habrían de resolverse los juicios particulares mediante el uso de silogismos que tuvieran como premisas los principios precedentes fijados para lo subsiguiente en juicios similares previos. Este punto de vista trajo aparejada la idea de que los jueces no hacen ni crean el derecho, sino que lo interpretan y aplican. Al resolver los juicios el juez expresa una parte de la sabiduría total e inmanente del derecho que se supone existía desde antes de la resolución del juez. Así, al trabajar el juez a partir del derecho trabaja

⁵⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 6 y 7.

⁵⁹ Cfr. *idem*. Como señalan Mercurio y Medema (*op. cit.*, p. 7), el énfasis en el estudio de la forma en que ciertas resoluciones evolucionan en doctrinas jurídicas hizo de la tesis de Langdell un método de poca utilidad para el estudio de aquellas áreas del derecho cuyo origen no fuera una resolución judicial sino la ley o la propia constitución.

en realidad a partir del depósito de la experiencia de la comunidad acumulada a lo largo del tiempo. Es el discernimiento que el juez hace de las costumbres y la cultura de la comunidad desarrolladas a lo largo del tiempo lo que otorga al *common law* su autoridad y legitimidad. En virtud de que el *common law* reside en la comunidad y no en el ruedo político, el orden jurídico emergente se hace acreedor del más alto respeto. Si el juez *creara* el derecho, imponiéndolo a la comunidad, su autoridad quedaría socavada; por lo tanto, en la medida en que la autoridad del juez esté basada en el hecho de que él representa a la comunidad, éste estará autorizado por ese motivo para *declarar* el derecho de la comunidad, mas no para crearlo.⁶⁰

De lo anterior se sigue que para el formalismo las decisiones judiciales se legitiman por una doble vía: el poder lógico del proceso inductivo y el peso de la historia jurisprudencial. Ello explica que Langdell purgara el currículo de todo aquello que tocara directamente aspectos económicos y políticos, desdeñara la legislación, despreciara las decisiones ilógicas, y estableciera el método del estudio de casos como condición indispensable para enseñar el derecho como ciencia. En virtud de que en la teoría formalista el derecho es un cuerpo autosuficiente que consiste en un conjunto de principios, doctrinas y procedimientos objetivamente deducibles y lógicamente aplicados, la jurisprudencia pasó a consistir exclusivamente en un ente consolidado de doctrina jurídica, un conjunto de principios en que la discrecionalidad judicial fue minimizada y en donde la ética, las condiciones sociales, la política, la ideología y las aportaciones de disciplinas ajenas al derecho no tenían cabida.⁶¹

Lawrence M. Friedman⁶² sostiene que el método de Langdell resultó tan atractivo porque cubrió las necesidades de la profesión jurídica en esa época, además de que elevó el prestigio del derecho y su aprendizaje al tiempo que asentó la autonomía de la ciencia jurídica. El mismo autor sostiene que la creencia profesional de que el abogado tiene el monopolio de la ciencia jurídica fue reforzada por el estatus que adquirió el derecho como una profesión que requiere de una formación formal y rigurosa.

Hoy día, algunas materias enteras del plan de estudios de derecho en los Estados Unidos fijaron sus fronteras y se distinguen de otras en razón de sus respectivos principios de derecho consuetudinario. De hecho, una buena parte de la enseñanza y el estudio del derecho en ese país consiste en la exposición y sistematización de estos principios generales y las

⁶⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 7 y 8.

⁶¹ Cfr. *idem.*

⁶² Lawrence M. Friedman, *History of American Law*, Nueva York, Simon and Schuster, 1973, p. 536. Citado por Mercurio y Medema (*op. cit.*, p. 8).

técnicas necesarias para distinguirlos y aplicarlos, así como de las reglas, doctrinas y procedimientos jurídicos que emanan de ellos.⁶³

I.2.3. La reacción contra el formalismo y el paradigma Holmes/Cardozo

I.2.3.1. El paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo

La reacción antiformalista ganó fuerza en el ámbito jurídico estadounidense a finales del siglo XIX. Al primer gran movimiento opositor, que se ha denominado “jurisprudencia sociológica”, contribuyeron fundamentalmente Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo. Aunque la jurisprudencia sociológica surgió sobre todo como reacción contra el formalismo, también objetó los conceptos de derechos naturales o derechos objetivamente determinables.⁶⁴

La controversia fundamental entre el formalismo y el pensamiento de Holmes y Cardozo –denominado por ellos instrumentalismo– consiste en definir si el derecho puede significarse como un conjunto de reglas universales y lógicamente consistentes (lo que supondría adoptar la llamada posición analítica) o si por lo contrario las normas jurídicas deben entenderse y evaluarse no tanto en términos de su consistencia lógica sino de su función como medios que sirven a un fin (lo que implicaría adoptar la posición funcionalista).

Los seguidores del instrumentalismo destacaron que el derecho no podía entenderse sin hacer referencia a las condiciones sociales. Por ello se pronunciaron en contra de la noción de autonomía del derecho y a favor de incorporar al derecho las aportaciones de otras ciencias sociales. Asimismo, subrayaron la necesidad de que los jueces estuvieran conscientes de las condiciones sociales y económicas, las cuales derivan del proceso de toma de decisiones jurídicas y afectan la trayectoria del derecho.⁶⁵

Para Holmes el derecho es un instrumento que sirve para alcanzar fines sociales, de modo que para entender el derecho es necesario conocer la historia y comprender las condiciones sociales. Los jueces, sostuvo Holmes, debían estar familiarizados con los aspectos históricos, sociales y económicos del derecho. Es célebre el siguiente texto de su obra *The Common Law*, publicada en 1881:

⁶³ Cfr. Nicholas Mercuro y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ Cfr. *idem.*

⁶⁵ Cfr. *idem.*

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

La vida del derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia. Las necesidades sentidas en cada tiempo, la moral prevaleciente, las teorías políticas y las instituciones de la política pública, percibidas o inconscientes, e incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus semejantes, han tenido mucho más que ver que el silogismo en la determinación de las reglas por las que los hombres deben gobernarse.

Para Cardozo, tanto la toma de decisiones judiciales como la trayectoria del derecho están necesariamente influenciadas por elementos subjetivos tales como el instinto, las creencias, las convicciones y los puntos de vista con respecto a cuáles son las necesidades sociales del momento. Aunque los precedentes resultaron importantes para Cardozo, éste sostuvo que cuando aquéllos entraran en conflicto con los intereses superiores de justicia y bienestar social, estos últimos debían prevalecer.⁶⁶

Al igual que Cardozo, Holmes destacó los límites del formalismo, pero fue más lejos al reducir la importancia del papel del razonamiento lógico en la jurisprudencia. Para Holmes, el derecho expresa la voluntad de los intereses dominantes de la sociedad, lo que hace imposible comprender los muchos precedentes del *common law* por la única vía de su formalización lógica.⁶⁷

Las ideas de Holmes se hicieron eco en Pound, quien vio al derecho como una institución social que tiene por función la satisfacción de necesidades, y a la historia del derecho como una ingeniería social que se hace continuamente más eficaz.⁶⁸

Al hacer una evaluación de las implicaciones que esta nueva forma de entender el derecho tuvo para el pensamiento jurídico estadounidense, Cossío Díaz expresa lo siguiente:

El cambio propuesto para el conocimiento del derecho es de enorme importancia. En adelante, el derecho dejará de verse como un objeto de conocimiento reducible a sus propios términos normativos, para considerarse como el producto de evoluciones históricas o de objetivos o fines sociales que deban alcanzarse [... Las normas] recogen las tendencias de la evolución y los proyectos que deberá desarrollar la sociedad, de ahí que no pueden explicarse mediante un estudio puramente formal [...] El jurista sabe que el derecho se compone por una variedad de elementos que deben conocerse para lograr su comprensión, pero sabe también que por derecho únicamente deben considerarse ciertos “productos” sociales (precedentes primordialmente). Ahora bien, como ese conocimiento integral es imposible debido a la cantidad y grado de descentralización en la creación de los precedentes, Holmes establece como objetivo de la

⁶⁶ Cfr. *idem*.

⁶⁷ Cfr. *idem*.

⁶⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 9 y 10.

jurisprudencia en la primera etapa de su pensamiento el establecimiento de las *tendencias* observables en una materia jurídica determinada.⁶⁹

En efecto, como señala Liborio Hierro,⁷⁰ Holmes propuso un concepto empírico del derecho, abrazó el pragmatismo y limitó los alcances del análisis jurídico a la predicción de lo que los tribunales harían de hecho. Cossío Díaz expone la cuestión en los términos siguientes:

Si la función de la ciencia jurídica es para Holmes la determinación de las tendencias observables y la formulación de las correspondientes predicciones a partir de casos previamente resueltos, tal ciencia deberá componerse por un conjunto de enunciados de carácter empírico. La sistematización del derecho, como afirma White, habrá de considerar categorías propias del pensamiento social. El solo conocimiento normativo no es entonces suficiente, puesto que se busca pronosticar lo que en el futuro habrá de acontecer y no sólo establecer el significado de una formulación lingüística. Al diferenciar Holmes entre el ser y el deber ser, buscó establecer la exclusiva referencia de la ciencia jurídica al primero, pues se limitaba a describir lo acontecido y lo que probablemente acontecería, pero no a considerar aquello que debería acontecer.⁷¹

Así surge la visión paradigmática del pensamiento jurídico estadounidense que Cossío Díaz denomina paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo. Este paradigma identifica un problema (el de la indeterminación) y propone un método (el de la predicción); ambas labores permiten identificar, concebir y estudiar el derecho. Ciertamente, el paradigma jurisprudencial en comentario “no sólo constituye una forma de estudiar el derecho sino, y de manera previa, una forma específica de identificarlo y concebirlo”:⁷²

Por una parte, el derecho es considerado como un conjunto de precedentes provenientes de una pluralidad de órganos que cuentan con un importante grado de descentralización al momento de crear derecho, no organizables mediante criterios *a priori*; por otra parte, la ciencia jurídica es concebida como una actividad cuya principal función debe ser la predicción de las posibles resoluciones que pudieran llegar a dictar los órganos jurisdiccionales (en tanto “producen” el material empírico llamado derecho), y la consideración instrumental del derecho a efecto de

⁶⁹ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., pp. 279 y 280.

⁷⁰ Liborio Hierro, “Realismo jurídico”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, “El derecho y la justicia”, coordinación de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 77-86, p. 78.

⁷¹ José R. Cossío Díaz, op. cit., p. 283. (El autor se refiere a Morton White y su obra *Social Thought in America*.)

⁷² *Ibid.*, p. 304.

buscar que esos mismos órganos logren soluciones jurídicas también tomando en cuenta distintos aspectos de “la realidad”.⁷³

Puede decirse, en conclusión, que la relación entre una jurisprudencia predictiva y el carácter instrumental del derecho constituye el elemento definitorio del paradigma jurisprudencial estadounidense, “a partir del cual [...] se realiza una parte importante de la jurisprudencia ‘normal’ en los Estados Unidos, particularmente algunas de las más importantes corrientes en el siglo XX, como el realismo jurídico, los *Critical Legal Studies* y el análisis económico del derecho”.⁷⁴

En apoyo de la opinión anterior es posible acudir a Mercurio y Medema, quienes sostienen que casi todos los estudiosos, jueces y abogados estadounidenses poseen una visión instrumental del derecho, en el sentido de que las normas jurídicas son adoptadas para alcanzar alguna meta, que puede ser la igualdad, la justicia, la equidad o la eficiencia.⁷⁵

I.2.3.2. El realismo jurídico

Señalé anteriormente⁷⁶ que diversos autores opinan que el análisis económico del derecho, considerado como movimiento, es producto del realismo jurídico o de alguna de las corrientes de éste. Liborio Hierro, por ejemplo, aduce que “son hijos legítimos del realismo americano todos los movimientos que han dado algún tipo de desarrollo a su ‘programa constructivo’”,⁷⁷ lo que incluye movimientos como *Law and Society* y *Law and Economics*. En el mismo sentido se pronuncian Mercurio y Medema y Andrés Roemer, por citar a algunos otros. Tal opinión discrepa de la sostenida por Posner⁷⁸ y apoyada por autores como Cossío Díaz, por ejemplo, en el sentido de que el movimiento *Law and Economics* en general y la perspectiva tradicional en particular deben muy poco al realismo jurídico, hasta el punto de que ninguna de las grandes figuras de la segunda provienen del realismo y de que la teoría económica con la que los

⁷³ *Ibid.*, pp. 304 y 305.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 286.

⁷⁵ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, p. 5. Estos mismos autores (*op. cit.*, p. 191) reconocen, sin embargo, que la creencia de que el derecho se ha ido adhiriendo pacíficamente al instrumentalismo jurídico no se comparte universalmente por los juristas estadounidenses, y que existe quien sostiene que el derecho mantiene su autonomía y posee una propia coherencia lógica interna.

⁷⁶ *Supra* I.1.6.

⁷⁷ Liborio Hierro, *op. cit.*, p. 84.

⁷⁸ Richard A. Posner, *Overcoming Law*, *op. cit.*, p. 3.

realistas se sintieron vinculados no fue la economía neoclásica –fundamento teórico de una buena parte de las perspectivas del movimiento– sino la economía institucional de Thorstein Veblen y John R. Commons.⁷⁹

No obstante lo anterior, y en razón de que, por una parte, algunos lo consideran el fundamento jurisprudencial del análisis económico del derecho y de que, por la otra, el realismo jurídico constituyó una de las corrientes más influyentes derivadas del paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo, conviene caracterizar concisamente dicho movimiento. Digo movimiento o corriente, y no teoría, porque, como indica Liborio Hierro, “el movimiento realista fue, antes que un movimiento teórico, un movimiento de reforma desarrollado en el contexto del enfrentamiento entre la política del *New Deal* y la resistencia conservadora del Tribunal Supremo”.⁸⁰ (Por eso, entre otras razones, se sostiene que el pensamiento realista nunca se constituyó en paradigma jurisprudencial.)

El realismo jurídico alcanzó su cenit en la década de los 30 del siglo pasado. Los realistas, siguiendo el trabajo de Holmes, pretendieron volver el derecho hacia el exterior para hacerlo sensible a las realidades sociales de la época. En el intento, afectaron tanto el sistema de enseñanza del derecho como la vida intelectual jurídica.⁸¹

Liborio Hierro informa que Karl N. Llewellyn, uno de los más destacados exponentes del movimiento realista, atribuyó a éste nueve puntos de partida comunes:

- 1) una concepción dinámica del Derecho; 2) una concepción instrumental (el Derecho como un medio para fines sociales); 3) una concepción dinámica de la sociedad; 4) el divorcio temporal, a efectos metodológicos, entre ser y deber-ser; 5) la desconfianza en las reglas y conceptos jurídicos tradicionales como descripción de lo que hacen los Tribunales y la gente; 6) la desconfianza en que las reglas prescriptivas sean el factor protagonista en la decisión judicial; 7) la creencia en que los casos y situaciones jurídicas deben ser agrupadas en categorías más limitadas que las tradicionales; 8) una valoración de todos los sectores del Derecho por sus

⁷⁹ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, pp. 11 y 12. Sin embargo, como advierten Mercurio y Medema (*idem.*), los realistas sí hallaron útiles algunos aspectos de la economía neoclásica, como, por ejemplo, el análisis marginal. La afinidad entre realistas e institucionalistas surgió en buena medida del pesimismo con que ambos vieron la política jurídico-económica del *laissez-faire* y las desigualdades de poder y posición que se encubrieron con el énfasis de esta doctrina en la libertad individual.

Por lo que hace a la relación entre análisis económico del derecho y realismo jurídico, Posner señala que aquél sí puede verse como el movimiento académico que es hoy lo que el realismo fue en su día: la alternativa principal al análisis jurídico formal, lo que evidentemente no significa que el primero pueda considerarse un “hijo legítimo” del segundo; si acaso, podría verse como un heredero o un continuador; sobre todo si se considera, como consideran Posner y Cossío Díaz, por ejemplo, que los cimientos jurídicos, tanto teóricos como culturales, en los que descansa el análisis económico del derecho ya existían antes de la aparición del realismo. El análisis económico del derecho es, por decirlo así, un movimiento posrealista, no neorealista.

⁸⁰ Liborio Hierro, *op. cit.*, p. 80. En el mismo sentido, José R. Cossío Díaz (*op. cit.*, p. 287).

⁸¹ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 10.

efectos; y 9) una investigación programática de los problemas jurídicos sobre la base de todas estas líneas.⁸²

Los realistas profundizaron en las divergencias entre el derecho según se encuentra en los libros y el derecho según opera en la realidad. Su propuesta de separar –temporal y metodológicamente– el ser del deber-ser “estaba conscientemente puesta al servicio de objetivos prácticos, tanto críticos (la denuncia de una cierta dogmática formalista como encubridora de decisiones judiciales conservadoras) como constructivos (el propósito de adaptar el Derecho a la dinámica social)”.⁸³ Igualmente, los realistas rechazaron la existencia de derechos determinables objetivamente; el uso de reglas jurídicas, categorías y clasificaciones rígidas; el recurrir a la autoridad del pasado –citas, juristas eminentes, tratados clásicos–, y la lógica del razonamiento fundado en precedentes: para los realistas las resoluciones judiciales, a pesar del manto lógico con que habían sido envueltas, estaban en buena medida informadas por emociones, corazonadas y prejuicios, entre otros factores irracionales. El juez, antes que la lógica del derecho, era el factor central en la resolución de las causas judiciales.⁸⁴

El derecho no fue visto como un conjunto de normas, sino como lo que los jueces efectivamente hacen. La lógica del precedente, al decir de los realistas, era una lógica gravemente imperfecta. El uso del razonamiento a partir de precedentes consistía en esencia en determinar si la resolución de una causa anterior podía ser directamente aplicada a los hechos de la causa que debía resolverse. Pero el factor humano que subyacía a esta forma de creación de resoluciones judiciales era no sólo evidente sino decisivo: dichas resoluciones suponían inevitablemente decidir sobre las relaciones entre los hechos de una causa y los de otra, decisión que estaba determinada necesariamente por juicios de valor subjetivos antes que por la lógica. Dado que las decisiones descansaban en la concepción de los jueces sobre lo correcto y lo incorrecto, las consideraciones sociales, políticas y económicas se hicieron importantes. En opinión de los realistas, el cambio constante del derecho verificado a lo largo de la historia desmiente el argumento de que el derecho es algo cierto, inmutable y lógico. En contra de la visión formalista del derecho como una ciencia deductiva, los realistas pusieron el énfasis en la necesidad de desarrollar una teoría jurídica mediante principios científicos inductivos.⁸⁵

⁸² Liborio Hierro, *op. cit.*, p. 79.

⁸³ *Ibid.*, p. 80.

⁸⁴ Cfr. Nicholas Mercuro y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 10 y 11.

Debo aclarar con Hierro que los realistas no pretendieron “una negación total de la función de las normas, sino establecer cuál es su función real en cada caso y cuál la incidencia de otros factores que intervienen sistemáticamente en las decisiones judiciales”.⁸⁶ Su intención era sustituir la inseguridad que el mito tradicional del silogismo encubre por “una certeza en las predicciones sobre la base de un estudio científico (esto es, empírico) de la efectiva conducta de los tribunales. Se trata de sustituir la dogmática formalista por un conductismo judicial o, dicho de otra manera, sustituir la criticada seguridad normativa por una efectiva seguridad descriptiva.”⁸⁷ Los realistas poseían una visión instrumental del derecho, la cual exigía un mayor entendimiento de la relación entre éste y la sociedad. Como toda resolución jurídica tiene implicaciones sociales, éticas, políticas y económicas, estimaron necesario que los jueces reconocieran e hicieran frente *explícitamente* a ese hecho, en lugar de ocultarlo tras el velo del razonamiento lógico. Para los realistas, la comprensión de dichas implicaciones pasaba por explorar las interrelaciones entre el derecho y las otras ciencias sociales, incluyendo la sociología, la psicología, la ciencia política y, sobre todo, la economía.⁸⁸

Efectivamente, los realistas mostraron un particular interés por utilizar la economía para entender y guiar el desarrollo del derecho. Argumentaron que la importancia de la interrelación entre ambas disciplinas puede verse en el hecho doble de que el cambio jurídico es a menudo una función de las condiciones e ideas económicas (que generan demanda de modificaciones jurídicas) y de que el cambio económico se encuentra con frecuencia guiado por el cambio jurídico. Llewellyn, señalan Mercurio y Medema, destacó una serie de formas en que el derecho influye en las condiciones económicas, entre las que se encuentran: su papel en la provisión de un fundamento para el orden económico; su incidencia en la operación y los resultados de los mercados competitivos (particularmente a través del régimen jurídico relativo a la propiedad, los contratos y el crédito, así como de las restricciones impuestas por el derecho al proceso de competencia), y la influencia del sistema tributario, la legislación de la seguridad social y el régimen de las empresas públicas en la producción y distribución de bienes y servicios.⁸⁹

A pesar de haber resultado influyente en su momento, el realismo nunca devino la visión paradigmática o predominante del derecho; además, no puede considerarse el fundamento jurídico del movimiento *Law and Economics*. Su importancia radica más bien en que contribuyó significativamente a atenuar los excesos del formalismo, al paso que creó un ambiente más favorable para la aceptación de la economía en el currículo de las facultades de derecho.

⁸⁶ Liborio Hierro, *op. cit.*, p. 80.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁹ Cfr. *ibid.*

I.2.4. La jurisprudencia estadounidense y el análisis económico del derecho

Cierro este subcapítulo explicitando una cuestión que ha venido insinuándose desde hace algunos párrafos. Cossío Díaz la formula en los siguientes términos:⁹⁰ ¿Existen razones que permitan considerar el análisis económico del derecho como expresión del paradigma Holmes/Cardozo? De la respuesta elaborada, aduce este autor, derivan algunos elementos para comprender las funciones teóricas de aquél.⁹¹

Cossío Díaz refiere que en una de sus obras más recientes (*Overcoming Law*), Richard Posner, después de negar el origen realista del movimiento *Law and Economics*, establece la relación directa entre el pragmatismo, el análisis económico del derecho y el pensamiento de Holmes y Cardozo. Siguiendo a ambos autores adoptaré la tesis de que en los Estados Unidos el análisis económico del derecho se inserta en la visión paradigmática del pensamiento jurídico estadounidense identificada como paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo.⁹²

Vimos que éste consiste en concebir la ciencia jurídica como una actividad cuya principal función debe ser la predicción de las futuras resoluciones jurisdiccionales, así como en la consideración instrumental del derecho a fin de favorecer que tales resoluciones constituyan soluciones jurídicas consistentes con los distintos aspectos de la realidad. La aceptación de esos presupuestos teóricos por los seguidores del análisis económico del derecho supone lógicamente su aplicación en los análisis que se efectúen desde este enfoque.

En ese sentido, después de exponer el pensamiento de Richard Posner, particularmente la forma en que éste relaciona el multicitado paradigma jurisprudencial, el pragmatismo (que supone la consideración práctica, instrumental, empírica, antidogmática y contextual del derecho), el liberalismo decimonónico y el análisis económico, Cossío Díaz concluye que “las características teóricas del análisis económico del derecho no son reducibles a un conjunto preciso de elementos”.⁹³

⁹⁰ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 293.

⁹¹ El tema de la relación entre el orden jurídico estadounidense y el análisis económico del derecho se toca con mayor profundidad en el capítulo III, subcapítulo III.2.

⁹² Cfr. *ibid.*, pp. 294 y 304. Recuérdese que, como se señaló anteriormente (*supra* I.1.6), la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho se distingue por concentrar sus esfuerzos en el estudio del derecho consuetudinario, que siendo el derecho predominante en los Estados Unidos no es el único (e incluso puede decirse que ha dejado de ser el más importante en el caso de algunas materias). En este sentido, cuando se trata de análisis económicos de cuestiones relacionadas con el derecho constitucional o estatutario, por ejemplo, la relación entre el paradigma jurisprudencial estadounidense y el análisis económico del derecho deja de ser tan clara.

⁹³ *Ibid.*, p. 305.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Bajo esa acepción pueden comprenderse, al menos, las siguientes cuestiones: primera, un enfoque positivo autónomo cuya función es la predicción de conductas y la determinación de eficiencia de las normas existentes; segunda, un enfoque normativo autónomo que busca determinar las normas que deberían ser modificadas a efecto de lograr cierto tipo de eficiencia; tercera, un análisis positivo realizado dentro de un contexto pragmático, y cuarta, un análisis normativo realizado en un contexto pragmático y liberal.⁹⁴

En cuanto a las consecuencias teóricas que implica el aceptar las tales modalidades de análisis económico del derecho, el mismo autor ofrece la siguiente opinión:

Si es posible analizar económicamente el derecho desde cualquiera de estas cuatro modalidades, en principio cabe afirmar que dependiendo de aquella que se adopte el [análisis económico del] derecho podría cumplir distintas funciones teóricas, tales como las que en el lenguaje utilizado en los sistemas romanistas corresponden a una teoría general del derecho (autónoma), una filosofía del derecho (también autónoma), o como *uno* de los elementos de una teoría general o de una filosofía del derecho. En cualquiera de estas posibilidades, lo realmente importante para determinar las funciones teóricas del análisis económico del derecho son los elementos de su paradigma jurídico: que el derecho abarca múltiples aspectos conductuales y al admitir su función instrumental, el análisis económico permite un mejor conocimiento del derecho gracias al refinamiento de los métodos de estudio.⁹⁵

Podemos entonces concluir que el modo de identificar, concebir y estudiar el derecho determina las funciones teóricas del análisis económico del derecho. Así, “si éste no se concibe a partir de la dualidad norma/conducta, resultará imposible que mediante tal enfoque se explique cabalmente el propio derecho. Por ello, si no se acepta la visión predictiva e instrumental para explicar el derecho, el análisis económico no podrá desplegar todas las posibilidades teóricas que acabamos de señalar respecto del orden jurídico estadounidense.”⁹⁶

Lo anterior significa, desde luego, que en los sistemas romanistas dicho enfoque tendrá necesariamente funciones teóricas y normativas distintas de las que cumple en el ordenamiento estadounidense. A ellas me referiré en el capítulo III de este trabajo.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 305 y 306.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 306.

I.3. La economía en el análisis económico del derecho

Mencioné anteriormente que la comprensión y valoración de las funciones que el análisis económico puede llegar a cumplir en la explicación de un orden jurídico determinado pasan por exponer cómo se concibe y explica el derecho en la tradición jurídica respectiva, cuántas vías de explicación de éste existen, qué quiere decir analizar económicamente, y qué hacen los seguidores del análisis económico del derecho cuando explican el orden jurídico. En el subcapítulo anterior abordé lo relativo a la forma en que habitualmente se concibe y explica el derecho en el ordenamiento estadounidense. Por consiguiente toca ahora el turno a la exposición del análisis económico según se concibe y ejecuta en el paradigma neoclásico. Es preciso advertir dos cosas. En primer lugar, sólo expondré las suposiciones, los conceptos y las categorías que formando parte del mencionado paradigma son aceptados explícitamente por los exponentes de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho. Es conocido el hecho de que existe además un conjunto importante de conceptos, categorías y herramientas fundamentados en o derivados de la escuela neoclásica y cuyo empleo distingue a las aproximaciones al análisis económico del derecho de las escuelas neoinstitucional y de la elección pública, “extensiones” ambas de la teoría neoclásica; a ese conjunto me referiré en el capítulo II. En segundo lugar, la información contenida en este subcapítulo no constituye, ni por asomo, una revisión de la teoría microeconómica al estilo de Cooter y Ulen,⁹⁷ por ejemplo, sino una mera exposición de algunos supuestos, conceptos y categorías económicos fundamentales en el análisis económico del derecho.

I.3.1. La naturaleza del análisis económico

Actualmente, sostiene Ronald H. Coase,⁹⁸ la opinión dominante sobre la naturaleza de la economía es la expresada en la definición de Lionel C. Robbins: “La economía es la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos que tienen

⁹⁷ Véase Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, op. cit., pp. 22-82.

⁹⁸ Ronald H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, pp. 1 y 2.

usos alternativos”.⁹⁹ Es decir, la economía explora cómo ocurre la asignación de recursos escasos a usos alternativos.

Así entendida, la economía puede considerarse la ciencia de la elección humana, de modo que el análisis económico debe ser visto como un análisis de la elección. Esta opinión es compartida por quienes realizan análisis económico del derecho. Por ejemplo, para Richard Posner “la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas [...] su tarea consiste en explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones (lo que llamaremos su ‘interés propio)’”.¹⁰⁰

El que el análisis económico constituya al final de cuentas un análisis de la elección es lo que da a la teoría económica su versatilidad. Al respecto, Coase arguye lo siguiente:

Si las teorías que se han desarrollado en el ámbito de la economía (o al menos en el de la microeconomía) constituyen en su mayoría una forma de analizar las causas determinantes de la elección (opinión que encuentro acertada), entonces puede fácilmente concluirse que dichas teorías tendrían que aplicarse al estudio de otras elecciones humanas [distintas de las que ocurren en los mercados económicos explícitos], como por ejemplo aquellas que tienen lugar en el campo del derecho o en el de la política. En este sentido la economía no tiene tema de estudio. Lo que se ha desarrollado es un enfoque independiente (o que puede ser independiente) del tema de estudio.¹⁰¹

Con relación a la naturaleza y los alcances del análisis económico, una opinión paradigmática dentro del pensamiento neoclásico es la de Gary Becker,¹⁰² quien estima que a diferencia de lo que ocurre con las demás ciencias sociales –que se diferencian entre sí por el método de análisis pero sobre todo por el objeto de estudio–, lo que mejor distingue a la economía del resto de dichas ciencias no es la materia de la que trata, su tema de estudio, sino

⁹⁹ Lionel C. Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2ª ed., Londres, Macmillan & Co., 1935, p. 16. Citado por Ronald Coase (*idem.*). La traducción es mía.

¹⁰⁰ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 11. El propio autor advierte sobre la importancia de no confundir la maximización racional con el cálculo consciente, toda vez que “el comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien elige” (*idem.*). Es decir, el concepto de racionalidad utilizado por el economista es objetivo y no subjetivo. En palabras de Cossío Díaz (*op. cit.*, p. 226), la racionalidad es una categoría científica y no la presunción de un estado de ánimo interior. Tampoco debe confundirse el interés propio con el egoísmo, pues la felicidad o el bienestar (pero también la infelicidad o la miseria) de otras personas pueden formar parte de nuestras satisfacciones, constituir nuestro “interés propio”. Véase *infra* I.3.4.1.

¹⁰¹ Ronald H. Coase, *op. cit.*, p. 3. La traducción es mía.

¹⁰² Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 5.

su enfoque, “lo que permite cierta ‘universalización’ de su objeto a un gran número de esferas del comportamiento humano”.¹⁰³

Lo anterior significa que “el análisis económico puede proporcionar un marco unificado para comprender *cualquier clase* de comportamiento humano caracterizado por la ‘escasez’”.¹⁰⁴ En otras palabras, el pensamiento microeconómico, a diferencia de las demás ciencias sociales, que se distinguen entre sí por el tipo de persona que han construido y, por lo tanto, por el tipo de conducta que constituye su objeto de estudio, abrió la posibilidad de comprender las conductas de todos los tipos de personas mediante la atribución de un sentido económico, es decir, a partir de la suposición de que toda conducta, sea ésta “jurídica”, “política” o de cualquier otro tipo, pretende la maximización de algo en determinadas circunstancias.

I.3.2. El objeto de la ciencia económica y el significado del término “enfoque económico”

De las definiciones anteriores se desprende que la economía se ocupa del estudio del comportamiento humano, de las conductas humanas. Es por ello que la economía puede ser considerada como una ciencia social, pues éstas se caracterizan por haber constituido a las conductas humanas como objeto propio de estudio o, dicho de otro modo, por haber destacado un posible aspecto de la conducta humana como objeto de conocimiento.¹⁰⁵

Así, si todas las ciencias sociales tienen como objeto de estudio las conductas humanas, la cuestión que ha de resolver la ciencia económica es cómo llegar a determinar lo peculiar, lo propio de las conductas humanas que conforman su objeto de estudio. Dicho de otro modo, si se considera que las conductas humanas en general constituyen un posible objeto de conocimiento, entonces la ciencia económica ha de trabajar en el proceso de destacar sólo algunos de los aspectos de las conductas como relevantes, esto es, debe proceder a dotar dichas conductas de la significación necesaria para constituir las en su objeto de estudio.¹⁰⁶ Cómo hace esto la economía es precisamente lo que constituye el denominado “enfoque económico”. Así pues, este concepto determina, entre otras cosas, la forma en que la ciencia económica formula su objeto de conocimiento.

¹⁰³ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 33.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Cfr. José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 188.

¹⁰⁶ Cfr. *ibid.*, p. 190.

Puede decirse entonces que dependiendo de la determinación de relevancia que se haga de ciertos aspectos de las conductas será como se forme el objeto propio de la ciencia económica.¹⁰⁷ De este modo, la función del concepto “enfoque económico” consiste en establecer qué conjunto de elementos serán tenidos en cuenta para caracterizar determinados aspectos de las conductas humanas y hacerlos objeto de estudio de la economía.

Siguiendo la citada obra de José Ramón Cossío Díaz llamaré conducta económica a la conducta objeto del análisis económico. Asimismo, como se ha dicho antes, denominaré enfoque económico al método de identificación, o significación, de ese objeto de estudio. Es preciso explicitar que el concepto “conducta económica” denota algo más que una conducta real: es igualmente una categoría epistemológica, un criterio de identificación:

Dentro de una pluralidad de sentidos o maneras de analizar las conductas, a la economía sólo le interesan aquellos aspectos que sean propiamente económicos. Por ello, si a final de cuentas la economía habrá de analizar conductas reales, tiene que contar con un criterio que le permita “destacar” –atribuir significado a– ciertos aspectos de comportamientos dados en la realidad. Este criterio general –el criterio “conducta económica”– es abstracto y tautológico, y su función es permitir la “identificación” de cierto material empírico como propio de la disciplina económica. Debido a sus características formales, el criterio de identificación no explica las conductas identificadas como económicas, sino que únicamente, por decirlo así, logra atribuirles una significación económica y, en consecuencia, permite que respecto de ellas resulten aplicables las “herramientas analíticas y conceptuales” elaboradas por la propia ciencia económica.¹⁰⁸

Es necesario entonces establecer cuáles son los elementos que caracterizan a las denominadas “conductas económicas”. Al decir de Gary Becker,¹⁰⁹ los elementos centrales del enfoque económico son la postulación de la conducta maximizadora, el equilibrio del mercado y las preferencias estables, los cuales resultan, a su juicio, aplicables a toda clase de conductas humanas.¹¹⁰ Por medio de dichos elementos es posible significar ciertos aspectos de la conducta humana como económicos, o dicho de otro modo, asignar a las conductas humanas

¹⁰⁷ Cfr. *ibid.*, p. 191.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 192.

¹⁰⁹ Gary S. Becker, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁰ Lo que no significa que las conductas humanas puedan explicarse económicamente en su totalidad. El propio Becker, señala Cossío Díaz, “acepta que sólo una ‘parte’ de las conductas humanas puede identificarse como posible objeto de estudio de la economía o, lo que es igual, que sólo ciertos aspectos de las conductas humanas pueden ser considerados como ‘conductas económicas’” (José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 194). Esto equivale a decir que el análisis económico no basta para comprender cabalmente el comportamiento humano, por más que posea la característica de ser aplicable a todas las conductas del hombre. Por otra parte, Becker (*op. cit.*, p. 14) acepta sin ambages que aunque el enfoque económico provee un amplio marco de análisis para comprender todo tipo de comportamiento humano, muchos conceptos y técnicas importantes son provistos por otras disciplinas.

un sentido económico. Como señala Cossío Díaz, “esta asignación implica suponer que esas conductas se realizan, o habrán de realizarse, *como si* el sujeto que las ejecuta tuviera en cuenta aquellos elementos que de manera particular hubieren sido considerados propiamente económicos”.¹¹¹

Es decir, Gary Becker parte de la existencia genérica de conductas humanas y sostiene que mediante la suposición de que quienes las realizan pretenden la maximización de algo en un contexto de escasez y preferencias estables, las mismas llegan a ser vistas como económicas. En pocas palabras, dicho autor sostiene que las conductas humanas pueden ser analizadas económicamente a partir de los postulados de conducta maximizadora, equilibrio de mercado y preferencias estables, siempre que se presuponga un contexto de medios escasos y fines en competencia.¹¹²

En concreto, afirma Cossío Díaz, cuando se habla de conductas económicas únicamente se pretende “formular un concepto que nos permita analizar las acciones humanas *como si* quienes la ejecutaron las hubieran desarrollado teniendo en cuenta ciertas motivaciones económicas”.¹¹³

Es preciso subrayar con Becker que el denominado enfoque económico no supone que los participantes en el mercado respectivo dispongan de información completa, ni que las transacciones estén exentas de costos. Tampoco requiere que los sujetos económicos sean conscientes de su comportamiento maximizador o puedan describirlo, ni hace distinciones conceptuales entre decisiones de mayor o menor importancia.¹¹⁴ La relevancia de esta aclaración quedará acreditada más adelante.

No podría darse por concluido este apartado sin antes explicitar que la implicación más importante del argumento de Becker (y de quienes sostienen que el análisis económico se distingue por el enfoque antes que por el objeto de estudio, posición que se remonta hasta Jeremy Bentham) consiste en permitir que la categoría “conducta económica” no quede vinculada exclusivamente a los mercados económicos explícitos, tal como ocurría en la economía tradicional. En efecto, Becker afirma que el enfoque económico puede y debe aplicarse más generalmente en todas las ciencias sociales.¹¹⁵

¹¹¹ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 194. Las cursivas son mías.

¹¹² Gary S. Becker, *op. cit.*, pp. 1-8.

¹¹³ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 196. Las cursivas son mías.

¹¹⁴ Gary S. Becker, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

¹¹⁵ Gary S. Becker, *op. cit.* En el mismo sentido Ronald H. Coase, *op. cit.*; Richard Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*; Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, *op. cit.*; José R. Cossío Díaz, *op. cit.*; Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, *op. cit.*; Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, y la gran mayoría de los economistas neoclásicos contemporáneos y los seguidores del análisis económico del derecho tradicional. Para una crítica aguda y constructiva de la confianza con que los economistas y otros científicos

I.3.2.1. Funciones y límites de la conducta económica

Mediante el enfoque económico es posible determinar los elementos que caracterizan a las llamadas conductas económicas. El concepto “conducta económica”, por su parte, permite atribuir significado económico a cualquier conducta humana al presuponer que la misma se ejecutó en determinadas circunstancias y con determinados propósitos. De esta manera, como vimos en el apartado anterior, el criterio “conducta económica” cumple una función de identificación o significación de conductas humanas. La anterior aseveración tiene dos implicaciones importantes. Primera, la dualidad, ya advertida antes, entre el concepto identificador (el criterio “conducta económica”) y la conducta identificada (el hecho real o supuesto, observado o no); “mientras el primero es un concepto formal, abstracto y tautológico, la segunda es un acontecer real pero considerado económico por la asignación (externa) de cierto significado”.¹¹⁶ A juicio de Cossío Díaz¹¹⁷ es justamente la presencia de dicha dualidad, de dicha diferenciación de momentos, lo que ha dado lugar al denominado “imperialismo económico”, que consiste en la expansión del análisis económico fuera de las fronteras de los mercados económicos explícitos, o lo que es lo mismo, la desaparición del vínculo estricto y necesario entre conductas económicas y mercado.

La segunda implicación estriba en que en tanto criterio de identificación, la categoría “conducta económica” no explica los comportamientos destacados como económicos, sino que “únicamente” los significa. ¿Cuáles son entonces la función y los límites del criterio aludido? O planteada la interrogante de otra forma: ¿Cuál es el alcance de la dicha significación? De acuerdo con Cossío Díaz,¹¹⁸ mediante el concepto de significación se alcanza a dotar a las conductas identificadas de ciertos contenidos. Ello es así porque al otorgar a la conducta una significación de tipo económico se está presuponiendo que quien la realiza se ha representado la maximización como propósito primordial de la misma y que actúa en una situación de escasez al tiempo que mantiene estables sus preferencias.

sociales aplican la economía neoclásica (y aceptan los resultados de dicha aplicación) a toda clase de comportamiento humano véase Kaushik Basu, *Prelude to Political Economy: A Study of the Social and Political Foundations of Economics*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, particularmente el prefacio y los capítulos 1 y del 4 al 8.

¹¹⁶ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 205.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 206 y 207.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Por ello, al tratar de explicar una conducta particular no puede aceptarse que el criterio de significación se haya limitado a destacarla como económica para luego, y “partiendo de cero”, proceder a explicarla. Si el procedimiento fuera así se llegaría a una gran anarquía científica, dado que habría que aceptar que cualquier conducta podría ser tenida como objeto de cualquier ciencia. Por el contrario, debemos considerar que *cuando se realiza la significación de una conducta humana como económica, en realidad se está dotando a la misma de ciertos contenidos que determinan y posibilitan su análisis*. [Así,] podemos decir que el objeto de la investigación de la economía no son las conductas humanas en sí mismas, sino esas conductas sometidas a la interrogación del hombre mediante ciertas categorías, *i. e.*, las económicas.¹¹⁹

Por ello es que el enfoque económico no sólo supone la determinación y aceptación de los elementos que caracterizan a las conductas económicas, sino que implica asimismo el empleo combinado, consistente y riguroso de dichos elementos y sus implicaciones al momento de realizar análisis económicos.

Resuelto el problema de la determinación de su objeto, es necesario exponer el modo de hacer del análisis económico, es decir, mostrar cómo se lleva a cabo el estudio de ese objeto de conocimiento.

I.3.3. El método de análisis de la ciencia económica

Me he referido al método por medio del cual la ciencia económica formula su objeto de estudio, identificándolo y dotándolo de ciertos contenidos que determinan su análisis, mas no al método mediante el cual se realiza la explicación del mismo. Cossío Díaz¹²⁰ argumenta que aunque los criterios que permiten la identificación y explicación de su objeto de conocimiento forman parte integrante de la ciencia económica, es conveniente separar los momentos en que ambas actividades ocurren. La razón de ello es que en tanto el criterio de identificación atribuye a la conducta un móvil general –permitiendo al economista “*presuponer* que el sujeto de la misma *actúa como si* pretendiera maximizar su utilidad”–¹²¹ la conducta por explicar se realiza en un contexto particular, motivo por el cual es necesario expresar con precisión las circunstancias de la misma. Esto se logra al fijar “los elementos determinantes de la ‘situación’ o ‘contexto’ en que

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 207. Las cursivas son mías.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 207 y 208.

¹²¹ *Ibid.*, p. 208.

va a realizarse la conducta identificada como económica, [...] es decir, tiene que establecerse quién maximiza, qué maximiza, cuándo maximiza, etc.”¹²²

El estudio de las conductas económicas se realiza mediante un conjunto de hipótesis y modelos que incorporan conceptos reconocidos como económicos y que en conjunto integran el instrumental analítico de la economía.¹²³ El método de análisis del paradigma neoclásico consiste en una combinación de individualismo metodológico,¹²⁴ lógica deductiva y empirismo. De este modo, la construcción de hipótesis y modelos ocurre como sigue: a partir de ciertos supuestos, postulados o premisas, y mediante la formulación de condiciones, se llega a enunciados o conclusiones que, en general, habrán de contrastarse con la realidad. Con esa validación puede determinarse el grado de eficacia de los supuestos o de las proposiciones finales.

Evidentemente, en virtud de que toda hipótesis del análisis económico tiene como función explicar o predecir conductas concretas, es menester que en la misma hipótesis se determinen los elementos y las circunstancias que, partiendo de los presupuestos que componen el concepto de conducta económica, le den particularidad a la conducta.

Se sigue de todo lo anterior que la cabal explicación económica pasa por tres etapas: la de la significación de las conductas; la de la construcción de modelos (o la formulación de hipótesis) para explicarlas, y la de la aplicación de esos modelos a conductas concretas, ya sean éstas reales o supuestas.

I.3.3.1. Digresión en torno al objetivo cognoscitivo de la ciencia económica

Como todas la teorías, la económica puede cumplir –y de hecho cumple– distintas funciones: encontrar, explicar, predecir y evaluar. En el caso del paradigma neoclásico las funciones cognoscitivas preferidas han sido la explicación (*stricto sensu*, esto es, en un sentido menos amplio o comprensivo que el usado en los párrafos anteriores) y la predicción de conductas identificadas como económicas. La diferencia entre ambos términos es obvia: la explicación se refiere a hechos observados, mientras que la predicción trata de sucesos que habrán de acontecer. Puede irse un poco más lejos y afirmar que para los exponentes más conspicuos del

¹²² *Ibid.*, pp. 210 y 211.

¹²³ Remítase el lector a *infra* I.3.3.3. para conocer un criterio de distinción entre hipótesis y modelos.

¹²⁴ El individualismo metodológico estriba en fundar la explicación de los distintos aspectos de los sistemas económico y social en el análisis del comportamiento individual.

paradigma en comentario la predicción de conductas debe ser la función primordial del análisis económico.

I.3.3.2. La formulación, estructura y aplicación de las hipótesis y los modelos económicos

Las hipótesis económicas se formulan a través de enunciados que se componen de tres elementos: unos supuestos –llamados también postulados o premisas–, un lenguaje –constituido por los términos económicos, esto es, los “conceptos económicos fundamentales”– y una condición.

Los supuestos cumplen fundamentalmente dos funciones: la identificación de los fenómenos de que ha de ocuparse la hipótesis y el establecimiento de las condiciones en las cuales se espera que ésta sea válida. Al expresar los supuestos de determinada hipótesis, el economista caracteriza la circunstancia de la conducta económica, es decir, destaca todos los aspectos del contexto particular en que se realiza o realizará dicha conducta y que serán tomados en cuenta. Como ocurre con las hipótesis de todas las ciencias, las económicas plantean “simplificaciones” de la realidad en la medida en que el contexto particular que ellas describen representa una realidad simplificada. Dicho de otro modo, el grado de simplificación de una hipótesis depende del contenido de sus supuestos, pues éste determina los aspectos de la realidad que serán tomados en cuenta en la construcción de la misma (y, por lo tanto, determina también los aspectos de la realidad que no serán considerados). Las simplificaciones resultan necesarias por la complejidad de los fenómenos, “por la necesidad de abordarlos por partes, porque se trata de analizar efectos y relaciones parciales entre ciertas variables sin las ‘interferencias’ de las restantes –la célebre cláusula *ceteris paribus*– o por una combinación de las razones anteriores”.¹²⁵

El lenguaje es el segundo elemento estructural de toda hipótesis. Está compuesto, como indica Cossío Díaz, por “los ‘conceptos económicos fundamentales’ que son incorporados (específicamente) para la construcción de la hipótesis de que se trate”.¹²⁶ El mismo autor señala, siguiendo a Milton Friedman y Tjalling C. Koopmans, que en tanto términos económicos, el lenguaje constituye un conjunto de “categorías estrictamente descriptivas proyectadas para corresponder directa y totalmente con las entidades del mundo real independientemente del

¹²⁵ Santos Pastor, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹²⁶ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, pp. 217 y 218.

propósito para el cual se utiliza el modelo”,¹²⁷ lo que quiere decir que los conceptos económicos fundamentales pueden utilizarse con gran autonomía y ser por ello elementos de diversas hipótesis. Se sigue, entonces, que “la economía, como cualquier otra ciencia, cuenta con un conjunto de términos ‘paradigmáticos’ mediante los cuales se significa de determinada manera ciertos fenómenos de la ‘realidad’, tal como sucede, por ejemplo, con la oferta, la demanda, el precio, el mercado, el costo de oportunidad, etc.”¹²⁸ En última instancia, el propósito del lenguaje es servir como criterio de identificación, significación y ordenación del material empírico.

El tercer elemento de toda hipótesis es una condición. Puesto que las hipótesis de la ciencia económica tienen la función de explicar o predecir conductas económicas, deben contener una condición que establezca que dados ciertos postulados sobre la conducta humana –entre los que siempre se incluirán los elementos (o presupuestos) que conforman el enfoque económico– y sobre el contexto particular en que ésta ocurre (o ha ocurrido), expresados todos ellos con sus correspondientes términos económicos, puede predecirse que determinado evento ocurrirá (o bien puede explicarse por qué o cómo determinado evento ocurrió). La condición es, pues, un elemento estrictamente lógico, formal, y por lo tanto, carente de contenido; su función es la de relacionar, con arreglo a las normas de la lógica y, en ocasiones, de las matemáticas, los postulados y la consecuencia de las hipótesis.

Es evidente que para estar en condiciones de conocer si la teoría es aplicable es preciso que tanto los postulados sobre la circunstancia de la conducta como el evento explicado o predicho sean observables.

He mencionado que las hipótesis son enunciados abstractos que habrán de utilizarse para la explicación o predicción de conductas concretas. Esta explicación o predicción se realiza de manera causal, lo que supone deducir una conclusión a partir de una o varias premisas “universales” (las hipótesis) y una o varias premisas “singulares” (las circunstancias del caso concreto). Es decir, a partir de determinada o determinadas hipótesis, y considerando que sus postulados sobre la circunstancia de la conducta son aplicables a las circunstancias reales de cierto caso concreto, es posible deducir un enunciado singular que explique cómo algo aconteció o prediga qué acontecerá.¹²⁹

¹²⁷ Milton Friedman, “La metodología de la economía positiva”, en *Ensayos sobre economía positiva*, Madrid, Gredos, 1967, p. 36. Citado por Cossío Díaz (*op. cit.*, p. 218).

¹²⁸ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 218.

¹²⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 222 y 223.

I.3.3.3. La validación de las hipótesis y los modelos económicos

Es célebre el debate sobre la validación de las hipótesis y los modelos económicos. La cuestión consiste fundamentalmente en determinar si la validez de las hipótesis, entendida como eficacia, depende o no del realismo de sus supuestos. Así, el debate se integra por dos posiciones encontradas. La primera de ellas –representada paradigmáticamente por Milton Friedman en el ámbito de la economía y por Richard Posner en el del análisis económico del derecho (si cabe semejante “clasificación”)–¹³⁰ sostiene de manera categórica que la validez de una hipótesis depende de su capacidad explicativa o predictiva y no del realismo de sus supuestos. Lo que es más, quienes adoptan esta posición ven como una necesaria virtud y no como una falla de la teoría microeconómica el hecho de que ésta recurra a la abstracción y a cierta carencia de realismo en sus supuestos, entendida dicha falta de realismo como ausencia de plenitud descriptiva. Me parece que las siguientes palabras de Richard Posner son elocuentes:

[Es verdad que] los supuestos de la teoría económica son unidimensionales y pálidos cuando se contemplan como descripciones del comportamiento humano [...] Sin embargo, la abstracción está en la esencia de la investigación científica, y la economía aspira a ser científica. Por ejemplo, la ley de Newton de los cuerpos que caen es poco realista en su supuesto básico de que los cuerpos caen en un vacío, pero sigue siendo una teoría útil porque pronostica con razonable exactitud el comportamiento de una gran diversidad de cuerpos que caen en el mundo real. De igual manera, [la teoría económica] no incluirá toda la complejidad, riqueza y confusión de los fenómenos [...] que trata de dilucidar. Pero su falta de realismo en el sentido de la plenitud descriptiva, lejos de invalidar la teoría, es una condición de ésta. Una teoría que en sus supuestos tratara de reproducir fielmente la complejidad del mundo empírico no sería una teoría – una explicación–, sino una descripción.

[...] Cuando el analista económico intenta hacer complejo un modelo económico muy simple [...] corre el riesgo de encontrarse con demasiados grados de libertad, es decir, con un modelo tan rico que ninguna observación empírica pueda refutarlo, lo que significa que ninguna observación podría corroborarlo tampoco.¹³¹

¹³⁰ Véase, por ejemplo, Milton Friedman, *Ensayos sobre economía positiva*, *op. cit.*, y Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*

¹³¹ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 24.

Cuando se sostiene que la validez de una hipótesis depende de su capacidad explicativa o predictiva y no del realismo de sus supuestos lo único que quiere decirse es eso, lo que en ningún caso equivale a sostener que la calidad y el grado de realismo de los supuestos sean irrelevantes. Por ejemplo, es probable que la capacidad predictiva de una hipótesis sea escasa o nula debido a que sus supuestos no son suficientemente realistas. Pero el hecho de que esta posibilidad exista no implica que el grado de realismo de los supuestos determina el grado de validez de la hipótesis ni que la calidad de los supuestos debe evaluarse directamente en consideración a su grado de realismo. Es decir, así como la validez de una hipótesis depende de su capacidad explicativa o predictiva, la validez de sus supuestos debe evaluarse en función de la validez de la hipótesis que los contiene, es decir, de la capacidad de ésta para explicar o predecir los fenómenos concretos para cuya comprensión fue construida.

La otra posición sobre la validez de las hipótesis sostiene que ésta sí depende del realismo de sus supuestos. Esta posición representa uno de los argumentos más comúnmente esgrimidos en contra de la economía neoclásica. En mi opinión, la crítica a la teoría microeconómica basada exclusivamente en la ausencia de plenitud descriptiva de sus supuestos resulta infundada. E inocua, pues sólo será útil, dicha crítica, si es capaz de proponer nuevos supuestos que integren nuevas hipótesis que sirvan para mejor explicar o predecir los fenómenos económicos de nuestro mundo.

Cossío Díaz¹³² informa que también es posible que las hipótesis y los modelos económicos se validen de un modo puramente lógico, atendiendo a la consistencia formal de sus elementos. Esta validación puede realizarse mediante los métodos de la lógica formal o de las matemáticas. “No se trata ya de demostrar si la teoría es o no válida frente a la realidad, sino de establecer si lo es el enunciado que la expresa.”¹³³ Es decir, este tipo de validación tiene por objeto demostrar si determinada proposición es necesariamente verdadera independientemente del valor de verdad de su contenido. “A fin de distinguir entre ambas posibilidades, se ha dicho que conviene hablar de hipótesis cuando el enunciado vaya a aplicarse a (y comprobarse con) la realidad, y de modelos cuando el enunciado sólo haya de validarse ‘lógicamente’.”¹³⁴

¹³² José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 221.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Idem.*

I.3.4. Los conceptos y las categorías fundamentales

Ahora es necesario proceder a explicar, así sea someramente, el significado y alcance de los conceptos y las categorías que integran el lenguaje económico –entre los que se incluyen los elementos que conforman el enfoque económico– que con mayor frecuencia utilizan los seguidores de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho.

I.3.4.1. La maximización

Como ciencia de la elección racional, la economía explora las consecuencias de suponer que el hombre es un maximizador de su interés propio. Ello se refleja en el hecho de que las hipótesis económicas se construyen sobre la suposición general de un sujeto que, en un contexto de escasez, busca maximizar su utilidad manteniendo estables sus preferencias.

En efecto, la economía neoclásica supone que todos los actores económicos maximizan algo: los consumidores maximizan su utilidad sujetos a la restricción que impone su ingreso; las empresas maximizan sus beneficios –definidos como la diferencia entre el ingreso total y los costos totales de la producción–¹³⁵ sujetas a las restricciones que les imponen la demanda de los consumidores y la tecnología de la producción; los políticos maximizan los votos a su favor; las burocracias maximizan las recaudaciones, etcétera.

Existe una clara conexión entre la maximización y la racionalidad. De acuerdo con Cooter y Ulen, los economistas sostienen que los modelos que suponen un comportamiento maximizador “funcionan porque la mayoría de los individuos son racionales, y la racionalidad requiere la maximización”.¹³⁶ Veamos por qué ello es así. En todo momento una persona dispuesta a tomar decisiones económicas enfrenta un conjunto de opciones entre las que ha de elegir. Cada una de estas opciones “contiene” diferentes cantidades de distintos bienes y servicios. El concepto de racionalidad supone la capacidad de ordenar dichas opciones en atención al grado o nivel de satisfacción que cada una de ellas concede al actor económico así como de optar por la que más le satisfaga, o sea, la que mejor colme sus preferencias. Es decir,

¹³⁵ El ingreso total resulta de multiplicar el número de unidades vendidas por el precio de cada unidad; los costos totales resultan de sumar en todos los insumos el costo de cada uno de ellos multiplicado por el número de unidades empleadas del insumo.

¹³⁶ Cfr. Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, *op. cit.*, p. 24.

se considera que una persona es racional en la medida en que es capaz de ordenar las distintas opciones a su alcance de acuerdo con el grado de satisfacción que cada una de ellas conlleva. Se dice que el actor económico elige entre las opciones *a su alcance* porque en la práctica dicha elección está restringida. Por ejemplo, en el caso de un consumidor racional éste “puede ordenar conjuntos alternativos de bienes de consumo, y su presupuesto restringe su elección entre ellos”.¹³⁷

Así pues, la nota de racionalidad de la conducta económica exige que el actor económico escoja la mejor opción permitida por sus restricciones, y es precisamente la elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones lo que se considera una maximización.¹³⁸

En otros términos más simples, puede decirse que el argumentar que los agentes económicos son racionales equivale a decir que sus decisiones están orientadas a la consecución de fines congruentes a través de medios eficientes.

Las anteriores son nociones informales, intuitivas, de la racionalidad. En la definición y caracterización de este concepto los economistas suelen ser mucho más precisos y rigurosos. Sin pretender alcanzar ese grado de rigor y precisión, añadiré que la nota de racionalidad de una conducta va más allá de suponer que quien la realiza es capaz de ordenar los diversos conjuntos de bienes y servicios en función de la capacidad de cada uno de ellos para satisfacer las preferencias del actor económico, de modo que dichos conjuntos puedan ser comparados y clasificados como mejores, peores o iguales unos que otros. En efecto, como afirman Cooter y Ulen,¹³⁹ es más bien el hecho de que el ordenamiento de las preferencias satisfaga ciertas condiciones lo que caracteriza a éste como racional. Estas condiciones son que el ordenamiento de las preferencias sea *completo* –es decir, que el actor económico pueda comparar, esto es, establecer una relación de preferencia (o de indiferencia), entre todos los conjuntos de bienes y servicios que se le presenten–, *reflexivo* –lo que exige que cualquier conjunto sea tan bueno como él mismo–, y *transitivo* –lo que significa que si se prefiere el conjunto A al conjunto B al tiempo que se prefiere el conjunto B al conjunto C, entonces debe preferirse A a C–. Se sigue entonces que “el concepto de racionalidad utilizado por el economista es objetivo y no subjetivo”.¹⁴⁰

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ Cfr. *idem.*

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 32 y 33.

¹⁴⁰ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 24. Ello no quiere decir que los economistas desconozcan que las preferencias de los actores económicos son subjetivas y que distintas personas tienen gustos diferentes, lo que necesariamente se refleja en el hecho de que puedan tener ordenamientos de preferencias también diferentes por los mismos bienes y servicios. Sin embargo, los economistas no se ocupan del estudio del origen de las preferencias, materia que corresponde a otras disciplinas, como la psicología y la sociología. Los economistas asumen que las preferencias están dadas y son exógenas, esto es, que se determinan fuera del sistema económico

Por otra parte, Richard Posner advierte sobre la importancia de no confundir la maximización racional con el cálculo consciente, toda vez que “el comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien elige”.¹⁴¹ En palabras de Cossío Díaz, “la racionalidad es una categoría ‘científica’ y no la presunción de un estado de ánimo *interior*”.¹⁴² En otros términos, el análisis económico no supone que el hombre efectúa continuamente un cálculo consciente antes de realizar una conducta; pero sí supone analizar las conductas *como si* se hubieran realizado en un ámbito de maximización restringida.

Quedó asentado que la economía analiza las consecuencias de asumir que el hombre es un maximizador de su interés propio. En este punto cabe hacer con Posner una segunda advertencia, a saber: que no debe confundirse el interés propio con el egoísmo, pues la felicidad o el bienestar (pero también la infelicidad o la miseria) de otras personas pueden formar parte de nuestras satisfacciones, constituir nuestro “interés propio”.¹⁴³ Por ello, como señala Edmund Kitch,¹⁴⁴ la premisa de que el comportamiento humano es impulsado por la intención de maximizar el interés propio no implica la conclusión de que la gente actuará regularmente de manera antisocial. Por lo contrario, el postulado de que la maximización del interés propio es el móvil de la conducta humana puede ayudar a explicar con precisión por qué la gente acata las normas morales y jurídicas de la comunidad que, entre otras cosas, posibilitan el comercio, por ejemplo.

Para dar por concluido el tema relativo al supuesto básico de que el comportamiento humano es racional es necesario señalar que “el concepto del hombre como un maximizador de su interés propio conlleva que las personas responden a ciertos incentivos”.¹⁴⁵ Esto quiere decir “que si cambian las circunstancias de un individuo de tal modo que pueda incrementar sus satisfacciones modificando su comportamiento, el individuo en cuestión lo hará”.¹⁴⁶

Richard Posner¹⁴⁷ afirma que de la proposición de que los actores económicos responden a los incentivos derivan lo que él considera los tres principios fundamentales de la economía, a saber: la ley de la demanda; el principio según el cual el costo económico

(véanse Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, *op. cit.*, p. 14, y Robert Cooter y Thomas Ulen, *op. cit.*, p. 33).

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴² José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁴³ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁴ Edmund W. Kitch, “The Intellectual Foundations of Law and Economics”, *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, junio de 1983, pp. 183-209, p. 188.

¹⁴⁵ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 11-19.

relevante es el costo de oportunidad, y el principio de la optimización del uso de los recursos en condiciones de intercambio voluntario. Más adelante me referiré a todos ellos.

I.3.4.2. La estabilidad de las preferencias

Los economistas suponen que las preferencias están dadas y son exógenas al sistema económico; dejan a otras disciplinas el estudio del modo en que aquéllas se determinan, y reconocen que tienen poco que aportar al entendimiento de cómo se originan y constituyen. Por lo tanto, suponen que las preferencias son estables, es decir, que no cambian sustancialmente con el tiempo, al menos no durante el periodo en que ocurre la conducta o las conductas de estudio. Pero la característica de estabilidad no sólo se refiere al ámbito temporal: el análisis microeconómico también supone que las preferencias de pobres y ricos o de sujetos pertenecientes a distintas sociedades o culturas no son considerablemente diferentes las unas de las otras.¹⁴⁸

Asimismo, el enfoque económico no restringe la estabilidad de las preferencias a aquellas que se tienen sobre bienes y servicios que se comercian en el mercado, sino que la extiende a todos los objetos de elección, incluidos los subyacentes. Como enfatiza Gary Becker, las “preferencias subyacentes se definen sobre aspectos fundamentales de la vida –tales como la salud, el prestigio, el placer erótico, la benevolencia o la envidia– que no siempre guardan una relación directa con el mercado de bienes y servicios”.¹⁴⁹ Gracias a que supone la estabilidad de todas las preferencias, el análisis económico puede emplearse para analizar cualquier tipo de conducta.

Dejemos que sea nuevamente Becker quien aclare la importancia metodológica de la suposición de estabilidad:

El suponer que las preferencias son estables otorga una base también estable a la elaboración de predicciones sobre la forma en que los individuos responderán a diversos cambios de las circunstancias y evita que el economista sucumba a la tentación de recurrir al fácil expediente de postular la modificación de las preferencias que sea necesaria para “explicar” todas las evidencias que refuten sus predicciones.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Cfr. Gary S. Becker, *op. cit.*, p. 5, y Robert Cooter y Thomas Ulen, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁹ Gary S. Becker, *op. cit.*, p. 5. La traducción es mía.

¹⁵⁰ *Idem*. La traducción es mía.

Se trata, pues, de evitar que el cambio de las preferencias se utilice convenientemente para llegar a una “explicación” o predicción *ad hoc* de comportamientos desconcertantes.

Lo anterior es fundamental, pues implica que para el análisis económico las políticas y acciones gubernamentales (o de cualquier otro agente) no modifican las preferencias de los individuos, al menos no rápidamente, lo que a su vez significa que, como argumenta Santos Pastor, “el gusto de una persona por algo, como los ríos limpios y no contaminados, no depende de que se le otorgue un derecho a ello”.¹⁵¹

I.3.4.3. El equilibrio del mercado

“El enfoque económico –sostiene Gary Becker– supone la existencia de mercados [explícitos o no] que con diversos grados de eficiencia coordinan las acciones de los distintos participantes [...], de modo que su comportamiento deviene mutuamente consecuente”¹⁵² y tiende a conformar un equilibrio. Se dice que la interacción de todos los participantes en un mercado constituye un equilibrio cuando sigue una trayectoria que persistirá a menos que sea perturbada por fuerzas externas. El equilibrio es, pues, un punto estable, un patrón de interacción en el que ningún actor económico tiene incentivos para modificar su conducta.

No es extraño que los economistas supongan que las interacciones de los sujetos económicos tienden hacia un equilibrio. No podía esperarse otra cosa de un enfoque de análisis que está basado en el presupuesto básico de que dichos sujetos son maximizadores de su interés propio, pues es precisamente el comportamiento maximizador, el hecho de que los actores económicos responden a los incentivos, lo que lleva a éstos “hacia un punto de descanso, un equilibrio. En efecto, los actores no buscan un equilibrio, simplemente tratan de maximizar lo que les interesa. Sin embargo, la interacción de los agentes maximizadores casi siempre se traduce en un equilibrio.”¹⁵³

La suposición del equilibrio de los mercados puede replantearse “al revés” para sostener que, por virtud del principio de que los individuos responden a los incentivos, siempre que aquéllos “crean que pueden ver mejorada su situación tenderán a cambiarla”.¹⁵⁴

¹⁵¹ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵² Gary S. Becker, *op. cit.*, p. 5. La traducción es mía.

¹⁵³ Robert Cooter y Thomas Ulen, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁴ Santos Pastor, *op. cit.*, p. 32.

Como veremos más adelante, en el análisis económico del derecho es básico el concepto de equilibrio, pues una técnica de estudio muy común consiste en la comparación de estados de cosas, de equilibrios, a efectos de evaluar la eficiencia de las normas jurídicas. A la tal comparación de equilibrios se la denomina estática comparada.

Como he venido mencionando a lo largo de este subcapítulo, los supuestos de comportamiento maximizador, equilibrio de mercado y estabilidad de las preferencias, así como su uso consecuente y continuo, constituyen el núcleo del enfoque económico. Gary Becker afirma que a esos supuestos se deben la gran cantidad de teoremas asociados a dicho enfoque, como, por ejemplo, que el aumento del precio reduce la cantidad demandada; que el aumento del precio aumenta la cantidad ofrecida; que los mercados competitivos satisfacen con mayor eficiencia las preferencias de los consumidores que los mercados monopolísticos, o que un impuesto a la producción de cierto bien o servicio reduce la cantidad producida.¹⁵⁵

I.3.4.4. La ley de la demanda

Todos los economistas aceptan que tratándose de grupos humanos, y prácticamente en todas las circunstancias, el hecho de que un bien o servicio cualquiera tenga un precio relativo más alto conducirá a que se reduzca la cantidad demandada. Y esto no sólo se refiere al precio monetario sino al precio en el más amplio sentido.

Al anterior hallazgo se lo conoce como la ley de la demanda. Esta categoría describe la relación inversa entre el precio de un bien o servicio y la cantidad demandada del mismo; es decir, indica que cuando el precio del bien o servicio se eleve, disminuirá la cantidad que demandará el consumidor (o el actor económico de que se trate), y viceversa.

La anterior relación deriva, como señalé anteriormente, de la proposición de que las personas, en tanto maximizadoras de su interés propio, responden a los incentivos.¹⁵⁶ Por vía de ejemplo, veamos cómo se relacionan dicha proposición y la ley de la demanda en el caso de un conjunto de consumidores que enfrenta el encarecimiento relativo del bien de su preferencia. Cuando el precio del bien preferido aumenta *mientras que el de los demás bienes o servicios permanece constante*, aquél cuesta *relativamente* más que antes. En virtud de que cada uno de

¹⁵⁵ Gary S. Becker, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁵⁶ Gary Becker (*op. cit.*, pp. 5 y de la 153 a la 168) y Ronald Coase (*The Firm, the Market, and the Law, op. cit.*, p. 5) afirman que la suposición de que el comportamiento humano es maximizador y racional no es *necesaria* para establecer la mencionada relación inversa entre precio y cantidad demandada.

nuestros consumidores es un maximizador de su interés propio, adaptará su comportamiento a la nueva circunstancia, es decir, reaccionará considerando la posibilidad de comprar bienes que prefería menos cuando el bien preferido tenía su precio antiguo, pero que ahora resultan más atractivos porque son más baratos en relación con el bien cuyo precio aumentó. Muchos consumidores no modificarán la cantidad demandada de este bien, pues para ellos los otros bienes son malos sustitutivos incluso a precios relativamente menores. No obstante, algunos consumidores reducirán sus compras del bien que se ha encarecido y aumentarán sus compras de otros bienes sustitutivos o incluso de productos enteramente diferentes, de modo que disminuirá la cantidad total demandada por los compradores (y por ende la cantidad producida).¹⁵⁷

La ley de la demanda no se aplica sólo a los bienes que tienen un precio explícito, es decir, monetario (o pecuniario). Esta afirmación equivale a decir, una vez más, que el análisis económico, sus conceptos y categorías, no sólo es aplicable a las conductas que ocurren en los mercados económicos explícitos. A guisa de ejemplo, Richard Posner menciona que “el economista se siente inclinado a pronosticar que un aumento de la severidad del castigo o de la probabilidad de su imposición elevará el precio del delito y por ende reducirá su incidencia”.¹⁵⁸ En el análisis económico se denomina “precios de sombra” o “precios implícitos” a los precios que no son pecuniarios, esto es, a los precios de bienes y servicios (o conductas) que no se comercian (o efectúan) en mercados económicos explícitos.

La ley de la demanda es una de las categorías fundamentales del análisis microeconómico. Ronald Coase¹⁵⁹ considera que la generalización de la relación inversa entre el precio de un bien (o de una conducta) y la cantidad demandada (o la frecuencia de la conducta) constituye la teoría de los precios. Por su parte, Cooter y Ulen¹⁶⁰ indican que la ley de la demanda es el fundamento axiomático de la teoría microeconómica moderna.

¹⁵⁷ Como advierte Richard Posner (*El análisis económico del derecho, op. cit.*, pp. 12 y 13), el análisis anterior supone que “el único cambio que ocurre en el sistema es el cambio del precio relativo o de la cantidad. No obstante, si, por ejemplo, la demanda aumentara al mismo tiempo que el precio, quizá no disminuiría la cantidad demandada y ofrecida, e incluso podría aumentar.” Además, el análisis también omite el posible efecto del cambio del precio relativo sobre los ingresos. “Tal cambio podría tener un efecto de retroalimentación sobre la cantidad demandada”, conocido como efecto de riqueza. Sin embargo, “es improbable que los efectos de riqueza de un cambio en el precio de un solo bien sean suficientemente grandes para ejercer algo más que un insignificante efecto de retroalimentación sobre la demanda; es decir, los efectos de sustitución de un cambio de precio comúnmente superan a los efectos de ingreso o riqueza. Por lo tanto, de ordinario podemos omitir estos últimos efectos.”

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵⁹ Ronald H. Coase, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁰ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía, op. cit.*, p. 41.

I.3.4.5. El costo de oportunidad

El principio según el cual el costo económico relevante es el costo de oportunidad deriva también de la proposición de que las personas responden a los incentivos. El costo de oportunidad es el costo económico de la segunda mejor opción sacrificada en aras de la elegida efectivamente.

La idea de que el costo de oportunidad es el verdadero costo económico se aplica a las decisiones de todos los actores económicos. Así, “al maximizar su utilidad, el consumidor deberá considerar las oportunidades sacrificadas al escoger un conjunto de bienes de consumo en lugar de otro”.¹⁶¹ Esto significa que el verdadero costo de los bienes y servicios consumidos no es su costo contable –la cantidad de dinero que el consumidor paga por ellos– sino el costo de oportunidad. En el caso de un estudiante universitario, por ejemplo, el costo económico de su educación no consiste en el costo de la colegiatura sino en el valor de la mejor alternativa sacrificada. Un deportista de extraordinarias condiciones que opta por estudiar una carrera universitaria no “paga” por su decisión el costo contable de la colegiatura, sino los ingresos (y el reconocimiento, el prestigio, las satisfacciones, etcétera) que dejará de recibir por haber desechado la opción de seguir una carrera deportiva de alto rendimiento.

El mismo razonamiento se aplica a las decisiones de los productores; sólo que en este caso, se dice, no se trata de maximizar la utilidad sino los beneficios, definidos como la diferencia entre el valor y los costos de la producción. Como informan Cooter y Ulen,¹⁶² al maximizar sus beneficios, la empresa deberá considerar las oportunidades sacrificadas al dedicar sus recursos a la producción de determinada cosa en lugar de alguna otra. Para explicar cómo se aplica el concepto de costo de oportunidad a las decisiones de los productores, Posner se concentra en la determinación del precio más bajo que cobraría un productor racional con interés propio. Señala que ese precio mínimo es el denominado “precio alternativo”, que consiste en el precio que los recursos consumidos en la producción y venta del producto efectivamente elaborado alcanzarían en su siguiente mejor uso. El concepto de costo de oportunidad “sugiere por qué (fuera de ciertas excepciones...) un vendedor racional no vendería por debajo de su costo”.¹⁶³

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 13.

El mismo autor¹⁶⁴ arguye que un corolario de la noción del costo como precio alternativo es que sólo se incurre en un costo cuando al utilizar un recurso se niega a alguien el uso de ese recurso. Lo mismo ocurre con un bien que sólo tenga un uso. Se sigue entonces que el costo de oportunidad de un recurso consiste en el beneficio sacrificado al emplearse dicho recurso de tal modo que se impida su uso por alguien más.

Con apoyo en el concepto de costo de oportunidad, Richard Posner intenta derribar lo que él llama “una de las falacias más tenaces acerca de la economía”, a saber: que ésta se ocupa del dinero, siendo que en realidad el análisis económico se ocupa del uso de los recursos y ve el dinero sólo como un derecho sobre los mismos. Por eso es que “el economista distingue entre las transacciones que afectan el uso de los recursos, independientemente de que el dinero cambie o no de manos, y las transacciones puramente pecuniarias (pagos de transferencia)”. En opinión de Posner, “quienes no son economistas asignan al dinero más importancia que los economistas”.¹⁶⁵

La distinción entre los costos económicos y los contables, o lo que es igual, entre los costos de oportunidad y los pagos de transferencia, indica que para el economista el costo es un concepto orientado hacia el futuro. Por ello, al considerar los costos que determinada elección impone al actor económico, el economista favorece el empleo de la perspectiva *ex ante* (antes del hecho) y no el de la perspectiva *ex post* (después del hecho), y considera que las personas racionales basan sus decisiones en sus expectativas del futuro. Así, por ejemplo, en la celebración de un contrato las partes estipulan *ex ante* los términos del mismo, y se comprometen, también *ex ante*, a cumplirlos. Por ello, carecería de toda lógica económica que se permitiese que uno de los contratantes revisara *ex post* las cláusulas de un contrato *válido* sólo porque el resultado no le favoreció. Semejante posibilidad redundaría en el descrédito del derecho y en una sensible caída del número de contratos celebrados.¹⁶⁶

A juicio de Richard Posner,¹⁶⁷ la aplicación más famosa del concepto de costo de oportunidad en el análisis económico del derecho es el teorema de Coase. Simplificado, este teorema dice que si las transacciones carecen de costo, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará el uso final de la propiedad.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ Cfr. *ibid.*, p. 15.

¹⁶⁷ Cfr. *idem.*

I.3.4.6. El principio de optimación de los recursos en condiciones de intercambio voluntario

El que a juicio de Posner constituye el tercer principio básico de la economía expresa que “los recursos tienden a dirigirse hacia sus usos más valiosos si se permite el intercambio voluntario –un mercado–”.¹⁶⁸ Se entiende que no basta un solo intercambio, sino que se precisa de un proceso de transacciones voluntarias que desplacen los recursos hacia los usos en que se maximice su valor, medido generalmente por la disposición a pagar de los consumidores. Suele decirse que cuando los recursos se usan donde su valor se maximiza, éstos se están empleando eficientemente.¹⁶⁹

Este principio hace uso de una suposición metodológicamente útil, que es poco realista pero necesaria. Se trata del supuesto de la inexistencia de oportunidades no explotadas de obtener beneficios. Como asegura Posner, una oportunidad de obtener beneficios es un imán que atrae recursos hacia una industria o actividad. Si el imán no funciona, es decir, si la aparente oportunidad de beneficios no es explotada, el economista no puede recurrir al fácil expediente de postular que los individuos son irracionales, que están satisfechos con el nivel de riqueza adquirido o que tienen preferencias inestables, por ejemplo, sino que supone la existencia de barreras para el libre flujo de los recursos. Estas barreras pueden consistir en la presencia de elevados costos de información, externalidades, escasez inherente u otras condiciones económicas que eliminan la rentabilidad de la que en otras circunstancias sería una oportunidad para obtener beneficios.¹⁷⁰

Efectivamente, el supuesto de la inexistencia de oportunidades no explotadas es poco realista. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, la ausencia de plenitud descriptiva de los supuestos económicos no debe ser motivo de inquietud o descalificación si la hipótesis que los contiene constituye, junto con el resto de las hipótesis que conforman una teoría económica, un sistema de análisis que ha sido completado de forma tal que resulta útil para explicar y predecir las conductas para cuya comprensión fue construido. Gary Becker propone el siguiente símil para justificar la falta de realismo del supuesto en comentario:

Está claro que la suposición de la existencia de costos [que eliminan la rentabilidad de oportunidades aparentes de beneficios] cierra o “completa” el enfoque económico del mismo

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶⁹ Cfr. *idem.*

¹⁷⁰ Cfr. *idem.*, y Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, *op. cit.*, p. 7. Remítase el lector a *infra* I.3.4.9.3. para ver en qué consisten los costos de información y las externalidades.

modo, casi tautológico, en que la suposición de la existencia (a veces inobservable) de usos de energía completa el sistema de energía y preserva así la ley de la conservación de la energía. Los sistemas de análisis de la química, la genética y otras disciplinas se completan de una manera similar.¹⁷¹

I.3.4.7. El análisis marginal

El análisis económico neoclásico comprende también el empleo del denominado enfoque marginal. En efecto, como indican Mercurio y Medema,

La suposición de maximización racional lleva a un resultado directo en lo concerniente al proceso de toma de decisiones: los individuos realizarán unidades adicionales de una actividad (trátase del consumo de bienes, la producción de bienes, la oferta de mano de obra, etcétera) siempre y cuando el beneficio adicional derivado de la realización de una unidad más de dicha actividad sea mayor o igual que el costo adicional, esto es, siempre y cuando el beneficio marginal sea mayor o igual que el costo marginal.¹⁷²

Para entender la respuesta de los individuos al cambio de las circunstancias es necesario analizar los efectos totales que dicho cambio supone, pero sobre todo es menester examinar sus efectos marginales. El enfoque marginal también es fundamental en el estudio del concepto de eficiencia en el contexto de la economía del bienestar. Trataré de exponer en qué consiste el análisis marginal a través de un ejemplo.

Una regla general de la teoría microeconómica establece que para alcanzar un óptimo en la realización de cualquier actividad es necesario igualar el beneficio marginal con el costo marginal de realizarla. La aplicación de esta regla que resulta más intuitiva y sencilla de exponer es la del caso de una empresa maximizadora de los beneficios –definidos, recuérdese, como la diferencia existente entre el valor y los costos de la producción–. Esa empresa producirá la cantidad que genere la mayor diferencia positiva entre el ingreso *total* y los costos *totales* de la producción. Esta diferencia positiva máxima se alcanza cuando el ingreso *marginal* de determinado nivel de producción es igual al costo *marginal*. Es decir, en el caso de los productores, la regla general “beneficio marginal = costo marginal” se traduce en “ingreso

¹⁷¹ Gary S. Becker, *op. cit.*, p. 7. La traducción es mía.

¹⁷² Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, p. 57. La traducción es mía.

marginal = costo marginal". Veamos qué significa igualar el ingreso y el costo marginales y por qué esta condición de igualdad implica la maximización de los beneficios.

El ingreso marginal se define como el aumento del ingreso total resultante de la venta de *una* unidad más del producto. De manera similar, el costo marginal se define como el aumento de los costos totales resultante de la producción de *una* unidad más del producto. Pues bien, una empresa maximizadora de los beneficios producirá una cantidad tal que el ingreso marginal de la última unidad vendida sea igual al costo marginal de la producción de la dicha última unidad. La razón es sencilla. Si la producción y venta de una unidad adicional significa un aumento del ingreso *total* mayor que el aumento de los costos *totales*, a la empresa le conviene producirla, pues su producción y venta hacen mayor la diferencia (positiva) existente entre el ingreso total y los costos totales, o sea, aumentan los beneficios. Evidentemente, en este nivel de producción el ingreso *marginal* es mayor que el costo *marginal*. La empresa seguirá aumentando la producción en tanto el ingreso marginal sea mayor que el costo marginal. La empresa maximizadora de los beneficios detendrá el aumento de la producción cuando la elaboración de una cierta unidad adicional aumentaría los costos totales más de lo que aumentaría el ingreso total. Cuando esto ocurre, la diferencia entre el ingreso total y los costos totales se reduce, esto es, los beneficios dejan de aumentar y empiezan a disminuir. Está claro que en este nivel de producción, el ingreso marginal es menor que el costo marginal. Se sigue entonces que una empresa maximizadora produce una cantidad tal que la última unidad producida y vendida representa un aumento del ingreso total igual que el aumento de los costos totales. En este punto, en que el ingreso marginal y el costo marginal se igualan, los beneficios se maximizan, es decir, es imposible que la producción de una unidad más (o una unidad menos) aumente la diferencia entre el ingreso total y los costos totales.

I.3.4.8. La eficiencia

El concepto de eficiencia es esencial en el análisis económico. Pero lo es tal vez más en el análisis económico del derecho. En efecto, tres criterios de eficiencia constituyen los conceptos operativos organizadores de esta disciplina: la eficiencia paretiana en la producción, la eficiencia paretiana en el intercambio y la eficiencia de Kaldor-Hicks. Los tres implican bien la clasificación de un estado de cosas, bien la comparación entre dos estados distintos, y los tres

son fundamentales para comprender la lógica que subyace al movimiento *Law and Economics*.¹⁷³

I.3.4.8.1. La eficiencia productiva

Se dice “que un proceso de producción es productivamente eficiente si se da cualquiera de dos condiciones: 1) no se puede generar la *misma* cantidad de producción utilizando una combinación de insumos de costo menor, o 2) no se puede generar *más* producción utilizando la misma combinación de insumos.”¹⁷⁴

I.3.4.8.2. El criterio de eficiencia de Pareto

El criterio de eficiencia paretiana atiende al grado de satisfacción de las preferencias individuales de los miembros de una sociedad a efectos de comparar y clasificar distintas situaciones, es decir, distintos estados de cosas.

Para entender en qué consiste la denominada eficiencia en el sentido de Pareto es necesario comprender antes el concepto de superioridad en el sentido de Pareto. Informa Andrés Roemer¹⁷⁵ que un estado de cosas P es superior en términos de Pareto a otro estado Q si y sólo si el moverse de Q a P no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore (a juzgar por la concepción que cada individuo tiene de su propio bienestar). “En otras palabras, P es superior en términos de Pareto a Q si nadie prefiere Q a P, y si por lo menos una persona prefiere P a Q.”¹⁷⁶

Se sigue que una política gubernamental, una reforma legal o incluso una transacción será superior en el sentido de Pareto si mejora la situación de al menos una persona sin

¹⁷³ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, pp. 13 y 21. Los mismos autores advierten, sin embargo, que no todas las perspectivas del movimiento dan el mismo crédito a los tales criterios de eficiencia (de hecho, algunas no sólo no les conceden valor ninguno sino que concentran sus esfuerzos en desacreditarlos de plano), y que existen discrepancias, de mayor o menor grado, entre algunas de esas corrientes sobre el énfasis que debe darse a dichos conceptos.

¹⁷⁴ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷⁵ Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁶ *Idem*.

empeorar la situación de nadie. En otros términos, sostiene Richard Posner, “el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto es la unanimidad de todas las personas afectadas”.¹⁷⁷

Por lo tanto, la superioridad en el sentido de Pareto es un criterio que tiene como parámetro el bienestar de cada uno de los miembros de la sociedad afectados por el cambio de situación para calificar diversos estados de cosas.

El concepto de eficiencia paretiana está basado en el de superioridad paretiana. Así, “una situación particular es *eficiente en el sentido de Pareto* si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)”.¹⁷⁸ Dicho de otro modo, “un estado de cosas es óptimo [eficiente] en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore”.¹⁷⁹

Debido a la exigencia de considerar la totalidad de las personas afectadas, el criterio paretiano resulta ser una muy austera concepción de la eficiencia con muy escasa aplicación al mundo real, pues toda política gubernamental, toda reforma legal y la gran mayoría de las transacciones generan ganadores y perdedores y tienen efectos sobre terceros.¹⁸⁰ Por ello Andrés Roemer afirma: “Si los estados de cosas pudieran clasificarse sólo por lo estándares paretianos, la mayoría, si no todos los cambios que ocurren en el mundo real, no serían comparables. La mayor parte de las políticas del mundo real producen ganadores y perdedores, y los criterios de Pareto no nos pueden ayudar para evaluarlos.”¹⁸¹

Para superar las restricciones que impone el criterio paretiano de la eficiencia, Kaldor y Hicks desarrollaron, con base en el denominado principio de compensación, un nuevo concepto de eficiencia: el criterio de eficiencia *potencial* en el sentido de Pareto, llamado a veces criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks. A diferencia del criterio paretiano, el concepto desarrollado por Kaldor y Hicks sí permite comparar estados de cosas en que la política, la reforma legal o la transacción que les dio lugar haya generado ganadores y perdedores.

¹⁷⁷ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 21. De modo que, por ejemplo, una transacción sólo será superior en el sentido de Pareto si quienes transan compensan efectivamente a los terceros por los daños que inflijan, de modo que obtengan la aquiescencia de éstos.

¹⁷⁸ Robert Cooter y Thomas Ulen, op. cit., p. 26.

¹⁷⁹ Andrés Roemer, op. cit., p. 27.

¹⁸⁰ Como argumenta Richard Posner (*El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 21), incluso las transacciones voluntarias (si no una sola, sí una serie de transacciones semejantes) tienen efectos sobre terceros, aunque sólo sea porque modifican los precios de otros bienes.

¹⁸¹ Andrés Roemer, op. cit., p. 27.

I.3.4.8.3. El principio de compensación y el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks

De acuerdo con el criterio de Kaldor-Hicks, se considerará eficiente toda situación en la cual el beneficio agregado supere la pérdida agregada, de modo que aquellos que obtienen un beneficio (los ganadores) puedan compensar a quienes obtienen una pérdida (los perdedores), independientemente de que en realidad lo hagan.

A diferencia del criterio de Pareto –que requiere que no existan perdedores, o lo que es lo mismo, que los ganadores compensen efectivamente a los perdedores de modo que al final de cuentas éstos no resulten perjudicados (por lo que en realidad no podría considerárseles perdedores) y aquéllos se encuentren mejor que antes incluso después de realizada la transferencia–, el criterio de Kaldor-Hicks permite los cambios en que hay ganadores y perdedores pero exige que los beneficios de aquéllos superen las pérdidas de éstos, pues si se cumple esta condición los beneficiados pueden, en principio, compensar a los perjudicados y quedarse con un excedente que represente una mejoría en su situación.

Para que una situación se considere eficiente en el sentido de Kaldor-Hicks no es necesario que la compensación se lleve efectivamente a cabo, pero ésta debe ser posible en principio. A ello se debe que el concepto de Kaldor-Hicks reciba también el nombre de eficiencia potencial en el sentido de Pareto, pues el beneficio social neto que resulta del movimiento de un estado de cosas a otro posibilita que los ganadores compensen a los perdedores, aunque en realidad no lo hagan.

El principio de compensación es el fundamento del análisis costo-beneficio. Este tipo de análisis concluye que conviene emprender un proyecto cuando sus beneficios superan a sus costos, lo que implica que los beneficiados por el proyecto podrían compensar a los perjudicados.¹⁸²

Richard Posner asegura que “en virtud de que casi nunca se satisfacen en el mundo real las condiciones para la superioridad en el sentido de Pareto [...] está fuera de duda que la definición de la eficiencia que se usa en la economía no es la superioridad en el sentido de Pareto”¹⁸³ sino la de la eficiencia en el sentido de Kaldor-Hicks.

¹⁸² Cfr. Robert Cooter y Thomas Ulen, *op. cit.*, p. 66.

¹⁸³ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 21.

I.3.4.8.4. La maximización de la riqueza

Señalé en un apartado anterior que el parámetro utilizado por el criterio de Pareto para clasificar los distintos estados de cosas es el bienestar –o lo que es lo mismo, la satisfacción o la utilidad– de cada una de las personas afectadas. Esto ha llevado a Posner¹⁸⁴ a argumentar que el concepto paretiano de eficiencia, al estar fundamentado en el utilitarismo, adolece de por lo menos tres problemas: 1) el de la medición: ¿Con base en qué función se asigna un valor objetivo a una categoría subjetiva como es la utilidad o la satisfacción? Además, es prácticamente imposible calcular los efectos de, digamos, una reforma legal en la felicidad de todos y cada uno de los afectados; 2) el de la “monstruosidad moral”: ¿Con base en qué criterio es posible distinguir moralmente entre distintas clases de placer?; ¿cómo se consigue valorar menos el placer que obtiene el criminal cuando delinque que el que obtiene un hombre de provecho cuando sale a trabajar si ambos placeres otorgan a ambas personas el mismo grado de satisfacción?, y 3) el de los límites: ¿De quién es la utilidad que cuenta?; ¿debe maximizarse la utilidad promedio o la utilidad total de la comunidad? Pues bien, las mismas críticas son aplicables al criterio de eficiencia de Kaldor y Hicks, pues en realidad éste es un criterio de eficiencia *potencial* en el sentido de Pareto y por lo tanto está fundamentado en la misma posición utilitarista, ya que tiene como parámetro de comparación de distintos estados de cosas el bienestar de los individuos afectados por el movimiento de un estado a otro.

Con el objeto de resolver los problemas éticos y prácticos que presentan los conceptos de eficiencia referidos, Posner abandona la idea de superioridad de Pareto para proponer un criterio alternativo de eficiencia: la maximización de la riqueza. Este concepto es en realidad una nueva versión del criterio de Kaldor-Hicks, que se distingue de la “original” en que el parámetro para comparar distintos estados de cosas no es el bienestar de los individuos afectados sino la riqueza generada. Posner define la riqueza como el valor en dinero de todos los recursos de la sociedad; se mide por lo que la gente está dispuesta a pagar por algo o, si ya lo posee, lo que exigiría para desprenderse de ello. En este caso, las preferencias quedan expresadas en términos monetarios. Así, el “criterio de maximización de la riqueza Kaldor-Hicks”, como lo denomina el propio Posner, clasifica los distintos estados de cosas en atención a la riqueza que cada uno de ellos contiene, de modo que un cambio de situación será eficiente si y sólo si representa un incremento de la riqueza, o dicho de otro modo, si una nueva asignación de los recursos significa un aumento de la riqueza total de la sociedad.

¹⁸⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 20-23, y sobre todo “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, enero de 1979, pp. 103-140; para una clara y concisa exposición de la postura de Posner véase Andrés Roemer, *op. cit.*, pp. 28-34.

I.3.4.9. La economía del bienestar

Para dar por concluida la exposición de las categorías y los conceptos económicos fundamentales sólo resta hacer referencia a la rama de la teoría microeconómica denominada economía del bienestar, cuya presentación ocurrió en realidad con la explicación de los distintos conceptos de eficiencia, que quise exponer de manera independiente en consideración a su importancia. La economía del bienestar es fundamental para realizar análisis económicos del orden jurídico; en torno a sus categorías, principalmente los conceptos de eficiencia, se organiza la mayoría de dichos estudios. Pero su utilidad va más allá, pues la adecuada comprensión del contenido, la función y el alcance de dichas categorías permite marcar una clara línea divisoria entre los análisis positivos del derecho y los análisis normativos, y entre los análisis basados en una teoría científica y los análisis que, basados o no en la escuela neoclásica, derivan o precisan de posiciones ideológicas o de doctrinas jurídico-políticas. Es decir, la adecuada comprensión de la economía del bienestar permite entender a la economía neoclásica como lo que es: un paradigma científico y no una doctrina ideológica.

Cooter y Ulen informan que la “economía del bienestar explora la forma en que interactúan las decisiones de muchos individuos para afectar el bienestar de un individuo”.¹⁸⁵ En esta materia se plantean las grandes cuestiones de la política económica. “Por ejemplo, ¿existe un conflicto inherente entre la eficiencia y la justicia? ¿Hasta qué punto los mercados no regulados pueden maximizar el bienestar individual? ¿Cuándo y cómo debería intervenir el gobierno en el mercado? ¿Puede la ciencia económica identificar una distribución justa de los bienes y servicios?”¹⁸⁶ Lo anterior no quiere decir que la solución práctica, real, de los problemas planteados por todas estas preguntas se base exclusiva o mayormente en la teoría económica. En las sociedades democráticas, la respuesta institucional a todas estas cuestiones pasa necesariamente por el proceso político y se ve afectada por consideraciones ideológicas y sus respectivas doctrinas jurídico-políticas.

¹⁸⁵ Robert Cooter y Thomas Ulen, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁶ *Idem.*

I.3.4.9.1. El equilibrio general y la eficiencia

Cooter y Ulen¹⁸⁷ destacan como uno de los grandes logros de la microeconomía moderna el haber especificado las condiciones sobre las cuales las decisiones independientes de los consumidores maximizadores de su utilidad y de las empresas maximizadoras de sus beneficios conducen a la situación conocida como el equilibrio general, es decir, al establecimiento inevitable y espontáneo del equilibrio en todos los mercados simultáneamente. La condición básica señala que el equilibrio general sólo se alcanzará cuando las fuerzas competitivas hayan conducido a la igualdad del beneficio marginal y el costo marginal en todos los mercados.

Todos los economistas saben que es poco probable que dicha condición se alcance en el mundo real. Sin embargo, ello no obsta para que su estudio sea no sólo interesante sino necesario. Cooter y Ulen señalan por qué:

[H]ay dos razones prácticas para saber qué condiciones son necesarias para obtener el equilibrio general. Primero, aunque quizá no *todos* los mercados del mundo real obedecerán tales condiciones, muchos de ellos sí lo harán. Segundo, especificar las condiciones que conducen al equilibrio general brinda un punto de referencia para evaluar diversos mercados y formular recomendaciones para las políticas públicas.

[Por otra parte, la] microeconomía moderna ha demostrado que el equilibrio general tiene características que los economistas describen como socialmente óptimas; esto es, el equilibrio general es eficiente desde el punto de vista de la producción y de la asignación.¹⁸⁸

Veamos, pues, cuáles son las condiciones del equilibrio general y cómo se relacionan con la eficiencia. Para exponer ambos asuntos seguiré el citado libro de Nicholas Mercurio y Steven G. Medema: *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*.¹⁸⁹

El concepto intelectual que simboliza el funcionamiento ideal de la economía es el de la competencia perfecta. Un mercado competitivo de funcionamiento perfecto tiene las siguientes características: 1) existen muchos compradores motivados por el interés propio que actúan para maximizar su utilidad; 2) existen muchos vendedores motivados por el interés propio que actúan para maximizar sus ganancias en industrias atomizadas o en mercados disputables; 3) los

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 60 y 61.

¹⁸⁹ Los dieciséis párrafos siguientes están basados enteramente en el capítulo “The Jurisprudential Niche of Law and Economics” (pp. 13-21); sin embargo, no están entrecomillados ni destacados con mayor margen y fuente de menor tamaño porque no se trata de citas íntegramente textuales.

compradores y los vendedores son tomadores de precios, es decir, son incapaces de influir por sí solos en los precios de mercado; 4) los precios son como rótulos del mercado que sirven para transmitir información sobre la escasez; 5) los productos están estandarizados (esto es, homogeneizados); 6) no existen barreras para la entrada o la salida, es decir, los consumidores y los productores tienen la libertad de entrar o salir de cualquier mercado de productos o de factores cuando lo deseen; 7) todos los compradores y vendedores tienen información completa acerca de los términos y las condiciones de todas las transacciones de mercado; 8) los recursos se poseen en propiedad privada con todos los derechos sobre los mismos claramente definidos y asignados, y 9) el cumplimiento del orden jurídico y de los derechos de propiedad está plenamente garantizado por el régimen político.

Las interrelaciones y los flujos inherentes a una economía perfectamente competitiva pueden describirse como sigue: Los factores escasos de la producción –tierra, trabajo y capital– son poseídos en propiedad privada y distribuidos a las empresas a través de los mercados de factores; a su vez, las empresas producen bienes y servicios que se comercian en los mercados de productos para satisfacer la demanda de los consumidores. En la evaluación del resultado de este proceso, a los economistas les interesa primordialmente la eficiencia en la asignación, que consiste en: 1) el grado en que la asignación de insumos durante un proceso productivo resulta en la producción de la combinación de productos que mejor satisface las necesidades y los deseos económicos de los individuos de la sociedad, y 2) el grado en que la asignación de estos productos entre los individuos de la sociedad genera el máximo nivel posible de bienestar social.

Es posible mostrar que si todos los factores de la producción y todos los bienes y servicios circulan a través de mercados perfectamente competitivos el resultado generado es eficiente. Es decir, si dada una asignación inicial de derechos sobre los recursos se satisfacen las nueve suposiciones referidas anteriormente, entonces unas cantidades óptimas de tierra, trabajo y capital se destinarán a la producción de las mercancías X, Y, Z, ..., N, a éstas y sólo a éstas, lo que resultará en una producción óptima de cada una de estas mercancías (X^* , Y^* , Z^* , ..., N^*). Estos niveles eficientes de producción se conocen como niveles óptimos paretianos o niveles óptimos en el sentido de Pareto, lo que quiere decir, como ya quedó establecido, que no es posible reasignar los recursos de otro modo para hacer que mejore la situación de un individuo sin empeorar la de otro. La expresión formal de este concepto se cristaliza en el primer teorema de la eficiencia de la economía del bienestar (conocido también como el teorema de la dualidad), el cual establece que en ausencia de problemas importantes de

información, bienes públicos y externalidades,¹⁹⁰ un mercado competitivo de funcionamiento perfecto logrará que los recursos escasos de una sociedad se distribuyan óptimamente en el sentido de Pareto. En una economía de competencia perfecta todos los mercados están “vacíos”, esto es, en equilibrio, lo que significa que la cantidad demandada de cada mercancía (bien o servicio) y de cada factor de la producción es igual a la cantidad ofrecida.

Desde el punto de vista de la sociedad, el nivel eficiente de cualquier actividad se alcanza cuando ésta se realiza hasta el punto en que el beneficio social marginal (BSM) es igual al costo social marginal (CSM).¹⁹¹ Si suponemos que el sector de mercado –es decir, el conjunto de los mercados económicos explícitos– es el único medio que la sociedad tiene para ejercer el control social de la asignación de los recursos escasos, se sigue que todas las decisiones son tomadas por consumidores y productores individuales que intentan maximizar su utilidad y sus beneficios, respectivamente. Este proceso de maximización provoca que los productores y los consumidores tomen sus decisiones sopesando los beneficios y los costos marginales privados.¹⁹² Para alcanzar un resultado eficiente a través del mercado es necesario que en el caso de cada mercancía (bien o servicio) se cumplan las cuatro condiciones que se enumeran enseguida:

- El beneficio social marginal (BSM) es igual al beneficio privado marginal (BPM), lo que significa que los beneficios adicionales para la sociedad que genera una transacción privada de mercado llevada a cabo por un consumidor individual, son iguales a los beneficios adicionales que adquiere dicho consumidor al realizar la referida transacción; es decir, no existen externalidades positivas o negativas en el consumo. Las externalidades serían positivas si el BSM fuera mayor que el BPM, y negativas en el caso contrario.

¹⁹⁰ Véase *infra* I.3.4.9.3.

¹⁹¹ Ello ocurre cuando el aumento del beneficio que la sociedad obtiene por la realización de una unidad adicional de determinada actividad (verbigracia, la producción de una unidad adicional de cierto bien) es igual al aumento del costo que la realización de dicha unidad adicional impone a la sociedad. Por ejemplo, es evidente que si el aumento del beneficio social derivado de la producción de una unidad adicional de cierto bien es mayor que el aumento del costo social que implica, a la sociedad le conviene emprender la producción de la tal unidad. Y viceversa: si el aumento del costo social impuesto por la producción de una unidad adicional de cierta mercancía es mayor que el aumento del beneficio social que otorga, a la sociedad no le conviene que se lleve a cabo la producción de la dicha unidad.

¹⁹² Esto es, comparando el beneficio (privado) adicional de realizar una unidad más de cierta actividad (la producción de un bien o servicio en el caso de los productores o el consumo de un bien o servicio en el de los consumidores) con el costo (privado) adicional de hacerlo.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

- El beneficio privado marginal (BPM) es igual al precio del producto (P), lo que significa que el precio que paga un individuo por una unidad de cierta mercancía es igual al beneficio privado marginal de la última unidad comprada.
- El precio del producto (P) es igual al costo privado marginal (CPM), lo que significa que el precio de mercado de una unidad de cierta mercancía es igual al costo privado marginal de producirla.
- El costo privado marginal (CPM) es igual al costo social marginal (CSM), lo que significa que el costo adicional que soporta la sociedad a causa de la producción privada de una unidad de cierta mercancía es igual al costo privado adicional que la producción de dicha unidad impone a la empresa; es decir, no existen externalidades negativas en la producción.

La satisfacción de estas cuatro condiciones asegura que el beneficio social marginal sea igual al costo social marginal para todas y cada una de las mercancías, o dicho de otro modo, en todos y cada uno de los mercados de una economía.¹⁹³ En otras palabras, el cumplimiento de estas condiciones garantiza que los cálculos privados de los beneficios y los costos de la actividad económica coincidan con los cálculos sociales, lo que implica la consecución de un resultado eficiente. Si estas condiciones no se satisfacen nos encontramos en una situación de falla de mercado, que puede ser parcial o total.

En las condiciones postuladas, el intercambio tendrá lugar sólo cuando las partes de la transacción consideren que ésta les beneficiará. Cuando no queden más transacciones por hacer, la economía llegará a una situación en la que a cada persona le resulte imposible mejorar su situación (esto es, su bienestar) sin disminuir con su actividad la de otra u otras. Una vez que una economía ha alcanzado este estado –en que nadie puede mejorar sin que eso implique que alguien más empeore–, se dice, como ya se mencionó, que ha logrado un estado óptimo en el sentido de Pareto. Haciendo que el mercado competitivo de cada uno de los N bienes (X, Y, ..., N) se vacíe, la sociedad alcanza una asignación óptima en el sentido de Pareto de los recursos existentes en todo el sistema económico. La cuestión relevante es que el hecho de que la oferta iguale la demanda para cada una de las mercancías implica que todos los beneficios y todos los costos han sido tomados en cuenta. Es decir, cuando la condición $BSM = CSM$ se satisface para todas las mercancías de la economía, se dice que el resultado es óptimo en el sentido de Pareto.

¹⁹³ En otros términos, la curva de demanda del mercado reflejará el BSM y la curva de oferta del mercado reflejará el CSM; así, el equilibrio del mercado (la demanda igual a la oferta) será eficiente ($BSM = CSM$).

Es importante tener presente que cada solución eficiente en el sentido de Pareto depende de una asignación inicial y única de los derechos sobre los recursos a partir de la cual puede llevarse a cabo la subsiguiente actividad de mercado. Es decir, cada asignación inicial de derechos da lugar a un conjunto único de ofertas y demandas, una canasta única de bienes y servicios producidos y consumidos y, por consiguiente, una asignación única de recursos eficiente en el sentido de Pareto –o lo que puede denominarse un estado único de bienestar social máximo (BSMax)–. Así, la asignación inicial de derechos 1 origina una asignación de recursos eficiente en el sentido de Pareto BSMax1; de igual modo, una asignación inicial de recursos 2 distinta de la anterior da lugar a una asignación alternativa de recursos BSMax2 eficiente en el sentido de Pareto, etcétera. Por lo tanto, existe un número infinito de estados de la economía eficientes en el sentido de Pareto, cada uno de los cuales está supeditado a la respectiva asignación inicial de derechos y es incomparable con los demás *en términos de eficiencia*. El único modo de comparar estos estados sería ocupándonos en hacer comparaciones interpersonales de utilidad.

Así pues, el logro de un estado óptimo paretiano para la economía en su conjunto está supeditado a cierta asignación inicial de los recursos existentes; sin embargo, el análisis no dice nada sobre la justicia o equidad de dicho punto de arranque. Para la economía neoclásica, éste es un aspecto de distribución (un problema ético), de naturaleza distinta de los aspectos de eficiencia. Es decir, toda vez que existe un número infinito de estados óptimos en el sentido de Pareto, se precisa de criterios adicionales basados en preceptos políticos o consideraciones morales para plantear la preferencia de uno de estos estados de BSMax sobre otro. Como afirma Allen V. Kneese,¹⁹⁴ “Una economía de mercado [...] alcanzará el *optimum optimorum* –el mejor de todos los mundos (económicos) posibles– si la distribución imperante del ingreso es éticamente ideal –un juicio que en las sociedades occidentales liberales sólo puede hacerse legítimamente a través del proceso político–.”

Debe subrayarse que el sector de mercado fracasará en el intento de generar un resultado óptimo en el sentido de Pareto, de proveer un estado de BSMax, si cualquiera de las cuatro condiciones mencionadas anteriormente no se cumple. Las desviaciones o el abandono de las características estructurales básicas del mercado perfectamente competitivo, la existencia de externalidades o bienes públicos, la ausencia de derechos privados o la incapacidad de hacerlos cumplir plenamente, o, en ciertas condiciones, la existencia de recursos de acceso no restringido pueden generar un desequilibrio en alguna o algunas de las

¹⁹⁴ Allen V. Kneese, *Economics and the Environment*, Nueva York, Penguin, 1977, p. 19. Citado por Mercurio y Medema (*op. cit.*, p. 18). La traducción es mía.

cuatro igualdades básicas. Como resultado, la condición general de la eficiencia paretiana (BSM = CSM) no se satisfará, en cuyo caso existe, como ya se señaló, una falla de mercado. Todos los economistas reconocen que en realidad existe una multitud de fuerzas y factores en cualquier economía de mercado que crean dichas desigualdades. En muchos sentidos, es ese reconocimiento, junto con el deseo de encontrar remedios para diversos casos de fallas de mercado, lo que constituye el contenido central de movimiento *Law and Economics*.¹⁹⁵

I.3.4.9.2. El principio de compensación una vez más

Quedó asentado que goza de aceptación general la afirmación de que sólo existen unas cuantas políticas cuyo impacto sea consecuente con la intención de mejorar la situación de alguien o la de algunos sin empeorar la de nadie, como exige la condición de la eficiencia paretiana. Normalmente, la ejecución de una política pública o la promulgación de alguna reforma legal trae consigo ganadores y perdedores. En consecuencia, los economistas formularon el principio de compensación como una alternativa al restrictivo criterio de Pareto. Este principio, sin embargo, comparte la misma posición positivista que el criterio paretiano y debe entenderse como parte de la literatura que desciende de Pareto. Todas sus formulaciones en el ámbito de *Law and Economics* han sido parte de un intento por conocer qué tanto puede decirse acerca de las consecuencias del cambio del orden jurídico en el bienestar general sin tener que recurrir a las comparaciones interpersonales. El principio de compensación es a menudo llamado eficiencia en el sentido de Kaldor-Hicks o, en los términos en que lo formuló y popularizó Richard Posner, principio de maximización de la riqueza.

Como señalé anteriormente, el principio de compensación plantea que el paso de un estado de la economía a otro (generado, por ejemplo, por una política gubernamental o una reforma legal) que favorece a algunos individuos a costa de otros resulta en una mejoría inequívoca del bienestar de la sociedad en su conjunto si los beneficiados (ganadores) pueden, en principio, compensar a los perjudicados (perdedores) de modo que éstos acepten el paso de un estado al otro y los beneficiados sigan mejor a pesar de la transferencia. Es decir, realizados los pagos potenciales de compensación, los beneficiados están mejor que antes y ninguno de los perjudicados está peor. En palabras más simples, el principio de compensación sostiene

¹⁹⁵ Por supuesto que el análisis económico del derecho también es útil para proponer y aplicar remedios a las fallas del gobierno.

que un cambio significa una mejoría si las ganancias de los ganadores superan las pérdidas de los perdedores.

El concepto en cuestión fue conscientemente desarrollado sin considerar la necesidad de que la compensación se verifique en la realidad. Con vistas a mantener una postura positivista con respecto a la evaluación de la política gubernamental o los cambios del orden jurídico, la idea era demostrar que sería suficiente que una política generara bastantes beneficiados en condiciones de compensar potencialmente a los perjudicados para considerarla eficiente. El requisito de que el pago a los perdedores ocurriera efectivamente se consideró un aspecto meramente distributivo que cae dentro del reino de lo normativo y va por ello más allá del ámbito del espíritu positivista con que el principio económico de la compensación fue formulado. Dicho de otro modo, el hecho de que un cambio de situación genere ganancias netas susceptibles de ser distribuidas se considera una prueba suficiente de que dicho cambio aumentó el bienestar social. En toda la literatura que se ha escrito al respecto, está clara la idea de que si los perdedores fueran efectivamente compensados por los ganadores, el esquema volvería al principio de Pareto. Sin embargo, se ha reconocido asimismo que si la compensación potencial no ocurre realmente, calificar el cambio como una mejoría supone una aceptación implícita de la distribución imperante del ingreso, toda vez que los pagos compensatorios son función de la disposición y la capacidad de pagarlos. Así, sin los pagos reales, es decir, sin la revelación de las preferencias, se está peligrosamente cerca de la elaboración de comparaciones interpersonales de utilidad.

I.3.4.9.3. Las fallas del mercado

Revisaré nuevamente los conceptos de equilibrio general y eficiencia abordándolos desde otra perspectiva. Esto es, en lugar de estudiarlos a partir de las condiciones que deben satisfacerse para que ambos tengan lugar, expondré las condiciones en las que los mercados no generan un resultado eficiente.

Mencioné anteriormente que en una economía de competencia perfecta todos los mercados se encuentran en equilibrio, lo que significa que la cantidad demandada de cada mercancía y de cada factor de la producción es igual a la cantidad ofrecida. Como todos los mercados de esta economía son competitivos y funcionan perfectamente, la función de demanda de cada uno de ellos refleja tanto el beneficio privado marginal como el beneficio social marginal, y la función de oferta refleja tanto el costo marginal de la industria (o de la

empresa en mercados disputables) como el costo social marginal. Por lo tanto, el equilibrio de todos los mercados significa que los cálculos privados de los beneficios y los costos de la actividad económica coinciden con los cálculos sociales, lo que resulta en una situación eficiente. Si las condiciones señaladas no se cumplen, nos encontramos en una situación de falla del mercado, que puede ser parcial o total.

Las fallas de mercado son fenómenos que impiden que los mercados sean perfectamente competitivos, bien porque significan ausencia de competencia efectiva, bien porque evitan que los mercados competitivos funcionen de manera perfecta. Existen cuatro fuentes de fallas de mercado.¹⁹⁶ A continuación me referiré someramente a cada una de ellas, para realizar lo cual seguiré a Cooter y Ulen.¹⁹⁷

1. Monopolio y poder de mercado. “La primera fuente de la falla del mercado es el monopolio en sus diversas formas: monopolio en el mercado de productos, colusión entre empresas o proveedores de insumos que por lo demás son competitivos, y monopsonio (un solo comprador) en el mercado de insumos.”¹⁹⁸ El monopolio más perjudicial para la sociedad es el que ocurre en los mercados de productos. Éste es indeseable porque como la cantidad producida y el precio de venta que maximizan los beneficios del monopolista ocurren en un punto en que el precio supera el costo marginal de producción, el precio resulta demasiado elevado y la cantidad ofrecida demasiado baja desde el punto de vista de la eficiencia.

“Las políticas públicas para corregir las deficiencias del monopolio consisten en sustituir el monopolio por la competencia dondequiera que ello sea posible, o en regular el precio que cobra el monopolista.”¹⁹⁹

2. Externalidades. La presencia de externalidades –o efectos externos– constituye otra fuente de fallas del mercado. Se da por descontado que el intercambio voluntario es mutuamente beneficioso para las partes involucradas. Por lo general, éstas captan todos los beneficios y asumen todos los costos de la actividad económica. Sin embargo, a veces los beneficios de una actividad económica pueden afectar a individuos distintos de quienes participaron en ella, del mismo modo en que es probable que los costos de la actividad económica afecten a partes ajenas a la misma. Cuando ocurre lo primero se dice que existe un

¹⁹⁶ Joseph E. Stiglitz (*La economía del sector público*, 3ª ed., tr. María E. Rabasco y Luis Toharia, Barcelona, Antoni Bosch, 2000, pp. 91-107) considera que son seis las fallas del mercado. Además de las cuatro mencionadas en esta tesis, Stiglitz incluye los mercados incompletos y el desempleo, la inflación y el desequilibrio. La existencia de mercados incompletos está casi siempre relacionada con la presencia de alguna o algunas de las cuatro fuentes de fallas que aquí expondré, mientras que el desempleo, la inflación y los desequilibrios son más bien, como el mismo autor señala (p. 101), síntomas o pruebas de la presencia de alguna o algunas de las referidas fuentes.

¹⁹⁷ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, op. cit., pp. 61-66.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁹⁹ *Idem.*

beneficio externo –o una externalidad positiva–; en el segundo caso, se habla de un costo externo –llamado frecuentemente “externalidad negativa” o simplemente “externalidad”–.

La externalidad más comúnmente combatida es el costo externo en la producción. El mercado falla en presencia de los costos de este tipo “porque el generador de la externalidad no tiene que pagar por dañar a otros, de modo que se autocontrola en una medida insuficiente [...] En un sentido técnico, el generador de la externalidad produce en demasía, y así crea el daño asociado, porque hay una diferencia entre el costo marginal *privado* y el costo marginal *social*.”²⁰⁰ El costo privado marginal es el costo marginal de la producción de la empresa o la industria. “El costo marginal social es la suma del costo marginal privado y los costos marginales adicionales (externos) que se imponen involuntariamente a terceros por cada unidad de producción.”²⁰¹ Cuando no se produce nada no se genera externalidad ninguna, pero a medida que la producción aumenta, aumenta también el monto del costo externo por unidad de producción, es decir, crece la diferencia entre el costo social marginal y el costo privado marginal.

La empresa maximizadora de sus beneficios (o la industria) elegirá el nivel de producción en que el precio sea igual al costo privado marginal, no al costo social marginal, lo que significa que el aumento en el costo que la última unidad producida impone a la sociedad es mayor que el aumento en el costo que dicha unidad impone a la empresa. Por lo tanto, el nivel de producción que elige la empresa es demasiado grande desde el punto de vista de la sociedad.

Se sigue de lo anterior que los recursos de la sociedad se usarán con la máxima eficiencia si la empresa escoge su nivel de producción igualando el precio y el costo social marginal. A ese nivel, necesariamente menor, la empresa ha tomado en cuenta no sólo sus propios costos de producción sino también cualesquiera costos que imponga involuntariamente a otros.

“La clave para alcanzar el óptimo social cuando hay externalidades consiste en inducir a los maximizadores del beneficio privado a restringir su producción al nivel que sea óptimo desde el punto de vista social, no desde el punto de vista privado.”²⁰² Esto se logra mediante políticas públicas que obliguen al generador de los costos externos a tomarlos en cuenta, es decir, a interiorizarlos, lo que se consigue forzándolo a operar a lo largo de la curva de costo social marginal y no a lo largo de la curva de costo privado marginal. La importancia de eliminar los costos externos –o lo que es mismo: de igualar el costo privado marginal con el costo social

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 62.

²⁰¹ *Idem.*

²⁰² *Ibid.*, p. 63.

marginal— radica en que éstos disminuyen la riqueza de la sociedad, mientras que los costos privados sólo la redistribuyen.

3. Bienes públicos. La tercera fuente de fallas del mercado es la presencia de un bien llamado bien público. Éste se caracteriza porque su consumo posee dos propiedades estrechamente relacionadas entre sí. La primera se denomina “consumo no rival”, que significa que el consumo de un bien público por parte de una persona no impide ni reduce la posibilidad de que otra persona lo consuma. Técnicamente, el hecho de que una persona adicional disfrute de un bien público tiene un costo marginal nulo. Un ejemplo clásico es la defensa nacional: Al gobierno le cuesta lo mismo que su ejército defienda a un país de cien millones de habitantes que a uno de cien millones un habitantes. La segunda propiedad es la imposibilidad de exclusión, es decir, la imposibilidad de excluir a una persona de los beneficios de un bien público sin incurrir en altos costos. En otras palabras, “los costos de la exclusión de los beneficiarios que consuman el bien sin pagar son tan elevados que ninguna empresa privada maximizadora de su beneficio está dispuesta a proveer el bien”.²⁰³ La defensa nacional es también un ejemplo típico de un bien que se caracteriza por la imposibilidad de exclusión.

La presencia de bienes públicos genera una falla del mercado conocida como “suministro insuficiente”. Los bienes de este tipo favorecen la proliferación de “gorriones” o “polizones”, es decir, gente que los disfruta sin pagar por ello. A su vez, la existencia de gorriones y el alto costo de distinguir entre los beneficiarios que paguen de los que no paguen, hace improbable que una empresa privada sea capaz de inducir a un número suficiente de personas a que compren los servicios que brinda. Por lo tanto, si las empresas privadas maximizadoras de sus beneficios son las únicas proveedoras de cierto bien o servicio, se proveerá demasiado poco de él.

Existen dos remedios generales para corregir el suministro insuficiente. “Primero, el gobierno puede *subsidiar* la provisión privada del bien público, en forma directa o indirecta, mediante el sistema tributario [...] Segundo, el gobierno podría proveer por sí mismo el bien público y pagar los costos de la provisión del servicio con las recaudaciones obtenidas mediante la tributación obligatoria.”²⁰⁴

4. Asimetrías severas de la información. La cuarta fuente de fallas del mercado consiste en que la distribución de la información de que disponen las partes de un intercambio está tan severamente desequilibrada a favor de una de ellas que se impide el intercambio.

²⁰³ *Ibid.*, p. 64.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 65.

Cuando una de las partes de un intercambio sabe más que la otra se dice que la información está asimétricamente distribuida. Si la información que poseen todos los vendedores de determinado producto es superior a la que poseen todos los compradores –o viceversa–, entonces se dice que la información se distribuye asimétricamente en el mercado. En ciertas circunstancias, las asimetrías no son severas y pueden corregirse por el mecanismo del intercambio voluntario; por ejemplo, por la disposición del vendedor a otorgar una garantía por la calidad de un producto. Las asimetrías severas, sin embargo, “pueden perturbar los mercados de tal modo que no se pueda alcanzar un óptimo social mediante el intercambio voluntario. Cuando ello ocurre, la intervención gubernamental en el mercado puede idealmente corregir las asimetrías de la información e inducir un intercambio más cercano al óptimo.”²⁰⁵

A guisa de conclusión del presente subcapítulo es posible decir, siguiendo a Cossío Díaz,²⁰⁶ que la teoría económica de que hace uso la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho se integra por un conjunto de hipótesis y modelos mediante los cuales es posible explicar y predecir conductas económicas, así como por un conjunto de términos considerados como económicos (los conceptos económicos fundamentales). Mediante las hipótesis y los modelos se cumple la función cognoscitiva de la economía, esto es, la explicación y predicción de conductas, mientras que con los conceptos económicos “se logra la denominación de ciertos fenómenos o acontecimientos de la realidad a fin de permitir la composición de las hipótesis y la identificación de los elementos empíricos que mediante estas últimas hayan de predecirse”.²⁰⁷

I.4. La lógica del análisis económico del derecho

En los dos subcapítulos anteriores expuse sucintamente cómo se concibe y explica el derecho en el ordenamiento estadounidense y en qué consisten las principales categorías metodológicas y conceptuales de la teoría económica neoclásica, de modo que para estar en condiciones de comprender y valorar las funciones de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho sólo resta explicar cómo se analiza económicamente el derecho en dicha perspectiva, o más específicamente, cómo se realiza el estudio del derecho mediante las

²⁰⁵ *Idem.*

²⁰⁶ Cfr. José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, pp. 223 y 224.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 224.

categorías de la escuela neoclásica. Para llevar a cabo dicha labor es fundamental comprender qué papel desempeñan las normas jurídicas en el análisis económico del derecho, cómo se constituye el objeto de estudio de esta disciplina y cómo se lleva a cabo el estudio de ese objeto.

He sostenido en este mismo capítulo que el análisis económico del orden jurídico es final y fundamentalmente un análisis de tipo económico. Si damos por correcta esa afirmación, entonces este subcapítulo debe estar primordialmente destinado a resaltar lo propio de la disciplina, aquello que la distingue de otros estudios económicos y que consiste en la relación que guarda con las normas jurídicas y el modo en que éstas condicionan y determinan el análisis. Es decir, queda por establecer la forma en que lo jurídico participa en el análisis económico del derecho. Me parece que el proceso de destacar los rasgos característicos de la disciplina se facilita si se sigue, en la medida de lo posible, un orden similar al del subcapítulo anterior en lo relativo a la disposición de los temas y contenidos “comunes”, de modo que procederé de esa forma.

I.4.1. La naturaleza del análisis económico del derecho

En tanto análisis económico, el análisis económico del derecho explora la forma en que los recursos escasos de la sociedad se asignan a usos alternativos; se trata de un análisis científico que tiene por objeto de estudio conductas económicas, o sea: conductas que se presuponen realizadas con el propósito de maximizar el interés propio en un contexto de escasez en que las preferencias del sujeto maximizador se mantienen estables. El análisis económico del derecho no es, pues, un análisis jurídico formal –denominado también normativo o dogmático– que tenga a las normas jurídicas como su objeto primordial y directo de estudio. No lo es porque en principio no es posible que una ciencia social tenga por objeto de conocimiento una realidad distinta del comportamiento humano o algún aspecto del mismo, y no lo es porque en conformidad con lo anterior, el análisis económico del derecho centra su atención en explicar, predecir y evaluar conductas económicas.

Por lo dicho en el párrafo precedente parecería que la disciplina que nos ocupa no se distingue de los estudios económicos más comunes o “convencionales”. No obstante, ello no es así: el análisis económico del derecho es un análisis económico diferenciado o especializado

que presupone el conocimiento detallado de alguna área del derecho.²⁰⁸ Este conocimiento es necesario porque lo que la disciplina intenta es explicar, predecir y evaluar, desde un punto de vista económico, la forma en que las normas jurídicas influyen en el comportamiento humano, lo que quiere decir que al final de cuentas lo que interesa estudiar son conductas económicas que de algún modo se encuentran determinadas o reguladas por normas jurídicas. De esta manera, puede decirse que el análisis económico del derecho estudia el modo en que el orden jurídico condiciona o determina la forma en que los recursos escasos de la sociedad se asignan a usos alternativos. Nótese que ello significa que el análisis jurídico de tipo dogmático no puede ser prescindible; por lo contrario, es necesario (pero insuficiente) para llevar a cabo la referida tarea.²⁰⁹

El análisis económico del derecho estudia la forma en que el orden jurídico influye en los resultados económicos al explicar o predecir las conductas económicas a que ha dado lugar o a que dará lugar el conjunto de incentivos que genera determinado régimen jurídico. Es decir, se considera que el grupo de normas que regula un campo de la actividad humana determina el contexto en que ocurren (u ocurrirán) las conductas de las personas que operan en dicho campo, generando así un conjunto de incentivos a los que responden (o responderán) esas personas realizando algunas conductas y dejando de realizar otras, con lo que se producirá un resultado económico determinado. Este resultado puede ser conveniente o inconveniente –esto es, eficiente o ineficiente si los criterios de evaluación son los de la economía neoclásica–, cuestión que igualmente habrá de dilucidar el análisis económico del derecho, de modo que esta disciplina también estudia la forma en que el orden jurídico incide en el desempeño económico al evaluar las situaciones económicas que generan las normas jurídicas. En pocas palabras, el análisis económico del derecho investiga qué incentivos y qué efectos económicos producen las normas jurídicas, y evalúa las situaciones económicas resultantes.

Lo anterior explica por qué se ha dicho²¹⁰ que el análisis económico del derecho resulta útil para la explicación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, así como para el diseño del sistema jurídico; es decir que este tipo de análisis puede servir como ciencia jurídica, como dogmática jurídica o como política jurídica.

²⁰⁸ Compárese esta aseveración con el modo en que Richard Posner define el análisis económico del derecho (*supra* I.1.2).

²⁰⁹ El propio Richard Posner, en un artículo destinado primordialmente a exponer las causas y las probables consecuencias de que el derecho no sea más una disciplina autónoma (“The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 4, 1987, pp. 761-780), sostiene la posición de que el análisis jurídico formal será *siempre* el sustento principal de todo tipo de conocimiento jurídico. Sobre la autonomía de la ciencia del derecho en los Estados Unidos véase *infra* III.2.1.

²¹⁰ *Supra* I.1.4.

Me parece que ésta es una buena ocasión para abrir un paréntesis y justificar, con nuevos elementos, la afirmación hecha anteriormente²¹¹ en el sentido de que en los Estados Unidos el análisis económico del derecho se inserta en la visión paradigmática del pensamiento jurídico que Cossío Díaz denomina paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo. Como señalé en ese momento, la pertinencia del análisis económico del derecho en la tradición jurídica estadounidense deriva del hecho de que dicho paradigma implica una relación indisoluble entre una ciencia jurídica predictiva y el carácter instrumental del derecho. Para comprender esta aseveración es preciso recordar asimismo que en la mencionada tradición jurídica el derecho no se concibe como un objeto de conocimiento reducible a sus propios términos normativos, sino como el producto de evoluciones históricas o de objetivos o fines sociales, motivo por el cual no puede explicarse mediante un estudio puramente formal. En efecto, es evidente que cuando la función de la ciencia jurídica es el establecimiento de las tendencias observables en una materia jurídica determinada y la formulación de las correspondientes predicciones a partir de casos previamente resueltos, tal ciencia deberá componerse por un conjunto de enunciados de carácter empírico que empleen categorías provenientes del pensamiento social. Como lo que se pretende es pronosticar lo que en el futuro habrá de acontecer y no sólo establecer el significado de una formulación lingüística, el solo conocimiento normativo no es suficiente. Se sigue por lo tanto que la aceptación de una jurisprudencia predictiva y el uso instrumental del derecho han permitido que el análisis económico del derecho despliegue en el ordenamiento estadounidense todas sus posibilidades teóricas.²¹²

I.4.1.1. Análisis económico positivo y análisis económico normativo del derecho

Como mencioné en la primera parte de este capítulo,²¹³ el análisis económico del derecho tiene aspectos positivos y aspectos normativos. Distinguir entre los análisis de tipo positivo y los análisis de tipo normativo, es decir, “entre explicar el mundo tal cual es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor”,²¹⁴ es esencial para comprender el movimiento *Law and Economics*, así como para valorarlo adecuadamente, pues una buena parte de las críticas de que ha sido

²¹¹ *Supra* I.2.3, I.2.3.1 y I.2.4.

²¹² Cfr. José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 279, 280, 283 y 306.

²¹³ *Supra* I.1.1, parte última, I.1.4 y I.1.6, parte última también. Véase asimismo *supra* I.3.4.9.

²¹⁴ Richard A. Posner, “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *op. cit.*, p. 285. Este mismo autor reconoce que no es cosa fácil elaborar tal distinción, sobre todo para los abogados, quienes son “invariablemente normativos” (*idem.*).

objeto sólo se aplican al análisis económico normativo del derecho efectuado por la perspectiva tradicional del movimiento.

El análisis económico positivo del derecho explica cómo afectan las normas jurídicas el comportamiento humano a través de los incentivos que generan, y predice qué conductas y efectos económicos ocasionará u ocasionaría un determinado conjunto de normas. Este tipo de análisis no se ocupa en recomendar modificaciones que presumiblemente mejorarían la situación económica.

Richard Posner argumenta que esta vertiente del análisis económico tiene a su vez dos facetas.²¹⁵ La una estudia el *comportamiento regulado*, esto es, las “conductas económicas realizadas en las condiciones determinadas por normas jurídicas”,²¹⁶ mientras que la otra estudia el *comportamiento regulador*, es decir, la estructura del sistema jurídico. La primera faceta da por sentado el orden jurídico y se pregunta cómo responden los individuos por él regulados a las restricciones y recompensas que impone a su comportamiento; la segunda faceta se pregunta por la eficiencia de las normas jurídicas que componen dicho orden, y adelanta la hipótesis de que las normas e instituciones del *common law* estadounidense promueven una eficiencia efectiva. Richard Posner advierte que esta hipótesis no significa que el derecho común reproduzca o pueda reproducir los mismos resultados que generarían los mercados competitivos de funcionamiento perfecto, sino que, dentro de los límites de tipo administrativo impuestos por el propio sistema jurídico, el derecho común aproxima a la economía al estado que la competencia efectiva produciría, a saber: un libre mercado que opere sin externalidades, poder de mercado y problemas de información importantes. Puede parecer, a primera vista, que esta segunda faceta del análisis económico positivo del derecho contiene aspectos normativos, pero no es así: como aclara el propio Posner, la hipótesis sólo sostiene que el derecho común parece ser un impulsor de la eficiencia, mas no que deba serlo.²¹⁷

Por su parte, el análisis económico normativo del derecho evalúa determinadas situaciones económicas, prevalecientes o previsibles, y recomienda, con base principalmente en los criterios de eficiencia, las modificaciones del ordenamiento jurídico que se estiman necesarias para provocar cambios convenientes –lo que es decir eficientes si los criterios normativos son los de eficiencia–.

Al referirse a los conceptos en cuestión, Andrés Roemer señala que el análisis económico *positivo* del derecho puede servir para predecir el modo en que el mundo será

²¹⁵ *Ibid.*, pp. 285 y siguientes.

²¹⁶ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 238.

²¹⁷ Richard A. Posner, “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *op. cit.*, pp. 289-291.

diferente si se adopta una disposición jurídica en vez de otra, mientras que el análisis *normativo* puede emplearse para proporcionar un marco de referencia congruente para comparar los mundos alternativos que resulten y optar por uno de ellos.²¹⁸

A pesar de ser un tema tan vivo y pertinente como interesante, eludiré la cuestión relativa a la disyuntiva, a veces real y a veces aparente, entre la eficiencia y la equidad, o dicho de otro modo, entre optar por la maximización de la riqueza de una sociedad o la distribución de la misma entre sus habitantes como criterio normativo de las decisiones públicas. Lo que considero necesario decir al respecto ya fue dicho con anterioridad;²¹⁹ sin embargo, agregaré un par de cosas. En primer lugar, es menester mencionar que efectivamente existen tensiones serias y evidentes entre quienes defienden la eficiencia como criterio normativo y quienes están por la equidad. En segundo lugar, conviene recordar que la calificación de una situación como más justa o equitativa que otra supone la adopción de posiciones políticas, ideológicas o morales, adopción que la mayoría de los economistas neoclásicos recomienda (y dice) no asumir al momento de hacer análisis económicos, con el argumento de que a la economía le competen las cuestiones relacionadas con la asignación de los recursos, mas no las que tienen que ver con la distribución de los mismos. Con respecto a la disyuntiva en cuestión, Roemer opina que el derecho puede desempeñar dos funciones al mismo tiempo: promover el uso eficiente de los recursos y velar por la conquista de la justicia.²²⁰ No obstante, el hecho de que no exista una exclusión *necesaria* entre ambas metas no significa que en la práctica no haya a veces que optar por una de ellas, excluyendo así la consecución de la otra. Cuando estos conflictos aparecen, arguye Roemer, lo más que puede hacer un economista inmerso en la elaboración de políticas públicas es señalar las implicaciones en términos de eficiencia y, cuando el análisis económico lo permita, las consecuencias en términos de equidad de las diferentes opciones jurídicas, dejando entonces que las presiones y los juicios políticos decidan el camino que habrá de tomarse. Al final de cuentas, lo importante es comprender que los conceptos y las herramientas del análisis económico, por útiles y necesarios que sean, no alcanzan para afirmar que una situación *deba* ser preferida a otra, independientemente del criterio normativo que se emplee.

²¹⁸ Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 106.

²¹⁹ *Supra* I.3.4.9, I.3.4.9.1 y I.3.4.9.2.

²²⁰ Andrés Roemer, *op. cit.*, p. 39.

I.4.2. El objeto del análisis económico del derecho

Como ha quedado asentado, el objeto del análisis económico del derecho –al menos en su vertiente positiva– es el estudio de conductas económicas realizadas en las condiciones establecidas por normas jurídicas, así como la determinación de eficiencia de las normas de cierto ordenamiento jurídico, teniendo al concepto de competencia perfecta como punto de referencia o comparación.²²¹

Puede resultar provechoso para lo subsiguiente definir como conductas jurídicas a las conductas económicas reguladas o determinadas por el contenido de normas jurídicas.

I.4.2.1. La función de las normas jurídicas en el análisis económico del derecho

Se deduce de lo dicho hasta ahora que lo jurídico participa en el análisis económico del derecho al fijar la circunstancia de la conducta económica. Es decir, en el estudio económico del orden jurídico las normas desempeñan un papel fundamental en la determinación de los ámbitos o contextos en que los actores económicos maximizan su interés propio. Al igual que en todo tipo de análisis económico, en los análisis económicos del derecho se parte del presupuesto básico de que el sujeto de la conducta ha realizado la misma con el propósito de maximizar su interés propio en un contexto de escasez en que mantiene estables sus preferencias; y al igual que en todo tipo de análisis económico, en los análisis económicos del derecho es preciso establecer la circunstancia de la conducta, esto es, determinar el contexto específico en que la maximización se ha llevado a cabo. Lo particular de este segundo tipo de análisis estriba en que dicho contexto tiene un carácter jurídico.²²² Así, “la norma jurídica se constituye en uno o en varios de los supuestos que permiten construir la hipótesis de explicación-predicción de la conducta económica, de ahí que una vez presupuesta la maximización, únicamente queda por determinar el ámbito en que la misma habrá de llevarse a cabo”.²²³

Con base en el hecho de que “la teoría económica neoclásica ha considerado como una de las funciones primordiales de los supuestos de sus hipótesis la determinación de aquellas condiciones de la realidad que deberán tenerse en cuenta para la formulación o validación de

²²¹ Cfr. José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 238.

²²² Cfr. *ibid.*, p. 230.

²²³ *Idem.*

las hipótesis”,²²⁴ Cossío Díaz argumenta que “la función de las normas jurídicas en el análisis económico del derecho es posibilitar la determinación [...] de las condiciones o ámbitos en que habrá de llevarse a cabo la maximización, así como de aquellas condiciones que deberán ser tomadas en cuenta para validar las hipótesis”.²²⁵

I.4.3. El método del análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho lleva a cabo el estudio de su objeto mediante la formulación y aplicación de hipótesis económicas que permiten explicar o predecir conductas jurídicas. Como se indicó anteriormente, el estudio económico del derecho también precisa del análisis jurídico formal, pero este modo de análisis debe considerarse un análisis distinto, aunque previo y necesario, del análisis económico, lo que significa que su método no forma parte del método económico de análisis del derecho.

I.4.3.1. El objetivo cognoscitivo del análisis económico del derecho

El objetivo cognoscitivo del análisis económico positivo del derecho es doble. Por una parte, consiste en la explicación y predicción de conductas económicas realizadas en las condiciones determinadas por normas jurídicas; por la otra, radica en la determinación de eficiencia del orden jurídico o de una parte de éste.

En su libro *Derecho y análisis económico*²²⁶ Cossío Díaz aborda con detenimiento la cuestión de la eficiencia del derecho. Señala que para explicar el modo en que ésta llega a determinarse es menester establecer la relación existente entre la predicción de las conductas y la valoración de eficiencia del derecho, ello a fin de precisar aquello respecto de lo cual se lleva a cabo la dicha valoración, es decir, a fin de precisar si ésta se realiza respecto de normas jurídicas o de conductas económicas acaecidas en un contexto jurídico, lo que constituye finalmente el punto medular del asunto. El principio fundamental para resolver la cuestión

²²⁴ *Idem.*

²²⁵ *Ibid.*, pp. 230 y 231.

²²⁶ *Ibid.*, pp. 238-259.

radica, sostiene el mismo autor, en la prelación de las predicciones respecto de la determinación de eficiencia:

[Es posible postular la existencia de un elemento común a todo análisis de eficiencia del derecho, a saber:] la prelación de las predicciones respecto de la determinación de eficiencia. Nos parece que en su vertiente de eficiencia, el análisis económico del derecho tiene como propósito final determinar si una norma provoca o no cierto tipo de conductas, y si esas conductas dan o no lugar a situaciones eficientes. Resulta muy difícil establecer ahora si el análisis de eficiencia tiene como objeto exclusivo normas o conductas. En realidad, nos parece que estamos ante una situación que combina o recurre a ambos elementos [...] En este sentido [...], podríamos concluir que, en última instancia, [el análisis de eficiencia] considera las normas jurídicas en tanto permiten suponer la realización de ciertas conductas (económicas) y la calificación, en términos de eficiencia, de aquellas situaciones a que tales conductas hubieran dado lugar.

Es claro que las consideraciones de eficiencia presuponen un ejercicio de predicción de conductas, de tal manera que entre las llamadas “rama predictiva” y “rama de eficiencia” las diferencias son más de grado que de sustancia. En este sentido, pudiera decirse que la rama de eficiencia presupone a la predictiva y que ambas tienen, a final de cuentas, su fundamento en el análisis microeconómico.²²⁷

Puede concluirse, entonces, que cuando al emplear el análisis económico del derecho se califica una situación como eficiente o ineficiente, lo que en realidad se está valorando es el conjunto de normas que la provocan o generan por vía de las conductas a que dan lugar.

I.4.3.2. La formulación, estructura y aplicación de las hipótesis del análisis económico del derecho

Como se ha expuesto anteriormente, las hipótesis económicas se formulan a través de enunciados compuestos por un lenguaje, unos supuestos y una condición. Todas esas hipótesis parten de un presupuesto general común –la existencia de un sujeto maximizador que actúa en un contexto de escasez manteniendo estables sus preferencias– y proceden posteriormente a especificar el contexto particular en que ocurre la maximización, es decir, la circunstancia del sujeto maximizador.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 246-247.

Cossío Díaz²²⁸ informa que tratándose del análisis económico del derecho la relación entre el presupuesto económico y los elementos de la hipótesis opera de manera similar, pero que este segundo modo de análisis económico presenta, sin embargo, diferencias o peculiaridades que deben resaltarse. Éstas derivan del hecho, destacado con anterioridad, de que el enfoque económico del derecho considera que la maximización del interés propio se realiza en las condiciones que imponen las normas jurídicas, lo que equivale a decir que éstas se constituyen en supuestos de las hipótesis económicas y que, por ende, “a partir de ellas se predice la conducta concreta y se posibilita su comprobación”.²²⁹

Siguiendo con el tema relativo a los supuestos del análisis económico del derecho es conveniente explicitar que, al igual que en el caso del análisis económico “convencional”, los aspectos de la realidad que serán tomados en cuenta consistirán en cosas, conductas o acciones, “pero también, y de manera preponderante, en el contenido de normas jurídicas”.²³⁰ Es evidente que al hacer que la norma se constituya en supuesto de la hipótesis se hace indispensable que aquélla se formule adecuadamente, es decir, que se exprese una interpretación correcta de la misma, toda vez que “la única posibilidad de prever el sentido de las conductas es mediante la correcta formulación del sentido de la norma que la regula; en el caso contrario, se estaría tratando de predecir conductas que, de hecho, no pueden darse en el orden jurídico puesto que ninguna norma jurídica podría dar lugar a ellas”.²³¹ Por eso se ha subrayado anteriormente que el análisis dogmático del derecho es independiente y anterior al análisis económico.²³²

En cuanto al lenguaje de las hipótesis del análisis económico del derecho, Cossío Díaz se pregunta si éste es económico o jurídico y concluye que es de ambos tipos, toda vez que la realidad que habrá de identificarse, significarse y ordenarse es tanto económica como jurídica. Por lo que hace a la predominancia de alguno de ellos sobre el otro no es posible establecer una regla definitiva:

La situación que en cada caso se dé no puede depender de consideraciones generales *a priori*, sino de las peculiaridades que el científico deba enfrentar en cada caso. Por ello, en ciertos casos bastará el establecimiento de los supuestos (elementos de la realidad y contenidos normativos) y la utilización de un lenguaje económico, mientras que en otros se deberá incorporar también el

²²⁸ *Ibid.*, p. 237.

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ *Ibid.*, p. 250.

²³¹ *Ibid.*, pp. 253 y 254.

²³² Recuérdese que la dogmática jurídica constituye la vía para la explicación de las normas jurídicas positivas y la adecuada formulación de sus sentidos y significados.

lenguaje jurídico. A pesar de lo anterior, y dado el carácter condicional de las hipótesis, podemos afirmar que tratándose de aquellas que son propias del análisis económico del derecho, el lenguaje jurídico normalmente estará presente. En otras palabras, si este tipo de hipótesis parten de la determinación de los supuestos de carácter normativo y concluyen con una condición, es previsible que esta última se exprese también mediante un lenguaje jurídico.²³³

Como mencioné en el subcapítulo anterior, el tercer elemento de las hipótesis –la condición– es un elemento formal que carece de contenido; su función es la de relacionar, con arreglo a las normas de la lógica y, en ocasiones, de las matemáticas, los postulados y la consecuencia de las hipótesis. Dada su naturaleza, no existe diferencia alguna entre las condiciones de las hipótesis del análisis económico “común” y las del análisis económico del derecho.

Con relación a la aplicación de las hipótesis del análisis económico del derecho, baste con decir que ésta se realiza también de manera causal. Así, la explicación o predicción de conductas concretas se lleva a cabo al deducir, a partir de una o varias premisas “universales” (las hipótesis) y una o varias premisas “singulares” (las circunstancias del caso concreto), una conclusión singular que explique cómo algo aconteció o prediga qué acontecerá.

I.4.3.2.1. Hipótesis de predicción e hipótesis de determinación de eficiencia

Resulta fundamental distinguir con claridad entre ambos tipos de hipótesis. Ya se destacó el hecho de que las consideraciones de eficiencia del derecho se apoyan en ejercicios de predicción de conductas. Lo anterior puede expresarse de otro modo diciendo que las hipótesis predictivas son necesarias para la formulación de las hipótesis valorativas de la eficiencia de las normas. Mediante las primeras es posible pronosticar qué conductas acontecerán si se dan determinadas condiciones; con las segundas, en cambio, es posible determinar si las normas o instituciones jurídicas que previsiblemente darán lugar a ciertas conductas originarán por medio de éstas situaciones que sean eficientes o superiores a otras en términos de eficiencia.²³⁴

De esta manera, cuando se sostiene que las hipótesis de predicción son lógicamente anteriores a las de valoración de la eficiencia lo que se está afirmando es que éstas se construyen a partir de aquéllas, es decir, que en la formulación de hipótesis valorativas de la eficiencia, las predictivas cumplen la función de establecer las situaciones que serán calificadas

²³³ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 252.

²³⁴ *Ibid.*, p. 255.

mediante algún criterio de eficiencia.²³⁵ Nótese que lo anterior quiere decir que el contexto de las hipótesis de determinación de eficiencia está compuesto por los resultados de las respectivas hipótesis de predicción, lo que significa que las normas jurídicas, al constituirse en los supuestos de las hipótesis predictivas del análisis económico del derecho, “se constituyen también, indirectamente, en los supuestos de las hipótesis de eficiencia”.²³⁶

En conclusión, “para valorar la eficiencia de las normas se siguen básicamente los pasos siguientes: primero, se formula una hipótesis que permita predecir las conductas que habrán de darse en virtud de una determinada norma jurídica; segundo, se predicen las conductas [es decir, se aplica la hipótesis], y tercero, se precisa la eficiencia de las normas en función de las conductas que esas normas propician”.²³⁷

I.4.3.3. La validación de las hipótesis del análisis económico del derecho

Al igual que en el caso de las hipótesis económicas, la validez de las hipótesis del análisis económico del derecho depende de su capacidad explicativa o predictiva. Sin embargo, sostiene Cossío Díaz,²³⁸ en el caso de este segundo tipo de hipótesis la validación tiene algunas peculiaridades en lo concerniente al realismo de sus supuestos. Hay que recordar que éstos se integran, entre otros elementos, con el contenido de las normas que regulan o podrían regular aquellas conductas que habrán de predecirse, y que dicho contenido normativo debe formularse correctamente, pues de lo contrario se estaría tratando de predecir conductas que no pueden darse válidamente en un orden jurídico, o dicho de otro modo, se estaría considerando un ámbito jurídico que en realidad no existe.

La diferencia entre el papel que juega la realidad de los supuestos en economía respecto del que juega en el análisis económico del derecho, radica en que mientras las hipótesis económicas se formulan respecto de un “mundo” o “realidad” construido por el economista, el derecho es un orden normativo que por ser de carácter positivo, constituye una realidad para todo aquel que desee estudiarlo, aun cuando ello sea mediante herramientas económicas [...] [C]uando se lleva a cabo un análisis económico del derecho, se eligen como contenidos de los supuestos de las hipótesis aquellos significados que ciertos órganos del Estado han dado a ciertas normas

²³⁵ Cfr. *idem*.

²³⁶ *Ibid.*, p. 259.

²³⁷ *Ibid.*, p. 257.

²³⁸ *Ibid.*, pp. 253 y 254.

jurídicas. En este [...] caso, el realismo o falta de realismo de los supuestos (los sentidos de las normas) queda enormemente matizado, puesto que se ha elegido el significado que la norma tiene dentro de un sistema real, y no ya puramente imaginado.²³⁹

I.4.4. Digresión sobre las categorías del análisis económico del derecho

Como he venido señalando, el análisis económico del derecho echa mano de conceptos y categorías fundamentales de la economía neoclásica para explicar, predecir y evaluar el impacto de las normas jurídicas en el comportamiento humano y el desempeño económico. Por consiguiente, y en virtud de que en el subcapítulo anterior me referí a dichos conceptos y categorías, casi no queda nada por agregar. Sin embargo, puede resultar de interés exponer resumidamente lo que Edmund Kitch denomina los principales métodos analíticos relacionados con el análisis económico del derecho.²⁴⁰ Se trata de un conjunto de categorías analíticas que resultan útiles para entender cómo se concibe la aplicación de ciertos conceptos económicos al derecho.

1. El orden jurídico se entiende como un sistema de restricciones y recompensas que interactúa con los individuos. Así, un objetivo cognoscitivo central del conjunto de conocimientos que componen el análisis económico del derecho consiste en analizar la interacción entre un sistema de normas y el comportamiento de los individuos, con el fin de determinar los efectos de aquél.

2. El propósito del análisis científico es identificar el componente sistemático de los fenómenos y separar ese componente de los fenómenos aleatorios. De este modo, una generalización puede servir incluso si es capaz de explicar sólo una porción del comportamiento examinado. Esta categoría ha permitido a los estudiosos del derecho estadounidense la identificación de tendencias generales.

3. Una constante del comportamiento humano es la maximización del interés propio. Esta forma de análisis conductual puede utilizarse para estudiar los efectos de las normas dado que permite predecir el modo en que los individuos cambiarán su comportamiento para evitar los costos de las leyes o para obtener sus beneficios.

²³⁹ *Ibid.*, p. 254.

²⁴⁰ Edmund W. Kitch, "The Intellectual Foundations of Law and Economics", *op. cit.*, pp. 187-191.

4. Para comprender la respuesta humana a las modificaciones jurídicas es necesario examinar tanto los efectos marginales como los efectos totales o promedio, pero el énfasis debe ponerse en los primeros. Esto es así porque, por ejemplo, una vez que un orden jurídico determinado ha sido considerado por los agentes económicos, los costos que impone son costos hundidos y no costos marginales, es decir, costos que no afectan más las decisiones de dichos agentes.

5. La observación de un comportamiento estable es indicio de que se ha alcanzado un equilibrio que sirve a los intereses de quienes lo sostienen.

6. Los bienes y servicios son multidimensionales, y la regulación de una dimensión afectará las otras dimensiones del bien o servicio. Este principio es importante porque las leyes a menudo afectan únicamente un aspecto de un conjunto complejo de interacciones. Así, por ejemplo, una norma que regule solamente el precio de venta de un producto y sea omisa en lo relativo a la calidad y las condiciones de venta del mismo, dejará abierta la posibilidad de que los productores respondan a la regulación del precio disminuyendo la calidad del producto. Por lo tanto, toda política que no considere por lo menos la mayoría de las dimensiones relevantes de un bien o servicio probablemente generará resultados distintos de los esperados.

7. En la predicción de los efectos de las normas es importante considerar la respuesta transaccional privada de varios individuos. Deben observarse, más allá de las reacciones de un particular a una norma jurídica, las respuestas sistemáticas abiertas a un grupo de personas. Por ejemplo, si se supone que el costo de las transacciones es nulo, el teorema de Coase entra en juego y genera el corolario de que la asignación inicial de los derechos sobre los recursos no influye en el uso final de los mismos. Pero incluso en el caso de que los costos de transacción sean positivos, es posible que un nuevo conjunto de normas no tenga grandes efectos sobre las decisiones de un grupo de individuos. Ello ocurre cuando éstos han estado negociando con regularidad e incurrido ya en costos de transacción considerables, de manera que el costo marginal de agregar las nuevas disposiciones jurídicas a su agenda de negociación es bajo, lo que permite suponer que es probable que las partes alcancen acuerdos que les permitan contrarrestar los efectos de la nueva regulación.

8. Los informes jurídicos y los expedientes judiciales contienen información útil y confiable acerca de las prácticas económicas de los particulares. Basarse en los precedentes judiciales del derecho consuetudinario con el propósito de arrojar luz sobre cuestiones económicas concretas fue una idea pionera en el área de la competencia y la regulación de monopolios que en la actualidad se ha extendido a un gran número de campos.

9. El estudio de la historia del derecho y del derecho comparado es importante, ya que es probable que las diferencias significativas en la estructura de los distintos sistemas jurídicos se deban a la existencia de diferencias en las condiciones de costos que enfrentan las distintas sociedades. Cabe señalar que los estudiosos del derecho se habían percatado desde hace tiempo de la importancia de los estudios históricos y comparativos, pero la mayoría de esos estudios han sido de carácter descriptivo. El análisis económico del derecho ofrece un marco analítico que puede proporcionar una dirección unificada al trabajo comparativo e histórico.

Quisiera terminar este capítulo haciendo referencia a algunas consideraciones de Andrés Roemer relativas al “poder” del análisis económico del derecho.²⁴¹ Éste se deriva en su mayor parte, sostiene el autor, de la claridad y congruencia que la disciplina aporta a la definición y el empleo de las categorías conceptuales, analíticas y metodológicas básicas. Ello posibilita determinar con precisión el tema y el rumbo de la discusión. Asimismo, dicha claridad permite la construcción formal de modelos, los cuales posibilitan que el razonamiento causal avance con mayor certidumbre, además de mostrar explícitamente qué supuestos están detrás del análisis y cuál es su efecto sobre el resultado. Así, la economía ofrece una sintaxis y una semántica especialmente poderosas para la argumentación jurídica.

²⁴¹ Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 104.

II. LAS DISTINTAS PERSPECTIVAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

II.1. Introducción

Se mencionó anteriormente que el concepto “análisis económico del derecho” no tiene un solo significado. En su sentido más amplio, el análisis económico del derecho constituye un movimiento que en los Estados Unidos se ha denominado preferentemente *Law and Economics*; en su sentido más restringido, el concepto en cuestión equivale a la aproximación de la llamada escuela de Chicago al análisis económico del derecho (del derecho común sobre todo), esto es, la perspectiva tradicional del movimiento. José Ramón Cossío Díaz se refiere a esta cuestión en los siguientes términos: “con la expresión ‘análisis económico del derecho’ puede designarse, en un sentido genérico, a todo aquel análisis que desde las categorías económicas se haga del derecho o, en un sentido más restringido, al análisis que del derecho se haga a partir de unas específicas categorías económicas”.¹

En efecto, no existe una única forma de realizar análisis económicos del orden jurídico porque, para empezar, no existe sólo una teoría económica; es decir, hay más teorías económicas aparte de la neoclásica susceptibles de ser aplicadas al estudio de las interrelaciones entre el derecho y la economía. Por esa razón Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, al intentar brindar una definición abarcadora del movimiento *Law and Economics*, señalan que éste consiste en la aplicación de la teoría económica (predominantemente, que no únicamente, la microeconomía y los conceptos básicos de la economía del bienestar) al estudio de la formación, la estructura, los procesos y el impacto económico del derecho y las instituciones jurídicas.² Es evidente que esta definición incluye pero trasciende a la perspectiva tradicional.

El análisis económico del derecho *lato sensu* –es decir, el conjunto de corrientes o perspectivas que de uno u otro modo realizan análisis jurídico-económicos a partir de categorías económicas– constituye un cuerpo de conocimientos bastante heterogéneo que, sin embargo, se caracteriza porque todas sus manifestaciones han conformado un sólido

¹ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 225, nota al pie de página número 1.

² Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, op. cit., p. 3.

movimiento que ha contribuido a redefinir el estudio del derecho y a desvanecer toda duda sobre el hecho de que éste tiene importantes implicaciones en la estructura, el comportamiento y el desempeño económicos.

Entre las perspectivas más importantes se encuentran la aproximación de la escuela de Chicago al análisis económico del derecho –que aquí se considera, siguiendo a Andrés Roemer, la perspectiva tradicional del movimiento–, la teoría de la elección pública, las escuelas institucional y neoinstitucional, la escuela de New Haven, el republicanismo cívico moderno, y los estudios jurídicos críticos. Es preciso advertir que estas dos últimas escuelas no han estado tradicionalmente asociadas con el movimiento *Law and Economics*, pues no puede decirse que aplican la teoría económica al estudio del derecho; sin embargo, como señalan Mercurio y Medema,³ ambas ponen el énfasis en las interrelaciones entre el derecho y la economía, y, por lo tanto, puede considerarse que forman parte de dicho movimiento.

Las distintas perspectivas se distinguen entre sí por una variedad de factores, entre los cuales destacan los siguientes: 1) la teoría económica que emplean, es decir, las hipótesis y los modelos utilizados para explicar y evaluar las cosas y los resultados jurídicos, así como las categorías conceptuales, analíticas y metodológicas empleadas para construir tales hipótesis y modelos; 2) el tipo de conductas o realidades “jurídico-económicas” a las que aplican la teoría económica, o dicho de otro modo, la posición que adoptan ante la posibilidad y conveniencia de aplicar la dicha teoría a todo tipo de comportamientos o realidades humanas; 3) la posición que toman ante la disyuntiva entre eficiencia y equidad, o en otras palabras, la importancia relativa que otorgan a la asignación de los recursos en comparación con la otorgada a la distribución de los derechos, la riqueza y el ingreso entre los miembros de la sociedad; 4) el tipo de derecho o de cuestiones jurídicas a que aplican el análisis económico; 5) el modo en que lo jurídico participa en el análisis económico, y, en algunos casos (como el de la perspectiva institucional o el de los estudios jurídicos críticos), el modo en que lo económico participa en el análisis jurídico, y 6) su programa constructivo. Del énfasis que se ponga a cada uno de los factores referidos para comparar dos o más perspectivas entre sí puede ocurrir que éstas resulten semejantes u opuestas, complementarias o enfrentadas.

En el capítulo I de esta tesis me referí a las categorías fundamentales de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho. En ese lugar se vio que ésta se concibe y ejecuta dentro del marco de un paradigma jurisprudencial específico y a partir de categorías económicas también específicas. Efectivamente, la referida perspectiva se distingue fundamentalmente por dos rasgos. El primero de ellos consiste en el énfasis puesto en el

³ Cfr. *idem*.

derecho consuetudinario estadounidense, lo que se refleja en la aceptación de un paradigma jurisprudencial que, por una parte, considera que el derecho abarca múltiples aspectos conductuales y tiene una función instrumental, y que, por la otra, concibe a la ciencia jurídica como una actividad cuya principal función debe ser la predicción de las futuras resoluciones jurisdiccionales.

La segunda nota distintiva de la perspectiva tradicional radica en que ésta se sustenta en los principales postulados y conceptos de la teoría económica neoclásica para explicar y predecir conductas así como evaluar las normas jurídicas que las condicionan. Para alcanzar dicho objetivo cognoscitivo el análisis económico del derecho tradicional supone que el orden jurídico pone precios implícitos a diversos tipos de comportamientos, y por lo tanto se concentra en los incentivos de precios contenidos en las normas jurídicas; en el modo en que los agentes racionales maximizadores de su interés propio responden a esos incentivos, y en el entendimiento de la naturaleza *ex ante* de los incentivos y de su impacto *ex post*. En última instancia, el objetivo es saber si las normas jurídicas promueven la asignación eficiente de los recursos, es decir, si la asignación determinada por el orden normativo coloca los derechos y recursos en manos de aquellos que más los valoran y si los costos son soportados por aquellos para quienes resultan menores.⁴

La economía neoclásica ha sido objeto de críticas, modificaciones y ampliaciones que han dado origen lo mismo a teorías económicas nuevas y diferentes que a teorías que podría decirse que constituyen extensiones del paradigma neoclásico ortodoxo.⁵ Estas teorías distintas de la neoclásica han dado lugar a aproximaciones al análisis económico del derecho distintas de la tradicional. Por otra parte, también existen enfoques alternativos a la perspectiva tradicional que no provienen de una crítica o modificación seria del paradigma neoclásico, sino de un planteamiento diferente del de la perspectiva tradicional a partir de las mismas herramientas económicas que ésta utiliza. Es decir, no todas las perspectivas del movimiento *Law and Economics* distintas de la tradicional provienen de teorías económicas alternativas a la neoclásica, sino de enfoques alternativos al de la escuela de Chicago basados en lo esencial en el paradigma neoclásico.⁶

⁴ Cfr. *ibid.*, p. 173.

⁵ Como ocurre con todas las clasificaciones, distinciones y divisiones, la calificación de “nueva y diferente” o de “extensión” que se dé a una teoría particular tendrá siempre algo de arbitrario y dependerá de una multitud de factores, como por ejemplo: la idea que se tenga de lo que constituye el paradigma neoclásico, aquello en lo que se ponga el énfasis para elaborar la dicha calificación, el propósito a que ésta sirve, etcétera.

⁶ Me parece que en este último caso se encuentran la perspectiva de la teoría de la elección pública y la escuela de New Haven, por ejemplo.

A describir algunas de las perspectivas más importantes del movimiento *Law and Economics* está destinado el presente capítulo, para hacer lo cual me basaré principalmente en los multicitados libros *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, de Nicholas Mercuro y Steven G. Medema, e *Introducción al análisis económico del derecho*, de Andrés Roemer. Ninguna de dichas perspectivas será desarrollada de manera profunda; tan sólo se trata de dejar constancia de su existencia y de sus rasgos característicos y sus principales aportaciones. Sólo en el caso de la escuela neoinstitucional se profundizará un poco, pues más adelante habré de emplear algunas de sus categorías. Asimismo, haré referencia en este mismo capítulo a algunos temas de la escuela de Chicago que, no obstante su importancia, no fueron incluidos en el primer capítulo por considerarlos menos generales, o, mejor dicho, por considerar que no constituyen conceptos o categorías analíticas fundamentales.

Antes de continuar quisiera explicar por qué se ha dedicado todo un capítulo a exponer de manera más o menos detallada la perspectiva tradicional –sus paradigmas, sus ramas, sus métodos, etcétera– mientras que sólo se ha destinado otro capítulo, apenas un poco más extenso que el primero, a describir sucintamente el resto de las perspectivas del movimiento del análisis económico del derecho. En realidad existen varios motivos para dar prioridad a la perspectiva tradicional. En primer lugar, tanto la escuela neoclásica como la dicha perspectiva son, respectivamente, la teoría económica y la aproximación al análisis económico del derecho más desarrolladas e influyentes en la actualidad, y pueden considerarse sin lugar a dudas los enfoques predominantes.

En segundo lugar, como teorías o planteamientos convencionales y predominantes, la escuela de Chicago y su aproximación al análisis económico del derecho contienen una buena cantidad de elementos comunes a otras perspectivas –que en algunos aspectos pueden considerarse complementarias– así como un buen número de componentes que constituyen el blanco principal de estas mismas perspectivas y de otras que puede decirse que están en las antípodas. Debido a lo anterior, consideré conveniente contar con una buena exposición de los elementos fundamentales del paradigma neoclásico y su expresión en el análisis económico del derecho para, a partir de ella, describir el resto de las perspectivas del movimiento *Law and Economics*. En otras palabras, me parece que resulta más sencillo comprender las virtudes y los defectos –esto es, la utilidad, los alcances y los límites– de diversas teorías, así como las similitudes y diferencias entre las mismas, si antes se estudia y comprende bien una de ellas – que debe ser de preferencia la más completa, desarrollada y conocida, o bien la que sirvió de base o de blanco (para bien o para mal) a las demás–.

En tercer lugar, la perspectiva tradicional es, junto con algunos conceptos de la perspectiva neoinstitucional, la más útil para realizar un estudio económico preponderantemente positivo del régimen jurídico de los accionistas en México, tema de la presente tesis.

Con respecto a esta última cuestión caben un par de consideraciones sobre los alcances y límites de las distintas perspectivas del análisis económico del derecho en general y de la perspectiva tradicional en particular.

Me parece que lo primero que hay que decir es que todas las escuelas de pensamiento del movimiento no resultan igualmente útiles para entender determinadas implicaciones económicas de un cierto régimen jurídico. Dicho de otro modo, la utilidad o conveniencia de emplear una perspectiva en vez de otra depende en gran medida del tipo de normas jurídicas involucradas y del tipo de análisis económico que desee hacerse.

Por último, conviene señalar que una de las críticas más frecuentes a la escuela de Chicago tiene como objetivo el postulado de la maximización racional del interés propio. El argumento es que el modelo del actor racional es sólo una de las múltiples teorías del comportamiento humano, y que en muchos casos no explica adecuadamente los motivos de la elección.⁷ No obstante, incluso los críticos del paradigma neoclásico reconocen que, en lo general y en un buen número de casos, la respuesta de la gente a los cambios de las circunstancias se adecua al postulado de la maximización racional del interés propio;⁸ asimismo, aceptan que aunque el modelo del actor racional no ha sido útil para explicar muchos aspectos del comportamiento humano, sí lo es para explicar aquellas conductas en que la motivación económica desempeña un papel importante, es decir, aquellas conductas en que es innegable la relevancia del interés propio en el proceso de toma de decisiones.⁹ Lo anterior quiere decir que, con independencia de que se acepte cabalmente o no el modelo del actor racional, uno puede esperar que las predicciones de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho¹⁰ resulten más precisas cuando las normas jurídicas involucradas

⁷ Recuérdese (*supra* I.3.2, I.3.4.1 y I.3.4.2) que el enfoque neoclásico no pretende constituirse en una teoría del modo en que las preferencias se originan y forman; por lo contrario, considera que la economía tiene poco que aportar al entendimiento del origen y la formación de las preferencias, es decir, de los motivos de la conducta, de modo que *supone* que los gustos y las preferencias son exógenos al sistema económico, están dados y son estables, y analiza las conductas *como si* se hubiesen realizado con el propósito de maximizar algo.

⁸ Asimismo, los economistas neoclásicos (y los no neoclásicos) saben que no es necesario adoptar el modelo del actor racional para aceptar que cuando una actividad se vuelve más costosa, la gente tiende a realizarla en menor medida, independientemente de qué sea aquello que motive esta respuesta, si la maximización racional del interés propio o alguna otra cosa. Por eso es que todos los economistas de todas las escuelas reconocen que el derecho influye en la conducta de las personas y en el funcionamiento del sistema económico.

⁹ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, pp. 181-183. Parece ser entonces que la crítica en comentario resulta más poderosa y sólida si se la entiende como una crítica contra el imperialismo económico y no contra el enfoque económico neoclásico.

¹⁰ Así como de las demás perspectivas que otorgan un lugar importante al postulado de la maximización racional.

pertenezcan a alguno de los campos más económicos del derecho –como, por ejemplo, el derecho tributario, el derecho mercantil o el derecho bursátil– pues todos ellos regulan conductas en que la motivación económica es evidente.

II.2. La perspectiva tradicional

II.2.1. La escuela de Chicago

La perspectiva tradicional del análisis económico del derecho está indisolublemente asociada a la escuela de Chicago, entendida no como la literatura económica generada en la universidad del mismo nombre sino como el conjunto de personas y obras que siguen una misma doctrina económica, a saber, la economía neoclásica ortodoxa. Así, son análisis económicos del derecho pertenecientes a la perspectiva tradicional todos aquellos estudios del orden jurídico que se realizan a partir de los principales conceptos y categorías de la microeconomía convencional. Puede decirse que a la perspectiva tradicional pertenecen autores fundamentales como Richard Posner, Ronald Coase, Gary Becker, Henry Manne e incluso Guido Calabresi, a quien también se lo asocia comúnmente con la escuela de New Haven.

Suele indicarse que existen dos generaciones de la escuela de Chicago, susceptibles de ser divididas, un tanto arbitrariamente, por la Segunda Guerra Mundial. Ambas comparten los mismos postulados y principios que han constituido el núcleo del pensamiento económico convencional desde Adam Smith hasta nuestros tiempos; a saber: “En una democracia liberal, la búsqueda racional del interés económico propio de los actores económicos se da por sentada; la competencia se ve como algo inherente e intrínseco a la vida económica, y los resultados generados por el mercado se consideran superiores a aquellos que resultan de la intervención gubernamental en el mecanismo del mercado.”¹¹ Las dos generaciones se caracterizan por ser de corte antiintervencionista; considerar que la regulación –y casi cualquier otro tipo de intervención gubernamental– debe tener como objeto primordial, si no exclusivo, la promoción de la competencia y la eficiencia económica, y fomentar la empresa privada.

¹¹ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 54. La traducción es mía.

Mercuro y Medema¹² informan que la primera generación de la escuela de Chicago dedicó buena parte de sus esfuerzos al estudio y la aplicación de los mencionados principios y postulados básicos, mientras que la segunda escuela desarrolló y extendió esos postulados, y se abocó, sobre todo, a demostrar en términos formales la existencia del nexo entre los mercados competitivos y la eficiencia.

Lo que más distingue a ambas generaciones entre sí es la naturaleza del análisis. Mientras que el enfoque de la primera generación podría considerarse de tipo descriptivo-explicativo, el enfoque empleado por los exponentes de la segunda generación se ha caracterizado por ser abstracto y ahistórico y estar ampliamente basado en la investigación empírica y positiva así como en el análisis matemático.¹³

Entre las ideas y contribuciones más importantes atribuidas a la segunda generación de la escuela de Chicago se encuentran: el énfasis en la eficacia del sistema de mercado; la pugna por la reducción tanto de la intervención gubernamental en la economía como de las políticas de redistribución de la riqueza; la confianza casi absoluta en el intercambio de mercado y, como consecuencia, en el derecho común como el mejor camino para la mediación de los conflictos; la promoción de la empresa privada como la mejor vía para asignar eficientemente los recursos; la concepción de la economía como la ciencia de la elección y la consiguiente aplicación de la teoría microeconómica a la explicación de un gran número de elecciones que tienen lugar fuera del mercado,¹⁴ y el análisis económico de los derechos de propiedad.¹⁵

¹² *Ibid.*, pp. 54 y 55.

¹³ *Idem.* Resulta interesante que este enfoque matemático, abstracto, ahistórico y, según algunos, reduccionista, característico de la gran mayoría de la literatura económica neoclásica generada después de la Segunda Guerra Mundial, haya sido seriamente criticado por la mayoría de los exponentes de la primera generación de la escuela de Chicago y por algunos que alguna vez estuvieron vinculados con la segunda, como James Buchanan, quien ha señalado que el hincapié de lo que él llama peyorativamente “la ciencia económica” en las proezas matemáticas ha convertido a los economistas en analfabetos en ideas y principios económicos fundamentales y los ha transformado en eunucos ideológicos.

¹⁴ Con respecto a esta idea y en relación con el análisis económico del derecho, Mercuro y Medema (*op. cit.*, p. 183, nota número 9) informan que la aplicación de gran alcance del razonamiento económico a la práctica totalidad de las áreas del derecho es casi exclusiva de la perspectiva tradicional.

¹⁵ Cfr. Nicholas Mercuro y Steven G. Medema, *op. cit.*, pp. 54 y 55. Es probable que hoy día el análisis económico de los derechos de propiedad se asocie más frecuentemente con la economía neoinstitucional que con la escuela de Chicago. Sin embargo, este análisis fue planteado originalmente por economistas vinculados a esta última; por lo tanto, el trabajo de los neoinstitucionalistas sobre los derechos de propiedad debe verse como una extensión del enfoque de la escuela de Chicago. Actualmente, el análisis económico de los derechos de propiedad ha trascendido a la escuela ortodoxa de Chicago y sido objeto de múltiples aplicaciones y planteamientos alternativos.

II.2.2. Los pilares fundamentales de la perspectiva tradicional

Para la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho, el aspecto económico de las cuestiones jurídicas consiste en que las normas y decisiones jurídicas traen consigo beneficios y costos, y son por lo tanto susceptibles de ser analizadas en términos de eficiencia.

La característica definitiva de la perspectiva tradicional es la aplicación directa del análisis microeconómico al derecho. Este enfoque comprende las siguientes premisas: 1) los individuos son maximizadores racionales de su interés propio lo mismo en su comportamiento de mercado que en su comportamiento fuera de los mercados explícitos; 2) los individuos responden a los incentivos de precios lo mismo en su comportamiento de mercado que en su comportamiento fuera de los mercados explícitos, y 3) las normas jurídicas y las conductas jurídicas pueden ser evaluadas en atención a sus propiedades de eficiencia, de lo cual deriva la prescripción normativa de que la toma de decisiones jurídicas debe promover dicha cualidad.¹⁶

La proposición de que los agentes económicos son racionales –lo que equivale a decir que sus decisiones están decididamente orientadas a la consecución de fines congruentes a través de medios eficientes– constituye una piedra angular de la teoría económica moderna; consiste en considerar, previa suposición de que los individuos pueden procesar perfectamente toda la información relevante acerca de las opciones a su disposición, que éstos son capaces de clasificar todas las dichas opciones en atención a su conveniencia relativa y elegir la opción (canasta de bienes y actividades) que maximice su utilidad.¹⁷

La suposición de maximización racional lleva a un resultado directo en lo que concierne al proceso de toma de decisiones:

Los individuos realizarán unidades adicionales de una actividad (trátase del consumo de bienes, la producción de bienes, la oferta de mano de obra, etcétera) siempre y cuando el beneficio adicional derivado de la realización de una unidad más de dicha actividad sea mayor o igual que el costo adicional, esto es, siempre y cuando el beneficio marginal sea mayor o igual que el costo marginal. [...] En el contexto jurídico,] emprender acciones relacionadas con el orden jurídico existente [...] deviene una cuestión de comparar los beneficios marginales con los costos marginales. Desde esta perspectiva, aquellos que infringen la ley no son diferentes en esencia del resto de la población, sino que simplemente tienen preferencias/costos de oportunidad/restricciones diferentes y realizan actividades ilegales porque éstas son las

¹⁶ Cfr. *ibid.*, p. 57.

¹⁷ Cfr. *idem.*

actividades que maximizan su utilidad neta. Algunos economistas han desafiado esta idea sobre la base de que los individuos no poseen información completa y perfecta. La respuesta [de los economistas convencionales] es que la información es un bien, del cual se consumirán unidades adicionales siempre y cuando el beneficio marginal sea mayor o igual que el costo marginal.¹⁸

La suposición de la maximización racional del interés propio está íntimamente relacionada con la proposición de que las normas jurídicas actúan como precios. En efecto, “la idea de que los individuos son maximizadores racionales implica que responden a los incentivos de precios; implica, en concreto, que los consumidores consumirán menos de un bien si su precio aumenta y que los productores producirán más de un bien si su precio aumenta (todo esto, *ceteris paribus*)”.¹⁹

En ese sentido, la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho presupone que las normas jurídicas establecen precios a la realización de varios tipos de comportamientos, tanto legales como ilegales, y que el actor económico racional y maximizador comparará los beneficios de cada unidad adicional de cierta actividad con los costos de la misma. En relación con lo anterior y desde la perspectiva de la maximización de la riqueza, Richard A. Posner ha sostenido repetidamente que mientras que la tarea de la economía es influenciar a los individuos para que realicen actividades que maximicen la riqueza de la sociedad, la función básica del derecho es alterar los incentivos de los actores económicos aumentando o disminuyendo el precio de las distintas conductas.

Éste es un buen momento para recordar lo dicho en la introducción de este capítulo: Una nota distintiva de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho radica en que “ésta se sustenta en los principales postulados y conceptos de la teoría económica neoclásica para explicar y predecir conductas así como evaluar las normas jurídicas que las condicionan. Para alcanzar dicho objetivo cognoscitivo el análisis económico del derecho tradicional supone que el orden jurídico pone precios implícitos a diversos tipos de comportamientos, y por lo tanto se concentra en los incentivos de precios contenidos en las normas jurídicas; en el modo en que los agentes racionales maximizadores de su interés propio responden a esos incentivos, y en el entendimiento de la naturaleza *ex ante* de los incentivos y de su impacto *ex post*. En última instancia, el objetivo es saber si las normas jurídicas promueven la asignación eficiente de los recursos, es decir, si la asignación determinada por el orden normativo coloca los derechos y recursos en manos de aquellos que más los valoran y si los costos son soportados por aquellos para quienes resultan menores.”

¹⁸ *Ibid.*, pp. 57 y 58. La traducción es mía.

¹⁹ *Ibid.*, p. 58. La traducción es mía.

II.2.3. El análisis económico de los derechos de propiedad

El enfoque económico de los derechos de propiedad fue inicialmente desarrollado por Armen A. Alchian y Harold Demsetz tras notar que los acuerdos jurídico-institucionales que restringen el comportamiento de los individuos y las empresas tienen un efecto crítico en la asignación de los recursos escasos de la sociedad. Concretamente, el principio fundamental de este planteamiento es que la naturaleza y la estructura de los derechos de propiedad resultan decisivas para la asignación de los recursos y la distribución del ingreso. Con base en este principio se sostiene que el estudio de regímenes alternativos de derechos de propiedad puede arrojar luz sobre cuestiones importantes relacionadas con el desempeño de la economía.²⁰

De acuerdo con Mercurio y Medema, el argumento de los partidarios del análisis económico de los derechos de propiedad tiene dos partes. La primera es la tesis de que “el valor de los recursos está atado directamente a los conjuntos de derechos que acompañan a dichos recursos; esto quiere decir que cuanto más completa y definitiva sea la especificación de los derechos de propiedad (esto es, cuanto menos atenuada esté la estructura de derechos), más reducida estará la incertidumbre, lo que a su vez tenderá a promover una asignación de recursos más eficiente”.²¹ La segunda parte es la tesis de que es posible explicar el surgimiento de la institución de los derechos de propiedad sobre los recursos escasos empleando los conceptos y las herramientas de la teoría estándar de la producción y el intercambio; en otras palabras, que es posible deducir una explicación económica del desarrollo de los derechos de propiedad. En este sentido, el surgimiento y desarrollo de nuevos derechos de propiedad se explica como consecuencia de un comportamiento orientado por la busca del valor que generan las nuevas tecnologías y las nuevas oportunidades de mercado. El análisis económico de los derechos de propiedad se ha utilizado primordialmente para explicar y predecir las consecuencias económicas de estructuras alternativas de derechos de propiedad.²²

A pesar de haber surgido en el seno de la escuela de Chicago, el análisis económico de los derechos de propiedad significa un alejamiento de la teoría económica que dominaba el saber económico en la década de los sesenta. En efecto,

constituye un intento de ampliación del marco del *marginalismo neoclásico*, que suponía la existencia de un determinado dispositivo de derechos de propiedad (privada) como algo dado que

²⁰ Cfr. *ibid.*, p. 55.

²¹ *Ibid.*, pp. 55 y 56. La traducción es mía.

²² Cfr. *ibid.*, p. 56.

governaba el uso de *todos* los recursos, y que los costes de transacción eran prácticamente inexistentes. Esto significaba dar por buena –por obvia– la concepción de la propiedad como propiedad privada, que subyace en la concepción de Bentham y sus seguidores sin más cuestionamientos y sin examinar en qué medida distintos sistemas de derechos de propiedad podrían inducir distintos resultados “económicos”. Habrá de ser a partir de la reflexión de Coase, en 1960, cuando el análisis retomará la cuestión de los derechos de propiedad y se desarrollará en varias direcciones. Una de ellas ha consistido en indagar los efectos de la asignación de titularidades cuando los costos de transacción son relevantes. Otra dirección se encaminó hacia el conocimiento de la estructura de los derechos de la propiedad, intentando identificar su alcance en cada momento histórico y así llegar a explicarlos.²³

El que el análisis económico de los derechos de propiedad es en ciertos sentidos diferente del análisis neoclásico ortodoxo es obvio. Piénsese, por ejemplo, en las diferencias habidas entre ambos enfoques en lo relativo a su naturaleza. Mientras que el segundo se caracteriza por ser matemático, abstracto y ahistórico, aquél está necesariamente condicionado por aspectos socio-jurídico-institucionales –que son siempre únicos y específicos, propios de cada lugar y cada momento–, lo que limita considerablemente la posibilidad de que sea expresado en términos matemáticos, abstractos y ahistóricos. Por otra parte, el analista económico de los derechos de propiedad ve relativamente disminuida su capacidad para imaginar o describir los supuestos de sus hipótesis, así como para decidir sobre el grado de realismo de los mismos.²⁴

II.2.3.1. Concepto, naturaleza y función de los derechos de propiedad

En el análisis económico de los derechos de propiedad, el término “derechos de propiedad” se emplea para conceptualizar los derechos que tiene un actor económico para controlar y utilizar

²³ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, *op. cit.*, p. 135. En términos muy generales, los costos de transacción suelen definirse como el costo de utilizar el mercado o el mecanismo de precios para llevar a cabo una actividad económica cualquiera. También son concebidos como los costos en que deben incurrir las partes de una negociación para llegar a un acuerdo. Con relación a este concepto, Douglass C. North (*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 27) señala que el hecho de que la información sea costosa es la clave para explicar la existencia de los costos de transacción, a los que entiende como “los costos de medición de los atributos valiosos de aquello que se está comerciando y los costos de protección de los derechos y de vigilancia y aplicación de los acuerdos”.

²⁴ Véase *supra* 1.4.3.3.

los recursos valiosos, o más específicamente, para elegir entre los distintos usos viables –pero incompatibles– de dichos recursos.²⁵

Yoram Barzel define los derechos de propiedad de un individuo respecto de una mercancía o un activo como la capacidad del individuo –medida en términos de las expectativas, es decir, como capacidad esperada– de consumir directamente el bien o los servicios del activo o de consumirlos indirectamente vía el intercambio. Nótese que de acuerdo con esta definición, “una persona tiene menos derechos de propiedad sobre un bien que propende a ser hurtado o a que se impongan restricciones sobre su intercambio.”²⁶

En otros términos Santos Pastor sostiene que los derechos de propiedad son “relaciones *sociales* que definen la posición de cada individuo respecto a la utilización de los recursos escasos; esto es, lo que cada persona física o jurídica puede hacer con los bienes, servicios o derechos disponibles en una sociedad”.²⁷

Se sigue de las definiciones anteriores que en la literatura económica el término “derechos de propiedad” no denota un derecho único, absoluto, sino que hace referencia a un haz o manajo de derechos o facultades separables que normalmente comprenden el derecho a usar el recurso, a transformarlo, a transferirlo total o parcialmente, a transferir su uso, etcétera, siempre con sujeción a las restricciones que el derecho y los demás sistemas normativos imponen en cada momento histórico.²⁸

En función de la naturaleza de su titular, los derechos de propiedad pueden ser privados –están asignados exclusivamente a una persona privada específica, física o moral, y son enajenables, total o parcialmente, mediante el intercambio por derechos similares sobre otros bienes–, públicos –el titular es una persona pública– y comunitarios –pertenecen a los miembros de una comunidad–.

Los derechos de propiedad de un actor económico están contenidos tanto en reglas formales –las normas jurídicas– como en reglas informales –las normas sociales y culturales así como los usos y las costumbres de la sociedad–. Así pues, el concepto económico “derechos de propiedad” no comprende únicamente derechos jurídicos.²⁹ No obstante, los economistas

²⁵ Conviene advertir desde ahora con Armen A. Alchian (“Property Rights”, en *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, vol. 3, coordinación de John Eatwell, Murray Milgate y Peter Newman, Londres, MacMillan, 1987, pp. 1031-1034, p. 1031) que los derechos de propiedad no son restricciones sobre los usos viables de los recursos valiosos, sino facultades para elegir entre tales usos.

²⁶ Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 3. La traducción es mía.

²⁷ Santos Pastor, *op. cit.*, p. 136. Las cursivas son mías.

²⁸ Cfr. *idem*.

²⁹ Al respecto, Yoram Barzel (*op. cit.*, p. 3) informa que la expresión “derechos de propiedad” tiene dos significados en la literatura económica. El uno consiste básicamente en la capacidad para disfrutar de una propiedad, entendida

reconocen que éstos, a los que en ocasiones llaman “derechos de propiedad formales”, son especialmente relevantes para una adecuada definición y protección de los derechos de propiedad puesto que, entre otras cosas, 1) son más fáciles de observar que los “derechos de propiedad informales”, en tanto que están establecidos en normas formales obligatorias –ya sea que se trate de normas generales y abstractas, como las leyes, o particulares, como las sentencias de los tribunales, por ejemplo–; 2) suelen estar consignados con más precisión que los derechos de propiedad informales, y 3) son casi siempre ejecutables (o aplicables) coactivamente a través del poder público. Estas características no sólo dan a los derechos de propiedad una mejor definición, sino que reducen el derroche de recursos destinados a la protección privada o particular de los recursos valiosos.³⁰

Dado que los derechos de propiedad son facultades para obrar de determinado modo, su relevancia y eficacia económicas dependen del grado en que son reconocidos, respetados y aplicados por los demás miembros de la sociedad. Ello es así porque lo que en realidad tiene un titular de derechos de propiedad, argumenta Harold Demsetz, es el consentimiento de sus semejantes para actuar de cierta forma, o, dicho de otro modo, la garantía de que los demás

ésta como recurso que pertenece, en algún grado, a alguien. “El otro, mucho más antiguo y predominante que aquél, es en esencia lo que el estado asigna a una persona.” (*Idem.*; la traducción es mía.) Barzel llama al primer concepto “derechos de propiedad económicos”, y “derechos de propiedad jurídicos” al segundo. Indica que los derechos de propiedad económicos son el fin (lo que la gente busca finalmente), mientras que los derechos de propiedad jurídicos constituyen el medio para alcanzar dicho fin. Con relación a este mismo asunto, Richard Posner (*El análisis económico del derecho, op. cit.*, pp. 50-52) afirma que existen bienes y servicios con respecto a los cuales hay derechos de propiedad en términos económicos, aunque no los haya en términos jurídicos formales. Tal es el caso de las frecuencias de radiodifusión, por ejemplo. El concepto de derecho de propiedad *de facto* es, en efecto, ampliamente aplicable. En este sentido, salvo que se indique lo contrario, es a los derechos de propiedad económicos a los que se hace referencia en el presente capítulo. Como se verá más adelante (en este mismo apartado y en los dos siguientes), los derechos de propiedad jurídicos –o sea: el conjunto de los derechos subjetivos jurídicos que inciden en el control de los recursos valiosos– pueden ser vistos como un subconjunto de los derechos de propiedad en un sentido económico más amplio.

³⁰ Se habla de una protección privada de los recursos escasos porque el control de dichos recursos depende no sólo de los derechos de propiedad que tengan incorporados –o dicho con más precisión: del sistema de derechos de propiedad que los regula (véase *infra* II.2.3.2)–, sino también de acciones privadas, que serán más onerosas cuanto menos precisa resulte la asignación de los derechos de propiedad y menos adecuada sea su protección. En efecto, la capacidad de un determinado actor económico para utilizar los recursos valiosos emana tanto del control externo (exógeno) como del control interno (endógeno). El control externo deriva de los derechos de propiedad del actor y del sistema que los rige; el control interno se determina por los propios actores a través de diversas inversiones destinadas a ganar dominio sobre los recursos escasos, incluyendo el monitoreo, el levantamiento de cercas, la contratación de seguridad privada, etcétera (Thráinn Eggertsson, “A Note on the Economics of Institutions”, en Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North [coords.], *Empirical Studies in Institutional Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 6-24, p. 8). El tipo y monto de las inversiones privadas que se destinan al control interno de los recursos valiosos están en función del nivel de control externo suministrado por la sociedad, esto es, del sistema de derechos de propiedad. Los actores económicos responden a un bajo nivel de control externo invirtiendo en alto grado en aplicación interna. Y a la inversa: cuando un derecho de propiedad está claramente definido y razonablemente protegido, su titular no debe ocuparse en hacerse de protección adicional privada, y puede por lo tanto destinar los recursos que de otro modo invertiría en dicha protección a actividades verdaderamente productivas.

miembros de la comunidad no interferirán con sus acciones, siempre que esas acciones no estén prohibidas en la especificación de sus derechos.³¹ En otras palabras, la existencia y protección de los derechos de propiedad (privados) garantiza que nadie puede legalmente utilizar o afectar las circunstancias físicas de bienes con respecto a los cuales otra persona tiene derechos de propiedad sin el consentimiento de ésta o sin compensación.³²

Así, el valor económico de un derecho de propiedad se mide por la probabilidad y el costo de que sea efectivamente aplicado y respetado, lo que a su vez depende de los distintos sistemas normativos, de las acciones del régimen político y de las acciones informales, colectivas o individuales, que los miembros de la sociedad lleven a cabo para procurarse control sobre los recursos escasos.

Por otra parte, el valor que un recurso tiene para un actor económico depende del número de atributos que controla, es decir, del número y contenido de los derechos de propiedad de los que es titular. De este modo, cuanto mayor sea el número de derechos de propiedad respecto de un recurso y menos limitadas estén las facultades respectivas, mayor será el valor del mismo, pues mayor será también el número de atributos del recurso sobre los que se tiene control.³³

Lo dicho hasta este momento tiene implícita una idea fundamental, a saber: que los derechos de propiedad regulan y restringen lo mismo el comportamiento del titular (o los titulares) que el de los terceros.³⁴ Por eso se afirma que son un instrumento de la sociedad cuya importancia radica en el hecho de que permiten a los actores económicos formarse expectativas razonables acerca de sus relaciones con los demás.³⁵ Por eso se argumenta también que distintos sistemas de derechos de propiedad generan diferentes incentivos, que a su vez propician conductas de distinto tipo que conducen a resultados también diferentes y de distinto valor social. Así, “la opción por una u otra definición de los derechos afectará al grado de aprovechamiento social de cualquier recurso escaso o al grado en que ciertos sujetos pueden lesionar el disfrute del derecho de otros”.³⁶ Los derechos de propiedad, indica Thráinn

³¹ Harold Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, *American Economic Review, Papers and Proceedings*, vol. 57, núm. 2, mayo de 1967, pp. 347-359, p. 347.

³² Cfr. Armen A. Alchian, *op. cit.*, p. 1031. Este mismo autor advierte que son el uso y la condición físicos de un bien lo que se protege de la acción de los demás, no su valor de cambio.

³³ Siguiendo esta misma forma de razonamiento se llega a la afirmación de que la propiedad formal sin control carece de valor.

³⁴ En efecto, como todo derecho subjetivo, los derechos de propiedad son bilaterales. Las normas bilaterales lo son en tanto que imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones. Así, todo derecho subjetivo es correlativo de un deber, general o especial, de una, de varias o de todas las personas. Véase *infra* II.2.3.3.

³⁵ Cfr. Harold Demsetz, *op. cit.*, p. 347.

³⁶ Santos Pastor, *op. cit.*, p. 135.

Eggertsson siguiendo la misma línea de razonamiento, definen el conjunto de oportunidad de los actores económicos, el sistema básico de incentivos y los costos de transacción relacionados con las distintas actividades económicas.³⁷

Una buena parte de las formulaciones analíticas de los derechos de propiedad (privados sobre todo) se ha consagrado a explicar el modo en que los recursos son empleados en un sistema de propiedad privada (es decir, en un sistema capitalista o de libre empresa) o, lo que es igual, el modo en que la naturaleza y estructura de los derechos de propiedad afecta la asignación de los recursos valiosos de una sociedad y la distribución del ingreso. El propósito primordial consiste en determinar qué tipo de asignación resulta más eficiente en el sentido de que genera mayor riqueza, lo que al final de cuentas equivale a determinar qué tipo de asignación coloca los recursos en manos de quienes más los valoran. La conclusión es que cuanto mejor definidos y protegidos estén los derechos de propiedad, más eficiente resultará el empleo de los recursos escasos.³⁸

Efectivamente, en virtud de que el valor de los recursos está atado directamente al número de atributos de los mismos sobre los que se tiene control, cuanto más precisa y definitiva sea la especificación de los derechos de propiedad, menor será la incertidumbre sobre el resultado de las actividades de los agentes económicos, lo que a su vez tenderá a promover una asignación de recursos más eficiente, a aumentar el número de los recursos destinados a actividades productivas y a disminuir el de los recursos subutilizados, derrochados o desperdiciados. Cuando los derechos de propiedad están bien definidos y razonablemente protegidos, los agentes económicos pueden concebir proyectos y planes ambiciosos e invertir en su implementación.

La teoría económica ha mostrado que el crecimiento económico –esto es, la generación de riqueza– depende de la inversión, la especialización y el intercambio. Todas estas actividades tienen lugar en un cierto contexto institucional, y están determinadas y restringidas de muchas e importantes formas por los derechos de propiedad y los costos de transacción. Estos últimos resultan relevantes debido a que los derechos de propiedad nunca otorgan protección y certidumbre plenas a los actores económicos.

³⁷ Thráinn Eggertsson, “A Note on the Economics of Institutions”, *op. cit.*, p. 9. Como referí en una nota anterior, Douglass North (*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, *op. cit.*, p. 27) señala que el hecho de que la información sea costosa es la clave para explicar la existencia de los costos de transacción, a los que define como “los costos de medición de los atributos valiosos de aquello que se está comerciando y los costos de protección de los derechos y de vigilancia y aplicación de los acuerdos”.

³⁸ Cfr. Armen A. Alchian, *op. cit.*, p. 1031, y Nicholas Mercuro y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North exponen por qué es importante contar con derechos de propiedad adecuadamente protegidos:

Cuando una actividad económica –ya sea la inversión, la producción o el intercambio– está principalmente en manos de personas privadas, es necesario que éstas consideren que tienen un control razonable sobre sus activos antes de arriesgarlos en intercambios que ocurren en el tiempo y el espacio. El desarrollo económico precisa de derechos de propiedad, privados y comunitarios, razonablemente protegidos. La expectativa de una confiscación arbitraria, tanto por parte del Estado como de otras personas privadas distintas del titular, acorta el horizonte temporal del actor económico, aumenta la tasa subjetiva de descuento, y desincentiva la inversión, la especialización y el intercambio.³⁹

El que un actor económico vea acortado su horizonte temporal y aumentada su tasa subjetiva de descuento significa, respectivamente, que su capacidad para concebir proyectos de largo plazo se ve reducida, lo mismo que su disposición a emplear sus recursos en proyectos que no generen rendimientos casi seguros e inmediatos. Cuando algo así ocurre, las empresas riesgosas, complejas y de largo plazo, que suelen ser las que mayor riqueza generan, son difícilmente acometidas.

Richard Posner explica el efecto de una adecuada o inadecuada protección de los derechos de propiedad sobre el uso de los recursos escasos recurriendo al caso de la tierra:

[L]a protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para el uso eficiente de los recursos. Aunque el valor de [una] cosecha [...], medido por la disposición de los consumidores a pagar, podría superar ampliamente a su costo en términos de mano de obra, materiales y usos alternativos de la tierra, sin derechos de propiedad no hay ningún incentivo para incurrir en estos costos porque no hay ninguna recompensa razonablemente asegurada para tal acción. [En un sistema de propiedad privada,] los incentivos apropiados se crean distribuyendo entre los miembros de la sociedad derechos mutuamente excluyentes para el uso de recursos particulares. Si todo pedazo de tierra es propiedad de alguien –si siempre hay alguien que puede excluir a todos los demás del acceso a cualquier área dada [y del aprovechamiento de los frutos, del derecho de dañar la propiedad, etcétera]– los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otras mejoras. Por supuesto, la tierra es sólo un ejemplo. El principio se aplica a todos los recursos valiosos.⁴⁰

³⁹ Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North, “The Evolution of Modern Institutions of Growth”, en *Empirical Studies in Institutional Change*, *op. cit.*, pp. 129-133, p. 130. La traducción es mía.

⁴⁰ Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 38.

Continuando con el caso de la tierra –pero teniendo en mente que éste vale para los demás recursos escasos– puede afirmarse además que cuanto mejor protegidos estén los derechos de propiedad: 1) mejor protegido estará el flujo de renta futura que la tierra produce, 2) mejores serán las condiciones para que la tierra se use como garantía, y 3) mayor será el mercado para su venta, entre otras cosas.⁴¹

Por lo que hace a la especialización y el intercambio, Alchian sostiene que para que la coordinación descentralizada de la especialización productiva funcione correctamente –es decir, de acuerdo con los principios de la ventaja comparativa–⁴² en un sistema de libre empresa en el que la información se encuentra diseminada, los actores económicos deben tener derechos de propiedad privados protegidos y enajenables sobre los recursos productivos, así como productos comerciables a precios establecidos de común acuerdo a un bajo costo de negociación en transacciones contractuales confiables. La capacidad del sistema para coordinar la información diseminada, continúa Alchian, resulta en un aumento de la disposición de bienes mejor valuados así como de bienes cuya producción es menos costosa. Si se acepta que la cantidad de derechos de propiedad privados contenida en los bienes que uno esté dispuesto a comerciar es la medida del valor de los mismos, y que éste no es equivalente sino superior al que corresponde a una cantidad igual de bienes que no se poseen en propiedad privada (como los bienes propiedad de la comunidad, por ejemplo), se entenderá por qué los derechos de propiedad privados adecuadamente definidos y protegidos favorecen la especialización y el intercambio: Toda vez que el comercio debe entenderse como el intercambio de derechos de propiedad sobre diversos atributos de los activos valiosos antes que el intercambio de los activos en sí, la precisión con que se defina la titularidad y el contenido de los derechos de propiedad, así como la eficacia con que éstos se protejan determinará el valor de lo que se intercambia. Casi no existe duda de que los derechos de propiedad privados más sólidos son más valiosos que los menos sólidos, lo que quiere decir que el vendedor de un bien exigirá a cambio de éste un mayor número de bienes sobre los que hay derechos de propiedad poco sólidos que los que exigiría si los derechos de propiedad fueran más sólidos. En consecuencia, es sensato pensar que la presencia de derechos de propiedad difusos desalienta la especialización y entorpece el comercio.⁴³

⁴¹ Cfr. Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North, “Toward an Understanding of Property Rights”, en *Empirical Studies in Institutional Change*, *op. cit.*, pp. 31-33, p. 32.

⁴² Un país tiene ventaja comparativa en la producción de un bien si el costo de oportunidad de la producción de este bien en términos de otros bienes es inferior en este país de lo que lo es en los demás países.

⁴³ Cfr. Armen A. Alchian, “Property Rights”, *op. cit.*, p. 1031.

De lo argumentado en los párrafos anteriores puede concluirse con Eggertsson que la creación de la riqueza se ve restringida: 1) cuando los derechos de propiedad sobre los activos valiosos están indefinidos o poco claros, pues los derechos de propiedad imprecisos tienden a originar un comportamiento derrochador, además de que inhiben la inversión o bien la encauzan a actividades que tienen la ventaja de ser relativamente poco riesgosas pero que por otra parte generan poco valor esperado; 2) cuando los derechos de propiedad pertenecen a (y permanecen en manos de) personas que no colocan los activos en sus usos más valiosos.⁴⁴

Resulta conveniente profundizar en el significado del concepto “definición de los derechos de propiedad”, lo que nos llevará directamente al tema relativo al sistema de derechos de propiedad.

II.2.3.2. El sistema de derechos de propiedad

En los dos apartados anteriores asomaron términos tales como naturaleza, estructura, definición, especificación, asignación, etcétera, de los derechos de propiedad. Con respecto a la definición, especificación y asignación se señaló que ésta debe ser lo más precisa, completa y definitiva posible, en oposición a difusa, incompleta e incierta. ¿Qué quiere decirse con todos estos conceptos y notas? Se afirma que dichos conceptos –o, mejor, la forma que ellos adquieren– informan y caracterizan a un determinado “sistema de derechos de propiedad” y lo distinguen de los demás sistemas posibles. Todos ellos son susceptibles de ser abordados con apoyo en dos conceptos comunes en la literatura jurídica: el de titularidad y el de contenido de los derechos.

Todos los sistemas de derechos de propiedad no definen o asignan estos derechos con la misma precisión. Lo que quiere decirse con esta afirmación es que los distintos sistemas establecen con más o menos claridad quién tiene qué derechos de propiedad (titularidad) y qué puede hacer con los bienes o activos con respecto a los cuales tiene tales derechos (contenido o alcance). En este sentido, para los seguidores del análisis económico del derecho decir que existe una precisa asignación de derechos sobre el uso de los recursos equivale a decir que

⁴⁴ Cfr. Thráinn Eggertsson, *op. cit.*, p. 9.

existe “una perfecta delimitación de derechos sobre los recursos escasos, tanto respecto a su titularidad como a su contenido”.⁴⁵

A partir de estos dos conceptos es posible establecer, sostiene Santos Pastor, una especie de doble catálogo de las distintas formas de propiedad. En primer lugar aparecerían los distintos tipos de titularidades: privada, pública, comunitaria, etcétera, donde la propiedad privada se expresa a través de formas diversas con relación a la titularidad, pudiendo ser propiedad individual, familiar, de socios en sociedades civiles o mercantiles, de universidades, entre otras. En segundo lugar vendría el distinto contenido de tales derechos y titularidades: “distintos grados de disponibilidad, de poder o no hacer, y hasta qué punto, en cada caso. Cada una de las titularidades antes mencionadas puede tener un alcance diferente; por ejemplo, una titularidad privada puede ser o no exclusiva, ser o no enajenable, gravable”,⁴⁶ estar o no limitada (por la imposición de servidumbres o regulaciones, por ejemplo), etcétera. Para comprender mejor el concepto de “contenido” recuérdese que el haz de derechos o facultades asociado a un recurso es a menudo divisible.

Mencioné previamente que los distintos sistemas de derechos de propiedad –o sean, estructuras o regímenes alternativos de derechos de propiedad– generan incentivos, conductas y resultados económicos particulares y de distinto valor social, y que la opción por una u otra definición de estos derechos –esto es, una u otra forma de delimitarlos en lo relativo a su titularidad y contenido– afecta el grado de aprovechamiento social de cualquier recurso escaso y el grado en que ciertos sujetos pueden lesionar el disfrute de los derechos de los demás.⁴⁷ Es decir, la estructura de los derechos de propiedad incide críticamente en los resultados económicos al afectar los incentivos de los actores para crear nueva riqueza o para subutilizar, derrochar o desperdiciar los recursos escasos.

El hecho de que las diferentes formas de propiedad –las distintas formas de delimitar la titularidad y el contenido o alcance de los derechos– tengan distintas consecuencias económicas se debe a que generan diferentes incentivos que afectan a uno o varios de los siguientes aspectos: a) los costos de transacción; b) la eficiencia; c) la distribución del ingreso, la riqueza o el poder, d) la asignación previa de titularidades, y e) otros valores, como por ejemplo la capacidad de cohesión de la comunidad o la realización de la justicia.⁴⁸

⁴⁵ Juan A. Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara, 1999, p. 283.

⁴⁶ Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 137.

⁴⁷ Cfr. *ibid.*, p. 135.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 138.

El sistema de derechos de propiedad determina la distribución, entre los individuos y grupos de la sociedad, del control efectivo sobre los recursos valiosos, incluido el capital humano. En dicho sistema se manifiestan las implicaciones económicas de la estructura institucional de la sociedad. “En otras palabras –sostiene Eggertsson– el sistema de derechos de propiedad describe la distribución del poder en la sociedad.”⁴⁹

En concreto, “un sistema de derechos de propiedad pone límites a las acciones de los particulares y los gobiernos, afecta la distribución y el uso de los recursos escasos y prevé sanciones jurídicas para remediar la violación de los derechos”.⁵⁰ Su relevancia es, pues, evidente, y lo es no sólo para la ciencia económica sino también para otras disciplinas como el derecho, la ciencia política y la filosofía moral.

Existe un núcleo de preguntas fundamentales acerca del sistema de derechos de propiedad; por ejemplo: ¿Cuál es la naturaleza de la propiedad y de qué modo debe ser limitada, si es que previamente se ha considerado que deben existir límites a la misma? ¿Debe favorecer el dicho sistema la propiedad privada o la propiedad común, o debe más bien privilegiar una mezcla o combinación de ambas? ¿Es adecuado diseñar y evaluar un sistema de derechos de propiedad con base en los criterios de eficiencia o debe buscarse que la distribución de los derechos sea equitativa o justa antes que eficiente? ¿Puede determinarse sin lugar a dudas si una distribución dada es justa o equitativa? La respuesta a todas estas interrogantes no está exclusivamente en manos de una sola disciplina, e incluso es común que una misma ciencia genere soluciones y posiciones distintas entre sí.

Para la economía neoclásica y la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho, la eficiencia es el criterio con base en el cual debe diseñarse, evaluarse y corregirse un sistema de derechos de propiedad. Una buena parte de la literatura perteneciente a estas escuelas se ha abocado a establecer qué tipo de disposiciones jurídicas se precisan para definir y proteger de la manera más eficiente posible los derechos de propiedad, o bien qué tipo de regímenes jurídicos promueven mejor la estabilidad de las expectativas y la capacidad de la gente para planificar su futuro. Para los partidarios del análisis económico de los derechos de propiedad, las mejores normas relacionadas con el uso de los recursos en un sistema de propiedad privada son aquellas que reducen al mínimo los costos de transacción y favorecen la asignación de la titularidad de los derechos a los agentes económicos que más los valoren, que es decir a aquellos que estén dispuestos a pagar más por su uso.

⁴⁹ Thráinn Eggertsson, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰ Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller y Jeffrey Paul (eds.), *Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. vii. La traducción es mía.

A continuación paso a exponer la teoría de dos de los más conspicuos portavoces del análisis económico del derecho sobre la forma en que debe estar conformado un sistema de derechos de propiedad. Conviene señalar que ambas teorías han sido desarrolladas para aplicarse a un sistema de propiedad privada en que la eficiencia es el objetivo primordial.

En la concepción liberal clásica de la propiedad, tener un derecho de propiedad sobre cierto recurso supone, anota Gerald F. Gaus, cuatro elementos: 1) el derecho de utilizarlo, 2) el derecho de excluir a los demás de su uso, 3) el derecho de transferir los dos derechos anteriores, y 4) el derecho de exigir una compensación si otro u otros utilizan o dañan el recurso.⁵¹ Siguiendo esta concepción de los derechos de propiedad y dentro de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho, Richard Posner por un lado y Guido Calabresi y A. Douglas Melamed por el otro han elaborado sendas tesis sobre la forma en que debe conformarse un sistema eficiente de derechos de propiedad formales, es decir, un sistema en que tales derechos se definan y protejan de modo que se reduzcan al mínimo los costos de transacción y se favorezca la asignación de la titularidad de los derechos a los agentes económicos que más los valoren.

En la teoría de Posner,⁵² la consolidación de un sistema eficiente de derechos de propiedad pasa por la preferencia por un sistema jurídico con predominio del derecho privado, es decir, por la utilización preponderante de los elementos esenciales del derecho privado común tradicional –a saber: el derecho de la propiedad, el derecho de los contratos y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual– con el objetivo de diseñar una estructura de negociación y solución de conflictos que sea fiel expresión del mercado. Para alcanzar tal objetivo es preciso que los referidos elementos se conciban y configuren de conformidad con ciertos criterios.

Por lo que respecta al derecho de la propiedad –al que incumbe la creación y definición de los derechos de propiedad privados–, éste debe estructurarse de modo que dichos derechos estén bien definidos y delimitados y sean transmisibles. En otras palabras, el conjunto de los derechos de propiedad debe poseer, idealmente, las siguientes características:

- a) Universalidad, que consiste en que todos los recursos valiosos sean susceptibles de apropiación privada.

⁵¹ Gerald F. Gaus, “Property, Rights, and Freedom”, en Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller y Jeffrey Paul (eds.), *Property Rights*, op. cit., pp. 209-240, pp. 212-216.

⁵² Para la presentación de esta teoría sigo al propio Posner (*El análisis económico del derecho*, op. cit., pp. 37-43), así como las exposiciones de Pedro Mercado Pacheco (*El análisis económico del derecho*, op. cit., pp. 146-148) y Santos Pastor (op. cit., pp. 143-146).

- b) Exclusividad, que radica en la posibilidad del titular, garantizada jurídicamente, de excluir a todos los demás del uso del recurso de que se trate. En la teoría económica de los derechos de propiedad, la distribución entre los miembros de la sociedad de derechos mutuamente excluyentes es una condición necesaria para el uso eficiente de los recursos.
- c) Transferibilidad, que quiere decir que, en principio, todo derecho ha de ser susceptible de ser transferido mediante contratación. La creación de derechos exclusivos es una condición necesaria pero no suficiente para el uso eficiente de los recursos: los derechos deben ser además transferibles. La eficiencia requiere un mecanismo que pueda inducir al propietario a transferir la propiedad a alguien que pueda utilizarla más provechosamente; un derecho de propiedad transferible es tal mecanismo.

Lo dicho en relación con el derecho de la propiedad puede resumirse como sigue: Si todo recurso valioso fuese propiedad de alguien (el criterio de la universalidad), si la propiedad connotara el poder incondicional de excluir a todos los demás del uso del recurso (la exclusividad) y de usarlo uno mismo, y si los derechos de propiedad fueran libremente transferibles (la transferibilidad), el valor del recurso sería maximizado.

Hay que aclarar que dicha sentencia sólo es exacta en un mundo ideal que rara vez coincide con la realidad, pues no toma en cuenta la existencia de los costos del sistema de derechos de propiedad, costos que pueden ser obvios o sutiles. Así, por ejemplo, cuando los costos de la transferencia de los derechos sobre cierto recurso son prohibitivos (lo que ocurre con frecuencia), otorgar a alguien el derecho exclusivo sobre dicho recurso podría reducir la eficiencia en lugar de aumentarla. No obstante, incluso en casos como éste es posible preservar la nota de exclusividad sin menoscabo de la eficiencia si es factible atomizar el derecho de propiedad de un objeto dado en un conjunto de derechos distintos, cada uno de ellos exclusivo. En cualquier caso, el propietario nominal raras veces tendrá un poder exclusivo sobre su propiedad: A causa de la incompatibilidad del uso de dos o más recursos valiosos, es imposible la existencia de derechos de propiedad totalmente exclusivos –es decir, absolutos, sin condiciones o limitaciones–.

El que los costos del sistema de derechos de propiedad sean positivos no sólo provoca que éstos sean menos exclusivos sino también menos universales de lo que serían si aquéllos fuesen nulos. Incluso existen circunstancias en que los costos de aplicar los derechos de propiedad superan a los beneficios. Por lo tanto, el régimen político contribuye al logro de un sistema de derechos de propiedad eficiente no sólo creando, delimitando y protegiendo los

derechos de propiedad, sino llevando a cabo acciones que reduzcan los costos de transacción –como podría ser la provisión de estándares tales como pesos y medidas, que suelen disminuir los costos de medición y, por lo tanto, los costos de transacción– o acciones que permitan suponer que los derechos de propiedad serán garantizados.

Directamente relacionados con lo relativo a la transferencia de los derechos, los costos de transacción y la protección de los derechos de propiedad están el derecho de contratos y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Al primero de ellos le corresponde facilitar el movimiento voluntario de los derechos de propiedad hacia las manos de quienes les asignen mayor valor; le atañe, señala Pedro Mercado Pacheco, “la función de ‘facilitación del mercado’, es decir, disciplinar el intercambio de *property rights* para que éste consiga el resultado eficiente: la asignación de la titularidad de los derechos a aquellos que más los valoren, a aquellos que están dispuestos a pagar más por su uso en un proceso de negociación”.⁵³

Idealmente, la transferencia de los derechos debe ocurrir voluntariamente, como consecuencia de un proceso voluntario de negociación. Debido a que las cosas no siempre son así, un sistema de derechos de propiedad también ha de prever la forma en que se protegerá a los titulares de derechos de propiedad de una confiscación arbitraria, esto es, debe establecer los mecanismos necesarios para evitar las transacciones involuntarias de derechos o, en su caso, resolverlas eficientemente. El grueso de esos mecanismos están provistos por el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, que se ocupa de proteger los derechos de propiedad.

En principio, debe acudir al sistema de responsabilidad civil sólo en los casos en que el mercado no pueda funcionar por la existencia de externalidades provocadas por costos de transacción altos. En estos casos, el régimen político debe resolver los conflictos de derechos “adoptando una decisión en sustitución del mercado”, es decir, provocando el resultado que el mercado habría generado si la transacción voluntaria hubiese sido posible. Un ilícito civil es, desde esta perspectiva, “un intercambio involuntario, una transacción forzosa de derechos”.⁵⁴

El que la elección entre los diversos usos de un recurso escaso esté condicionada por la estructura jurídico-política institucional deriva en buena medida del hecho de que ésta determina no sólo qué facultades habrán de ser consideradas derechos sino también qué derechos serán protegidos jurídicamente y cómo. Como se mencionó anteriormente, en el análisis económico de los derechos de propiedad el valor de los recursos intercambiados depende de los derechos de propiedad en ellos contenidos y de la probabilidad y el costo de

⁵³ Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 147.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 148.

que dichos derechos sean efectivamente impuestos. Se sigue entonces que el problema del diseño de un sistema de derechos de propiedad formales no se agota en la especificación de contenidos y la atribución de titularidades, sino que también supone la elección de los tipos y grados de protección de tales derechos. Es decir, en la conformación de un sistema eficiente de derechos de propiedad el régimen político debe responder constantemente una pregunta doble: ¿Qué derechos y qué grados de protección de los mismos son eficientes? Para el análisis económico del derecho, informa Mercado Pacheco, la protección jurídica de los derechos y el costo de los mecanismos alternativos de tutela de un derecho constituyen una cuestión central a analizar, tanto o más importante que la relativa a la asignación inicial de titularidades, “puesto que aquello que sea garantizado por el derecho será el punto de partida de todo posible intercambio de derechos futuros”.⁵⁵

Ésa es la idea de la que parten Guido Calabresi y A. Douglas Melamed para fundamentar su teoría de los derechos (*entitlements*) y de los tipos de tutela de los mismos. De acuerdo con esta teoría, la conformación de un sistema de derechos de propiedad formales supone la adopción de un par de decisiones jurídico-políticas: la que tiene que ver con la asignación inicial de derechos y la que se refiere a la elección de los mecanismos para su distribución (o transferencia):

El régimen político no sólo tiene que decidir a quién otorgar la titularidad de un cierto derecho, sino que tiene que adoptar simultáneamente una serie de decisiones de segundo orden de igual dificultad. Estas decisiones son las que establecen la manera en la que los derechos son protegidos y cuándo le está permitido a un individuo vender o intercambiar un derecho. En todo litigio, por ejemplo, el régimen tiene que decidir no sólo qué parte gana, sino también la clase de protección que se le garantiza. Y son estas últimas decisiones las que conforman las relaciones posteriores entre el ganador y el perdedor.⁵⁶

En efecto, como argumenta Emily Sherwin,⁵⁷ la idea principal de Calabresi y Melamed es que el proceso de asignación y distribución de derechos y obligaciones precisa de dos decisiones distintas. Primera, elegir quién debe tener la titularidad, es decir, escoger quién verá sus intereses apoyados por el derecho en caso de que exista conflicto de intereses. Segunda, elegir la forma en que los derechos serán protegidos.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 159.

⁵⁶ Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089-1110, p. 1092. La traducción es mía.

⁵⁷ Emily Sherwin, “Introduction: Property Rules as Remedies”, *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 2083-2089, p. 2083.

En la teoría de Calabresi y Melamed un derecho puede estar protegido o regido por: a) una regla de propiedad, que garantiza la intervención del régimen para evitar su transferencia involuntaria; b), una regla de responsabilidad, que permite la transferencia involuntaria del derecho pero previene la intervención del régimen para exigir que aquellos que adquieran o violen un derecho sin el consentimiento del titular original paguen un precio establecido por una autoridad colectiva, y c) una regla de inalienabilidad, que prohíbe la transferencia de los derechos a ella sujetos.

Cuando un derecho está protegido por una regla de propiedad, quien quiera obtenerlo debe adquirirlo mediante una transacción voluntaria y pacífica que implique necesariamente el consentimiento del titular tanto sobre la misma transacción como sobre el precio al que será intercambiado el derecho.⁵⁸ De este modo, una regla de propiedad otorga al titular del derecho de propiedad la facultad de conservarlo hasta que decida voluntariamente deshacerse de él. “Los derechos de propiedad protegidos por reglas de propiedad son, en este sentido, absolutos, toda vez que la propiedad de cierto activo confiere al titular del mismo el poder único y exclusivo de decidir si lo conserva o se desprende de él y de establecer los términos en que lo vendería.”⁵⁹

Se admite de manera universal que la forma de protección que brinda una regla de propiedad es la que implica la menor intervención del régimen político, pues ésta se limita a determinar quién es el titular del derecho (pero no el valor del derecho asignado) y a evitar que los derechos se transfieran sin su consentimiento. También es comúnmente aceptada la idea de que la regla de propiedad es la que mejor se adapta a los intercambios que no producen externalidades relevantes.

Cuando un derecho está protegido por una regla de responsabilidad un individuo distinto del titular puede hacer uso o apropiarse de él sin necesidad de tener en cuenta los deseos o las exigencias de éste mediante el pago de una compensación *ex post* por el valor del recurso y los daños ocasionados. El monto de esta compensación no es establecido por las partes en conflicto sino por una autoridad colectiva, normalmente jurisdiccional, y no tiene por qué coincidir con el valor al que el titular original hubiera estado dispuesto a transferir el derecho.⁶⁰ Así, “una regla de responsabilidad niega al titular del derecho el poder de excluir a los demás o,

⁵⁸ Cfr. Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, *op. cit.*, p. 1092, y Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 239. “La *property rule* incluiría todos aquellos remedios legales del tipo de las acciones reales, acciones de cesación, acciones de cumplimiento *in natura* de las prestaciones del contrato, etc, lo que en el *common law* se llama *injunctive remedies*.” (Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 240.)

⁵⁹ Richard A. Epstein, “A Clear View of *The Cathedral*: The Dominance of Property Rules”, *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 2091-2120, p. 2091. La traducción es mía.

⁶⁰ Cfr. Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, *op. cit.*, p. 1092, y Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 240.

inclusive, de conservar el activo para sí”; de hecho, “el titular se encuentra imposibilitado para resistir los esfuerzos de algún otro individuo por obtener la cosa a cambio del pago de su valor, según se establezca por una figura neutral”.⁶¹

Un derecho está protegido por un regla de inalienabilidad cuando no está permitida su transferencia, con independencia de que ésta ocurra voluntaria o involuntariamente. Cuando sujeta un derecho a la regla de inalienabilidad, el régimen político “interviene al asignar el derecho, al establecer la compensación en caso de que sea sustraído o destruido y al prohibir su venta en algunas o en todas las circunstancias”.⁶²

Calabresi y Melamed sugieren algunas razones para elegir una forma de proteger un derecho en lugar de otra. De gran influencia ha resultado la observación de que las reglas de propiedad promueven un proceso eficiente de intercambio cuando los costos de transacción son bajos, mientras que es más probable que las reglas de responsabilidad promuevan intercambios eficientes cuando dichos costos son prohibitivos. Hay que aclarar que no obstante que el criterio de eficiencia ha sido preferido por la gran mayoría de los partidarios del análisis económico del derecho, aquellos autores advierten que la decisión de optar por una regla de protección en lugar de otra debe considerar también las preferencias distributivas de la sociedad así como otros criterios de justicia.⁶³

El artículo de Calabresi y Melamed se volvió enormemente influyente porque identificó la consecuencia económica central que deriva de los distintos modos de protección de los derechos. Debido a que las reglas de propiedad dan al titular del derecho un poder único y absoluto respecto al uso y la disposición de una cosa determinada, el propietario puede esperar el tiempo que quiera para transferirla. En cambio, al limitar la protección concedida al propietario a una regla de responsabilidad, ese poder de retención se pierde, y en su lugar el propietario obtiene el derecho a una compensación por la cosa cuyo uso o propiedad le ha sido arrebatada contra su voluntad.⁶⁴

Así, la elección entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad tiene importantes consecuencias para el proceso por el cual los recursos cambian de dueño —o, si se prefiere, los derechos cambian de titular—. Cuando un derecho está protegido por una regla de propiedad, sólo puede ser adquirido con el consentimiento del titular al precio que éste señale. Cuando

⁶¹ Richard A. Epstein, *op. cit.*, p. 2091. La traducción es mía.

⁶² Juan A. Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo*, *op. cit.*, p. 287.

⁶³ Es principalmente esta disposición a tomar en cuenta valores o criterios distintos de la eficiencia a fin de evaluar los resultados de las decisiones de los agentes económicos (incluido el régimen político) lo que distingue a Calabresi de los demás estudiosos pertenecientes a la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho y permite ubicarlo en una corriente distinta: la escuela de New Haven.

⁶⁴ Cfr. Richard A. Epstein, *op. cit.*, p. 2091.

está protegido por una regla de responsabilidad, puede ser adquirido sin dicho consentimiento al precio que fije el régimen político. De este modo, las reglas de responsabilidad pueden verse como una alternativa a la negociación en la que el régimen, a través de los tribunales casi siempre, fija el precio de los derechos.

Asimismo, ocasionalmente el régimen político puede optar por prohibir la transferencia de ciertos derechos, haciéndolos inalienables. La restricción de inalienabilidad no carece de racionalidad económica; como señala Pedro Mercado Pacheco, suele ser una respuesta a aquellos casos en que las externalidades que causarían quienes intervienen en la transacción y el uso de los derechos afectarían a un número indeterminado de individuos. Igualmente, puede ser una respuesta a los casos en los que una regla de responsabilidad sería ineficiente dado que el costo de la indemnización sería superior al de los daños así como a los casos en que las externalidades no son calculables en dinero, lo que imposibilita el cálculo de costos y beneficios.⁶⁵

La elección de una regla de protección en lugar de otra tiene consecuencias importantes tanto en la operación general del sistema jurídico como en la del sistema económico. Por ello, todo régimen político deberá optar por la regla que minimice las imperfecciones transaccionales que suceden a causa de la transferencia de los recursos escasos entre los miembros de la sociedad.

Richard A. Epstein informa que la práctica común en casi todos los sistemas jurídicos consiste en la dominancia de las reglas de propiedad sobre las reglas de responsabilidad, excepto en aquellos casos en que el poder de retención que aquéllas otorgan constituye un problema tan serio que las transacciones útiles y convenientes pueden llegar a verse obstruidas por una gran variedad de comportamientos estratégicos.⁶⁶ Es decir, las reglas de responsabilidad suelen (o al menos deben) estar limitadas a aquellas circunstancias en que las reglas de propiedad funcionan mal, razón por la cual se relaja la protección fuerte que éstas implican. En este sentido, Epstein considera que las reglas de responsabilidad deben constituir una excepción adecuadamente regulada, de manera que sólo se conceda a una persona la autorización para apoderarse de la propiedad de alguien más a cambio del pago de una compensación en un escenario institucional restringido que limite los casos en que ese derecho puede ejercitarse y supervise el pago de la compensación. Siempre que se prevea la presencia

⁶⁵ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, pp. 241 y 242. Se trata de casos en que los bienes involucrados son la salud, la integridad física o la libertad personal, por ejemplo.

⁶⁶ Richard A. Epstein, *op. cit.*, p. 2120.

de reglas de responsabilidad será necesario introducir salvaguardias institucionales para asegurar que se adquieran las cosas adecuadas pagando el precio adecuado.⁶⁷

Lo anterior significa que siempre será necesario cierto grado de intervención estatal en las transacciones involuntarias regidas por reglas de responsabilidad, aunque sólo sea para fijar el precio del recurso y el monto de los daños. Asimismo, no debe perderse de vista que la regla de responsabilidad tiene un riesgo endémico: conlleva invariablemente el riesgo de infravaloración, razón por la cual sólo debe emplearse “en aquellos casos en que pueden preverse impedimentos importantes a un sistema de reglas de propiedad, e incluso entonces es necesario regular su operación con onerosas salvaguardias institucionales que no se necesitan cuando los intercambios ocurren por mutuo consentimiento”.⁶⁸ Tampoco debe perderse de vista que la naturaleza del activo es determinante para la elección de los límites que se impongan a la presencia de reglas de responsabilidad, pues existen bienes cuya valuación resulta excesivamente costosa y bienes que son imposibles de valorar adecuadamente, como son, por ejemplo, los que tienen un alto valor emocional.

Las razones para preferir un sistema con predominio de las reglas de propiedad sobre las de responsabilidad son varias y de diversa índole. Pueden condensarse mencionando lo que ocurriría si las cosas fueran al revés: “Con el tiempo, las ineficiencias de un sistema de responsabilidad se sucederían una tras otra hasta que la seguridad en la posesión y la seguridad en el intercambio necesarias para una vida comercial compleja y una vida personal satisfactoria dejarían de existir.”⁶⁹ En conclusión:

La elección entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad debe normalmente decidirse en favor de las primeras a efectos de preservar la estabilidad de las posesiones y de las expectativas sociales que tan necesarias son para el desarrollo de todo orden social complejo. Las excepciones a esa regla ocurren cuando hay casos de necesidad que pueden surgir en crisis momentáneas (necesidad privada) o en acuerdos sociales de gran escala (“common carriers”).⁷⁰

En un artículo reciente,⁷¹ Calabresi precisa que en el trabajo suyo y de Melamed al que me he referido en los párrafos anteriores se mantiene que es posible analizar una situación particular y razonar si una regla de protección es más apropiada que otra en términos que van

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 2092-2094 y 2120.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 2094. La traducción es mía.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 2093. La traducción es mía.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 2120. La traducción es mía.

⁷¹ Guido Calabresi, “Remarks: The Simple Virtues of *The Cathedral*”, *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 2201-2207, pp. 2204-2206.

más allá de la sola eficiencia y que permiten a los tomadores de decisiones responder además a los deseos distributivos, entre otros valores. El mismo autor señala que tiene poca paciencia con el debate sobre qué regla es más eficiente, si una de propiedad o una de responsabilidad, cuando los costos de transacción son altos o bajos. Reconoce que ese debate es valioso, pero no lo encuentra tan interesante como la cuestión sobre cuándo es deseable emplear un medio de tutela en lugar de otro por razones más amplias.

Asimismo, Calabresi encuentra poco útil la discusión abstracta acerca de cuándo son mejores las reglas de propiedad que las reglas de responsabilidad y cuándo no. En cambio, opina que la discusión es muy útil cuando ocurre en un contexto particular, cuando versa sobre qué regla es mejor que otra en una situación real. La naturaleza del derecho, argumenta este autor, depende de las circunstancias; las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad no se adjudican a cosas en abstracto, sino únicamente a cosas en circunstancias particulares, en un contexto particular.

Por último, Calabresi advierte que no hay que perder de vista que el costo de calcular los costos también es importante. Por eso debemos tener siempre en cuenta cuánto cuesta al régimen fijar la compensación que ha de pagarse cuando se adquiere un derecho al amparo de una regla de responsabilidad; pero también debemos tener en cuenta cuánto cuesta a la gente fijar el precio al que venderían un derecho si lo que rige la transacción son reglas de propiedad y no de responsabilidad. Suele pensarse que este último costo no es alto, pero en cuanto uno repasa en todos los intentos –ya sea que se den a través de subastas sucesivas o de auto valoración– para determinar el precio al que una persona venderá, uno se da cuenta de qué tan alto puede llegar a ser. Entonces volvemos a la idea fundamental de la economía neoclásica: Nada es gratis. Toda elección tiene un costo de oportunidad. Las formas de intercambiar derechos de acuerdo con reglas de responsabilidad tienen un costo, lo mismo que todas las demás formas de hacerlo. Estos costos relativos son siempre factores importantes que deben tenerse en consideración al decidir qué enfoque utilizar en una situación particular; tendrán influencia en la decisión de cuándo se permitirá que una persona obtenga derechos pagando un precio establecido colectivamente y cuándo se exigirá que pague un precio negociado. También tendrán influencia en la decisión sobre si debe imponerse a quien no pague un precio negociado sanciones adicionales a la compensación por el valor del activo y los daños causados, como pueden ser, por ejemplo, una condena de prisión o la expulsión de la asociación a la que pertenece.

En pocas palabras, sostiene Calabresi, el trabajo suyo y de Melamed no debe verse únicamente como un modo de análisis de los costos y beneficios de otorgar una regla de protección en lugar de otra, sino también de los costos y beneficios de aplicarla.

Uno de los postulados fundamentales del análisis económico del derecho consiste en considerar que las normas jurídicas funcionan como precios de las conductas de los individuos. Un corolario de lo anterior es la relevancia de la protección de los derechos más allá de la asignación inicial de los mismos: si las normas jurídicas fijan el precio de las conductas, “la propia evaluación del costo de infringir o de cumplir una norma, respetar o violar un derecho ajeno, depende en última instancia de los diferentes tipos de tutela conferidos a los derechos”, lo que significa que “en el límite un derecho valdrá más cuanto más ‘fuerte’ sea la tutela jurídica concedida”.⁷² La “naturalidad” con que estas ideas se entienden y admiten hoy día se debe en buena medida al trabajo de Calabresi.

II.2.3.3. Algunas consideraciones de naturaleza jurídica sobre el término “derechos de propiedad”

Los derechos de propiedad están definidos por un conjunto de normas que incluye al ordenamiento jurídico pero lo rebasa. Empero, el hecho de que tales derechos no se circunscriban al ámbito jurídico no es óbice para intentar identificar un subconjunto de los mismos –a saber: los derechos de propiedad formales– con algún concepto inequívocamente jurídico. Así, en el presente apartado se verá que si los derechos de propiedad se restringen a los derechos formales entonces es posible identificarlos, así sea parcialmente, con los derechos subjetivos jurídicos.

El concepto “derechos de propiedad” (o *property rights*) fue desarrollado por la teoría económica para hacer referencia a los derechos que tiene un sujeto para controlar y utilizar los recursos valiosos, esto es, para elegir entre los distintos usos viables de dichos recursos. Estos derechos no sólo son jurídicos sino morales, y no se encuentran consagrados únicamente en normas jurídicas sino también en preceptos sociales, culturales y morales, así como en los usos y las costumbres de la sociedad. Por consiguiente, no es posible establecer una

⁷² Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 159.

correspondencia exacta o unívoca entre el concepto económico *property rights* y algún concepto jurídico.

Es obvio que los derechos de propiedad abarcan mucho más que el derecho real de propiedad, y más incluso que el conjunto de los derechos reales, todos los cuales son por supuesto *property rights*. También está claro que el concepto económico “derechos de propiedad” no hace referencia al derecho como sistema normativo. En realidad, el concepto es de otra naturaleza y puede ser mejor relacionado con el derecho como conjunto de facultades antes que con el derecho como conjunto de normas y reglas. Recuérdese que en la literatura económica el término “derechos de propiedad” no denota un derecho único, absoluto, sino que hace referencia a un *haz o manajo de derechos o facultades* separables que normalmente comprenden el derecho a usar un recurso, a transformarlo, a transferirlo total o parcialmente, a transferir su uso, etcétera, con sujeción a las restricciones que imponen el derecho y los demás sistemas normativos.

Se sigue de lo anterior que siempre que se restrinja el concepto *property rights* al ámbito jurídico, es decir, si se consideran únicamente los derechos de propiedad formales, el concepto que se aproxima lo suficiente al término económico como para considerarlo su expresión jurídica es el de derecho subjetivo. En este sentido, Juan Antonio Cruz Parceró sostiene que el concepto de *property right*, entendido como “titularidad”, sería equivalente al concepto jurídico de derecho subjetivo en tanto que expresa la atribución a un individuo, por parte del régimen político, de un derecho para actuar de un cierto modo frente a alguien.⁷³ Sin embargo, ni siquiera en el ámbito jurídico la correspondencia entre ambos conceptos es unívoca, sino relativa; ello se debe a que no todos los derechos subjetivos jurídicos son derechos de propiedad formales.

Para tratar de establecer qué derechos subjetivos jurídicos pueden considerarse derechos de propiedad formales es preciso señalar cómo se define aquel concepto y qué tipos de derechos subjetivos existen. Conviene tener presente que hay distintas teorías sobre los derechos subjetivos y que no existe una única forma de concebirlos y clasificarlos.

Recordemos, para iniciar, la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo, esto es, las dos formas fundamentales de entender el concepto “derecho”. En su sentido objetivo, el derecho es un orden coactivo de la conducta humana que se expresa a través de un conjunto de normas impero-atributivas que además de imponer deberes conceden facultades. De este modo, frente al obligado por una norma jurídica se encuentra siempre otra persona facultada

⁷³ Juan A. Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo*, op. cit., p. 286. Este mismo autor (*ibid.*, p. 282) considera que el análisis económico de los derechos de propiedad puede verse como la aproximación del análisis económico del derecho al estudio de los derechos subjetivos.

para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La facultad concedida al pretensor por la norma es el derecho en sentido subjetivo.⁷⁴ El término derecho en sentido objetivo “puede usarse para designar tanto un precepto aislado como un conjunto de normas, o incluso todo un sistema jurídico”.⁷⁵

Eduardo García Máynez sostiene que existe una correlación perfecta entre las dos acepciones fundamentales del sustantivo “derecho”:

El derecho subjetivo es una función del objetivo. *Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma.* El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) *lícitamente* algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

[...] Los dos conceptos se implican recíprocamente; no hay derecho objetivo que no conceda facultades, ni derechos subjetivos que no dependan de una norma.⁷⁶

El derecho subjetivo es, pues, una posibilidad de acción, una autorización, mientras que el derecho objetivo, la norma, es el fundamento de dicha facultad. Por lo tanto, facultad, en sentido jurídico, quiere decir posibilidad de acción concordante con una norma, y el derecho subjetivo consiste en una facultad, pretensión o poder “atribuida a un sujeto o a una clase de sujetos frente a otro sujeto o clase de sujetos a quienes se les impone una prestación normativa correlativa”. Así, “el contenido del derecho subjetivo [que no el objeto] sería el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto”.⁷⁷

Por su parte, Robert Alexy, centrándose en el punto de vista analítico para estudiar los derechos, subraya la distinción entre norma y posición. Al respecto argumenta que una norma es aquello que expresa un enunciado normativo, y que las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de acciones o personas. De esta manera, señala Juan Ramón de Páramo siguiendo a Alexy, la norma le sitúa a alguien en una posición determinada, y lo interesante en lo que respecta a los derechos subjetivos ocurre cuando esta posición no se reduce a ciertas propiedades sino a relaciones entre sujetos.⁷⁸

La tesis anterior resulta sumamente conveniente. Como se mencionó en los apartados anteriores, la teoría económica de los derechos de propiedad mantiene en gran medida esta

⁷⁴ Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 43ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 36.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 36 y 37.

⁷⁷ Juan R. de Páramo Argüelles, “Derecho subjetivo”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, “El derecho y la justicia”, *op. cit.*, pp. 367-394, p. 367.

⁷⁸ Cfr. *ibid.*, p. 370.

concepción de los derechos en general como relaciones o posiciones sociales, y de los derechos jurídicos en particular como relaciones o posiciones jurídicas.⁷⁹ Los *property rights* son relaciones de apropiación. Los derechos de propiedad a secas son relaciones normativas sociales de apropiación; los derechos de propiedad formales son relaciones normativas jurídicas de apropiación.

Líneas arriba quedó señalado que existen diversas teorías sobre los derechos subjetivos y varias formas de concebirlos y clasificarlos. Me parece que puede asegurarse que las teorías principales son las siguientes: 1) las teorías de la voluntad o de la elección protegida (Windscheid), que ven a los derechos subjetivos como un poder de voluntad conferido por el orden jurídico; 2) la teoría del interés o del beneficiario (Jhering, Bentham), que entiende los derechos como intereses jurídicamente protegidos que normalmente redundan en beneficio del titular; 3) las llamadas teorías eclécticas o intermedias (Enneccerus y Nipperdey, Jellineck), que intentaron conciliar las tesis anteriores; 4) la teoría de Hans Kelsen, consistente en a) la identificación de las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo, es decir, la concepción del derecho subjetivo como el mismo derecho objetivo en determinada relación con un sujeto – lo que a decir de García Máynez equivale a confundir las nociones de norma y facultad–, b) la afirmación de que facultad jurídica que no se encuentra garantizada por la acción no es derecho subjetivo, y c) la aseveración de que el derecho a la prestación y el de pedir la aplicación del acto coactivo no son facultades distintas, sino un mismo derecho en dos relaciones diferentes,⁸⁰ y 5) las teorías que conciben a los derechos como pretensiones. Estas últimas teorías o concepciones, señala de Páramo, pueden quedar comprendidas en las teorías de la voluntad o del interés; dicho de otro modo, tales teorías tal vez no constituyan teorías por derecho propio sino ideas sobre los derechos que pueden válidamente mantenerse en dos o más teorías distintas entre sí.

De Páramo apunta que hoy día las teorías sobre el concepto de “derecho” pueden agruparse en dos grupos diferenciados (“aunque los dos derivan de la idea general de la conexión correlativa *derecho/deber*”): la teoría de la voluntad o la elección protegida y la teoría del interés o del beneficiario. De acuerdo con la teoría de la voluntad, tener un derecho siempre implica una facultad de disponer, un poder o discreción del titular, mientras que para la teoría del interés “el titular de un derecho siempre tiene un interés a proteger, que, normalmente, se

⁷⁹ Cfr. Juan A. Cruz Parceró, *op. cit.*, pp. 290 y 291, y Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía, op. cit.*, p. 136, quien concibe los derechos de propiedad como “aquellas *relaciones sociales* que definen la *posición* de cada individuo respecto a la utilización de los recursos escasos” (las cursivas son mías).

⁸⁰ Cfr. Eduardo García Máynez, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

traduce en la idea de beneficio –aun cuando éste fuera mediato o indirecto–.⁸¹ “Claro está – sostiene el mismo autor– que no siempre es posible separar estos dos elementos –facultad discrecional y beneficio–, y en ocasiones se pueden ofrecer contraejemplos que ponen en tela de juicio la validez de ambas formulaciones”, lo que no debe impedir que se reconozca que las teorías en comentario “han puesto de manifiesto los dos elementos que siempre habrá que tener en cuenta cuando se habla de derecho [subjetivo]: la discrecionalidad o poder del titular – que se puede manifestar bajo múltiples formas– y la idea de que existe cierto interés valioso en esa pretensión”.⁸²

De Páramo destaca que tanto la teoría alemana del interés como la teoría inglesa del beneficiario “tienen la virtud de poner de manifiesto algo importante que tienden a olvidar las teorías de la voluntad: la dimensión de ‘bien’, ‘satisfacción de interés’ o ‘beneficio’ para el titular que parece llevar consigo la noción de *derecho*”.⁸³

Las similitudes entre las teorías jurídicas en comentario y la teoría de los *property rights* son evidentes, lo que en buena medida se debe al énfasis que aquéllas ponen, respectivamente, en las ideas de “poder” o “facultad” y de “bien” o “beneficio”.

La existencia de diversas teorías sobre los derechos subjetivos implica la existencia de distintas formas de definirlos, y así como no existe una teoría jurídica susceptible de ser empleada para estudiar de manera completa y rigurosa los *property rights*, no hay una definición de derecho subjetivo que concuerde exactamente con el concepto de *property right*.⁸⁴ No obstante, es posible encontrar definiciones jurídicas que se ajustan notablemente bien al concepto económico. Considérese, a guisa de ejemplo, la definición de José Chiovenda –para quien el derecho subjetivo consiste en la expectativa de un bien de la vida garantizada por la voluntad del régimen político– y compárese con las definiciones de derechos de propiedad ofrecidas en un apartado anterior:

El derecho subjetivo pone al que lo posee en una especial condición de preeminencia frente a los demás, por lo que se refiere al bien de que es objeto ese derecho: porque este bien corresponde sólo a él, con exclusión de todos los otros. En sentido propio el derecho subjetivo supone, pues, un bien de la vida que idealmente puede corresponder también a persona distinta de aquella investida de tal derecho. Pero también se habla de derecho subjetivo en un sentido más lato, porque las normas que se dirigen a la conservación del individuo (prohibición de matar, de

⁸¹ Juan R. de Páramo Argüelles, *op. cit.*, p. 378.

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Sin embargo, opino que sí puede afirmarse que todas las teorías no son igualmente provechosas si la idea es aplicarlas al estudio de los *property rights* o asimilarlas a la teoría de los *property rights*.

ofender mi honor, de llevar mi nombre, de dañar mis bienes, de menoscabar mi libertad y otros semejantes) pueden *subjetivarse*, en cuanto que cualquiera puede decir: tengo derecho a que otro no me mate, no me ofenda, no me cause daño, no quebrante mi libertad, etc. Así hablamos de derecho a la vida, al honor, a la libertad, y otros semejantes, aunque mi vida, mi honor, mi libertad, no puedan pertenecer a otros.⁸⁵

García Máynez explica que Chiovenda da el nombre de bien al “goce de una cosa exterior” y añade lo siguiente con respecto a la tesis del jurista italiano:

La ley puede garantizar el goce absoluto (propiedad), o simplemente el relativo o limitado (desmembramiento de la propiedad: uso, habitación, usufructo, etc.). Otras veces, el bien jurídico consiste en la posibilidad de realizar cierta actividad respecto de una cosa ajena para el mejor goce de la propia; o en la actividad de otro, en cuanto se dirige a procurarnos una utilidad determinada (obligaciones de hacer y de dar) o, por último, en una abstención de los demás, si dicha abstención nos permite el mejor goce de un bien que nos pertenece (por ejemplo, obligación de no abrir un comercio como el nuestro en la misma calle).⁸⁶

Me parece que lo dicho hasta este momento apoya sólidamente la afirmación de que los derechos de propiedad formales son derechos subjetivos jurídicos. Sin embargo, no todos estos derechos son derechos de propiedad. Por lo tanto, resta todavía tratar de establecer qué tipos de derechos subjetivos pueden considerarse *property rights* y cuáles no. En un primer intento de respuesta a dicha interrogante, puede aseverarse que los derechos de propiedad formales son aquellos derechos subjetivos jurídicos que repercuten directamente en el uso y control de los recursos escasos, sin que sea posible determinar con exhaustividad y exactitud qué tipos de estos derechos son derechos de propiedad y qué tipos no lo son.

Los derechos subjetivos que poseen la característica de ser derechos de propiedad pueden ser de diversas clases. Para brindar algunos ejemplos muy generales de algunos de ellos recurriré a las formas de clasificación de aquellos derechos, al menos a las más comunes y arraigadas.

Una primera clasificación atiende a la naturaleza de las reglas en que las facultades se fundan. Así como las normas pueden ser de distinto tipo y naturaleza, los derechos subjetivos también pueden ser de distintas clases. De este modo, puede haber derechos constitucionales,

⁸⁵ José Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, tr. José Casáis y Santaló, Madrid, 1922, p. 44. Citado por García Máynez (*op. cit.*, p. 242, nota al pie de página número 37).

⁸⁶ Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 242.

derechos legales y derechos contractuales, por ejemplo. Como derechos para controlar y utilizar los recursos valiosos, los *property rights* formales pueden derivar de cualquier norma jurídica.

Una segunda clasificación pone el énfasis en la naturaleza del obligado (o los obligados) y de la prestación, y distingue entre derechos relativos y derechos absolutos. “Un derecho es relativo cuando la obligación correspondiente incumbe a uno o varios sujetos, individualmente determinados; absoluto, cuando el deber correlativo es una obligación universal de respeto.”⁸⁷

Claude Du Pasquier propone las definiciones siguientes:

Los derechos relativos valen frente a una o varias personas determinadas, mientras los absolutos existen frente a todas. La categoría típica de los relativos es la de los derechos de crédito, llamados también “personales”, en oposición a los reales. Estos últimos representan el grupo más característico de los absolutos. La distinción se funda en la naturaleza del sujeto pasivo y de la prestación. El derecho es absoluto cuando los sujetos pasivos constituyen la universalidad de las personas, a quienes se impone una obligación negativa, es decir, una abstención [...] Los demás derechos son relativos [...]⁸⁸

También es posible dividir los derechos subjetivos en privados y públicos. Así como se distingue entre derecho privado y derecho público objetivos, se habla de derechos subjetivos privados y derechos subjetivos públicos. “Mejor dicho: la primera clasificación, relativa al derecho como sistema de normas, ha sido aplicada al derecho como conjunto de facultades.”⁸⁹

A su vez, las facultades jurídicas consideradas derechos subjetivos privados se dividen en dos grupos: derechos personales o de crédito y derechos reales. Al igual que en la clasificación de los derechos en relativos y absolutos, el fundamento de la distinción radica en la determinación o indeterminación de los sujetos pasivos y en la índole de los deberes correlativos. Así, mientras que los derechos de crédito son relativos, los reales valen *erga omnes*, es decir, frente a todo el mundo; esto es, en tanto que a la facultad jurídica del titular de un derecho de crédito siempre corresponde una obligación especial de uno o más sujetos individualmente determinados, la facultad jurídica llamada derecho real no es correlativa de obligaciones especiales, sino que todas las personas, indistintamente, deben respetarla. Puede decirse, entonces, que los derechos personales son derechos relativos de carácter privado, mientras que los reales son derechos absolutos de índole también privada. Las definiciones de ambos tipos de derechos son las siguientes: Derecho de crédito es la facultad que una persona,

⁸⁷ *Ibid.*, p. 199.

⁸⁸ Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 1937, p. 103. Citado por García Mañez (*op. cit.*, pp. 199 y 200).

⁸⁹ Eduardo García Mañez, *op. cit.*, p. 201.

llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa; derecho real es la facultad –correlativa de un deber general de respeto, es decir, de una abstención que obliga a todas las personas menos el titular del derecho– que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir.⁹⁰

Se deduce de lo anterior que siempre que las facultades jurídicas correspondientes incidan directamente en el control o la utilización de los recursos valiosos –es decir que permitan al titular del derecho elegir entre los distintos usos viables de dichos recursos–, tanto los derechos personales como los reales deberán ser considerados derechos de propiedad. Por consiguiente, tanto los derechos relativos como los absolutos pueden ser *property rights*.

Lo anterior no implica, por supuesto, que sólo los derechos privados, relativos o absolutos, puedan ser derechos de propiedad. Asimismo, es preciso aclarar que los derechos reales no son los únicos derechos absolutos que pueden ser considerados *property rights*. Existen muchos derechos absolutos que no son reales y que constituyen sin embargo derechos de propiedad. La vida, el cuerpo humano, la libertad, el nombre y otros bienes suelen ser vistos por la teoría económica como recursos valiosos, de manera que los derechos sobre ellos son considerados *property rights*. En el ámbito jurídico, tales bienes son protegidos del mismo modo en que se protege la propiedad, el uso o el usufructo de las cosas, por citar algunos.

⁹⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 201, 207, 214 y 242. Existen varias doctrinas acerca de la distinción entre derecho real y derecho personal, a saber: 1) la teoría clásica o dualista (Escuela de la Exégesis), según la cual existe una irreductible oposición entre las dos clases de derechos; 2) la teoría monista de la equiparación del derecho personal al derecho real (Polacco, Gaudemet, Gazin), y 3) la teoría monista de la equiparación del derecho real a un derecho personal correlativo de una obligación universal negativa (Ortolan, Planiol). De las teorías mencionadas, García Máynez (*op. cit.*, pp. 205 y 210-213) acepta como verdadera la tesis monista de la equiparación del derecho real a un derecho personal correlativo de una obligación universal negativa, de Marcel Planiol: “En la relación jurídica en que el derecho real se manifiesta hay, como en todo vínculo de esta clase, dos términos: el titular y todas las demás personas, a quienes la ley impone la obligación de abstenerse de cualquier acto que impida o estorbe al derechohabiente el ejercicio de las facultades de que dispone. El derecho real es correlativo de una obligación negativa universal y, por esto, ‘el propietario difiere del ladrón que, como él, se halla asimismo en relación directa con la cosa’. Mientras los obligados cumplen con su deber, la relación jurídica entre el titular y las demás personas pasa inadvertida; pero se hace visible en el momento en que alguno de ellos molesta al derechohabiente. Éste puede, en tal hipótesis, rechazar la intromisión o el ataque, y la razón de que esté facultado para hacerlo radica en la existencia del nexo obligatorio.”

En opinión del mismo autor, “la concepción del derecho real como vínculo jurídico entre una persona, sujeto activo, y una cosa, objeto del derecho, es enteramente falsa. Toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes; por ende, una cosa no puede formar parte de aquélla. Derechos y deberes los tienen solamente las personas. Estrictamente hablando, lo que se llama objeto de una obligación no es la cosa material que eventualmente debe ser suministrada por el deudor [...], sino la obligación de entregar aquella. De manera semejante, lo que los autores franceses denominan objeto del derecho, no es la cosa de que el titular puede disponer o disfrutar (derecho real), o la que está facultado para exigir de otra persona (derecho de crédito); es la facultad misma, es decir, la posibilidad de hacer o no hacer lícitamente algo.” En todo caso los derechos establecen relaciones entre personas, y no entre personas y cosas.

Los derechos reales –observa Marcel Planiol– no son las únicas relaciones obligatorias que comprenden como sujetos pasivos a todos los hombres, excepción hecha del sujeto activo. Existen muchas obligaciones legales establecidas de pleno derecho entre las personas, que se caracterizan por ser universales en su aspecto pasivo, como los derechos reales. Para mayor semejanza, dichas obligaciones legales tienen un objeto negativo; como el derecho real en su aspecto pasivo, imponen sólo una abstención. Entre ellas se encuentran las obligaciones de respetar la vida, el honor y la salud de terceros. Estas relaciones obligatorias tienen como acreedor a un solo sujeto. La analogía es sorprendente. La vida y el honor son bienes garantizados de la misma manera que la propiedad de las cosas, por medio de una obligación universal negativa, establecida en nuestro provecho. Son los derechos que [... se denominan] absolutos, para formar una clase única que abarca a los reales y se opone con tal nombre a los de crédito o personales, que no son sino derechos relativos, oponibles solamente a uno o varios sujetos.⁹¹

Los ejemplos anteriores tienen el propósito de ilustrar sobre la posibilidad de encontrar derechos de propiedad en una amplia gama de derechos subjetivos de diversas clases.

Antes de finalizar este apartado quiero referirme brevemente al derecho de acción y al modo en que se relaciona con los derechos de propiedad formales. En particular, pretendo explorar de manera somera si el referido derecho puede ser considerado derecho de propiedad o si más bien debe verse como un derecho subjetivo que siendo prácticamente imprescindible para garantizar la adecuada aplicación y protección de los *property rights* no es en sentido estricto uno de ellos.⁹²

El derecho de acción se define “como la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva”,⁹³ incluso en contra de la voluntad del obligado. El de acción es un derecho correlativo de un deber del órgano jurisdiccional; pertenece al conjunto de los derechos subjetivos públicos que se traducen en la facultad de pedir la intervención del régimen político en provecho de intereses individuales.

Los órganos jurisdiccionales tienen dos funciones sustanciales: decretar si determinadas facultades existen realmente y, en caso necesario, ordenar su satisfacción, incluso por medios coactivos. En un sistema en que la solución de las controversias se realiza generalmente a través de la función jurisdiccional –entendida como la aplicación de normas jurídicas a casos

⁹¹ Citado por García Máynez, (*op. cit.*, p. 210).

⁹² Todo cuanto se diga acerca del derecho de acción vale para el derecho de contradicción o de defensa.

⁹³ Eduardo García Máynez, *op. cit.*, p. 229.

concretos— la asignación de facultades jurídicas no se agota en el texto de la ley sustantiva, sino que resultan de capital importancia la ley adjetiva y el trabajo jurisdiccional. Tal vez a ello se deba que en ocasiones los derechos subjetivos jurídicos hayan sido identificados con acciones procesales. ¿Es esta identificación correcta? De ser así, ¿qué ocurre si las facultades que el reclamante se atribuye constituyen derechos de propiedad?; ¿debe entonces la acción ser vista como perteneciente a dicha clase de derechos?

Las doctrinas que identifican el derecho de acción con el derecho a la prestación establecen la dependencia de aquél frente a éste o viceversa. Por ejemplo, Kelsen, informa García Máynez, hace depender la existencia del derecho subjetivo de la posibilidad de la acción, lo que a juicio de este último autor significa “falsear por completo la noción del mismo, y confundirlo con uno de los medios establecidos para asegurar, en la medida de lo posible, su cumplimiento”. En opinión de García Máynez, la acción, lejos de ser un elemento esencial, “es una forma histórica y, por tanto, contingente, de garantía, es decir, uno de los medios destinados a dar mayor eficacia a los preceptos jurídicos”.⁹⁴

En la actualidad, la mayoría de los estudiosos del derecho considera que el de acción es derecho distinto e independiente del derecho a la prestación y que no existen razones para identificar los derechos subjetivos con acciones procesales. Con respecto a esta cuestión, de Páramo se manifiesta en los siguientes términos:

Una cosa es atribuir un derecho —para ello es suficiente la formulación de una norma—, y otra cosa es disponer de los mecanismos adecuados para su protección. La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere. Hace falta otra norma que instituya mecanismos aptos para prevenir o remediar la transgresión de la primera norma. En los ordenamientos jurídicos modernos no todos los derechos están protegidos jurisdiccionalmente. La tutela jurisdiccional de los derechos presupone ciertos elementos que no siempre concurren.⁹⁵

Entre los derechos que carecen de protección jurisdiccional se encuentran los derechos sociales —amparados casi siempre en normas programáticas— y los derechos correlativos de obligaciones naturales, por ejemplo.

Es incorrecto, pues, afirmar que una facultad jurídica que no se encuentra garantizada por la acción no es derecho subjetivo; igualmente, es falsa la aseveración de que el derecho a la prestación y el de pedir la aplicación del acto coactivo —lo que supone ejercer la acción— no son facultades distintas sino un mismo derecho en dos relaciones diferentes.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 232 y 233.

⁹⁵ Juan R. de Páramo Argüelles, “Derecho subjetivo”, *op. cit.*, p. 368.

Lo anterior significa que todo derecho jurídico que otorgue control sobre algún recurso escaso debe ser considerado derecho de propiedad formal, independientemente de que su protección comprenda o no la posibilidad de poner en marcha el aparato jurisdiccional. En este punto, nótese que aceptar que el derecho de acción debe identificarse con el derecho material, o dicho con otras palabras, que sólo existe derecho material si existe la posibilidad de hacerlo efectivo a través de la acción, implica afirmar que los derechos de propiedad sólo pueden ser derechos jurídicos, pues sólo éstos cuentan con la posibilidad de ser tutelados a través de la función jurisdiccional, lo cual es falso. Efectivamente, todos los derechos no jurídicos que otorgan poder sobre los recursos escasos son también derechos de propiedad, pero informales, los cuales, por su propia naturaleza, carecen de tutela jurisdiccional.

Parece ser, pues, que el de acción no es un derecho de propiedad. ¿Cuál es, entonces, su naturaleza o, para plantear la pregunta de manera menos ambiciosa, su función o relación con los derechos de propiedad?

El derecho de acción no otorga a su titular un control directo e inmediato sobre ningún recurso escaso; sin embargo, es incuestionable que puede afectar la capacidad del titular para utilizar sus recursos valiosos. En efecto, toda vez que los productos de la función jurisdiccional –esto es, las aplicaciones de normas jurídicas a casos concretos– obligan tanto a los particulares como a los demás órganos del régimen político y pueden hacerse efectivos aun en contra de la voluntad de éstos, puede afirmarse que la actividad de los órganos jurisdiccionales tiende –cuando se realiza adecuadamente– a suprimir los obstáculos que se oponen al cumplimiento de las normas jurídicas y garantiza en forma indirecta los intereses privados. A ello se debe que la acción y la función jurisdiccional sean en todo caso fundamentales en un sistema de derechos de propiedad formales, pues éstos están fundamentados en el derecho objetivo, lo que hace crítica la labor de atribución o adjudicación de los jueces. Dado que la labor jurisdiccional se orienta a la protección de derechos subjetivos de los particulares y, en ocasiones, de los de los órganos del Estado, y siendo el derecho de acción la posibilidad de poner en marcha dicha labor, la relevancia de éste es clara e indudable.

Puede decirse entonces que el derecho de acción, junto con el conjunto de normas y mecanismos de todo tipo disponibles para la protección de los derechos (como las reglas procesales que regulan los juicios desde la demanda hasta la ejecución de la sentencia), forma parte del sistema de derechos de propiedad. Recuérdense que de acuerdo con una definición apuntada previamente, los sistemas de derechos de propiedad se caracterizan porque sus elementos ponen límites a las acciones de los individuos y los gobiernos, afectan la distribución y el uso de los recursos *y prevén sanciones legales para remediar la violación de los*

derechos.⁹⁶ Me parece que no cabe duda de que los elementos jurídicos que realizan dichas funciones son los derechos subjetivos –tanto públicos (fundamentalmente el de acción) como privados–, los conceptos de sanción y coacción, y la función jurisdiccional, entre otros. Todos estos elementos constituyen o conforman un sistema de derechos de propiedad, aunque no todos ellos sean derechos de propiedad en sentido estricto. Es decir, el sistema de derechos de propiedad no sólo está integrado por los derechos sobre los recursos escasos sino que también comprende aquellos derechos que inciden de manera indirecta o mediata en el uso de dichos recursos. Para la teoría económica la atribución, adjudicación y protección de los derechos sobre los recursos escasos son actos que ocurren dentro del marco institucional que conforma un determinado sistema de derechos de propiedad.

Cabe una última opinión relativa a la acción en los países de derecho consuetudinario. Me parece que en estos países, donde la mayoría de los derechos han sido y siguen siendo atribuidos y adjudicados por órganos jurisdiccionales, el derecho de acción es todavía más importante en la configuración de un sistema de derechos de propiedad que en los países de derecho estatutario, pues en aquéllos la prestación difícilmente puede separarse de la acción, al menos en un sentido práctico, lo que no quiere decir que teóricamente no sean cosas distintas, como señala la doctrina al distinguir entre la norma que atribuye un derecho de la norma que procura su tutela, por una parte, y entre el derecho a la prestación y el derecho a la acción, por la otra.

En cuanto posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, los derechos subjetivos jurídicos conllevan siempre la autorización de cierta conducta, positiva o negativa, del titular. Asimismo, tales derechos subjetivos implican la existencia de un deber impuesto a otras personas. Por lo tanto, el titular de un derecho jurídico no sólo está autorizado para proceder de cierto modo, sino también para exigir de los sujetos pasivos el cumplimiento de sus obligaciones. Así, el propietario de un vehículo no sólo está facultado para conducirlo, venderlo o arrendarlo, sino para exigir que los demás no se lo impidan. Cuando la conducta del titular del derecho y la del conjunto de los sujetos obligados suponen el control o empleo de recursos escasos, el derecho en cuestión puede ser visto como un derecho de propiedad. Es decir, en la expresión “derechos de propiedad” el sustantivo “derecho” hace referencia a situaciones particulares en que se encuentra una persona o un conjunto de personas con respecto a un determinado precepto o conjunto de normas. Cuando este precepto o conjunto de reglas coloca al titular en una situación que implica la disposición de algún recurso valioso –esto es, la capacidad de elegir

⁹⁶ Cfr. Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller y Jeffrey Paul (eds.), *Property Rights, op. cit.*, p. vii.

entre sus distintos usos–, entonces puede considerarse que dicho precepto o conjunto de normas confiere un derecho de propiedad o una colección de derechos de propiedad. Como se refirió en apartados anteriores, cuanto mayor sea el número de derechos de propiedad que acompañen a un recurso –entre los que se encontrará, en el caso de los derechos de propiedad formales, la posibilidad jurídica de rechazar las interferencias ilícitas de los demás– mayor será el valor del mismo.

II.3. La perspectiva de la teoría de la elección pública

Hasta este momento, y salvo los casos en que se indicó lo contrario, todo lo dicho sobre el movimiento *Law and Economics* ha estado referido a la perspectiva tradicional del mismo, esto es, la aproximación de la escuela de Chicago al análisis económico del derecho. Sin embargo, el movimiento en cuestión es en realidad un movimiento bastante heterogéneo que está integrado por diversas escuelas o corrientes. Todas ellas son susceptibles de caracterizarse por el modo y el grado en que se alejan de la perspectiva tradicional y, sobre todo, claro está, por sus aportaciones al entendimiento de las interrelaciones entre el derecho y la economía.

En lo que queda del presente capítulo haré referencia al resto de las perspectivas que integran el análisis económico del derecho *lato sensu*, con excepción de la escuela de New Haven, el republicanismo cívico moderno y los estudios jurídicos críticos. Para desarrollar la exposición me centraré en los rasgos y las aportaciones principales de cada una de las perspectivas examinadas, así como en sus semejanzas y diferencias con la perspectiva de la escuela de Chicago cuando establecer dicha comparación contribuya a comprender mejor su lugar e importancia dentro del movimiento *Law and Economics*. Me basaré fundamentalmente en los libros *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, de Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, e *Introducción al análisis económico del derecho*, de Andrés Roemer.

La primera de las perspectivas distintas de la escuela de Chicago a que me referiré es la perspectiva de la teoría de la elección pública, o sea, la aproximación de la teoría de la elección pública al análisis económico del derecho.

II.3.1. La teoría de la elección pública

La teoría de la elección pública puede definirse de diversas maneras. La más general de todas ellas es la que la entiende como la aplicación de la economía a la ciencia política. Esta definición no es, sin embargo, muy afortunada. Son más acertadas las definiciones que la conciben como el análisis económico de la adopción de decisiones que ocurre fuera del mercado o como la aplicación del análisis económico al estudio de la adopción de decisiones políticas.⁹⁷

El objeto de estudio de la teoría de la elección pública es en cierto sentido el mismo que el de la ciencia política: el Estado; la política electoral; las reglas de votación; el comportamiento de los votantes, los legisladores y los burócratas; la política de los partidos; la política pública; la regulación, etcétera. Sin embargo, la metodología de la teoría de la elección pública es la misma que la de la economía. En efecto, aquélla constituye un cuerpo teórico fundado en el comportamiento individual –es decir, se trata de una teoría que abraza el individualismo metodológico– que generalmente considera que los actores políticos son maximizadores racionales de su interés propio sujetos a las reglas del proceso político. Así, el postulado básico de la teoría de la elección pública por lo que hace al comportamiento humano es el mismo que el de la economía, a saber: que el hombre es un ser racional y maximizador de su utilidad.⁹⁸

Como aproximación al análisis económico del derecho, la perspectiva de la teoría de la elección pública emplea un conjunto de herramientas analíticas y metodológicas bastante similar al de la perspectiva tradicional,⁹⁹ sólo que su análisis se centra predominantemente en la

⁹⁷ Andrés Roemer (*Introducción al análisis económico del derecho, op. cit.*, p. 55) observa que algunos politólogos se muestran renuentes a aceptar las definiciones de la teoría de la elección pública provenientes de la economía (en este punto hay que tener en cuenta que la *Public Choice* es un campo nuevo que se encuentra inmerso entre distintas disciplinas, entre las que destacan la economía y la ciencia política). En el ámbito de la ciencia política suele definirse a la elección pública como el estudio de la forma en que los gobiernos eligen qué bienes públicos deben ser provistos (en *supra* I.3.4.9.3 se define el concepto de bien público). Por lo mismo, en ese mismo ámbito es común “distinguir la elección pública de las teorías de la elección social (el estudio de los procesos de adopción colectiva de decisiones) y de las teorías de la elección racional (cualquier análisis que postule que los individuos actúan racionalmente para maximizar sus preferencias)” (*idem.*). El mismo autor argumenta que aunque tales distinciones son importantes para ciertos propósitos, no lo son cuando se trata de exponer la aproximación de la teoría de la elección pública al análisis económico del derecho.

⁹⁸ En el próximo apartado se matiza esta afirmación. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema (*Economics and the Law, op. cit.*, p. 85) sostienen que si existe una característica definitoria de la teoría de la elección pública ésta es que sus partidarios se rehúsan a aceptar dos principios básicos de la ciencia política convencional. En primer lugar, rechazan la concepción orgánica del estado que caracteriza a la ciencia política. En segundo lugar, rechazan la opinión de que los servidores públicos (legisladores, burócratas, reguladores, etcétera) ven por el bien común o el interés público antes que por el propio.

⁹⁹ También esta afirmación será matizada en el próximo apartado.

creación e implementación del derecho a través del proceso político y no en la creación, la estructura y el impacto económico del *common law*, lo que constituye el objetivo cognoscitivo preferido de la escuela de Chicago. Con apoyo en el marco teórico de la perspectiva de la elección pública es posible analizar las decisiones de los votantes y los representantes populares que resultan en la creación de normas jurídicas, así como el comportamiento de los burócratas al interpretar y ejecutar la legislación en vigor. Así, este tipo de análisis genera ideas tanto sobre las reglas jurídico-sociales que emergen del proceso político como sobre los efectos (reales o potenciales) de las reglas que gobiernan (o que podrían gobernar) el proceso político en sí. Al final de cuentas, el objetivo primordial es evaluar todas esas reglas desde la perspectiva de la eficiencia económica o el resultado de la cataláctica.¹⁰⁰

II.3.2. Las ramas de la teoría de la elección pública

La teoría de la elección pública no constituye un cuerpo teórico homogéneo sino un conjunto de teorías que teniendo en común la aplicación del análisis económico al estudio de la toma de decisiones políticas pueden, sin embargo, agruparse en tres ramas o vertientes diferentes entre sí: 1) la teoría de la elección social axiomática; 2) las teorías convencionales de la elección pública, y 3) la teoría de la elección pública contractualista, conocida como la cataláctica o ciencia del intercambio.

La teoría de la elección social tiene por objeto el estudio de los procesos de adopción colectiva de decisiones. En particular, se ocupa de estudiar hasta qué grado pueden las preferencias individuales sumarse (“agregarse” dicen los economistas) para constituir preferencias sociales –o más específicamente, para adoptar elecciones sociales (o colectivas)– satisfaciendo una serie de condiciones éticas y de racionalidad. En otros términos más sencillos, esta teoría establece diversos axiomas basados en juicios de valor específicos y analiza hasta qué punto los diversos procesos de elección colectiva –en particular los distintos esquemas de votación– son consistentes con dichos axiomas. “La parte medular del tema es la ‘paradoja de Arrow’. Kenneth Arrow demostró que en general es imposible diseñar instituciones

¹⁰⁰ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, pp. 173 y 174.

que sumen las preferencias de los individuos en forma consistente con un conjunto de condiciones razonables.”¹⁰¹

Andrés Roemer informa que esta rama de la teoría de la elección pública sostiene que la legislación es aleatoria y arbitraria. “Retomando el trabajo pionero de Kenneth Arrow, los teóricos [de la elección social] han demostrado que en circunstancias plausibles una mayoría puede ser llevada a adoptar absolutamente cualquier decisión posible”,¹⁰² con independencia de si los individuos (los legisladores, por ejemplo) actúan motivados por alguna ideología, la búsqueda del bien común o la maximización del interés propio. Como cabe esperar, una buena parte de los teóricos de la elección social se muestra fuertemente desencantada con la regla de votación mayoritaria, en las legislaturas o en cualquier otra instancia de decisión.¹⁰³

Por su parte, las teorías convencionales de la elección pública se ocupan predominantemente del análisis de las legislaturas, los partidos políticos, las burocracias y la regulación. Estas teorías se encuentran organizadas en lo fundamental alrededor del concepto del *homo economicus*, esto es, el paradigma convencional “maximización-escasez-asignación-eficiencia” de la microeconomía en el que el comportamiento de los individuos, lo mismo en el

¹⁰¹ Andrés Roemer, *op. cit.*, p. 63. Los mencionados axiomas o condiciones están enunciados en el teorema de imposibilidad de Arrow, que señala que no existe ningún método (por ejemplo, un esquema de votación) éticamente aceptable que permita convertir las preferencias individuales en preferencias colectivas.

En una sociedad democrática, todo método de adopción de decisiones colectivas –o todo método para transformar preferencias individuales en preferencias colectivas– debe satisfacer las siguientes condiciones: 1) ha de ser de aplicabilidad universal, lo que significa que debe funcionar para cualquier combinación posible de las preferencias de los individuos y para cualquier configuración de las mismas; 2) debe servir para ordenar y calificar todos los resultados posibles; 3) debe ser sensible a las preferencias de los individuos, lo que implica, por una parte, que si todos los individuos prefieren A a B, entonces A debe ser socialmente preferida a B, y, por la otra, que si un individuo prefiere A a B y todos los demás individuos son indiferentes entre ambas opciones, entonces A debe ser socialmente preferida a B (norma de Pareto); 4) el ordenamiento de las preferencias colectivas ha de ser transitivo, lo que quiere decir que si la colectividad prefiere A a B y prefiere B a C, entonces A debe ser socialmente preferida a C; 5) la adopción de decisiones colectivas debe ser independiente de las opciones irrelevantes, lo que significa que la elección colectiva entre las opciones A y B debe depender exclusivamente de las preferencias individuales sobre esas dos opciones, en otras palabras, la elección colectiva entre las opciones A y B debe ser independiente del modo en que los individuos comparen cualquiera de ellas con una tercera opción C; 6) debe impedir la posibilidad de que las decisiones colectivas se impongan dictatorialmente, esto es, debe descartar la posibilidad de que las decisiones o preferencias colectivas reflejen las preferencias de un solo individuo.

Kenneth Arrow demostró en su teorema de imposibilidad que no existe ningún esquema de adopción de decisiones colectivas que satisfaga estas seis condiciones; sin embargo, si cualquiera de ellas se desecha entonces es posible diseñar una regla de decisión que satisfaga las restantes cinco.

¹⁰² *Ibid.*, p. 59.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 59 y 63. Antes que una rama de la elección pública, la teoría de la elección social es uno de los “productos” más importantes de la economía del bienestar. Su desarrollo está basado en la formulación de funciones de bienestar social valuadas en los reales, razón por la cual se ha hecho altamente matemática y abstracta, difícil de estudiar con cierto rigor y provecho en términos que no sean matemáticos. No volveré a referirme a ella en esta tesis, de modo que todo lo que se diga en lo subsiguiente acerca de la teoría de la elección pública deberá entenderse referido a las teorías convencionales o a la cataláctica.

mercado que en el ruedo político, se modela como si su objeto fuera la maximización del interés propio.

La última de las vertientes de la teoría de la elección pública –la cataláctica– concentra sus esfuerzos en el estudio de los procesos de los acuerdos voluntarios entre personas (llámense contratos, transacciones, intercambios o comercio), tanto en la arena política como en la económica. Dentro de esta rama de la elección pública, el entendimiento de la acción colectiva se logra mediante la formulación y aplicación de modelos que consideran a los individuos tomadores de decisiones como la unidad básica de análisis. Es decir, los modelos de la cataláctica comparten el individualismo metodológico que caracteriza a todos los trabajos de la elección pública. No obstante, estos modelos se distinguen de los de las teorías convencionales por el hecho de que estudian la política y los procesos políticos en términos de un complejo paradigma del intercambio, no de la elección.

La vertiente de las teorías convencionales y la vertiente de la cataláctica están firmemente asociadas a distintas escuelas económicas. La primera se identifica con la escuela neoclásica de Chicago –de hecho, suele ser vista como una extensión o apertura de la misma en tanto que aplica el paradigma económico neoclásico convencional al estudio de las elecciones que ocurren fuera del mercado–, mientras que la segunda se identifica con la economía política de la escuela de Virginia. Por lo general los trabajos sobre elección pública basados en la escuela de Chicago son análisis empíricos sustentados en el paradigma microeconómico de “maximización-escasez-asignación-eficiencia”, al paso que en la vertiente inscrita en la tradición de la escuela de Virginia se suele privilegiar el trabajo teórico relacionado con los procesos de adopción colectiva de decisiones en el ámbito constitucional y sustentado en el paradigma de la cataláctica. Entre ambas ramas existe una tensión seria y evidente. James Buchanan, el principal portavoz de la economía política de Virginia, la ha puesto de manifiesto con toda claridad al pronunciarse por la necesidad de exorcizar a la ciencia económica, para hacer lo cual es necesario, sostiene, desterrar al paradigma de la maximización de su lugar predominante en el instrumental económico, renunciar a definir la disciplina en términos de la restricción que impone la escasez y restarle importancia a la asignación de los recursos y a la eficiencia resultante.¹⁰⁴

Como se verá más adelante, tanto la vertiente de las teorías convencionales como la de la cataláctica tienen un componente positivo y otro normativo.

¹⁰⁴ Véase James Buchanan, *Liberty, Market and State*, Brighton, Wheatschaft Books, 1986, p. 20. Citado por Mercurio y Medema (*op. cit.*, p. 86).

II.3.3. La teoría de la elección pública *homo economicus*

El análisis positivo de esta rama de la elección pública tiene por objeto describir y evaluar los resultados políticos a partir del estudio del comportamiento real de los actores políticos – votantes, políticos, legisladores y burócratas– sobre el supuesto de que éstos actúan con el propósito de maximizar su propio interés sujetos a las restricciones que imponen las reglas del proceso político. Se trata, pues, de desarrollar una teoría lógica, coherente y positiva que vincule el comportamiento individual con la acción colectiva sobre las bases del paradigma microeconómico de la conducta humana.

Los trabajos de este tipo se concentran en los resultados de las reglas de votación en una democracia directa, así como en los resultados de la labor de las legislaturas y las burocracias en una democracia representativa, con un especial énfasis en el análisis de las reglas políticas que definen la estructura de incentivos y, por lo tanto, condicionan el comportamiento y las decisiones de los actores políticos. Estas reglas no son otra cosa que las reglas que los legisladores y los burócratas deben observar para tomar decisiones políticas. Ellas lo mismo otorgan discrecionalidad que imponen restricciones a la capacidad o libertad de dichos sujetos de elegir o tomar decisiones.¹⁰⁵

En el contexto de *Law and Economics*, la teoría positiva de la elección pública *homo economicus* se sustenta en el criterio de eficiencia para describir y evaluar: 1) las normas que rigen el proceso político que subyace al poder legislativo así como la legislación resultante; 2) las reglas que rigen la adopción de decisiones burocráticas jurídicas así como las dichas decisiones burocráticas (reglamentos, acuerdos, circulares, etcétera); 3) las normas que gobiernan el proceso de creación de la regulación económica así como la regulación misma, y 4) las reglas que gobiernan el proceso de adopción de decisiones en el ámbito constitucional.

Por su parte, la teoría normativa de esta vertiente de la elección pública generalmente pone el énfasis en la prescripción de medidas que previsiblemente incrementarían la eficiencia del proceso de adopción de decisiones políticas. Esta teoría analiza las reglas mencionadas en el párrafo anterior (lo mismo las adjetivas que las sustantivas, las existentes que las propuestas) y sus efectos (reales o potenciales) para prescribir la adopción de aquellas normas (leyes,

¹⁰⁵ Mecuro y Medema (*op. cit.* p. 88) destacan que toda vez que las reglas políticas prevalecientes en una democracia representativa comportan simultáneamente tanto un margen de discrecionalidad como un conjunto de restricciones sobre la conducta de legisladores y burócratas, la capacidad o libertad de elección “neta” que cada una de ellas conlleva es a menudo ambigua.

decretos, reglamentos, regulaciones, reformas constitucionales...) que mejoren el desempeño de las instituciones políticas y promuevan una asignación eficiente de los recursos.

Como se verá en los subapartados siguientes, la teoría de la elección pública *homo economicus* no sólo analiza las reglas políticas prevalecientes, sino el proceso por el cual los actores políticos (legisladores, burócratas y grupos de interés) promueven y logran la modificación de dichas reglas o la creación de otras nuevas con el objeto de maximizar su interés propio.

II.3.3.1. La democracia directa

Como se señaló en el apartado anterior, la mayor parte del trabajo positivo de esta rama de la teoría de la elección pública se realiza o bien en el contexto de la democracia directa o bien en el de la democracia representativa.

Desde la perspectiva de *Law and Economics* la cuestión normalmente se ciñe a determinar qué reglas o procedimientos de votación (ya sea en una democracia directa o en una representativa) proveerán a los votantes de los incentivos para votar (o informarse acerca de las cuestiones públicas relevantes) de modo que se incremente la probabilidad de lograr un resultado político que contribuya a alcanzar una asignación eficiente de los recursos escasos de la sociedad. [... La votación es] sobre cuestiones tales como qué bienes públicos deben proveerse, en qué cantidad y con qué presupuesto.¹⁰⁶

El trabajo que se realiza en el contexto de la democracia directa consiste principalmente en el análisis de los mecanismos y criterios de votación que deberían utilizarse para la aprobación de leyes o el diseño de políticas. En el ámbito constitucional de elección, en el que se establecen las reglas políticas fundamentales, la cuestión es determinar cuál debe ser la regla básica de votación de la sociedad, contrastando para ello las distintas opciones y sus ventajas y desventajas. Estas opciones son la regla de unanimidad y las distintas formas de la regla de mayoría. Aquélla tiene el atractivo de ser la única que garantiza que las reformas legales den lugar a movimientos a un estado superior en términos de Pareto. Sin embargo tiene dos desventajas: por una parte, es muy costoso diseñar e implementar una propuesta que

¹⁰⁶ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 88. La traducción es mía.

obtenga un consenso unánime; por otra parte, esta regla incentiva el comportamiento estratégico de los votantes, quienes conscientes de que su voto es decisivo pueden entorpecer o de plano impedir la aprobación de una propuesta que no les perjudicaría con la intención de obtener a cambio lo más que se pueda (que suele ser mucho más que lo que pedirían los votantes indecisos cuyo voto es definitivo en el contexto de la regla de mayoría).¹⁰⁷

Las reglas de mayoría no garantizan que las propuestas aprobadas sean eficientes en el sentido de Pareto, ni siquiera que lo sean en el sentido de Kaldor-Hicks. No obstante, debido a las dificultades de implementar la regla de unanimidad, la regla de mayoría suele verse como el criterio óptimo de votación. La cuestión deviene entonces determinar cuál de los distintos tipos o formas de la regla de mayoría debe adoptarse. El tipo de regla de mayoría que se elija para aprobar una ley —que puede ser mayoría simple, mayoría calificada de dos tercios, etcétera— es relevante para los efectos de *Law and Economics*, puesto que no sólo incide en la probabilidad de que una ley se apruebe, sino, sobre todo, en la forma y el contenido de la ley. Asimismo, el orden en que se votan las iniciativas legales —esto es, el control de la agenda— puede resultar importante para definir qué propuestas se aprobarán y cuáles no. Así, tanto la regla de votación como la agenda de votación desempeñan un papel importante en la determinación de la forma que la legislación y la política jurídico-económica realmente tomen.¹⁰⁸

II.3.3.2. La democracia representativa

La literatura positiva generada en el contexto de la democracia representativa se ha centrado fundamentalmente en cuatro temas, a saber: 1) el comportamiento de los políticos y los representantes populares, tanto en campaña como en el ejercicio del cargo; 2) el comportamiento de los votantes en lo relativo a la selección de sus representantes; 3) el comportamiento de los burócratas, y 4) los resultados de todas esas conductas, es decir, los resultados que se presentan en una democracia representativa. “Tanto el político como el burócrata son puestos bajo la lupa con una particular atención en los incentivos que generan las reglas de votación y las reglas de funcionamiento burocrático que gobiernan los procesos de adopción de decisiones.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 89-91. El control de la agenda consiste en la organización del proceso de votación para asegurar el resultado deseado.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 92. La traducción es mía.

II.3.3.2.1. Políticos y legisladores

Por lo que hace al comportamiento de políticos y legisladores, la teoría de la elección pública *homo economicus* centra su atención en los patrones de votación. Esta teoría ha desarrollado varios modelos que plantean que los legisladores y los políticos toman las decisiones que maximizan su interés propio, que en este contexto depende de factores tales como los votos, el poder y el ingreso político. Una buena parte de los trabajos de esta rama de la elección pública expone las causas por las que los resultados del proceso político son o pueden ser ineficientes. Ocupan un lugar central los conceptos de ignorancia racional del votante y de comportamiento interesado del legislador, preocupado primordialmente por maximizar la probabilidad de reelección.¹¹⁰ En cuanto al primer concepto, se argumenta que la regla de votación de mayoría genera pocos incentivos para que los votantes inviertan tiempo, dinero o esfuerzo para hacerse con lo necesario para emitir un voto bien informado, pues saben que la probabilidad de que su voto sea decisivo es muy baja. En otras palabras, dado que es muy probable que el resultado de una elección no se vea afectado por el voto de un solo elector, y mucho menos por el hecho de que éste elija informadamente o con base en la información parcial y sesgada (cuando no falsa) que proveen los propios políticos, es sensato (racional) que los votantes permanezcan mal informados en muchas cuestiones políticas; es decir, es racional permanecer ignorante.¹¹¹

En lo que respecta al segundo concepto, en la teoría de la elección pública los legisladores no están motivados por el deseo de aumentar el bien común o maximizar el interés público, sino por respaldar aquellos programas o leyes que maximicen su atractivo para los electores o que respondan a los intereses de los grupos de interés especiales en activo (por ejemplo, aquellos que más financiamiento aportan a las campañas o aquellos que tienen una mayor incidencia en la imagen pública de los candidatos), aumentando así las perspectivas de reelección.

De este modo, la existencia de incentivos débiles para que los votantes adquieran toda la información necesaria para emitir un voto informado y de incentivos poderosos y siempre presentes para que los políticos favorezcan las estrategias de corto plazo o las políticas que aumenten sus probabilidades de reelección (incluso si éstas resultan perjudiciales para la economía), produce resultados políticos típicamente ineficientes. En el ámbito jurídico-económico: normas que no promueven la asignación eficiente de los recursos. Las políticas y estrategias de corto plazo e ineficientes se caracterizan por ser al mismo tiempo atractivas

¹¹⁰ La teoría de la elección pública tiene su origen y sede principal en los Estados Unidos, país en el que existe la reelección de los legisladores.

¹¹¹ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 92.

políticamente y perjudiciales en el largo plazo para la economía en su conjunto. Por eso se dice que la teoría de la elección pública constituye un análisis del continuo conflicto entre la buena política y la buena economía.¹¹²

II.3.3.2.2. La burocracia

Las teorías convencionales de la elección pública también se ocupan de estudiar las consecuencias económicas de la adopción de decisiones en el ámbito de la burocracia. Por lo que hace a la creación de normas de derecho, el papel del burócrata es relevante debido a las lagunas que a menudo existen en la legislación. Ésta especifica ciertos objetivos o metas pero rara vez es exhaustiva o precisa en lo relativo a la implementación de sus aspectos programáticos. Cuanto mayor es el alcance de la discrecionalidad burocrática en la interpretación de la ley o en la implementación de sus objetivos, mayor es la probabilidad de que exista divergencia entre la intención del legislador expresada a través del proceso de elección política y el impacto final de la legislación. Por lo tanto, para comprender cabalmente el proceso de interpretación e implementación de la ley es necesario analizar el papel de la burocracia, los incentivos que la afectan y los resultados de sus acciones. Asimismo, la teoría de la elección pública estudia las interrelaciones entre: 1) las distintas dependencias y entidades del gobierno; 2) la burocracia y los grupos de interés especiales, y 3) la burocracia y la legislatura, poniendo el énfasis en la determinación de los costos y la evaluación del trabajo burocrático. Una buena parte de las ideas principales de esta rama de la teoría de la elección pública está relacionada con el análisis de cómo y por qué las decisiones burocráticas devienen derrochadores e ineficientes.¹¹³

Los modelos de esta vertiente de la elección pública parten de la suposición de que la conducta de los burócratas está orientada, al igual que la de los legisladores, a la maximización del interés propio, que en el caso de aquéllos depende de factores tales como el poder, el prestigio, el tamaño del presupuesto burocrático, la estabilidad en el empleo, el salario futuro, las condiciones de trabajo y otros beneficios adicionales. Un resultado central de dichos modelos es que el proceso de maximización de la utilidad del burócrata no es consistente con la maximización del bienestar social. En la medida en que la búsqueda del interés propio de la burocracia esté en conflicto con la consecución del bienestar social éste se verá

¹¹² *Ibid.*, pp. 92 y 93.

¹¹³ *Ibid.*, p. 93.

correspondientemente reducido. Este problema se agudiza por la presencia de un elemento adicional: la ausencia de incentivos suficientes para que los legisladores controlen el comportamiento ineficiente y derrochador de las oficinas gubernamentales. Dicha falta de incentivos se debe a varias cosas. Primera, la ausencia de una medida del desempeño gubernamental que sea fácilmente identificable (por ejemplo, una unidad de producción cuantificable). Segunda, la existencia de información parcial o sesgada del desempeño (normalmente la información sobre el desempeño de una oficina gubernamental proviene de la misma institución). Tercera, el hecho de que, por razones políticas, el desempeño ineficiente rara vez es causa de la desaparición de una oficina gubernamental. Por último, la posibilidad de que los burócratas y sus clientes formen coaliciones poderosas, creando así grupos de interés capaces de tomar decisiones políticas.¹¹⁴

II.3.3.3. La búsqueda de rentas

Una de las principales preocupaciones de la teoría de la elección pública es la denominada “búsqueda de rentas”.¹¹⁵ Este término se emplea para describir los esfuerzos de individuos y grupos de interés para lograr influir en la adopción de decisiones políticas en favor de sus propios intereses. Concretamente, la búsqueda de rentas consiste en un intento de obtener rentas económicas merced a la intervención del régimen político en el mercado.¹¹⁶ Un ejemplo típico es el intento de una empresa por obtener la concesión de un monopolio.

¹¹⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 93 y 94.

¹¹⁵ Conviene señalar que el análisis de la búsqueda de rentas no es exclusivo de la rama *homo economicus*. No obstante, y aunque el enfoque de ésta y el de la cataláctica tienen algunos elementos en común, puede decirse que aquí se expone el análisis de aquélla rama, razón por la cual el tópico ha sido ubicado en este lugar.

¹¹⁶ Técnicamente, la búsqueda de rentas constituye intentos de adquirir o conservar derechos sobre los factores de producción cuya oferta es fija. Desde el punto de vista de la sociedad, estos intentos y los gastos que acarrearán representan una pérdida irrecuperable de eficiencia puesto que no aumentan la producción, sino que se limitan a alterar la propiedad de los factores.

Por otra parte, la renta económica se define como la diferencia entre lo que se paga a un factor de producción y el pago mínimo necesario para que se ofrezca. Por ejemplo, la diferencia entre el precio del petróleo y su costo de producción es la renta económica de dicho factor. Ésta existe debido a que el petróleo es un factor fijo, es decir, debido a que hay una cantidad limitada del mismo. Siempre que existe una cantidad limitada de un factor éste se vende a un precio superior a su costo de producción. En muchos casos (como el del petróleo o el talento artístico, por ejemplo) el factor es fijo por naturaleza, lo que significa que la renta económica existe también “por naturaleza”. Sin embargo, hay casos en que el factor es fijo por ley, lo que quiere decir que la renta económica asociada al mismo existe debido a que la entrada en la industria está limitada por la ley. Por ejemplo, la limitación del número de licencias o de concesiones restringe la entrada en un sector y crea rentas económicas. Los regímenes políticos también pueden crear rentas económicas restringiendo artificialmente la producción de algunos artículos.

Los modelos de búsqueda de rentas tienen en común el rechazo de la ideología como factor significativo en el proceso político. Dichos modelos suponen que la ideología –definida como las creencias individuales sobre el interés público– no ejerce influencia alguna sobre los actores políticos –legisladores, votantes, burócratas y grupos de interés–. Por consiguiente, estos modelos comparten la esencia del enfoque *homo economicus*, a saber: que el interés propio es la causa principal, si no exclusiva, en la política.¹¹⁷ Una idea central es que impuestos, subsidios, regulaciones, concesiones y otros instrumentos de política económica son utilizados para aumentar el bienestar de los integrantes de los grupos de interés más influyentes.¹¹⁸ De este modo, son las medidas de presión y las relaciones políticas las que determinan quiénes obtendrán o conservarán las rentas económicas.

En el análisis de la elección pública sobre la búsqueda de rentas el énfasis no se pone tanto en los privilegios especiales o las posiciones monopolísticas concedidas a ciertos individuos a través de la acción del régimen político como en el despilfarro de recursos realizado para adquirir o mantener estas posiciones de privilegio. Es decir, para dicha teoría el verdadero problema consiste en que los recursos que podrían haberse utilizado en actividades económicamente productivas son empleados en la búsqueda de rentas, esto es, en el cabildeo, la promoción de una imagen pública favorable, la adquisición y conservación de relaciones políticas, el pago a abogados, contadores y economistas, etcétera.¹¹⁹

Buena parte de la literatura sobre la búsqueda de rentas se ha centrado en el estudio de la influencia de los grupos de interés en el comportamiento de los legisladores y la adopción de decisiones políticas. El supuesto básico es que éstos promueven y votan los proyectos que maximizan su probabilidad de reelección.

La cuestión, entonces [...], radica en lo que el legislador debe hacer para ganar la reelección. Los modelos de elección pública pueden clasificarse en dos grupos, dependiendo de su respuesta a esa cuestión.

Los modelos del primer grupo sostienen que los legisladores tratan de maximizar su atractivo frente a los electores. Estos electores, a su vez, votan de acuerdo con su propio interés

Una vez que el régimen político crea una limitación artificial (y, por lo tanto, rentas económicas) resulta muy difícil suprimirla, pues sus beneficiarios –o sea, los individuos que han conseguido derechos sobre los factores de producción fijos en un sector– se opondrán a todo intento de expandir la industria o de sacarlos de ella. Véase Hal R. Varian, *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual*, 4ª ed., tr. María E. Rabasco y Luis Toharia, Barcelona, Antoni Bosch, 1998, pp. 404-411.

¹¹⁷ Cfr. Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, *op cit*, p. 62.

¹¹⁸ Cfr. *ibid.*, p. 58.

¹¹⁹ Todos los gastos erogados para adquirir o conservar rentas económicas son puro despilfarro social; no constituyen verdaderos costos de producción puesto que no incrementan la cantidad producida.

económico. Así, esos modelos sugieren que los votos legislativos debieran ser predecibles en grado sumo sobre la base del interés económico de los electores.

Los modelos del segundo grupo hacen hincapié en el papel de los grupos de poder. En la medida en que los votantes carecen de información perfecta acerca de la conducta de un legislador, su respaldo financiero, publicidad y apoyos cobran mayor importancia. Los grupos de interés organizados proporcionan estas formas de apoyo, al igual que otros beneficios posibles, y así adquieren por ese medio la habilidad para afectar en su favor la acción legislativa [alejándola generalmente de las preferencias del ciudadano promedio].¹²⁰

Para la teoría de la elección pública el derroche de recursos asociado con la búsqueda de rentas es el resultado de “inversiones políticas” congruentes con el comportamiento racional de todos los actores políticos involucrados. Es decir, en esta teoría el comportamiento derrochador orientado a la búsqueda de rentas es un comportamiento racional. El que acepte lo anterior no implica, sin embargo, que la teoría de la elección pública considere que el dicho despilfarro de recursos deba ser alentado o consentido; por lo contrario, postula que el mismo debe ser minimizado, para hacer lo cual prescribe tres remedios: 1) reducir el papel de la regulación gubernamental; 2) evitar el establecimiento de instituciones gubernamentales con capacidad para crear rentas, y 3) adoptar reformas constitucionales que requieran mayorías calificadas (de dos tercios o tres cuartos) para aprobar leyes que podrían favorecer o dar lugar a la búsqueda de rentas.¹²¹ “La clave está en diseñar instituciones que faciliten la competencia por aquellas rentas que acompañan a la creación de nuevos excedentes o de nuevas fuentes de riqueza, y que desalienten la competencia derrochadora por las rentas existentes.”¹²²

II.3.4. La teoría de la elección pública contractualista: La cataláctica

“En el enfoque de la cataláctica –informan Mercurio y Medema–, los conceptos de coordinación espontánea y de orden espontáneo toman un lugar preponderante y se imponen sobre el principio de maximización. En dicho enfoque, el énfasis se traslada de los intercambios simples

¹²⁰ Andrés Roemer, *op cit*, pp. 59 y 60.

¹²¹ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, p. 97.

¹²² *Idem*. La traducción es mía.

a los intercambios complejos, esto es, a todos los procesos de acuerdos voluntarios entre personas, ya sea que ocurran en la arena política o en la económica.”¹²³

En efecto, la esencia del enfoque de la cataláctica es hacer de los tomadores de decisiones individuales la unidad básica de análisis y estudiar tanto la política como los procesos políticos en términos del paradigma del intercambio voluntario –y no en términos de la elección y el paradigma de la maximización de la utilidad, como ocurre con los trabajos de la escuela de Chicago en general y de la elección pública *homo economicus* en particular–. Al igual que en el caso del intercambio de mercado, el móvil del acuerdo en el intercambio político es el beneficio mutuo y las ganancias del comercio que proceden de la actividad política. La cataláctica representa, por lo tanto, una extensión de la perspectiva económica a los escenarios institucionales en que las personas interactúan colectivamente.

Los análisis positivos de esta vertiente de la elección pública se han concentrado en describir el modo en que las discrepancias entre los actores políticos se resuelven a través de las instituciones políticas prevaletentes. El objeto de estos trabajos es desarrollar un cuerpo teórico que permita distinguir entre aquellos arreglos institucionales (y las instituciones que los posibilitan) que ponen en armonía el interés propio de los individuos con el bienestar general y aquellos arreglos (e instituciones) que los mantienen en conflicto.¹²⁴

Como cabe esperar, la cataláctica normativa se pregunta cómo *deben* resolverse las discrepancias entre los actores políticos en las distintas arenas. Al respecto, Buchanan ha señalado que toda vez que el intercambio voluntario entre las personas es considerado un hecho positivo mientras que la coerción es considerada una práctica negativa, la sustitución de ésta por aquél es deseable, siempre y cuando, claro está, tal sustitución sea tecnológicamente viable y su costo no sea prohibitivo. De este modo, la cataláctica prescriptiva está orientada a establecer la forma que debe adoptar la reforma institucional a fin de que prevaalezcan, cuando sean viables, los intercambios complejos voluntarios, esto es, los arreglos institucionales del tipo de mercado, lo mismo en la arena política que en la económica.¹²⁵

El modo en que se consigue lo anterior está estrechamente relacionado con lo que los partidarios de la cataláctica consideran que debe ser el papel de los economistas en la política pública, a saber: encontrar, descubrir e inventar arreglos que impliquen movimientos superiores en el sentido de Pareto. Con vistas a la consecución de este fin, la teoría de la elección pública

¹²³ *Ibid.*, p. 94. La traducción es mía.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 95. Mercurio y Medema (*idem.*) apuntan que la cataláctica se distingue de la ciencia política convencional en su énfasis en la ciencia de los intercambios complejos. Mientras que la cataláctica analiza la política y los procesos políticos en términos del paradigma del intercambio voluntario, la ciencia política pone el énfasis en las relaciones no voluntarias entre individuos que implican poder o coerción.

¹²⁵ *Idem.*

contractualista se concentra, como se ha señalado, en la posibilidad del intercambio complejo en la arena política basado en las reglas del consenso unánime (que asegure resultados superiores en el sentido de Pareto) y el requisito de compensación, es decir, en la regla del consenso unánime en presencia de la compensación efectiva. Como señala Buchanan, el requisito de la compensación es esencial, no para dar fundamentos éticos a cierta distribución inicial, sino para determinar cuál de entre los muchos cambios posibles de política social satisface, de hecho, la auténtica regla de Pareto. Para este propósito, la compensación es el único mecanismo disponible para el economista político. Se sigue entonces que el propósito esencial de la teoría normativa de la cataláctica es estructurar un proceso político en el que los valores sean revelados por las acciones políticas de los individuos y en el que el consenso entre los individuos del grupo que elige sea la única afirmación del valor social. Al igual que el mercado, las instituciones políticas deben estructurarse en torno al principio común unificador de las ganancias del comercio, procurando que las estructuras de derechos vigentes tiendan a minimizar costos y que la resolución de los conflictos se logre a través de arreglos contractuales, el intercambio de votos, la venta de votos, los tratos en paquete, la compensación y el compromiso.¹²⁶

En la cataláctica, el economista ofrece una solución (o unas soluciones) de política social presuntamente eficiente y después observa si la solución recibe apoyo a través del consenso de los individuos de la sociedad. De acuerdo con los partidarios de la cataláctica, si una política presuntamente eficiente (estructurada sobre la base de acuerdos de intercambio y negociación complejos e inclusivos) recibe un consenso unánime, entonces dicha política ha de recomendarse inequívocamente.

Así, el enfoque normativo de la teoría de la elección pública contractualista se centra en el proceso de intercambio basado en la regla del consenso unánime y el criterio de compensación, y desvía la atención de la elección y sus efectos, temas que constituyen la preocupación usual de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho y de la rama de la elección pública sustentada en la escuela de Chicago.

Como puede observarse, existen algunas diferencias significativas entre la cataláctica y las teorías convencionales de la elección pública construidas sobre la idea del *homo economicus*. Una de las más importantes se presenta en lo relativo al concepto de eficiencia. Mientras que la escuela de Chicago (en la cual se encuentra inscrita una buena parte de la rama *homo economicus*) comúnmente pone el énfasis en la determinación de la eficiencia de los resultados o estados de cosas a partir de un criterio presuntamente objetivo y

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 95 y 96.

conceptualmente independiente de las elecciones individuales (la asignación de los recursos), la escuela de Virginia sostiene, primero, que no existe una escala o un estándar externo (por ejemplo, la eficiencia) que permita valorar los estados de cosas o los resultados finales, y, segundo, que lo apropiado o adecuado de una política pública (o una reforma legal) no depende de que ésta mejore la eficiencia en la asignación de los recursos sino de que esté basada en el acuerdo, en el consenso al interior del grupo. Desde la perspectiva contractualista de la cataláctica, la eficiencia sólo existe determinada por los procesos a través de los cuales se generan los resultados finales, y como estándar de evaluación no puede aplicarse a éstos sino únicamente a aquéllos.¹²⁷

Andrés Roemer se refiere a este tema con gran claridad. Dejemos que sea él quien diga las últimas palabras al respecto:

[...] como puede observarse, la eficiencia económica se considera de manera radicalmente diferente en la perspectiva de la escuela de Virginia que en la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho. La eficiencia para Posner, y de hecho para gran parte de los seguidores del programa tradicional de análisis económico del derecho, se evalúa haciendo referencia a resultados específicos finales, dada una distribución inicial de los derechos. Se considera a los observadores externos capaces de llevar a cabo una evaluación objetiva de la eficiencia o bien de arreglos institucionales específicos. La eficiencia en la economía política de la escuela de Virginia es un concepto completamente diferente, contractualista, subjetivo y orientado hacia el proceso. Si la única evaluación pertinente es la elección que influye en el costo enfrentado subjetivamente por las partes frente al cambio real o potencial, los observadores externos no pueden determinar si los intercambios observados se quedan cortos o superan el patrón alcanzable.

En realidad, como lo afirma Rowley, dentro del escenario institucional de una relación de intercambio, el hecho de que no se consume el intercambio demuestra que los recursos se encuentran asignados a sus usos de más alto valor. La eficiencia, *dadas las instituciones*, queda asegurada *mientras las partes sean libres de involucrarse o no en el mecanismo de intercambio*. Con todo, el concepto de eficiencia para la escuela de Virginia no es una tautología, dadas las oportunidades para la reforma institucional tanto a nivel del proceso político normal como al nivel constitucional de mayor jerarquía.¹²⁸

¹²⁷ *Ibid.*, p. 96.

¹²⁸ Andrés Roemer, *Introducción al análisis económico del derecho*, *op cit*, pp. 70 y 71. Las cursivas son mías. (El autor se refiere a Charles K. Rowley y su artículo “Public Choice and the Economic Analysis of Law”.) En el ámbito de *Law and Economics*, en un importante artículo titulado “Good Economics-Bad Law” (*Virginia Law Review*, vol. 60, núm. 3, marzo de 1974, pp. 483-492) James Buchanan se pronuncia en contra de la concepción del derecho como una variable instrumental cuya función es la maximización de la riqueza.

II.3.5. Digresión sobre algunas cuestiones metodológicas de la teoría de la elección pública

Concluyo este subcapítulo revisando dos aspectos metodológicos característicos de la elección pública a los que ya he hecho referencia.

1. Cierre metodológico. Dado que la teoría de la elección pública (ambas ramas) se ocupa del estudio económico de los procesos políticos, es comúnmente vista como una apertura o ampliación del paradigma económico neoclásico convencional, en el cual los procesos políticos normalmente se consideran como algo dado. En efecto, la elección pública aborda el estudio de las restricciones políticas, jurídicas y sociales que generalmente se toman como dadas en la economía neoclásica. Asimismo, para la elección pública el móvil del acuerdo en el intercambio político es, al igual que en el intercambio de mercado, el beneficio mutuo y las ganancias del comercio que proceden de la participación (en la política en este caso, en el mercado en el caso del análisis económico convencional así como en el de la cataláctica).

La apertura en comentario en realidad constituye un “cierre metodológico”. Es decir, desde un punto de vista precisamente metodológico, la teoría de la elección pública representa un movimiento que tiende al “cierre” del análisis económico, o en otras palabras, un movimiento que tiende al análisis económico de sistemas cerrados. En la economía neoclásica, las instituciones políticas, los tomadores de decisiones políticas y, por lo tanto, las mismas decisiones políticas son consideradas como exógenas a la actividad económica –esto es, como algo que se determina fuera del sistema–, mientras que en la teoría de la elección pública las instituciones y las decisiones políticas son endógenas. La elección pública considera, de una parte, que los individuos racionales no sólo maximizan su utilidad interviniendo en el mercado en que los bienes, servicios y factores de producción son intercambiados, sino también participando en la arena política, y, de la otra, que los procesos de intercambio que agotan las ganancias del comercio no sólo ocurren en el mercado sino además en el ruedo político. Lo anterior significa, pues, que la asignación de los recursos escasos de la sociedad se realiza a través tanto del mercado como del proceso político por los mismos individuos actuando en uso de sus distintas habilidades. Así, el denominado “cierre” del análisis económico quiere decir simplemente que el dicho análisis es ampliado para abarcar todas las acciones de las personas, lo mismo las explícitamente económicas que las políticas.

2. Individualismo metodológico. El llamado individualismo metodológico consiste en fundar en el comportamiento individual la explicación de los distintos aspectos de los sistemas económico y social. Como se ha visto en este subcapítulo, la teoría de la elección pública

“utiliza el individualismo metodológico en la creencia de que ningún valor social discernible existe independientemente de los valores individuales. Siguiendo la huella de sus antecesores económicos neoclásicos, los autores de la elección pública creen que las acciones individuales ofrecen la única guía económica para evaluar la elección colectiva.”¹²⁹

En mi opinión, la cataláctica ha llevado el empleo de esta categoría metodológica más lejos que la rama *homo economicus*. En ella está fundado el criterio del consenso unánime como estándar para evaluar las decisiones políticas. Como indica Andrés Roemer,

Al afirmar los autores de la elección pública que los valores sociales no existen independientemente de los valores individuales en la sociedad, el consenso o unanimidad es la única prueba que puede asegurar que un cambio sea beneficioso [...]

En consecuencia, los teóricos de la elección pública adoptaron la regla de unanimidad de Pareto-Wicksell para las decisiones grupales. Conforme a esta regla, un cambio jurídico preferido (o sea, un cambio en los derechos y normas relacionados con políticas específicas) sería adoptado sólo si cuenta con un consenso unánime. [Sin embargo,] Al reconocer que algunos individuos pueden ser dañados por alguna modificación en la política y, por tanto, votar contra ésta para impedir su aprobación, los autores de la elección pública han adoptado el criterio de compensación.¹³⁰

II.4. La perspectiva de la economía institucional

A diferencia de otras perspectivas del movimiento *Law and Economics* que tienen la mayor parte de sus principales fundamentos económicos en la teoría económica neoclásica,¹³¹ la perspectiva institucional tiene un basamento económico distinto: la economía institucional. Por lo tanto, conviene iniciar este subcapítulo revisando rápidamente cuáles son los principales conceptos y categorías de esta teoría y en qué se diferencia de la economía neoclásica.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 66.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 67 y 68.

¹³¹ Tal es el caso de las perspectivas tradicional (fundada en la versión más ortodoxa de la microeconomía neoclásica, es decir, la escuela de Chicago), de la teoría de la elección pública (que en general aplica las categorías de la economía neoclásica ortodoxa al estudio de las decisiones adoptadas fuera del mercado), de la escuela de New Haven (que tiene como cimiento teórico una rama de la microeconomía neoclásica *lato sensu* de la que las versiones “fuertes” de la escuela de Chicago y de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho se desmarcan sin ambages: la economía del bienestar) y, en menor medida, de la economía neoinstitucional (que *puede verse*, más que como una versión particular de la teoría neoclásica, como una extensión de la misma).

Posteriormente expondré las principales aportaciones de la perspectiva institucional al entendimiento de las interrelaciones entre el derecho y la economía.¹³²

II.4.1. La economía institucional

La economía institucional es una contribución esencialmente estadounidense al pensamiento económico que, al igual que el realismo jurídico, tuvo su apogeo en la década de los 20 y en los primeros años de la de los 30. Aún tiene una presencia relativamente fuerte en los Estados Unidos y, en menor grado, en Europa.¹³³

La economía institucional se centra en el estudio de las instituciones del sistema económico. Dentro de la economía institucional las instituciones se han definido de diversas maneras. John R. Commons consideró (en 1934) que una institución es una acción colectiva que restringe, libera y expande la acción individual; es decir, es una acción colectiva que controla la acción individual. Con esta definición Commons hizo hincapié en las bases sociales de lo individual, que para la economía ortodoxa de la época estaban dadas y subsistían por sí mismas. Thorstein Veblen definió (en 1899) las instituciones como los hábitos de pensamiento que son generalmente observados y las prácticas que predominan en un periodo determinado. Con esta definición Veblen hizo hincapié en la naturaleza problemática y orientada por las creencias de las instituciones. Herbert J. Davenport combinó las dos definiciones anteriores para definir el concepto de institución como un consenso de pensamientos y hábitos humanos en funcionamiento, o lo que es lo mismo, como una actitud mental ampliamente establecida y un hábito de acción generalmente adoptado.

La economía institucional surgió como una reacción contra el formalismo económico, que se entendía como el razonamiento deductivo y abstracto empleado por el análisis económico ortodoxo y caracterizado por aceptar la existencia de conceptos universalmente válidos, asumir el comportamiento racional maximizador de la utilidad, y dar una importancia desmedida a la estática comparada (la comparación de situaciones de equilibrio). La economía institucional, en cambio, privilegió el análisis inductivo para describir los elementos constitutivos

¹³² Este subcapítulo está enteramente basado en el capítulo “Institutional Law and Economics” (pp. 101-129), del libro *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, de Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, citado con anterioridad.

¹³³ La sede original de la economía institucional fue la Universidad de Wisconsin; sin embargo, actualmente las figuras más representativas de esta escuela de pensamiento –Warren J. Samuels, A. Allan Schmid, Robert A. Solo y Nicholas Mercurio– se encuentran en la Michigan State University.

de la economía. En particular, se ocupó de la descripción de los aspectos institucionales específicos de la economía estadounidense de entreguerras. A pesar de preferir el método inductivo, los institucionalistas no lo llevaron al extremo y fueron capaces de elaborar importantes generalizaciones teóricas. Se ha dicho que la teoría institucional no es ni por asomo tan refinada y exacta como la teoría ortodoxa, pero tampoco tan abstracta y carente de contenido empírico.¹³⁴

Se considera que la escuela institucionalista tiene tres grandes influencias. La primera fue la escuela histórica alemana de mediados del siglo XIX, que ponía el énfasis en la dinámica del desarrollo económico, la necesidad de emplear datos empíricos (en vez de ideas abstractas) para fundamentar las teorías económicas y la necesidad de poner especial atención en las instituciones humanas. El hincapié en reunir datos y estudiarlos en relación con su importancia histórica en vez de estudiarlos como datos aislados y objetivos con el objeto de elaborar modelos estáticos y atemporales ejerció una influencia directa en la metodología de la naciente economía institucional.

La segunda influencia fue la filosofía pragmática estadounidense de Charles Peirce, William James y John Dewey, que advertía una incertidumbre inherente tanto al entendimiento como a la búsqueda de métodos filosóficos que permitieran establecer el significado de conceptos y creencias. Por ello rechazó en gran parte el razonamiento abstracto *a priori* en favor de los estudios empíricos. A diferencia de la suposición, estrecha y uniforme, del comportamiento racional que caracteriza a la microeconomía ortodoxa, las elecciones humanas fueron entendidas pragmáticamente, como realizadas en un mundo de objetos empíricos en constante cambio y de naciendo instituciones económicas, políticas y sociales. Para la filosofía pragmática, sólo eran legítimas aquellas hipótesis que tuvieran relevancia práctica, esto es, que contribuyeran, de un modo progresivo y unificador, a organizar los datos obtenidos mediante las percepciones de los sentidos en relación con el mundo real. El énfasis pragmatista en la incertidumbre inherente al entendimiento sirvió para proveer un fundamento epistemológico y una filosofía social sobre los cuales erigir los pilares básicos del pensamiento económico institucional.

La tercera influencia fueron los escritos de Thorstein Veblen sobre la faceta evolutiva del desarrollo económico. Acérrimo crítico del pensamiento económico ortodoxo, Veblen rechazó la visión mecanicista de la sociedad económica reflejada en el análisis de equilibrios estáticos en favor de un método evolutivo de análisis económico. Pensaba que el ambiente material, la

¹³⁴ Para los institucionalistas modernos, el carácter en extremo formal y matemático de la microeconomía es la causa de que el economista neoclásico convencional no preste atención suficiente a la influencia del tiempo, el lugar y el contexto institucional específicos en que se adoptan las decisiones económicas.

tecnología y las propensiones de la naturaleza humana condicionan el surgimiento y la evolución de las instituciones, y que era necesario un examen crítico de las instituciones capitalistas para comprender la sociedad económica. Consideraba que para la consecución de ese fin era primordial entender tanto los hábitos como las prácticas grupales, y no con el único fin de comprender cómo funcionan estas instituciones sino también cómo evolucionan. En su libro *The Theory of the Leisure Class* de 1899, Veblen argumentó que la ortodoxa concepción hedonista del hombre como un iluminado calculador del placer y el dolor es demasiado limitada y anticuada. En dicho libro, desarrolló la idea de una sociedad formada por dos clases, la clase productiva –aquellos que producen socialmente– y la clase ociosa –aquellos que dependen del derrochador esfuerzo de adquisición–, y a partir de dicha idea desarrolló una teoría de consumo basada en factores culturales generales que influyen la personalidad humana, evitando lo que él consideró la esencia individualista y estrecha de la economía ortodoxa. Veblen intentó demostrar que el sistema económico capitalista moderno tiene un carácter dirigido y administrado, y no individualista y competitivo como lo cree la teoría económica convencional.

Sobre las aportaciones referidas, los fundadores de la escuela institucionalista elaboraron las ideas fundamentales de la misma, a saber: las instituciones, entre las que destaca el sistema jurídico, tienen un impacto importante en la estructura y el desempeño económicos; las principales instituciones económicas pueden crearse y recrearse para adecuarlas a los cambios sociales inherentes a una sociedad; los procesos jurídicos y los económicos son inseparables; la economía es una estructura de acuerdos y relaciones de poder coercitivo, o en otras palabras, un sistema de poder que opera a través de la coacción, por lo que su conocimiento requiere de la comprensión de la distribución subyacente del poder económico; la libertad económica es simplemente libertad para involucrarse en la coacción económica; en consecuencia, se rechaza la economía de la armonía de intereses para dirigir el análisis al conflicto de intereses inherente a la economía moderna; asimismo, se rechaza el énfasis exclusivo en el individualismo metodológico de la teoría ortodoxa, para dar a la acción colectiva y corporativa su verdadero lugar en el análisis económico.

En su forma más moderna, como escuela de pensamiento, la economía institucional presenta una serie de proposiciones que tomadas como un todo ofrecen un enfoque alternativo de análisis económico. Estas proposiciones son las siguientes:

- El comportamiento económico está fuertemente condicionado por el ambiente institucional en el que se desarrolla la actividad económica, al tiempo que el ambiente institucional se ve afectado por el comportamiento económico.

- La interacción entre las instituciones y el comportamiento de los actores económicos es un proceso evolutivo, de ahí la necesidad de contar con un “enfoque evolutivo” de la economía.
- En el análisis del proceso evolutivo, el énfasis se pone en el papel que desempeñan las condiciones impuestas por la tecnología moderna y las instituciones monetarias del moderno capitalismo de economía mixta.
- En el análisis económico debe hacerse hincapié en el conflicto que tiene lugar en la esfera económica de la sociedad, en vez de aceptar el orden armonioso inherente al comportamiento supuestamente cooperativo, espontáneo e inconscientemente libre de los actores económicos en el mercado.
- Existe una necesidad clara y presente de encauzar el conflicto inherente a las relaciones económicas estructurando instituciones que establezcan un sistema de control social sobre la actividad económica.
- El institucionalismo requiere de un enfoque interdisciplinario que convoque a la psicología, la sociología, la antropología y el derecho para que coadyuven en la comprensión del comportamiento de los actores económicos, ello con el fin de generar suposiciones más precisas acerca del mismo.

Como puede observarse, estas proposiciones implican un rechazo parcial del enfoque positivista de la microeconomía que prefiere la mayoría de los microeconomistas neoclásicos ortodoxos, y son una manifestación de la posición institucionalista que sostiene que el marco teórico del análisis económico ortodoxo no permite que éste llegue a ciertos aspectos de la actividad económica que son de importancia fundamental.

La economía institucional se presenta a sí misma como una teoría evolutiva basada en suposiciones conductuales más realistas derivadas de un amplio repertorio de conocimientos provenientes de las ciencias sociales y una valoración y un entendimiento plenos de las instituciones que conducen una economía mixta. Siguiendo la tradición de Thorstein Veblen y John R. Commons, quienes incorporaron los hallazgos de las ciencias conductuales a la economía, los institucionalistas contemporáneos rechazan la suposición de las preferencias estables y exploran la hipótesis de que el derecho influye sistemáticamente en el aprendizaje de las preferencias.

Todas las proposiciones anteriores constituyen, junto con la aportación de Commons que expondré a continuación, el fundamento sobre el que descansa la aproximación institucional al análisis de la relación entre el derecho y la economía.

II.4.2. Commons y el desarrollo del *Law and Economics* institucional

El objetivo central del trabajo de Commons radicó en describir el desarrollo, la evolución y el funcionamiento de aquellas instituciones que afectan el desempeño del sistema económico. Una parte importante de su obra se orientó al examen de los fundamentos jurídicos del sistema económico capitalista, específicamente a la descripción del papel que desempeñan el derecho y los tribunales y el modo en que determinan los elementos de un sistema económico. Como sus predecesores, Commons consideraba que todas las instituciones económicas están sujetas a la evolución. Concretamente, Commons aseguraba que todas las instituciones reciben la sanción de las autoridades a través de un proceso evolutivo, y fue la descripción de esta relación (en realidad: interrelación) entre instituciones económicas y procesos político-jurídicos la aportación fundamental de este autor al entendimiento de la relación (interrelación) existente entre el derecho y la economía, o en términos institucionalistas, entre los procesos económicos y los jurídicos. Por una parte, Commons mostró que la economía influye en el derecho al ejercer el sistema económico presiones sobre los sistemas político y jurídico para que se efectúen reformas legales que faciliten una determinada dirección de evolución, y, por otra parte, mostró que el derecho influye en la economía toda vez que el cambio jurídico facilita el desarrollo de la actividad económica en una determinada dirección. De este modo, el cambio económico dirige el cambio jurídico, que a su vez facilita las transformaciones económicas.

En su teoría sobre los mecanismos mediante los cuales el derecho y la economía se afectan mutuamente, Commons se centró en el análisis del papel que desempeñan los derechos y las reglas que rigen los procesos político-jurídicos dentro del sistema económico, exponiendo de forma sistemática por qué son importantes los derechos (y por consiguiente el sistema jurídico) dentro del sistema económico, y por qué el desarrollo de la teoría económica debía proceder prestando especial atención al papel del derecho y el cambio jurídico en la estructuración de la actividad y el desempeño económicos.

Como se desprende de los párrafos anteriores, el enfoque de Commons en particular y de la economía institucional en general se distingue por el estudio interdisciplinario de las relaciones entre los procesos jurídico y económico antes que por la aplicación de la teoría microeconómica al estudio del derecho. Por otra parte, a diferencia de los demás enfoques sustentados en la dicha aplicación de la microeconomía al derecho, la perspectiva institucional no hace distinciones entre las normas legislativas, las judiciales o las administrativas, y las considera a todas ellas como manifestaciones particulares de la interrelación entre el régimen

político y la economía, esto es, entre los procesos jurídico y económico. Con el empleo del término “interrelación” quiere decirse que el *Law and Economics* institucional pone el énfasis en las interrelaciones y la interacción *mutua* que existen entre el régimen político y la economía. Es decir, esta perspectiva no sólo se ocupa de estudiar el modo en que una modificación en el orden normativo o en la estructura del sistema jurídico provoca una modificación en la conducta de los agentes económicos así como el modo en que una alteración en la conducta de los agentes económicos provoca un cambio en el desempeño económico, sino que considera también el “otro sentido” de estas relaciones, esto es, estudia asimismo el modo en que un cambio en la conducta de los agentes económicos provoca un cambio en el orden normativo o en la estructura del sistema jurídico y el modo en que una modificación en el desempeño económico provoca una alteración en la conducta de los agentes económicos.

Puede decirse que actualmente la economía institucional tiene dos ramas, representadas por el trabajo de sus principales exponentes: A. Allan Schmid y Warren J. Samuels. La mayor parte del trabajo de Schmid, y, por lo tanto, de la primera de las ramas de la economía institucional, se ha concentrado en la interacción entre la estructura del sistema jurídico y el desempeño económico; concretamente, se ha abocado a la realización de estudios empíricos que exploran el impacto económico de estructuras jurídicas alternativas. De acuerdo con Schmid, la aproximación institucional a *Law and Economics* debe preguntarse primordialmente dos cosas: ¿cómo estructuran las reglas de propiedad las relaciones humanas y afectan la participación en la toma de decisiones cuando los intereses entran en conflicto o cuando los objetivos compartidos deben ser implementados? y ¿cómo afectan estos resultados el desempeño de la economía?

Por su parte, el trabajo de Samuels se ha concentrado en la interacción entre la conducta de los agentes económicos y el desempeño económico, es decir, en describir el comportamiento de los individuos y los grupos en el ruedo jurídico-económico. El concepto organizativo es el de “nexo jurídico-económico”, que comunica la idea de que el derecho es una función de la economía y la economía (especialmente su estructura) es una función del derecho: el derecho y la economía se producen conjuntamente. Por medio del nexo jurídico-económico se define la estructura de los sistemas jurídico y económico, cada uno de los cuales sirve como una variable tanto dependiente como independiente en la construcción de la realidad jurídico-económica. Las reglas jurídicas en general dictan los términos de acceso y participación en la economía de los actores económicos potenciales, mientras que los derechos subjetivos en particular, destacadamente los derechos de propiedad, determinan los agentes económicos a cuyas preferencias se les dará efecto a través del mercado. La asignación de los recursos y la

distribución del ingreso y la riqueza son explicados por Samuels en términos de una compleja cadena causal que supone considerar la asignación y la distribución como funciones de las fuerzas del mercado, que a su vez dependen del poder, los derechos y el uso del régimen político.

Ambas ramas de la perspectiva institucional son declaradamente positivas. Su principal objetivo es describir la operación de las instituciones jurídicas de importancia económica y desarrollar técnicas que permitan analizar y predecir las consecuencias en términos de desempeño de diseños institucionales alternativos.

II.4.3. Temas centrales de la perspectiva institucional: evolución, interdependencia y orden

Como se ha mencionado con anterioridad, la premisa central de la economía institucional es que las instituciones económicas motivan todas las actividades económicas. En efecto, para el institucionalismo los hábitos, las costumbres, los patrones sociales y los acuerdos jurídicos y económicos son los factores que rigen la vida económica. A su vez, las instituciones son producto de la evolución, el poder y la tecnología.

La evolución del derecho y la economía

La aproximación institucional al análisis de la relación entre el derecho y la economía es histórico-evolutiva, lo que quiere decir que pone el énfasis en el proceso histórico y el cambio evolutivo del derecho a lo largo del tiempo. En la perspectiva institucional, la estructura de las instituciones jurídico-económicas a través de las cuales se canaliza la toma de decisiones jurídico-económicas –principalmente el régimen político (en cualquiera de sus ámbitos: legislativo, administrativo o judicial), la empresa corporativa y el mercado–, es vista como el resultado de un proceso evolutivo de cambio jurídico-económico antes que como un movimiento hacia un equilibrio estable. En este enfoque, el cambio jurídico, si bien gradual, ha sido continuo y ha resultado en importantes transformaciones del sistema jurídico y la estructura de los derechos, y, por lo tanto, del sistema de organización y control económicos.

Continuidad en oposición a cambio

Otra de las ideas fundamentales analizadas por la perspectiva institucionalista es la de la tensión siempre presente entre la continuidad y el cambio. La trayectoria evolutiva del sistema jurídico-económico deriva de las opciones de política jurídico-económica elegidas a lo largo del tiempo. Durante este proceso de toma de decisiones políticas (ya sea que ocurran en el ámbito legislativo, administrativo o judicial) lo mismo surgen fuerzas que, a través de acciones u omisiones, sirven para mantener la estructura de las instituciones y las relaciones jurídico-económicas del statu quo –esto es, la continuidad–, que fuerzas que promueven una modificación de estas instituciones y relaciones –es decir, el cambio–. Así, el proceso de elección en curso verificado en el ruedo jurídico-económico determina tanto las estructuras institucionales prevalecientes en determinado momento como las estructuras institucionales que prevalecerán en el futuro; es decir, determina si habrá cambio y en qué medida. De este modo, la continuidad y el cambio son ambos resultado del proceso de toma de decisiones políticas; más específicamente, de la interacción entre aquellos grupos que apoyan la continuidad y aquellos que promueven el cambio, y del poder que cada uno de ellos pueda ejercer sobre dicho proceso.

Interdependencia mutua, conflicto y orden

Para Schmid, la economía es un universo de relaciones humanas y no simplemente un universo de mercancías; es, en realidad, un universo en el que cada individuo tiene relaciones de escasez con los demás. En este sentido, los institucionalistas se preguntan tres cosas: 1) quién consigue participar en dicho universo, 2) dónde inician su participación los actores, y 3) cuál es el comportamiento estratégico (es decir, las opciones conscientes, calculadas) de los participantes que define la posición, el papel y el estatus de cada uno de ellos. De este modo, la perspectiva institucional concede una importancia crítica al concepto de interdependencia humana y a la determinación de quiénes son los participantes y cuáles sus puntos de partida, lo que al final de cuentas significa que el énfasis del análisis de este enfoque está en el conflicto antes que en la armonía. En este contexto, el papel del sistema jurídico es proveer un marco o un proceso para la resolución de los conflictos y el desarrollo de los derechos jurídicos.

Así se llega al problema fundamental del orden, que la perspectiva institucional ha definido como la reconciliación de la libertad y el control, o de la autonomía y la coordinación, la jerarquía y la igualdad, con la continuidad y el cambio. El sentido definitivo de los procesos

jurídicos y económicos está en términos de su funcionamiento para resolver el problema (o los problemas) del orden. La existencia de intereses en conflicto requiere tanto de un proceso (o procesos) para decidir entre estos intereses en competencia como de un método (o métodos) para determinar cómo han de resolverse estos conflictos. La resolución de estos conflictos, a la que el régimen político dará efectividad mediante la protección jurídica o de otro tipo de los intereses favorecidos, es la resolución del problema del orden en la sociedad.

II.4.4. Los derechos, el poder y el régimen político

Desde la perspectiva institucional, el derecho se entiende fundamentalmente como creación y recreación de derechos jurídicos. Así, al estudiar el derecho, el interés de la perspectiva institucional recae en el proceso de (re)creación de derechos y su impacto en la toma de decisiones y la actividad jurídico-económicas. Para comprender la importancia de los derechos para esta perspectiva, es preciso comprender primero la concepción institucionalista de la determinación del proceso individual de elección y de las actividades abiertas a los individuos.

Para la perspectiva institucional, la adopción individual de decisiones es función del conjunto de oportunidad de cada individuo, el cual consiste en las alternativas disponibles de acción o elección (cada una de las cuales tiene un costo de oportunidad relativo) que están abiertas a los individuos. Debido a la interdependencia humana y la escasez, el conjunto de oportunidad de cada individuo está restringido, y ciertamente configurado, por el conjunto de oportunidad de los otros miembros de la sociedad. En efecto, todo individuo desea realizar sus elecciones a partir de un conjunto lo menos restringido posible, lo que significa que los individuos intentarán controlar las elecciones, y por tanto el conjunto de oportunidad, de otros individuos que pudieran restringir su propia elección. Por otra parte, la medida de la capacidad de cada individuo para determinar sus propias elecciones y afectar el conjunto de oportunidad, y por lo tanto las elecciones, de los demás es el resultado de un proceso de coacción mutua, en el que la capacidad de coacción de A es simplemente la capacidad de A para afectar el conjunto de oportunidad de B sin el consentimiento de B. A su vez, la capacidad de coacción de un individuo es función del poder de ese individuo, definido como los medios o la capacidad con los cuales se ejerce la elección, y ese poder es relativo con respecto al poder de los demás. Así, el conjunto de oportunidad de un individuo, a partir del cual intenta un equilibrio de maximización restringida, es función de la estructura total de coacción mutua, basada en el

poder relativo. El poder es asimismo una variable dependiente en este proceso, pues es función de las elecciones realizadas en el pasado a partir de conjuntos de oportunidad que evolucionan con el tiempo.

La continua delineación y redefinición de los conjuntos de oportunidad a través de la coacción y el poder da lugar a disputas que requieren solución. La resolución de tales conflictos ocurre mediante la creación y asignación (o reasignación) de derechos jurídicos, los cuales definen el alcance de las elecciones abiertas a cada individuo y el grado en que cada cual está expuesto a verse afectado por las elecciones de los demás. Así, el poder y, por lo tanto, la coacción, los conjuntos de oportunidad y las elecciones resultantes, son función de los derechos.

El que el origen de los derechos se halle en la resolución de los conflictos pone de manifiesto su doble naturaleza: a la vez que aumentan el conjunto de oportunidad de aquellos con derechos, restringen el conjunto de oportunidad de aquellos que están “expuestos” a dichos derechos. Prácticamente toda modificación jurídica impone tanto beneficios como costos, el aumento de los conjuntos de oportunidad de algunos y la restricción simultánea de los de otros. Las externalidades son pues ubicuas y recíprocas: toda (re)definición o (re)asignación de derechos, toda modificación del grado de aplicación de los mismos, beneficia algunos intereses y daña otros; la externalidad permanece, simplemente cambia de sitio. Para el *Law and Economics* institucional, pues, los regímenes jurídicos de propiedad, contractual y de responsabilidad objetiva no ofrecen soluciones a situaciones de externalidades, sino más bien re-soluciones, ya que las externalidades, y por lo tanto los beneficios y daños, son encauzados en una dirección determinada a través de la delimitación jurídica de los derechos.

Naturalmente, el régimen político desempeña un papel central e imprescindible en este proceso, pues los derechos no son derechos por ser facultades preexistentes, sino por estar protegidos por él. Los derechos están relacionados con y supeditados a las limitaciones jurídicas inherentes a su identificación e interpretación, el ejercicio que otros hagan de sus propios derechos y las reformas jurídica y no jurídica. A su vez, cada uno de estos factores es función del proceso de creación y recreación de derechos y, por lo tanto, de la capacidad de los individuos para conseguir derechos y proteger los que se tienen mediante el uso y control del régimen político. El régimen se convierte de este modo en un objeto de control para obtener ganancias privadas jurídico-económicas, un medio a través del cual se da efecto a los derechos relativos, y, por lo tanto, al estatus relativo en el mercado.

Esta forma de entender los derechos y el régimen político tiene una consecuencia de importancia capital: El régimen político, en particular el gobierno, es omnipresente, lo mismo

cuando actúa que cuando se abstiene de actuar. Este resultado fundamental implica que conceptos como regulación, desregulación e intervención gubernamental son engañosos, lo mismo que la cuestión sobre si debe haber más o menos gobierno, pues el asunto real es determinar de quiénes son los intereses a los que se dará efectividad a través del derecho, esto es, a través del proceso de creación y recreación de derechos. La cuestión relativa a quién tendrá derechos –lo que es decir: quién verá jurídicamente protegidos sus intereses– se convierte entonces en una cuestión acerca de qué intereses el gobierno permitirá que se realicen y qué personas serán capaces de utilizar al gobierno para qué fines. En concreto, se trata de determinar quiénes han sido, son y serán capaces de controlar y utilizar el nexo jurídico-económico para controlar la continuidad o el cambio del orden jurídico-económico.

En virtud de la naturaleza recíproca de las externalidades, la decisión sobre qué intereses serán protegidos está necesariamente en función de un proceso de elección –elección que decide quién tendrá derechos y quién estará expuesto al ejercicio de dichos derechos, quién será capaz de infligir ganancias y pérdidas a los demás y en qué grado–. Esta inevitable necesidad de elegir revela que el derecho no es algo que esté dado o deba ser descubierto, sino que es más bien un artefacto humano configurado por elecciones humanas, deliberadas algunas, indeliberadas otras. Este proceso de elección humana precisa de la introducción de juicios de valor al elegir entre intereses en competencia. Así, los resultados jurídico-económicos son una expresión de los valores de aquellos que han participado provechosamente en el ruedo político-jurídico-económico en cada etapa del proceso de elección, es decir, aquellos que han sido capaces de utilizar más eficazmente al régimen político para promover sus propios fines.

El reconocimiento de la necesidad de elegir revela la naturaleza vacilante, selectiva y parcial de la aplicación de determinadas reglas jurídicas, que son ellas mismas tanto factor como resultado del proceso de elección. Su uso en cada caso es esencialmente selectivo y arbitrario; es una cuestión de elección, de decisión pura. Las normas jurídicas son categorías con contenidos selectivos variables cuya *adopción* es prácticamente, si no totalmente, subjetiva. Por lo tanto, la justicia no es reflejo de un cierto conjunto de altos principios fundacionales, sino de un proceso normativo-valorativo que determina las normas y los valores que han de regir la convivencia.

El nexo jurídico-económico es esa esfera de toma de decisiones relativas a qué intereses (y de quién) contarán como derechos y qué valores (y de quién) dominarán el proceso de elección. La resolución de estos aspectos no solamente determina los derechos, sino la asignación y distribución de los recursos en la sociedad, y, por lo tanto, del poder, el ingreso y la riqueza, distribución que a su vez determina la (re)creación de nuevos derechos.

Expresado lo anterior con otras palabras, los partidarios de la perspectiva institucionalista mantienen que los juicios normativos son necesarios para arribar a decisiones jurídicas. En consecuencia, estos autores postulan la necesidad de apertura y clarificación de los valores involucrados en el proceso de toma de decisiones político-jurídico-económicas, de que los economistas, juristas, hacedores de políticas públicas y jueces se esfuercen por hacer que las premisas axiológicas que subyacen a sus conclusiones sean tan explícitas como sea posible, de modo que el proceso de elección pueda efectuarse cuidadosa y abiertamente y no descuidada y oscuramente. Esta posición es radicalmente diferente de la de las perspectivas de la escuela de Chicago y la teoría de la elección pública, que sostienen que es posible (y conveniente) que las decisiones jurídicas sean resultado de juicios exclusivamente positivos basados en criterios externos y objetivos, como, por ejemplo, la eficiencia. En opinión de los institucionalistas, en la realidad esta posición, distintiva de aquellas perspectivas, es falaz, y sirve para oscurecer los valores y las premisas normativas subyacentes a las decisiones jurídico-económicas. Para la perspectiva institucional, la dependencia exclusiva en el criterio de eficiencia de Pareto sólo contribuye a oscurecer y dificultar el proceso normativo de elección que está necesariamente presente en el nexo jurídico-económico.

II.4.5. La naturaleza problemática de la eficiencia

La perspectiva institucional se opone a la perspectiva de la escuela de Chicago en el énfasis que ésta pone en la determinación de *la* resolución eficiente de los conflictos jurídicos. Los institucionalistas no niegan que la eficiencia sea una variable importante en el análisis jurídico-económico, pero sostienen que ésta no es única y que por lo tanto no puede servir para establecer la asignación de los derechos. El punto de partida institucional es el reconocimiento de que la actividad económica no es una especie de fenómeno natural, sino que está determinada por la estructura de derechos existente en la sociedad; así, el nivel y los cambios en cada una de las variables de la actividad económica (precios, costos, producción, riesgo, ingreso, riqueza, etcétera) son en parte función de los derechos y, por consiguiente, de la estructura y la evolución jurídicas a lo largo del tiempo. Así, cada estructura de derechos determinada dará lugar a un determinado conjunto de precios, costos, niveles de producción, etcétera, y por lo mismo a una determinada asignación eficiente de recursos. Por lo tanto, no existe un resultado eficiente único. Para los institucionalistas, la retórica supuestamente

positivista de la escuela de Chicago de “industrias atomizadas” o “mercados disputables” y el concepto asociado de “comportamiento tomador de precios” (comportamiento que toma los precios como dados) no supone más que la asunción de un “comportamiento tomador de derechos” (comportamiento que toma los derechos como dados) profundamente normativa. Los institucionalistas sostienen que en la medida en que los derechos determinan los precios de los productos, al hablar de “tomadores de precios” se elude prácticamente todo lo que es importante en *Law and Economics*.

Dado que la eficiencia está en función de los derechos y no al revés, es erróneo argumentar que la sola eficiencia puede determinar los derechos. En efecto, en virtud de que los costos, los precios, los niveles de producción, de riqueza, etcétera se derivan de una determinada estructura de derechos, la minimización de costos, la maximización del valor de la producción y la maximización de la riqueza derivan también de la dicha estructura de derechos. Así, distintas especificaciones de derechos darán lugar a distintas valuaciones de minimización y maximización. En otras palabras, la situación o el resultado que se reputen eficientes lo serán únicamente con respecto a la estructura de derechos inicialmente adoptada. Por lo tanto, argumentar que la maximización de la riqueza o cualquier otro criterio de eficiencia pueden determinar los derechos sólo sirve para enmascarar u ocultar una elección relativa a qué intereses sean protegidos como derechos.

Por otra parte, la definición del “resultado” –que puede ser la asignación final de los recursos, el nivel de riqueza o cualquier otro estado de cosas que deba ser eficiente– precisa de una determinación normativa precedente relativa a la meta de desempeño apropiada para la sociedad. En efecto, la mera elección de una determinada definición de resultado como el maximando –es decir, de una determinada función de bienestar social de entre las muchas funciones posibles– está cargada de por sí de consideraciones normativas, y es ella la que habrá de guiar las consideraciones y las decisiones sobre qué constituye un resultado eficiente.

En concreto, el reconocimiento de la multiplicidad de soluciones eficientes y de la supeditación de cada una de ellas a la estructura de derechos adoptada y a la definición del maximando revela el elemento normativo inherente a la toma de decisiones basadas en la eficiencia.

Asimismo, la perspectiva institucional sostiene que la falta de unicidad de la eficiencia (opinión contraria a la de las perspectivas basadas en la escuela de Chicago) significa que ésta se encuentra inevitablemente atada a la distribución; en otras palabras, el concepto de eficiencia como algo separado del de distribución es falso. Ello es así porque la determinación de los derechos es una actividad normativa que tiene consecuencias tanto de eficiencia como

de distribución. Los derechos determinan la distribución del ingreso y la riqueza, lo que a su vez determina la solución eficiente que sea alcanzada. Al mismo tiempo, la especificación de los derechos, y el resultado eficiente que resulte, estructuran la futura distribución del ingreso y la riqueza entre los miembros de la sociedad. Así pues, la adjudicación de los derechos es en última instancia un aspecto distributivo. Debido en parte a lo anterior, los institucionalistas sostienen que el problema de la distribución (ya sea del poder, el ingreso, la riqueza, las oportunidades, etcétera) es de importancia crítica para la investigación y la política jurídico-económicas.¹³⁵

II.4.6. Análisis institucional comparativo

La afirmación institucionalista de que toda adopción de decisiones político-jurídico-económicas supone elegir entre distintos resultados de eficiencia y distribución y, por lo tanto, entre distintas estructuras institucionales político-jurídico-económicas, ha traído consigo la aseveración de que es necesario realizar el análisis jurídico-económico con un enfoque institucional comparativo. La estructura institucional no puede simplemente asumirse o darse por sentada; por lo contrario, debe ser el tema de estudio.

El enfoque institucional comparativo es general antes que parcial. Su objeto es explicar y comparar los resultados jurídico-económicos que derivarán de estructuras institucionales alternativas y sus respectivas fuentes de interdependencia. Para ello, es necesario relacionar dichas estructuras y fuentes con los incentivos y las rémoras que crean, las conductas que provocan a través de tales incentivos, y los resultados de desempeño económico que generan por medio de dichas conductas. Este tipo de análisis no sólo se realiza con respecto a la eficiencia, sino también sobre la distribución del ingreso y la riqueza, la tasa de empleo, y

¹³⁵ El razonamiento anterior ha llevado a los institucionalistas a rechazar también la teoría de la eficiencia del derecho común conocida como “teoría económica del *common law*” (véase *supra* I.4.1.1 e *infra* III.2.3.1). Dado que una determinada estructura de derechos producirá un determinado resultado eficiente o maximizador de la riqueza, la llamada eficiencia del *common law*, sostienen los institucionalistas, es tan sólo una regularidad empírica: Si otros intereses distintos hubieran sido protegidos como derechos, entonces se habrían producido resultados eficientes distintos. La elección de cierta estructura de derechos constituye en realidad la elección normativa de una determinada trayectoria eficiente de desarrollo del derecho y la economía en el tiempo, lo que es decir que decisiones distintas habrían llevado a trayectorias eficientes de desarrollo también distintas. Por ello es que para Samuels la literatura que pretende explicar el desarrollo del *common law* a partir de la eficiencia lo explica todo y no explica nada.

cualesquiera otras variables que pudieran afectar la calidad de vida de las personas y la capacidad productiva de las empresas.

Mientras que las soluciones singulares a los problemas jurídico-económicos reflejan únicamente un determinado conjunto de premisas axiológicas y una determinada noción de los hechos, los beneficios y los costos en cuestión, el enfoque institucional comparativo, al reconocer la multiplicidad de soluciones posibles y destacar las premisas axiológicas que subyacen a cada una de ellas, pretende desarrollar las opciones alternativas con que cuenta la sociedad en la continua construcción y reconstrucción de la realidad jurídico-económica.

Existen varias formas de distinguir entre sí a las distintas estructuras institucionales. El *Law and Economics* institucional se concentra, naturalmente, en la que distingue las estructuras institucionales alternativas por el modo en que definen y asignan los derechos de propiedad.

El *law and economics* institucional es una manifestación de la más amplia preocupación dentro de la economía institucional de descubrir el modo en que las instituciones sociales dan forma a la estructura y el desempeño del sistema económico en el transcurso del tiempo. En virtud de que determina la estructura de derechos en la sociedad, el derecho es visto como una de las fuentes mediante las cuales se efectúa el control del poder, y la principal preocupación de la perspectiva institucional consiste en la comprensión y descripción del modo en que estas fuerzas influyen en el sistema económico y el modo en que el sistema económico influye en la evolución de estas fuerzas. Los institucionalistas mantienen que haciendo lo anterior conseguirán entender las interrelaciones entre el derecho y la economía –esto es, el nexo jurídico-económico–, lo que a su vez les permitirá analizar los efectos potenciales del cambio jurídico-económico que tan importante papel desempeña en el control de la vida social.

II.5. La perspectiva de la economía neoinstitucional

La aproximación de la economía neoinstitucional al análisis económico del derecho forma parte del conjunto de las perspectivas fundadas, en mayor o menor medida, en la economía neoclásica. Sin embargo, a diferencia de las demás perspectivas con las que comparte este rasgo (la tradicional, la de la elección pública y la de la escuela de New Haven), la perspectiva de la economía neoinstitucional se centra primordialmente en el estudio del impacto económico

del derecho, y dedica menos esfuerzos al estudio económico de la estructura y la creación del sistema jurídico.

A pesar de lo que podría pensarse, y a diferencia de la economía institucional, la economía neoinstitucional no constituye un paradigma radicalmente distinto de la economía neoclásica, y de hecho comúnmente es vista como una “extensión” de la misma. Sin embargo, las diferencias entre ambas teorías no son pocas ni menores, razón por la cual conviene iniciar este subcapítulo caracterizando brevemente a la economía neoinstitucional, poniendo el énfasis, una vez más, en las diferencias existentes con la teoría convencional. Con apoyo en dicha exposición será cosa fácil ir identificando a lo largo de los apartados subsiguientes los contrastes entre la perspectiva tradicional y la del neoinstitucionalismo.

Conviene apuntar desde ahora que la economía neoinstitucional es en cierto sentido una especie de análisis económico del derecho *per se*. Efectivamente, esta teoría estudia, entre otras cosas, el modo en que la estructura de los derechos de propiedad afecta el comportamiento de los actores económicos y, por ende, la estructura, el desempeño y la evolución del sistema económico. Dado que los derechos de propiedad –que junto con el proceso de contratación y los costos de transacción componen la base conceptual sobre la que se construye la explicación neoinstitucionalista del papel económico de las instituciones– derivan o dependen en buena medida del sistema jurídico, la economía neoinstitucional constituye una aplicación natural e inmediata de la teoría económica al estudio del derecho.

II.5.1. La economía neoinstitucional

La economía neoinstitucional parte de la premisa fundamental de que las instituciones son factores importantes en la determinación de la estructura económica y, por consiguiente, del desempeño económico. Para esta teoría, las instituciones cuentan, y deben por lo tanto ponerse en el centro del debate, ser el objeto principal de estudio. Con esta idea básica como punto de partida, la economía neoinstitucional recurre al trabajo de teóricos tales como Armen Alchian, Steven Cheung, Ronald Coase, Harold Demsetz y Oliver Williamson acerca del papel de los derechos de propiedad en el sistema económico; del propio Coase y de George Stigler acerca de los efectos de los costos de información y de transacción en el proceso de intercambio; de James Buchanan y Gordon Tullock acerca del análisis de los procesos de elección colectiva; del referido Williamson sobre el análisis de las organizaciones económicas, y de Victor Goldberg y

Richard Posner sobre el impacto económico del derecho con el objeto de explicar las relaciones subyacentes entre la estructura institucional, el cambio institucional y el desempeño económico.¹³⁶ Concretamente, el objetivo principal del programa de investigación de la economía neoinstitucional es explorar la relación entre las instituciones y la riqueza, para lo cual ha integrado diversas contribuciones teóricas de algunos campos más bien marginales de la economía convencional con el objeto de desarrollar una teoría general (en el sentido de conjunto uniforme de herramientas teóricas), tanto estática como dinámica, de los sistemas económicos.¹³⁷

La economía neoinstitucional se aleja, sin abandonarla, de la economía neoclásica. El marco analítico de la primera es una ampliación de la segunda. Esta ampliación se caracteriza por 1) conservar la suposición fundamental de la escasez (y por lo tanto de la competencia) así como las herramientas analíticas de la microeconomía, 2) modificar la suposición de racionalidad, y 3) añadir la dimensión temporal.

La inclusión del elemento temporal se logra de dos maneras. La primera radica en considerar el hecho de que las transacciones económicas no se agotan instantáneamente sino que se ejecutan a lo largo del tiempo. A diferencia de la teoría convencional, la economía neoinstitucional se centra en la contratación y no en el intercambio, que a veces es simultáneo a la verdadera transacción pero que casi siempre es posterior a ella. La segunda manera de incluir el elemento temporal radica en tener en cuenta las instituciones –lo mismo las formales que las informales y sus mecanismos de aplicación– las cuales son siempre únicas y específicas, propias de cada lugar y cada momento. En este contexto, la economía neoinstitucional presta especial atención a la estructura de los derechos de propiedad y los costos de transacción y analiza el modo en que ambos afectan los incentivos y el comportamiento económico.

El otro cambio neoinstitucional a la teoría neoclásica consiste en la modificación del supuesto de racionalidad. El modelo convencional de la elección racional parte de la suposición de que los individuos saben qué es lo que les conviene y actúan en consecuencia, o dicho con

¹³⁶ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, p. 130, y Thráinn Eggertsson, “A Note on the Economics of Institutions”, *op. cit.*, pp. 7, 20 y 21. Nótese que la mayoría de los autores mencionados pertenecen a la escuela neoclásica y ninguno de ellos es institucionalista. En mi opinión, la economía neoinstitucional constituye una forma distinta de la institucional de explicar el papel de las instituciones en la estructura, el desempeño y el cambio económicos; se trata de un paradigma distinto que tiene más cosas en común con la economía convencional (si es que cabe distinguirlo de ella, pues para algunos autores, entre los que se encuentra Richard Posner, tal distinción es espuria) que con la institucional. Así pues, el adjetivo “neoinstitucional” puede llegar a confundir.

¹³⁷ Muchas de la referidas contribuciones también han sido incorporadas, en mayor o menor medida, a la economía convencional. Tal es el caso del análisis de los costos de transacción y de información y de los derechos de propiedad, por ejemplo.

otras palabras, que los individuos actúan consecuentemente con sus preferencias cuando enfrentan la necesidad de elegir entre conjuntos alternativos de bienes, servicios o derechos. Los neoinstitucionalistas consideran que este modelo es el mejor de los métodos generales conocidos para modelar la conducta económica en ciertos niveles de análisis, y que la suposición de racionalidad suele ser razonablemente cierta cuando se aplica a la toma de decisiones en los mercados altamente desarrollados. Sin embargo, sostienen, dicha suposición es evidentemente falsa cuando se aplica a la adopción de decisiones en condiciones de incertidumbre, que son precisamente las condiciones en las que se han realizado y se siguen realizando las elecciones políticas y económicas que configuran el cambio histórico institucional y, por lo tanto, el cambio económico.¹³⁸

Los neoinstitucionalistas aceptan la proposición de que tanto el conocimiento como la capacidad de cálculo de las personas están severamente limitados, razón por la que estiman necesario ampliar el modelo neoclásico de la elección racional, ajustándolo al hecho de que la información disponible está incompleta y de que las transacciones económicas tienen un costo positivo. En la teoría neoinstitucional, esta ampliación puede llevarse a cabo por dos vías. La primera consiste en modificar el conjunto de restricciones de los actores económicos, aumentándolo y haciéndolo más severo al incluir las restricciones institucionales, esto es, la estructura de los derechos de propiedad y los costos de transacción.¹³⁹ La segunda vía radica en modificar el propio proceso de elección, reconociendo explícitamente que la capacidad de cálculo está restringida, es decir, que los actores económicos cuentan con una capacidad limitada para allegarse y procesar información. A esta circunstancia del proceso de elección se la conoce como racionalidad limitada.¹⁴⁰ La mayoría de los neoinstitucionalistas se inclina por el primer enfoque.

¹³⁸ Douglass North sostiene que la teoría neoclásica es simplemente una herramienta inadecuada para analizar y prescribir políticas que induzcan el desarrollo económico, pues tiene que ver con la operación de los mercados y no con la forma en que éstos evolucionan, además de que modela un mundo estático y sin fricciones. Cuando se ocupa de la historia y el desarrollo económicos, la teoría neoclásica pone el énfasis en el desarrollo tecnológico y la inversión en capital humano, pero pasa por alto la estructura de incentivos contenida en las instituciones, la cual determina el monto de la inversión social en dichos factores. En el análisis del desempeño económico a lo largo del tiempo, la teoría neoclásica mantiene dos suposiciones erróneas relacionadas entre sí: primera, que las instituciones no importan, y segunda, que el tiempo no importa (“Epilogue: Economic Performance Through Time”, en Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North [coords.], *Empirical Studies in Institutional Change*, op. cit., pp. 342-355, pp. 342 y 343).

¹³⁹ Este enfoque no es original de los neoinstitucionalistas y se remonta al trabajo de los primeros estudiosos de los derechos de propiedad y los costos de información y de transacción, o sean: Coase, Alchian, Demsetz, Stigler y Cheung, vinculados todos ellos a la escuela neoclásica.

¹⁴⁰ El concepto de racionalidad limitada fue acuñado por Herbert Simon para significar que el comportamiento humano es pretendidamente racional pero sólo lo es limitadamente; en otras palabras, “para reflejar que quienes deciden, y cuya racionalidad puede suponerse de manera intencional, no son hiperracionales. Como lo ha hecho notar Kreps: ‘Un individuo completamente racional puede prever todo lo que podría suceder, para evaluar y elegir en

Aunque es obvio que sigue siendo una simplificación de la conducta humana, el modelo ampliado de la elección racional ha demostrado ser, argumentan sus partidarios, una poderosa herramienta para analizar diversos aspectos de los sistemas económicos. Su debilidad se percibe, sin embargo, cuando se utiliza para intentar explicar la evolución, el mantenimiento y la decadencia de las instituciones informales, que al parecer son de importancia crítica para los cambios básicos de dichos sistemas, pues de ellas depende, entre otras cosas, la efectiva aplicación de las instituciones formales.¹⁴¹

Así, la economía neoinstitucional generalmente supone que los individuos persiguen racionalmente su propio interés sujetos a un conjunto de restricciones mayor y más severo que el que enfrenta el individuo de la economía neoclásica. Supone, en concreto, que los actores económicos no actúan aisladamente, en un vacío, sino que se encuentran restringidos por la estructura institucional, de la cual depende el flujo y la calidad de la información así como el costo de las transacciones.

Es evidente que el marco teórico de la economía neoinstitucional pertenece, al igual que el de la neoclásica, al reino del individualismo metodológico, el cual estriba, como se ha señalado anteriormente, en basar en el análisis de la conducta individual la explicación de los distintos aspectos de los sistemas económico y social. Sin embargo, también en lo relativo al modo en que se entiende y ejecuta el individualismo metodológico existen diferencias entre ambas teorías. Mientras que para la teoría neoclásica *ortodoxa* el concepto de actores económicos individuales incluye a unidades de decisión tales como la empresa, la familia o el gobierno, la teoría neoinstitucional restringe dicho concepto a los individuos “físicos” o “naturales”.¹⁴² Como señala Andrés Roemer, el neoinstitucionalismo, al considerar todos los derechos de propiedad sobre los recursos escasos (o al menos todos los pertinentes), da un lugar marcadamente diferente al papel de los individuos que deciden dentro de una organización. “[El estudio de] La colectividad *per se* ya no es el enfoque principal, sino que la teoría de dichas unidades sociales debe comenzar con explicaciones acerca de sus miembros individuales”.¹⁴³

forma óptima entre los diferentes cursos de acción que se le presentan, todo ello en un abrir y cerrar de ojos y sin costo. En cambio, un individuo limitadamente racional trata de maximizar pero le resulta costoso hacerlo; al ser incapaz de prever todas las contingencias, y consciente de dicha incapacidad, toma providencia *ex ante* para un tiempo (casi inevitable) *ex post* cuando haya de presentarse una contingencia imprevista.” (Andrés Roemer, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 46; el autor cita el libro de David M. Kreps: *A Course in Microeconomic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 745.)

¹⁴¹ Thráinn Eggertsson, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴² *Ibid.*, p. 17.

¹⁴³ Andrés Roemer, *op. cit.*, p. 45.

Nótese que lo anterior implica que el enfoque de la economía neoinstitucional rompe con la dicotomía, característica de la microeconomía convencional, entre la teoría de la elección del consumidor y la teoría de la empresa –es decir, entre la teoría de las opciones de consumo y la teoría de las opciones de producción–, puesto que amplía la hipótesis de maximización de la utilidad individual a todas las elecciones, ya sea que se tomen por una persona física o por una unidad económica distinta, pues en este último caso lo que se estudia es la conducta de las personas que actúan en nombre de la organización, suponiendo que lo que maximizan es su propia utilidad y no la de la unidad económica que representan. Así, de acuerdo con este enfoque un directivo de una empresa privada o de una dependencia gubernamental, por ejemplo, tomará sus decisiones en concordancia con sus propias metas dentro de los límites establecidos por el sistema en que opera.¹⁴⁴

A pesar de que la economía neoinstitucional es bastante heterogénea es posible distinguir tres componentes o elementos esenciales de análisis comunes a todas sus corrientes. El primero es el modelo ampliado de la elección racional, expuesto con cierto detalle en los párrafos anteriores. El segundo es el concepto de maximización de la riqueza, o mejor dicho, la búsqueda de estructuras institucionales que aumenten la capacidad de generación de riqueza de la sociedad. El último elemento común consiste en el análisis del modo en que las distintas estructuras institucionales dan origen a distintas trayectorias de desarrollo económico.¹⁴⁵

El análisis neoinstitucional de las instituciones se centra en tres conceptos clave: los derechos de propiedad, la contratación y los costos de transacción. En otras palabras, con base en ellos se lleva a cabo el estudio de la función económica de las instituciones, esto es, su efecto en la estructura, la actividad, el desempeño y el cambio económicos.¹⁴⁶ Antes de definir tales conceptos y explicar su lugar en la teoría neoinstitucional veamos cómo define ésta a las instituciones.

Douglass North apunta que éstas “son las reglas del juego en la sociedad, o más formalmente, son las restricciones diseñadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. En consecuencia, son ellas las que estructuran los incentivos del intercambio humano, ya sea éste político, social o económico.”¹⁴⁷ En efecto, cada arreglo institucional genera una

¹⁴⁴ Cfr. *idem*.

¹⁴⁵ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

¹⁴⁶ Desde otra perspectiva, Thráinn Eggertsson (*op. cit.*, p. 7) señala que dichos conceptos son capitales para dar cabida a las instituciones y las organizaciones dentro de la teoría neoclásica. Esta posición de Eggertsson –y en general el enfoque de toda la escuela neoinstitucional– es heredera del antiguo interés de Roland Coase por utilizar la teoría neoclásica para analizar las instituciones de tal manera que éstas y la explicación de su funcionamiento formen parte integral del modelo económico.

¹⁴⁷ Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, *op. cit.*, p. 3. La traducción es mía.

estructura de incentivos única, lo que implica que cada arreglo institucional afecta de una manera única (y predecible, sostienen los neoinstitucionalistas) la conducta humana. Si las instituciones en general conforman la estructura de incentivos de una sociedad, entonces las instituciones políticas y económicas conforman la estructura de incentivos de una economía y son, por lo tanto, el determinante subyacente del desempeño económico.

En términos similares a los de North, Thráinn Eggertsson define las instituciones “como las reglas formales e informales que restringen el comportamiento individual y configuran la interacción humana”.¹⁴⁸ Entre las instituciones formales se encuentran las normas jurídicas, mientras que entre las informales destacan los usos y las costumbres sociales, las convenciones y los códigos de conducta, así como los mecanismos no coercitivos de aplicación de las normas.¹⁴⁹

La economía neoinstitucional concibe los derechos de propiedad como “los derechos de un actor económico, reconocidos y aplicados por los demás miembros de la sociedad, para

¹⁴⁸ Thráinn Eggertsson, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁹ La segunda edición (1998) del *Diccionario de uso del español* de María Moliner recoge tres acepciones principales de la voz “institución”, a saber: 1) cosa instituida, como una norma, derecho u obligación; 2) organismo instituido para desempeñar una función de interés público, particularmente de enseñanza o beneficencia; equivale a establecimiento o fundación; 3) organismo instituido para gobernar o desempeñar una función capital en un estado. El mismo texto indica que el nombre “instituciones políticas” se refiere al conjunto de los órganos de un estado.

Es evidente que la acepción que mejor se corresponde con el significado neoinstitucional del concepto en cuestión es la primera. Sin embargo, me parece que son las últimas dos, en especial la segunda, las que comunican el sentido de dicho término más extendido o “popular” entre nosotros. Como se verá más adelante, la economía neoinstitucional llama “organización” al conjunto organizado de personas para realizar una cierta actividad y lograr unos determinados objetivos, y es con esta voz con la que se refiere a los organismos mencionados en las acepciones 2) y 3) del María Moliner. Por lo tanto, llamar, en un contexto o discusión supuestamente orientados por la teoría neoinstitucional, “institución” a algún organismo, ya sea público o privado, es confundir a las instituciones con las organizaciones, es decir, a las reglas del juego con los jugadores.

El neoinstitucionalismo está en boga y su lema: “Las instituciones importan” es más que atractivo. Todo el mundo ha escuchado de la relevancia de los derechos de propiedad. Todos los días se escucha a algún político, legislador o burócrata hablar de la importancia de crear nuevas instituciones que favorezcan el desarrollo. El problema es que esos actores rara vez se refieren a las reglas del juego, a las reglas que rigen la conducta de los individuos y norman las relaciones entre los poderes públicos o entre el gobierno y el sector privado, por ejemplo; más bien, suelen referirse a las organizaciones, sin reparar en que los jugadores no pueden evitar ser víctimas y, si se puede, beneficiarios de las reglas. Si éstas son ineficientes, las organizaciones que se creen de acuerdo con ellas y el trabajo que realicen (en los términos previstos por ellas, claro está) también lo serán, con independencia de la nobleza del propósito con que dichas organizaciones fueron ideadas, diseñadas y establecidas. Naturalmente, es improbable que tales organizaciones sean capaces de producir nuevas instituciones u organizaciones eficientes, pues estarán sujetas a las mismas reglas para producir reglas y organizaciones que les dieron origen.

Me parece que la gran mayoría de las políticas públicas mexicanas son excelentes ejemplos de que las reglas del juego son mucho más importantes que los jugadores, y de que no sirve de nada crear supersecretarías, comisiones especiales o cualquier otra organización si las reglas que rigen las conductas y las relaciones políticas y económicas no se modifican. Y éstas sólo podrán modificarse favorablemente si antes se crean las reglas adecuadas para crear reglas y organizaciones. En mi opinión, ése debe ser el principal objetivo de la llamada (y menospreciada) reforma del estado, la cual debería preceder a las demás reformas estructurales, en particular a la fiscal, la energética y la laboral, y no sólo por el bien de estas reformas sino por el bien de los mexicanos: cuanto menor es la estatura de los políticos mayor debe ser la de las reglas que orientan y restringen su actividad.

utilizar y controlar los recursos valiosos”.¹⁵⁰ Estos derechos se encuentran contenidos lo mismo en instituciones formales que en instituciones informales, y su importancia y valor económicos dependen del grado en que son reconocidos y respetados por los demás miembros de la sociedad. Toda vez que establecen el alcance de la productividad y comerciabilidad de los recursos valiosos, los derechos de propiedad determinan el valor de los mismos.

Siguiendo la tesis central de los teóricos neoclásicos de los derechos de propiedad, la teoría neoinstitucional sostiene que distintos arreglos institucionales implican distintas estructuras de derechos de propiedad y, por lo tanto, distintas estructuras de restricciones y recompensas. Asimismo, mantiene que la estructura de dichos derechos afecta la asignación, utilización y distribución de los recursos económicos de formas específicas y predecibles. Ello es así porque al final de cuentas lo que cada sistema de derechos de propiedad constituye es un mecanismo único de asignación de facultades para que los miembros de la sociedad decidan cómo serán utilizados los recursos valiosos.¹⁵¹

“La contratación –indican Mercurio y Medema– es el proceso a través del cual se definen, asignan o modifican los derechos de propiedad. De este modo, subyacente al proceso de intercambio –es decir, la transferencia física de los activos– se encuentra el proceso de contratación, o de negociación, por el que los derechos jurídicos sobre los activos se transfieren.”¹⁵² Nótese que lo anterior implica que las posibilidades y limitaciones del intercambio son función del marco contractual o transaccional, lo que es decir del orden jurídico.

Los mismos autores observan que en este punto se presenta una diferencia más entre la teoría económica neoclásica y la teoría neoinstitucional: mientras que aquélla se centra en el intercambio –que es a veces simultáneo a la verdadera transacción pero otras veces es posterior–, ésta se ocupa de la contratación. Por otra parte, la discusión del régimen jurídico contractual (y en general de la estructura jurídica en su conjunto), total para la economía neoinstitucional, está prácticamente ausente de la neoclásica.¹⁵³

Dentro del neoinstitucionalismo se considera que la contratación opera tanto en un microámbito, en el que individuos o grupos privados negocian derechos, como en un macroámbito, en el que individuos o grupos privados, pero también políticos, legisladores,

¹⁵⁰ Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North, “Toward an Understanding of Property Rights”, en *Empirical Studies in Institutional Change*, op. cit., pp. 31-33, p. 31. La traducción es mía.

¹⁵¹ Véase *supra* II.2.3, II.2.3.1 y II.2.3.2.

¹⁵² Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, op. cit., p. 131. La traducción es mía.

¹⁵³ *Idem*.

burócratas y jueces, negocian con respecto al marco jurídico básico que establece la estructura socio-jurídico-económica.¹⁵⁴

Al hacer referencia al tercero de los conceptos clave de la teoría neoinstitucional, los costos de transacción, Andrés Roemer informa que una idea central de la misma “es que las características de la estructura institucional (y de los derechos de propiedad) afectan fuertemente el nivel de los costos de cualquier negociación”.¹⁵⁵ En efecto, las instituciones y su manifestación, los derechos de propiedad, determinan, junto con la tecnología empleada, los costos de transacción que se suman a los costos de producción de la actividad económica.

En un sentido muy general, los costos de transacción se definen como los costos de operar en el mercado o de utilizar el mecanismo de precios para llevar a cabo una negociación económica cualquiera. También han sido concebidos como los costos de funcionamiento del sistema económico. En un sentido también amplio, la teoría neoinstitucional suele definirlos como los costos asociados con la creación, el mantenimiento o la modificación de las instituciones, en particular de los derechos de propiedad. Finalmente, Douglass North señala que el hecho de que la información sea costosa es la clave para explicar la existencia de los costos de transacción, a los que define como “los costos de medición de los atributos valiosos de aquello que se está comerciando y los costos de protección de los derechos y de vigilancia y aplicación de los acuerdos”;¹⁵⁶ en pocas palabras, para North los costos de transacción son los costos de especificar lo que se está intercambiando y de aplicar los acuerdos consecuentes.

Del análisis de las definiciones presentadas se desprende que los costos de transacción operan, al igual que la contratación, en dos ámbitos. Así, en el microámbito, los costos de transacción consisten en aquellos costos asociados con la contratación entre partes privadas, mientras que en el macroámbito los costos de transacción son los costos implicados en el proceso de negociación a través del cual se establece o modifica el marco institucional de la sociedad.¹⁵⁷

La teoría económica ha mostrado que la riqueza es generada por la inversión, la especialización, la cooperación y el intercambio. La economía neoinstitucional mantiene que estas actividades no ocurren en un vacío sino que se realizan dentro de una determinada estructura institucional y están por lo tanto restringidas por los costos de transacción. Dicho lo anterior con otras palabras, la teoría neoinstitucional defiende la tesis, propuesta originalmente

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ Andrés Roemer, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁶ Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, *op. cit.*, p. 27. La traducción es mía.

¹⁵⁷ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 131.

por Coase, de que dado que los derechos de propiedad nunca están completamente definidos ni otorgan a los actores económicos una certidumbre y una protección plenas, los costos de transacción devienen fundamentales en la asignación de los recursos, así como en el grado y el sentido de la evolución o la supervivencia de los arreglos institucionales (los cuales determinan si el sentido del flujo de los recursos los llevará a su uso más valioso). Así, de acuerdo con esta teoría “las diferencias en los costos de las transacciones pueden explicar las diferencias en la elección y evolución de los arreglos contractuales, incluyendo las formas alternativas de organizar la producción”.¹⁵⁸

Debido a que el nivel de los costos de toda negociación depende de cómo esté organizado el marco institucional, el régimen político puede desempeñar un papel muy importante en la reducción de los mismos. Para ello puede “proveer derechos de propiedad claros y estables, incluyendo un sistema coherente de aplicación, y también [...] proporcionar estándares, tales como pesos y medidas, que disminuyan los costos de medición”.¹⁵⁹ No hay que perder de vista, sin embargo, que el régimen político es una espada de doble filo: la presencia de economías de escala lo hace relativamente eficiente tanto en la disminución de los costos de contratación como en la perturbación de la contratación.

Existe un cuarto concepto básico en la teoría neoinstitucional al que conviene hacer referencia, sobre todo porque su exposición puede contribuir a comprender mejor la naturaleza de las instituciones. Se trata del concepto de organización, con el cual se alude al conjunto de individuos congregados por algún propósito común para alcanzar ciertos objetivos. Las organizaciones incluyen cuerpos políticos (partidos políticos, legislaturas, gobiernos, ayuntamientos), cuerpos económicos (empresas, cámaras empresariales, cooperativas), cuerpos sociales (iglesias, clubes, asociaciones deportivas) y cuerpos educacionales (escuelas, universidades).¹⁶⁰ Así, los productos de las organizaciones comprenden tanto leyes y mercancías como servicios religiosos y educativos, por citar algunos.

Es la interacción entre las instituciones y las organizaciones lo que configura la evolución institucional de una economía. En la economía neoinstitucional las instituciones son las reglas del juego, mientras que las organizaciones y sus miembros son los jugadores.

“Las organizaciones que lleguen a existir –argumenta North– reflejarán las oportunidades provistas por la matriz institucional. Así, si el marco institucional premia la piratería, entonces organizaciones dedicadas a la piratería verán la luz, y si el marco institucional premia las actividades productivas, entonces organizaciones del tipo de las

¹⁵⁸ Andrés Roemer, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁹ Thráinn Eggertsson, “A Note on the Economics of Institutions”, *op. cit.*, p. 9. La traducción es mía.

¹⁶⁰ Douglass C. North, “Epilogue: Economic Performance Through Time”, *op. cit.*, pp. 345 y 346.

empresas verán la luz y se involucrarán en actividades productivas.”¹⁶¹ Es decir, al menos en una primera instancia, las organizaciones son función de las instituciones y no al revés.¹⁶²

Como sugiere lo expuesto hasta ahora, el análisis neoinstitucional opera en dos ámbitos distintos, el uno más orientado a las cuestiones macro y el otro más orientado a las cuestiones micro. Al describir ambos ámbitos de análisis, Lance Davis y Douglass North distinguen entre el ambiente institucional (macroámbito) y los acuerdos institucionales (microámbito):

El *ambiente institucional* es el conjunto de las reglas políticas, sociales y jurídicas fundamentales que establecen la base para la producción, el intercambio y la distribución. Las reglas que rigen las elecciones, los derechos de propiedad y el derecho de contratos son ejemplos [...]

Un *acuerdo institucional* es un acuerdo entre unidades económicas que establece el modo en que estas unidades pueden cooperar o competir entre sí. [...] Puede] proveer una estructura dentro de la cual sus miembros pueden cooperar [...] o [puede] proveer un mecanismo para llevar a cabo una modificación en las leyes o los derechos de propiedad.¹⁶³

Mercurio y Medema advierten que en realidad el ambiente institucional y los acuerdos institucionales son interactivos en el sentido de que aquél establece el marco general en que éstos tienen lugar, mientras que los acuerdos institucionales, sus efectos o las deficiencias de su diseño, pueden ejercer presiones para llevar a cabo modificaciones en el ambiente institucional.¹⁶⁴

La economía neoinstitucional afirma que las instituciones y su manifestación, los derechos de propiedad, definen el conjunto de oportunidad, el sistema básico de incentivos y los costos de transacción que enfrentan los actores económicos. Asimismo, sostiene que al determinar la distribución del control efectivo sobre los recursos valiosos entre los individuos y grupos de la sociedad, el sistema de derechos de propiedad en realidad describe la distribución del poder en la sociedad.¹⁶⁵ De este modo, el neoinstitucionalismo acepta el postulado de que el ambiente institucional no es el mismo para todos, sino que varía con la posición de cada quien en la sociedad.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 346. La traducción es mía.

¹⁶² Claro está que hay organizaciones (públicas) cuyo papel es precisamente la creación de instituciones formales (sobre las instituciones informales el régimen político tiene un control mucho más limitado que el que tiene sobre las formales); pero estas organizaciones están gobernadas por las reglas, formales e informales, para hacer reglas formales.

¹⁶³ Lance E. Davis y Douglass C. North, *Institutional Change and American Economic Growth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, pp. 6 y 7. Citado por Mercurio y Medema (*op. cit.*, p. 132). La traducción es mía.

¹⁶⁴ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 132.

¹⁶⁵ Cfr. Thráinn Eggertsson, *op. cit.*, pp. 8, 9 y 14.

II.5.2. El análisis económico del derecho neoinstitucional

Dentro de la estructura institucional se halla el marco jurídico de una sociedad. Éste constituye una parte sustancial de la base que sostiene y organiza las relaciones económicas.

El *Law and Economics* neoinstitucional se pregunta fundamentalmente cómo influye el derecho en el sistema económico. Para resolver esta cuestión pone especial énfasis en la estructura de los derechos de propiedad y las reglas que rigen el proceso de contratación; los efectos de dicha estructura en los costos de transacción, y las consecuencias resultantes en la eficiencia con que se distribuyen los recursos escasos de la sociedad.

La perspectiva neoinstitucional afirma que el derecho determina tanto el ambiente institucional como los acuerdos institucionales. Así, el estudio de la relación entre el derecho y la economía se realiza tanto en el ámbito macro –donde se analiza el efecto de las normas que componen el ambiente jurídico en el cual tiene lugar la actividad económica– como en el ámbito micro –donde se explora el modo en que los acuerdos jurídico-institucionales alcanzados por los agentes económicos rigen y afectan sus relaciones–.

II.5.2.1. El análisis jurídico-económico de los ambientes institucionales

Como se ha dicho anteriormente, las reglas formales constituyen una parte importante de la estructura institucional de la sociedad. North señala que estas reglas pueden ser de tres tipos: políticas, económicas y contractuales.

Las reglas políticas definen de manera general la organización jerárquica de la política, su estructura básica de decisión y las características explícitas del control de la agenda. Las reglas económicas definen los derechos de propiedad, es decir, el conjunto de derechos sobre el uso y el ingreso que se derivarán de la propiedad y de la facultad de alienar un activo o recurso. Los contratos contienen las disposiciones específicas de un acuerdo de intercambio particular.¹⁶⁶

Mercurio y Medema apuntan que en virtud de que define los conjuntos de oportunidad de los actores, el conjunto de todas estas reglas facilita (u obstruye) el intercambio político y

¹⁶⁶ Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, op. cit., p. 47. La traducción es mía.

económico que lleva a la consecución de las ganancias del comercio y, por consiguiente, a incrementos de la riqueza, ya sea que dicho intercambio se realice conforme a la actual estructura institucional o con el objeto de modificarla. Estas reglas son interdependientes y la causalidad entre ellas es multidireccional. “Esto es, así como un determinado conjunto de reglas políticas da origen a un determinado conjunto de reglas económicas que a su vez estructura los contratos, también se da el caso de que las presiones para arribar a una nueva forma de estructura contractual promueven cambios en las reglas económicas y políticas.”¹⁶⁷

II.5.2.1.1. Derechos de propiedad y costos de transacción

En apartados anteriores de este mismo capítulo me referí con cierto detalle al análisis económico de los derechos de propiedad.¹⁶⁸ Sin embargo, en ese momento me ocupé de aspectos más bien generales (tales como el concepto, la naturaleza y la función de dichos derechos, así como el sistema que los define, aplica y protege) y omití tratar lo relativo a la relación entre los derechos de propiedad (su definición, aplicación, protección, intercambio, creación y modificación) y los costos de transacción, por un lado, y al modo en que opera el análisis económico de los derechos de propiedad, por el otro. En los restantes apartados de este subcapítulo enmendaré esas fallas cuando aborde algunos de los tópicos más importantes del *Law and Economics* neoinstitucional. Así, el enmendamiento se hará, por decirlo así, en términos neoinstitucionales.

Recordemos con Mercurio y Medema¹⁶⁹ que los derechos de propiedad establecen los beneficios y los costos del uso de los recursos así como la distribución de dichos costos y beneficios entre los distintos individuos de la sociedad; de este modo, los derechos de propiedad conforman la estructura de incentivos que determina el comportamiento y el desempeño económicos. Asimismo, estos derechos definen el conjunto de actores del sistema económico al asignar a determinados individuos la facultad para decidir el modo en que ciertos recursos serán utilizados; de este modo, los derechos de propiedad determinan la distribución de la riqueza y el poder en un sistema económico. Así pues, distintas estructuras de derechos de propiedad dan lugar a distintos conjuntos de oportunidad y a distintas distribuciones de los beneficios y los costos de la actividad económica entre los individuos, y, por lo tanto, a distintas estructuras de incentivos y restricciones.

¹⁶⁷ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, p. 132. La traducción es mía.

¹⁶⁸ Véase *supra* II.2.3, II.2.3.1 y II.2.3.2.

¹⁶⁹ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 133.

La caracterización de De Alessi del conjunto de derechos que acompaña a un recurso es indicativa de cómo los derechos de propiedad afectan el uso, el flujo de ingresos y la transferibilidad de los recursos: “El conjunto de derechos asociados con un determinado recurso comúnmente está fraccionado; algunos derechos pueden poseerse en común con acceso no restringido (es decir, son no exclusivos y no transferibles), algunos pueden estar limitados al usufructo (esto es, son exclusivos y no transferibles) y otros pueden ser privados (esto es, son exclusivos y transferibles).” Al definir de ese modo las restricciones que enfrenta el propietario, el conjunto de derechos de propiedad afecta el proceso de elección individual y los usos a los que los recursos son finalmente destinados. A medida que uno se mueve a lo largo de la gama de modalidades, de los derechos privados a los de usufructo y de éstos a los de propiedad común, los incentivos para economizar en el uso de los recursos en formas socialmente óptimas se vuelven más débiles, y por lo mismo las pérdidas de bienestar asociadas tienden a elevarse.¹⁷⁰

Se dice comúnmente que la mejor forma de explicar el papel que desempeñan los derechos de propiedad dentro de un sistema económico así como la relación que guardan con los costos de transacción consiste en analizar las situaciones en las que no existen derechos de propiedad privados, es decir, en las que todos los individuos carecen de derechos exclusivos y transferibles sobre el uso de un recurso o un conjunto de recursos. Tales situaciones se conocen como “situaciones de *common pool*” y se caracterizan por dar lugar a las denominadas “pérdidas de *common pool*” a las que se refiere la última parte de la cita anterior. Estas pérdidas se deben fundamentalmente a la presencia de alguna o algunas de las siguientes fuentes: 1) la ausencia de incentivos para que los individuos tomen en cuenta todos los costos sociales de sus acciones; 2) la existencia de incentivos pequeños, cuando no nulos, para invertir en el desarrollo de los recursos comunes (o recursos de *common pool*); 3) la dificultad, si no imposibilidad, de transferir dichos recursos a usos de mayor valor, y 4) la presencia de gastos excesivamente onerosos para evitar perder los recursos o sus frutos a manos de quienes no han invertido en ellos. Como acabo de señalar, todas estas causas contribuyen a las pérdidas de *common pool*, esto es, las pérdidas asociadas con los derechos de propiedad comunes.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 136 y 137. La traducción es mía. Los autores citan el artículo de Louis De Alessi “Form, Substance, and Welfare Comparisons in the Analysis of Institutions”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 146, núm. 1, 1990, pp. 5-23, p. 8.

¹⁷¹ Cfr. *ibid.*, pp. 133 y 134, y Gary D. Libecap, *Contracting for Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 12 y 13. No hay que confundir los derechos de propiedad comunes con los derechos de propiedad comunitarios. En realidad, de aquéllos puede decirse que no son auténticos derechos de propiedad, o mejor dicho, que son la inexistencia de derechos de propiedad reales; en efecto, los recursos sobre los que hay derechos de propiedad comunes pertenecen a todos y a nadie a la vez. Por su parte, los derechos de propiedad comunitarios están asignados exclusivamente a los miembros de una comunidad, a ellos y solamente a ellos. También hay pérdidas

Me parece que las razones por las que las fuentes referidas constituyen factores de pérdidas económicas son bastante claras, especialmente en el caso de las fuentes 3) y 4). Por lo que se refiere a la fuente 1), el estudio de las situaciones de *common pool* ha mostrado que a excepción de los casos en los que la oferta supera la demanda cuando el precio de los recursos comunes es cero, la ausencia de derechos de propiedad sobre ellos reduce seriamente los incentivos para que los individuos tomen en cuenta la totalidad de los costos sociales de sus acciones, lo que comúnmente provoca la sobreexplotación de dichos recursos. En cuanto a la fuente 2), el hecho de que los incentivos para invertir en el desarrollo de los recursos comunes sean pequeños se debe en buena medida a la incapacidad de los inversionistas potenciales de captar suficientes ganancias de las inversiones realizadas en contextos de *common pool*.

Si las situaciones de *common pool* generan pérdidas económicas, ¿por qué existen entonces?; es decir, ¿por qué no se sustituyen por un contexto en el que los derechos de propiedad sobre todos los recursos de la sociedad estén bien definidos y completamente especificados? Los neoinstitucionalistas señalan, siguiendo a Coase, que la respuesta está, en gran medida, en los costos asociados al establecimiento y la aplicación de los derechos de propiedad.¹⁷² Efectivamente, además de generar pérdidas de *common pool*, la existencia de derechos de propiedad comunes evita el costo de especificar y hacer valer derechos de propiedad privados. Por lo tanto, los individuos sólo destinarán recursos al establecimiento y la aplicación de derechos de propiedad cuando consideren que los beneficios de dicho establecimiento y dicha aplicación superarán a los costos.

Este análisis plantea que los derechos de propiedad privados, no obstante que minimizan las pérdidas de *common pool*, implican costos de especificación y aplicación que pueden ser lo suficientemente grandes como para que la sociedad desista (bien porque no puede, bien porque considera que no le conviene) de incurrir en ellos a fin de establecer la propiedad privada de los recursos comunes. Nótese que el análisis tiene implícita una idea fundamental: los problemas de *common pool* no existirían en un mundo en el que los costos de transacción fueran nulos.¹⁷³

Los costos de transacción no sólo afectan la probabilidad de establecer y aplicar derechos de propiedad; también afectan, como se ha dicho anteriormente, al intercambio. Entre

asociadas a la propiedad comunitaria, pero suelen ser menos claras y menos graves que las pérdidas asociadas a la propiedad común.

¹⁷² Fue Ronald Coase quien en 1960 estableció la conexión entre las instituciones, los costos de transacción y la teoría neoclásica. Mostró que los mercados pueden generar resultados eficientes con independencia de la estructura institucional (léase derechos de propiedad) únicamente cuando las transacciones no tienen costo. Véase Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, octubre de 1960, pp. 1-44.

¹⁷³ Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 134.

los costos de transacción que inciden en el intercambio de los recursos valiosos destacan los costos de medición y los costos de aplicación de los contratos.

Mercurio y Medema reconocen con Becker y Lancaster que los individuos obtienen utilidad no de los bienes y servicios *per se* sino de los diversos atributos de un bien o de las diversas actividades que integran el desempeño de un servicio.

[E]stos atributos y su alcance tienen una destacada función en la determinación del valor del recurso. El resultado de esto es que el intercambio no es simplemente la transferencia de bienes y servicios, sino de conjuntos de diversos atributos y actividades.

Debido a la presencia de información imperfecta, los individuos deben incurrir en costos de medición con el objeto de determinar la naturaleza de estos atributos o actividades valiosos, o, más específicamente, los derechos sobre ellos, y estos atributos deben definirse y medirse a efectos de hacerlos transferibles vía el intercambio. Es decir, un recurso puede definirse no sólo por sus propiedades técnicas sino también por el conjunto de derechos de que está compuesto. A medida que el número y la variedad de los atributos o las actividades aumenta, también aumenta el costo de medición y, por tanto, la complejidad del intercambio.¹⁷⁴

Así, los problemas de medición de los atributos o actividades de los recursos valiosos y, por lo tanto, del valor de éstos, constituyen parte del costo total del proceso de intercambio. El hecho de que los costos de medición sean positivos implica que nunca se dará el caso de una especificación completa de derechos sobre todos los atributos o actividades, pues en algún momento los beneficios esperados de especificar completamente más derechos pesarán menos que los costos esperados de la medición. Naturalmente que “cuanto mas altos sean los costos de medición de los atributos/derechos asociados con un recurso dado, menos definidos estarán los derechos de propiedad asociados con él, y, por lo tanto, mayor será el grado en que el desarrollo o intercambio del recurso se verá inhibido”.¹⁷⁵

El proceso de intercambio también se ve afectado por los costos de aplicación de los acuerdos. Estos costos derivan de dos fuentes: la existencia de los referidos problemas de medición de ciertos atributos de los recursos valiosos y la presencia de incentivos para que los individuos incurran en comportamientos oportunistas –esto es, intentos de aumentar, indebidamente y en beneficio propio y en perjuicio de la otra parte, las ganancias derivadas de un acuerdo de intercambio (por ejemplo, mediante el ocultamiento de información relevante acerca de los atributos técnicos del recurso o acerca del contenido y alcance de los derechos

¹⁷⁴ *Idem.* La traducción es mía.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 135. La traducción es mía.

sobre el mismo)–. Como es fácil deducir, los problemas de aplicación de las transacciones instantáneas de bienes unidimensionales son menores y no suponen por lo tanto ningún costo relevante. Ello se debe, en primer lugar, a que los problemas de medición de los atributos de dichos bienes son prácticamente nulos, y, en segundo lugar, a que el espacio para el comportamiento oportunista de las partes se ve considerablemente reducido. Debido a estas dos características, las transacciones instantáneas resultan fáciles de hacer valer.

La historia es diferente en el caso de las demás transacciones. En efecto, en las relaciones de intercambio de bienes multidimensionales así como en las relaciones que no se agotan instantáneamente sino que se desarrollan en el tiempo y el espacio, existe el riesgo de que en aras de maximizar el interés propio, las partes incurran en comportamientos oportunistas. Esto hace necesaria la existencia de algún mecanismo de aplicación que induzca a los individuos a crear este tipo de relaciones de intercambio. La dificultad es que todos los mecanismos existentes, no obstante tener la ventaja de reducir la incertidumbre, son costosos.

Además de los costos de establecer un mecanismo de aplicación, los costos de aplicación se componen por los costos de detectar y medir los incumplimientos y de imponer penas a la parte que los cometa.

De este modo, al igual que ocurre con la medición de los atributos de los recursos valiosos, el hecho de que la aplicación sea costosa y pueda ser llevada a cabo por agentes cuyo bienestar depende del resultado de la misma, provocará que ciertos derechos queden sin especificar y que la aplicación de algunos derechos de propiedad que sí sean especificados resulte menos que perfecta. A causa de lo anterior, algunos atributos/derechos valiosos seguirán siendo del dominio público, y existirán incentivos para que los individuos destinen recursos a la captación del valor contenido en ellos, así como a la protección de éste de los intentos de apropiación de los demás.¹⁷⁶ Como se verá más adelante, los problemas de medición y aplicación han obligado a los actores económicos a configurar contratos cuyo propósito es precisamente la minimización de dichos problemas.

Asimismo, al igual que ocurre con el establecimiento de derechos de propiedad sobre los recursos comunes, el intercambio complejo sólo tendrá lugar cuando los beneficios de la medición y la aplicación superen a los costos. De esta manera, la magnitud de los costos de transacción del intercambio puede llegar a inhibir la realización de intercambios que de efectuarse crearían riqueza. En otras palabras, el nivel de los costos de transacción puede llegar a evitar que algunos recursos fluyan a sus usos más valiosos.

¹⁷⁶ Cfr. *idem.*, y Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, *op. cit.*, pp. 5, 6 y 16-32.

La intensidad del intercambio complejo en una sociedad dependerá del grado en que el marco contractual minimice la incertidumbre acerca del desempeño de las partes. En este sentido, Mercurio y Medema¹⁷⁷ informan que la economía neoinstitucional sostiene que para que exista intercambio complejo es necesaria la presencia de algún mecanismo institucional que induzca a las partes potenciales del intercambio a incurrir en los costos de transacción relevantes o a comerciar en presencia de derechos de propiedad imperfectamente delineados. La evidencia histórica apoya la afirmación neoinstitucional, pues muestra que un sistema comercial complejo y organizado no puede existir en ausencia de un orden político. Ya antes se había mencionado que el régimen político desempeña un papel importante en la determinación del modo en que se asignan los recursos de la sociedad, y que ese papel deriva en parte de su impacto en el costo de negociar. Efectivamente, además de proveer derechos de propiedad claros y estables y un sistema coherente de aplicación, el régimen puede proporcionar estándares que disminuyan los costos de medición.

Al referirse al papel del régimen político en la economía, Eggertsson afirma que sin la existencia de éste y sus instituciones, los altos costos de transacción paralizarían los sistemas complejos de producción y provocarían que las inversiones específicas en relaciones de intercambio de largo plazo no se materializaran.¹⁷⁸ Por su parte, Mercurio y Medema apuntan: “Las reglas formales del Estado funcionan junto con o en lugar de las restricciones informales (costumbre, reputación, etc.) y, al disminuir los diversos costos de transacción relacionados con el intercambio, promueven la formación de acuerdos comerciales más complejos.”¹⁷⁹ Con relación a este mismo tema North ha señalado que la efectividad con que se aplican los acuerdos es el determinante individual más decisivo del desempeño económico, y que al parecer el régimen político tiene una ventaja comparativa en las instituciones de aplicación que facilitan el intercambio.¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 135 y 136.

¹⁷⁸ Thráinn Eggertsson, *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 317. Citado por Mercurio y Medema, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷⁹ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, *op. cit.*, p. 136. La traducción es mía.

¹⁸⁰ Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, *op. cit.*, pp. 46-60.

II.5.2.1.2. El cambio institucional. El establecimiento y la modificación de los derechos de propiedad y el crecimiento económico

Douglass North¹⁸¹ señala que el cambio económico es un proceso creciente, continuo y ubicuo consecuencia de las decisiones que los individuos y los miembros de las organizaciones toman todos los días. Mientras que la gran mayoría de esas decisiones son de rutina, algunas suponen la alteración de contratos existentes. Algunas veces, dicha recontractación puede llevarse a cabo dentro de la estructura institucional existente, pero otras veces las nuevas formas de contratación requieren de una modificación de las reglas, ya sea de las formales o de las informales, o incluso de ambas.

Naturalmente, las modificaciones institucionales ocurren porque los individuos perciben que podrían mejorar su situación reestructurando los intercambios (lo mismo los políticos que los económicos). La fuente del cambio de las percepciones puede ser exógena a la economía – por ejemplo, un cambio en el precio o la calidad de un producto en otra economía que altera las percepciones de los empresarios de cierta economía sobre las oportunidades de negocios– o endógena –por ejemplo, un cambio tecnológico–. En opinión de North, la más importante fuente de cambio de largo plazo de las percepciones es endógena, a saber: el aprendizaje de los individuos y miembros de las organizaciones.¹⁸² Por otra parte, la velocidad del cambio económico es función de la tasa de aprendizaje, mientras que la dirección de ese cambio es función de los pagos esperados por la adquisición de diversos tipos de conocimiento.

Así, la creación de nuevos derechos de propiedad y la modificación de los existentes tienen lugar debido a que ciertos individuos o grupos de una economía consideran rentable o provechoso reestructurar el sistema, y están por lo tanto dispuestos a asumir los costos de llevar a cabo la reestructuración. En efecto, para explotar el potencial del cambio tecnológico y, en general, de cualquier cambio económico o social para incrementar la riqueza, a menudo es necesario que se establezcan nuevas formas de acuerdos institucionales. En otras palabras, es la incapacidad o insuficiencia de la estructura existente de derechos de propiedad para sustentar nuevas oportunidades de realizar intercambios generadores de riqueza lo que origina la demanda de derechos nuevos o reformados. Las nuevas oportunidades de creación de

¹⁸¹ Douglass C. North, “Epilogue: Economic Performance Through Time”, *op. cit.*, p. 346.

¹⁸² *Idem.* A su vez, la tasa de aprendizaje depende positivamente de la intensidad de la competencia entre las organizaciones. La competencia induce a las organizaciones a involucrarse en el aprendizaje para sobrevivir. El grado de competencia puede variar y de hecho varía. Cuanto mayor es el grado de poder monopolístico, menor es el incentivo a aprender (*idem.*).

riqueza pueden deberse a cambios en los precios relativos, las tecnologías de producción, las preferencias de los individuos o ciertos parámetros políticos.¹⁸³

En los sistemas económicos modernos el establecimiento o la modificación de derechos de propiedad (formales) se realiza a través del proceso político. Mejor dicho: el cambio institucional (formal) es un proceso contractual que tiene lugar en el ruedo político; por lo tanto, refleja las preferencias y las restricciones de quienes en él operan. Lo anterior quiere decir dos cosas. Primera, que el cambio institucional será apoyado por quienes se verían beneficiados por la estructura propuesta y viceversa: será obstaculizado por quienes se verían perjudicados. Segunda, que cuanto mayor sea la porción de los recursos de la sociedad que se vería afectada por el cambio planteado mayor será el gasto de las partes afectadas en esfuerzos ofensivos o defensivos, según sea el caso. El resultado, observan Mercurio y Medema,¹⁸⁴ es un proceso de negociación en el que cada grupo busca obtener la mayor parte posible de las ganancias potenciales y en el que sólo se obtendrá la aprobación de las partes si éstas estiman que con el nuevo estado de cosas estarán al menos tan bien como en el statu quo. Para la economía neoinstitucional, una de las principales funciones del proceso político es facilitar el intercambio entre diversos grupos de interés. Los legisladores y las organizaciones políticas, especialmente los partidos políticos, desempeñan un papel capital en este proceso.

Debido a que el cambio institucional altera la distribución de los derechos de propiedad entre los actores económicos afectados y a que, como he señalado, éstos sólo apoyarán aquellas modificaciones que en su opinión los dejarán al menos tan bien como en el estado de cosas actual, es posible que incluso los cambios institucionales que generarían ganancias netas para la sociedad enfrenten obstáculos a su realización. La barrera más importante que enfrenta el cambio institucional radica, sostienen Mercurio y Medema,¹⁸⁵ en el problema de diseñar un método para distribuir las mencionadas ganancias que resulte en la adopción del cambio a la vez que mantiene, en la medida de lo posible, las ventajas productivas (de aumento de la riqueza) del mismo. Uno de tales métodos es la compensación de los perdedores, esto es, de quienes se verían perjudicados por el cambio. Nótese que si para garantizar el acuerdo se fuerza a los ganadores potenciales con el cambio propuesto a compensar a los perdedores, puede ocurrir que las ganancias netas que aquéllos recibirían después de la compensación se reduzcan lo suficiente como para provocar que retiren su apoyo al esfuerzo. En este caso, un cambio que aumentaría la riqueza de la sociedad no termina llevándose a cabo.

¹⁸³ Cfr. Gary D. Libecap, *Contracting for Property Rights*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁴ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, p. 138.

¹⁸⁵ *Idem.*

Los mismos autores señalan que la capacidad de llegar a un acuerdo que resulte en un cambio institucional a través del proceso político está en función de las siguientes circunstancias:

1) el tamaño de la ganancia esperada (a ganancias esperadas mayores, mayor probabilidad de que el acuerdo se alcance); 2) el número de partes en la negociación y 3) el grado en que sus intereses son convergentes (a menor número de partes involucradas y mayor grado de convergencia de los distintos intereses, mayor probabilidad de acuerdo); 4) el grado de imperfección de la información (que afecta directamente la capacidad de valorar acertadamente las ganancias y las pérdidas –y por consiguiente de estructurar los pagos apropiados para compensar a los intereses poderosos que en principio perderían si apoyaran el cambio– así como al riesgo de engaño entre las diversas partes negociadoras), y 5) la distribución de las ganancias (el grado en que los beneficios están alta o bajamente concentrados, siendo el caso de que a más alta concentración menor probabilidad de alcanzar un acuerdo debido a que un alto número de individuos o grupos verían sus intereses afectados).¹⁸⁶

La heterogeneidad de los grupos de interés –es decir, la circunstancia de que los intereses de tales grupos a menudo son divergentes–, junto con el hecho de que tanto los recursos en disputa como los costos de transacción suelen ser considerables, provoca que con frecuencia el cambio institucional genere conflicto. Este conflicto de intereses –que generalmente es real pero que puede ser inexistente o, por lo menos, menor de lo que se piensa– puede llegar a impedir el cambio, como señalé en párrafos anteriores.

Pero aun en el caso en que el conflicto de intereses no impide el cambio institucional, su presencia puede tener consecuencias negativas. De una parte, puede dar lugar a modificaciones adecuadas pero insuficientes, y, de la otra, puede producir modificaciones de plano ineficientes. En el primer caso las transformaciones se dan en el sentido correcto mas no con la profundidad necesaria; es decir, el cambio institucional toma la forma de un proceso de mejora gradual con cambios modestos a las condiciones del statu quo.

En el segundo caso el cambio institucional da lugar a acuerdos ineficientes, en particular a estructuras ineficientes de derechos de propiedad. Idealmente, las reglas políticas se diseñan para facilitar el intercambio reduciendo los costos de transacción, y el cambio institucional ocurre para permitir la explotación de nuevas oportunidades de creación de riqueza cuando los beneficios de dicha transformación superan a los costos; es decir, idealmente el cambio institucional conduce a estructuras eficientes de derechos de propiedad. Sin embargo, no es

¹⁸⁶ *Idem*. La traducción es mía.

raro ver estructuras institucionales ineficientes en el mundo real. Así pues, no hay garantía de que los resultados del intercambio político sean instituciones eficientes. Esta circunstancia se debe, sostiene North, a la ineficiencia del proceso político.¹⁸⁷ Si los costos políticos de transacción fueran bajos y los actores políticos se guiaran por modelos e información adecuados los derechos de propiedad serían eficientes. No obstante, explica el mismo autor, los costos de transacción en el mercado político son altos y las percepciones subjetivas de los actores no siempre son las correctas, lo que frecuentemente resulta en derechos de propiedad que no inducen el crecimiento económico.

En los párrafos anteriores he mencionado algunas de las principales características del cambio institucional cuando éste ocurre a través del proceso político, y he señalado que su relación con el crecimiento económico se debe a que permite la explotación de nuevas oportunidades de creación de riqueza. Me he referido, pues, a la transformación de las instituciones *formales* (es prácticamente imposible modificar las instituciones informales por decreto) y su relación con el crecimiento. De este modo, la anterior exposición analiza sólo una parte de la historia, pues la economía neoinstitucional reconoce explícitamente la importancia de las instituciones *informales*, y su transformación, en el proceso de crecimiento económico. En efecto, como he señalado anteriormente, esta teoría se ocupa del estudio de las instituciones y sus mecanismos de aplicación, y la aplicación depende de manera importante de las reglas informales, tales como las normas, las costumbres y las convenciones. En atención a lo anterior, finalizo este apartado haciendo referencia al papel de estas últimas instituciones, especialmente al modo en que interactúan con las instituciones formales.

Eggertsson se refiere a la interacción entre reglas formales y reglas informales al criticar la tendencia a dar a aquéllas una importancia relativa mayor que la que realmente tienen, en detrimento del estudio de las segundas:

Generalmente –apunta Eggertsson–, la política económica supone la modificación de instituciones formales, puesto que no es obvio que las instituciones informales estén disponibles como instrumentos de política. No obstante, es de vital importancia para la hechura de políticas el tener un mejor entendimiento de las instituciones informales como un fenómeno exógeno. Las instituciones formales y las informales son complementarias en la creación de resultados económicos específicos, y el diseño de reglas formales eficientes debe tomar en cuenta la

¹⁸⁷ Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, op. cit., pp. 51 y 52. La ineficiencia del proceso político puede deberse, entre otras cosas, a problemas de agencia entre el electorado y el legislador o entre éste y el burócrata; la ignorancia racional de los electores; el deseo de no afectar intereses poderosos con la promulgación de normas que siendo eficientes los afecten, o la preferencia de los políticos por una estructura de derechos ineficiente por el hecho de que genera mayores ingresos fiscales.

interacción entre las nuevas reglas formales y las normas informales existentes [...] Una mejor comprensión de las reglas informales puede servir para entender cuándo será fútil la introducción de unas reglas formales determinadas, lo que es decir cuándo no se corresponderán con el sistema de normas informales y no serán, por lo tanto, observadas. Algunos de los errores más graves cometidos por los países desarrollados en la hechura de programas de ayuda para los países en vías de desarrollo podrían deberse a una comprensión limitada de la relación que existe entre las instituciones formales y las informales. Lo anterior implica que una mejor comprensión del papel de las instituciones informales podría ser útil para diseñar reglas formales que aprovechen las reglas informales existentes a fin de depender extensamente de la autoaplicación, dejando únicamente los casos patológicos a los mecanismos formales de aplicación, la policía y los tribunales.¹⁸⁸

Con respecto a este mismo tema North sostiene que para analizar los problemas del cambio institucional y el crecimiento económico es necesario tener en cuenta las siguientes implicaciones del enfoque neoinstitucional:¹⁸⁹

1. Es la mezcla de normas formales, reglas informales y las características de aplicación lo que configura el desempeño económico. Mientras que las reglas formales pueden ser modificadas de la noche a la mañana, las normas informales generalmente cambian sólo gradualmente. Dado que son estas normas las que proveen de “legitimidad” a un conjunto de reglas, el cambio revolucionario nunca es tan revolucionario como sus promotores quisieran y el desempeño real generalmente es diferente del esperado. Por ello, las economías que adopten las reglas formales de otra economía comúnmente tendrán un desempeño muy diferente del de ésta debido a las diferencias en las normas informales y los mecanismos de aplicación. Se sigue que la transferencia de reglas formales políticas y económicas de economías de mercado occidentales exitosas a economías del mundo en desarrollo no es una condición suficiente para un buen desempeño económico.

2. La política es fundamental en la configuración del desempeño económico porque ella define y aplica las reglas económicas. Por lo tanto, una parte esencial de la política de desarrollo es la creación de órdenes políticos (“polities”) que creen y apliquen derechos de propiedad eficientes. Aunque reconoce que se sabe muy poco sobre cómo crear órdenes políticos de ese tipo, North afirma que el análisis neoinstitucional sí tiene algunas implicaciones al respecto:

¹⁸⁸ Thráinn Eggertsson, “A Note on the Economics of Institutions”, *op. cit.*, pp. 21 y 22. La traducción es mía.

¹⁸⁹ Douglass C. North, “Epilogue: Economic Performance Through Time”, *op. cit.*, pp. 353 y 354.

- a) Las instituciones políticas serán estables sólo si están respaldadas por organizaciones que tengan interés en su perpetuación.
- b) Tanto las instituciones como los sistemas de creencias deben cambiar para que las reformas tengan éxito, pues son los modelos mentales de los actores los que configuran sus decisiones.
- c) Desarrollar normas de conducta que sustenten y legitimen nuevas reglas es un proceso largo y en ausencia de esos mecanismos los órdenes políticos tenderán a ser inestables.
- d) Mientras que en el corto plazo puede haber crecimiento económico con regímenes autocráticos, el crecimiento económico de largo plazo precisa del desarrollo del estado de derecho.
- e) Las restricciones informales (normas, convenciones y códigos de conducta) favorables al crecimiento pueden a veces producir crecimiento económico incluso con reglas políticas inestables o contraproducentes. La clave está en la medida en que estas reglas adversas se aplican.

3. La eficiencia en la adaptación antes que en la asignación es la clave del crecimiento económico de largo plazo. Los sistemas político-económicos exitosos han desarrollado estructuras institucionales flexibles capaces de adaptarse a cambios y perturbaciones en las condiciones sociales, económicas, tecnológicas, etcétera. Pero estos sistemas son producto de una larga gestación. Se desconoce cómo crear eficiencia adaptativa en el corto plazo.

II.5.2.2. El análisis jurídico-económico de los acuerdos institucionales

Como se señaló anteriormente, la perspectiva neoinstitucional mantiene que el derecho afecta tanto el ambiente institucional como los acuerdos institucionales, razón por la cual el estudio de la relación entre el derecho y la economía se realiza tanto en el ámbito macro –donde se analiza el efecto de las normas que componen el ambiente jurídico sobre la actividad económica– como en el ámbito micro –donde se explora el modo en que los acuerdos jurídico-institucionales alcanzados por los agentes económicos rigen y afectan sus relaciones–.

Mientras que el ambiente institucional ofrece un marco normativo dentro del cual tienen lugar la producción, el intercambio y la distribución, los acuerdos institucionales, o las

estructuras de gobierno, determinan el conjunto específico de relaciones funcionales entre las partes de un proceso particular de producción, intercambio y distribución.

Concretamente, mientras que el derecho de contratos contribuye a determinar el ambiente contractual, y, por lo tanto, las posibilidades y limitaciones de las mencionadas actividades económicas, son los acuerdos contractuales específicos –esto es, los acuerdos institucionales o las estructuras de gobierno específicos– los que al final de cuentas determinan la producción, el intercambio y la distribución. En efecto, son los términos escritos y no escritos de los contratos los que dictan el modo en que dichas actividades son organizadas y conducidas. Los contratos son, pues, vehículos que facilitan el intercambio; pueden recorrer una amplia gama que va desde el intercambio simple de mercado hasta el intercambio que ocurre al interior de las empresas verticalmente integradas. Esta diversidad se debe, naturalmente, a que distintos mecanismos de intercambio requieren distintas formas contractuales.

Una de las preocupaciones centrales de la perspectiva neoinstitucional es la lógica de los distintos acuerdos contractuales que se presentan en el mundo real, y por qué determinados tipos de acuerdos contractuales predominan sobre otros en ciertos contextos. La elección de los acuerdos contractuales está en función de diversos factores tales como los costos de transacción, el riesgo, los acuerdos jurídico-políticos, las costumbres sociales y los atributos técnicos de los activos involucrados en el proceso de contratación. La perspectiva neoinstitucional plantea que el objetivo de los agentes involucrados en el proceso de contratación es seleccionar o diseñar –siempre dentro de los límites permitidos y susceptibles de hacerse valer por el ambiente institucional, en especial por el derecho– formas contractuales que minimicen los costos de transacción.

Mercurio y Medema informan que es posible identificar dos enfoques distintos (pero relacionados) de la contratación dentro de la perspectiva neoinstitucional: el enfoque derechos de propiedad/agencia y el enfoque de los costos de transacción.¹⁹⁰ Por ser el más útil para los efectos de esta tesis, sólo desarrollaré el primero de tales enfoques.

Antes de continuar quiero destacar algunas diferencias existentes entre la economía neoclásica y la neoinstitucional en lo relativo a los contratos. Para la teoría económica convencional el contrato es un intercambio de mercado discreto y autónomo que se consuma instantáneamente bajo la égida de un régimen jurídico completa y perfectamente especificado, en el cual todas las mercancías están monetizadas y son intercambiadas por pagos en dinero y todos los contratos son perfectamente aplicados por los tribunales. Concretamente, la economía neoclásica supone que los contratos están plenamente definidos, se consuman de manera

¹⁹⁰ Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *Economics and the Law*, op. cit., p. 141.

instantánea y se aplican perfectamente por los tribunales, por lo cual las consideraciones relativas a la relación contractual y la identidad de las partes resulta irrelevante en dicho paradigma.¹⁹¹ Incluso cuando se modelan situaciones en las que el desempeño contractual no es instantáneo, la economía convencional supone que las cuestiones sobre eventos futuros son tratadas sin costo en el presente (por ejemplo, mediante cláusulas contingentes específicas incorporadas en el contrato), de modo que al final de cuentas las consideraciones sobre la relación contractual y la identidad de las partes permanecen ausentes. Por su parte, la economía neoinstitucional –tanto el enfoque de derechos de propiedad/agencia como el de costos de transacción– reconoce que aunque estas suposiciones son sensatas en ciertas circunstancias, a menudo no reflejan los procesos de contratación del mundo real, donde lo más común es que los contratos estén incompletos y sean ejecutados (y modificados) a lo largo del tiempo, y donde la aplicación judicial es imperfecta y, en muchos casos, eludida por las partes contratantes en favor de mecanismos alternativos (casi siempre privados) de resolución de disputas. La existencia de estos fenómenos impide pasar por alto las cuestiones relativas a la relación contractual y la identidad de las partes contratantes, pues ahora es necesario tomar en cuenta el riesgo de incumplimiento, parcial o total, y de comportamiento oportunista de alguna de ellas.¹⁹²

II.5.2.2.1. Derechos de propiedad, agencia y el proceso de contratación

Aunque la mayor parte de la literatura de los derechos de propiedad se centra en el análisis de los ambientes institucionales, este enfoque también ha sido fructíferamente aplicado al análisis de los acuerdos institucionales, específicamente al estudio del proceso de contratación.¹⁹³

Los contratos funcionan como mecanismos que permiten transferir derechos de propiedad entre agentes económicos. En efecto, la combinación de recursos pertenecientes a

¹⁹¹ Tales contratos no son una mera ficción teórica; de hecho, se celebran en la vida real, particularmente en contextos de mercados maduros. Mercurio y Medema (*op. cit.*, p. 147) ofrecen el ejemplo de una empresa que tiene muchas alternativas para el suministro de un determinado insumo –entre las cuales puede elegir y moverse a un costo insignificante– y que adquiere tal insumo mediante una serie de contratos de corto plazo celebrados a lo largo del tiempo con el proveedor que ofrece el precio más bajo en un determinado momento. En este ejemplo, la combinación de información cierta y barata, de contratos de corto plazo y de un gran número de proveedores alternativos reduce al mínimo los costos de transacción y protege a la empresa de los riesgos del incumplimiento o del comportamiento oportunista de alguna de sus contrapartes. Está claro que en los contratos de este tipo las consideraciones sobre la relación contractual y la identidad de las partes pueden ser pasadas por alto.

¹⁹² Cfr. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema, *op. cit.*, pp. 141, 142, 147 y 151.

¹⁹³ Este apartado está basado en la exposición de Nicholas Mercurio y Steven G. Medema contenida en el multicitado libro *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, pp. 140-147.

diversas personas para producir supone transferencias parciales o totales de derechos de propiedad por medio de un contrato. De este modo, los términos que constituyen la estructura del contrato se diseñan, como regla, para especificar a) la distribución del ingreso entre los participantes, y b) las condiciones del uso del recurso. Los precios son sólo uno de los muchos términos especificados en el contrato. Otros términos pueden referirse al tiempo de entrega, la calidad garantizada y los mecanismos para afrontar los riesgos de incumplimiento, por ejemplo.

En este punto es importante señalar que el ambiente institucional, del cual los derechos de propiedad son un componente central, desempeña un papel fundamental en el establecimiento de los parámetros del proceso de contratación al fijar los incentivos y las restricciones que los individuos enfrentan. Lo anterior quiere decir que los contratos que en la práctica se materialicen reflejarán los conjuntos de oportunidad y los incentivos presentes en la estructura de derechos de propiedad existente.

Atendiendo al hecho de que en las economías capitalistas modernas la gran mayoría de las contrataciones se efectúa teniendo a las empresas como compradoras o vendedoras o bien al interior de las propias empresas, la literatura neoinstitucional sobre la contratación se enfoca principalmente en tales unidades económicas.

La perspectiva neoinstitucional considera a la empresa como un nexo de relaciones contractuales. La empresa tiene relaciones de contratación con los proveedores de los diversos insumos y servicios de la empresa –incluyendo la relación de empleo y las relaciones de producción al interior de la empresa– y con aquellos a quienes vende los bienes y servicios que produce. Dada la extensión y diversidad de las relaciones contractuales potenciales, el derecho de contratos y la forma de las relaciones contractuales desempeñan un papel crucial en la determinación de la estructura organizacional de la empresa. En este sentido, la hipótesis de la perspectiva neoinstitucional es que las empresas existen para reducir el comportamiento oportunista poscontractual al reducir el costo de monitorear el intercambio de bienes y servicios (incluido el esfuerzo de los empleados) y dirigir la distribución de unidades cooperativas conjuntas.

Un problema importante que surge dentro del proceso de negociación (o contratación) es el de agencia. Antes de ver en qué consiste este problema veamos qué es una relación de agencia. Una relación de agencia se establece cuando una parte, llamada “principal”, delega algunos derechos –por ejemplo, derechos de uso sobre un recurso– a otra parte, denominada “agente”, la cual queda obligada por un contrato (formal o informal) a representar los intereses del principal a cambio de un pago de algún tipo. Existen muchas formas de relaciones de agencia, incluidas la de propietario-administrador (o propietario-gerente o propietario-director),

administrador-trabajador, elector-legislador, legislador-burócrata, etcétera. Obviamente, una misma persona puede desempeñar el papel de principal en una relación de agencia y de agente en otra relación distinta.

Como puede adivinarse, el problema central de las relaciones de agencia deriva de la posibilidad, muy común en la práctica, de que los objetivos del agente no se correspondan exactamente con los del principal, lo que hace necesario cierto tipo de monitoreo para asegurar que el comportamiento del agente sea congruente con los intereses del principal. Sin embargo, en virtud de que el monitoreo es costoso, normalmente es inviable o imposible que los principales controlen perfectamente el desempeño de los agentes, lo que da lugar a la posibilidad del comportamiento oportunista del agente cuando los intereses de éste y los del principal son divergentes. Una de las manifestaciones del comportamiento oportunista del agente es el denominado *shirking*, que consiste básicamente en realizar un esfuerzo menor que aquel que debería realizarse para satisfacer plenamente los intereses del principal.

El comportamiento oportunista del agente impone al principal dos tipos de costo: los costos directos de agencia que surgen a causa del comportamiento oportunista del agente y los costos de monitoreo que trae consigo el intento del principal de controlar el desempeño del agente. Cuanto mayor sea la divergencia entre los intereses del principal y los del agente, mayores serán el riesgo y el costo del comportamiento oportunista, y mayores serán los costos de agencia. Dado que el monitoreo es siempre costoso, el principal incurrirá en costos de monitoreo adicionales siempre y cuando la reducción de los costos directos de agencia sea mayor que el costo adicional del monitoreo. La fórmula final incluirá casi siempre alguna cantidad (a menudo considerable) de costos directos de agencia; es decir, eliminar por completo estos costos es simplemente prohibitivo.

Una de las relaciones de agencia más estudiadas es la que se presenta entre el dueño de una unidad económica y los administradores de la misma. En este caso, la utilidad del propietario de la empresa (el principal) es una función directa de los beneficios que ésta genere, mientras que la utilidad del empleado (el agente), está en función, entre otras cosas, del ingreso y el ocio, y suele ser maximizada mediante un comportamiento laboral que no contribuye a la maximización de los beneficios de la empresa. Es común que en esta clase de relaciones el trabajador tenga incentivos para no dar su máximo esfuerzo en virtud de que la reducción del esfuerzo laboral (que disminuye los beneficios de la empresa y aumenta la utilidad del empleado) no resulta en una reducción correspondiente en el ingreso laboral. Por lo tanto, el propietario deseará controlar al empleado en un intento por asegurar que el comportamiento de éste promueva los intereses de aquél —esto es, maximice los beneficios de la empresa—. Sin

embargo, la incapacidad del propietario de controlar completamente el desempeño del empleado lleva a un escenario en que el trabajador tiene cierto incentivo a no dar su máximo esfuerzo.¹⁹⁴ Si además el monitor (la persona encargada de monitorear el desempeño de los empleados) es incapaz de captar todos los pagos del monitoreo, tendrá también incentivos para no dar su máximo esfuerzo. Debido a esto, y al hecho de que el monitoreo es costoso, la cuestión deviene establecer un sistema de incentivos en que el *shirking* sea desalentado.

En algunos casos las fuerzas de la competencia son suficientes para moderar los problemas de agencia y monitoreo. Así, por ejemplo, la competencia entre equipos o por adquirir la calidad de miembro de un equipo puede ser suficientemente poderosa para inducir esfuerzos directos de parte de los equipos o de los miembros de éstos. Del mismo modo, la competencia en el mercado de monitores puede ser suficiente para eliminar en buena medida la posibilidad de que los monitores contratados realicen sólo el mínimo esfuerzo necesario. En muchos casos, sin embargo, la carencia de competencia efectiva o de información suficiente acerca del desempeño puede hacer que tales soluciones a los problemas de agencia sean difíciles de alcanzar.

En ausencia de una competencia eficaz o de un suministro de información de bajo costo que facilite el control efectivo del desempeño del agente, los principales pueden intentar reducir los costos de agencia a través de contratos apropiadamente estructurados, esto es, contratos que alineen los intereses del agente con los del principal. Una importante manifestación de tales esquemas de alineación de incentivos en los contratos modernos es el acuerdo de repartición de las ganancias. Aquí, el empleador ofrece al empleado una parte de las ganancias de la empresa como un bono por desempeño. De este modo, el ingreso del empleado está determinado no sólo por el salario sino por el desempeño general de la empresa, al que el empleado contribuye con su esfuerzo laboral. El efecto de este esquema es alinear los incentivos del empleado con los intereses del empleador, es decir, inducir al empleado a desempeñarse de un modo tal que su esfuerzo se corresponda más estrechamente con los intereses del empleador.

En general, cuando una de las partes de la relación de agencia tiene la capacidad de afectar el valor de ciertos atributos de los recursos involucrados, la solución es estructurar un contrato que haga de dicha parte un demandante residual (*residual claimant*) de esos atributos, dando así a esta parte un incentivo para maximizar el valor de los mismos. Más específicamente, cuanto mayor sea el grado en que un individuo puede afectar el valor de un

¹⁹⁴ Estas cuestiones de monitoreo e incentivos son especialmente importantes cuando la producción está organizada sobre la base del trabajo en equipo. Si la contribución al producto del equipo de cada uno de sus miembros es difícil de medir, cada miembro tendrá un incentivo a no dar su máximo esfuerzo.

activo, mayor deberá ser el grado de su poder de reivindicación sobre el valor o el ingreso derivado de ese activo. Por ejemplo, al estructurar el contrato del monitor con objeto de darle ciertos derechos residuales sobre los rendimientos del monitoreo, el principal reduce el incentivo del monitor para no dar su máximo esfuerzo.

Un método por el que los agentes pueden intentar garantizar su desempeño es el llamado *bonding*. Por virtud del *bonding* el agente ofrece al principal, dentro del proceso de contratación, alguna seguridad colateral –consistente en cierto tipo de compromiso– como garantía de que no incurrirá en un comportamiento oportunista. En el caso de la relación de agencia establecida entre el accionista y el administrador, este *bonding* podría consistir en el ofrecimiento de garantías de que los estados financieros se mantendrán auditados por contador público certificado, o en un compromiso explícito de que el administrador no incurrirá en usos indebidos de los recursos de la empresa, o bien en limitaciones contractuales al poder de decisión del administrador. Hay que señalar que no obstante que estos compromisos pueden reducir considerablemente los problemas de agencia, imponen cargas a la empresa. Por una parte, incrementan el costo de contratación. Por la otra, imponen costos directos a la empresa consistentes, por ejemplo, en el costo de los auditores o en el costo de oportunidad de las ocasiones de obtener ganancias sacrificadas, total o parcialmente, a causa de las restricciones impuestas a la conducta del administrador que impiden que éste siempre aproveche plenamente las oportunidades de negocios que se le presenten.

El grado en el que estos tipos de mecanismos de alineación de incentivos son incorporados a los contratos está en función del nivel de los costos de transacción relevantes –o sean: los costos de incluir tales cláusulas en el contrato (fundamentalmente los costos de negociación) en comparación con los costos del monitoreo adicional del desempeño del agente, y ambos costos en comparación con los costos directos de agencia previstos por el principal–. Dentro de la empresa, cabe esperar que a medida que el tamaño de la misma aumente, tanto los costos directos de agencia esperados como los costos de monitoreo esperados aumenten también, llevando al propietario de la empresa a intentar diseñar esquemas de alineación de incentivos que puedan ser incorporados en los acuerdos contractuales.

La economía neoinstitucional defiende la tesis de que los contratos –y, por lo tanto, las empresas y sus estructuras– que han emergido a lo largo del tiempo son el producto de un proceso histórico en el que hubo fuertes incentivos para que los individuos minimizaran los costos de agencia. Sin embargo, como se vio en el estudio del ambiente institucional, aumentar la complejidad contractual es costoso, lo que ocasiona que el contrato óptimo, lo mismo que el monitoreo óptimo, sean tales que el costo directo de agencia óptimo sea positivo.

III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LOS PAÍSES DE TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA

III.1. Introducción

En los capítulos anteriores presenté el análisis económico del derecho bien como un análisis económico que precisa de un conocimiento más o menos detallado de alguna o algunas áreas del ordenamiento jurídico, bien como una teoría económica con bases institucionales sólidas. Así, la disciplina denominada análisis económico del derecho genera siempre y en todo caso conocimiento científico de tipo económico. Ésa es una posibilidad de creación de conocimiento científico de la disciplina; sin embargo, cabe preguntarse si es posible (y probable) que ésta también contribuya a generar, o constituya de algún modo, conocimiento científico jurídico y no sólo económico. Es decir, ¿puede verse el análisis económico del derecho como una teoría jurídica o, por lo menos, como una teoría económica del derecho?; ¿en qué medida, con qué alcances y límites, puede un análisis económico de conductas jurídicas formar parte de la ciencia del derecho?; ¿puede considerarse que el análisis económico del derecho constituye una disciplina *jurídica*? Asimismo, cabe preguntarse si es posible (y probable) que el análisis económico del derecho se emplee para crear derecho. Como se verá a lo largo del presente capítulo, la respuesta a todas esas interrogantes depende, más que de las características de la teoría económica, de las características del derecho y la ciencia jurídica en el sistema jurídico a cuyo estudio haya de aplicarse el análisis económico del derecho.

La pertinencia de las preguntas relativas a la función y el alcance del análisis económico del derecho en las distintas tradiciones jurídicas deriva, lógicamente, de la aceptación de que dicho análisis es viable en cualquier sistema jurídico, independientemente de la familia a la que pertenezca y de la tradición jurídica que lo caracterice. En efecto, el hecho de haber definido la economía como la ciencia de la elección humana implica que su objeto de estudio lo constituyen todas las conductas humanas cuya racionalidad, motivación (la maximización de algo) y contexto (uno de escasez) se presupongan, de donde naturalmente se sigue que el

análisis económico del derecho “es aplicable a cualquier tipo de ‘conducta jurídica’, ello con independencia del orden jurídico dentro del cual se dé”.¹

Partiendo de que “lo determinante para considerar una conducta económicamente no son sus ‘elementos’ propios sino la asignación de un sentido” y de que, por lo tanto, “no puede hablarse de una ‘naturaleza’ general o jurídica de las conductas que impida comprenderlas económicamente”, José Ramón Cossío Díaz sostiene que “el problema de la aplicación del análisis económico del derecho *no puede plantearse, entonces, desde la dualidad posibilidad/imposibilidad, sino mediante la reconducción de sus posibles funciones cognoscitivas en cada una de las familias jurídicas*”.²

Así, siendo factible la aplicación de las categorías económicas para la explicación de las conductas jurídicas, las funciones y los alcances de tal explicación dentro de un ámbito jurídico determinado deben establecerse atendiendo a las características del derecho y la ciencia jurídica en dicho ámbito. La tesis es, pues, que la forma en que se concibe, identifica y estudia el derecho en cada uno de los sistemas y familias jurídicas condiciona las posibilidades (y las probabilidades), tanto científicas como normativas –es decir, teóricas y creadoras–, del análisis económico del derecho.

Cossío Díaz argumenta que esta aproximación al problema permite considerar que si el análisis económico es una herramienta abstracta cuyas funciones explicativas en el campo del derecho “derivan de ciertas condiciones jurídicas y jurisprudenciales”, entonces “el cambio de una o de ambas condiciones conllevará la modificación de sus funciones explicativas”.³ A mi juicio, la consideración del análisis económico como una herramienta abstracta (e idealmente neutral) constituye la forma más adecuada de acercarse al problema de la viabilidad y utilidad del análisis económico del derecho en los sistemas pertenecientes a la familia romanista, pues en este caso de lo que se trata es de trasplantar una metodología que en otro contexto (el estadounidense) puede verse como expresión de una cierta tradición jurídica, pero que entre nosotros sólo puede verse, en efecto, como una metodología ajena que emplea una herramienta que es, en todo caso y en todo ámbito jurídico, abstracta.

Por su parte, Pedro Mercado Pacheco –para quien el análisis económico del derecho es un movimiento contemporáneo *en la teoría jurídica* que combina las ciencias económica y jurídica en un intento de estudio interdisciplinario del derecho– considera que aquél ha de verse como una disciplina *jurídica* autónoma dentro del panorama de la cultura jurídica contemporánea cuyo núcleo teórico compartido por todos sus practicantes, sea cual sea la

¹ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 271.

² *Idem*. Las cursivas son mías.

³ *Ibid.*, p. 306.

tendencia en la que se inscriban, es lo que se conoce como la “tesis conductista del análisis económico del derecho”, según la cual la teoría económica constituye una teoría capaz de explicar y predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas.⁴ Me parece que la consideración del análisis económico del derecho como disciplina jurídica autónoma puede darse por buena siempre que no se pierda de vista que ello no implica que la misma pueda tener, o de hecho tenga, el mismo lugar, como disciplina jurídica, en todas las culturas y en todos los sistemas jurídicos.

Este capítulo está destinado a exponer, por una parte, cuáles son las funciones científicas y normativas que el análisis económico del derecho cumple en el orden jurídico estadounidense y, por la otra, cuáles son las funciones de ambos tipos que la disciplina cumple o puede llegar a cumplir en los órdenes jurídicos romanistas, teniendo como referencia al derecho mexicano. Al final de cuentas, de lo que se trata realmente es de ubicar el análisis económico del derecho dentro del conjunto de las disciplinas que en la familia jurídica romanista se ocupan del estudio del derecho, para hacer lo cual es necesario revisar previamente, así sea de manera muy breve, la situación que prevalece en el ámbito estadounidense, pues sólo “después de desentrañar la aportación de este movimiento a esa tradición en la que se inscribe es posible plantearse la cuestión de la viabilidad u oportunidad de su aplicación en otra cultura jurídica”.⁵ En el caso del orden jurídico mexicano no se trata solamente de presentar las posibilidades científicas y normativas del análisis económico del derecho en la explicación y creación del dicho orden, sino también de exponer someramente cuáles son las probabilidades de que el análisis económico se use de hecho para explicar o crear el derecho en nuestro país.

Para llevar a cabo la tarea en comentario seguiré principalmente las obras *Derecho y análisis económico*, de José Ramón Cossío Díaz, y *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, de Pedro Mercado Pacheco. Ambos autores comparten la opinión de que el alcance del análisis económico del derecho en la explicación y creación de un orden jurídico determinado está en función de las necesidades, las características y las condiciones del derecho y la ciencia jurídica en la tradición a la que dicho orden pertenece. Así, la forma de concebir, identificar y estudiar el derecho en un determinado orden jurídico condicionará las funciones y los alcances del análisis económico del derecho.

De acuerdo con los autores citados, los contextos teórico y cultural propios de la tradición jurídica estadounidense determinaron el nacimiento, el desarrollo y la institucionalización del análisis económico del derecho en los Estados Unidos. En este sentido,

⁴ Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, op. cit., pp. 25, 27 y 246.

⁵ *Ibid.*, p. 172.

Cossío Díaz afirma que las enormes posibilidades teóricas y creadoras del análisis económico del derecho en el orden jurídico norteamericano “derivan, en buena medida, de las características de ese orden jurídico y de su paradigma jurisprudencial”.⁶ En efecto, el hecho de que en la tradición jurídica dominante en ese país se considere que el derecho es un instrumento que abarca múltiples aspectos conductuales y que la ciencia jurídica es una actividad cuya principal función debe ser la predicción de las futuras resoluciones jurisdiccionales facilitó la incorporación de la metodología de *Law and Economics* para explicar una gran cantidad de aspectos de ese orden jurídico.

En los órdenes pertenecientes a la familia romanista tradicionalmente el derecho se concibe y estudia de un modo distinto del que priva en el sistema de *common law* estadounidense. Este hecho no puede, como se dijo anteriormente, servir para negar la posibilidad de aplicar el análisis económico del derecho en aquellos órdenes, pero sí significa que en ellos las posibilidades científicas y normativas —es decir, las funciones teóricas y creadoras— de dicha disciplina serán diferentes de las que tiene en el orden jurídico norteamericano. Como argumenta Cossío Díaz,

parece factible demostrar que, en buena medida, la discusión en torno a alcances, límites, posibilidades, funciones, obstáculos, etc., del análisis económico del derecho, depende de las condiciones de creación del derecho respecto del cual se pretenda aplicar, así como de aquello que la respectiva ciencia jurídica identifique como derecho y deba explicar. Así, si el planteamiento anterior es correcto, desde ahora puede decirse que al ser el estadounidense, por ejemplo, un orden jurídico mucho más descentralizado que el mexicano, y al identificarse el derecho por la ciencia jurídica de ese país como un objeto de estudio compuesto por normas y hechos (y no sólo por normas como sucede preponderantemente en los órdenes romanistas), resultará posible comprender el porqué de las distintas funciones creadoras y teóricas de una misma metodología en órdenes jurídicos diversos.⁷

La clave para comprender a qué se deben las mencionadas diferencias está en la resolución de tres preguntas fundamentales: ¿de qué modo se concibe el derecho en cada uno de los distintos sistemas jurídicos?, ¿de qué manera se explica el derecho? y ¿qué papel se otorga al estudio de las conductas para la comprensión del derecho?⁸ En torno a estas interrogantes girará la exposición del presente capítulo.

⁶ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 306.

⁷ *Ibid.*, p. 18.

⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 271 y 272.

III.2. Orden jurídico estadounidense y análisis económico del derecho

En los Estados Unidos, informa Mercado Pacheco, el análisis económico del derecho “se ha consolidado como disciplina y enfoque de análisis del derecho tanto en la enseñanza jurídica como en la práctica judicial”.⁹ El mismo autor sostiene que es posible y conveniente analizar las razones de la existencia de una *teoría económica del derecho institucionalizada* como propuesta de renovación de la teoría jurídica tradicional; “de su nacimiento y desarrollo como tal teoría jurídica, y de su significado y consecuencias en un contexto determinado como es la cultura jurídica americana”. En otras palabras, “hay que hacer explícitas las condiciones de producción de un discurso económico sobre el derecho, cómo nace y cómo se articula en una teoría del derecho que se pretende a sí misma como alternativa al modelo dominante de ciencia jurídica, cómo dialoga con ese modelo”.¹⁰ Por otra parte, “es necesario señalar cuáles son las principales aportaciones de este movimiento a la teoría jurídica [norteamericana]”.¹¹

III.2.1. Características del derecho y la ciencia jurídica estadounidenses

Diversas notas han caracterizado al derecho y la jurisprudencia estadounidenses desde finales del siglo XIX hasta el día de hoy. Todas ellas están relacionadas de uno u otro modo con el análisis económico del derecho, ya sea con su surgimiento, su desarrollo, su consolidación o sus funciones como teoría jurídica institucionalizada en el ámbito jurídico norteamericano. Puede afirmarse que las características más importantes son las siguientes: 1) la consideración del derecho como un instrumento social; 2) la enorme cantidad de precedentes que componen el grueso del orden jurídico así como el alto grado de descentralización en la creación de los mismos; 3) la concepción de la ciencia jurídica como una actividad cuya principal función es la predicción del modo como los órganos jurisdiccionales habrán de resolver los asuntos en curso o futuros; 4) la idea de que el derecho, como objeto de estudio de dicha ciencia, se compone de normas y de conductas, razón por la cual no es reducible a sus propios términos normativos; 5) el consecuente rechazo al formalismo jurídico y la consiguiente certeza de que la ciencia jurídica ha de constituirse en una jurisprudencia científica que esté basada en la aplicación de

⁹ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰ *Ibid.*, p. 172.

¹¹ *Ibid.*, p. 27.

los métodos de las ciencias sociales y compuesta por un conjunto de enunciados de carácter empírico; 6) la ulterior negación de la autonomía del análisis doctrinal, esto es, la afirmación de que éste es insuficiente para llevar a cabo todas las funciones de la jurisprudencia, y 7) la ausencia de una teoría general que permita sistematizar todo el ordenamiento jurídico y otorgarle una racionalidad interna.¹²

La tradición jurídica caracterizada en el párrafo anterior tiene como paradigma el pensamiento de Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo. En efecto, a partir del movimiento antiformalista encabezado y definido por estos juristas, el derecho dejó de verse “como un objeto de conocimiento reducible a sus propios términos normativos, para considerarse como el producto de evoluciones históricas o de objetivos o fines sociales que deban alcanzarse”.¹³

[E]n las normas [resoluciones judiciales y leyes primordialmente] se recogen las tendencias de la evolución y los proyectos que deberá desarrollar la sociedad, de ahí que no pueden explicarse mediante un estudio puramente formal [...] El jurista sabe que el derecho se compone por una variedad de elementos que deben conocerse para lograr su comprensión [costumbres, estatutos, precedentes, opinión pública], pero sabe también que por derecho únicamente deben considerarse ciertos “productos” sociales (precedentes primordialmente). Ahora bien, como ese conocimiento integral es imposible debido a la cantidad y grado de descentralización en la creación de los precedentes, Holmes establece como objetivo de la jurisprudencia en la primera etapa de su pensamiento el establecimiento de las *tendencias* observables en una materia jurídica determinada.¹⁴

Así, pues, el paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo no sólo constituye una forma de estudiar el derecho, sino también una forma específica de identificarlo y concebirlo. “Por una parte –sostiene Cossío Díaz–, el derecho es considerado como un conjunto de precedentes provenientes de una pluralidad de órganos que cuentan con un importante grado de descentralización al momento de crear derecho, no organizables mediante criterios *a priori*; por

¹² La visión instrumental del derecho y la consideración de que la ciencia jurídica debe constituir una ciencia social empírica o por lo menos una ciencia que recurra a las aportaciones de las ciencias sociales empíricas no son compartidas por la totalidad de los juristas estadounidenses. Asimismo, existen quienes sostienen que el derecho mantiene su autonomía y posee una lógica interna propia. La posición que con más éxito defendió durante el siglo pasado la autonomía de la ciencia jurídica –la denominada Escuela del proceso legal– fue predominante (pero no abrumadora) durante la posguerra y hasta los primeros años de la década de los setenta; sin embargo, y debido en buena medida a la influencia del realismo jurídico, nunca se alejó del todo del instrumentalismo jurídico ni volvió a los excesos del formalismo langdelliano, de modo que no alteró sustancialmente el paradigma jurisprudencial establecido por Holmes y Cardozo. Véase *supra* 1.2.2, 1.2.3.1 y 1.2.3.2. Aquí cabe decir que la ausencia de teorías o paradigmas aceptados universalmente es otra de las características del pensamiento jurídico en los Estados Unidos.

¹³ José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 280.

¹⁴ *Idem.*

otra parte, la ciencia jurídica es concebida como una actividad cuya principal función debe ser la predicción de las posibles resoluciones que pudieran llegar a dictar los órganos jurisdiccionales (en tanto ‘producen’ el material empírico llamado derecho)”, así como la determinación de los instrumentos y medios jurídicos adecuados para conseguir que esos mismos órganos logren ciertas soluciones jurídicas “tomando en cuenta distintos aspectos de ‘la realidad’”.¹⁵

El paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo identifica un problema –el de la indeterminación– y propone un método –el de la predicción–; ambas labores permiten identificar, concebir y estudiar el derecho.

Cuando la función de la ciencia jurídica es sistematizar un orden jurídico altamente descentralizado a fin de posibilitar la determinación de las tendencias observables, la formulación de las correspondientes predicciones a partir de casos previamente resueltos y la identificación de las mejores soluciones jurídicas y los medios idóneos para alcanzarlas, se hace necesario el concurso de las ciencias sociales empíricas y la filosofía. Es decir, es preciso que la dicha ciencia jurídica considere categorías provenientes del pensamiento social y filosófico y se componga por un conjunto de enunciados de carácter empírico, puesto que el solo conocimiento normativo deja de ser suficiente para cumplir con sus tareas.

Puede decirse, entonces, que los problemas enfrentados por la jurisprudencia y la práctica jurídica estadounidenses produjeron que el derecho dejara de verse en términos exclusivamente normativos para concebirse en términos normativos y conductuales. De este modo, la conducta humana –sobre todo la de los juzgadores pero también la de todos aquellos que intervienen en la creación de normas así como la de aquellos a quienes éstas se encuentran dirigidas–, en su calidad de elemento fáctico o acontecimiento de la realidad, pasó a formar parte del objeto de la ciencia jurídica. Este hecho condicionó de manera definitiva la naturaleza de la jurisprudencia estadounidense. Efectivamente, si algo caracteriza a las diversas corrientes surgidas del paradigma jurisprudencial en comentario es que todas ellas otorgan a la conducta humana un papel preponderante en la explicación del derecho. Abriré aquí un paréntesis para referirme brevemente a dos de ellas, el realismo jurídico y el análisis económico del derecho.

Con respecto al primero de dichos movimientos, Mercado Pacheco señala lo siguiente:

La ciencia jurídica se convierte en manos de los realistas en una *ciencia empírica*, que no trata de determinar el precepto o norma que deba ser aplicada al caso concreto, sino de descubrir si respecto a determinadas situaciones litigiosas se manifiesta una práctica constante por parte de

¹⁵ *Ibid.*, pp. 304 y 305.

los tribunales y si los efectos deseados por los operadores jurídicos se han conseguido en el pasado.

[...]

[La vertiente científica del realismo consideraba que] el problema del conocimiento del proceso de decisión jurídica, esto es, el problema de la predicción de la acción futura de los tribunales, podría ser resuelto con el estudio de códigos conductuales de los protagonistas del proceso judicial. Esas leyes conductuales podrían ser identificadas a través de una investigación empírica que explicaría la conducta concreta llevada a cabo por un juez, a la vez que proveería de una base para predecir cómo se comportarían en el futuro. Por ello, estos realistas buscaron normas sociales, psicológicas, antropológicas y económicas que se manifestaran en la conducta de los jueces y que pudieran explicar cómo los jueces procedían de hecho. La función del derecho no es describir estas reglas de conducta, esta es una tarea que incumbe a las otras ciencias sociales en las que tienen su base: la economía, la psicología, la antropología [...] Desde este punto de vista, el estudio y previsibilidad del proceso de decisión judicial debía ser realizado no desde el derecho, sino desde la perspectiva exterior de las ciencias sociales.¹⁶

Es conveniente destacar dos cosas de la cita anterior. Primera, el énfasis del realismo jurídico en la conducta de los jueces antes que en la de los destinatarios de las normas. Segunda, el carácter multidisciplinario del movimiento. Para el realismo, la economía es sólo una de las muchas ciencias sociales cuyas herramientas han de emplearse “para la construcción de una ciencia jurídica y una teoría de la decisión judicial sobre bases empíricas”.¹⁷

Por su parte, el análisis económico del derecho también opera a partir de la “dualidad norma/conducta” que caracteriza la concepción del derecho en el pensamiento jurídico dominante en los Estados Unidos. Sin embargo, aquél constituye una expresión del paradigma Holmes/Cardozo diferente del realismo. Por una parte, el análisis económico del derecho no sólo se centra en el comportamiento de los órganos jurisdiccionales sino que otorga igual importancia al estudio de la conducta tanto de los demás órganos creadores de derecho como de los destinatarios de las normas. Por otra parte, el análisis económico del derecho constituye una disciplina que combina las ciencias económica y jurídica en un intento de estudio interdisciplinario del orden jurídico. De este modo, reivindicando el carácter imperialista de la economía neoclásica y la tesis según la cual ésta puede considerarse una teoría general de la sociedad, el análisis económico del derecho prescinde del resto de las ciencias sociales para

¹⁶ Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, op. cit., pp. 186 y 188-190.

¹⁷ *Ibid.*, p. 192.

explicar y predecir la conducta humana así como para evaluar las decisiones jurídicas y los resultados que éstas generan.

Para continuar con el desarrollo de las características más relevantes del pensamiento jurídico norteamericano me referiré ahora a la denominada “concepción esencialmente instrumental del derecho”, que en opinión de Mercado Pacheco consiste en concebir a éste como sigue:

El derecho es un conjunto de medios sociales, de instrumentos que sirven a objetivos determinados, que surgen a su vez de necesidades e intereses sociales externos al derecho. El sistema jurídico, en tanto que conjunto de medios sociales, es una forma de tecnología, una tecnología social compleja que es obra del hombre y que éste fácilmente puede utilizar para servir a la finalidad que la sociedad requiera [...] [U]na vez afirmado que el derecho es un medio para conseguir fines sociales y que esos medios consisten en el establecimiento de reglas que dirigen y prohíben conductas, la función del derecho es la de implementar dichos medios para que consigan dichos fines, función que depende de que el derecho se convierta en una ingeniería social.¹⁸

En la tradición instrumentalista estadounidense, el derecho tiene que ser evaluado en última instancia por el éxito en la consecución de sus fines y no sólo en los términos de su estructura formal.

Si para una determinada cultura jurídica el derecho está compuesto por normas y conductas y debe ser evaluado en términos que trasciendan el aspecto meramente normativo, y si la ciencia jurídica es vista como una jurisprudencia científica que ha de estar basada en la aplicación de los métodos de las ciencias sociales y compuesta por un conjunto de enunciados de carácter empírico, entonces la negación de la autonomía del análisis jurídico formal por esa misma cultura jurídica puede verse simplemente como una consecuencia natural, si no es que como una forma distinta de plantear una misma idea.

El debate acerca de la autonomía del análisis jurídico formal y la revitalización de la jurisprudencia con el apoyo de los métodos de las ciencias sociales es una cuestión vieja y actualmente abierta dentro de la teoría jurídica norteamericana. Por lo que hace a las corrientes inscritas en la tradición antiformalista e instrumentalista sustentada en el paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo,¹⁹ puede decirse que la gran mayoría de ellas se han caracterizado o se caracterizan por rechazar la visión del derecho como una disciplina

¹⁸ *Ibid.*, pp. 266 y 267.

¹⁹ Por ejemplo, el realismo jurídico, *Jurimetrics*, los *Critical Legal Studies* y el análisis económico del derecho.

autónoma, lo que supone reconocer el déficit teórico de la ciencia jurídica formal para resolver los problemas reales a los que la jurisprudencia y la práctica jurídica deben hacer frente. Nótese que negar la autonomía del derecho en realidad significa negar la autosuficiencia o autarquía científica del análisis jurídico formal.

Mercado Pacheco²⁰ informa que en un artículo titulado “The Present Situation in Legal Scholarship”²¹ Richard A. Posner distingue entre tres enfoques de estudio del derecho y analiza la problemática existente en la enseñanza de esta disciplina en los Estados Unidos. El primer enfoque lo constituye el análisis jurídico formal, que consiste esencialmente en una labor interpretativa de los elementos del sistema jurídico o del conjunto en su totalidad. En el caso más típico, el análisis formal de la norma la define y fija su alcance y significado con arreglo al tenor literal, el espíritu, las concordancias, las analogías, la voluntad del legislador, la posición en la estructura y jerarquía de fuentes, la relación con las normas judiciales o legislativas, el encaje con los principios generales del derecho, el contexto social, el análisis de la estructura de la propia norma, etcétera.²² En los Estados Unidos, el grueso del análisis jurídico formal lo integra el denominado análisis doctrinal (*doctrinal analysis*), enfoque tradicional y dominante consistente en la clarificación de la doctrina legal (*legal doctrine*) –o sea, el producto de la función jurisdiccional– mediante una minuciosa lectura y comparación de las resoluciones judiciales con el objetivo de identificar ambigüedades e inconsistencias entre las resoluciones de las distintas causas legales; desarrollar distinciones y relaciones lógicas entre los distintos sectores y categorías del *common law*; reconciliar criterios, etcétera.²³

Los otros dos enfoques de estudio son el análisis positivo del derecho realizado con los métodos de las ciencias sociales (*positive analysis of law with social science methods*) –que puede ser un análisis de tipo funcional o estructural– y la evaluación normativa del derecho (*normative analysis of law o new normativism*) realizada con los métodos, en unos casos, de la economía y, en otros, de la filosofía. Es la existencia de estos dos enfoques de estudio lo que ha puesto en entredicho la autonomía del análisis doctrinal. Como señala Cossío Díaz, “admitiendo la diversidad caracterizada por distintos enfoques científicos y sociales, parece difícil sostener la autonomía y la objetividad en el estudio del derecho”.²⁴

²⁰ *Op. cit.*, pp. 205-207.

²¹ Richard A. Posner, “The Present Situation in Legal Scholarship”, *The Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, pp. 1113 y ss.

²² Cfr. Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, *op. cit.*, p. 28.

²³ Cfr. *idem.*, y Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 205.

²⁴ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 295.

En opinión de Richard Posner,²⁵ el largo debate acerca de la autonomía del derecho en los Estados Unidos no generó hasta la aparición del análisis económico del derecho una verdadera ciencia jurídica que integrara los tres enfoques de estudio del derecho referidos anteriormente, de modo que la idea del derecho –entiéndase análisis doctrinal– como disciplina autónoma y autosuficiente en la comprensión de su objeto de estudio seguía condicionando y determinando la formación de los futuros juristas. El mismo autor agrega que todavía en la década de los años sesenta la enseñanza del derecho estaba limitada al estudio de los textos legales, especialmente los constitutivos de la doctrina legal. La preparación básica del estudiante de derecho consistía en el estudio de tales textos y en el dominio del poder de argumentación que habría de derivar de un análisis cerrado y crítico de ellos. Este tipo de análisis formal difería, sin embargo, del formalismo de Langdell,²⁶ pues gracias al cambio de paradigma jurisprudencial y a la influencia del realismo jurídico, el derecho era considerado en términos instrumentales, lo que exigía un mínimo conocimiento de la sociedad. No obstante, también se consideraba que ese conocimiento consistía simplemente en lo que a un profesional con sentido común le aportarían su cultura general y el estudio de los propios textos legales si se los consideraba como expresión de la realidad social, o, en su defecto, la misma práctica del derecho como vía para adquirir un conocimiento básico de ética, política y economía.

La gran deficiencia del *doctrinal analysis* –señala Mercado Pacheco siguiendo a Richard Posner– es la de haber traspasado el umbral de la mera clarificación de la doctrina y no utilizar para ello las aportaciones de las ciencias sociales. En efecto, según Posner, los practicantes de esta forma de análisis legal consideran su objeto de estudio como autónomo, pero esto no quiere decir que los únicos criterios que usen para evaluar las opiniones judiciales sean criterios meramente formales: “Ellos no sólo consideran cuándo una opinión está bien razonada, o es clara y consistente con los precedentes, la legislación y la Constitución, sino que también evalúan si es correcta en el sentido de que es consistente con ciertas premisas sobre la justicia y sobre su eficacia práctica.” Al realizar estos juicios traspasan el límite de la mera clarificación de la lógica de las opiniones judiciales, sin embargo, dice Posner, “no van muy lejos” y ese es su gran defecto: “En el estudio de sus casos, usan su experiencia como abogados, su sentido común, y los valores morales y políticos comunes de su sociedad para evaluar la eficacia práctica y la justicia, cuestiones distintas de la claridad y consistencia, de las normas existentes o propuestas. Pero no usan las teorías de las ciencias sociales o de la filosofía (...) Cuando el jurista del análisis

²⁵ Richard A. Posner, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, *op. cit.*, pp. 761 y ss.

²⁶ Véase *supra* I.2.2.

doctrinal se desvía de la senda de la clarificación y entra en el ámbito del *policy analysis*, su falta de preparación en el conocimiento científico social puede llevarles al error.”²⁷

Posner niega tanto la autonomía del razonamiento legal en la resolución de los conflictos como la objetividad del trabajo jurídico, y cuestiona las posiciones formalistas que conciben el derecho como un sistema de relaciones entre ideas y no como una práctica social. Para Posner, es necesario desechar las posiciones formalistas extremas para considerar al derecho en términos contextuales.²⁸

Como se deduce de lo dicho en los últimos párrafos, con la negación de la autonomía del derecho “no se trata de destruir el análisis doctrinal, sino de completarlo, tanto en el aspecto descriptivo como en el de la evaluación normativa, con los desarrollos experimentados en las ciencias sociales y, en especial, en la ciencia económica”. Es decir, la “nueva” ciencia jurídica es vista “como vía para superar y complementar un estudio meramente interno, dogmático del derecho”.²⁹ En este sentido, la posición de Richard Posner, por ejemplo, es muy clara. Como se ha señalado, este autor no descarta los estudios formales del derecho, sino la pretensión exclusiva y reduccionista de conocimiento del propio derecho desde este último enfoque.

Puede decirse con cierto dejo de arbitrariedad que durante la década de los setentas se pasó del viejo debate alrededor de la autosuficiencia del derecho a la pérdida más o menos generalizada de la fe en el derecho como disciplina autónoma. Las causas a las que puede atribuirse la declinación de dicha autonomía, o mejor dicho: de la fe en ella, son, a juicio de Posner, varias y de diversa índole. Destacan: la superación de la posición de Langdell; el nuevo papel de los tribunales; el auge de determinadas disciplinas complementarias al derecho, como la filosofía y la economía; el deterioro del consenso político que privó en los Estados Unidos de la posguerra; la importancia creciente de los fenómenos económicos; la incapacidad de los abogados para resolver ciertos problemas, y la cada vez mayor relevancia de la constitución y las leyes y la falta de técnicas para comprenderlas.³⁰

²⁷ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 206. El autor cita el artículo “The Present Situation in Legal Scholarship”, *op. cit.*, p. 1113.

²⁸ Cfr. José R. Cossío Díaz, *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, p. 280.

²⁹ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, pp. 205 y 207.

³⁰ Richard A. Posner, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, *op. cit.*, pp. 766-777. A diferencia de Posner, para quien el rechazo definitivo de la idea de que el derecho es una disciplina autónoma tiene su origen en factores de orden teórico que se concretan en el *boom* de determinadas disciplinas complementarias al derecho, como son la filosofía y la economía, así como en el deterioro del consenso político vigente en los Estados Unidos hasta los años sesenta del siglo pasado, Pedro Mercado Pacheco (*op. cit.*, p. 200) considera que tanto la pérdida de la fe en el modelo tradicional del derecho como disciplina autónoma como dichos desarrollos teóricos son *ambos* “reflejo de transformaciones estructurales en la sociedad que ve entrar en crisis el modelo regulativo del *Welfare State*”. Para este último autor, “la insatisfacción del jurista con la teoría y la práctica jurídica dominante y la

Lo relativo a la última de las características de la jurisprudencia norteamericana mencionadas anteriormente –a saber: la ausencia de una teoría general que permita sistematizar todo el ordenamiento jurídico y otorgarle una racionalidad interna– será tratado más adelante, desde la perspectiva de su relación con el análisis económico del derecho.

III.2.2. Cultura jurídica estadounidense y análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho se inserta en la visión paradigmática del pensamiento jurídico estadounidense que Cossío Díaz denomina paradigma jurisprudencial Holmes/Cardozo. Como se señaló anteriormente, dicho paradigma establece una relación indisoluble entre una jurisprudencia predictiva y la consideración instrumental del derecho. A partir de él se realiza, apunta el mismo Cossío Díaz, una parte importante de la jurisprudencia “normal” en los Estados Unidos, particularmente algunas de las corrientes de pensamiento jurídico más relevantes en el siglo XX, como son, además del análisis económico del derecho, el realismo jurídico y los *Critical Legal Studies*.³¹

Considerar al análisis económico del derecho como expresión del paradigma Holmes/Cardozo tiene importantes consecuencias, pues de la adscripción de aquel movimiento a este paradigma jurisprudencial derivan algunos elementos para comprender sus funciones teóricas y su influencia en la tradición jurídica norteamericana. En este sentido, Cossío Díaz sostiene que los puntos de justificación del movimiento se centraron en las características normativas y teóricas del derecho estadounidense, y que el auge, el desarrollo y la consolidación de *Law and Economics* se debió principalmente a las características funcionales de dicho orden jurídico y a los objetivos cognoscitivos de la jurisprudencia norteamericana.³²

búsqueda de otros caminos en otras disciplinas sociales viene determinada por esas transformaciones que minan la base sobre la que se sustentaba la confianza del jurista tradicional en sus herramientas teóricas convencionales”. En mi opinión, Mercado Pacheco sobrevalora la importancia relativa del entorno sociopolítico del periodo que siguió a la posguerra y disminuye la de las características del derecho y la ciencia jurídica estadounidenses definidas desde finales del siglo XIX; asimismo, sobrevalúa la importancia y la predominancia de la llamada Escuela del proceso legal como visión dominante del derecho en los Estados Unidos de la posguerra. Dicha teoría tuvo una presencia relativamente breve y aportó poco a la constitución del paradigma jurisprudencial estadounidense que predomina hoy día, aunque es cierto que constituía la visión dominante del derecho en el momento en que el análisis económico del derecho y los *Critical Legal Studies*, las dos expresiones del dicho paradigma más importantes en la segunda mitad del siglo pasado, irrumpieron en el ámbito jurídico norteamericano.

³¹ Cfr. José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 286.

³² Cfr. *ibid.*, pp. 14 y 293.

Con respecto a este punto, Mercado Pacheco se centra en la consideración del análisis económico del derecho como una respuesta al problema de la autonomía del derecho y la *revitalización* de la idea de una jurisprudencia científica basada en la aplicación de los métodos de las ciencias sociales, y afirma que la rápida consolidación del movimiento se debe a que éste se sostiene sobre los pilares fundamentales del pensamiento jurídico paradigmático en los Estados Unidos.³³

El AED puede integrarse con facilidad en el panorama de la ciencia jurídica americana porque, como teoría del derecho, no representa una “ruptura”, una alternativa que suponga una “revolución epistemológica” en la teoría jurídica [...] El AED puede constituirse en propuesta de teoría del derecho porque se inserta en una determinada tradición jurídica de la que es deudor. Con esta idea intento poner de manifiesto que el éxito del AED no es algo que se imponga desde el “exterior” de la cultura jurídica americana. Su auge y desarrollo no son fruto de un “descubrimiento” teórico y científico que demuestre luego su aplicabilidad en el ámbito del sistema jurídico, sino que su razón de ser está en las propias características del pensamiento jurídico americano, en los problemas que ha arrastrado a lo largo de la historia.³⁴

En lo que respecta al tema de la autonomía del derecho, el análisis económico del derecho comparte con los movimientos inscritos en la tradición antiformalista e instrumentalista estadounidense el reconocimiento del déficit teórico del análisis jurídico formal para resolver los problemas reales a los que la jurisprudencia y la práctica jurídica deben hacer frente. De este modo, la disciplina que nos ocupa debe verse como fruto de una tradición de pensamiento que postula la necesidad de recurrir a las ciencias sociales empíricas para fundar una verdadera ciencia del derecho.

Asimismo, es la base instrumentalista del análisis económico del derecho lo que ha facilitado su incorporación en el panorama de la cultura jurídica norteamericana. Al igual que ocurre con el tema de la autonomía del derecho, “el instrumentalismo que se manifiesta en el AED es deudor de una determinada concepción del derecho que ha sido dominante durante todo el siglo veinte y que ha influido poderosamente en el carácter del derecho en la cultura jurídica americana”,³⁵ a saber: el instrumentalismo pragmático. Concretamente, el éxito del análisis económico del derecho como teoría reestructora del sistema jurídico “se explica

³³ Cfr. Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 173.

³⁴ *Ibid.*, pp. 172 y 173.

³⁵ *Ibid.*, p. 262.

porque revitaliza una misma tradición de pensamiento, la instrumentalista, familiar a la mayoría de los juristas americanos”.³⁶

Como se verá más adelante, es posible sostener que el análisis económico del derecho constituye una forma de renovación del discurso tecnocrático sobre el derecho que domina el pensamiento jurídico estadounidense.

III.2.2.1. La oferta del análisis económico del derecho

Lo dicho hasta ahora en este subcapítulo es útil para explicar las razones del surgimiento, el desarrollo y la consolidación del análisis económico del derecho en los Estados Unidos. No obstante, tal exposición es una explicación incompleta, pues no basta con explicitar las condiciones de producción del movimiento, sino que también es necesario mostrar cómo dialoga éste con el modelo dominante de ciencia jurídica y cómo se articula en una teoría del derecho que se presenta a sí misma como alternativa a dicho modelo. Para realizar esa labor es preciso averiguar qué demanda concreta de la jurisprudencia tradicional satisface el análisis económico del derecho, es decir, qué déficit de la misma viene a cubrir. Asimismo, es menester indagar cómo colma (o pretender colmar) las mencionadas insuficiencias teóricas. Realizada esa tarea será posible conocer cuáles son las consecuencias de la adopción de la teoría económica como herramienta de explicación del derecho y guía de la política jurídica, esto es, cuáles son las funciones, científicas y normativas, del análisis económico del derecho en el ámbito jurídico estadounidense.³⁷

“La novedad del análisis económico del derecho reside –opina Mercado Pacheco– en su enfoque y en su metodología para analizar y resolver los problemas del sistema jurídico, más que en la transformación de esos problemas.”³⁸ Asimismo, este autor considera que la aportación del movimiento a la cultura jurídica consiste en “un nuevo instrumental, nuevas técnicas argumentativas y nuevas categorías que, extraídas de los desarrollos de la ciencia económica, se presentan [...] como los pilares para la construcción de ‘una ciencia jurídica a la altura de los tiempos’”.³⁹

³⁶ *Ibid.*, p. 268.

³⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 167 y 172.

³⁸ *Ibid.*, p. 173.

³⁹ *Ibid.*, p. 23.

Como se ha señalado repetidas veces, la aplicabilidad de esas innovaciones depende de las características del derecho y la ciencia jurídica, de la naturaleza de los problemas a los que tratan de hacer frente. En el ámbito estadounidense, el reto principal ha sido desde hace por lo menos un siglo superar el reduccionismo del análisis doctrinal, reduccionismo que ha desterrado del análisis jurídico los problemas relativos a las consecuencias y los fines del derecho así como a su eficacia real en la regulación de la conducta. En efecto, desde finales del siglo XIX ha habido diversos intentos metodológicos de alejarse del modelo del jurista formalista, encerrado en su trabajo de clarificación de la doctrina legal; sin embargo, y ésta es la opinión mayoritaria entre los seguidores del análisis económico del derecho, “no se tenían los instrumentos adecuados para convertir esa aspiración en realidad. El AED aportaría el instrumental necesario para alcanzar esa meta.”⁴⁰

Los seguidores del análisis económico del derecho consideran que la insuficiencia teórica y metodológica del análisis doctrinal puede resolverse recurriendo a la ciencia económica. Idealmente, ésta posibilitaría una mayor objetividad en el análisis jurídico y en el proceso de toma de decisiones; habilitaría una nueva vía para interpretar, aplicar y evaluar casos, doctrinas e instituciones. Pero para los partidarios de la disciplina las categorías conceptuales, analíticas y metodológicas del análisis económico del derecho no sólo ofrecen la posibilidad de otorgar una mayor objetividad al análisis y la práctica jurídicas, sino también la de construir una teoría general del *common law* estadounidense.

Como se mencionó anteriormente, la cultura jurídica norteamericana no cuenta con una teoría general del derecho. En los Estados Unidos el estudio y la enseñanza del derecho parten del análisis de casos reales y relevantes y nunca llegan a una teoría general. Esta característica explica la existencia de una fuerte y antigua demanda de teorías generalizadoras en ese país. Como observa Mariano Maresca con relación a este tema, dicha cultura posee desde hace tiempo la aspiración de que la teoría y la práctica jurídicas respondan a una racionalidad interna y generalizable.⁴¹

El análisis económico del derecho, apunta el mismo autor, “promete una transcripción de esa racionalidad en términos no abstractos ni formales, sino tomados –‘reconstruidos’– en la vida misma del derecho”.⁴² Gracias a la metodología de la economía, el análisis económico del derecho posibilita un estudio sistemático de la mayoría de los sectores del orden jurídico norteamericano. Dicho con otras palabras, las categorías del análisis económico pueden ser aplicadas, sostienen los partidarios de la disciplina, a la explicación y sistematización de las

⁴⁰ *Ibid.*, p. 170.

⁴¹ Véase *ibid.*, p. 13.

⁴² *Idem.*

más variadas ramas del sistema jurídico estadounidense, lo que quiere decir que la teoría económica es una teoría apta para realizar una explicación global de la gran mayoría de los aspectos del ordenamiento jurídico así como para reorganizar con una lógica interna los diversos sectores del mismo. Por eso suele decirse que el análisis económico del derecho constituye primordialmente una teoría positiva del sistema jurídico desde la perspectiva del paradigma del mercado y la eficiencia económica. Desde este punto de vista, la disciplina que nos ocupa supone, señala Paz-Ares, “la constitución de la teoría microeconómica en jurisprudencia racional”, o lo que es lo mismo, sostiene Mercado Pacheco, “la reformulación del derecho según una racionalidad de tipo económico”.⁴³

En efecto, el tipo de mediación normativa de la economía sobre el derecho que caracteriza al análisis económico del derecho tiene su base en la afirmación de que el derecho tiene una racionalidad económica.

Es decir, que el derecho, específicamente el derecho privado patrimonial, responde a una lógica racional que es la lógica de la eficiencia económica. Llevado este presupuesto hasta sus últimas consecuencias, el AED deduce que si toda norma o institución jurídica traducen una norma económica, si la *ratio* de todo conflicto jurídico es, en última instancia, económica, no hay obstáculo para que problemas similares sean estudiados y evaluados de forma distinta por ciencias separadas. Si todo problema jurídico puede ser “traducido” a términos económicos, la habilitación de la teoría económica para la explicación [un cierto tipo de explicación] del sistema jurídico es casi automática.

[...]

La relación economía-derecho que plantea el AED pone de manifiesto en última instancia la necesidad de dotar de un fundamento económico al propio sistema jurídico. Ese fundamento es la constitución de la eficiencia económica de las soluciones de mercado en la norma fundamental para la racionalización del sistema de derecho. Como norma fundamental, todos los sectores y normas del ordenamiento serán deducidos de ella. Ello transforma y reformula la función del derecho, constituyendo al sistema jurídico en instrumento que produce y reproduce una racionalidad material de tipo económico.⁴⁴

Como se señaló en los capítulos anteriores, las tesis centrales del análisis económico del derecho que abrazan todos sus partidarios son que las normas y decisiones jurídicas traen consigo beneficios y costos –y son por lo tanto susceptibles de ser analizadas en términos de eficiencia– y que la teoría microeconómica provee a la ciencia jurídica de una estructura teórica

⁴³ *Ibid.*, p. 36.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 36 y 37.

capaz de analizar la conducta de los individuos bajo reglas de derecho. De acuerdo con dichas tesis, el derecho debe cumplir la función de incentivar o desalentar conductas a fin de alcanzar resultados eficientes. Ello se consigue mediante el diseño de normas jurídicas que definan y protejan adecuadamente los derechos de propiedad y faciliten su intercambio, de modo que el uso final que se haga de ellos maximice el bienestar o la riqueza de la sociedad, así como de normas que desalienten las conductas que no sean congruentes con este objetivo. De este modo, el sistema jurídico aparece reformulado como un sistema de precios implícitos, o, si se quiere, de incentivos y rémoras que encauzan la conducta de los individuos hacia los cursos de acción tendentes a lograr la eficiencia. Desde esta perspectiva las normas jurídicas promueven, mediante el “establecimiento” del “precio” de los distintos cursos de acción, los resultados congruentes con la lógica de la eficiencia económica. Como ha afirmado varias veces Richard Posner, la función básica del derecho es alterar los incentivos de los actores económicos aumentando o disminuyendo el precio de las distintas conductas.

La anterior concepción del derecho conlleva la consideración de éste como un instrumento para la consecución de fines sociales: El derecho es un medio para conseguir la eficiencia económica.

Este tono instrumental —explica Mercado Pacheco— no es nada nuevo en la teoría del derecho, especialmente en el contexto norteamericano, y este hecho puede explicar el desarrollo espectacular que el AED ha tenido en ese contexto. Como dice Kornhauser, “la tesis behaviorista del AED es, en gran medida, segura porque la tendencia dominante en la teoría del derecho americana exige *alguna* teoría de la conducta ante las normas jurídicas, y la teoría *económica* de la conducta jurídica es la única teoría sistemática disponible. Casi todos los juristas americanos, académicos, jueces y abogados comparten una visión instrumental del derecho. La instrumentalidad del derecho está en el centro del debate del análisis económico del derecho”.⁴⁵

Desde el movimiento de Holmes, Pound y Cardozo hasta los movimientos jurídicos de finales del siglo pasado como el análisis económico del derecho, el pensamiento jurídico norteamericano ha estado dominado por la idea de que la sistematización del derecho debe considerar categorías provenientes del pensamiento científico social así como por el deseo de que esta sistematización no sólo sea capaz de reorganizar como un conjunto coherente todo el ordenamiento jurídico, sino de otorgarle además una racionalidad interna. Sin embargo, ninguna de las ciencias sociales existentes distintas de la economía tenía la capacidad de reorganizar y

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 44 y 45. El autor cita el artículo de Lewis A. Kornhauser “The Great Image of Authority”, *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 353.

simplificar el fenómeno jurídico alrededor de una sola teoría del comportamiento, de unas mismas categorías conceptuales, analíticas y metodológicas con base en las cuales fuera posible explicar y evaluar prácticamente todas las conductas, normas e instituciones de las diversas ramas del sistema jurídico. Por eso afirma Kornhauser que la teoría económica de la conducta jurídica es la única teoría sistemática existente.

Por lo tanto, puede decirse que el análisis económico del derecho se inserta en la tradición instrumentalista estadounidense pero la reformula a través de la aplicación de la teoría económica de la acción racional. Como señala elocuentemente Pedro Mercado Pacheco,

El AED hunde sus raíces en el derecho considerado como tecnología social. La predicción de las acciones futuras de los agentes económicos ante las reglas jurídicas y de sus efectos se convierte en el objeto prioritario de la investigación del jurista como ingeniero social. El matiz, no insignificante, que introduce el AED es que ahora el ingeniero social puede prescindir del conocimiento de las demás ciencias sociales. La economía como teoría general de la sociedad, como la más avanzada de las ciencias sociales, se convierte en el instrumento fundamental del estudio de los fenómenos legales. Convirtiendo el jurista-ingeniero social en jurista-economista e importando el análisis coste-beneficio como técnica fundamental de conocimiento y de resolución de los conflictos, la teoría jurídica encuentra un nuevo modelo de jurista. Un jurista que supera el intuicionismo y el eclecticismo en el que se basaba el pensamiento tradicional, un jurista que puede plasmar en datos empíricos los problemas y soluciones jurídicas, que transita de un sector a otro del ordenamiento con las herramientas básicas del análisis (*property rights*, externalidades, costes de transacción) sin necesidad de sumergirse en el tedioso trabajo de la búsqueda de argumentos particulares en la selva de reglamentos y disposiciones administrativas.⁴⁶

Así, a juicio de la corriente mayoritaria del análisis económico del derecho, ninguna ciencia social distinta de la economía contaba con las herramientas necesarias para crear una teoría general, coherente, unificadora, sistemática del derecho estadounidense. La nueva realidad descubierta por la economía –la de la escasez, el interés propio y la elección racional– y la conjunción de las herramientas de esta ciencia con las del análisis doctrinal permitieron al análisis económico del derecho desarrollar un estudio global y sistemático del orden jurídico norteamericano que permite encontrar la racionalidad de éste. “El AED [...] representa un enfoque teórico *generalizador* (*across the board*) del sistema jurídico. El AED muestra cómo distintos sectores del ordenamiento jurídico como el derecho de contratos, derecho de la responsabilidad civil, derecho de propiedad, derecho penal..., pueden ser interpretados desde

⁴⁶ *Ibid.*, p. 269.

un enfoque unitario desarrollado a partir de la aplicación de las categorías del análisis económico.”⁴⁷

En otras palabras, lo que hace posible que el análisis económico del derecho se constituya en una teoría general racionalizadora y simplificadora es la aplicación de los conceptos y la metodología de la economía neoclásica al análisis del sistema jurídico.⁴⁸ Aquéllos posibilitan la concepción del ordenamiento jurídico como un todo más o menos homogéneo que al final de cuentas conforma bien un sistema de precios implícitos para toda conducta jurídica, bien un sistema de incentivos y rémoras. Por su parte, la metodología económica posibilita la construcción de modelos generales en los que las premisas quedan firmemente establecidas. Este enfoque basado en la construcción de modelos o esquemas de relaciones es radicalmente diferente del de la enseñanza jurídica tradicional dirigido a analizar casos y ver qué principios de interpretación y resolución emergen. Éste es un enfoque inductivo, mientras que aquél es deductivo: supone ciertas premisas sobre el comportamiento humano y deduce las implicaciones de éstas en circunstancias específicas. Esta forma de proceder “libera” al jurista de la obligación de explicar cada caso y problema particular, y le permite dirigir su atención a la identificación de tendencias y categorías generales.

Por lo que se refiere a la vertiente normativa del análisis económico del derecho, los partidarios de la disciplina consideran que aquélla aporta una teoría normativa del derecho sustentada sobre bases científicas, presumiblemente neutrales y ciertamente menos ambiguas que la determinación y objetivación de otros valores que, a diferencia de la eficiencia o la maximización de la riqueza, no resultan mensurables. Así, el juicio sobre la eficiencia de una determinada norma o de un conjunto de normas del ordenamiento jurídico y la prescripción que de él se derive aparecen como más neutrales y más objetivos que la determinación y la orientación de cualesquiera otros valores sociales, como podrían ser la justicia, la moral pública o el interés público.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 208. En opinión de Pedro Mercado Pacheco (*idem.*), “La mejor expresión de este planteamiento sistemático y generalizador es la teoría de Posner sobre el carácter eficiente del *common law*, en la que trata de demostrar cómo entre la multitud y variedad de casos, doctrinas e instituciones puede encontrarse un criterio unificador de esa aparente amalgama de decisiones, una lógica racional, la de la eficiencia económica, que explica y guía como una ‘mano invisible’ las decisiones de los jueces y ciudadanos en la resolución de los conflictos de *common law*.” Véase *supra* I.4.1.1 e *infra* III.2.3.1.

⁴⁸ Las aportaciones del análisis económico del derecho que permiten dar sentido a la caracterización de este movimiento como una nueva forma de retórica legal son, a decir de Pedro Mercado Pacheco (*op. cit.*, pp. 258 y 273), las siguientes: el enfoque estructural y *ex ante* del problema jurídico; el conductismo con sus efectos directos sobre la concepción de las normas y decisiones jurídicas; la traducción de todos los problemas jurídicos a problemas de asignación eficiente de los recursos (esto sólo en el caso de la formulación “fuerte” u ortodoxa del movimiento, esto es, la aproximación de la escuela de Chicago), y la construcción de teorías y categorías generalizadoras que posibilitan la sistematización de todos los sectores del ordenamiento jurídico.

En síntesis, el análisis económico del derecho provee al jurista de un fundamento, el económico, y de una teoría base simplificadora de la complejidad del fenómeno jurídico. La teoría económica del derecho se presenta como la descubridora de la uniformidad y la racionalidad del *common law*, siendo la lógica racional de la eficiencia económica el concepto que unifica las distintas normas, doctrinas e instituciones de ese derecho. El análisis económico del derecho constituye, pues, un modo de renovación del discurso tecnocrático sobre el derecho dominante en el pensamiento jurídico estadounidense que se manifiesta principalmente en la forma de una teoría objetiva y realista del análisis legal desarrollada a partir de los instrumentos proporcionados por la ciencia económica.

No cabe duda, entonces, que como crítica de la jurisprudencia tradicional la propuesta del análisis económico del derecho es constructiva. Como señala Richard Posner, el compromiso del movimiento con la tradición jurídica norteamericana consiste en “introducir la investigación interdisciplinar en las Facultades de Derecho sin romper el molde, esto es, sin destruir el análisis doctrinal tradicional”.⁴⁹

III.2.3. Modalidades y funciones del análisis económico del derecho en el orden jurídico estadounidense

III.2.3.1. Las modalidades del análisis económico del derecho

En el capítulo I y en los apartados anteriores se mencionó que el estudio económico del derecho puede ser llevado a cabo desde distintos enfoques. En una primera clasificación, el análisis económico del derecho puede ser, al igual que la ciencia económica, positivo (o descriptivo) o normativo (o prescriptivo). En el primer caso se trata de brindar una explicación de la estructura, la función o el impacto del sistema jurídico; en el caso del análisis normativo el objeto es fundamentar la prescripción de modificaciones jurídicas que previsiblemente mejorarían la situación económica.

Cada uno de estos enfoques de estudio ofrece una o más modalidades de análisis económico del derecho, esto es, aportaciones teóricas a la jurisprudencia tradicional realizadas

⁴⁹ Richard A. Posner, “The Present Situation in Legal Scholarship”, *op. cit.*, p. 1129. Citado por Pedro Mercado Pacheco (*op. cit.*, pp. 177 y 178).

desde una perspectiva económica. Me referiré primeramente a las aportaciones del análisis económico positivo del derecho.

1. Una teoría económica del impacto legal. Lo primero que ofrece el análisis económico del derecho a la ciencia jurídica es un estudio de la función y los efectos de las normas jurídicas basado en las categorías de la economía positiva. Esta teoría del impacto legal vendría siendo un análisis positivo funcional realizado desde un punto de vista económico. Su objeto es explicar cómo afectan las normas jurídicas el comportamiento humano a través de los incentivos que generan y predecir qué conductas y efectos económicos ocasionará u ocasionaría un determinado conjunto de normas.

“La importancia de estos trabajos de evaluación de efectos reside en introducir en la teoría jurídica un *enfoque consecuencialista* [...] significa evaluar el derecho desde un ‘punto de vista externo’, focalizando el discurso jurídico en las consecuencias económicas de las normas y decisiones jurídicas.” En este sentido, esta modalidad del análisis económico del derecho constituye un “intento de abrir la visión interna del sistema jurídico, como es la de la dogmática jurídica, al análisis de la eficacia del derecho en la sociedad”.⁵⁰

2. Una teoría explicativa del *common law* basada en la eficiencia. A diferencia de la modalidad de análisis anterior que se centra en el estudio del *comportamiento regulado* –esto es, las conductas económicas realizadas en las condiciones determinadas por normas jurídicas–, esta segunda modalidad se concentra en el *comportamiento regulador*, es decir, en la estructura del sistema jurídico. Así, esta teoría explicativa del *common law* basada en la eficiencia vendría siendo un análisis positivo estructural realizado desde un punto de vista económico. Esta teoría se conoce bien como la “tesis positiva o descriptiva del análisis económico del derecho”, bien como la “teoría económica del *common law*”, y postula la tendencia de las normas e instituciones del derecho de base judicial a promover la eficiencia.

Mientras que la primera modalidad de análisis económico del derecho da por sentado el orden jurídico y se pregunta cómo responden los individuos por él regulados a las restricciones y recompensas que impone a su comportamiento, esta segunda modalidad se pregunta por la eficiencia de las normas jurídicas que componen dicho orden, y adelanta la hipótesis de que las normas e instituciones del *common law* estadounidense –en particular las normas e instituciones del derecho privado patrimonial (integrado por los campos de la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil extracontractual)– son de hecho eficientes en el sentido económico.

⁵⁰ Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 49.

Una buena parte de los estudiosos del sistema jurídico norteamericano concibe el derecho común como un agrupamiento de diversos campos de estudio, cada uno de los cuales cuenta con su propio conjunto de normas y doctrinas elaboradas por jueces. En cambio, los partidarios de esta modalidad de análisis económico del derecho sostienen, como he apuntado, que el *common law*, visto como un todo, tiene una lógica económica subyacente que permite sistematizarlo y brindarle unidad. De acuerdo con Richard Posner, la teoría económica del derecho común considera que éste se comprende mejor si no se lo considera como un simple mecanismo de precios sino como un mecanismo de precios diseñado para producir una asignación eficiente de los recursos en el sentido de Kaldor-Hicks.⁵¹

Posner advierte que esta hipótesis no significa que el derecho común reproduzca o pueda reproducir los mismos resultados que generarían los mercados competitivos de funcionamiento perfecto, sino que, dentro de los límites de tipo administrativo impuestos por el propio sistema jurídico, el derecho común aproxima a la economía al estado que la competencia efectiva produciría, a saber: un libre mercado que opere sin externalidades, poder de mercado o problemas de información relevantes. En otros términos más sencillos, la hipótesis es que es posible explicar el desarrollo del *common law* como si su objetivo fuera maximizar la eficiencia; es decir, como si los jueces que han creado el derecho mediante resoluciones que operaron después como precedentes hubieran estado tratando de promover la asignación eficiente de los recursos. Puede parecer, a primera vista, que esta segunda faceta del análisis económico positivo del derecho contiene aspectos normativos, pero no es así: como aclara el propio Posner, la hipótesis sólo sostiene que el derecho común parece ser un impulsor de la eficiencia, mas no que deba serlo.⁵²

Se desprende de lo anterior que la función de la teoría económica positiva en esta modalidad de análisis consiste en plantear y verificar la referida hipótesis de eficiencia.

3. Una teoría evolucionista del *common law* sustentada en el criterio de eficiencia. Un número considerable de practicantes del análisis económico del derecho sostiene que la teoría posneriana de la eficiencia del derecho común tiene una deficiencia importante. Ésta reside en que la explicación que provee de la lógica económica subyacente en el derecho privado patrimonial no ilustra cómo ocurre el proceso mediante el cual las normas e instituciones del

⁵¹ En opinión de Pedro Mercado Pacheco (*op. cit.*, pp. 51 y 52), “La hipótesis de eficiencia del *common law* es la ‘bestia negra’ para todos aquellos que de alguna u otra forma ven con buenos ojos las demás aportaciones del AED, pero en su formulación se ven los trazos más característicos de lo que el AED puede aportar a la teoría jurídica: dotar de una fundamentación económica al sistema de derecho. Si el intento de racionalizar económicamente el derecho es la tarea que se propone el AED como teoría jurídica, la hipótesis de la eficiencia del derecho es la plasmación de lo que significa asumir esa tarea hasta las últimas consecuencias.” Las cursivas son mías.

⁵² Richard A. Posner, “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *op. cit.*, pp. 284-291.

common law tienden hacia la eficiencia. Por lo tanto, se impone la necesidad de elaborar “un análisis dinámico, diacrónico, para comprender cuál es la razón por la que el *common law* se convierte en un sistema de normas y decisiones eficientes”.⁵³ Este tipo de explicación causal, dinámica, es el que intenta llevar a cabo la “teoría económica de la evolución del derecho común”, entre cuyos principales exponentes se encuentran Paul H. Rubin y George L. Priest.

De acuerdo con esta modalidad de análisis económico del derecho, la vigencia de un precedente (e incluso de una legislación), su predominio sobre otros precedentes o doctrinas, reside en última instancia en su capacidad de reducir costos sociales. El lema de esta teoría evolucionista puede expresarse así: “Las normas eficientes sobreviven a las ineficientes”.

A diferencia de la modalidad anterior, que postula la hipótesis de que el mecanismo que conduce al *common law* hacia la eficiencia es la tendencia de los jueces a resolver con base en principios que promueven resultados eficientes, la teoría evolucionista descansa en dos hipótesis y un modelo de resolución judicial de otra naturaleza, y que combinados entre sí dan lugar a la idea conocida como “proceso de depuración del *common law* mediante el litigio selectivo”. La primera hipótesis sostiene que las normas e instituciones ineficientes son combatidas en los juzgados con mayor frecuencia que las eficientes, puesto que imponen costos sociales más altos. La segunda hipótesis mantiene que los litigantes combaten con mayor intensidad (medida por el tiempo, el dinero y el esfuerzo invertidos en el juicio) las normas ineficientes que las normas eficientes, pues los fallos en contra de aquéllas les significan generalmente una mayor utilidad esperada que las sentencias en contra de las normas eficientes. Por último, el modelo de resolución judicial referido emplea el modelo de la maximización de la utilidad esperada para arrojar luz sobre la disyuntiva que enfrenta todo litigante entre llegar a un acuerdo prejudicial u optar por la adjudicación formal, y establece que cada una de las partes tomará el curso de acción que le dé una mayor utilidad esperada dadas su restricción de recursos y la probabilidad subjetiva de ganar la disputa si ésta se ventila en los tribunales.

De este modo, la teoría evolucionista del *common law* sostiene que la supuesta eficiencia del derecho común y la decisión de acudir a los juzgados para solucionar un conflicto están relacionadas. Concretamente, la relación ocurre debido a que es más probable que los litigantes acudan a los juzgados cuando las normas impugnadas son ineficientes y menos probable cuando son eficientes. Así, la idea central de la teoría evolucionista es que el llamado litigio selectivo induce un proceso de depuración paulatina del sistema jurídico en virtud del cual las normas eficientes sobreviven y las ineficientes van desapareciendo; es decir, el litigio

⁵³ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 52.

selectivo da lugar a un proceso de evolución que conduce al *common law* hacia la eficiencia, esto es, hacia el aumento del stock de reglas eficientes y la disminución del de reglas ineficientes. Para que este proceso ocurra es necesario que en la decisión sobre si ir o no a juicio y en la selección de las normas e instituciones combatidas exista un sesgo en contra de las normas e instituciones ineficientes. La combinación de las dos hipótesis y el modelo de resolución judicial mencionados garantiza el cumplimiento de estas condiciones.

Nótese que lo anterior significa que el tamizado de las normas no precisa de que los jueces favorezcan de manera consciente la eficiencia; de hecho, basta con que no actúen en contra de ella. En efecto, los dos supuestos consistentes en que la eficiencia de una norma está correlacionada negativamente con la probabilidad de que ésta sea impugnada en un juzgado, y en que la eficiencia de una norma no está correlacionada negativamente con la probabilidad de que dicha norma sobreviva a una revisión judicial bastan para que el derecho se desenvuelva hacia la eficiencia. Así, mientras que para Posner y los partidarios de la teoría económica del *common law* el proceso de evolución del derecho está regido por las decisiones de los jueces, para la teoría evolucionista dicho proceso es conducido principalmente por las decisiones de los litigantes. La razón de que así sea es que los jueces sólo deciden sobre aquellos casos que son presentados ante los tribunales, y son las decisiones sobre qué casos llevar a juicio y cuánto invertir en ellos las que en última instancia determinan qué normas sobreviven y qué normas deben desaparecer o modificarse.

Por otra parte, el predominio del derecho eficiente sobre el ineficiente no sólo está garantizado por el litigio selectivo y el proceso de depuración que éste induce, sino también por el hecho de que las partes siempre podrán intentar llegar a un acuerdo eficiente a través de la negociación privada o acudir a formas alternativas de mediación, tales como el arbitraje, si las resoluciones judiciales continúan promoviendo asignaciones ineficientes.

En resumen, la teoría económica positiva del derecho provee al jurista de técnicas para la predicción, cuantificación y evaluación de los efectos económicos del derecho, así como de una teoría capaz de explicar por qué el *common law* es un derecho eficiente y cómo ha llegado a serlo.

Por lo que se refiere al análisis económico normativo del derecho, éste tiene por objeto fundamentar económicamente la prescripción de modificaciones jurídicas que previsiblemente mejorarían el estado de cosas. Puede decirse que la modalidad de análisis económico del derecho que se ofrece desde este enfoque normativo consiste en una especie de política jurídica. En palabras de Mercado Pacheco:

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Como análisis normativo, el AED no trata de estudiar cuáles sean los efectos de las leyes o de demostrar empíricamente la validez de la hipótesis de la eficiencia del *common law*. No se trata de explicar el derecho, sino más bien de diseñar lo que debe ser. Esta rama del AED tiene por objeto identificar cuáles sean las situaciones en que los fines previamente fijados no llegan a conseguirse, con el objeto de adoptar las medidas que puedan corregirlos. El análisis económico normativo del derecho es un tipo de “policy analysis” en tanto que su objetivo es contribuir a la reforma del sistema legal desde consideraciones económicas.⁵⁴

Antes de pasar a la cuestión relativa a las funciones del análisis económico del derecho en el ámbito jurídico estadounidense me referiré brevemente a dos aportaciones de Richard Posner que en opinión de Cossío Díaz constituyen dos modalidades del análisis económico del derecho adicionales a las expuestas en los párrafos anteriores.⁵⁵

En lo que puede llamarse la primera etapa de su pensamiento, Richard Posner consideró la posibilidad de emplear las categorías del análisis económico para establecer el conjunto de conocimientos necesarios para explicar la estructura del sistema jurídico sin la necesidad de recurrir a otras disciplinas distintas de la ciencia económica y el análisis doctrinal, lo que implicaba hacer del análisis económico del derecho una especie de teoría general del derecho, una teoría reconstructora del sistema jurídico estadounidense. Este primer momento en el pensamiento de Posner puede caracterizarse por la desvinculación del análisis económico del derecho de otro tipo de conocimientos.

En la segunda etapa del pensamiento de Posner, que de acuerdo con Cossío Díaz inicia en 1990 con la publicación de *The Problems of Jurisprudence*, el autor integra el análisis económico del derecho en el contexto más amplio de la jurisprudencia. Posteriormente, en una obra titulada *Overcoming Law* (publicada en 1995), Posner aclara la naturaleza de la relación existente entre el análisis económico del derecho y el derecho en general al afirmar que el economista no posee todas las claves de la teoría jurídica, toda vez que la ciencia económica es solamente una de tres claves, siendo las otras dos el pragmatismo jurídico (que supone la consideración práctica, instrumental, empírica, antidogmática y contextual del derecho) y el liberalismo, particularmente el decimonónico. Para este autor la conjunción de la economía, el pragmatismo y el liberalismo produce un poderoso rayo de luz con el cual es posible iluminar la teoría jurídica. Esta vinculación del análisis económico del derecho con otro tipo de conocimientos es lo que caracteriza a la segunda etapa del pensamiento de Posner.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁵ Basaré el desarrollo de las ideas de Posner en la exposición que de ellas hace José Ramón Cossío Díaz (*Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, pp. 294-305).

Como es de suponer, la nueva “ubicación” del análisis económico del derecho traerá consigo modificaciones en lo concerniente a sus modalidades y funciones. Al reconocer este hecho, Posner asigna a la disciplina el carácter de “método de producción de justicia sustantiva”. Con respecto a la naturaleza de esta “reubicación” o redefinición, es decir, a la cuestión relativa al papel del análisis económico del derecho a partir de sus relaciones teóricas con el pragmatismo y el liberalismo, Cossío Díaz señala lo siguiente:

En primer lugar, y debido a las posibilidades que Posner confiere al pragmatismo como política jurídica, la función del análisis económico del derecho quedará comprendida dentro del primero. Esta relación obedece, por una parte, a que el pragmatismo jurídico es caracterizado por Posner como un método que al aceptar el carácter conductual del derecho busca resolver problemas partiendo de creencias justificadas por necesidades sociales, y por otra parte, [a que] el análisis económico es una vía de creación de valores sociales sustantivos a través de criterios de maximización de la riqueza. Si la maximización de la riqueza es uno solo de los valores sociales que hay que tener en cuenta dentro de un enfoque pragmático del derecho, nos encontramos ante una relación entre el todo y las partes, por lo que la propia maximización debe ser considerada en un contexto pragmático: “The economic approach cannot be the whole content of legal pragmatism” [...] Mientras que el enfoque pragmático puede ayudar a demoler cierta visión totémica del derecho –aquella que lo concibe perenne, uniforme, etc.– el análisis económico puede coadyuvar a ubicar distintos aspectos regulados por el propio derecho.⁵⁶

Para comprender mejor el alcance de la relación entre el análisis económico del derecho y el pragmatismo conviene recordar que para Posner el propósito de la rama normativa de aquél es exponer cómo debe diseñarse el orden jurídico a fin de maximizar la riqueza. Ahora bien, en virtud de que es imposible sustentar la maximización de la riqueza como criterio normativo en argumentos morales, la misma debe sustentarse en argumentos pragmáticos. En este sentido Richard Posner alega que en las sociedades en donde el mercado opera, las personas cuentan con mayor riqueza, libertad y dignidad. Como sostiene Cossío Díaz, “esta afirmación de Posner tiene un carácter intuitivo, pues afirmada la dificultad de darle fundamentación filosófica al pragmatismo, este último deriva de las evidencias existentes”.⁵⁷

Por lo que se refiere a la relación entre la rama positiva del análisis económico del derecho y el pragmatismo puede decirse, para empezar, que la misma es menos relevante que la existente entre la rama normativa y este enfoque, y, en segundo lugar, que siempre que se

⁵⁶ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 300 y 301.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 300.

considere, como hace Posner, que el pragmatismo constituye la vía adecuada para el conocimiento del derecho, el análisis económico del derecho será sólo una de las partes del mismo. “Por ende, las predicciones que puedan hacerse de las conductas humanas atribuyéndoles una motivación maximizadora o la valoración de la eficiencia de las normas jurídicas, deberán ser consideradas conjuntamente con los resultados provenientes de otros tipos de conocimiento comprendidos dentro del enfoque pragmático, pues sólo así será posible obtener resultados completos.”⁵⁸ La existencia de esta relación no es óbice, sin embargo, para que el análisis económico positivo del derecho se emplee de manera independiente, esto es, como un enfoque autónomo para la explicación y predicción de conductas y la valoración de la eficiencia de las normas. Como se vio en el párrafo anterior, en la nueva etapa del pensamiento posneriano esta posibilidad de emplear el análisis económico del derecho como enfoque autónomo o autosuficiente está negada para el enfoque normativo de la disciplina.⁵⁹

Resta hacer referencia al tipo de relación existente entre el análisis económico del derecho (y el pragmatismo) y la doctrina liberal clásica en la teoría de Posner. Al respecto Cossío Díaz apunta lo siguiente:

La relación entre análisis económico del derecho y liberalismo [...] se expresa en la obra de Posner como la relación entre una vía puramente instrumental de toma de decisiones, y el parámetro sustantivo de validez moral de las decisiones a que se hubiere arribado mediante esa vía instrumental. Este modo de concebir la relación se expresó en la obra de Posner a partir de una lectura pragmática del ensayo *On Liberty* de [John Stuart] Mill. Lejos de enfrentar el problema sobre la moralidad de la maximización de la riqueza como criterio definitorio de las decisiones de política jurídica, Posner estimó que desde el punto de vista pragmático tal criterio no controvertía las tesis libertarias de Mill [...] [Para Posner,] las intuiciones liberales son más profundas que las meramente utilitarias, y no existe ningún procedimiento intelectual que justifique abandonarlas. Aceptando [...] las tesis expuestas por Mill en el sentido de que cada persona tiene derecho a la mayor libertad posible sin violentar la libertad de otras personas dentro de una sociedad, Posner considera que al no poderse afectar tal libertad por las decisiones tomadas mediante procedimientos económicos o aun pragmáticos, la misma se constituye en un “parámetro” o “canon” respecto de decisiones puramente instrumentales. De no existir este canon sustantivo se

⁵⁸ *Ibid.*, p. 304.

⁵⁹ La relación entre el pragmatismo y las dos ramas del análisis económico del derecho puede expresarse concretamente en otros términos: “siempre que las funciones del pragmatismo atañan exclusivamente a la creación de las normas jurídicas, su relación con la rama positiva no será relevante; si, por el contrario, al pragmatismo se le asignan también funciones cognoscitivas, habrán de surgir ciertas relaciones con la propia rama positiva” (José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 303).

terminaría por atribuirle a los individuos el carácter de células de un organismo y, por ende, su bienestar tendría sentido en la medida en que contribuyera al bienestar de ese organismo, lo cual [Posner] rechaza completamente.⁶⁰

De lo anterior se desprende que la relación entre el liberalismo y el análisis económico del derecho se da exclusivamente en el ámbito del enfoque normativo de este último.

De este modo, puede decirse que en la segunda etapa de su pensamiento Posner ha insertado el análisis económico en una concepción pragmática y ha contrapuesto los resultados obtenidos a los valores liberales.

Es posible concluir que existen dos niveles en las relaciones entre el análisis económico del derecho y los otros tipos de conocimiento de que habla Posner. En un primer nivel –en el que Posner discurre durante la primera etapa de su pensamiento– el análisis económico mantiene una plena autonomía respecto a dichos tipos de conocimiento tanto en lo relativo a la explicación y el estudio del derecho a partir de la predicción de conductas y la valoración de la eficiencia de las normas como en lo concerniente a la creación del derecho en el contexto de una política jurídica sustentada en categorías y criterios también económicos. En un segundo nivel –propuesto por Posner en la segunda etapa de su pensamiento– los resultados del análisis económico del derecho (predicciones, valoraciones o prescripciones) están subordinados “a otro tipo de enfoque (pragmatismo) o valores (liberalismo), puesto que la adecuada concepción del derecho (conocimiento, interpretación o creación, según sea el caso) únicamente puede llevarse a cabo a través de tales enfoques o valores”.⁶¹

Así, puede decirse que sumadas las aportaciones de Richard Posner existen cuatro enfoques o modos de análisis, cada uno de los cuales ofrece una o más modalidades de análisis económico del derecho, esto es, de aportaciones teóricas a la jurisprudencia tradicional realizadas en mayor o menor medida desde una perspectiva económica. Primero, un enfoque positivo autónomo que a partir de la predicción de conductas y la determinación de eficiencia de las normas brinda una explicación de la función, el impacto o la estructura del sistema jurídico. Este enfoque ofrece tres modalidades de análisis económico del derecho, a saber: una teoría económica del impacto legal, una teoría explicativa del *common law* basada en la eficiencia y una teoría evolucionista del *common law* sustentada en este mismo criterio. Segundo, un enfoque normativo autónomo que ofrece un tipo de política jurídica sustentada exclusivamente en categorías y criterios económicos. Tercero, un análisis positivo realizado dentro de un

⁶⁰ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 301 y 302.

⁶¹ *Ibid.*, p. 304.

contexto pragmático que provee una jurisprudencia científica en la que los conceptos económicos no se estiman suficientes para brindar una explicación completa del sistema jurídico. Cuarto, un análisis normativo realizado en un contexto pragmático y liberal que ofrece una política jurídica en la que los resultados económicos se subordinan a los argumentos pragmáticos y a los valores liberales.⁶²

III.2.3.2. Las funciones del análisis económico del derecho en el orden jurídico estadounidense

Finalizo este subcapítulo haciendo referencia a las consecuencias teóricas de aceptar las modalidades de análisis económico del derecho indicadas en el apartado anterior. Es decir, me referiré a las posibilidades científicas de la disciplina en el orden jurídico estadounidense.

Con relación a este tema, Cossío Díaz considera que si se acepta que es posible analizar económicamente el derecho desde cualquiera de las modalidades mencionadas anteriormente, entonces “cabe afirmar que dependiendo de aquella que se adopte el [análisis económico del] derecho podría cumplir distintas funciones teóricas, tales como las que en el lenguaje utilizado en los sistemas romanistas corresponden a una teoría general del derecho (autónoma), una filosofía del derecho (también autónoma), o como uno de los elementos de una teoría general o de una filosofía del derecho”.⁶³

En términos similares, Mercado Pacheco considera que el análisis económico del derecho “se presenta como una ‘teoría general del derecho’”, como un movimiento que ofrece una teoría descriptiva general de la práctica jurídica existente.⁶⁴

En cualquiera de las posibilidades señaladas, lo realmente importante para determinar las funciones teóricas del análisis económico del derecho son los elementos de su paradigma jurídico: que el derecho comprende múltiples aspectos conductuales y tiene una función instrumental, lo que justifica plenamente el empleo del análisis económico y sus métodos de estudio para el mejor conocimiento del derecho.⁶⁵ Efectivamente, de acuerdo con lo que se ha venido señalando a lo largo de este capítulo, las funciones teóricas del análisis económico del derecho en el orden jurídico estadounidense derivan, en gran medida, de las características de ese orden jurídico y de su paradigma jurisprudencial. Como sostiene Mercado Pacheco, la

⁶² Cfr. *ibid.*, p. 305.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁵ Cfr. José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, pp. 305 y 306.

asimilación del análisis económico del derecho como propuesta alternativa de teoría jurídica sólo puede entenderse en el contexto de una cultura jurídica como la estadounidense, que desde principios del siglo pasado “ha tenido como tema central del debate la decisión judicial, sus consecuencias económico-sociales y la adaptación del derecho a las situaciones cambiantes de nuestras sociedades. Sólo en el marco de esa cultura jurídica puede explicarse el surgimiento de una teoría económica del sistema jurídico [...]”⁶⁶

De todo lo dicho cabe advertir con Cossío Díaz que el cambio del modo de concebir el derecho o la aceptación de un método distinto para llevar a cabo su estudio, producirá necesariamente la modificación de las funciones teóricas del análisis económico del derecho. Así,

si [el derecho] no se concibe a partir de la dualidad norma/conducta, resultará imposible que mediante tal enfoque se explique *cabalmente* el propio derecho. Por ello, si no se acepta la visión predictiva e instrumental para explicar el derecho [lo que supone considerar a la conducta humana, y no sólo a la norma, como objeto de estudio de la ciencia jurídica], el análisis económico no podrá desplegar *todas* las posibilidades teóricas que acabamos de señalar respecto del orden jurídico estadounidense.⁶⁷

En lo que resta del presente capítulo veremos qué significado tiene la anterior aseveración en el caso de los sistemas jurídicos romanistas, tomando como modelo, cuando sea necesario particularizar, al sistema jurídico mexicano.

III.3. Órdenes jurídicos romanistas y análisis económico del derecho

Como ha quedado señalado, en el presente trabajo se aceptan sin reservas dos tesis relacionadas entre sí. Primera, que el análisis económico del derecho es viable en cualquier sistema jurídico, con independencia de la familia a la que pertenezca y la tradición que lo caracterice. Segunda, que los alcances y los límites del análisis económico del derecho en la creación y explicación de un orden jurídico determinado son función de las necesidades, las características y las condiciones del derecho y la ciencia jurídica en dicho orden; o lo que es lo

⁶⁶ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁷ José R. Cossío Díaz, *op. cit.*, p. 306. Las cursivas son mías.

mismo, que la forma de crear, concebir, identificar y estudiar el derecho en cada una de las familias y tradiciones jurídicas determina las posibilidades científicas y normativas del análisis económico del derecho. De este modo, lo que al final de cuentas se sostiene es que “el problema de la aplicación del análisis económico del derecho no puede plantearse [...] desde la dualidad posibilidad/imposibilidad, sino mediante la reconducción de sus posibles funciones cognoscitivas en cada una de las familias jurídicas”.⁶⁸

En este subcapítulo se concreta el objetivo general del capítulo: ubicar el análisis económico del derecho dentro del conjunto de las disciplinas que en la familia romanista se ocupan del estudio del derecho. Ello con la intención de determinar las posibilidades y las probabilidades, tanto científicas como normativas, del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas, teniendo como referencia al derecho mexicano.

Para lograr ese objetivo explicaré primeramente cuáles son los rasgos característicos del derecho y la ciencia jurídica en el pensamiento paradigmático en dichos órdenes normativos, o sea: el pensamiento de Hans Kelsen. En segundo lugar me referiré a las disciplinas jurídicas distintas de la ciencia jurídica –entendida en este caso como la disciplina integrada por la teoría general del derecho y la dogmática jurídica–⁶⁹ que también se ocupan del estudio del derecho en la tradición romanista. En tercer lugar expondré las distintas posiciones relativas a la incorporación del análisis económico del derecho a esta tradición. Por último examinaré si el análisis económico del derecho puede constituirse en alguna de dichas disciplinas o en un componente de las mismas, o si debe considerarse como una disciplina jurídica autónoma. Salvo los casos en que se indica otra cosa, el resto del capítulo está basado fundamentalmente en la obra *Derecho y análisis económico* de José Ramón Cossío Díaz; de hecho, puede decirse que en conjunto constituye una síntesis (y una reorganización) de la exposición de Cossío Díaz sobre las características teóricas del pensamiento jurídico predominante entre nosotros⁷⁰ y sobre las distintas posiciones acerca de la incorporación del análisis económico del derecho a la tradición jurídica romano-germánica, así como de su propia posición con respecto a las posibilidades y probabilidades teóricas y creadoras de esta disciplina en los órdenes pertenecientes a dicha tradición, especialmente el mexicano.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 271.

⁶⁹ Véase *infra* III.3.1.1.

⁷⁰ Cabe advertir desde ahora que siempre que no se señale otra fuente, todas las referencias al pensamiento de Hans Kelsen, al de Max Weber y al de Alf Ross están basadas en la exposición que de ellos hace Cossío Díaz.

III.3.1. Derecho y ciencia jurídica en los sistemas jurídicos de tradición romanista

En la tradición romanista se tiene una particular manera de concebir e identificar el derecho y de llevar a cabo su estudio. Ésta radica en la aceptación de que sólo mediante un método jurídico puede constituirse y explicarse el derecho como objeto de conocimiento. Como se verá más adelante, ello equivale a decir que dentro de la familia romanista el estudio del derecho tiene un carácter preponderantemente normativo.

Siguiendo la tesis según la cual en los órdenes romanistas el estudio normativo del derecho se funda en la clara comprensión y la adecuada diferenciación de los conceptos derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica, en este subcapítulo se hace uso de estos componentes de la ciencia jurídica para responder a las interrogantes planteadas al final de la introducción de este capítulo, esto es, a la pregunta triple de cómo se concibe y estudia el derecho entre nosotros y qué papel se otorga al estudio de la conducta humana para la comprensión del derecho.

Antes de pasar a definir los tres conceptos mencionados en el párrafo anterior y plantear su relevancia en la solución de tales interrogantes, me referiré brevemente a la expresión “ciencia jurídica”, pues ésta ha aparecido repetidas veces en el presente trabajo, no siempre con el mismo significado y contenido, de manera que no resulta ocioso advertir explícitamente esa ambigüedad e indicar cómo se explica y justifica.

III.3.1.1. Digresión acerca del significado del término “ciencia jurídica”⁷¹

La expresión ciencia jurídica es tan ambigua como imprecisa y vaga: ha sido utilizada con una pluralidad de significados, y no existe acuerdo en la comunidad jurídica acerca de cuáles son sus métodos y cuáles sus objetivos.

En un sentido muy general (acaso el más general de los múltiples sentidos que se han dado a la expresión), la ciencia jurídica es aquel saber que estudia el derecho positivo, con independencia del método y el propósito. Debido a que existe una gran diversidad de conocimientos que tratan algún aspecto del derecho, en este sentido puede hablarse de

⁷¹ Este apartado está enteramente basado en el texto de Albert Calsamiglia “Ciencia jurídica”, publicado en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, “El derecho y la justicia”, *op. cit.*, pp. 17-27, pp. 17-22.

muchas ciencias jurídicas; por ejemplo, la dogmática jurídica, la sociología del derecho, la política jurídica o la filosofía del derecho. Todas estas disciplinas tienen como objeto el derecho pero lo estudian desde perspectivas distintas y con métodos y objetivos también distintos.

En un sentido más estricto (y ciertamente arquetípico en la tradición romano-germánica), se denomina ciencia jurídica a aquella disciplina que trata de conocer el derecho desde el punto de vista normativo, esto es, visto como conjunto de normas, o, mejor dicho, como sistema normativo. Así entendida, la ciencia jurídica tiene como objeto el estudio del aspecto normativo del derecho, y comprende típicamente el análisis de los conceptos jurídicos básicos –asunto que compete a la teoría general del derecho– y la reconstrucción de un determinado derecho positivo –contenido de la dogmática jurídica–.

Se podría considerar paradójica la falta de unidad de la ciencia jurídica. Sin embargo, muchos analistas sostienen la pluralidad de las ciencias jurídicas, y que la paradoja se diluye si uno es consciente de que bajo el mismo nombre se hace referencia a disciplinas con objetos formales, problemas y métodos distintos. Lo que ocurre, señalan quienes mantienen esta idea, es que el derecho como objeto material puede ser estudiado desde perspectivas distintas, cada una de las cuales constituye una teoría parcial del mismo. Así, de una manera muy general se podría afirmar que las diversas escuelas han construido un conjunto de teorías cuyo objeto es el derecho, pero los problemas y los métodos que utilizan son distintos porque seleccionan diversos objetos formales.⁷²

El modelo de Austin como paradigma básico de la ciencia jurídica en la concepción positivista

Albert Calsamiglia considera la teoría de John Austin⁷³ como modelo de la concepción positivista. Para este último autor, la ciencia general del derecho se divide en dos partes. En primer lugar, la ciencia de la legislación, cuyo objeto es conocer cómo debe ser el derecho. La ciencia de la legislación es una disciplina normativa –esto es, prescriptiva–,⁷⁴ en el sentido de

⁷² Si se sostiene el esencialismo conceptual –según el cual los conceptos existen idealmente y son independientes de nuestras convenciones–, el problema de la falta de unidad del concepto “ciencia jurídica” es irresoluble; en cambio, si se toma el convencionalismo conceptual en serio, no existe problema ninguno en admitir que los aparatos conceptuales se construyen en función de las necesidades de la investigación, y como los problemas y las preguntas son diferentes, los aparatos conceptuales, para ser adecuados, serán también diferentes.

⁷³ Discípulo de Bentham y fundador en Gran Bretaña de la escuela analítica.

⁷⁴ Es importante distinguir entre la palabra “normativo” derivada del vocablo “norma” y la palabra “normativo” sinónima de “prescriptivo”.

que trata de buscar cuáles son las normas adecuadas para la regulación de la conducta social.⁷⁵

En segundo lugar, frente a la ciencia de la legislación se encuentra otra disciplina que Austin denominaba jurisprudencia (en el ámbito anglosajón existe una fuerte resistencia a hablar de ciencia jurídica). El objeto de esta disciplina es, al igual que la ciencia jurídica continental, la descripción normativa del derecho positivo, bien sea entendida como jurisprudencia particular –que al igual que la dogmática jurídica estudia el contenido de las normas de un ordenamiento o un cierto sector del mismo–, bien como jurisprudencia general –que a semejanza de la teoría del derecho continental expone los principios, conceptos y distinciones comunes a cualquier sistema jurídico–.⁷⁶

En el paradigma austiniano la jurisprudencia debe mantenerse separada de la filosofía, de la política y de cualquier otra ciencia social. En este modelo se exige la neutralidad, es decir, la abolición de la utilización de la ciencia para objetivos distintos al cognoscitivo, lo que se consigue por la exclusión de los problemas prácticos y políticos del ámbito de la ciencia jurídica. En efecto, el ideal de neutralidad y rigor conlleva la despolitización de la jurisprudencia como un requisito necesario para el tratamiento rigurosamente científico de los problemas jurídicos.

Desde esta perspectiva la ciencia jurídica tiene como finalidad la descripción de su objeto, el derecho. Su punto de vista es el del observador que trata de ofrecer mediante un esquema conceptual cuáles son los elementos fundamentales del derecho. Sus proposiciones son susceptibles de verdad o falsedad.

El paradigma austiniano de separación ha ocupado un lugar muy importante en la conceptualización de la ciencia jurídica contemporánea. De este modo, la jurisprudencia y la dogmática continental han llegado a ser la ciencia jurídica por excelencia. Dichas disciplinas han ocupado, y todavía ocupan hoy, un lugar fundamental y privilegiado en la transmisión del conocimiento jurídico y la enseñanza.

Sin embargo, en la práctica la distinción entre ciencia de la legislación y ciencia jurídica no se ha mantenido en forma suficientemente estricta como para que la ciencia jurídica no haya servido para modificar el derecho. En otras palabras, el proyecto austiniano no siempre ha sido seguido con fidelidad, puesto que muchas veces los teóricos del derecho no sólo se han limitado a describir y explicar el derecho, sino que también han ofrecido propuestas de solución a los problemas de decisión. De este modo, la confusión conceptual entre lo descriptivo y lo

⁷⁵ Esta disciplina ha sido cultivada especialmente por los filósofos y los políticos. Los juristas han tendido a considerar que esta disciplina no es la verdadera ciencia del derecho.

⁷⁶ La jurisprudencia general constituye la parte conceptual de la ciencia general del derecho y sólo se ocupa de qué es y cómo es el derecho.

prescriptivo en la propias herramientas utilizadas por la dogmática ha permitido otorgar a la ciencia jurídica funciones no sólo cognoscitivas sino también reformuladoras del derecho.⁷⁷

III.3.1.2. Derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica

Cossío Díaz explica el sentido de estos tres conceptos principalmente a partir del pensamiento de Hans Kelsen plasmado en la obra en que se supone que él mismo sintetizó y propuso su pensamiento único: la segunda edición de *Teoría pura del derecho*. El pensamiento de Kelsen sobre la concepción y el estudio del derecho –y, por lo tanto, sobre el significado y contenido de los tres conceptos en comentario– es, incluso para sus críticos, un pensamiento al que se le otorga el carácter de paradigmático en la ciencia jurídica romanista. Asimismo, en la tradición romano-germánica existe, no sólo en las escuelas de derecho sino también en los tribunales, una firme adhesión a la dogmática positiva de raíz kelseniana.⁷⁸ En opinión de Cossío Díaz, las aportaciones de Kelsen en la constitución del derecho como objeto de conocimiento, así como en la determinación de las categorías mediante las cuales puede llevarse a cabo tal conocimiento de un modo científico son fundamentales para la comprensión cabal de los órdenes jurídicos. Dado que dichas cuestiones tienen en su teoría pura del derecho un carácter eminentemente formal, son condiciones necesarias para el conocimiento de cualquier orden jurídico.⁷⁹

En términos generales, en el esquema kelseniano el derecho se define como el orden normativo coactivo de la conducta humana; la teoría del derecho como el conjunto de

⁷⁷ La ciencia jurídica trata de desarrollar un esquema que responda a la cuestión de qué es y cómo es el derecho, pero los científicos del derecho en gran número de veces tratan de responder con el mismo esquema conceptual descriptivista a problemas de decisión. En la medida en que se adentran en esta materia se diluye el dogma de la neutralidad, el rigor y la objetividad. Pero ése no es el único inconveniente; otro problema, acaso más serio, surge debido a que el aparato conceptual y las herramientas de la dogmática no están diseñados ni sirven adecuadamente para resolver problemas de decisión. Recuérdese la crítica de Posner a la supuesta autosuficiencia, neutralidad y objetividad del análisis jurídico formal, en particular el denominado *doctrinal analysis* (*supra* III.2.1).

⁷⁸ Aunque hay quienes sostienen que no existe una dogmática kelseniana, Cossío Díaz argumenta que es posible construir una a partir del pensamiento del jurista. Cossío Díaz dedica varias páginas de su libro *Derecho y análisis económico* a exponer cómo, según el pensamiento de Kelsen, puede formarse la dogmática jurídica y conocerse un orden jurídico positivo; sostiene que siguiendo la línea de pensamiento que guía los trabajos de Kelsen es posible extraer de ellos una serie importante de ideas –explícita o implícitamente sostenidas– mediante las cuales es factible construir una “dogmática kelseniana”, que aunque no es aceptada totalmente por los juristas contemporáneos, sí propone muchos de los elementos comunes a diversas dogmáticas contemporáneas.

⁷⁹ Toda teoría general del derecho es por definición una teoría formal y abstracta del derecho ya que no se interesa por los contenidos del derecho –lo que es objeto de la(s) dogmática(s) jurídica(s)–, la evolución histórica de esos contenidos o sus condicionamientos o efectos sociales y políticos.

postulados mediante los cuales es posible identificar y organizar el objeto “derecho”, y la dogmática jurídica como la vía para explicar las normas jurídicas positivas.

Kelsen estima que a toda teoría general del derecho deben corresponder la determinación y organización del objeto de estudio y el señalamiento de los métodos que deban seguirse para lograrlo, mientras que a la dogmática le atañe la explicitación de los diversos sentidos de lo que haya sido considerado como derecho.

Antes de pasar al desarrollo de estos conceptos es conveniente recordar que Kelsen se propuso la elaboración de un método “puro” para el estudio del derecho. Kelsen hizo explícita la pregunta que sustenta toda su obra en los siguientes términos: ¿Cómo es posible analizar, bajo métodos puramente jurídicos, lo que se haya estimado como derecho? Apuntó que su teoría del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo en general y no una teoría sobre un orden jurídico específico o sobre las normas integrantes del mismo, y la calificó como “pura” debido a que intenta dar respuesta a la pregunta de qué es y cómo es el derecho, pero no a la pregunta de cómo debe ser el derecho o cómo debe ser hecho, o de cuáles son o deben ser sus funciones o efectos. La “pureza metódica” planteada por Kelsen tuvo un efecto determinante en la configuración de la ciencia jurídica paradigmática en la tradición romanista. Dicho autor definió el derecho como un orden normativo coactivo e identificó a las normas jurídicas (las únicas normas de conducta cuya observancia puede imponerse coactivamente) como el objeto de estudio *exclusivo* de la ciencia jurídica,⁸⁰ alegando que del cumplimiento de esta condición depende la pureza de la teoría del derecho. Hasta aquí el paréntesis. Continúo con el análisis de los conceptos teoría general del derecho y dogmática jurídica.

La teoría general del derecho y la dogmática jurídica permiten desarrollar la constitución del derecho como objeto de una ciencia y el proceso mediante el cual es dable identificar un orden positivo y determinar el contenido de sus normas. En el ámbito de la teoría general es posible definir categorías tales como dinámica jurídica, jerarquía de las normas, individualización e interpretación; igualmente, precisar las características de normatividad, ordenación y coactividad del derecho, así como aquellos rasgos que distinguen a éste de otros objetos de conocimiento afines, tales como la moral o la religión. Con el uso de la dogmática es posible formular las bases para identificar y explicar los órdenes normativos presentes en determinados momentos históricos. La dogmática pretende ser una actividad de carácter descriptivo en que la descripción se hace sobre normas positivas.

⁸⁰ Para Kelsen la determinación del derecho como objeto de estudio es el resultado de una actividad científica y no del “descubrimiento” de un objeto autónomo o existente de por sí.

Una de las características más importantes de la teoría pura del derecho consiste en la fijación de ciertos límites para el estudio de las normas. En ese sentido, la teoría pura se limita a establecer que el conocimiento jurídico ocurre mediante la formulación de enunciados respecto de las normas jurídicas, y a precisar la forma, los elementos y las relaciones (imputación) que deben darse respecto de tales enunciados siempre que pretendan describir un orden normativo. La teoría pura del derecho no aspira, sin embargo, a establecer los métodos o vías que los juristas deban seguir a fin de “dotar” a las normas de un contenido o sentido específico. Al no estar dentro de sus funciones proporcionar el sentido específico de cada una de las normas positivas que componen un sistema ni postular un método para lograrlo, la teoría pura del derecho puede ser considerada como formal. Si la teoría pura pretendiera explicar las normas jurídicas, dejaría de ser una teoría general y pasaría a ser la teoría de un ordenamiento en particular; sería la teoría de un ordenamiento histórico y no una teoría del derecho positivo en general. En cambio, la dogmática jurídica sí se pregunta cómo establecer el sentido, cómo fijar los contenidos de las normas jurídicas integrantes de los distintos órdenes normativos, las cuales son vistas como marcos de significaciones posibles.

Así pues, resultan claramente diferenciables las actividades que, por una parte, realizan los juristas cuando tratan de establecer aquello que sea derecho o los métodos que deban seguirse para estudiarlo –labores que atañen a la teoría general–, de aquellas otras que, por otro lado, llevan a cabo los individuos que estudian las normas integrantes de un orden positivo particular –tareas que incumben a la dogmática jurídica–.

Puede decirse, entonces, que el conocimiento jurídico tiene distintos “niveles”. Algunos son de teoría general del derecho al paso que otros tienen un carácter dogmático. Mientras en aquéllos se busca proporcionar un concepto formal que pueda ser aplicado a una pluralidad indefinida de conjuntos jurídicos normativos, en éstos se trabaja con enunciados extraídos de las normas jurídicas integrantes de un ordenamiento particular vigente. En otras palabras, en los niveles correspondientes a la teoría general del derecho se cuenta únicamente con un concepto teórico susceptible de ser aplicado a cualquier elemento común a todos los ordenamientos normativos; en los niveles de la dogmática jurídica se trabaja con enunciados cuya formulación ha sido posible a partir de la identificación de ciertas normas como propias de un sistema.

Es la diferenciación entre los que podemos llamar el aspecto formal y el aspecto material de los conceptos lo que origina la necesidad de producir dos tipos distintos de pensamiento para conocer el derecho; por una parte, las características y alcances de un pensamiento puramente formal acerca de los sistemas jurídicos en general y, por la otra, el contenido

concreto de las normas integrantes de un sistema normativo particular. En lo que concierne al segundo caso, no se trata ya de identificar al derecho frente a otro tipo de ordenamientos sociales, ni de proporcionar las categorías mediante las cuales sea factible el conocimiento –en lo general– del derecho; se trata, en cambio, de llevar a cabo una *aplicación* de las distinciones de la teoría general respecto de las normas jurídicas vigentes en un determinado lugar y momento y dirigidas a la regulación de ciertas conductas humanas. Evidentemente, toda vez que en el ámbito de la dogmática se consideran las normas de los órdenes particulares, las soluciones a que lleguen los juristas tendrán sentido sólo respecto del orden al que pertenezcan las normas jurídicas consideradas.

Cossío Díaz observa que aceptar la teoría pura como “herramienta de trabajo” cognoscitivo exige incluir los conceptos que le son inherentes, lo cual no implica, como ha venido señalándose, que la teoría pura proporcione la totalidad de los conceptos necesarios para arribar a una cabal comprensión de las normas de un sistema jurídico en particular. Gracias a esta sustancial diferencia –que a juicio de Cossío Díaz está implícita en la dogmática kelseniana–, es posible distinguir entre la identificación de las normas y la determinación (por vía interpretativa, como se verá más adelante) de los contenidos de éstas, lo cual no conlleva suponer que en la aplicación de esos conceptos al derecho se deje de considerar al derecho positivo. Al contrario, al señalar que los conceptos provenientes de la teoría pura se aplican a un orden jurídico positivo, se está queriendo decir que el enunciado formulado por el jurista es un enunciado de *reconocimiento* de aquellas normas que satisfagan las propias condiciones del propio concepto. En cambio, cuando no sea factible la aplicación de uno de los conceptos proporcionados por la teoría pura, el enunciado no será ya de reconocimiento sino de *construcción*, ello debido a que el jurista que parte de la teoría pura no cuenta con un concepto que le permita dar contenido a las normas jurídicas identificadas a partir del propio concepto de reconocimiento.

En este sentido, la teoría pura dota al jurista con los conceptos mediante los cuales puede llegar a establecer la *estructura* del orden jurídico de que se trate, toda vez que está en posibilidad de reconocer en las normas jurídicas positivas las características que esos conceptos postulan. Sin embargo, a pesar de contar con tales conceptos, con ellos no es posible precisar el *contenido* y *alcance* de otras nociones, sino que éstos se establecen mediante un proceso de interpretación que, *partiendo de las categorías fundamentales proporcionadas por la teoría pura*, dota a la norma de contenido que no le haya sido asignado mediante las propias categorías fundamentales. Naturalmente, *el hecho de presuponer una serie de categorías jurídicas al llevar a cabo la interpretación de un texto jurídico positivo implica*

que los resultados logrados mediante la interpretación habrán de quedar condicionados por esas mismas categorías.

III.3.1.3. Concepción e identificación del derecho como objeto de estudio. Distinción entre *ser* y *deber ser* en la teoría kelseniana

La función de todo conjunto normativo (no sólo jurídico sino también social, moral o religioso) es regular, mediante ordenes normativas creadas por conductas humanas, el comportamiento humano. La relación entre norma y conducta es, pues, evidente en cualquier sistema normativo y, por lo tanto, en cualquier sistema jurídico. Esto no significa, sin embargo, que el elemento fáctico (la conducta) ocupe el mismo lugar en todas las ciencias del derecho. Así, por ejemplo, la “dualidad norma/conducta” que caracteriza la concepción del derecho en el pensamiento jurídico dominante en los Estados Unidos y permite considerar a la conducta humana, y no sólo a la norma, como objeto de estudio de la ciencia jurídica, es inoperante –e incluso combatida, como veremos en seguida– en la concepción del derecho predominante en la tradición jurídica romano-germánica.

Para identificar el derecho Kelsen partió de la distinción entre *ser* y *deber ser*. Con base en esta distinción, determinó el lugar de la conducta en la ciencia jurídica. En efecto, al concebir una teoría pura del derecho y buscarle un sitio entre las ciencias sociales, *Kelsen diferenció entre el elemento fáctico y el elemento normativo del derecho, haciendo del segundo el objeto exclusivo de su teoría pura.*

La dualidad entre *ser* y *deber ser* es fundamental en todo el pensamiento kelseniano. Ella permite determinar el objeto de conocimiento y precisar características de las categorías mediante las cuales haya de realizarse su estudio. Particularmente, permite establecer la naturaleza de la ciencia jurídica y de su objeto, esto es, determinar si ésta debe considerarse una ciencia natural o una ciencia social –lo que equivale a establecer si el derecho debe considerarse un objeto natural o un objeto social– y, yendo un paso hacia adelante, si como ciencia social debe considerarse empírica o normativa –lo que equivale a establecer si su objeto deben serlo las conductas humanas o las normas que regulan dichas conductas–. De este modo, con base en la distinción en comentario Kelsen determinó el derecho como un conjunto normativo de la conducta humana; las normas jurídicas como el objeto exclusivo de la ciencia jurídica, y la ciencia jurídica como una ciencia normativa.

En la teoría kelseniana es fundamental distinguir entre la norma que ordena una conducta y la conducta que se produce por virtud de la norma –lo que implica distinguir, como se verá más adelante, entre la conducta que se encuentra *en* la norma como contenido de alguno de los elementos de ésta y la conducta que se produce como consecuencia de la norma–.⁸¹ Típicamente, al aludirse en la ciencia del derecho a las normas (o a la conducta *en* las normas) se está haciendo referencia al sentido *debido*, mientras que al referirse a la conducta (esto es, a la conducta real) se está aludiendo a la manifestación fáctica que se suscita con motivo de la representación surgida a partir de lo dispuesto en la norma.⁸²

Tratándose de la ciencia del derecho arquetípica entre nosotros, las conductas en ningún caso son apreciadas por sí mismas –lo que se haría atendiendo a sus causas o a sus efectos– o por la intención del sujeto que las realiza, sino por su significado dentro del orden jurídico, esto es, por su sentido normativo. Las conductas humanas, en cuanto sucesos espacio-temporales, no pueden tener una cualidad jurídica *per se*, sino que la adquieren en tanto existe una norma jurídica que las significa. Debe evitarse, por lo tanto, considerar el sentido propio de las conductas puesto que, *jurídicamente* hablando, el único sentido de las conductas es aquel que les asigna el sistema que las significa. Y el propósito primordial de la ciencia jurídica es encontrar ese significado.

En otras palabras, para llegar a establecer cuándo una conducta es jurídica –esto es, cuándo una conducta es objeto de la ciencia del derecho–⁸³ es necesario acudir a un sistema que permita significarla como tal. El sistema que permite significar las conductas como jurídicas es el sistema jurídico, el cual está compuesto por normas. Para Kelsen, la única manera de distinguir “jurídicamente” entre conductas es haciendo referencia a un sistema de significaciones también jurídicas.

De lo anterior se deduce que la diferencia entre considerar una conducta de manera aislada y en tanto simple acontecimiento y considerarla como la realización del supuesto o la consecuencia prevista en una norma jurídica radica, como se indicó líneas arriba, en la dualidad entre ser y deber ser y, a partir de ella, en la dualidad entre ciencias empíricas y ciencias normativas.

⁸¹ Es posible decir que existe una tercera conducta: la que crea la norma. Nótese, sin embargo, que esta última conducta, para dar lugar a una norma válida, debe también producirse por virtud de una norma. Como se vio en *supra* III.2, las tres conductas pueden ser objeto de la ciencia jurídica estadounidense.

⁸² En este segundo caso está incluida, como se ha visto en la nota al pie de página precedente, la conducta que crea la norma.

⁸³ Me parece que no resulta ocioso observar que en este caso el término “conducta jurídica” no se emplea con el mismo sentido con el que se utiliza en el resto de la tesis, donde se considera conducta jurídica a aquella conducta objeto del análisis económico que está regulada o determinada por normas jurídicas.

Mientras se realice un estudio del derecho, es decir, de las normas jurídicas, deberá aludirse a la conducta como contenido de un elemento normativo y no como realidad empírica. Kelsen postula que el enunciado con el cual se describe un hecho real es esencialmente diferente del enunciado que dice que algo debe producirse, esto es, del enunciado con el cual se describe una norma. Este postulado del deber ser permite la distinción entre la conducta real, “la que es”, y la conducta que, prevista en la norma, “debe ser”; distingue entre la conducta a la cual va a darse significación y el sistema de normas por el cual esa conducta va a ser significada y considerada como perteneciente al sistema normativo de que se trate. De este modo, mientras que la conducta sigue siendo propia de un mundo fáctico, el deber ser y la norma se identifican. Por consiguiente, puede decirse que el deber ser se reduce a normatividad, es decir, a un sistema de normas que regula conductas humanas.

Notemos en este punto que identificar la significación jurídica de las conductas como resultado de la aplicación de un sistema de normas implica aceptar los siguientes presupuestos: primero, concebir el derecho como un esquema de significaciones de la conducta humana; segundo, entender el derecho como un sistema de significaciones de carácter positivo, es decir, creado a partir de conductas humanas, y tercero, diferenciar claramente tanto la conducta mediante la cual se establecerá la norma que habrá de significar a otras conductas como la conducta que será significada por las normas de las normas mismas.

Por su relevancia plasmaré nuevamente, sintetizadas, las ideas expresadas en los párrafos anteriores. En la teoría de Kelsen los órdenes jurídicos están compuestos exclusivamente por normas. Estas normas son, en primer lugar, elementos de un orden de significaciones de las conductas humanas mediante el cual resulta factible considerar jurídicas tales conductas. Esta idea permite entender, primero, que no hay hechos o actos jurídicos por sí mismos y, segundo, que su consideración como tales depende de un esquema específico de significaciones. En segundo lugar, las normas jurídicas, además de ser elementos significadores, constituyen también prescripciones en el sentido que postulan que las conductas humanas deben realizarse en los términos previstos por las normas jurídicas. Finalmente, en cuanto normas de un orden social sustentado en la coacción, también establecen que ciertos actos coactivos deben realizarse en contra de quienes hubiesen llevado a cabo conductas contrarias a las previstas en las propias normas.

Éste es un buen momento para hacer explícito el hecho de que el sistema jurídico tiene una naturaleza doble en la teoría kelseniana. Por una parte, el sistema jurídico es un sistema que permite significar conductas humanas; por la otra, constituye un sistema mediante el cual se busca la realización efectiva de tales conductas. Como se ha indicado, el primer aspecto es

desarrollado por Kelsen cuando diferencia entre el ser y el deber ser y apunta el carácter sistémico de las significaciones; una vez construido tal sistema de significaciones, Kelsen aborda el segundo aspecto al establecer cómo opera normativamente, a saber, mediante la prescripción de conductas. En tanto ese sistema prescribe conductas humanas, constituye un sistema regulador de conductas humanas, o lo que es igual para Kelsen, un sistema normativo social.⁸⁴ Así, afirmar que el deber ser se reduce a una regulación normativa de la conducta humana equivale a sostener que el deber ser se reduce, también, a normas que pueden significar conductas humanas en términos de obligaciones, prohibiciones o facultades.

III.3.1.4. Más sobre el papel de la conducta en el estudio normativo del derecho. Semantización, significación e imputación

En la teoría kelseniana el derecho se considera un conjunto de normas establecidas o creadas por conductas humanas a fin de imponer, en última instancia, actos coactivos mediante y como consecuencia de otras conductas humanas. Sin embargo, por las condicionantes mismas del enfoque descrito en el apartado precedente, todas las referencias al derecho se hacen en términos normativos; por consiguiente, todas esas conductas –las que establecen e imponen el derecho, las que determinan y aplican los actos coactivos y las que dan lugar a dichos actos– son entendidas precisamente en términos normativos, es decir, en el sentido en que son significadas por el derecho al estar constituidas en el contenido de alguno de los componentes de la norma. En la teoría kelseniana, los elementos fácticos, las conductas, son incorporados al orden jurídico cuando son considerados como contenidos de las normas, de tal manera que en cuanto elementos jurídicos sólo desde ellas cobran sentido. Luego entonces, el derecho se define como un orden normativo coactivo de la conducta humana, y la ciencia del derecho se entiende como una ciencia social normativa (y no empírica). Veamos con detenimiento el significado de lo dicho en este párrafo.

En su calidad de *acontecimientos reales* las conductas humanas deben explicarse a partir de los principios de la causalidad o, lo que es igual, desde las ciencias sociales

⁸⁴ Kelsen postula que todo orden normativo que regule relaciones humanas constituye un sistema social. Como tal, su función es la de obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden, lo cual se logra mediante la motivación que cumple la representación que ese hombre se hace de las normas que ordenan, prohíben o permiten determinadas conductas.

empíricas.⁸⁵ Sin embargo, cuando es la ciencia jurídica la que debe explicar la conducta humana, se hace necesario separar, por decirlo así, el aspecto fáctico del aspecto normativo de la conducta, lo que significa que ésta debe explicarse en relación con el sistema jurídico o, mejor dicho, a partir del sistema jurídico.

En efecto, la propia conducta no tiene relevancia para la ciencia jurídica en razón de sus elementos fácticos espacio-temporales, sino en tanto se constituya en el contenido de uno de los elementos de la norma jurídica o, lo que es igual, en el contenido de una obligación, una facultad, un derecho, un acto ilícito o un acto coactivo, por ejemplo. De este modo, el elemento determinante de la función normativa que ordena es aquel que manda, prohíbe o autoriza un comportamiento. Este comportamiento se realiza mediante el *deber ser*, y se considera el elemento determinante de la función normativa porque, en primer lugar, sólo mediante el mismo resulta posible *diferenciar* entre la norma que ordena una conducta y la conducta que se produce por virtud de la norma, y porque, en segundo lugar, sólo por ese elemento es posible *relacionar normativamente* (y no causalmente) lo ordenado por la norma y el hecho sobre el cual habrá de recaer la orden contenida en esta última.

Puesto que la norma es una expresión lingüística o una costumbre en la que quedan identificados y relacionados los elementos del supuesto y de la consecuencia, la conducta real no tiene de por sí capacidad explicativa para una ciencia jurídica que concibe el derecho como un orden normativo y limita su investigación a los componentes del mismo, esto es, las normas jurídicas. En efecto, el hecho de que las normas jurídicas sean formulaciones lingüísticas o costumbres —es decir, acontecimientos *dotados de la calidad de significadores de otros hechos o costumbres*, y no nuevas realizaciones fácticas que deban ser significadas por otras normas—, implica que su estudio por la ciencia jurídica debe quedar limitado a los elementos considerados como constitutivos de las normas, dentro de los cuales no pueden tener cabida los hechos o conductas que hayan dado lugar a, o deban ser significados por, las propias normas.

En cuanto se determina el derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho como

⁸⁵ Las conductas humanas son sucesos espacio-temporales perceptibles, causalmente determinados y, por lo tanto, causalmente explicables. En tanto suceso espacio-temporal toda conducta es el efecto de un acontecimiento (sea éste un hecho u otra conducta) y, a su vez, causa de otros (sean éstos hechos u otras conductas). Cuando es ésta la forma de concebirla, la conducta se explica bien en razón de los hechos o conductas que la producen, bien en razón de los hechos o conductas que produce. Esto es lo que quiere decir que la conducta se explica causalmente.

ciencia normativa, frente a todas la demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos.⁸⁶

De lo señalado en los párrafos anteriores se desprenden tres cuestiones de la mayor importancia en el pensamiento kelseniano. Primera, ¿de qué modo las conductas humanas – elementos puramente fácticos y objetos de regulación de las normas jurídicas– se incorporan a las propias normas jurídicas –elementos propositivos radicados en el mundo del *deber ser*–? Segunda, ¿de que manera se establece el significado de las normas jurídicas y qué función cumple la conducta incorporada a la norma? Tercera, ¿de qué modo se relacionan normativamente los hechos determinados por normas jurídicas y se explican dichas relaciones? De la adecuada resolución de estas cuestiones depende el logro de la pureza metódica postulada por Kelsen para la ciencia del derecho, y el que ésta pueda circunscribirse, en efecto, al estudio de las normas.

El modo como Kelsen relaciona o incluye la conducta humana en la norma jurídica es “semantizándola”. Semantizar una conducta significa hacerla contenido de uno de los elementos de la norma. De este modo, repito, la propia conducta no tiene relevancia para la ciencia jurídica en razón de sus elementos fácticos espacio-temporales, sino en tanto se constituya como el contenido de uno de los elementos de la norma jurídica, o lo que es igual, como el contenido de una obligación, una facultad, un derecho, un acto coactivo, etcétera. La norma jurídica se caracteriza por ser una unidad autónoma conformada por elementos jurídicos; de ahí que la conducta incorporada a la norma no pueda ser considerada en términos realistas sino exclusivamente como el contenido de uno de dichos elementos. Por consiguiente, mientras se realice un estudio normativo del derecho, es decir, de las normas jurídicas, deberá aludirse a la conducta como contenido de un elemento normativo y no como realidad empírica.⁸⁷

Podría decirse que Kelsen acepta el estudio por la ciencia jurídica de las conductas constituidas en contenido de los elementos de la norma porque estudiar la conducta semantizada equivale a estudiar la norma, a estudiar normativamente el derecho; es decir, porque al estudiar la conducta semantizada no se estudia la conducta como acontecimiento

⁸⁶ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo de la 2ª ed. alemana, México, UNAM, 1979, p. 89. Citado por José R. Cossío Díaz (*Derecho y análisis económico, op. cit.*, p. 104).

⁸⁷ En ese sentido puede decirse, por vía de ejemplo, que en la norma no se alude a la conducta por la cual un individuo priva de la vida a otro, sino que se establece que tal privación de la vida constituye un homicidio al cual debe corresponder una pena privativa de la libertad. En este caso el acto antijurídico es el elemento determinante de la norma, y el homicidio, el contenido de dicho elemento. A la conducta que se identifica como homicidio se la convierte así en el contenido de un acto antijurídico al cual la propia norma jurídica asigna una sanción. De este modo, un acto que en realidad tendría características espacio-temporales –la privación de la vida de un hombre– se convierte simplemente en la descripción de la conducta constitutiva del acto ilícito.

fáctico, puesto que no se indaga su causa, su efecto o la intención o el propósito con que se realizó, sino que se investiga su significado en el mundo del derecho.

Una vez que se ha señalado que la conducta relevante para la ciencia jurídica es la conducta que ha sido incorporada a la norma como contenido específico de alguno de los elementos jurídicos que la integran, queda por resolver el problema de cómo ocurre la significación de una conducta real a fin de atribuirle a la misma las consecuencias previstas en la propia norma. Pero antes veamos en qué ámbito de la ciencia jurídica debe resolverse esta cuestión.

Se indicó anteriormente que a la teoría del derecho le corresponde la determinación del objeto de conocimiento y el señalamiento de los métodos que deben seguirse para estudiarlo, y que, en consecuencia, una de sus funciones más importantes consiste en la fijación de ciertos límites para el estudio de las normas jurídicas. En ese sentido, la teoría del derecho establece que el conocimiento jurídico ocurre mediante la formulación de enunciados respecto de las normas jurídicas, y precisa la forma, los componentes y las relaciones que deben satisfacerse respecto de tales enunciados siempre que pretendan describir un orden normativo. Asimismo, la teoría del derecho permite formular y determinar las condiciones de aplicabilidad de los elementos jurídicos fundamentales (los conceptos de persona, obligación, derecho, acto ilícito, etcétera); pero lo hace desde un punto de vista puramente formal; de ahí que no pueda aludirse desde ella a las conductas humanas. Asimismo, la teoría pura del derecho no aspira a establecer los métodos o las vías que los juristas deban seguir a fin de dotar a las normas de un sentido o contenido específico. Ésta es una función de la dogmática jurídica, a la que atañe la explicación de las normas de un cierto orden normativo, es decir, la determinación de su contenido y significado. Mientras que la teoría general busca proporcionar un concepto formal susceptible de ser aplicado a cualquier elemento común a todos los órdenes jurídicos, la dogmática trabaja con enunciados extraídos de las normas jurídicas integrantes de un orden particular, esto es, enunciados cuya formulación ha sido posible a partir de la identificación de ciertas normas como propias de un sistema. La dogmática jurídica establece el contenido y alcance de los elementos jurídicos mediante un proceso de interpretación que, partiendo de las categorías fundamentales proporcionadas por la teoría pura, dota a la norma de un sentido que no le puede ser asignado mediante tales categorías.

Lo anterior permite establecer que lo relacionado con el estudio o la explicación de conductas semantizadas cae en el ámbito de la dogmática jurídica. En este caso, la labor de la dogmática viene a ser la determinación tanto del contenido de la conducta de un elemento

jurídico concreto (derecho, obligación, acto ilícito, etcétera) como de la función de ese elemento jurídico en razón de la conducta que lo componga.

Volvamos ahora a la interrogante que interesa responder en este momento, a saber: cómo ocurre la significación de una conducta real a fin de atribuirle a la misma las consecuencias previstas en la norma. Debido a que las normas que significan a las conductas humanas pertenecen al deber ser, la relación entre normas y conductas se lleva a cabo en términos de *imputación*, lo que es decir: por medio de la conexión funcional entre distintos elementos consignados en las normas jurídicas a fin de imputar a una conducta real las consecuencias previstas en la norma (o normas).

Es evidente que la conducta semantizada no permite que, sin más, se lleve a cabo una imputación, puesto que en realidad tal conducta genera efectos, por decirlo así, *dependiendo del elemento normativo que la contenga*. De este modo, si la conducta en cuestión es el contenido del derecho, del acto antijurídico o de la obligación, por ejemplo, su función de imputación será radicalmente diferente en cada caso. Podemos afirmar, entonces, que la conducta semantizada se subordina a las peculiaridades del concepto jurídico en el cual se encuentra contenida.

Para establecer cómo ocurre la imputación a una conducta *real* de las consecuencias previstas en la norma es necesario establecer cómo logra significar a una conducta *real* la conducta *semantizada* en el elemento normativo relevante.

La solución a esta última cuestión pasa por comprender que al momento en que la norma jurídica significa a una determinada conducta, la intención del sujeto que la lleva a cabo es irrelevante; en realidad, lo único que importa es la significación que el orden jurídico le confiere a tal conducta.⁸⁸ Así, de lo que se trata es de establecer si la conducta contenida en la norma como obligación o acto ilícito, por ejemplo, se actualiza en la conducta real que determinado hombre lleva a cabo, esto con el propósito de imputar a ésta la consecuencia que la norma jurídica ligue a la realización de la conducta contenida en la norma. Concretamente, no se trata de averiguar la intención o el propósito de un hombre en relación con determinada conducta (ni la causa o el efecto de ésta), sino de determinar qué significado y, por ende, qué consecuencia le confiere *el orden jurídico* a su conducta. Lo que hace que una conducta humana sea un acto conforme o contrario a derecho no reside en su ser natural ni en el sentido

⁸⁸ Al hablar de conductas humanas debe admitirse que los sujetos que las realizan les atribuyen un determinado sentido. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan. Un ejemplo burdo pero ilustrativo de la falta de coincidencia es el del padre que golpea a su hijo para reprenderlo considerando que la agresión es un derecho, siendo que el orden jurídico la considera un acto ilícito.

subjetivo otorgado por quien la realiza, sino en el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta.⁸⁹ La conducta humana logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a ella con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que aquélla puede ser interpretada según una norma.

Tanto la semantización de las conductas en una norma jurídica en particular como la significación de una conducta real por una norma jurídica y la imputación a la primera de las consecuencias previstas en la segunda, exigen la realización de actos humanos. Por lo que hace al primer punto, esto es, la incorporación de una conducta a la norma, se trata de un típico acto de creación de normas de carácter general. En efecto, en estos casos se trata de establecer, sin referencia a ningún aspecto o situación particular, la descripción de una conducta como contenido de los elementos de la norma. En lo que toca a la significación de una conducta real por cierta norma jurídica, estamos frente a un acto de carácter jurisdiccional en el que, típicamente, un órgano del Estado determina si la conducta realizada por un hombre es igual a aquella que de manera general prevé una norma jurídica. En tanto el contenido de uno de los elementos jurídicos propios de una norma (la conducta semantizada) se relaciona con otros elementos de la misma norma (o de otra norma u otras normas pertenecientes al mismo orden jurídico) a fin de determinar una consecuencia, el órgano del Estado competente para determinar la realización fáctica de la conducta prevista en la norma establece por sí mismo la consecuencia prevista en la norma que corresponde a tal conducta, o bien se limita a declarar la correspondencia remitiendo luego a otro órgano el conocimiento del asunto a fin de que éste último establezca la consecuencia correspondiente. En este caso, el órgano competente tiene en cuenta un hecho (una conducta humana espacio-temporal) a fin de significarlo jurídicamente a partir de lo establecido por una norma jurídica.⁹⁰

En este punto es preciso subrayar que el carácter positivo del derecho –o sea: el que éste se establezca a través de conductas humanas– no debe confundir al jurista, quien, como tal, debe limitar su estudio a las normas o, lo que es igual, a las posibilidades contenidas en las prescripciones mediante las cuales sea posible significar como jurídicas las conductas humanas. El jurista, por tanto, no tiene que establecer cómo la conducta humana opera en

⁸⁹ Más adelante habremos de preguntarnos si el análisis económico del derecho puede emplearse para determinar ese sentido objetivo.

⁹⁰ Obsérvese que en el caso de la jurisdicción la referencia a las conductas humanas es triple: Por una parte está la conducta que ha de significarse, por otra parte se encuentra la conducta que de manera genérica se encuentra prevista (semantizada) en una determinada norma, y por último está la conducta que realiza un órgano del estado para lograr la significación de la conducta real.

realidad dentro de la función legislativa o jurisdiccional,⁹¹ sino estudiar las conductas humanas en tanto contenidos semantizados de uno de los elementos de las normas. Su función radica en el establecimiento de los posibles significados de las normas. El jurista, entonces, tendrá en cuenta las conductas humanas siempre que constituyan los contenidos de uno de los elementos integrantes de una norma jurídica, y con el único fin de establecer sus posibles significados.

Resulta clara la distinción entre normas jurídicas y conductas humanas por su pertenencia a dos mundos distintos: el del deber ser y el del ser, respectivamente. Mientras las normas jurídicas son el objeto de estudio de una ciencia social normativa, las conductas humanas que subyacen a todo orden jurídico son el objeto de estudio de una ciencia social distinta y, necesariamente, causal.⁹² Ni tratándose de la teoría del derecho ni de la dogmática, las conductas humanas pueden ser objeto de estudio. Si la ciencia del derecho es concebida como una disciplina normativa, su tarea no puede ser, de ninguna manera, la de explicar, en forma causal, algún acontecimiento fáctico; exclusivamente puede deducir el contenido de las normas o del deber ser.

III.3.1.5. Normas jurídicas y orden jurídico

Una pluralidad de normas jurídicas sólo puede alcanzar orden y unidad, es decir, llegar a constituir un objeto de estudio, a partir de un conjunto de postulados científicos.

Para establecer cómo es que las normas jurídicas constituyen un orden es necesario, primero, conocer cómo identificar un sistema –excluyendo en consecuencia todo lo que no forme parte de él– y, segundo, establecer las relaciones de coordinación y subordinación entre las normas propias del sistema identificado como tal. El modo como Kelsen construye los órdenes normativos está sustentado en el conjunto de categorías que agrupa bajo la denominación de *dinámica jurídica*. Este concepto comprende el conjunto de procesos mediante los cuales el derecho se produce y aplica.⁹³ La identificación de un orden jurídico determinado se basa en la categoría de *norma fundante*; la determinación de las relaciones

⁹¹ Como ocurre en el derecho estadounidense, sobre todo en relación con la actividad jurisdiccional.

⁹² Recuérdese que en la cultura jurídica estadounidense sí hay lugar para una ciencia del derecho causal, o mejor dicho, para una ciencia del derecho que sea ciencia social empírica además de normativa.

⁹³ Vale la pena destacar el carácter reflexivo de la oración “el derecho *se produce* y aplica”. Al respecto cabe decir que la teoría de Kelsen interioriza en el derecho su positividad; introduce en el derecho lo que parece extraño a él y que se atribuye al estado: el acto productor de la norma, el acto del órgano del estado, convirtiendo así al derecho en un conjunto de normas coactivas que regulan su propia creación.

entre las normas pertenecientes a un orden previamente identificado se sustenta en la categoría de los *grados normativos* o de *construcción escalonada* del orden jurídico.

En términos de la dinámica jurídica, una norma pertenece a cierto orden cuando ha sido creada de conformidad con otra norma del mismo orden que a su vez ha sido creada por otra del mismo orden y así sucesivamente. Por lo tanto, las normas pueden verse como partes integrantes de un sistema normativo siempre que todas puedan referir su validez o, lo que es igual, su existencia dentro del sistema de que se trate, a una sola norma positiva o a un conjunto de normas positivas. Esta afirmación genera inmediatamente la interrogante por esa norma o ese conjunto de normas. Esta interrogante no puede contestarse recurriendo nuevamente a otra norma positiva, pues esta forma de proceder conduciría a una dinámica interminable. Por este motivo Kelsen sostiene que la “norma fundamental” o “norma fundante básica” de un sistema *tiene que ser presupuesta* como tal.

Uno de los problemas lógicos de la teoría pura del derecho es la cuestión de saber qué es lo que constituye la unidad en una pluralidad de normas jurídicas, es decir, esa unidad que se designa como sistema jurídico u orden jurídico. Para la contestación de esta cuestión la teoría pura del derecho utiliza la idea de *norma fundamental* como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico. De ella se puede deducir la validez de las normas jurídicas pero no –como se ha sostenido erróneamente– el contenido de las mismas. Sólo cuando se presupone la norma fundamental se pueden interpretar determinados actos humanos como actos jurídicos, es decir, como actos productores de normas jurídicas, y considerar a las normas jurídicas como el sentido de esos actos. La teoría pura del derecho investiga (lo que antes de ella no había sido investigado) la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción de la *construcción escalonada* del orden jurídico, concepción que es de fundamental importancia para el conocimiento esencial del derecho.⁹⁴

Luego entonces, todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica constituyen un sistema jurídico.⁹⁵

⁹⁴ Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 9ª ed., tr. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2002, pp. 19 y 20.

⁹⁵ Como categoría analítica, la norma fundante básica constituye el presupuesto conceptual que permite reconocer un hecho como productor de normas. En tanto objeto de análisis, la norma fundante es presupuesta al no provenir de otra norma pero sí constituirse en norma. Esta condición significa que dicha norma no es impuesta, toda vez que no existe norma que, a su vez, determine su establecimiento. Así pues, la identificación de la norma fundante conlleva el reconocimiento de un hecho *sui generis*: un hecho del cual puede derivarse posteriormente un deber ser pero que no deriva a su vez de norma jurídica ninguna.

III.3.1.6. Creación del derecho. Individualización e interpretación

Para Kelsen, el orden jurídico es siempre un orden dinámico y positivo, esto es, un orden cuyas normas se crean mediante actos sucesivos de creación-aplicación realizados por personas. Entonces, es el propio orden jurídico el que determina que las conductas de ciertos hombres deben ser consideradas como hechos productores de derecho, es decir, hechos dotados de sentido objetivo respecto del orden de que se trate.

Todo acto creador de derecho, todo acto de creación-aplicación, es un acto de individualización por virtud del cual se crea una norma jurídica a partir de otra (u otras) de mayor jerarquía. Asimismo, todo proceso de individualización exige un acto de interpretación. Ello es así porque las normas que se individualizan no tienen un sentido único que permita una aplicación directa, lo que hace necesario que el titular de un órgano del Estado las interprete. En otros términos, la relación entre las normas inferiores y las superiores no se agota en la pura determinación normativa. La norma superior sólo prevé un marco normativo en las cuestiones procedimentales, orgánicas o sustantivas a partir del cual el órgano inferior debe guiar las decisiones que haya de tomar. Al no prever la norma superior la totalidad de los sentidos que la norma inferior debe adoptar, es necesaria una actividad por parte de los órganos del Estado mediante la cual se establezcan los sentidos que la norma inferior deba tener. Kelsen afirma que el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, de modo que todo acto de creación es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible. La interpretación puede entenderse, entonces, como un procedimiento que acompaña al proceso de creación del derecho en su tránsito de una grada superior a una inferior.

La individualización de una norma no termina en la interpretación. En efecto, el hecho de que la fijación del sentido de una norma se consiga a través de la interpretación entraña la

La norma fundante es presuposición, no mera invención; es decir, no es el resultado de un proceso arbitrario de creación. Si se afirma que mediante la categoría de norma fundante se identifica y determina un hecho como creador de la primera norma de un sistema, evidentemente se tiene en cuenta un hecho histórico específico. Los hechos históricos susceptibles de ser identificados mediante la categoría de norma fundante cuentan como limitación adicional la de tener que aludir a la coacción, es decir, al elemento determinante de los órdenes jurídicos. Es importante no confundir la norma fundante de un sistema jurídico con la norma suprema de ese mismo sistema. En efecto, una cosa es el acto revolucionario que inicia la gestación de un orden positivo y otra las normas producidas en el proceso revolucionario que hayan de ser calificadas como supremas. Asimismo, la identificación de un hecho como productor de normas para luego derivar de él la validez de las demás normas de un sistema no conlleva la identificación de la norma suprema de dicho orden jurídico. La identificación de la norma fundante básica y la de la norma suprema comportan procesos diferentes en tanto se trata de objetos distintos. Al postular la norma fundamental hipotética a partir de ciertos hechos acaecidos se realiza un ejercicio cognoscitivo, y de ninguna manera normativo.

posibilidad de que los resultados sean diversos y aun encontrados (pues éstos dependen del número y la calidad de los elementos que concurren en la actividad interpretativa), lo que hace necesario que el órgano del Estado opte por uno de tales resultados posibles. Puede afirmarse, entonces, que las normas resultantes de los procesos interpretativos son el producto de una decisión, y no sólo de un acto cognoscitivo mediante el cual se descubra el sentido de la norma; es decir que la creación normativa viene a ser el resultado de dos actos: el de interpretación y el de decisión.

III.3.1.7. Creación y estudio del derecho

El proceder de los órganos del Estado creadores de normas jurídicas es distinto del de quienes se ocupan del estudio de las normas jurídicas. La actividad de aquéllos se materializa en conductas significadas jurídicamente como productoras de derecho; la de éstos, en conductas sin significación jurídica que permiten conocer el derecho. Esta distinción hace posible diferenciar el derecho (en cuanto objeto de estudio de una ciencia) y la ciencia (en cuanto sistema de proposiciones que permiten la comprensión de tal objeto). En este sentido, se habla de *normas jurídicas* como componentes del derecho, y de *enunciados jurídicos* como componentes de la ciencia del derecho.

Los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que conforme a un orden jurídico, dado el conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden bajo las condiciones determinadas por ese orden. Se sigue de lo anterior que el proceder de la ciencia jurídica es radicalmente distinto del de las ciencias que se ocupan de aconteceres fácticos; la primera (al igual que el resto de las ciencias normativas) procede a partir del principio de *imputación*, mientras que las segundas lo hacen a partir del de *causalidad*. A través del principio de imputación, la ciencia jurídica establece la proposición mediante la cual se confiere significado a las conductas humanas. En efecto, mediante el principio en cuestión se entiende cómo es que, primero, los hechos se constituyen en “parte” del derecho, es decir, en objeto de estudio, en calidad de elementos que pueden ser “generados” gracias a las normas jurídicas y, segundo, cómo es que las normas ya constituidas confieren sentido a otras, permitiendo con ello considerar su pertenencia al mismo orden normativo.⁹⁶

⁹⁶ En lo que hace al primer punto, debe considerarse que si el derecho se ha identificado como un orden social coactivo, la relación que se establezca entre un hecho y una norma debe conllevar la coacción.

El enunciado mediante el cual se describe una norma jurídica utiliza la expresión *deber*, expresión que también puede encontrarse en la norma descrita. Sin embargo, mientras que en el segundo caso tiene un carácter normativo, tratándose del enunciado tiene una función descriptiva. Por lo que concierne al enunciado jurídico, *deber* es la expresión mediante la cual el jurista relaciona el hecho y la sanción previstos en las normas, y por ello puede considerarse con los criterios de verdad o falsedad.⁹⁷

Dado que la ciencia jurídica no describe el comportamiento humano o, si se quiere, cómo acontecen las conductas humanas regidas por normas, la misma no tiene el carácter de una ciencia causal. Por lo contrario, si la ciencia jurídica describe las normas jurídicas, su carácter únicamente puede ser normativo. Como se ha venido señalando, la ciencia jurídica puede tener en consideración los actos que conforme a las normas jurídicas deban producirse, sólo que al estimarlos habrá de hacerlo en relación con las normas que les confieren significado como actos “jurídicos”.

La descripción de una norma jurídica entraña su interpretación. Veamos, pues, cómo se establecen los sentidos o, si se quiere, cómo se fijan los contenidos de las normas jurídicas integrantes de los distintos órdenes normativos.

III.3.1.8. La interpretación del derecho. Interpretación auténtica e interpretación científica

Lo apuntado hasta ahora permite afirmar que el proceder dogmático de Kelsen se plantea en tres niveles. El primero de ellos corresponde al ámbito de la teoría general del derecho; el segundo, al de la identificación de las normas de un orden jurídico concreto, y el tercero, al de la dogmática jurídica, o sea: al de la interpretación del sentido de las normas jurídicas previamente identificadas. En efecto, la interpretación únicamente puede hacerse respecto de normas que han sido identificadas en el orden jurídico no a partir de los propios métodos de interpretación sino de la aplicación de categorías de la teoría general cuya función es precisamente permitir la previa identificación del derecho.⁹⁸

⁹⁷ En la medida en que los enunciados jurídicos describen las normas jurídicas de un sistema en particular, les son aplicables los criterios de verdad o falsedad. Por lo que hace a las normas jurídicas, éstas no pueden calificarse mediante tales criterios, sino exclusivamente por los de validez o invalidez en razón de su pertenencia a un orden del que puede postularse una norma fundante básica.

⁹⁸ Véase *supra* III.3.1.2. En ese lugar se indicó que el hecho de presuponer una serie de categorías jurídicas al llevar a cabo la interpretación de un texto jurídico positivo implica que los resultados logrados mediante la interpretación se verán condicionados por esas mismas categorías.

Señalé anteriormente que la interpretación es un acto cognoscitivo que acompaña al proceso de aplicación del derecho en su tránsito de una grada superior a una inferior. Este tipo particular de interpretación es denominado por Kelsen como interpretación auténtica, en tanto se lleva a cabo por órganos del Estado con la finalidad de individualizar o aplicar normas jurídicas, es decir, de crear derecho. Al lado de este tipo de interpretación se encuentra, observa Kelsen, la interpretación científica, esto es, la que se realiza por una persona privada y, especialmente, por la ciencia del derecho con la finalidad de explicar su objeto de estudio, o sean: las normas jurídicas positivas. En cualquier caso, la interpretación es un acto cognoscitivo mediante el cual se descubre el sentido de una norma.

La tesis central de la teoría pura del derecho en lo que concierne a la interpretación científica es que la tarea de ésta consiste exclusivamente en exponer los significados posibles de una norma jurídica. Por consiguiente, la elección definitiva de la autoridad que aplica el derecho entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas, la decisión sobre cuál de esos significados ha de prevalecer, debe confiarse a las consideraciones políticas, pues desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que sólo una de estas interpretaciones sea la correcta. Resulta, entonces, que el elemento determinante de la interpretación no auténtica o científica es la falta de un acto decisorio. Así, mientras en la interpretación auténtica concurren un acto cognoscitivo y un acto volitivo –esto es, el establecimiento del sentido de la norma y la constitución de tal sentido en norma jurídica–, en la interpretación no auténtica únicamente aparece el acto cognoscitivo, dado que el orden jurídico no le reconoce a la determinación resultante el carácter de norma.

Refirámonos a dos cuestiones importantes: la indeterminación del derecho y la posición que el intérprete del derecho debe adoptar frente a tal indeterminación.⁹⁹ Para comprender el problema de la indeterminación de las normas debemos recordar que las mismas se crean por sucesivos actos de aplicación en los cuales las normas superiores determinan el sentido de las inferiores. Sin embargo, es precisamente en este proceso de individualización donde surge el problema en comentario, puesto que la norma superior, por más completa y desarrollada que se encuentre, no puede prever la totalidad de los sentidos que debe tener la norma inferior. Teniendo en cuenta esta condición de las normas, Kelsen afirma que en todos los casos de indeterminación (esto es, los de indeterminación intencional y los de indeterminación no intencional del derecho) el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están

⁹⁹ El problema de la indeterminación del derecho es una característica de todos los sistemas jurídicos; en consecuencia, está presente lo mismo en el orden estadounidense que en el nuestro. Al respecto, adelanto la tesis de que en ambos sistemas el análisis económico del derecho puede servir para resolverla. Cuando ésa es su función, esta disciplina tiene (o puede tener) alcances similares en ambos órdenes.

dadas varias posibilidades de aplicación, y donde todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible. El que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deje abiertas varias posibilidades de interpretación significa, evidentemente, que la misma no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas.¹⁰⁰

Toda norma jurídica es, entonces, indeterminada, puesto que se crea mediante conductas que tienen como referencia el marco general previsto en normas que no establecen de manera acabada los contenidos que deben incorporar las normas creadas a partir de ellas a fin de ser consideradas válidas.

En cierto sentido, la indeterminación de las normas jurídicas afecta del mismo modo al titular del órgano del Estado que haya de establecer una norma y al jurista que busca proponer un enunciado sobre esas normas. En ambos casos el acto cognoscitivo que se realiza es idéntico en tanto su intención es establecer los sentidos de las normas. La diferencia radica, sin embargo, en que el órgano del Estado cuenta con atribuciones para crear normas jurídicas, y al hacerlo *debe* elegir entre uno de esos sentidos para determinar el contenido de la norma que haya de crear. Para el jurista, esa posibilidad de creación está vedada, de ahí que su función deba limitarse a exponer los sentidos posibles de las normas; de proponer como “correcto”, “único” o “propio” uno de los sentidos de una norma, estaría dejando de lado su posición científica e imparcial y actuando como actúa un órgano del estado. Por lo tanto, la diferencia radica en la posición que cada uno de ellos (la autoridad y el jurista) debe adoptar ante la indeterminación de las normas. En tanto el titular del órgano del Estado debe llegar a una solución única, el científico procede analíticamente para plantear todos los sentidos posibles.¹⁰¹

En lo tocante a los métodos que pueden utilizarse para interpretar una norma, Kelsen sostiene que no es posible admitir la existencia de un solo método jurídico, con lo cual se aparta de quienes consideran la posibilidad de que sólo a través de uno de ellos pueda alcanzarse la

¹⁰⁰ Más adelante se defiende la idea de que el análisis económico del derecho puede resultar útil bien para elegir el mejor sentido o significado de una norma (aquel con el cual se colmen ciertos requerimientos o se alcancen determinados objetivos), bien para identificar y comprender los alcances y las limitaciones, los costos y los beneficios de adoptar determinado significado. Al señalar lo anterior estoy anunciando que el análisis económico del derecho tiene el potencial de constituir una dogmática jurídica o, por lo menos, el método (o uno de los métodos) de una dogmática jurídica, pero siempre y cuando se acepte, claro está, la posibilidad de una dogmática jurídica instrumental.

¹⁰¹ La actividad interpretativa puede clasificarse en atención a la posición de quien la lleva a cabo. En el caso del jurista, Kelsen exige un desprendimiento previo de valores para sustentar su solución, de ahí que la interpretación que realice pueda denominarse *por método*; el órgano estatal, por lo contrario, tiene que tomar una decisión considerando valores, por lo que la interpretación que realice se deriva de un método específico que puede llamarse *por resultado*.

solución jurídicamente correcta. Dada la amplitud de significados que una norma puede llegar a tener, no puede postularse una solución *única* o *correcta* a través de los distintos métodos de interpretación; de ahí que ninguno de ellos pueda caracterizarse como *el método jurídico*, o que todos ellos puedan, si cumplen ciertos requisitos, ser considerados métodos jurídicos válidos. Indirectamente, Kelsen afirma que la cuestión del método correcto no debe resolverse por la teoría del derecho, debido a que no le corresponde pronunciarse sobre las posibilidades de concreción de las normas (en el sentido de individualización o aplicación y, por lo tanto, de interpretación). En realidad, a la teoría del derecho únicamente le corresponde establecer que la concreción acontece en los órdenes jurídicos, y explicar cómo acontece.

La interpretación científica o no auténtica del derecho es, entonces, una actividad con las siguientes características: primera, parte de la indeterminación propia de las normas jurídicas; segunda, *no cuenta con un método único de interpretación que haga posible sustentar cierta solución como correcta*; tercera, ha de exponer todos los sentidos posibles que las normas del orden jurídico puedan tener, y cuarta, únicamente puede ser considerada como científica si mantiene esas tres características.

Finalizo este apartado con una acotación acerca de la tercera de las características recién señaladas. Mencioné en un apartado anterior que el presuponer una serie de categorías jurídicas al llevar a cabo la interpretación de un texto jurídico positivo condiciona los resultados logrados mediante tal interpretación a las dichas categorías jurídicas. Esta situación restringe la variedad de interpretaciones posibles, con lo cual la determinación hecha por Kelsen en cuanto a que la interpretación jurídica debe exponer todos los posibles sentidos de una norma no es ya tan amplia como en un principio pudiera creerse. De hecho, el mismo Kelsen sólo expone algunos sentidos de las normas cuando las propias normas permiten proponer más significados. Así, vista la aplicación que hace de sus propias reglas de interpretación, parece factible concluir, considera Cossío Díaz, que al mantener que la tarea de la interpretación jurídico-científica consiste en exponer los significados posibles de una norma jurídica Kelsen quiere decir que el jurista no puede imponer a una norma el sentido que mejor le parezca, por lo cual deberá plantear todos aquellos que a su entender sea posible postular.¹⁰² La posición de Kelsen en cuanto a la necesidad de que los juristas expongan la totalidad de los sentidos posibles de las normas es más la defensa de un principio metodológico que una exigencia que haya de satisfacerse puntualmente en cada trabajo.

¹⁰² Puede decirse, entonces, que la necesidad de que el jurista plantee la totalidad de los sentidos posibles de las normas deriva de la imposibilidad de que imponga el sentido que mejor le parezca, y no al revés.

III.3.1.8.1. La interpretación instrumental del derecho

La función primordial de la dogmática jurídica es la explicitación de los sentidos posibles de las normas jurídicas. Se habla de sentidos posibles, en plural, porque no es factible sostener la existencia de un único sentido posible. Ello deriva, en parte, del hecho de que no es dable sostener la existencia de un único método correcto para encontrar los distintos significados de las normas u optar por uno de ellos.¹⁰³ En efecto, de acuerdo con Kelsen no existe genéricamente ningún método caracterizable jurídico-positivamente según el cual uno entre los varios significados de una norma pueda ser designado como el correcto. En opinión de este autor todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible y nunca a un único resultado correcto; por lo tanto, es un esfuerzo inútil pretender formular jurídicamente una de las diversas posibilidades con exclusión de las otras.

Dado que la mayoría de las normas son expresiones lingüísticas, la interpretación del derecho supone desentrañar el sentido precisamente de una expresión lingüística. Esto no significa, sin embargo, que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues la significación de las palabras empleadas para expresar la norma no se agota en su sentido lingüístico. Para percatarse de que ello es así piénsese en la equivocidad de muchos de los términos contenidos en la norma y, sobre todo, en el hecho de que algunos de esos términos poseen de por sí una significación propiamente jurídica que se halla en conexión con muchas otras significaciones del mismo sistema jurídico. En consecuencia, la significación de una norma no sólo depende de lo que las palabras utilizadas para formularla expresan por sí mismas, sino de las conexiones sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de una norma y el de otras que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico.¹⁰⁴

La mayoría de los juristas estima un equívoco el considerar las expresiones contenidas en las normas como única vía de explicación de las mismas, y opina que proceder de ese modo significaría en los hechos pronunciarse por uno solo de los métodos posibles de interpretación o adoptar una concepción ontologista para relacionar el objeto de la realidad y la palabra utilizada para designarla. En la práctica, los muchos problemas que se suscitan en materia de

¹⁰³ Pero incluso en el caso de que se aceptara que sólo uno de los distintos métodos existentes puede considerarse el único método correcto, la cuestión de la multiplicidad de sentidos de las normas jurídicas seguiría presente. Es decir, un único método puede dar lugar a más de un resultado.

¹⁰⁴ “Cada significación verbalmente expresada en la ley está en conexión con otras significaciones no expresadas y, en rigor, en conexión con la totalidad del orden jurídico positivo. Y, si bien las significaciones expresadas en la ley, son las que primero se perciben, ellas no son las más importantes, porque están condicionadas por otras.” Carlos Cossio, *El sustrato filosófico de los métodos interpretativos*, Rosario, Anuario de la Facultad de Derecho, 1940, p. 17. Citado por Eduardo García Máynez (*Introducción al estudio del derecho, op. cit.*, p. 329).

interpretación derivan, justamente, de la ausencia de tal relación y de la necesidad de establecer el sentido posible de una expresión.

Existe un gran número de métodos hermenéuticos. Las diferencias entre ellos derivan fundamentalmente de discrepancias en cuanto a la definición de los conceptos “interpretación” y “sentido de la norma”. Sería ocioso exponer aquí los diversos métodos interpretativos. Hacerlo no aportaría nada al desarrollo de este capítulo o a la consecución de su objetivo. Sin embargo, sí es conveniente referir brevemente uno de dichos métodos, a saber: el método instrumental. La importancia de hacerlo quedará clara más adelante, cuando veamos que la aceptación de la interpretación instrumental del derecho (y su empleo) genera, por decirlo así, nuevas posibilidades (y probabilidades) científicas y normativas para el análisis económico del derecho.

La interpretación instrumental del derecho ve a la norma jurídica como una guía o un punto de partida para enfrentar una situación o cumplir una función; por lo tanto, al realizarla se busca encarar problemas o situaciones reales y proponer medidas para resolverlos. De este modo, la interpretación instrumental del derecho pasa por explicitar la situación o el problema real; definir la función de la norma, y proponer alternativas para cumplir con dicha función, es decir, significaciones de la norma que permitan que ésta realice la función que se le haya atribuido.

Cossío Díaz informa que la posibilidad de interpretar instrumentalmente el derecho (o, lo que es igual, la viabilidad de una dogmática instrumental) ha sido puesta de relieve, entre otros, por Niklas Luhmann. En su obra *Sistema jurídico y dogmática jurídica* este autor critica el hecho de que dentro de los estrechos límites de la dogmática tradicional se agoten las condiciones de lo jurídicamente posible –concretamente: las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos–, y a partir de esta crítica se pregunta por la posibilidad de que una dogmática edificada sobre la consideración de las consecuencias de las decisiones jurídicas (vistas como criterios autónomos) esté en situación de mantener y conservar la diferenciación del sistema jurídico incluso dentro de una sociedad altamente compleja y de desarrollar dentro de este sistema una política autónoma de justicia. Luhmann advierte que a diferencia de la mayoría de los juristas, que entienden por “consecuencias de las decisiones jurídicas” los efectos inmediatos jurídicos de las decisiones fijadas jurídicamente,¹⁰⁵ él se refiere a las consecuencias *reales*, esto es, a las consecuencias de las consecuencias previstas en la norma. Para Luhmann, la única posibilidad de mantener la vía de una dogmática fundada en las consecuencias de las decisiones jurídicas es mediante la revisión y valoración de los efectos, las consecuencias-múltiples, etcétera de dichas decisiones. Es evidente que esta vía,

¹⁰⁵ Como podría ser, por ejemplo, la adjudicación judicial de un derecho a alguna de las partes de un litigio.

concretamente la necesidad que supone de elegir entre las distintas consecuencias revisadas y valoradas, fractura toda solución limitante.

Luhmann ha expuesto, señala Manuel Atienza,¹⁰⁶ una serie de razones que pueden servir para explicar el fracaso en la práctica del intento de desarrollar una “dogmática sociológica”. La explicación de Luhmann es naturalmente generalizable a los demás intentos (también fallidos en la práctica) de incorporar las categorías de otras ciencias sociales a fin de desarrollar una dogmática instrumental. Por lo tanto, y con el objeto de contextualizar y esclarecer las ideas de Luhmann expresadas en el párrafo anterior, a continuación presento las razones en comentario:

[Éstas] serían las siguientes: 1) La dogmática jurídica tradicional opera según el siguiente esquema: si se verifican ciertas condiciones (las estipuladas en las normas), *entonces* deben tomarse ciertas decisiones, cualesquiera que sean sus consecuencias sociales. Ahora bien, una dogmática sociológica [y, en general, toda dogmática instrumental que se sustentara en las categorías de las ciencias sociales] tendría que orientarse no hacia las normas, hacia el pasado, sino hacia las consecuencias, hacia el futuro. Pero si ocurriera esto, se pondría en peligro la función de certeza jurídica que debe realizar la dogmática, actuando desde dentro del sistema jurídico: se pueden prever las decisiones si se toman conforme a las normas, al pasado, pero no si se atiende a las consecuencias, pues el futuro es, obviamente, más incierto y complejo que el pasado. 2) Un problema adicional es la dificultad de establecer qué consecuencias son *relevantes*: a diferencia de las condiciones establecidas en las normas, las consecuencias [fijadas en las normas] tienen a su vez consecuencias, de manera que se necesitarían criterios adicionales para romper la cadena de causalidad. 3) Una dogmática jurídica orientada sociológicamente [y, en general, instrumentalmente] vulneraría el principio de igualdad (formal): si se tiende a conseguir ciertos efectos (por ejemplo, la readaptación del delincuente, a la hora de aplicar las normas penales), entonces no cabe decidir de forma igual casos (jurídicamente) iguales. 4) Como la dogmática jurídica suministra, en esencia, criterios de decisión a los jueces, una dogmática sociológica [y, en general, toda dogmática instrumental] obligaría a cambios organizativos importantes: debería modificarse el sistema de reclutamiento de los jueces, el tipo de instrucción necesaria para desempeñar la función jurisdiccional, etcétera. 5) Por la misma razón, el jurista dogmático necesitaría poseer una serie de conocimientos y de técnicas –los métodos sociológicos [o, más generalmente, los métodos de las ciencias sociales]– que suelen ser ajenos a su formación.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, 1ª ed. corregida, México, Fontamara, 1998, p. 267.

¹⁰⁷ *Idem*.

Luhmann se ha preguntado también por el alcance de los límites de la dogmática. Formula la cuestión en los siguientes términos: “¿Se puede y se debe mantener y desarrollar como nivel de reflexión del derecho este nivel de generalización e indiferencia frente a los efectos a pesar de la gran alteración de las condiciones sociales?”¹⁰⁸ Cossío Díaz arguye que en la formulación de la pregunta están planteadas sus posibles vías de solución. De este modo, si la respuesta es negativa se abre de inmediato la vía de una dogmática instrumental en la que las normas cumplan una función de punto de partida o de guía a fin de que el jurista genere una nueva norma o solución *regulada por la norma de la cual se parte y elaborada tomando en cuenta las consecuencias que en uno u otro caso pudieran generarse*.

Con respecto a esta cuestión Atienza mantiene que “la orientación hacia las consecuencias es una exigencia irrenunciable para la dogmática, si ésta quiere adaptarse a las nuevas funciones que desempeña el Derecho en la sociedad contemporánea [...] y que no es sólo la de producir certeza –es decir, funciones de garantía– sino también la de distribuir recursos y promover condiciones de igualdad (real) entre los individuos”.¹⁰⁹

La valoración de la bondad de las consecuencias terminaría sustentándose, apunta Cossío Díaz siguiendo a Roberto Vernengo, en principios éticos o en criterios empíricos, los cuales encumbren siempre, bien la aceptación de algún programa político, bien la aceptación de alguna o algunas tesis sobre la funcionalidad de las estructuras sociales. Evidentemente, en cualquier caso resultará necesario recurrir a la filosofía o a las ciencias sociales.

III.3.2. El estudio del elemento pragmático del derecho. Sociología jurídica y política jurídica

En el paradigma predominante dentro de la familia romanista el estudio del derecho tiene un carácter normativo. En efecto, dado que la ciencia jurídica romanista ha determinado el derecho

¹⁰⁸ Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, tr. I. de Otto, Madrid, CEC, 1983, p. 113. Citado por José R. Cossío Díaz (*Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 313).

¹⁰⁹ Manuel Atienza, op. cit., p. 267. “[S]i este cambio no se produjera –si el jurista diera en perseverar en su ‘espléndido aislamiento’– es posible que la dogmática jurídica dejara en gran medida de cumplir una función social útil y fuera progresivamente desplazada por otras técnicas sociales, *lo que no sería necesariamente una ventaja*. Cuando la producción y/o la aplicación de las normas jurídicas queda sobre todo en manos de técnicos no juristas, como economistas, ingenieros, etcétera [...], los resultados no son precisamente esplendorosos: el profesional sin formación jurídica suele tener unas ideas muy simplificadas acerca del proceso de interpretación y aplicación del Derecho, y a menudo ignora cuál es el contexto normativo en que se insertan las nuevas normas dictadas, comportándose, en definitiva, como el aprendiz de brujo que pone en funcionamiento mecanismos que en seguida escapan de su control y producen resultados no deseados, pero no por ello menos dañosos.” *Ibid.*, p. 268. Las cursivas son mías.

como un orden normativo, limita su investigación a las propias normas jurídicas, concretamente, a los elementos constitutivos de las mismas. Dentro de estos elementos no pueden tener cabida los hechos o conductas que hayan dado lugar a, o deban ser significados por, las propias normas; menos aun las conductas “motivadas” o “producidas” por dichas normas. La conducta no tiene relevancia para la ciencia jurídica en razón de sus elementos fácticos espacio-temporales, sino en tanto se constituya en el contenido de uno de los elementos de la norma jurídica. Así, ni tratándose de la teoría del derecho ni de la dogmática jurídica, las conductas humanas pueden ser objeto de estudio. La ciencia jurídica, en tanto disciplina normativa, de ninguna manera tiene la tarea de explicar, en forma causal, algún acontecimiento fáctico; exclusivamente puede deducir el contenido de las normas o del deber ser; su tarea principal radica en el establecimiento de los posibles significados de las normas. La ciencia jurídica no estudia cómo opera la conducta humana en la realidad, sino que estudia las conductas humanas en tanto contenidos semantizados de los elementos de las normas y con el fin primordial de establecer los posibles significados de éstas.

La referida restricción cognoscitiva ha propiciado que en la propia familia romanista se hayan desarrollado disciplinas autónomas a la teoría general del derecho y a la dogmática jurídica encaminadas, precisamente, a la explicación de las conductas jurídicas. Efectivamente, en la tradición jurídica romanista se han separado los aspectos normativos del derecho de las conductas jurídicas a fin de establecer cómo éstas pueden constituirse en objeto de estudio de ciencias distintas de la jurídica –o, si se quiere, de disciplinas jurídicas distintas de la ciencia jurídica–. Es decir que adicionalmente al estudio puramente dogmático del derecho, en la tradición romanista se han hecho esfuerzos para identificar, estudiar y sistematizar el elemento pragmático del derecho, o sean, las conductas relacionadas con él.

La tesis que subyace a estos esfuerzos sostiene que el aceptar que el derecho es un objeto que por fuerza debe constituirse y explicarse por métodos específicamente jurídicos no implica admitir que el estudio de la totalidad de las cuestiones “relacionadas” con el derecho deba y pueda limitarse a tales métodos, y que de hecho existen ciertas cuestiones relacionadas con el derecho que pueden y deben explicarse por métodos no jurídicos. Al considerar el derecho como orden normativo coactivo de la conducta humana, se está haciendo de las normas jurídicas el contenido y el objeto privilegiado del derecho y de la ciencia jurídica. Sin embargo, al regular o incidir tales normas en conductas humanas, existe la posibilidad de calificar tales conductas como “jurídicas” y hacerlas, a su vez, objeto de disciplinas calificadas también como jurídicas, aunque no sean ciencia jurídica en sentido estricto. De este modo, mientras las normas jurídicas son el objeto de estudio de la ciencia jurídica, las conductas

humanas que subyacen a todo orden jurídico son el objeto de estudio de una ciencia distinta y, necesariamente, causal. En concreto, si el derecho es un orden cuyas normas se establecen mediante conductas humanas a fin de regular conductas humanas, existe la posibilidad de hacer de todas esas conductas el objeto de estudio de una ciencia que proceda a explicarlas del mismo modo como se explican todos los elementos pertenecientes al ser: a través de una explicación de sus causas y sus efectos.

Hay que señalar que las conductas aludidas son conductas específicas en tanto se encuentran calificadas y significadas por normas jurídicas; es decir, tienen como peculiaridad que su comprensión presupone la existencia de un orden normativo que las califica. Por ello, los estudios del elemento pragmático del derecho comúnmente se llevan a cabo partiendo de ciertos elementos jurídicos básicos, para luego ir determinando el acontecer fáctico que se da respecto de ellos.

Los casos más relevantes en la tradición romano-canónica de estudio científico de las conductas jurídicas son la sociología del derecho y la política jurídica. En este apartado se exponen muy brevemente las formulaciones tradicionales de ambas disciplinas, esto es, la sociología jurídica de Max Weber y la política jurídica de Alf Ross. Cossío Díaz apunta que ambas disciplinas abordan el estudio de las conductas humanas relacionadas con las normas jurídicas; tanto la una como la otra tienen un enfoque individualista, le confieren enorme importancia a la racionalidad para efectos explicativos y buscan comprender atribuyendo sentido o significados a las conductas. Sin embargo, cada una lo hace con un propósito distinto. Tratándose de la sociología jurídica, se busca comprender ese tipo de conductas mediante su interpretación; con la política jurídica se trata de postular los cambios normativos necesarios para lograr o evitar la realización de ciertas conductas.

En realidad, no es inusual que el estudio del “fenómeno jurídico” se lleve a cabo mediante diversos enfoques. Atienza mantiene que existen por lo menos tres tipos de perspectivas diferentes desde las que cabe estudiar el derecho o alguno de sus aspectos: “la perspectiva estrictamente jurídica; la de determinadas ciencias humanas o sociales que dan lugar a otras tantas disciplinas jurídicas (aunque no sólo jurídicas); y la perspectiva –que no siempre puede distinguirse netamente de la anterior– de determinados métodos que no llegan a configurar una nueva disciplina jurídica, sino que más bien tratan de incidir en las ya constituidas”¹¹⁰ (se trata de los métodos procedentes del estructuralismo, la lingüística y la teoría de juegos, por ejemplo). En esta clasificación, tanto la sociología jurídica como la política

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 261. A todas estas perspectivas hay que añadir, señala el propio Atienza, la de las ciencias formales, la de la lógica, la de la informática y la de la filosofía (esta última en cuanto constituye un saber específico que no puede identificarse con ninguno de los anteriores).

jurídica –al igual que el análisis económico del derecho– serían disciplinas pertenecientes a la segunda perspectiva, es decir, disciplinas jurídicas distintas de la teoría general del derecho y la dogmática jurídica.

III.3.2.1. Sociología jurídica

En un sentido muy general la sociología del derecho puede definirse como el estudio de los fenómenos jurídicos desde la perspectiva de las ciencias sociales; o bien, como el estudio de las relaciones existentes entre el derecho y la sociedad. Dado que la sociología no es la única disciplina social y dado que los estudios en el campo de la sociología del derecho implican comúnmente no sólo la aplicación de conceptos y métodos de la sociología, sino también de la politología y, sobre todo, de la antropología, las anteriores definiciones, sin ser desacertadas del todo, son excesivamente genéricas. (O quizás lo que resulta inadecuado sea la propia denominación de la disciplina. Quienes así opinan proponen la expresión “Derecho y sociedad”.)

La sociología del derecho no siempre es fácilmente distinguible de otros campos de estudios interdisciplinarios de lo jurídico. Asimismo, “no parece posible trazar una caracterización muy precisa de la sociología del Derecho que pueda ser compartida por todos los cultivadores de la disciplina. Los temas, métodos e intereses de cada autor o escuela difieren entre sí, a veces en forma notable.”¹¹¹ Ello es consecuencia de dos cosas: el carácter especialmente problemático de las ciencias sociales y el carácter híbrido de la sociología del derecho.¹¹² Sin embargo, sí es posible caracterizar las maneras más puras u ortodoxas de hacer sociología del derecho por la aplicación de métodos empíricos y cuantitativos en la investigación del presente sin preocupación por los aspectos filosóficos o los históricos.¹¹³

La sociología del derecho se ocupa del estudio del derecho eficaz –esto es, el conjunto de las normas que efectivamente cumple la sociedad o que son aplicadas por los jueces y

¹¹¹ *Ibid.*, p. 262.

¹¹² Los juristas tienden a elaborar una sociología *en* el derecho, cuya naturaleza sería la de un instrumento; los sociólogos propenden a la construcción de una sociología *del* derecho, cuya naturaleza sería la de una disciplina que cumple una función eminentemente cognoscitiva. En este caso, la sociología del derecho “aparece como una rama de la sociología general, que utiliza sus mismos métodos y que, incluso, se extiende por todos los campos de las sociologías particulares”, lo que resulta natural dado que el derecho está presente en todos los sectores sociales. *Ibid.*, pp. 262 y 263.

¹¹³ Cfr. Rogelio Pérez Perdomo, “Sociología del Derecho”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, “El derecho y la justicia”, *op. cit.*, pp. 29-37, pp. 29 y 30.

funcionarios—, del proceso de formación del mismo y de los efectos que produce en la sociedad —es decir, de la eficacia social del derecho—. El sociólogo del derecho no sólo se interesa en las normas o los hechos en que consiste la producción y aplicación de tal derecho, sino también en los valores que representan, las ideologías jurídicas que les subyacen, las instituciones encargadas de producirlas y aplicarlas, etcétera.¹¹⁴

Entre los temas que usualmente están presentes en la literatura o en los congresos de la disciplina destacan: el general referido a la propia sociología del derecho (que comprende la definición y el estado del campo disciplinario, sus métodos de investigación, etcétera); el de la relación derecho-sociedad, el papel del derecho en el cambio social y la definición del sistema jurídico en términos de las ciencias sociales (la vinculación del derecho con determinadas ideologías o su uso como instrumento de control político son tópicos frecuentes en esta área temática); el de los actores principales del sistema jurídico; el del sistema judicial (las funciones sociales de dicho sistema, la inclinación de la población, o de determinados sectores de ella, para usarlo —lo que se conoce como litigiosidad—, los obstáculos que encuentra para poder hacerlo —la cuestión del acceso a la justicia—, la aplicación desigual de la ley, la eficiencia de la justicia, las políticas judiciales y el llamado “uso alternativo del derecho” son tópicos recurrentes en esta área); y el de las formas de solución de disputas distintas del litigio.¹¹⁵

Uno de los temas más importantes es sin duda el de las funciones del derecho. El tratamiento más conocido sobre este tema es precisamente el de la sociología jurídica.¹¹⁶ En este tópico, ésta ofrece fundamentalmente perspectivas positivistas del derecho, es decir, perspectivas interesadas en lo que el derecho es y qué y cuáles son sus funciones, no en lo que el derecho debería ser o cuáles deberían ser sus funciones.¹¹⁷ Tales perspectivas estudian tanto las funciones del derecho en general o una de sus ramas como las de un ordenamiento jurídico particular o un sector del mismo. La sociología del derecho representa, entre nosotros, el análisis positivo funcional por excelencia.¹¹⁸

¹¹⁴ Cfr. Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 262.

¹¹⁵ Cfr. Rogelio Pérez Perdomo, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹¹⁶ Nicolás López Calera (“Funciones del derecho”, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, “El derecho y la justicia”, *op. cit.*, pp. 457-465, p. 464) considera que por lo que se refiere al derecho, el término “función” ha tenido un especial tratamiento y desarrollo científico dentro del campo de la sociología, de hecho, el concepto de “función del derecho” es un concepto principalmente sociológico.

¹¹⁷ López Calera (*op. cit.*, p. 460) mantiene que el descriptivismo domina en el ámbito de la sociología jurídica a la hora de determinar qué son y cuáles son las funciones del derecho. Sin embargo, las funciones del derecho están ligadas a principios políticos y morales particulares, por lo tanto, “a lo máximo a que se puede aspirar es tal vez a una serie de generalizaciones, esto es, determinar las funciones sociales del derecho más frecuentes o constantes [...]”.

¹¹⁸ Es importante tener presentes los dos tipos de análisis positivos (o descriptivos): el estructural y el funcional. Este último sería un método para explicar sin apriorismos cognoscitivos las funciones que frecuentemente cumple el derecho. Debido a que existe un gran número de funciones, “su determinación depende del interés del observador o

El concepto “funciones del derecho” es especialmente ambiguo “y su determinación depende de la perspectiva metodológica e incluso ideológica que se adopte como punto de partida”. Generalmente, el concepto en cuestión se refiere “a los fines, objetivos y efectos que el derecho produce en un sistema social. Tiene, pues, un carácter descriptivo [...] para comprender lo que es o existe como derecho.”¹¹⁹

En cualquier caso, explicar qué son y cuáles son “las funciones del derecho” es una tarea que tiene un especial riesgo, que es la facilidad con que se pasa, sin solución de continuidad, del terreno puramente descriptivo al campo prescriptivo e ideológico. Lo que muchas veces se presenta como “las funciones” que cumple el derecho (ámbito del *ser*), es más bien lo que en algunos sectores sociales y de la comunidad científica quieren o desean que cumpla el derecho, esto es, lo que el derecho debiera cumplir o realizar (ámbito del *deber-ser*).¹²⁰

III.3.2.1.1. La sociología jurídica de Max Weber

Atienza¹²¹ considera al sociólogo alemán Max Weber el verdadero fundador de la sociología del derecho. Apunta que entre las aportaciones de Weber a la disciplina destacan: 1) una concepción del derecho que une la teoría jurídica de la coerción con la teoría política de la legitimación del poder. Para Weber, “el Derecho es un ordenamiento legítimo cuya validez está garantizada desde el exterior mediante la posibilidad de la coerción”; 2) “la tesis de la progresiva racionalidad del Derecho y de la conexión existente entre capitalismo, Estado moderno y Derecho racional-formal”; 3) la tesis de la neutralidad de la ciencia y la consiguiente diferenciación entre la ciencia y la política –aquella se limitaría a señalar los medios adecuados para cumplir ciertos fines, mientras que ésta se ocuparía de fijar tales fines–; 4) “la distinción y separación entre la ciencia jurídica y la sociología del Derecho: la primera estudia los contenidos de las normas jurídicas, la segunda los comportamientos de los miembros de un grupo en relación con las normas vigentes”. En su obra, Weber asumió las definiciones de lo

del científico en fijarse o destacar más unas que otras” (Nicolás López Calera, *op. cit.*, p. 460). Un análisis positivo estructural típico es la teoría pura del derecho de Kelsen –la cual, al limitar el objetivo cognoscitivo de la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas, analiza la estructura del ordenamiento y de la norma jurídica pero no sus funciones–; un análisis positivo funcional típico es el análisis económico del derecho en su modalidad de teoría económica del impacto legal.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 464.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, pp. 264 y 265.

jurídico que hicieron los juristas de su época para proponer una comprensión del derecho integrada en su contexto social; 5) la conexión funcional de la sociedad.¹²²

Para Weber la sociología es una ciencia que pretende entender la acción social mediante la interpretación de su sentido, para lo cual utiliza construcciones mentales –llamadas modelos o tipos ideales– que le permiten relacionar determinados elementos de la realidad. En tanto ciencia social, la sociología estudia conductas humanas, lo que supone establecer los motivos o las intenciones de las mismas.¹²³ En la sociología weberiana ello equivale a interpretar su sentido. En efecto, Weber consideraba que la primera tarea de la sociología es la “captación de la conexión de sentido” o del motivo de la conducta. De este modo, si toda acción social se caracteriza porque su sentido se refiere a la conducta de otro, y, por definición, la interpretación de ese sentido es determinante para la comprensión de dicha acción, el modelo o tipo ideal habrá de permitir su interpretación. Una vez que tal interpretación ha sido lograda tiene lugar la segunda tarea de la sociología, a saber, la explicación causal de la conducta. Ésta se logra a través de las hipótesis que permiten establecer los hechos que producen tal acción social y los hechos que, a su vez, tal acción social produce.

De acuerdo con Cossío Díaz, la sociología jurídica weberiana tiene por objeto entender, también por vía de interpretación, las acciones sociales relacionadas con el derecho a efecto de explicarlas causalmente en su desarrollo y efectos. Si la comprensión de la acción social tiene que ver, en primer lugar, con la captación del sentido mentado, la comprensión de una acción social relacionada con el derecho tendrá que apuntar, también en primer lugar, cuál es el motivo de las conductas relacionadas con las normas.

Al hablar de conductas humanas se debe admitir que los sujetos que las llevan a cabo les atribuyen un determinado sentido. La sociología jurídica se plantea en primer lugar encontrar ese sentido por vía de interpretación. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento tiene en el mundo del derecho, pero no es necesario que coincidan. En efecto, puede hablarse de la acción social y su sentido subjetivo y de manera

¹²² Como se ha insinuado, el funcionalismo es la concepción predominante en la sociología contemporánea y en la sociología del derecho. (El otro gran paradigma de la sociología contemporánea, informa Atienza, es el que concibe a la sociedad como conflicto.)

¹²³ En la obra que he venido siguiendo (*Derecho y análisis económico*), Cossío Díaz establece algunas diferencias entre las conductas económicas y las conductas que son objeto de estudio de otras ciencias sociales. Con respecto a las diferencias entre las conductas sociológicas y las conductas económicas, Cossío Díaz apunta que en la obra de Weber existe una distinción precisa entre una acción social y una conducta económica. Las primeras serán aquellas acciones que se encuentren orientadas por las conductas de otros sujetos, mientras que las económicas serán las conductas que, *orientadas o no por otras conductas*, tengan como finalidad la obtención de una utilidad (Weber señalaba que la actividad económica no tiene que ser en sí misma necesariamente una acción social). Así pues, lo específico de la conducta económica weberiana es la busca de una utilidad, de manera tal que de llegar a establecerse que la acción (social o no) tiene como motivo dicha busca, será posible considerarla como económica y, por lo tanto, hacerla objeto de estudio de la economía.

simultánea aludir a un orden que impone una serie de sentidos objetivos a las conductas sin tomar en cuenta la subjetividad. Así, no sólo no es imposible distinguir entre un sentido objetivo y otro subjetivo, sino que resulta necesario hacerlo para sostener la posibilidad de existencia simultánea de la dogmática y la sociología jurídicas.¹²⁴ Para Weber, las disciplinas dogmáticas tienen como propósito explicar la justeza o validez de los elementos de sus respectivos objetos. Dado que el derecho está compuesto por normas, la disciplina dogmática buscará explicar la validez de éstas. En cuanto a la conducta, lo determinante para la dogmática jurídica no es el sentido subjetivo de la misma, sino el sentido que deba corresponderle de conformidad con el orden jurídico (sentido objetivo). En cambio, lo determinante para la sociología es la explicación de las conductas por medio de la comprensión de su sentido subjetivo.

He apuntado que para lograr la comprensión de una acción social relacionada con el derecho, la primera tarea de la sociología jurídica consiste en establecer el motivo (o interpretar el sentido) de las conductas relacionadas con las normas jurídicas. Esto último se logra considerando que el elemento que de manera causal da lugar a las conductas es la representación que hace un sujeto de una norma jurídica válida; es decir, considerando que los sujetos internalizan las normas hasta el punto de hacerlas causa de su conducta. La internalización puede derivar de la tradición, la creencia afectiva o la creencia racional con arreglo a valores, entre otros elementos. Independientemente del elemento que determine la internalización, el sociólogo del derecho tiene que considerar que ésta ha operado para luego atribuirle un sentido a la conducta. Es decir, el sentido de la conducta debe provenir de la representación que quien realiza la conducta se hace de una norma jurídica válida. Por ello el sociólogo del derecho tiene que conocer, primeramente, el significado de la norma que a su entender provoca la representación; posteriormente, tiene que interpretar una conducta concreta como resultado de tal representación, y finalmente, tiene que establecer las causas y los efectos de tal conducta. El papel que le toca desempeñar a la norma jurídica en este proceso es el de un tipo ideal, debido a que mediante él se logra atribuirle un sentido a la conducta concreta que se esté considerando: al contrastarse una conducta concreta con el significado de cierta norma, resulta posible conocer el sentido de la primera.

Cuando el sociólogo estudia conductas orientadas en la *representación* de la existencia de un orden legítimo, no trata de establecer la validez de la conducta (objetiva) respecto de dicho orden (objeto de estudio de las disciplinas dogmáticas), sino explicar, causalmente, cómo es que mediante la representación de un orden legítimo se orientan las acciones sociales.

¹²⁴ Como se señaló líneas arriba, Weber se caracterizó por mantener la tesis de la separación entre dichas disciplinas, tesis que presupone precisamente la posibilidad de que ambas coexistan.

Cossío Díaz observa que el hecho de que en este segundo caso las acciones tengan como referencia ciertos órdenes, no modifica los presupuestos generales de la sociología. Mientras que con el estudio de la acción social se determinan los motivos de la conducta, al estudiarse una acción orientada por un orden legítimo se pretende establecer los motivos por los cuales la acción se orienta por ese orden (es decir, la forma en que ese orden orienta, determina o condiciona la conducta social). Asimismo, si la validez legítima puede ser atribuida a un orden determinado por quienes actúan socialmente en razón de la tradición, la creencia afectiva, la creencia racional con arreglo a valores o por haber sido estatuido positivamente, a la sociología le corresponde explicar también los motivos por los cuales quienes actúan socialmente le confieren validez legítima a un orden.

Resumiendo, es posible decir que la función cognoscitiva de la sociología del derecho weberiana es explicar las conductas llevadas a cabo a partir de la representación de una norma que es a su vez el motivo de la conducta; es decir, explicar las conductas causadas por las representaciones que de las normas tengan los individuos. De este modo, la relación de la sociología jurídica con el derecho radica en la presunción de que las normas son los elementos a partir de los cuales las personas construyen sus representaciones.

Antes de dar por concluida la exposición de la sociología jurídica weberiana, es necesario señalar que Weber consideró de manera expresa que la sociología y, por ende, sostiene Cossío Díaz, la sociología jurídica, pueden tener como objeto de estudio tanto a las conductas acaecidas como a las posibles. Por lo tanto, la función de la disciplina no se limita a la explicación, en sentido estricto, de acciones sociales causadas por representaciones de normas jurídicas, sino que comprende también la previsión de conductas –lo que en el caso de una ciencia como la sociología supone el señalamiento de las posibles vías de realización de las mismas– en el supuesto de la realización de ciertos hechos, como puede ser la modificación de determinadas normas jurídicas. La sociología jurídica interpreta las conductas mediante tipos ideales y las explica a partir de hipótesis. No existe obstáculo ninguno para que estas categorías sirvan para comprender unas conductas y pronosticar otras.

III.3.2.1.2. Resistencia académica

Como veremos más adelante, en la mayoría de los países de tradición romanista existe una fuerte resistencia a aceptar e incorporar el análisis económico del derecho en la enseñanza y la práctica jurídicas. Aunque es válido sostener que esta resistencia se debe en buena medida a la

oposición (auténtica o no, fundada o no) de un número considerable de académicos y practicantes a “contaminar” la enseñanza y la práctica del derecho con postulados y criterios *económicos*, me parece que es más acertado señalar que la misma se sustenta primordialmente en una serie de subterfugios que no son exclusivos de la resistencia al análisis económico del derecho, sino que son comunes a la resistencia generalizada a las diversas perspectivas de estudio del fenómeno jurídico distintas de la estrictamente jurídica. La sociología del derecho no constituye una excepción.

La sociología del derecho se ha desarrollado considerablemente en los últimos treinta años. Sin embargo, el avance ha sido desigual por países: mientras que en los países de lengua inglesa, especialmente Estados Unidos, éste es significativo, en los países de lengua española –y, en general, en los países de tradición romanista– es mucho menos importante. Rogelio Pérez Perdomo mantiene que en el caso de los países de habla española no se trata sólo de baja producción académica en el campo, “sino de falta de implantación de la disciplina”, y sostiene que aunque este hecho es multifactorial, el elemento decisivo lo constituye la “*resistencia académica* a la sociología del derecho en España y los grandes países de América Latina, con excepción de Brasil”.¹²⁵ Las otras razones que frecuentemente se esgrimen para explicar la falta de implantación de la disciplina son la tradición cultural y las dificultades de la vida académica en dichos países. Sin embargo, ninguna de ellas puede estimarse determinante. En efecto, hay países con tradiciones muy cercanas en derecho y en ciencias sociales en los que la sociología del derecho ha tenido un desarrollo desigual. Asimismo, si las dificultades de la vida académica fuesen un factor definitivo, entonces los países que no han desarrollado la sociología del derecho tampoco habrían visto el florecimiento de otros campos de estudio interdisciplinario del derecho, como son la filosofía del derecho, con un desarrollo importante en Argentina y España, o la historia del derecho, con una tradición de décadas en México.¹²⁶

También la resistencia académica tiene varios elementos constitutivos. Destacan “el arraigo de programas de investigación y su expresión material de grupos de poder en las

¹²⁵ Rogelio Pérez Perdomo, “Sociología del Derecho”, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 34. Es posible hacer una conjetura sobre la presencia (relativamente importante por lo demás) de estos dos campos en países que pueden caracterizarse por ser reacios a los estudios interdisciplinarios del derecho: A diferencia de lo que ocurre con disciplinas tales como la sociología del derecho o el análisis económico del derecho, la filosofía y la historia del derecho son, sobre todo en las formulaciones más tradicionales (y arraigadas), campos que pueden (o por lo menos suelen) desarrollarse por juristas sin tener que recurrir a categorías de análisis verdaderamente específicas distintas de las estrictamente jurídicas.

instituciones académicas”, y la existencia de “estructuras organizativas más o menos rígidas en las universidades”.¹²⁷

La resistencia académica a la sociología del derecho no ha impedido que determinadas personas o grupos hayan insistido en realizar y publicar investigaciones socio-jurídicas.¹²⁸ Para muchos juristas actuales la sociología del derecho es vista como un intento de “corregir” la tendencia hacia el formalismo del saber jurídico tradicional, o sea, la dogmática jurídica. Para otros, que consideran necesario que la dogmática jurídica se mantenga separada de las perspectivas no estrictamente jurídicas de estudio del derecho, la sociología jurídica constituye “simplemente” un intento por ampliar –lo que no necesariamente significa corregir– la perspectiva del derecho y del fenómeno jurídico.

Se deduce de lo anterior que entre los partidarios de la sociología del derecho existen dos tendencias con relación al lugar que ésta debe ocupar en el saber jurídico tradicional. Atienza informa que la una –representada por Kelsen, Weber, Luhmann y, hasta cierto punto, H.L.A. Hart– ha mantenido la tesis de la separación entre ambas disciplinas, mientras que la otra –de la que forman parte autores como Ehrlich, Pound, Geiger, Ross y los marxistas– ha defendido, con diferentes matices, la necesidad de una ciencia integrada del derecho.¹²⁹ La presencia de ambas tendencias ocurre casi exclusivamente en el ámbito teórico.

Pero si del campo de la teoría pasamos al de la práctica efectiva, hay que reconocer que, en general, la dogmática jurídica se sigue cultivando de espaldas a la sociología y a las demás ciencias sociales, si bien debe hacerse notar la aparición de una “nueva duplicación” de los saberes jurídicos que ahora tiene lugar al nivel de cada una de las ramas de la ciencia jurídica: así, al lado del Derecho constitucional se ha desarrollado una sociología política, al lado del Derecho administrativo una ciencia de la administración [...] etcétera.¹³⁰

III.3.2.2. Política jurídica

Adicionalmente a la posibilidad que representa la sociología jurídica, en los sistemas continentales existe una segunda perspectiva de estudio de la relación entre normas y conducta, a saber: la política jurídica. Ésta tiene objetivos y métodos propios, lo que implica que

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 34 y 35.

¹²⁹ Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 266.

¹³⁰ *Idem.*

la relación que guarda con el derecho no es la misma que la que existe entre éste y la sociología jurídica.

Cossío Díaz explica que la función de la política jurídica es el diseño de normas a fin de lograr resultados sociales mediante la realización de comportamientos individuales. La relación que se da entre normas y resultados es, por lo tanto, indirecta: entre aquéllas y éstos se encuentran las conductas humanas que, por una parte, son provocadas por las normas y, por la otra, dan lugar a los resultados que mediante ellas se desean obtener. Lo anterior significa que la política jurídica no sólo considera normativamente el derecho, sino que lo ve como un medio específico para lograr la realización (o la no realización) de conductas humanas. El presupuesto de la política jurídica es, pues, la consideración del derecho como una técnica social específica, o sea, un medio a través del cual se puede lograr la realización u omisión de conductas a partir de lo dispuesto en normas jurídicas.

Considerar el derecho como una técnica social supone considerar que tanto las normas que determinan la creación normativa como las normas que son creadas a partir de las primeras tienen la pretensión de lograr o impedir ciertas conductas y por tanto se formulan válidamente desde presupuestos “extrajurídicos”; supone considerar, al final de cuentas, que los órganos del Estado encargados de la creación-aplicación del derecho pueden elegir los contenidos normativos que, a su parecer, sean más adecuados a fin de alcanzar un objetivo que no necesariamente se encuentre predeterminado (aceptado o prohibido) por el orden jurídico de que se trate.

La especificidad del derecho como técnica social está determinada por sus elementos distintivos. Así, si el derecho se define como un orden normativo coactivo de la conducta humana, entonces la coacción deviene el elemento que distingue al derecho del resto de los sistemas normativos. Es decir, al considerar a la coacción como el elemento definitorio del derecho es posible afirmar que, en última instancia, la especificidad de éste como técnica social radica en la posibilidad de llegar a imponer actos coactivos por la realización o no realización de conductas reguladas jurídicamente. El hecho de que el elemento distintivo del derecho tenga un carácter formal es de la mayor relevancia, puesto que implica, destaca Cossío Díaz, que el derecho, en tanto técnica social, admite la incorporación de cualquier tipo de contenido.

Cossío informa que la política jurídica tradicional está sustentada en la sociología jurídica weberiana y en los planteamientos de Alf Ross. En particular, el lugar que ocupa la sociología jurídica weberiana es el de presupuesto teórico de la política jurídica. Ésta presupone que al modificarse las normas jurídicas, las personas que queden sometidas a ellas habrán de variar sus conductas y, al hacerlo, la realidad social se modificará en la dirección deseada y

prevista. Por su parte, la sociología jurídica presupone que las conductas se derivan de las representaciones que un sujeto se hace de las normas. Es en este sentido que las determinaciones de la política jurídica presuponen el conocimiento de la sociología jurídica: sólo cuando se sabe qué representaciones puede llegar a generar una norma y por qué los individuos actúan a partir de tales representaciones puede determinarse qué modificaciones normativas deben llevarse a cabo para lograr la realización de nuevas conductas. La política jurídica presupone a la sociología jurídica en tanto que esta última llega a precisar las posibles vías de realización de las conductas en el caso de que fueran modificadas ciertas normas de un orden jurídico.¹³¹

Atendiendo a las funciones que cumple la política jurídica que llama tradicional, Cossío Díaz precisa las siguientes etapas: la identificación de un objetivo material por realizar; la determinación inicial de las normas que deban crearse o modificarse; la previsión de las conductas que mediante tales normas se pretende lograr; la postulación de los resultados que se estima posible alcanzar con tales normas, y la formulación de la norma que permita lograr el objetivo identificado.¹³² La realización de estas etapas requiere, además del conocimiento de las cuestiones materiales a que deba aludir la correspondiente política, de tres elementos teóricos adicionales: primero, de una adecuada comprensión del orden jurídico y de las condiciones de validez de las normas que se pretenden crear o modificar; segundo, del correcto entendimiento de las representaciones que habrán de hacerse aquellos individuos cuyas conductas estarán reguladas por las propias normas, y tercero, de un riguroso canon de valoración de las situaciones de las cuales se parte y de los resultados finales que se pretende alcanzar. La falta de comprensión del primero de estos elementos provocará la invalidez de la norma creada; el inadecuado entendimiento del segundo frustrará la política adoptada al no saberse por qué razones se comportan los individuos de cierta manera, ni de qué manera habrán de actuar en relación con una norma jurídica nueva o reformada, y finalmente, la falta de un criterio de valoración conllevará el que no pueda determinarse si los resultados satisfacen o no el objetivo perseguido.

En toda política jurídica hay, pues, una dimensión normativa, una dimensión sociológica y una dimensión material, queriendo referir con esta última a los contenidos que se pretende incorporar en las mismas normas y los resultados que se pretende lograr mediante ellas, sean

¹³¹ La afirmación de que la política jurídica presupone la sociología jurídica ha sido sostenida por diversos autores, siendo el más relevante de ellos Ross. Cabe advertir que en la tradición romano-germánica, la principal teoría del comportamiento humano en presencia de reglas jurídicas es la sociología jurídica.

¹³² Podría pensarse que existe una sexta etapa: la ejecución del procedimiento que permita incorporar las normas deseadas al ordenamiento jurídico; no obstante, más que como otra etapa de la política jurídica, dicha tarea debe verse como la materialización del proceso de política jurídica.

éstos económicos, sociales, religiosos, etcétera. Si hubiera que atribuir el estudio o determinación de estas dimensiones a una actividad científica particular, tendríamos que recurrir al jurista, al sociólogo y al especialista en la materia de que se trate, respectivamente. El especialista formularía los objetivos por alcanzar, el sociólogo del derecho determinaría qué conductas deberían ser provocadas para lograr tales objetivos y mediante qué normas se alcanzarían tales conductas, y el jurista haría una formulación válida, completa y sistemática de la norma derivada de las anteriores formulaciones. En el caso del jurista se trata de establecer cuáles deben ser los contenidos de ciertas normas jurídicas. Al jurista se le consulta qué modificaciones deben sufrir las normas jurídicas ya existentes o qué nuevos contenidos normativos deben ser incorporados a fin de provocar ciertas conductas y, de este modo, ciertos resultados. La política jurídica tradicional parte de que en la búsqueda para realizar objetivos por vía del derecho intervienen diversos expertos o, al menos, diversos tipos de conocimiento.

Cossío Díaz indica que lo verdaderamente específico de la política jurídica no es tanto la ponderación de los objetivos sociales que deban perseguirse, ni la consideración de las conductas que se puedan llegar a realizar. Por lo contrario, lo propio de este método es la formulación de las normas jurídicas que sea necesario establecer para lograr (a partir de ciertas representaciones en el caso en que se presupone el empleo de la sociología jurídica) la realización de determinadas conductas. En efecto, si bien es cierto que lograr que mediante las normas se alcancen determinadas conductas (a partir de ciertas representaciones) exige la incorporación de diversos tipos de conocimiento, también lo es que la especificidad de ese proceso radica en la formulación de las normas jurídicas apropiadas para los fines que se desean lograr. En consecuencia el jurista debe tener en cuenta dos cuestiones: la eficacia de la norma propuesta y la validez de la norma propuesta. Lo específico de la política jurídica es, pues, la formulación de normas validas y eficaces para alcanzar objetivos sociales deseables.

Es de la mayor importancia señalar, apunta Cossío Díaz, que la política jurídica no es directamente creadora de derecho. Lo que la política jurídica produce no son normas sino enunciados acerca de qué normas deberían incorporarse al orden jurídico o qué sentido debería darse a éstas dados ciertos objetivos previos. De este modo, la pretensión de la política jurídica se constriñe a establecer qué normas deberían incorporarse a un orden jurídico, sea por vía de creación o de interpretación. Por política jurídica se entiende una actividad que postula la necesidad de establecer o de interpretar normas jurídicas a fin de que ciertas conductas sean realizadas, y no una actividad que consista en la creación o interpretación de normas. En consecuencia, la política jurídica acaba constriñéndose a la formulación de enunciados que pretenden convertirse en normas mediante el procedimiento previsto en el orden jurídico.

En el proceso de creación-aplicación de las normas en un orden jurídico, la política jurídica se emplea mayormente a través de los procesos de reforma constitucional o los legislativos. En ellos, los titulares de los órganos correspondientes formulan los objetivos sociales que pretenden alcanzar (fase material), consideran los efectos del cambio normativo en las conductas (fase sociológica), formulan los enunciados que pretenden convertir en normas (fase normativa) y hacen de tales enunciados normas jurídicas.¹³³

Los jueces se encuentran, al igual que el legislador, en posibilidad de interpretar una norma y de crear otra utilizando herramientas de política jurídica. Sin embargo, esta posibilidad encuentra en ciertos ordenamientos (entre ellos el nuestro) una serie de limitaciones fácticas que la hacen de escasa aplicación. Cossío Díaz habla de dos grandes limitaciones. Por una parte, las determinadas por: el contenido preciso que muchas veces tienen las normas jurídicas, tanto las generales como –en casos muy concretos– los propios precedentes establecidos por otros tribunales; la necesaria vinculación del juzgador a los planteamientos formulados por las partes en litigio, y la ideología, todavía aceptada en nuestros días, que rechaza las creaciones normativas de los juzgadores formuladas con autonomía de lo “dispuesto” en otras normas jurídicas. (Los jueces de los sistemas romano-germánicos no ven su propia actividad, y tampoco externamente es considerada así, como un proceso de creación de normas, sino más bien como un proceso en el cual se “extrae” o “descubre” el sentido de las normas cuya individualización realizan. A causa de esta posición, hoy en día aceptada como puramente ideológica, el juez no se ve en la necesidad de considerar en sus decisiones una serie de propuestas o soluciones provenientes de la política jurídica.) Por otra parte, las determinadas por el hecho de que en los sistemas continentales la actividad del juzgador puede dividirse en una parte cognoscitiva y otra decisoria, donde la primera de ellas pretende sustentarse en un ejercicio de pura interpretación (por método) de las normas a fin de establecer sus sentidos posibles, mientras que la segunda, en tanto decisoria, implica la elección (por resultado) de uno de esos sentidos a efecto de dotar de contenido a la norma que habrá de crearse. Cossío Díaz considera que es en este segundo momento donde pudiera tener cabida la política jurídica: en el primero de los momentos señalados se establecerían los sentidos posibles de las normas de conformidad con los cánones de interpretación aceptados dentro de la “cultura” del sistema de

¹³³ Cossío Díaz observa que el hecho de que la política jurídica haya operado hasta ahora mayormente en la creación-aplicación de las normas generales ha confundido a la doctrina y la ha hecho creer que sólo respecto de tal nivel jerárquico normativo es posible. Sin embargo, el saber que no toda la creación de normas se construye a las generales no debe conllevar perder de vista que existen razones de peso para que la política jurídica sea mayormente posible respecto de ellas, como son, por ejemplo, la menor vinculación que guardan respecto de otras normas de superior jerarquía, la posibilidad de generar mayores cambios sociales a partir de normas generales, la posibilidad de recurrir al auxilio de especialistas y el mayor tiempo con que cuentan los parlamentos para formular y crear normas.

que se trate, y una vez que diversos sentidos “estuvieren a la vista”, se elegiría, en el segundo de dichos momentos, uno de esos sentidos en función de los resultados o consecuencias que tendrían las normas generadas a partir de la interpretación elegida.

En síntesis, la política jurídica es posible tanto en los procesos de creación de normas generales como en los procesos de creación de normas individuales. Sin embargo, al tener ambos procesos un grado de discrecionalidad diferente, el grado de posibilidad de aplicación de la política jurídica resulta también diferente en cada uno de ellos. Mientras que en los procesos legislativos –los procesos de creación de normas generales por antonomasia– la política jurídica puede darse desde el momento en que el legislador lleva a cabo la redacción de su norma a fin de prever los alcances y los efectos de la misma, en los procesos jurisdiccionales –los procesos típicos de creación de normas individuales– la política jurídica habrá de limitarse a elegir mediante ella uno de entre los varios sentidos que sea posible extraer de la norma. El legislador formula su norma general teniendo en cuenta criterios de política jurídica, en tanto que el juez, al estar subordinado a una serie de normas mayor y más estricta que la que limita el quehacer del legislador, sólo puede elegir desde ellas el sentido de la norma superior que luego establecerá como contenido de la inferior. Las diferencias en la aplicación de la política jurídica son, pues, de grado, y dependen de las peculiaridades de las normas a partir de las cuales se lleven a cabo las individualizaciones en que se utilice dicho método.

En un capítulo de su *Introducción al Derecho* destinado a exponer la situación actual de los saberes jurídicos, Manuel Atienza parte de la distinción, ampliamente aceptada, entre ciencia del derecho y saberes jurídicos. Para referirse a ella establece dos conclusiones. Primera, que la dogmática jurídica –comúnmente reconocida como la ciencia jurídica– no es una actividad propiamente científica sino más bien una técnica social específica. Segunda, “que el mapa de los saberes jurídicos tiene unos contornos que rebasan con mucho los del saber jurídico tradicional”. Las dos conclusiones están “estrechamente interconectadas”, y es con el señalamiento de las conexiones existentes como deseo concluir este apartado:

- 1) el hecho de que la dogmática jurídica sea una técnica, y no una ciencia, no excluye que pueda haber otros saberes jurídicos de tipo científico; 2) si la dogmática jurídica pretende configurarse no sólo como una técnica sino como una tecnología (es decir, como una técnica que emplea conocimiento científico; por así decirlo, como una actividad más próxima a la agronomía que a la agricultura tradicional), es imprescindible que se abra hacia los otros saberes jurídicos en busca

de teorías y métodos que puedan ser operativos en la tarea de aplicar, desarrollar y sistematizar el Derecho positivo.¹³⁴

III.3.3. Las funciones del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas

En este momento están dadas las condiciones para materializar el objetivo del presente capítulo: determinar la ubicación del análisis económico del derecho dentro del conjunto de las disciplinas que en los órdenes romanistas se ocupan del estudio del derecho a fin de establecer las posibilidades y las probabilidades, tanto científicas como normativas, de dicha disciplina en dichos órdenes –teniendo como referencia al derecho mexicano cuando de determinar las posibilidades normativas y las probabilidades científicas y normativas se trate–.

Sin embargo, antes de presentar la exposición de Cossío Díaz sobre las funciones teóricas y creadoras del análisis económico del derecho en los sistemas jurídicos romanistas, así como sobre las probabilidades de que en efecto las desempeñe en el ámbito jurídico mexicano, expondré de manera muy breve las distintas posiciones sobre la incorporación y la aplicación del análisis económico del derecho en dichos sistemas.

Como se ha señalado varias veces, el presente capítulo se desarrolla en torno a la idea de que el análisis económico del derecho es viable en cualquier sistema jurídico, lo que no quiere decir que en todos los sistemas jurídicos cumpla o pueda cumplir las mismas funciones, puesto que los alcances y los límites de aquél en la creación y explicación de éstos dependen de las necesidades, las características y las condiciones del derecho y la ciencia jurídica en cada uno de ellos, lo que equivale a decir que la forma de crear, concebir, identificar y estudiar el derecho en cada una de las familias y tradiciones jurídicas determina las posibilidades científicas y normativas del análisis económico del derecho. Lo que al final de cuentas se sostiene es que el problema de la aplicación del análisis económico del derecho no debe plantearse desde la dualidad posibilidad/imposibilidad, sino mediante la reconducción de sus posibles funciones cognoscitivas en cada una de las familias jurídicas.

La anterior no es, como veremos enseguida, la única posición al respecto. Se trata del punto de vista de José Ramón Cossío Díaz, a quien he venido siguiendo a lo largo del presente subcapítulo. La posición de este autor puede considerarse general en tanto no se refiere a la aplicación del análisis económico del derecho en un orden jurídico (o conjunto de órdenes

¹³⁴ Manuel Atienza, *op. cit.*, p. 255.

jurídicos) particular, sino en uno cualquiera. Veamos ahora cuáles son las posiciones más relevantes en el pensamiento jurídico continental en relación con la problemática de la incorporación y la aplicación de esta disciplina en los órdenes romanistas.

III.3.3.1. Distintas posiciones sobre la incorporación y la aplicación del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas

El hecho de que el análisis económico del derecho haya tenido su origen en los Estados Unidos, en un ámbito jurídico y jurisprudencial distinto del ámbito de la Europa Continental, ha llevado a distintos autores bien a identificar esa disciplina con el sistema jurídico de *common law* estadounidense –y, por lo tanto, a poner en duda (cuando no negar) la posibilidad de aplicarla a sistemas jurídicos diferentes–,¹³⁵ bien a formular elaboradísimas interpretaciones de los sistemas de *civil law* a fin de posibilitar su análisis económico. Además de las anteriores posiciones existen por lo menos otras dos relacionadas con la incorporación y aplicación del análisis económico del derecho en los órdenes romanistas. Revisémoslas rápidamente.

Indiferencia ante el problema

Cossío Díaz informa que una primera posición es la de aquellos autores que explícitamente no enfrentan la problemática y pasan directamente a las aplicaciones. En opinión del mismo autor, esta forma de proceder tiene el inconveniente de no distinguir la manera y los alcances con que la aplicación del análisis económico puede realizarse en cada uno de los distintos ámbitos jurídicos y jurisprudenciales.¹³⁶

¹³⁵ Por haberse centrado los puntos de justificación del movimiento en las características normativas y teóricas del ordenamiento estadounidense, se originó la idea de que el análisis económico del derecho sólo era aplicable a órdenes jurídicos con características semejantes al estadounidense. Sin embargo, como hemos visto y veremos nuevamente más adelante, las dificultades y las diferencias en la aplicación del análisis económico del derecho a los distintos órdenes jurídicos no sólo derivan de las diferencias entre los sistemas de derecho común y los de derecho estatutario, además de que éstas no bastan para negar la posibilidad de aplicarlo a todos los tipos de órdenes jurídicos.

¹³⁶ En realidad, éste es un inconveniente que se aplica, en distinto grado, a la mayoría de las posiciones que expondré.

Posición sustentada en las diferencias entre los sistemas jurídicos

Mercado Pacheco apunta que en un primer momento el análisis económico del derecho encontró en Europa una actitud generalizada de resistencia. En opinión de este autor, dicha actitud estaba realmente fundada, de una parte, en el rechazo al “exotismo metodológico” que suponía el análisis económico del derecho, y, de la otra, “en la sospecha de que en el rigor de los análisis económicos había una trampa ideológica, sospecha avalada por la vinculación directa de algunos autores del AED con las ideas de la Escuela de Chicago”; es decir, estaba fundada en consideraciones de tipo cultural. Sin embargo, la razón que se exteriorizaba (al parecer los críticos se cuidaron de no dejar rastros de sus prejuicios) para rechazar el análisis económico del derecho “era el problema de la aplicación de sus ideas a sistemas jurídicos codificados y legislados, como son, en su mayoría, los sistemas jurídicos continentales”.¹³⁷

A este respecto, se señalaba la dificultad de trasplantar una teoría que tenía como base la creación judicial del derecho a un contexto diferente como el de los sistemas europeos, donde el papel del juez es mucho más reducido y en el que los principios de seguridad y certeza jurídica se han visto absolutizados de forma que la consecución de otros objetivos o la capacidad de adaptación de las normas a la realidad social a través de la interpretación judicial han sido sacrificados en muchas ocasiones en favor de ese fin de la seguridad jurídica. Muy distinta es la situación en los sistemas de *common law*, donde, aun rigiendo el principio de certeza del derecho y de la seguridad jurídica a través del respeto del precedente (principio del *stare decisis*), la cláusula de “equidad” supone la apertura del sistema para la consecución de objetivos externos al propio sistema (por ejemplo, la maximización de la riqueza) y la moderación de la rigidez de las normas del *common law* ante situaciones cambiantes.¹³⁸

Esta posición, que cuenta cada vez menos adeptos en sus filas, ha sido rebatida por diversos autores, lo mismo continentales que anglosajones, con el argumento de que las diferencias entre los dos sistemas se han ido reduciendo. Por una parte, el derecho estatutario de los países anglosajones ha experimentado un crecimiento importante, lo que ha reducido considerablemente los sectores de derecho común; por otra parte, “la labor de los jueces continentales en la interpretación y concreción de normas y principios de gran generalidad

¹³⁷ Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 168. Andrés Roemer (*Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., pp. 85 y 86) señala que la resistencia al análisis económico del derecho en la mayoría de los países europeos y en México se fundó originalmente en las diferencias entre los ordenamientos legales y las tradiciones culturales, así como en malentendidos en torno a las ambiciones de la escuela del análisis económico del derecho en el ámbito jurídico.

¹³⁸ *Idem*.

contenidos en la legislación ha llegado a convertir esta labor en auténtica creación judicial del derecho”.¹³⁹ De este modo, la principal refutación a la posición que sostiene que el análisis económico del derecho es inaplicable a los sistemas de derecho estatutario se sustenta en el hecho de que las diferencias entre los sistemas de *common law* y los de *civil law* son, al menos en la práctica, cada vez menos claras, lo que hace que la división tradicional entre ambos sistemas sea cada vez menos válida.

Aunque debe admitirse que es verdad que las diferencias entre sistemas han ido desvaneciéndose, también debe señalarse que la refutación que se apoya en ese hecho es una refutación incompleta en contenido y limitada en alcance, pues las diferencias jurisprudenciales y culturales entre la tradición jurídica a la que pertenecen los sistemas de *common law* y la tradición a la que pertenecen los sistemas de *civil law* siguen siendo considerables, y resultan más relevantes (al menos al momento de explicar los alcances, los obstáculos y las dificultades en la aplicación del análisis económico del derecho) que las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de creación judicial y los sistemas jurídicos codificados. Con respecto a este punto Mercado Pacheco sostiene, siguiendo a Francesco Pulitini, que la diferencia entre ambos sistemas es irrelevante a la hora de justificar o no la aplicación del análisis económico del derecho a los sistemas continentales.¹⁴⁰ Ésta es también la opinión de Cossío Díaz, Andrés Roemer¹⁴¹ y Santos Pastor, por citar a algunos autores de habla española. De este último es la cita siguiente:

Algunas personas piensan que el análisis económico del Derecho tiene interés sólo para países con un sistema jurídico caracterizado por el *common law*, como el anglosajón, donde los jueces tienen una mayor capacidad creadora del Derecho en ciertas materias (propiedad, contratos o responsabilidad civil) debido a la ausencia de reglas escritas. Nada más erróneo. Para empezar este análisis se ha aplicado y se está aplicando en aquellos sistemas tanto a las áreas de *common law* como a las del Derecho escrito (*statutory law*), como acredita toda la literatura sobre su Derecho penal, administrativo, laboral, procesal o constitucional. Más aún, este tipo de análisis se ha aplicado y se está aplicando de forma fructífera a buen número de sistemas jurídicos

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 168 y 169.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 169.

¹⁴¹ De acuerdo con este autor, la idea que sostiene que el análisis económico del derecho es aplicable tanto a los sistemas jurídicos de *common law* como a los de *civil law* debido a que ambos tienden continuamente a semejarse más y a que el sistema de derecho codificado ha cambiado para ser cada vez más un sistema de derecho de casos “es tan sólo una verdad a medias, ya que no considera las diferentes modalidades del razonamiento jurídico y las distintas versiones de la doctrina de separación de poderes. Sólo considera lo que los jueces hacen a fin de cuentas en algunos países de derecho escrito, sin tomar en consideración que los diferentes modos del razonamiento jurídico tienen importancia.” Andrés Roemer, *op. cit.*, pp. 94 y 95.

similares al nuestro [el español], principalmente europeos e incluso, todo hay que decirlo, a nuestro propio Derecho.¹⁴²

Así, la cuestión no está, afirma Mercado Pacheco, en la existencia de códigos o de la regla del precedente. Lo que es relevante para explicar el rechazo inicial del análisis económico del derecho por la doctrina continental es la existencia de diferencias importantes entre las distintas tradiciones o culturas jurídicas.¹⁴³ Examinemos, pues, la perspectiva cultural y veamos en qué consisten las diferencias y qué papel desempeñan.

Posición sustentada en las diferencias culturales

Una tercera posición considera que las dificultades de incorporación y aplicación del análisis económico del derecho en los órdenes romanistas provienen de factores de tipo cultural. De acuerdo con esta corriente, son los factores de este tipo los que explican por qué, por ejemplo, en los países europeos el análisis económico del derecho no ha sido relevante para los procedimientos judicial o legislativo, por lo cual los argumentos legales tradicionales continúan teniendo gran influencia.

Tras revisar la literatura generada por los autores que sostienen esta posición, Cossío Díaz informa que los factores culturales que dificultan la recepción del análisis económico del derecho en los sistemas romanistas son principalmente los siguientes: Primero, la dificultad de integrar los enfoques científico-sociales en el razonamiento jurídico romanista, en tanto que los tribunales pertenecientes a esa tradición se legitiman mediante la adecuada concreción de las normas generales producidas por los órganos legislativos.¹⁴⁴ Segundo, la distinta percepción

¹⁴² Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴³ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 169.

¹⁴⁴ Con respecto a este factor, Robert Cooter y Thomas Ulen (*Derecho y economía*, *op. cit.*, p. 85) señalan que la tradición del derecho civil y la del derecho común difieren significativamente en lo tocante a la justificación del derecho creado por los jueces. Por tradición, los jueces del derecho civil generalmente justifican su interpretación de un código haciendo referencia a su espíritu –es decir, a la intención del legislador–, mientras que los jueces del derecho común justifican sus “descubrimientos” del derecho haciendo referencia al precedente y a las normas sociales, o bien a los requerimientos amplios de racionalidad que la política pública presupone. Naturalmente, la diferencia en el patrón de justificación afecta la preparación de los abogados. En este sentido, Andrés Roemer (*op. cit.*, p. 99) comenta que una de las causas por las que el análisis económico del derecho no es un elemento importante en la práctica y la enseñanza del derecho en México es precisamente el tipo de educación jurídica, pues el formalismo jurídico, paradigma predominante en nuestro país, se ocupa más de la estructura y las definiciones de las normas jurídicas que de los propósitos y las consecuencias de las mismas. “En los sistemas de *common law* [...] el objetivo prioritario es la solución de los conflictos jurídicos inmediatos, lo que permite –aduce Mercado Pacheco (*op. cit.*, p. 169) en relación con lo anterior– una visión pragmática del derecho y una apertura del sistema jurídico hacia el cambio social y hacia la consecución de objetivos externos al propio sistema. Por eso en la cultura jurídica estadounidense el problema fundamental es la decisión, no la estructura de la norma.”

que los juristas europeos y estadounidenses tienen de su propia “autosuficiencia metodológica” o, lo que es igual, de la autarquía del análisis jurídico formal. Así, mientras que en los Estados Unidos la aparición del realismo jurídico provocó una disminución de la fuerza de la dogmática, en la tradición romano-germánica existe, lo mismo en las escuelas de derecho que en los tribunales, una firme adhesión a la dogmática positiva de raíz kelseniana. Tercero, la desconfianza de los estudiosos del derecho hacia el fundamento puramente eficientista del análisis económico del derecho, valor unidimensional en el cual, se argumenta, no puede comprenderse el enorme contenido de la idea de justicia.¹⁴⁵ Por último aparecen la falta de conocimientos económicos de jueces y abogados y el desconocimiento de la propia metodología del análisis económico del derecho, factores que aunados a la fuerza de la dogmática en la tradición romano-germánica y a la resistencia a incorporar métodos que conlleven valores supuestamente externos al derecho han dificultado la incorporación del análisis económico para interpretar e individualizar normas jurídicas.¹⁴⁶

En conclusión, los planteamientos seleccionados por Cossío Díaz para ejemplificar el enfoque cultural sostienen de manera común que la recepción del análisis económico del derecho en los países romanistas se ha visto dificultada por el modo en que tradicionalmente se crea y se estudia el derecho. Cossío está de acuerdo en principio con esta conclusión; sin embargo, le resulta difícil aceptarla como respuesta definitiva al problema de la incorporación y aplicación del análisis económico del derecho en los órdenes romanistas, pues considera que la cuestión que realmente importa responder es la relativa a las funciones de dicha disciplina en

¹⁴⁵ Con relación a esta causa Andrés Roemer (*op. cit.*, p. 86) indica: “El análisis utilitarista costo-beneficio – influencia importante en los Estados Unidos–, contrasta con la visión dominante de los filósofos europeos. En la tradición de Kant, los individuos autónomos no pueden ser utilizados en aras de fines sociales. Consecuentemente, la tradición cultural europea no ofrece una base firme para el uso instrumental del derecho. Dicho uso instrumental se torna especialmente problemático cuando se dice de los llamados ‘valores externos’ que infiltran un orden jurídico autónomo. La eficiencia asignativa es un ejemplo de dicho valor externo [...] El uso de la eficiencia asignativa como dispositivo para explicar y evaluar el derecho, según los teóricos europeos, representaría una señal mal ubicada del imperialismo económico. Conforme al punto de vista dominante de los abogados en los países de derecho codificado, la meta de la ley es la justicia, no la eficiencia.”

¹⁴⁶ Roemer (*op. cit.*, p. 87) menciona otro obstáculo, que podría considerarse cultural, para la aceptación del análisis económico del derecho en los sistemas de *civil law*: el lenguaje. Este problema se manifiesta principalmente en dos áreas: el inglés y las matemáticas. El inglés es el idioma en que está escrita la mayor parte de la literatura de *Law and Economics*, y como barrera es casi específica de los países de derecho codificado. En cuanto a las matemáticas, éstas constituyen uno de los principales lenguajes del análisis económico, y al parecer son temidas por una buena parte de la comunidad jurídica; como barrera, es común a la mayoría de los países.

El mismo autor identifica otra causa. (Reconozco que es abusivo, o por lo menos poco riguroso, calificarla de cultural; sin embargo, no quiero dejar de consignarla y puede ser que sea éste el mejor lugar para hacerlo.) La expone en los siguientes términos: “Detrás de las barreras del lenguaje y del dilema aparente entre los paradigmas de eficiencia y de justicia, existe la preocupación de quienes sienten peligrar su autoridad en la interpretación de su tradicional campo de acción. No hablar el mismo lenguaje y perder el poder intelectual (monopólico) de un campo tan valioso como el del derecho ha dado origen a la resistencia de los abogados a aceptar análisis económicos en las leyes”. *Ibid.*, p. 88.

dichos órdenes y no la concerniente a las diferencias materiales concretas entre culturas jurídicas distintas. Es decir, una cosa es la posición sobre cuáles sean las dificultades que enfrenta la recepción del análisis económico del derecho entre nosotros y otra cosa diferente la posición sobre cuáles sean las posibilidades de incorporación y aplicación del campo entre nosotros. En otras palabras, la conclusión a que llega la perspectiva cultural es adecuada pero incompleta o limitada, pues de lo que realmente se trata es de determinar 1) si la creación de las normas jurídicas y la explicación del derecho pueden llevarse a cabo mediante herramientas económicas, y 2) cómo puede lograrse la aceptación de tales herramientas en una cultura jurídica particular.

Con base en lo argumentado en los párrafos anteriores es posible concluir que ni las diferencias entre los sistemas jurídicos ni las diferencias entre las tradiciones jurídicas impiden la aplicación del análisis económico del derecho en el ámbito romanista sino que “simplemente” la dificultan o, por lo menos, condicionan. Es decir, la posibilidad de aplicar el análisis económico del derecho existe siempre, aunque la disciplina no cumpla las mismas funciones en todos los casos.

Posición sustentada en diferencias jurisprudenciales

Existe una cuarta posición integrada por un grupo de autores –partidarios del análisis económico del derecho– que sostienen que las dificultades de aplicación del análisis económico a los órdenes romanistas derivan de diferencias fundamentales en los modos de identificar y estudiar el derecho, esto es, en la teoría del derecho, razón por la que postulan la conveniencia de un nuevo paradigma. Así pues, los planteamientos de tales autores tienen en común la crítica al pensamiento de Kelsen sobre la concepción y el estudio del derecho.

Para Sebastiano Maffetone, informa Mercado Pacheco,¹⁴⁷ el atractivo del análisis económico del derecho para la ciencia jurídica europea estriba en que pueda servir para cubrir algunas deficiencias del pensamiento jurídico kelseniano, en particular la insuficiencia de su teoría de la interpretación y la decisión jurídicas. En opinión de Maffetone, en el edificio constituido por la teoría pura del derecho, la teoría de la interpretación ocupa un lugar subalterno, puesto que la decisión del juez se considera en última instancia como una elección arbitraria entre las distintas interpretaciones alternativas de una norma. Este autor postula que el análisis económico del derecho podría cubrir la dicha deficiencia si se constituyera en método para determinar criterios de racionalidad de las decisiones judiciales, “de forma que el

¹⁴⁷ Pedro Mercado Pacheco, *op. cit.*, p. 169.

panorama de la ciencia del derecho se abriera a un debate sobre los valores y criterios que fundamenten el derecho”.¹⁴⁸

En un sentido semejante se pronuncia Albert Calsamiglia.¹⁴⁹ Argumenta, anota Mercado, que “la propuesta de la teoría económica de utilizar el criterio de eficiencia como un criterio fundamental para el estudio de los problemas jurídicos puede servir para ampliar el universo del discurso jurídico y evitar el reduccionismo kelseniano o normativista”.¹⁵⁰ Al no analizar los problemas de la política legislativa o de la política jurídica ni estudiar la conducta social por considerar que su objetivo no es conocer cómo es la conducta social sino cómo debe ser la conducta social según el ordenamiento jurídico, el normativismo supone, arguye Calsamiglia, un reduccionismo del discurso jurídico, pues destierra del mismo el análisis de las consecuencias del derecho, de sus fines y de su eficacia real en la regulación de la conducta social. En la oportunidad que representa de constituir u ofrecer una salida del formalismo jurídico reside el encanto del análisis económico del derecho y su instrumental, en especial el criterio de eficiencia. Calsamiglia señala que éste puede ser un instrumento fundamental, aunque no el único, de completar la ciencia del derecho y su labor meramente descriptiva con una especie de ciencia de la legislación (en el sentido austiniano) cuya tarea sería la de diseñar cómo debe ser el derecho. En concreto, el criterio de eficiencia puede ser útil para presentar y examinar problemas no planteados en la teoría jurídica, como puede ser la evaluación de determinados objetivos sociales y los medios jurídicos propuestos para alcanzarlos, en la inteligencia de que “lo importante de una ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue”.¹⁵¹

Pedro Mercado Pacheco forma parte (con importantes reservas, a las que no me referiré en el presente trabajo) de esta cuarta corriente. Siguiendo a Maffetone y Calsamiglia estima que el análisis económico del derecho puede ser útil para cubrir las deficiencias del pensamiento jurídico continental, como son, por ejemplo, la visión meramente estructural del pensamiento jurídico y la ausencia de una teoría de la fundamentación de la decisión judicial. Mercado Pacheco considera que “la integración del AED en el trabajo del jurista europeo sería un síntoma de apertura a la realidad social y a las consecuencias sociales y económicas de las normas jurídicas”, y concluye: “La ‘demanda’ de análisis económicos del derecho se fundamenta en la necesidad de salir del círculo cerrado de la dogmática, allí donde nos había dejado Kelsen.”¹⁵²

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 169 y 170.

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 170.

¹⁵² *Idem.*

Se deduce de lo anterior que para los autores de esta posición el análisis económico del derecho puede proveer, o colaborar en la provisión de, un nuevo discurso jurídico en la cultura continental. Los planteamientos de tales autores tienen en común la crítica al pensamiento de Kelsen sobre la concepción y el estudio del derecho, pensamiento al que, sin embargo, otorgan el carácter de paradigmático en la ciencia jurídica romanista. Cossío Díaz es especialmente crítico con las ideas de estos autores. En primer lugar, afirma que sus críticas al pensamiento de Kelsen están sustentadas en una incorrecta interpretación del mismo. En segundo lugar, argumenta que no es posible pretender la superación de un pensamiento paradigmático por considerar que el mismo no da respuesta a cierto tipo de fenómenos, sin proponer a su vez otro paradigma que permita enfrentar los problemas que el primero ya no logra resolver. El establecimiento de un nuevo paradigma exige redefinir desde sus fundamentos las vías de identificación del derecho y de los métodos elegidos para estudiarlo, lo cual no puede hacerse, opina Cossío Díaz, desde los planteamientos de los autores de esta cuarta posición o con la mera recepción del análisis económico en un sistema romanista. Cossío Díaz mantiene que desde el momento en que se considera paradigmático cierto pensamiento éste no puede ser sustituido sin más por otro que tenga igual o menor capacidad explicativa.¹⁵³ Por último, señala que los análisis de los autores referidos tienen el inconveniente de suponer que en los órdenes romanistas el estudio de lo que suele llamarse el “fenómeno jurídico” se agota en la vertiente normativa, dejando de considerar la posibilidad de que en esos mismos órdenes las “conductas jurídicas” sean el objeto de estudio de otras disciplinas (como son la sociología y la política jurídicas).

III.3.3.2. Posibilidades científicas del análisis económico del derecho en los órdenes jurídicos romanistas

Antes de exponer las funciones científicas que Cossío Díaz asigna al análisis económico del derecho en los órdenes romanistas quisiera explicitar los presupuestos teóricos (una vez más) y el método de su análisis. Por lo que hace a los primeros es posible identificar los siguientes. Primero, la economía es la ciencia de la elección humana; por lo tanto, su objeto de estudio puede ser cualquier conducta humana, independientemente de su contenido particular y

¹⁵³ Al final de cuentas, el surgimiento del análisis económico del derecho en los Estados Unidos y su función potencial como teoría del derecho son consecuencia de las características y las necesidades del derecho y la ciencia jurídica de ese país, características y necesidades distintas de las nuestras.

concreto. En efecto, dado que lo determinante para considerar una conducta económicamente no son su naturaleza o sus elementos propios sino la asignación de un sentido, una vez presupuestas su racionalidad y su intención todas las conductas pueden ser analizadas económicamente. Segundo, el análisis económico es aplicable a cualquier tipo de “conducta jurídica” cuya racionalidad e intención se presupongan, independientemente del orden jurídico dentro del cual se dé. Tercero, el análisis económico es una herramienta abstracta cuyas funciones explicativas en el campo del derecho derivan de las condiciones jurídicas y jurisprudenciales del orden jurídico al cual desee aplicarse; por lo tanto, el cambio de alguna de dichas condiciones (o de ambas, naturalmente) conllevará la modificación de las funciones explicativas del análisis económico. Cuarto, el problema de la aplicación del análisis económico del derecho no puede plantearse desde la dualidad posibilidad/imposibilidad, sino mediante la reconducción de sus posibles funciones cognoscitivas en cada una de las familias jurídicas. Siendo factible la aplicación de las categorías económicas para la explicación de las conductas jurídicas y la evaluación de sus consecuencias, los alcances de tal explicación o evaluación deben determinarse en el contexto de los objetos, alcances y límites de los métodos de estudio del fenómeno jurídico propios de las distintas familias jurídicas. Como corolario de lo anterior puede adelantarse desde ahora que en virtud de que las condiciones jurídicas y jurisprudenciales de los órdenes pertenecientes a la familia romanista son distintas de las del orden estadounidense, las funciones teóricas del análisis económico del derecho en aquellos órdenes serán distintas de las que cumple en el orden jurídico norteamericano.¹⁵⁴ Quinto, en los órdenes romanistas el estudio del “fenómeno jurídico” se lleva a cabo mediante distintos enfoques. Sexto, al existir una diversidad de aproximaciones al estudio del fenómeno jurídico, resulta posible definir las funciones del análisis económico del derecho a través de su género próximo y su diferencia específica.

Es precisamente este último presupuesto el que determina el método que Cossío Díaz sigue para identificar las funciones del análisis económico del derecho en los órdenes romanistas. Dicho método consiste en revisar los enfoques de estudio más importantes e indagar si el análisis económico del derecho puede constituirse, al sustituirlos en sus funciones, en alguno o algunos de ellos. El resultado de ese proceder será la ubicación del análisis económico del derecho dentro del conjunto de las disciplinas que en la familia jurídica romanista se ocupan del estudio del derecho.

¹⁵⁴ En el primer subcapítulo del presente capítulo mostré que las posibilidades teóricas del análisis económico del derecho en el orden jurídico estadounidense derivan en buena medida de las características de ese orden jurídico y de su paradigma jurisprudencial.

Antes de seguir adelante conviene recordar que el análisis económico del derecho no constituye un análisis de tipo normativo, sino un método para analizar, desde un punto de vista económico, aquellas conductas humanas que se encuentren relacionadas, de algún modo, con el derecho. Es decir, es preciso tener en cuenta que el objeto del análisis económico del derecho es el estudio de las conductas jurídicas –esto es, las conductas realizadas en las condiciones impuestas por normas jurídicas–, y que su objetivo cognoscitivo es la predicción de las conductas que podrían realizarse en el contexto establecido por un determinado conjunto de normas o la evaluación de la eficiencia de los resultados generados por dichas conductas y, por lo tanto, por dichas normas.

Análisis económico y teoría del derecho

Si se sigue el orden en que han sido expuestos los distintos saberes jurídicos, entonces la primera posibilidad de incorporación del análisis económico al estudio del derecho en los órdenes romanistas es la teoría del derecho. Al analizar la viabilidad de dicha forma de incorporación Cossío Díaz es categórico: El análisis económico del derecho no puede cumplir las funciones que tradicionalmente se le reconocen a la teoría general del derecho.

Cossío Díaz explica que las características de la teoría del derecho provienen, ante todo, de lo que la propia teoría identifique como derecho. Naturalmente, dicha identificación no es arbitraria sino que tiene su sustento en la “realidad jurídica”, es decir, en el modo de ser del derecho. En este sentido, comúnmente se considera que los órdenes jurídicos romanistas se encuentran formados de manera primordial por normas generales emitidas por órganos centralizados a fin de regular un número indefinido de cuestiones, y que el resto de las normas del orden jurídico constituyen individualizaciones de esas normas generales. Por ello, en la familia romanista las teorías del derecho se formulan a partir de la aceptación de normas generales y abstractas, y tienen la función de identificar, organizar y jerarquizar tales normas, buscando establecer su pertenencia a un orden normativo integral, acabado y comprensivo.¹⁵⁵ De este modo, el objeto primordial de estudio son las normas organizables mediante criterios de jerarquía a partir de grados o escalas de generalidad decreciente.

Cossío Díaz señala que la función que se ha asignado a las teorías del derecho romanistas ha reducido el propósito de las mismas al tratamiento de problemas normativos. En efecto, debido a que en las concepciones predominantes dentro de la familia romanista el

¹⁵⁵ A diferencia de lo que sucede en el ámbito estadounidense, donde la tarea principal consiste en establecer criterios para ordenar una enorme cantidad de precedentes creados mediante una actividad fuertemente descentralizada.

derecho se concibe como un orden normativo de la conducta humana al que le son ajenos los aspectos naturales o conductuales,¹⁵⁶ su estudio tiene un carácter preponderantemente normativo. Evidentemente, resulta por lo menos difícil realizar la función de la teoría del derecho con un enfoque diseñado para predecir conductas o determinar la eficiencia de las normas. Por consiguiente, Cossío Díaz concluye que en tanto no se modifique la estructura jurídica romanista o se altere el punto de vista sobre los elementos componentes del derecho, el análisis económico no podrá ser una vía para sustituir las funciones de la teoría general del derecho o para auxiliarla en la realización de sus principales cometidos, esto es, la identificación y la organización del derecho.¹⁵⁷

Análisis económico y dogmática jurídica

La segunda posibilidad de incorporación del análisis económico al estudio del derecho en los sistemas romanistas es la dogmática jurídica. Como se señaló líneas arriba, la función primordial de la dogmática jurídica es explicitar los sentidos de las normas jurídicas entendidas como “marcos de significaciones posibles”. Por lo tanto, las posibilidades del análisis económico del derecho de funcionar como dogmática jurídica dependen de que éste pueda ser una vía para establecer al menos uno de tales sentidos. Dado que la determinación de los sentidos de las normas jurídicas se realiza a través de su interpretación, la solución a la interrogante sobre las funciones dogmáticas del análisis económico del derecho pasa por responder si existe un único método jurídico de interpretación del derecho, pues de ser así tendría que desecharse la posibilidad de utilizar el método económico.¹⁵⁸

Anteriormente se señaló que la teoría kelseniana de la interpretación mantiene que: 1) todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible y nunca a un único resultado correcto, y 2) no existe ningún método caracterizable jurídico-positivamente con base en el cual sea factible designar uno entre los varios significados

¹⁵⁶ A diferencia de lo que ocurre en las concepciones predominantes en los Estados Unidos, en las que a causa del problema generado por el grado de descentralización del orden jurídico de ese país (entre otras cosas), el derecho es concebido en términos normativos y conductuales.

¹⁵⁷ Tareas que sí llega a desempeñar en el orden jurídico estadounidense.

¹⁵⁸ La interrogante en comentario se inscribe en la cuestión, evidentemente más general, de los alcances y límites de los métodos interpretativos utilizables en la dogmática. Cossío Díaz señala que la solución de esta cuestión implica establecer hasta qué punto puede considerarse que una determinada interpretación normativa se encuentra relacionada con la norma interpretada (y “proviene”, por lo tanto, de la dogmática), y a partir de qué momento debe considerarse que por haber desaparecido la “relación” entre norma e interpretación, el resultado no “proviene” de la dogmática. Debido a la naturaleza y los alcances de su trabajo, Cossío Díaz responde a esta interrogante de manera específica, es decir, precisando las posibilidades individuales del análisis económico del derecho en la determinación de los sentidos normativos posibles en vez de elaborar una argumentación general sobre las fronteras entre la dogmática y la no-dogmática.

de una norma como el correcto. Es decir, es posible lograr la interpretación de las normas a través de distintas vías. Asimismo, se señaló que mediante el enfoque económico es posible predecir conductas, valorar la eficiencia de las consecuencias de las mismas o generar políticas públicas. Por lo tanto, la posibilidad de emplear el análisis económico para determinar el sentido de las normas jurídicas depende en buena medida de que se acepte la posibilidad de interpretar instrumentalmente el derecho. En efecto, la función instrumental que se realiza mediante el análisis económico del derecho difícilmente podría darse si el conocimiento de éste pretendiera agotarse en consideraciones semánticas o gramaticales. Como se señaló en un apartado anterior,¹⁵⁹ la posibilidad de interpretar instrumentalmente el derecho cabe cuando se busca, por ejemplo, interpretar las normas para enfrentar problemas o situaciones reales y resolverlos. Cossío Díaz mantiene que en este caso en que la norma es concebida como una guía para enfrentar una situación o cumplir una función, es factible utilizar el enfoque económico a fin de explicitar esa situación o esa función y proponer alternativas para resolverla o cumplirla, esto es, para realizar una tarea instrumental. En una dogmática instrumental las normas cumplen una función de punto de partida o de guía a fin de que el jurista genere una nueva norma o solución regulada por las normas de las cuales se parte y elaborada tomando en cuenta las consecuencias (reales) a que dicha norma o solución daría lugar.

Cossío Díaz sostiene que las características de la dogmática instrumental permiten afirmar que el análisis económico del derecho sí puede constituirse en una vía para “determinar” el sentido de las normas jurídicas. En este caso se trataría de incorporar una tesis económica sobre “la funcionalidad de las estructuras sociales”, de tal manera que se establezca como sentido de las normas jurídicas aquel mediante el cual se pueda lograr esa funcionalidad. El papel del análisis económico del derecho consistiría en generar interpretaciones normativas que provoquen situaciones conformes a dicha funcionalidad. De este modo, si toda norma regula conductas y si mediante el análisis económico del derecho resulta posible predecir conductas o determinar la eficiencia de las normas en función de las conductas predichas, es factible considerar que las normas habrán de ser “interpretadas” a fin de propiciar (o evitar) las conductas cuya realización (o no realización) previsiblemente provocará situaciones eficientes. Entonces, el análisis económico se usa, primero, para fijar una posición de naturaleza económica sobre la correcta funcionalidad de las estructuras sociales, segundo, para predecir qué conductas acontecerían si la norma es interpretada de tal o cual forma, tercero, para calificar las situaciones a que dichas conductas darían lugar, y cuarto, para establecer el sentido normativo que, se piensa, garantizaría el acaecimiento del estado de cosas eficiente, en la

¹⁵⁹ Véase *supra* III.3.1.8.1.

inteligencia de que lo que las normas “dicen” lo dicen en razón de la función económica de que se les dota. Otra ruta, claramente más corta, consiste en conferir desde el inicio un sentido económico a la norma y determinar posteriormente que dicho sentido y las normas jurídicas a que daría lugar son eficientes, es decir, idóneos para alcanzar una situación eficiente.

Análisis económico del derecho y sociología jurídica

Cossío Díaz señala que una segunda vía de incorporación del análisis económico al estudio del derecho en los órdenes romanistas puede darse mediante el estudio de las conductas jurídicas. Puesto que la disciplina que tradicionalmente se ha ocupado de estudiar dichas conductas es la sociología del derecho, el autor considera que es conveniente comparar a ésta (según fue desarrollada por Max Weber) con el análisis económico del derecho (tradicional) a fin de poner de manifiesto las funciones y los alcances específicos de éste.¹⁶⁰

La sociología jurídica weberiana es una disciplina cuyo objeto es entender, mediante la interpretación de su sentido, las acciones sociales relacionadas con el derecho a efecto de explicarlas causalmente en su desarrollo y efectos. La dicha interpretación se logra considerando que el elemento que de manera causal da lugar a las conductas es la representación que un sujeto se hace de una norma jurídica válida, en otras palabras, considerando que los sujetos pueden internalizar las normas hasta el punto de hacerlas causa de su conducta. Por ello, el sociólogo del derecho tiene que conocer, primeramente, el significado de la norma que a su entender provoca la representación. Posteriormente, tiene que interpretar una conducta concreta como resultado de tal representación. Finalmente, tiene que establecer las causas y los efectos de tal conducta. El papel que le toca desempeñar a la norma jurídica en este proceso es el de un tipo ideal, debido a que mediante él se logra atribuirle un sentido a la conducta concreta que se esté analizando: al contrastarse una conducta concreta con el significado de cierta norma, resulta posible conocer el sentido de la primera.

Por su parte, el análisis económico del derecho es una disciplina cuyo objeto es analizar conductas económicas realizadas en un contexto jurídico, esto es, conductas cuya intención es

¹⁶⁰ Nótese que en este caso no se trata de una incorporación del mismo tipo que la que se daría si se aceptara la posibilidad de una dogmática instrumental y se abrazara el análisis económico para proveer una tesis sobre la funcionalidad de las estructuras sociales y generar interpretaciones normativas acordes con dicha funcionalidad; es decir, no se daría al análisis económico del derecho la capacidad de crear conocimiento dogmático del derecho. Que la economía sirva para analizar conductas jurídicas, esto es, el aspecto conductual del derecho, no es nada nuevo ni nada que necesite de una justificación teórica ajena a la ciencia económica. En todo caso, lo interesante del análisis de Cossío Díaz es la comparación entre análisis económico del derecho, sociología jurídica y política jurídica para conocer si aquél puede considerarse o no un modo de análisis independiente de éstas y una disciplina jurídica autónoma.

maximizar el interés propio en una situación de escasez y preferencias estables definida por normas jurídicas. En este caso, las normas jurídicas desempeñan el papel de supuestos de las hipótesis económicas, pues la maximización se realiza en las condiciones que ellas imponen.

Mientras que la función cognoscitiva de la sociología del derecho weberiana es explicar las conductas llevadas a cabo a partir de la representación de una norma que es a su vez el motivo de la conducta, la función del análisis económico del derecho consiste en explicar y predecir conductas económicas realizadas en las condiciones impuestas por normas jurídica así como determinar la eficiencia del orden jurídico o de una parte de éste. De este modo, mientras que la relación de la sociología jurídica con el derecho radica en la presunción de que las normas son los elementos a partir de los cuales las personas construyen sus representaciones, la relación del análisis económico del derecho y el derecho estriba en la presunción de que las normas desempeñan un papel fundamental en la determinación del ámbito o contexto en que los actores económicos maximizan su interés propio.

Cossío Díaz señala que la sociología weberiana y el análisis microeconómico se asemejan en que ambos métodos de conocimiento atribuyen sentido a las conductas, y se diferencian en que la primera, al pretender una explicación causal integral debe tomar en cuenta un número importante de elementos de la realidad a efecto de atribuir tal sentido, en tanto que la economía presupone ese sentido de antemano. En opinión del mismo autor, esta diferencia permite, en alguna medida, la realización de funciones teóricas distintas, de manera que la sociología (al igual que la sociología jurídica) busca explicar conductas de manera integral y, por ende, cultural, mientras que el análisis económico (así como el análisis económico del derecho) tiende a predecirlas o valorarlas.

Partiendo de las diferencias apuntadas, Cossío Díaz mantiene la posibilidad de la utilización autónoma en los órdenes romanistas de las herramientas económicas para el estudio de las conductas jurídicas. Por utilización autónoma del instrumental económico quiere decirse que la economía puede jugar un papel predictivo o valorativo específico y ajeno al papel que desempeña la sociología jurídica. En todo caso, las ventajas o desventajas de utilizar uno u otro enfoque derivarán, finalmente, del objetivo del estudio y del uso que se quiera dar a los resultados de la investigación.

Análisis económico del derecho y política jurídica

El último de los saberes jurídicos expuestos con anterioridad es la política jurídica. Por lo tanto, sólo resta comparar al análisis económico del derecho con ella para concluir, en los términos

fijados por el método de Cossío Díaz, el tema de las posibilidades científicas del análisis económico del derecho en los órdenes romanistas. Concretamente, se trata de establecer si la política jurídica puede ser una vía de incorporación del análisis económico al estudio del derecho en dichos órdenes.

La función de la política jurídica es el diseño de normas a fin de lograr resultados sociales mediante la realización de comportamientos individuales. Por consiguiente, es necesario indagar si resulta posible, y de qué manera, que el análisis económico del derecho cumpla con dicha función. Cossío Díaz sostiene que en principio la respuesta a la cuestión anterior puede darse de dos maneras: por una parte, considerando la política jurídica en términos materiales o sustanciales, de modo que se estimen como propios los presupuestos, las funciones y los elementos apuntados anteriormente¹⁶¹ para luego compararlos con aquellos componentes que sean considerados sustantivos del análisis económico del derecho; por otra parte, estimando la política jurídica en términos puramente procedimentales, esto es, en el sentido de que su función es el aludido diseño de normas y que ésta puede llevarse a cabo mediante la utilización de diversas técnicas o métodos particulares. De acuerdo con Cossío Díaz, seguir la primera solución conlleva distinguir de antemano entre dos modos de operar en la función de diseño normativo: la política jurídica tradicional, sustentada en la sociología jurídica weberiana y los planteamientos de Alf Ross, y el análisis económico normativo del derecho, para luego identificar y diferenciar los respectivos alcances de ambos métodos de diseño normativo. Adoptar la segunda solución implica considerar que las funciones generales de la política jurídica pueden ser cumplidas mediante el uso de criterios económicos, es decir, por la mera sustitución de los postulados de Weber o de Ross, con lo cual no se duplica innecesariamente un método sino que se lo conserva en ambos casos y se le permite que cuente con distintas posibilidades de realización. En otras palabras, considerar a la política jurídica en términos puramente procedimentales implica aceptar la posibilidad de hacer política jurídica, bien mediante los elementos del enfoque tradicional, bien a través de los elementos del enfoque económico (e incluso por medio de los elementos de cualquier otro enfoque científico-social que cuente con una teoría de la conducta en presencia de reglas jurídicas), de modo que el método sea siempre el mismo, y lo único que cambie sean sus componentes o elementos de operación. Cossío Díaz considera que esta segunda solución tiene mayor flexibilidad, y opta por

¹⁶¹ Véase *supra* III.3.2 y III.3.2.2.

ella para responder a la interrogante sobre si el análisis económico del derecho puede realizar las funciones de la política jurídica.¹⁶²

El mismo autor mantiene que una vía satisfactoria para comprobar la posibilidad de llevar a cabo una política jurídica mediante criterios económicos consiste en indagar si resulta factible sustituir con estos criterios los componentes de la política jurídica tradicional, tanto en el ámbito procesal como en el teórico.¹⁶³ Cossío Díaz concluye que por lo que se refiere a las etapas de esta última –esto es, la identificación del objetivo material por realizar; la determinación de las normas que deban crearse o modificarse y el establecimiento de un contenido inicial para las mismas; la predicción de las conductas a que las nuevas normas darían lugar, y la formulación final del contenido de las normas– dicha sustitución es posible mediante una adecuada combinación de los enfoques positivo y normativo. Por lo que hace a los denominados elementos teóricos, y salvo el que tiene un carácter estrictamente jurídico, también resulta posible sustituirlos con elementos económicos: mediante el enfoque positivo es factible atribuir sentido a las conductas de los individuos, entender la representación que se hacen de (o el papel que le otorgan a) la norma y predecir sus comportamientos; mediante la rama normativa es factible valorar los resultados a que conduce la política jurídica, aunque tal valoración se realice, primordialmente, con base en el criterio de eficiencia.

Las diferencias entre la política jurídica tradicional y la política jurídica sustentada en el análisis económico del derecho serían las mismas o, mejor dicho, serían del mismo tipo, que las que existen entre la sociología jurídica weberiana y esta última disciplina. De este modo, debido a los presupuestos teóricos de la política jurídica tradicional, y primordialmente a la utilización de la sociología jurídica weberiana, el modo de abordar el problema, explicar las conductas y llevar a cabo la valoración de los resultados tendrá un carácter más cultural y, por lo mismo, menos formal y menos predictivo que el de la política jurídica apoyada en el análisis económico del derecho, la cual, debido también a sus presupuestos teóricos, principalmente la formalización propia del análisis económico, resultará más limitada y unilateral, aunque gozará de mayor capacidad predictiva.

Me parece que el hecho de que el análisis económico del derecho, en tanto modo de análisis de conductas jurídicas y de evaluación de los resultados que éstas generan, pueda

¹⁶² Por consiguiente, dicho autor no señala ninguna conclusión sobre los resultados a los que llevaría la primera solución. Sin embargo, puede afirmarse que si se entiende a la política jurídica en términos materiales, el análisis económico normativo del derecho, al contar con presupuestos, métodos y elementos de operación propios y distintos de los de aquélla, debe considerarse un método autónomo de diseño normativo.

¹⁶³ Véase *supra* III.3.2 y III.3.2.2.

subsumirse en la política jurídica no elimina la posibilidad de que constituya un saber jurídico autónomo o, más específicamente, un método autónomo de diseño normativo.

III.3.3.2.1. Probabilidades científicas del análisis económico del derecho en el orden jurídico mexicano

Así como las condiciones y las características jurisprudenciales y jurídicas de los distintos órdenes condicionan las posibilidades científicas del análisis económico del derecho, son las condiciones y las características culturales las que determinan las probabilidades de que el análisis económico realice efectivamente las funciones explicativas que podría, teóricamente, desempeñar.

Al tratar la cuestión de las probabilidades científicas del análisis económico del derecho en el orden jurídico mexicano, Cossío Díaz se centra en la probabilidad de que el análisis económico del derecho sea incorporado a la dogmática jurídica, es decir, de que mediante él se establezca al menos uno de los sentidos de las normas jurídicas. En otras palabras, una vez que ha admitido la posibilidad de emplear el análisis económico en la interpretación científica del derecho –o, lo que es igual, determinado la inexistencia de elementos de carácter funcional que impidan que las normas jurídicas sean interpretadas mediante criterios económicos–, Cossío Díaz se pregunta qué tan probable es que dicho empleo ocurra dadas las características culturales que determinan la explicación jurídica en nuestro país.¹⁶⁴

Para responder la pregunta en comentario Cossío Díaz parte de las dos grandes posibilidades de interpretación del derecho, esto es, la literal y la instrumental. Debido a que en la primera de ellas resulta difícil la utilización de criterios económicos y a que en la segunda es factible, Cossío sostiene que la predicción sobre el uso del análisis económico se sujeta, en buena medida, a predecir la prevalencia de uno u otro tipo de interpretación.¹⁶⁵

¹⁶⁴ La distinción entre el *contexto de posibilidad* y el *contexto de probabilidad* es una de las categorías conceptuales y metodológicas más importantes del trabajo de Cossío Díaz. El primero de dichos contextos refiere a los aspectos funcionales del sistema jurídico; el segundo, a los aspectos culturales. Dicho en otras palabras, hablar de la *posibilidad* de un análisis económico en el terreno de la dogmática significa simplemente determinar si las condiciones funcionales de un ordenamiento permiten que la interpretación científica de las normas se realice mediante criterios económicos; aludir a la *probabilidad* de dicho análisis equivale a establecer si dados la situación y los elementos propios de los métodos de explicación del derecho en dicho ordenamiento resulta factible prever que quienes los utilizan habrán de interpretar las normas tomando en cuenta criterios económicos.

¹⁶⁵ El mismo autor apunta que además de los elementos funcionales y culturales de la interpretación propios del orden jurídico mexicano, existen en éste algunos elementos normativos que condicionan en buena medida la labor interpretativa de los juristas. En efecto, si una norma jurídica jerárquicamente superior establece las modalidades de interpretación de las normas inferiores, los juristas tendrán que tomar en cuenta dichas modalidades a fin de producir

La posibilidad de avanzar algunas opiniones con relación a este tema radica en el establecimiento previo de los elementos que sustentan la cultura jurídica que desemboca en el literalismo, pues sólo cuando estos elementos han sido identificados es posible señalar cuáles de ellos están en posibilidades de transformarse y, por ende, qué probabilidad existe de incorporar el análisis económico a la interpretación científica del derecho.

Cossío Díaz informa que los académicos de países romanistas han identificado los siguientes obstáculos para la recepción del análisis económico: la interpretación jurídica no admite la incorporación de valores externos al derecho; existe una inadecuada preparación económica de los abogados; se preserva una fuerte tradición dogmática, y se busca mantener las interpretaciones abstractas de las normas generales, primordialmente.

Por lo que hace a nuestro caso, Cossío señala que a semejanza de lo que acontece en Europa los obstáculos para que en México se lleven a cabo interpretaciones jurídicas partiendo de criterios económicos tienen su principal origen en el modo como se concibe, estudia y enseña el derecho: primero, y debido a la forma en que se encuentra formado, el conocimiento del derecho se ha concebido como la explicación de los sentidos de las normas desde definiciones generales sistematizadoras de un conjunto de normas “relacionadas” entre sí;¹⁶⁶ segundo, la explicación conceptual ha hecho prácticamente irrelevante el estudio sistemático y la enseñanza del derecho desde la “realidad jurídica”, esto es, de las resoluciones judiciales, las prácticas jurídicas, etcétera; tercero, la creencia de que el conocimiento del derecho puede

interpretaciones válidas. Como es conocido, el artículo 14 constitucional establece en sus párrafos tercero y cuarto que “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate”, y que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”, respectivamente. De este modo, existe una restricción inicial para los juristas, en tanto el orden jurídico hace depender la validez de las interpretaciones de las normas del hecho de que dichas interpretaciones mantengan cierto grado de literalidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente la Suprema Corte de Justicia. (Además de la limitación constitucional recién referida, Cossío cita, sin la intención de ser exhaustivo, las impuestas por los artículos 19, 1302 y 1851 del Código Civil para el Distrito Federal, 5° del Código Fiscal de la Federación y 4° fracción I de la Ley de Vías Generales de Comunicación.) Así, el artículo 14 constitucional representa una primera e importante restricción respecto de las interpretaciones más funcionales. Sin embargo, observa Cossío Díaz, puede decirse que la necesidad de tener que interpretar la norma de manera literal posibilita cierto grado de interpretación instrumental. En consecuencia, y debido a los evidentes grados de descentralización que respecto de la interpretación de las normas jurídicas prevé nuestro orden jurídico, no resulta ocioso plantearse la pregunta acerca de la probabilidad de que la interpretación literal se mantenga o, lo que es equivalente, de que en lo sucesivo tengan cabida enfoques más consecuencialistas. (Una solución completa a esta cuestión debe considerar la probabilidad de que cambien las condiciones culturales que sustentan el modelo del actual artículo 14 constitucional, pues de ello depende que dicho precepto se modifique a fin de dar lugar a interpretaciones menos restrictivas.)

¹⁶⁶ Como se ha apuntado en líneas anteriores, el conocimiento y la operación del derecho dependen del modo como se encuentra formado; en nuestro caso, por ordenamientos compuestos por normas generales y abstractas, en las cuales se han determinado las relaciones del derecho con la realidad y a partir de las cuales deben llevarse a cabo las individualizaciones necesarias para crear el resto de las normas.

darse a través del conocimiento de grandes conceptos ha provocado la imagen de un derecho estable, acabado y sin contradicciones; cuarto, esta imagen hace prácticamente innecesario cualquier intento por concebir el derecho de manera funcional y, por ende, utilizarlo para enfrentar la realidad o tratar de mejorarla; quinto, dado que la concepción del derecho se agota en la formulación de conceptos, y mediante ésta se lleva a cabo la formación profesional del abogado, resulta que la práctica profesional o sigue este tipo de formación o se aparta de ella y no recibe una adecuada explicación teórica de su propio quehacer –caso de los sectores profesionales más dinámicos, como las corporaciones, los mercados financieros, etcétera–; sexto, al actuar en los términos conceptuales apuntados, los órganos jurisdiccionales encargados de definir en última instancia los contenidos del derecho no realizan una actividad generadora de interpretaciones instrumentales, por lo que a la ciencia jurídica no le es necesario llevar a cabo ese tipo de interpretaciones al momento de explicar el contenido de las decisiones judiciales, y séptimo, el hecho de que la formación y publicidad de las consideraciones que sustentan los tribunales de circuito y la Suprema Corte de Justicia se lleven a cabo a través de normas generales de carácter jurisprudencial, propicia que el conocimiento de las interpretaciones judiciales reproduzca el modelo generalizador y abstracto mediante el cual se explican las normas generales, y que la falta de publicación de los hechos que motivan el fallo dentro de la propia jurisprudencia acrecienta la dificultad de considerar el derecho instrumentalmente.

Cossío Díaz afirma que en tanto se mantengan en los ordenamientos romanistas en general y en el mexicano en particular las condiciones antes descritas, será difícil considerar el análisis económico del derecho como una vía relevante o necesaria para la postulación de uno o varios de los sentidos de las normas jurídicas que los componen.

La situación definida por dichas condiciones podría modificarse si se admitiera la necesidad de describir los sentidos de las normas generales a partir de sus individualizaciones, pues ello haría necesario introducir nuevas técnicas y herramientas para la identificación, sistematización y explicación del derecho. Esas técnicas y herramientas habrían de provenir de las ciencias sociales, con lo cual seguramente se rompería el sentido formal y literal de la interpretación del derecho (lo que no necesariamente equivaldría a la “destrucción” del derecho o a la generalización de una pluralidad cognoscitiva inútil).

III.3.3.3. Posibilidades normativas del análisis económico del derecho en el orden jurídico mexicano

Antes de determinar las posibilidades de utilización del análisis económico del derecho en la creación de normas generales e individuales en el orden jurídico mexicano, Cossío Díaz hace una observación y realiza una precisión. En primer lugar, adelanta que tal aplicación se ha dado y que, por ende, debe admitirse que la misma es factible. En segundo lugar, aclara que por aplicación entiende el hecho de que una norma jurídica –general o particular– tenga como contenido –no sólo del enunciado normativo en sí, sino también de la exposición de motivos, de los considerandos o de cualquier otro tipo de manifestación hecha por el órgano creador de la norma– un criterio o un resultado proveniente de un análisis de tipo económico.

Normas generales

Tratándose de las normas generales, Cossío Díaz considera las constitucionales, las legales y las reglamentarias.

Normas constitucionales. Debido a su posición jerárquica, las normas constitucionales no derivan su validez de lo dispuesto en ninguna otra norma, de tal manera que su creación o reforma no se encuentra delimitada por ningún contenido o criterio para establecerlo. Esta situación propicia que, en principio, los órganos de creación o revisión de la constitución puedan incorporar cualquier tipo de contenido y puedan emplear cualquier tipo de razonamiento para generarlo. Por lo tanto, puede afirmarse que la utilización de criterios económicos en la reforma o adición constitucional es perfectamente posible, ya sea para definir el problema y su solución –es decir, para realizar una “política jurídica”– o para establecer el contenido normativo del que habrá de depender la validez de las normas inferiores a la propia constitución.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Quizá el mejor ejemplo de la posibilidad de emplear el análisis económico del derecho en la creación de normas constitucionales sea la reforma al artículo 27 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1992. Tras considerar los elementos del diagnóstico, de los objetivos y del texto final de la reforma, Cossío señala que al menos una parte de ella se guió por criterios económicos. En primer lugar, se realizó un análisis de la situación del campo y se predijo lo que acontecería de conservarse las normas constitucionales vigentes. En segundo lugar, se plantearon algunas vías que previsiblemente conducirían a situaciones distintas de la prevaleciente y se determinó cuál de ellas resultaba más eficiente. Por último, se propuso una solución normativa, esto es, se formularon las normas mediante las cuales sería factible alcanzar dicha situación. En estos tres momentos subyació un análisis económico, en tanto que se presupuso la racionalidad de un sujeto sometido a una elección; se buscó alcanzar una situación económicamente eficiente, y se realizaron los cambios normativos que se consideraron

Normas legales. Aun cuando las normas legales se encuentran subordinadas a las constitucionales, el grado de discrecionalidad con que cuenta el órgano legislativo es bastante amplio. En efecto, las normas constitucionales son “textos abiertos” que permiten a los órganos competentes elegir, de entre varios, aquel sentido que habrá de constituirse en contenido de la norma creada. Al “elegir” entre los diversos sentidos posibles, el legislador simplemente tiene que optar por un contenido normativo que no contravenga la norma constitucional. Puede afirmarse, por lo tanto, que la capacidad decisoria reconocida al Congreso de la Unión conlleva la posibilidad de que éste incorpore criterios económicos al momento de individualizar una norma constitucional. Esta incorporación puede hacerse bien mediante el diagnóstico de la realidad relevante o el planteamiento de los objetivos de la ley, bien por medio de la formulación de los contenidos normativos de la misma.

Normas reglamentarias. El tercer nivel normativo analizado por Cossío Díaz concierne a los reglamentos que expide el presidente de la República en términos del artículo 89 fracción I de la constitución. En este sentido, el autor estima necesario determinar, antes que las posibilidades de utilización del análisis económico en la creación de normas generales de este tipo, el grado de discrecionalidad con que cuenta el presidente de la República para crear normas reglamentarias, pues sólo así podrán fijarse las posibilidades de incorporación de dicho tipo de análisis. Al respecto, el Poder Judicial de la Federación ha sostenido que el reglamento “es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley”. Así, “un reglamento sólo puede tener validez legal cuando esté dirigido a proveer a la aplicación de una ley concreta, a cuyos mandamientos debe ceñirse, por lo demás, sin poderlos suprimir, modificar ni ampliar en su substancia”, pues la potestad reglamentaria del presidente de la República tiene como función “desarrollar, particularizar y complementar las leyes administrativas, pero no suplirlas, limitarlas o rectificarlas”. Como se desprende de lo anterior, existen criterios jurisprudenciales en el sentido de imponer limitaciones al presidente de la República para ejercer su atribución reglamentaria, hecho que le permite a Cossío Díaz sostener que el titular del Poder Ejecutivo federal podrá individualizar normas legales mediante un criterio económico siempre que exista una disposición legal que así lo establezca, pues en caso contrario podría estimarse que se estaría suprimiendo, modificando o ampliando el contenido de la norma superior.

adecuados para que se dieran las conductas que previsiblemente permitirían arribar a esa situación. (En el caso de la reforma en comentario no se plantearon expresamente contenidos económicos para ser tomados en cuenta de manera directa a la hora de individualizar el precepto.)

Normas individuales

Dentro de las diversas posibilidades de creación de normas individuales, Cossío Díaz restringe su análisis a las resultantes del proceso jurisdiccional y a las provenientes del negocio o transacción jurídicos. En estos casos de creación normativa la individualización se presenta como la concretización respecto de un caso particular de los contenidos previstos en una norma general y abstracta. Aquí únicamente expondré el caso de las normas jurisdiccionales.

Individualización, interpretación y análisis económico del derecho. Como se ha señalado anteriormente, la creación de cualquier norma individual precisa de una actividad previa: la interpretación de las normas mediante las cuales van a significarse ciertos hechos o determinarse ciertas consecuencias. En efecto, el derecho es un sistema de significaciones, pero éstas no son posibles hasta en tanto no se haya establecido el sentido de las normas correspondientes, esto es, se haya individualizado una norma superior (o varias normas superiores).

Con respecto al proceso de individualización Cossío Díaz identifica los siguientes momentos: primero, la determinación del significado de una norma general que prevé las condiciones de un acto coactivo; segundo, la determinación por parte de la autoridad de que un hecho real sí está significado por dicha norma; tercero, la determinación del sentido de la norma que prevé las consecuencias del hecho, y cuarto, la determinación de las consecuencias que esta última norma establece respecto del hecho significado.

De este modo, aceptado que el proceso de individualización que conduce a la creación de normas individuales se reduce a las etapas o momentos referidos, lo que sigue es determinar de qué manera pueden utilizarse los criterios económicos dentro de este proceso. En lo tocante a los momentos primero y tercero, Cossío Díaz considera evidente que la autoridad (judicial o administrativa) sí puede utilizar criterios económicos para establecer el significado de las normas correspondientes pues en ambos casos está concretizando normas generales. (La posibilidad de que el análisis económico del derecho se emplee para “determinar” el sentido de las normas jurídicas ya se había reconocido antes, cuando se señaló que los órganos jurisdiccionales pueden fijar el contenido de las normas generales utilizando una variedad de procedimientos o maneras, uno de los cuales puede ser económico.)

Cossío señala que la posibilidad en comentario se dará generalmente con el establecimiento por parte del órgano estatal de aquella interpretación que, a su juicio, pudiera dar lugar a una situación eficiente. Asimismo, advierte que esta posibilidad será de difícil

aplicación si pretende utilizarse de manera autónoma, es decir, prescindiendo en una primera etapa de los denominados métodos tradicionales de interpretación: gramatical, sistemático, auténtico y teleológico; de ahí que su utilización se dará, en buena medida, *para decidir cuál de las interpretaciones de la norma por individualizar resulta más eficiente*.¹⁶⁸ En todo caso, siempre que el factor de la decisión se apoye en un criterio económico podrá afirmarse que el sentido final de la norma será “económico”.¹⁶⁹

Otra posibilidad de utilización de criterios económicos para la creación de normas individuales se da en relación con los “principios generales de derecho”, previstos respecto de la “materia civil” en el párrafo cuarto del artículo 14 constitucional. A falta de disposición normativa expresa y ante la necesidad de resolver los conflictos, la mayor parte de los órdenes jurídicos modernos “autorizan” a los jueces a fallar fundados en los principios generales de derecho. El problema con los mismos aparece cuando se busca determinar la “fuente” de su contenido, siendo las siguientes las respuestas que en este sentido se han dado: los elementos que informan el sistema legal; el espíritu de las leyes; verdades jurídicas notorias elaboradas por la ciencia del derecho, y las ideas fundamentales que inspiraron al legislador, entre otras.

Cuando el juzgador se ve “obligado” a utilizar un principio general del derecho previamente ha tenido que agotar la totalidad de las posibilidades de interpretación respecto de una norma existente. Dado que el derecho se compone de normas, y éstas de supuestos y consecuencias, al decir que el juzgador se encuentra ante la inexistencia de una norma se afirma que el orden jurídico no recoge expresamente el supuesto de la norma o la consecuencia que debe corresponder a determinado supuesto, de ahí que no sea posible individualizar una norma o resolver una controversia. Cossío Díaz afirma que el principio general de derecho hace las veces de norma general, por lo que resulta posible afirmar que puede “actualizarse” como supuesto o como consecuencia, y sólo posteriormente llegar a individualizarse para efectos de la determinación del hecho ilícito o del acto coactivo, respectivamente.

¹⁶⁸ Nótese que en este caso el análisis económico del derecho estaría cumpliendo con una función de política jurídica más que con una función dogmática.

¹⁶⁹ Cossío Díaz indica que adicionalmente a la posibilidad de que las normas generales identificadas en las etapas primera y tercera del proceso de individualización se interpreten mediante un criterio económico, puede acontecer que la necesidad de utilizar este criterio se dé por determinación expresa de una norma de carácter general. Aun cuando en este caso también es necesario llevar a cabo una interpretación, ésta consistirá en la determinación de los elementos del correspondiente criterio económico, mas no así en la elección del criterio mismo que se ha de utilizar. Cossío mantiene que la diferencia en este caso es de importancia, pues en los casos en que un asunto haya de resolverse mediante un criterio económico, el órgano competente para determinar su validez se limitará a precisar si el mismo satisface aquellos que a su juicio sean los contenidos componentes, pero no a precisar si el asunto debió fallarse con un fundamento en contenidos de “naturaleza” distinta. Un ejemplo relevante de determinación normativa de empleo de un criterio económico se encuentra en el segundo párrafo de la fracción XVI del artículo 107 constitucional, relativo al cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo.

La cuestión por resolver es si, de un modo general, los principios generales del derecho pueden tener como contenido criterios económicos, es decir, si el juzgador está en posibilidad de “crear” o establecer un principio general del derecho a partir de un criterio económico. A juicio de Cossío Díaz, nada impide que un criterio o principio fundado en un análisis de tipo económico se constituya en un principio general del derecho de nuestro orden jurídico.

Una vez que ha mostrado que las “etapas” primera y tercera del proceso de creación de normas individuales eventualmente pueden sustentarse en criterios económicos, Cossío Díaz se pregunta si lo propio puede acontecer respecto de las etapas segunda y cuarta, es decir, aquella en que se decreta que un hecho efectivamente está significado por una norma y aquella en que se realiza la especificación de las consecuencias que una norma general establece respecto de un hecho ya significado, respectivamente. En lo que hace a la significación de un hecho por una norma, Cossío estima difícil plantear la utilización de criterios económicos: una vez que se ha precisado el sentido de la norma en la cual se contiene el supuesto jurídico, no parece necesario utilizar un criterio económico para determinar si la conducta de una persona puede quedar comprendida dentro de ese supuesto. En efecto, parece difícil utilizar la predicción de conductas o la valoración de la eficiencia de las normas a efecto de establecer que un hecho real está significado por una norma.

La última etapa del proceso de creación de normas mediante el proceso jurisdiccional radica en especificar la sanción prevista para un hecho concreto por una norma general cuya significación ha sido previamente establecida por un órgano jurisdiccional. Cossío Díaz considera evidente que esta etapa plantea problemas más complejos que la anterior para concluir sobre la aplicación de criterios económicos. En la segunda etapa simplemente se trataba de determinar que un hecho real se encuentra efectivamente significado por una norma general previamente interpretada. En esta cuarta y última etapa se trata de aplicar una sanción prevista en una norma general también previamente interpretada, lo que supone una individualización, es decir, una aplicación del sentido de la norma al caso concreto.

En este caso, los alcances y efectos del acto coactivo se encuentran previstos necesariamente en la norma general en que va a fundarse la sanción aplicable. Por ello, podría pensarse que los mismos deberán quedar recogidos en la interpretación de la norma general. En otras palabras, podría decirse que para que una autoridad llegue a aplicar un acto coactivo deberá fundarse en normas generales, y que ello conlleva la imposibilidad de que realice consideraciones que no se deriven de lo “establecido” en una norma general. Sin embargo, Cossío Díaz estima que una solución de este tipo resultaría en extremo restrictiva, ya que la interpretación de la norma que va a servir de fundamento para la determinación del acto

coactivo normalmente le confiere cierto grado de discrecionalidad a la autoridad judicial. Así, en caso de que el juez haya determinado ya el sentido de una norma general que prevea las consecuencias de un cierto hecho, posteriormente tendrá que “aplicarlo” al caso concreto, y en esa medida deberá tomar en cuenta aquellos elementos particulares que por no poderse determinar de antemano como propios del sentido general de la norma jurídica, necesariamente habrán de ser establecidos por el órgano jurisdiccional.¹⁷⁰ En este sentido, Cossío Díaz se pregunta si resulta posible que el juez lleve a cabo esa individualización tomando en cuenta criterios económicos, y concluye que la pregunta puede contestarse en sentido afirmativo siempre que se entienda que dicha posibilidad implica tan sólo una posibilidad de carácter muy general y condicionada a la presencia de distintos elementos culturales.¹⁷¹

III.3.3.3.1. Probabilidades normativas del análisis económico del derecho en el orden jurídico mexicano

Resta señalar qué probabilidades existen de que el análisis económico del derecho se utilice en la creación de normas jurídicas en el orden mexicano. Como se señaló anteriormente, la determinación de probabilidades alude a las condiciones culturales de un determinado orden jurídico, tales como las modalidades concretas de creación normativa, el grado de descentralización de los órganos del estado, el tipo de formación de sus titulares, etcétera.

Cossío Díaz opina que en el futuro próximo es previsible que de manera simultánea aparezcan dos tendencias. La una se dará respecto de las normas generales, donde habrá de incrementarse la consideración de criterios económicos, en tanto que, por una parte, las correspondientes iniciativas se formulan por los miembros de la administración pública centralizada, quienes a nivel de mandos medios y superiores cuentan con conocimientos económicos, y, por otra parte, la economía tiene hoy una posición paradigmática dentro del campo de las ciencias sociales en general y de las políticas públicas en particular.

Como segunda tendencia y tratándose de las normas individuales, Cossío Díaz considera que no es previsible una pronta aplicación de criterios económicos debido,

¹⁷⁰ Tal es el caso, por ejemplo, de la determinación en lo particular de circunstancias tales como la “gravedad del delito” o el “grado de culpabilidad del delincuente”.

¹⁷¹ Cossío ofrece el ejemplo de un juez que ha determinado el sentido de la norma que prevé un delito, ha estimado que “X” sujeto realizó la conducta constitutiva del mismo y ha interpretado la norma que genéricamente establece la pena que corresponde al delito, de modo que el único momento a satisfacer es la individualización de la pena, para lo cual debe tomar en cuenta la gravedad del delito. Al efecto, el juez tiene que establecer la gravedad tanto del tipo penal general como de la conducta particular que lo actualizó. La determinación final de la gravedad de uno y otra dependerá, necesariamente, del criterio de gravedad que adopte el juez, el cual puede ser económico.

primordialmente, a la falta de capacitación adecuada de los órganos aplicadores (jurisdiccionales o administrativos); a las restricciones culturales que se mantienen en los sistemas civilistas; a la falta de preparación económica de los operadores jurídicos; a la legitimación que a los órganos del Estado les da operar a partir de métodos tradicionales de interpretación, y a la práctica legislativa de prever detalladamente la mayor cantidad de aspectos de una determinada cuestión. Cossío argumenta que en tanto no se modifique la concepción que la sociedad y los jueces tienen de las actividades jurisdiccional y administrativa, vistas como *procesos de aplicación de un derecho preexistente y acabado*, a fin de constituirse en auténticos procesos de creación, será difícil que los órganos jurídicos utilicen criterios económicos o, más en general, cualquier clase de criterio “no tradicional”.¹⁷² La única posibilidad, también previsible a juicio de Cossío Díaz, de utilización de criterios económicos, podrá darse en la medida en que los órganos legislativos prevean expresamente que los jueces y órganos administrativos resuelvan los asuntos de su competencia considerando criterios económicos, toda vez que la posición del legislador es predominante dentro de las condiciones funcionales propias de los órdenes romanistas.

La inercia del actual estado de cosas es, pues, evidente y poderosa. El tránsito hacia una nueva cultura jurídica debe ser impulsado y guiado por una variedad de actores, entre los que a mi juicio destacan, por el impacto que tendrían sus acciones, el régimen político, sin exclusión de ninguno de los tres poderes, y las escuelas y facultades de derecho. Desafortunadamente, la mayoría de estas organizaciones están compuestas en buena medida por grupos e individuos que, voluntaria o involuntariamente, impiden el cambio o mantienen, cuando no refuerzan, el actual estado de cosas.

¹⁷² En mi opinión, la presión para que dicha modificación tenga lugar en México existe pero es aún débil, especialmente si se la compara con la fuerte resistencia que con seguridad presentaría el grueso de la comunidad jurídica del país. Dicha presión proviene, sobre todo, del llamado círculo rojo. Piénsese, por ejemplo, en la demanda de un sector del mismo para que a fin de calificar la pasada elección presidencial, el Tribunal Federal Electoral recurriera a técnicas y herramientas cuantitativas para medir el impacto en la decisión de los votantes de la intervención del entonces Presidente de la República y parte de su gabinete así como de la cúpula empresarial. Piénsese también en el fuerte interés que suscitó la última elección de Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la nación, el cual derivó, por una parte, de la importancia y el número de definiciones jurídico-políticas que dicho tribunal debería tomar en los meses siguientes y, por otra parte, del hecho de que los dos candidatos principales representaban posturas notoriamente diferentes en lo relativo a la interpretación jurídica, la una caracterizada como conservadora y restrictiva y la otra como liberal y abierta.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO, SISTEMA FINANCIERO, INVERSIÓN Y CRECIMIENTO ECONÓMICO

IV.1. Introducción

El análisis económico del derecho mantiene la premisa básica de que las normas jurídicas son un incentivo o un desincentivo para la realización de conductas y, por lo tanto, un impulsor o un obstáculo para el logro de resultados. En consecuencia, el análisis económico del derecho sostiene que las normas jurídicas pueden analizarse desde esa perspectiva, es decir, en tanto determinantes de conductas y resultados económicos.

El resto de este trabajo es precisamente un análisis económico de cierto grupo de normas del orden jurídico mexicano, a saber: las normas que definen el conjunto de derechos de propiedad de los accionistas de las empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores.

El análisis del régimen jurídico en cuestión se realizará revisando y explicando económicamente los principales estados del mismo así como las reformas que lo han ido transformando, que lo han ido llevando de un estado al otro.

Desde la primera Ley del Mercado de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 2 de enero de 1975, y hasta el día de hoy las normas en comentario han sido objeto de diversas modificaciones, entre las que destacan, para los efectos de esta tesis, la importante reforma de 2001¹ y, por supuesto, las modificaciones que incorpora la actual Ley del Mercado de Valores, publicada el 30 de diciembre de 2005 y en vigor desde el 28 de junio de 2006.

Así, en este trabajo se identifican y analizan tres estados principales del régimen que define los derechos de propiedad de los accionistas de las empresas públicas.² Primero, el prevaleciente desde la entrada en vigor de la primera Ley del Mercado de Valores (3 de enero de 1975) hasta la entrada en vigor de las reformas de 2001 (2 de junio de 2001). Segundo, el que ocurrió desde el 2 de junio de 2001 hasta la entrada en vigor de la actual Ley del Mercado

¹ “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”, publicado en el DOF el 1 de junio de 2001.

² Para los efectos de esta tesis se denomina empresa pública a aquella sociedad anónima que cotiza en la bolsa de valores acciones representativas de su capital social.

de Valores (28 de junio de 2006). Tercero, el vigente desde el 28 de junio de 2006 hasta la fecha.

El objetivo del análisis es determinar si el régimen en cuestión, en cada uno de los distintos estados referidos, alentaba o desalentaba (o alienta o desalienta en el caso del estado actual del mismo) la inversión en acciones –y, por lo tanto, el crecimiento económico– y explicar por qué. En otros términos más claros, el propósito es determinar si el conjunto de derechos de propiedad de los accionistas de las empresas públicas ha fomentado o no, en sus distintos estados, la adquisición de acciones de dichas empresas por parte del público inversionista y, por lo tanto, la posibilidad de que éstas se financien a través de la emisión de acciones.

Me parece que pocos analistas refutarían la afirmación de que el mercado de valores mexicano, particularmente el mercado accionario, se encuentra subdesarrollado en el sentido de que no cumple cabalmente con su papel de fuente de financiamiento e impulsor de la inversión y el crecimiento. Ello es así a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos diez años por las autoridades bursátiles para sentar las condiciones para su desarrollo. Precisamente, una de las estrategias de desarrollo más importantes ha sido la adecuación del régimen jurídico que define y protege los derechos de los accionistas y, más generalmente, del régimen de gobierno corporativo. El que la modificación de dichos regímenes haya constituido una de las estrategias principales indica la importancia que se concede al derecho como factor de conductas y resultados económicos.

Antes de pasar al análisis del multicitado régimen jurídico es preciso explicar por qué se considera que el mismo tiene implicaciones económicas importantes y cuáles son éstas. Para hacerlo será necesario establecer una serie de relaciones entre distintas variables. Entre dichas conexiones destacan las siguientes: la relación que existe entre el régimen jurídico en cuestión y la disposición del público inversionista a invertir en acciones (disposición de la que depende en buena medida la posibilidad de que la emisión de acciones sea una opción seria de financiamiento para las empresas públicas, o lo que es igual, la posibilidad de que el mercado de valores, particularmente el mercado accionario, se convierta en una fuente real de financiamiento y cumpla con su función económica); la relación que existe entre las variables anteriores y el desarrollo del mercado de valores; la relación entre el desarrollo del mercado de valores, y más generalmente del sistema financiero, y la inversión; la relación que hay entre la inversión y el crecimiento de la economía, y, por último, la relación que existe entre el crecimiento económico y el nivel de vida del habitante promedio de un país.

Adelanto aquí una apretadísima síntesis del modo en que ocurren las relaciones referidas. El nivel de vida de los habitantes de un país depende sobre todo del crecimiento

económico sostenido. Los factores del crecimiento económico son varios, pero casi todos ellos, o al menos los más importantes, dependen de la inversión –y, por lo tanto, del ahorro– y de la eficiencia con que se realice –es decir, de la eficiencia con que se empleen los recursos ahorrados–. Tanto la inversión como la eficiencia de la misma están determinadas por diversas causas, entre las que destaca el grado de desarrollo del sistema financiero. (En este sentido el sistema financiero es un factor, indirecto pero capital, del crecimiento.) El sector financiero está integrado por diversos elementos (mercados, intermediarios, instituciones, instrumentos, mecanismos, etcétera). Uno de los elementos más importantes es el mercado de valores, entre cuyos componentes se encuentra el mercado accionario. El desarrollo del mercado de valores depende de una serie de factores diversos y de distinta naturaleza. Uno de ellos, al parecer de la mayor importancia de acuerdo con la literatura teórica y empírica más reciente, es el sistema jurídico, particularmente el régimen que define y protege los derechos de los inversionistas en el mercado.

Así de larga es la cadena que forman, en los extremos, el régimen jurídico que regula los derechos de los inversionistas en acciones y el crecimiento económico, y así de indirecta es la relación entre aquél y éste. Sin embargo, eso no significa que el papel de dicho régimen sea despreciable. Me parece que es importante advertir este hecho desde ahora. Nadie se atrevería a decir que el mercado de capitales del país está subdesarrollado únicamente porque el régimen jurídico que regula los derechos de los accionistas en México –o, más generalmente, el régimen de gobierno corporativo de las empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores– no estuvo bien definido hasta hace apenas unos cuantos años (lo que es decir que no se conformó por normas que alentaran la compra de acciones para financiar a las emisoras). Asimismo, nadie se aventuraría a afirmar que el país está subdesarrollado porque el mercado mexicano de capitales está subdesarrollado. Sin embargo, y por paradójico o contradictorio que parezca, nadie se atrevería a decir que para salir del subdesarrollo es irrelevante que la bolsa de valores en general y el mercado accionario en particular se conviertan en una fuente real de financiamiento. Por ejemplo, si el mercado mexicano de valores hubiese tenido en el año de 1976 la liquidez promedio de una muestra de 49 países (es decir, si la liquidez del mercado mexicano hubiese sido de 0.044 en lugar de 0.004), el producto interno bruto per cápita (considerado el principal indicador del nivel de desarrollo de una economía) habría crecido a una tasa 0.4 por ciento más rápida que la observada durante el periodo 1973-1993, lo que significa que los mexicanos (o mejor dicho: el mexicano “promedio”) habrían disfrutado de un

ingreso casi 8 por ciento más alto que el real en 1994.³ Claramente, tener un ingreso per cápita 8 por ciento mayor después de un periodo de 18 años sería un logro insuficiente para un país en vías de desarrollado como México. Sin embargo, también es claro que el logro no habría sido despreciable en absoluto.

En resumen, la relación entre el régimen jurídico que establece y protege los derechos de propiedad de los accionistas y el crecimiento no es una relación, al menos no lógicamente, de primer orden. La cadena que forman aquél y éste tiene varios eslabones intermedios. El dicho régimen jurídico es simplemente uno más de los muchos determinantes del crecimiento económico, y seguramente no es uno de los determinantes más importantes ni uno de los más “directos”. No obstante, ello no hace que el mismo y su papel sean despreciables ni implica que su estudio económico en tanto conjunto de normas que incentivan o desincentivan la inversión en acciones no sea un tema de estudio interesante.

En el presente capítulo explicaré los conceptos y las relaciones anotados en los párrafos anteriores, poniendo énfasis en la función de cada uno de los elementos mencionados en tanto factores del crecimiento. En el siguiente y último capítulo realizaré la valoración económica del régimen jurídico de los derechos de los accionistas y explicaré económicamente los principales estados que ha tenido ese régimen y las reformas que han dado lugar a los últimos dos. Con ello, intentaré dar una explicación económica o jurídico-económica del proceso de reforma del mercado de valores que ha venido desarrollándose desde junio de 2001, en particular en lo relativo al régimen de gobierno corporativo y la definición y protección de los derechos de los accionistas.

³ El cálculo es de Ross Levine (“Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda”, *Journal of Economic Literature*, vol. 35, núm. 2, junio de 1997, pp. 688-726, pp. 712 y 713), quien mide la liquidez del mercado como la proporción entre el valor de las transacciones de acciones realizadas en la bolsa de valores en un país y un periodo determinados y el valor de la producción de ese país en ese periodo, es decir, como el valor del comercio bursátil de acciones con relación al tamaño de la economía. Teóricamente, la liquidez de un mercado de valores indica qué tan económico, rápido y confiable es comerciar acciones en ese mercado. Nótese que los datos anteriores revelan la importancia de la liquidez del mercado de valores en el crecimiento per cápita de la economía de un país, pero nada dicen sobre el impacto del régimen jurídico que define y protege los derechos de los accionistas en la liquidez del mercado de valores. En otras palabras, no sabemos qué tanto habría aumentado la liquidez del mercado mexicano de valores si el país hubiese contado con un régimen jurídico adecuado; o en otros términos más generales, no sabemos qué tanto dependa la liquidez de un mercado de valores de la calidad del régimen jurídico que define los derechos de los accionistas. Mi opinión es que el impacto de dicho régimen en la liquidez es alto, pero desconozco la existencia de estudios empíricos que lo hayan calculado con precisión.

IV.2. El crecimiento económico

La forma más socorrida de explicar o de medir la importancia del sistema financiero y sus elementos, entre los que destacan el mercado de valores y las instituciones (en el sentido de normas) que definen los derechos de los participantes en el mismo, es a través de la explicación o la medición del efecto de los mismos en el crecimiento económico. Esta forma de proceder hace necesario iniciar con algunas palabras acerca del crecimiento, destacadamente su importancia y los factores que lo impulsan. Para hacerlo me basaré en la literatura (teórica y empírica), ya mayoritaria, que sostiene que el sistema financiero afecta positivamente el crecimiento.⁴

El crecimiento económico representa la expansión del producto interno bruto (PIB) real de un país o el incremento de su producción potencial.⁵

El crecimiento del PIB per cápita –esto es, el PIB real dividido entre el número de habitantes– es (o debería ser) uno de los principales objetivos de la política económica, si no es que el principal. Su importancia radica en el hecho de que está altamente relacionado con el incremento del ingreso real y del nivel de vida del habitante promedio. A largo plazo, el crecimiento del PIB per cápita es el factor más importante del desarrollo de los países. Asimismo, la ausencia de crecimiento es el determinante principal del atraso, el subdesarrollo y la pobreza.

⁴ El resto de este capítulo está basado en los siguientes textos: *Economía*, de Paul Samuelson y William D. Nordhaus, 18ª ed., tr. María Guadalupe Cevallos Almada *et al.*, México, McGraw-Hill Interamericana, 2006 (de este libro únicamente consulté y empleé las páginas 32, 33, 115-119, 189-193, 200-208, 260-270, 484-490, 501-508, 535-546, 552, 553, 555-566 y 572); “Finance and Growth: Schumpeter Might be Right”, de Robert G. King y Ross Levine, publicado en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, núm. 3, agosto de 1993, pp. 717-737; “Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda”, citado con anterioridad; “Stock Markets, Banks, and Economic Growth”, de Ross Levine y Sara Zervos, publicado en *American Economic Review*, vol. 88, núm. 3, junio de 1998, pp. 537-558, y *Whiter Latin American Capital Markets?*, de Augusto de la Torre *et al.*, estudio regional dirigido por Augusto de la Torre y Sergio Schmukler, Banco Mundial, octubre de 2004. Donde no se indique otra cosa, la exposición de los temas que integran el capítulo está basada en el texto de Samuelson y Nordhaus.

⁵ El PIB real es la cantidad de bienes y servicios finales que se producen en un país durante un año. El PIB nominal es el valor en precios corrientes de mercado del total de los bienes y servicios finales producidos en un país durante un año. Para calcular el PIB real se parte del PIB nominal y se realizan las correcciones necesarias para eliminar el efecto de los cambios de los precios sobre el valor del PIB, de modo que las variaciones de éste se deban únicamente a aumentos en la cantidad de bienes y servicios finales producidos y no a aumentos en los precios.

El producto o PIB potencial, llamado también PIB de empleo alto, es el nivel máximo de PIB que se puede obtener con una tecnología y un tamaño de la población dados *sin acelerar la inflación*. En la actualidad, el PIB potencial se considera equivalente al nivel de producto que corresponde a la denominada “tasa de desempleo no aceleradora de la inflación”. Como se deduce de lo anterior, el PIB potencial no es necesariamente igual al PIB máximo.

El crecimiento económico se sostiene fundamentalmente en la acumulación de cantidades importantes de bienes de capital, la ampliación de los límites del conocimiento científico y tecnológico y el incremento continuo de los niveles de productividad.

IV.2.1. Los factores del crecimiento

Existen muchas estrategias distintas para alcanzar el crecimiento económico autosostenido. Sin embargo, todas ellas comparten ciertos rasgos y se sustentan en los mismos cuatro pilares. Estos pilares o factores del crecimiento son los recursos humanos, que han de ser adecuados en cantidad y calidad; los recursos naturales (tierra cultivable, agua, minerales, bosques, petróleo, gas, etcétera); la acumulación de capital, y la innovación y el cambio tecnológico que aumentan la productividad de los factores de la producción.⁶

Recursos humanos

Los recursos humanos se componen por la cantidad y la calidad de la fuerza de trabajo, es decir, por la cantidad de trabajadores y los conocimientos, las habilidades y la disciplina que poseen.

La infraestructura, los bienes de capital y los avances tecnológicos sólo se pueden utilizar y mantener adecuadamente si se cuenta con una fuerza laboral y un capital humano suficientes, esto es, con un número suficiente de trabajadores con los conocimientos y las habilidades técnicas necesarias.

A diferencia del número de recursos humanos, que es producto de decisiones que difícilmente pudieran considerarse económicas, el capital humano, definido como el cúmulo de conocimientos y habilidades técnicas que se encuentra en la fuerza de trabajo de un país, es resultado de *inversiones* en educación formal y capacitación laboral.

⁶ Los factores de la producción son la tierra, el trabajo y el capital. Los dos primeros son factores de producción *primarios* u *originales* y se caracterizan por el hecho de que su oferta se determina principalmente fuera del mercado. En cambio, el capital (o bienes de capital), es un factor *producido*, un bien durable producido que se utiliza como insumo en la producción subsiguiente. El hecho de ser tanto un insumo como un producto de la producción es la propiedad esencial de los bienes de capital.

Acumulación de capital

Para crecer, toda economía moderna requiere de grandes y variadas cantidades de capital, llamado también bienes de capital o capital físico. Los procesos de crecimiento más espectaculares de la historia económica han implicado la acumulación de un número importante de nuevos bienes de capital. En todos los casos, la acumulación de capital aumentó la productividad de los demás factores de la producción y proporcionó la infraestructura que permitió el surgimiento de nuevas industrias.

El capital incluye estructuras (fábricas y parques industriales), maquinaria y equipo (camiones y computadoras) e inventarios almacenados. Pero no sólo eso: comprende asimismo la infraestructura de un país, a la que se la llama también capital social indirecto. Se trata de las obras a gran escala necesarias para que el comercio y el sector privado prosperen. El sistema carretero, los grandes proyectos de irrigación, las centrales hidroeléctricas, el alcantarillado, las grandes redes de telecomunicaciones, así como los programas de salud pública son ejemplos importantes de capital social indirecto. Todos ellos implican enormes inversiones que tienden a ser “indivisibles” y a presentar rendimientos crecientes a escala. Asimismo, generalmente implican economías externas (externalidades positivas) o derramas que las empresas privadas no pueden capturar, todo lo cual hace que el gobierno deba intervenir para asegurar que las inversiones en infraestructura se lleven a cabo con eficiencia.

El capital es un factor de producción que, a diferencia de la tierra y el trabajo –cuya oferta depende en gran medida de factores no económicos como la orografía, el clima o la tasa de fertilidad de un país–, es por sí mismo un producto de la economía. Es decir, el capital debe producirse antes de utilizarse, para lo cual es necesario ahorrar parte del ingreso corriente e invertirlo en la generación de capital. Nótese que lo anterior significa que la acumulación de capital requiere sacrificar durante muchos años parte del consumo actual.

La inversión en capital es productiva porque supone una producción indirecta: al producir bienes de capital se incrementan, “indirectamente”, las posibilidades de producción de la economía. En efecto, la producción de nuevos bienes realizada con bienes de capital suele ser más eficiente que la realizada con métodos directos, los cuales dependen principalmente de los otros dos factores de la producción.⁷ La regla es que a mayor capital mayor eficiencia y

⁷ Como dice un ejemplo típico de libro de texto: En lugar de atrapar peces con la mano, los humanos hemos fabricado barcos y redes y los utilizamos para atrapar muchos más peces que los que atraparíamos si empleáramos únicamente nuestras manos. Es decir, en vez de utilizar los factores primarios –trabajo y recursos naturales– para obtener bienes de consumo, los hemos utilizado para producir bienes de capital que después serán factores de

productividad. Como es lógico suponer, las economías que usan métodos de producción indirectos intensivos en capital –que es decir las economías que sacrifican consumo presente e invierten sus recursos para producir bienes de capital– gozarán de un consumo futuro mayor que las economías que ahorran e invierten poco.

De lo anterior deriva un principio económico que indica que el crecimiento está basado en el sacrificio del consumo actual. Ello es así porque la actividad económica requiere en todo momento de renunciar al consumo corriente para aumentar el capital. Si los individuos están dispuestos a ahorrar, a abstenerse de consumir hoy y esperar para consumir en el futuro, la sociedad puede destinar los recursos ahorrados a la producción de nuevos bienes de capital (así como a la acumulación de capital humano, la renta o compra de tierra o la contratación de trabajo). De este modo, cada vez que ahorramos e invertimos (ya sea para construir una carretera o una fábrica, incrementar los años o la calidad de la educación o aumentar la cantidad de conocimientos técnicos útiles) aumentamos la productividad y el ingreso futuro de la economía (y, por consiguiente, el consumo futuro).

Los países que crecen con rapidez tienden a invertir sumas importantes en nuevos bienes de capital; en los países de rápido crecimiento de 10 a 20 por ciento de la producción se destina a la formación neta de capital.

En resumen, el aumento de las existencias de capital aumenta las posibilidades futuras de producción de la economía. Por lo tanto, la renuncia al consumo en favor de la inversión (lo que supone ahorrar para acumular capital) permite a la economía crecer más rápido.⁸

Innovación y cambio tecnológico

Además de los tres factores clásicos, el avance tecnológico ha sido un cuarto y vital ingrediente del rápido crecimiento de la economía y, por esta vía, de los niveles de vida de los países desarrollados y de los países en vías de desarrollo exitosos.

La innovación y el cambio tecnológico aumentan la productividad de los factores de producción, es decir, permiten obtener mayor producción con los mismos insumos. Asimismo, hacen que los salarios reales aumenten y, por esta segunda vía, mejoran los niveles de vida.

producción que aumentarán la productividad de los otros dos factores. Hacer eso implica sacrificar consumo presente a fin de incrementar el consumo futuro.

⁸ Como veremos más adelante, son las altas tasas de ahorro e inversión de Corea del Sur, Singapur, Taiwán, China y los demás países asiáticos exitosos lo que explica que éstos hayan crecido tan rápidamente en las últimas tres décadas. Asimismo, son las bajas tasas de ahorro e inversión de los países de América Latina lo que explica en gran medida por qué éstos parecen estar condenados al subdesarrollo o al desarrollo dirigido por los avances de las demás economías, es decir, al atraso. En general, los países pobres se caracterizan por el hecho de que ahorran e invierten poco (y mal a menudo).

El cambio tecnológico está representado por cambios en los procesos de producción o la introducción de nuevos productos o servicios. Depende en gran medida de la calidad de los conocimientos científico, técnico y administrativo, pero también del espíritu empresarial y la innovación, que a su vez dependen en forma decisiva del desarrollo de incentivos e instituciones adecuadas, particularmente los sistemas de derechos de propiedad, de patentes y de resolución de disputas.

En el fondo, el avance tecnológico es básicamente un proceso continuo de mejoras grandes, medianas y pequeñas. Ha sido el flujo continuo e ininterrumpido de invenciones y adelantos tecnológicos lo que condujo y ha conducido a las mejoras en las posibilidades de producción que han experimentado Europa, América del Norte y Japón.

En el muy largo plazo, el crecimiento de la producción y la riqueza mundial se han debido principalmente a progresos del conocimiento.

IV.2.2. Estrategias para impulsar el crecimiento

Prácticamente todos los economistas reconocen la importancia del crecimiento económico y el hecho de que éste se sustenta en los cuatro pilares referidos anteriormente. Sin embargo, existen grandes desacuerdos acerca de la forma de lograr el crecimiento sostenido. Algunos economistas subrayan la necesidad de aumentar la inversión en capital. Otros destacan la importancia de incrementar el capital humano. Un tercer grupo resalta la necesidad de estimular la investigación, el desarrollo y el cambio tecnológicos.

Los economistas que han estudiado el asunto de la importancia relativa de los distintos factores que determinan el crecimiento han concluido que todos los países exitosos, al no tener original y actualmente la misma dotación de factores del crecimiento, emplearon y emplean combinaciones distintas de los mismos. En efecto, los países desarrollados y los países en vías de desarrollo más adelantados han seguido todos ellos distintas rutas hacia el éxito económico. No existe, pues, una única combinación exitosa o eficiente de los factores del crecimiento; la proporción y la estrategia para combinarlos son distintas en cada caso y dependen de la dotación de factores y el estado de desarrollo de cada país.

Como ha quedado indicado, una economía moderna requiere de una vasta serie de bienes de capital. Los países deben abstenerse del consumo corriente a fin de emprender la producción indirecta. Asimismo, una economía exitosa precisa de la acumulación de capital

humano y de la innovación y el cambio tecnológico, todo lo cual precisa también del ahorro y la inversión. Acerca de la importancia de cada uno de estos factores cabe mencionar que los economistas han empleado técnicas cuantitativas para determinar que las fuentes residuales – como la educación y el cambio tecnológico– contribuyen más al crecimiento del PIB o de la productividad del trabajo que la intensificación del capital. En todo caso, lo que me interesa destacar es el hecho de que todas estas fuentes o pilares del crecimiento son siempre producto del ahorro y la inversión.

En este punto cabe señalar que el aumento de la tasa de ahorro no genera efectos inmediatos en el crecimiento: se necesitan muchas décadas para contar con los capitales social, humano y físico necesarios en una estructura económica productiva, destacadamente los primeros dos. En efecto, aun antes de producir o adquirir los más avanzados bienes de capital, los países en desarrollo deben formar primero su infraestructura, o capital social indirecto, y acumular un capital humano respetable que genere una fuerza laboral capaz, por lo menos, de operar, mantener y reparar los bienes de capital que se adquirieran.

El problema principal en la mayoría de los países en desarrollo es que hay muy poco ahorro. En los países y las regiones más pobres, el consumo corriente urgente compite con la inversión por los recursos escasos (el dilema no es si salir de viaje o ahorrar sino si alimentarse y vestir o ahorrar.) El resultado es una inversión demasiado escasa en capital productivo, que es indispensable para el avance económico acelerado. En el caso de los países en desarrollo en los que difícilmente puede hablarse de falta de recursos, cabe preguntarse si existen otros factores, incluidos los de carácter cultural o jurídico, que expliquen la baja tasa de ahorro y la escasa inversión en capital productivo.

Por lo que hace al cambio tecnológico, la mayoría de los economistas sostiene que los países en desarrollo tienen una gran ventaja: pueden aprovechar el avance tecnológico de los países más avanzados.⁹ Sin embargo, no es cosa fácil adaptar la tecnología extranjera o implementar los adelantos tecnológicos; para ello se requiere contar con científicos, ingenieros, administradores y empresarios diestros así como con el capital adecuado: la tecnología avanzada ha sido desarrollada para satisfacer las condiciones especiales de los países avanzados, los cuales cuentan con ingenieros, trabajadores capacitados, servicio eléctrico fiable y refacciones y servicios de mantenimiento fácilmente asequibles. Estas condiciones no son las que prevalecen en los países pobres y en la mayoría de los subdesarrollados, que además de carecer de lo anterior generalmente no cuentan con un empresariado innovador.

⁹ Los Estados Unidos y Japón son los mejores ejemplos de la forma en que los países pueden florecer adaptando la ciencia y la tecnología del extranjero a las condiciones locales de sus mercados.

Hoy día se acepta de manera prácticamente universal que una de las tareas clave del desarrollo económico es promover el espíritu empresarial. Un país no puede prosperar sin un grupo de propietarios o administradores dispuestos a tomar riesgos, abrir nuevas empresas, adoptar nuevas tecnologías e importar nuevas formas de hacer negocios. En el nivel más elemental, la innovación y el espíritu emprendedor prosperan cuando están claros y completos los derechos de propiedad (formales e informales) y son bajos y predecibles los impuestos y las demás fugas de beneficios (como la corrupción), lo cual depende del régimen político, que también puede impulsar al empresariado a través de inversiones específicas, como servicios adicionales para los campesinos, educación, capacitación de la fuerza de trabajo, etcétera.

Los países pobres y algunos países en desarrollo permanente encaran grandes obstáculos para combinar los cuatro elementos del progreso: trabajo, capital, recursos naturales e innovación y avance tecnológico. Además, las dificultades se refuerzan entre sí, en un círculo vicioso de pobreza o subdesarrollo: Los bajos ingresos conducen a un bajo ahorro; un bajo ahorro retarda el crecimiento del capital; la insuficiencia de capital evita la introducción de maquinaria nueva y el crecimiento rápido de la productividad; la baja productividad conduce a bajos ingresos, que a su vez conducen a bajos ahorros y así sucesivamente. Otros elementos de la pobreza también se refuerzan entre sí. La pobreza suele estar acompañada de bajos niveles de educación, alfabetización y conocimientos; éstos, a su vez, evitan o dificultan la adopción de tecnologías nuevas y mejoradas, además de que provocan un rápido crecimiento demográfico, que consume las mejoras de producción en general y de alimentos en particular.

Probablemente el modelo de desarrollo más exitoso de las últimas décadas sea el de los denominados tigres asiáticos (Corea del Sur, Hong Kong, Taiwán y Singapur), que mediante el ahorro de grandes fracciones de sus ingresos tradicionales y la canalización de éste hacia industrias de exportación de alto rendimiento rebasaron a todos los países latinoamericanos a finales de la década de los años ochenta.¹⁰ Es importante subrayar que el secreto del éxito de los tigres asiáticos no fue una doctrina de *laissez-faire*, puesto que de hecho los gobiernos de esos países llevaron a cabo una planeación y una intervención gubernamentales selectivas.

Un estudio reciente del Banco Mundial analizó las políticas económicas de las distintas regiones del mundo en desarrollo a fin de indagar si era posible identificar algunas tendencias.¹¹ Los resultados confirmaron los puntos de vista comunes. He aquí los aspectos notables:

¹⁰ Hace apenas una generación los tigres asiáticos tenían un ingreso per cápita equivalente a la cuarta o la tercera parte del de los países latinoamericanos más prósperos; hoy día, su PIB per cápita cuadruplica con creces el del promedio de los países de América Latina.

¹¹ *The East Asia Miracle: Economic Growth and Government Policies*, Washington, Banco Mundial, 1993. Citado por Samuelson y Nordhaus (*Economía, op. cit.*, pp. 565 y 573).

- Altas tasas de inversión. Los tigres asiáticos se apegaron a la receta clásica de altas tasas de inversión para construir la infraestructura necesaria y garantizar que sus economías obtuvieran la última tecnología. En el año de 1990 la tasa de inversión en esos países asiáticos fue de 35 por ciento del PIB en promedio, casi veinte puntos porcentuales más que la de los países de América Latina y el Caribe, donde fue de 17 por ciento en promedio (sólo el África sub-sahariana tuvo una tasa de inversión más baja). (Desafortunadamente, en el periodo 1965-1998, el PIB per cápita de los tigres asiáticos no sólo creció en promedio dos veces más que el de los países latinoamericanos, sino 4.4 veces más).
- Fundamentos macroeconómicos. Los tigres asiáticos (así como los demás países exitosos) mantuvieron una vigilancia continua sobre las políticas macroeconómicas, conservaron baja la inflación y altas las tasas de ahorro; invirtieron mucho en capital físico y en capital humano (de hecho hicieron más por la educación que cualquier otra área en desarrollo), y administraron sus sistemas financieros de modo de asegurar la estabilidad monetaria y una moneda fuerte.
- Orientación hacia el exterior. Los tigres asiáticos se orientaron hacia el exterior. Con frecuencia subvaluaron sus tipos de cambio para promover las exportaciones, estimularon las exportaciones con incentivos fiscales y buscaron el avance tecnológico a través de la adopción de tecnologías óptimas de los países de altos ingresos.

En resumen, entre los ingredientes clave del método del mercado administrado de Japón y los tigres asiáticos están la estabilidad macroeconómica, *las altas tasas de inversión, un sistema financiero sólido y eficiente*, mejoras rápidas en la educación y una orientación hacia el exterior de las políticas comercial y tecnológica.

Para concluir este apartado señalaré que el Estado desempeña un papel vital en el establecimiento y mantenimiento de un ambiente económico saludable. Debe generar un orden normativo que incentive (no que desaliente, retarde u obstaculice) la inversión; asegurar el respeto por la ley; imponer el cumplimiento de los contratos, y orientar la regulación hacia la competencia y la innovación. Con frecuencia, el gobierno juega un papel guía en la inversión en capital humano a través de la educación, la salud y el transporte; sin embargo, debe concentrarse en el sector privado cuando no tenga ventajas comparativas. La norma general es que el gobierno debe dirigir sus esfuerzos hacia áreas en las que haya síntomas claros de fallas de mercado y desmantelar los impedimentos regulatorios para el sector privado en áreas donde el Estado tenga desventajas comparativas.

IV.3. Inversión y sistema financiero

Hemos visto que la acumulación de capital, sea éste físico o humano, es producto de la inversión y que la inversión representa consumo diferido.

La acumulación de capital físico está determinada por dos fuerzas fundamentales. Por un lado, la demanda de capital, que resulta del hecho de que los procesos de producción indirecta son productivos: sacrificando consumo hoy, la sociedad eleva el ingreso y el consumo futuros, pues es un hecho tecnológico que la producción indirecta genera una tasa de rendimiento positiva. Por otro lado, la oferta de fondos, que deriva de la disposición de la gente a sacrificar consumo presente con objeto de acumular activos financieros, en otras palabras, la disposición de la gente a prestar fondos a las empresas a cambio de acciones o de bonos y con la finalidad de que éstas realicen inversiones productivas en procesos de producción indirecta. De este modo, los fondos requeridos para adquirir capital son proporcionados por los hogares que están dispuestos a sacrificar el consumo de hoy a cambio de un mayor consumo mañana, mientras que la demanda de capital proviene de las empresas que tienen diversos proyectos indirectos de inversión. Estas dos fuerzas, la oferta y la demanda de capital, alcanzan el equilibrio mediante la tasa de interés a la cual la acumulación de capital de la sociedad corresponde a la cantidad que la gente está dispuesta a sustraer del consumo en forma de ahorro.

El interés es un elemento que cumple dos funciones en la economía. Como herramienta de motivación proporciona un incentivo para que la gente ahorre y acumule riqueza. Como instrumento de racionamiento, permite a la sociedad elegir únicamente aquellos proyectos de inversión con las mayores tasas de rendimiento. En una economía ideal, de libro de texto, la disponibilidad de ahorros interactúa con la productividad neta del capital para determinar tasas de interés, tasas de rendimiento sobre el capital y existencias de capital. En el equilibrio a largo plazo, la tasa de interés está determinada por la interacción entre la productividad neta del capital y la disposición de los hogares a sacrificar el consumo de hoy por el consumo de mañana.

Nótese que al hablar de disposición y no sólo de capacidad se pone de manifiesto la importancia de la cultura del ahorro para la acumulación de capital y, por ende, el crecimiento económico.

IV.3.1. Activos tangibles y activos financieros

No resulta ocioso definir estos dos conceptos y anotar un par de características de los mismos. Los activos tangibles son la tierra y los bienes de capital como inmuebles, computadoras y automóviles que son empleados para fabricar bienes o prestar servicios. Los activos financieros son esencialmente papeles, o más adecuadamente, derechos monetarios de una de las partes con respecto a la otra. Con frecuencia un activo tangible respaldará o servirá como garantía de un activo financiero.

Los activos tangibles son parte esencial de una economía puesto que aumentan la productividad de los otros factores. Los activos financieros son cruciales debido a que existe una disparidad entre ahorradores e inversionistas que exige la presencia de mercados, organizaciones, instituciones e instrumentos que sirvan para canalizar los fondos de los ahorradores hacia aquellos que desean invertir. Los activos financieros son los instrumentos que permiten que los hogares y otros ahorradores proporcionen recursos financieros o fondos a aquellos que quieren invertir en capital tangible o intangible. Este proceso es parte del gran conjunto de procesos y actividades denominado finanzas.

Entre los principales activos financieros se encuentran las acciones. Éstas son derechos de propiedad sobre las empresas. Su rasgo económico principal es que producen dividendos, que son pagos que se toman de los beneficios netos de las empresas. En el caso de las acciones que se comercian públicamente, sus precios se fijan en las bolsas de valores.

La bolsa de valores, concretamente el mercado accionario, es el lugar donde se compran y venden las acciones de las empresas de propiedad pública. La importancia de este mercado varía considerablemente de un país a otro; mientras que en los Estados Unidos, por ejemplo, el mercado accionario es el centro de la economía corporativa, en México se encuentra en un estado que puede válidamente calificarse de subdesarrollado.

Las acciones y los demás activos financieros tienen distintas características. Dos de las más importantes son la tasa de rendimiento y el riesgo.

La tasa de rendimiento es la ganancia total, en pesos o en alguna moneda corriente, del activo o valor. La tasa de rendimiento de un valor se mide como un porcentaje del precio del valor al inicio del periodo relevante. En el caso de las cuentas de cheques y los bonos a corto plazo, por ejemplo, el rendimiento sería la tasa de interés. Para la mayor parte de los demás activos, entre ellos las acciones, el rendimiento es la combinación de un ingreso (llamado

dividendos en el caso de las acciones) y una ganancia o pérdida de capital, que se refleja en el aumento o la disminución del valor del activo.

El riesgo es la variabilidad de los rendimientos de una inversión. El hecho de que algunos activos (como los bonos) tengan tasas de rendimiento predecibles, mientras que otros (como las acciones) tengan un grado alto de riesgo, hace del riesgo una de las características más importantes de las inversiones en general y de los activos financieros en particular.

En general, las personas prefieren los activos que ofrecen un mayor rendimiento; sin embargo, también desean enfrentar el menor riesgo posible. Para decirlo en la jerga de los economistas: sienten aversión por el riesgo.¹² Ello quiere decir que sólo adquirirán activos más riesgosos que otros si los primeros ofrecen un mayor rendimiento esperado que los segundos. A la larga, las inversiones seguras, como los bonos, tienen menores rendimientos promedio que las inversiones riesgosas, como las acciones.

En general, el rendimiento de los activos, sean éstos acciones o bonos, debe ser mayor que la tasa de interés real e incluir, en el caso de las acciones, una prima por el riesgo asumido.

IV.3.2. El sistema financiero. Componentes y funciones principales

En una economía moderna es el sistema financiero el encargado de canalizar los fondos de los ahorradores hacia los consumidores y los inversionistas. Sin él las empresas no podrían realizar las enormes inversiones necesarias para desarrollar nuevos bienes, las personas estarían imposibilitadas para adquirir un inmueble antes de haber ahorrado el precio total del mismo y una buena parte de los estudiantes no podría asistir a la universidad sin haber ahorrado primero las grandes sumas de dinero que se necesitan. Por ello no sorprende que una de las ramas más importantes de la economía moderna sea la que se ocupa del estudio de las finanzas y el sistema financiero.

Por finanzas se entiende el conjunto de procesos y actividades por el cual los agentes económicos prestan y piden prestado a otros agentes, bien para consumir, bien para invertir. Las actividades que intervienen en las finanzas se llevan a cabo en el sistema financiero, que en el más amplio de los sentidos abarca no sólo a los mercados y los intermediarios financieros,

¹² Puede decirse, de manera un tanto informal, que una persona siente aversión por el riesgo cuando el disgusto que le causa la pérdida de una determinada cantidad de ingreso es mayor que el placer que le reporta la obtención de esa misma cantidad de ingreso.

sino también a las empresas y otras organizaciones que satisfacen las decisiones financieras de las familias, las empresas y los gobiernos.

En las finanzas, algunos flujos (como la compra de 100 acciones de la empresa X) van directamente a los mercados financieros, mientras que otros (como la compra de acciones de portafolios administrados por fondos de inversión o los depósitos de dinero en cuentas de cheques) pasan por intermediarios financieros. Idealmente, el flujo de fondos en los sistemas financieros se realiza a través de los mercados y los intermediarios financieros. Es decir, idealmente los préstamos y los créditos se otorgan y adquieren en mercados financieros y a través de intermediarios financieros.

Los mercados financieros son como los demás mercados, excepto que los productos y servicios que se comercian en ellos consisten en instrumentos financieros, como las acciones y los bonos. Los mercados financieros más importantes son el mercado de dinero; el mercado de activos a interés fijo, donde se ofrecen y adquieren bonos e hipotecas, por ejemplo; el mercado accionario, donde se comercia la propiedad (o una parte de la propiedad) de las empresas públicas, y el mercado cambiario, donde se comercian monedas de distintos países.

Los intermediarios financieros son organizaciones que proporcionan servicios y productos financieros. Las organizaciones financieras difieren de las demás empresas en que sus activos son principalmente financieros y no reales, como son las plantas y la maquinaria, por ejemplo. Un gran cantidad de las transacciones financieras al menudeo se hace a través de intermediarios financieros y no en forma directa en los mercados financieros. Los intermediarios financieros más importantes son los bancos comerciales, que reúnen los depósitos o fondos de los particulares y de otros agentes y los prestan a empresas y a otros agentes que necesiten recursos para invertir o para consumir. Otros intermediarios financieros importantes son las compañías de seguros y los fondos de pensiones, que proporcionan productos especializados, como pólizas de seguro e inversiones para el retiro. Un tercer grupo de intermediarios financieros es el que “agrupa” y “subdivide” los valores; entre ellos están los fondos de inversión, que poseen bonos y acciones corporativas por cuenta de los pequeños inversionistas, y los revendedores hipotecarios, que compran hipotecas a los bancos y las “preparan” para ofrecerlas a otros inversionistas.

Los sistemas financieros transfieren recursos en el espacio, en el tiempo y entre los distintos sectores. Se dice que un sistema financiero es eficiente cuando dicha transferencia de recursos provoca que los ahorros se inviertan con la mayor eficiencia, es decir, donde resulten más productivos.

Las funciones principales de un sistema financiero son: transferir recursos, administrar riesgos, agrupar y subdividir fondos y compensar transacciones.

Explicaré brevemente en qué consisten dichas funciones, a reserva de abundar en ellas en el subcapítulo IV.5, donde expondré con cierto detalle cuál es la relación que guardan con el aumento de la inversión en capital físico, la innovación y el cambio tecnológico y el crecimiento económico:

- El sistema financiero transfiere recursos en el tiempo, entre regiones y entre sectores. Esta función permite que los ahorros no permanezcan ociosos o subutilizados. En el caso de un sistema eficiente esta función garantiza además que los ahorros se inviertan en su uso más productivo.
- El sistema financiero administra riesgos de la economía. En cierto sentido, el manejo del riesgo es como una transferencia de recursos: transmite y distribuye los riesgos de las personas o los sectores que mayor necesidad tienen de distribuir sus riesgos hacia y entre las personas y los sectores que mejor pueden enfrentarlos.
- El sistema financiero agrupa y subdivide fondos, en función de las necesidades del ahorrador o inversionista individual. Supongamos que un inversionista tiene un ahorro de 100,000 pesos y desea invertirlo en un portafolio diversificado de acciones. Sin embargo, sus ahorros son insuficientes: para comprar un portafolio eficiente de 100 compañías podría necesitar fondos por 100 millones de pesos. Aquí es donde entran los fondos de inversión: Un fondo que cuente con mil pequeños inversionistas puede agrupar los fondos de todos ellos, comprar el portafolio, subdividirlo y administrarlo por los inversionistas.

Como veremos un poco más adelante, una economía moderna requiere empresas grandes, que tengan invertidos miles de millones de pesos en plantas y equipos. Sin embargo, es muy poco probable que una sola persona pueda obtener esas cantidades y es casi imposible que quien pueda hacerlo decida invertirlos en un solo proyecto. Aquí es donde entran la gran empresa moderna o corporación y su posibilidad de vender acciones a muchas personas y agrupar esos fondos para efectuar inversiones grandes y riesgosas.¹³ Claro está que dicha posibilidad no existiría si no existieran los mercados, los intermediarios y los instrumentos financieros, particularmente los mercados accionarios, los fondos o sociedades de inversión y los contratos de intermediación.

¹³ Más adelante me referiré con mayor detalle a la función económica de la empresa en general y de la sociedad anónima en particular.

- El sistema financiero desempeña una importante función de cámara de compensación, que facilita las transacciones entre los deudores (compradores) y los acreedores (vendedores). Esta función permite hacer transferencias rápidas de fondos en todo el mundo.

Sin duda, el sistema financiero es una parte crucial de una economía moderna. De que realice adecuada y eficientemente las funciones anotadas depende que el sistema cumpla con su misión económica, a saber: equilibrar el ahorro y la inversión; facilitar la acumulación de capital y el cambio tecnológico, y, en última instancia, impulsar el crecimiento económico.

IV.4. La empresa y la sociedad anónima. Su importancia económica y sus principales características

IV.4.1. La empresa

En este subcapítulo haré una brevísima referencia a la empresa en general y a la sociedad anónima en particular, destacando su importancia económica, sus principales funciones y algunos de los problemas que enfrentan.

Las empresas son organizaciones especializadas cuya función general es organizar y administrar el proceso de producción. Entre sus funciones particulares más importantes se encuentran: la explotación de economías de producción masiva, la obtención de fondos y la organización de los factores de la producción.

El crecimiento económico depende en buena medida de que las empresas lleven a cabo adecuada, eficientemente dichas funciones. El que ello suceda depende de una gran variedad de factores, entre los que me interesa destacar el orden jurídico y el sistema financiero, que a su vez también es función del orden jurídico.

La función principal de las empresas, la que hace de ellas un elemento fundamental de las economías modernas, es sin duda la explotación de economías de producción masiva. Ello es así porque generalmente la eficiencia precisa de una producción a gran escala. En términos

más claros, la eficiencia generalmente depende de la especialización y la división del trabajo, las cuales son función de la escala de producción.

La segunda función de las empresas, esto es, la obtención de recursos para la producción a gran escala (recursos que casi siempre están negados para las personas físicas), está íntimamente relacionada con la primera. En efecto, la producción eficiente por parte de las empresas privadas sería casi impensable si éstas no fuesen capaces de recolectar miles de millones de pesos cada año para el desarrollo de nuevos proyectos. En la actualidad, en una economía de empresas privadas la mayor parte de los fondos para la producción provienen de los beneficios que las mismas empresas generan y del dinero que piden prestado en los mercados financieros.

La tercera función de las empresas, la tercera gran razón por la que existen, es la organización de los factores de producción, o más generalmente, del proceso de producción. La organización de la producción suele recaer en el director de la empresa. Es él quien dirige la especialización y la división del trabajo; introduce ideas, productos o procesos nuevos; toma las decisiones de negocios, y rinde cuentas del éxito o del fracaso de la compañía.

En resumen, en las economías modernas de mercado la producción es organizada por empresas porque en general la eficiencia precisa de la producción a gran escala, la obtención de importantes sumas de recursos financieros y la dirección y supervisión cuidadosas de las actividades en curso.

IV.4.2. La sociedad anónima. Principales características

En las economías de mercado avanzadas la mayor parte de la actividad económica se lleva a cabo en empresas constituidas como sociedades anónimas. Desde el punto de vista económico una sociedad anónima es una forma de organización de negocios, una forma de empresa propiedad de un determinado número de socios denominados accionistas que disfrutan de responsabilidad limitada, lo que quiere decir que la inversión y la exposición financiera de los mismos se limita estrictamente a una cantidad específica: el monto de lo que cada uno invirtió en la empresa.

Las características económicas fundamentales de la sociedad anónima moderna son las siguientes:

- La propiedad de la sociedad anónima está determinada por la propiedad de las acciones comunes de la compañía. Así, si una persona es propietaria de X por ciento de las acciones de la sociedad anónima, es propietaria de X por ciento de la sociedad. Generalmente, las sociedades anónimas más importantes cotizan sus acciones (así como otros valores emitidos por ellas) en la bolsa de valores. A estas sociedades se las llama empresas públicas. En los Estados Unidos es en los mercados de valores donde se negocian los títulos de las mayores sociedades estadounidenses (y del mundo) y se invierte una gran parte del capital de riesgo del país. En México la cosa es diferente; sólo un pequeñísimo número de las empresas nacionales cotiza sus valores en la bolsa.
- En principio, los accionistas controlan las sociedades de las que son propietarios. En efecto, además del derecho de recibir dividendos proporcionales a la cantidad de acciones que poseen (derecho patrimonial), los accionistas tienen el derecho de elegir a los miembros del consejo de administración y el derecho de votar sobre muchas cuestiones importantes (derechos corporativos). Sin embargo, no desempeñan, o no necesariamente, un papel significativo en la administración de las grandes sociedades anónimas. En la práctica, apenas si la controlan (y no todos, sino sólo algunos, a los que se denomina accionistas de control), pues suelen estar demasiado dispersos como para organizarse y echar atrás, en su caso, las decisiones de los consejeros y los directivos.
- La ley otorga a los miembros del consejo de administración y a los directivos de las sociedades anónimas el poder para tomar decisiones. Ellos deciden lo que se va a producir y la forma en que va a producirse; negocian con los sindicatos; deciden si venden la empresa a otra que desee absorberla, etcétera. Los accionistas son propietarios de la sociedad anónima pero son los consejeros y los directivos quienes la manejan. A esta característica de las sociedades anónimas se la conoce como el “problema de la separación de la propiedad y el control”.

IV.4.3. La sociedad anónima. Importancia económica

Las sociedades anónimas predominan en las economías de mercado porque son un instrumento extraordinariamente eficiente para hacer negocios: tienen personalidad jurídica propia; gracias a la separación de la propiedad y el control, pueden y suelen estar dirigidas (al menos las más importantes) por personas distintas de los socios que generalmente están

altamente capacitadas, especializadas o experimentadas; la separación de la propiedad y el control también permite que los directivos tomen de manera rápida y eficaz decisiones relevantes, sin tener que consultar al consejo de administración o a la asamblea de accionistas; pueden tener sucesión o existencia perpetua, independientemente del número de veces que las acciones cambien de manos, etcétera. Por lo que se refiere a los accionistas de las sociedades anónimas, éstos disfrutan de responsabilidad limitada, que los protege en lo personal si la sociedad incurre en deudas o pérdidas superiores a la aportación inicial de cada uno de ellos, lo que constituye un incentivo para la inversión y un mecanismo extraordinariamente eficaz para la reducción y la diversificación del riesgo.

En las economías modernas son las sociedades anónimas las que producen la mayoría de los bienes y servicios porque, como he señalado anteriormente, en las economías modernas 1) las economías de producción masiva obligan a producir grandes volúmenes; 2) los grandes volúmenes y la tecnología de producción exigen mucho más capital que el que podría conseguir una sola persona o un grupo reducido de personas y, sobre todo, que el que estaría dispuesto a arriesgar una sola persona o un grupo pequeño de personas, y 3) la producción eficiente exige la coordinación y gestión cuidadosas de las tareas por parte de un órgano directivo centralizador. La forma de organización que mejor se adapta a estas exigencias es sin duda la sociedad anónima.

En las economías modernas la eficiencia en la producción a menudo precisa de empresas grandes que cuenten con miles de millones de pesos de capital para invertir. Gracias a que cuentan con responsabilidad limitada y una cómoda y conveniente estructura de gestión, las sociedades anónimas son el instrumento más eficaz para atraer esas enormes sumas de capital privado, producir toda una variedad de productos relacionados entre sí y diversificar los riesgos. En la actualidad la gran sociedad anónima es capaz de reunir miles de millones de pesos de capital mediante los procedimientos de pedir préstamos a los bancos y de obtener recursos en los mercados de capitales —o sea, fondos provenientes de los tenedores de bonos y los titulares de acciones—, ya sea que hagan esto último directamente o indirectamente, a través de fondos de inversión u otros inversionistas institucionales.

El binomio sociedades anónimas-mercados de capitales es crucial. Las sociedades anónimas posibilitan que la propiedad financiera del capital físico se reparta entre muchas personas, mientras que los mercados de capitales permiten comerciar de manera rápida, segura y económica (al menos en teoría) los títulos de propiedad de las grandes sociedades anónimas. Es decir, dicho binomio facilita la dispersión entre el público inversionista de la propiedad y el riesgo de las empresas grandes y aventuradas, permitiendo de este modo la

realización de inversiones mucho mayores y más riesgosas que las que podría o aceptaría emprender un solo individuo o un grupo pequeño de personas.

En otro orden de ideas, los estudiosos de las organizaciones han señalado la importancia vital de las grandes empresas en la promoción de la innovación y el cambio tecnológicos y el aumento de la productividad. Ello precisa también de enormes cantidades de recursos y de dinero, por lo que también es función del financiamiento, esto es, del sistema financiero.

IV.4.4. La sociedad anónima. Separación de la propiedad y el control y el problema de agencia

En teoría, una de las principales características de las grandes sociedades anónimas es que son en su mayoría empresas públicas cuya propiedad se encuentra en manos de muchos inversionistas. En teoría, esta alta dispersión de la propiedad social provoca que la propiedad de la empresa se encuentre separada del control de la misma, es decir, que los propietarios no puedan influir fácilmente en la dirección y la administración de su propia compañía.¹⁴ En efecto, aunque son los accionistas quienes eligen al consejo de administración, son los consejeros y los altos directivos quienes toman las grandes decisiones sobre la estrategia de la empresa y los responsables de su funcionamiento diario.

Como he señalado anteriormente, la separación de la propiedad y el control ofrece ventajas importantes. Sin embargo, también presenta un inconveniente serio: el problema de agencia que ocurre entre los accionistas, por un lado, y el consejo y la dirección, por el otro.

Una relación de agencia se establece cuando una parte, llamada “principal”, delega algunos derechos –por ejemplo, derechos de uso sobre un recurso– a otra parte, denominada “agente”, la cual queda obligada por un convenio (formal o informal) a representar los intereses del principal a cambio de un pago de algún tipo. Existen muchas formas de relaciones de agencia, incluidas las de propietario-administrador (o propietario-director o propietario-gerente), administrador-trabajador, elector-legislador, legislador-burócrata, etcétera.

¹⁴ Al parecer, la dispersión de la propiedad de las empresas públicas es una ficción teórica más que una realidad, al menos fuera de los Estados Unidos, el Reino Unido, Japón, Corea del Sur, Taiwán y, en menor medida, Canadá, lugares donde, salvo algunas excepciones, la dispersión de la propiedad sí es una característica de las grandes sociedades anónimas.

AT&T es un buen ejemplo de una empresa cuya propiedad está verdaderamente dispersa: En 1999, las acciones de la compañía estaban repartidas entre más de 5 millones de personas, ninguna de las cuales poseía siquiera el 1 por ciento de las mismas.

El problema central de las relaciones de agencia deriva de la posibilidad, muy común en la práctica, de que los objetivos del agente no se correspondan exactamente con los del principal. Esta falta de correspondencia hace necesario cierto tipo de monitoreo para asegurar que el comportamiento del agente sea congruente con los intereses del principal. Sin embargo, en virtud de que el monitoreo es costoso, normalmente es inviable o imposible que los principales controlen perfectamente el desempeño de los agentes, lo que da lugar a la posibilidad del comportamiento oportunista del agente cuando los intereses de éste y los del principal son divergentes.

El comportamiento oportunista del agente impone al principal dos tipos de costo: los costos directos de agencia que surgen a causa de dicho comportamiento y los costos de monitoreo que trae consigo el intento del principal por controlar el desempeño del agente. Cuanto mayor sea la divergencia entre los intereses del principal y los del agente, mayores serán el riesgo y el costo del comportamiento oportunista, y mayores serán los costos de agencia.

En la relación de agencia que se presenta entre los accionistas de una empresa y los administradores de la misma el problema de agencia deriva del hecho de que la utilidad de los primeros es una función directa de los beneficios que la empresa genere y los dividendos que se les otorguen, mientras que la utilidad de los segundos es función, entre otras cosas, del ingreso y el ocio. Esta situación suele presentar dos importantes conflictos de intereses. Primero, los directivos pueden concederse altos sueldos, participaciones accionarias, gastos de representación, primas, viáticos elevados y generosas pensiones de jubilación a expensas de los accionistas, es decir, usurpándoles lo que en principio les corresponde.¹⁵ Segundo, los consejeros y directivos de las empresas tienen una tendencia comprensible a retener los beneficios y utilizarlos para reinvertirlos en la empresa en lugar de repartirlos como dividendos o utilizarlos para rescatar acciones. Asimismo, puede haber situaciones en las que sería más rentable para los accionistas invertir fuera de la empresa los beneficios que se reinvierten en ella; pero esto pondría en riesgo el trabajo de los directivos, quienes tienen fuertes incentivos a

¹⁵ Estos excesos se presentan con más frecuencia y gravedad en los Estados Unidos que en los demás países. El que así sea tiene lógica: es en ese país donde más dispersa está la propiedad de las grandes empresas públicas y donde menos frecuente es que exista un accionista o grupo de accionistas que controle a los consejeros y a los principales directivos. Un dato interesante: se paga de 10 a 20 veces más a los altos ejecutivos de las empresas estadounidenses que a los directores de compañías similares en otros países. Algunos ejecutivos de compañías con pobre desempeño –e incluso compañías como WorldCom o Enron que terminaron quebrando– recibieron salarios o bonos por un total de 100 millones de dólares o más. Evidentemente, estos excesos sólo son posibles si la separación de la propiedad y el control es real y no una mera ilusión teórica. Puesto de otra manera: dichos excesos prueban que en los Estados Unidos dicha separación es un hecho real y no una teorización. (Los otros países con un grado de dispersión de la propiedad similar al estadounidense son el Reino Unido, Japón, Corea del Sur y Taiwán. Véase Rafael La Porta *et al.*, “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, vol. 106, núm. 6, 1998, pp. 1113-1155, pp. 1147 y 1148.)

extender la vida de la empresa aunque hacerlo no sea lo más rentable para los accionistas. En algunos casos, los accionistas ganarían si la compañía fuera absorbida por otra o simplemente se liquidara y se repartieran los ingresos obtenidos. No obstante, son contadas las situaciones en las que los consejeros y los directivos están dispuestos a votar o pronunciarse a favor de alguna medida que suponga el cierre de la empresa y la pérdida de su empleo.

En el problema de agencia accionista-administrador, el reto consiste en diseñar un mecanismo o método que permita al primero controlar el desempeño del segundo a fin de asegurar que éste promueva sus intereses, esto es, maximice los beneficios de la empresa y los emplee en el mejor interés de los propietarios. Uno de dichos métodos es el llamado *bonding*, que consiste en “atar” los intereses del agente a los del principal. A este tipo de “ataduras” se las denomina “alineación de incentivos” (aunque en realidad lo que se alinea son los intereses, para hacer lo cual se crean los incentivos adecuados).

Por virtud del *bonding* el agente ofrece al principal, dentro del proceso de contratación, algún tipo de compromiso que en el papel garantiza que no incurrirá en comportamientos oportunistas. En el caso de la relación de agencia establecida entre el accionista y el directivo, el *bonding* podría consistir en la garantía de que los estados financieros se mantendrán auditados por contador público certificado, en el compromiso de que el directivo no incurrirá en usos indebidos de los recursos de la empresa o incluso en limitaciones contractuales al poder de decisión del directivo. Hay que señalar que no obstante que estos compromisos pueden reducir considerablemente los problemas de agencia, imponen cargas a la empresa. Por una parte, incrementan los costos de contratación. Por la otra, imponen costos directos consistentes, por ejemplo, en el costo de los auditores o en el costo de oportunidad de las ocasiones de obtener ganancias que sean sacrificadas, total o parcialmente, a causa de las restricciones impuestas a la conducta del administrador que impiden que éste siempre aproveche plenamente las oportunidades de negocios que se le presenten.

El grado en el que estos tipos de mecanismos de alineación de incentivos son incorporados a los contratos está en función del nivel de los costos de transacción relevantes, o sea, los costos de incluir tales cláusulas en el contrato (costos de negociación fundamentalmente) en comparación con los costos de monitoreo, y ambos costos en comparación con los costos directos de agencia previstos por el principal. Cabe esperar que a medida que el tamaño de la empresa aumente, tanto los costos directos de agencia esperados como los costos de monitoreo esperados aumenten también, llevando al propietario de la empresa a intentar diseñar esquemas de alineación de incentivos que puedan ser incorporados en los acuerdos contractuales.

Como veremos más adelante, el sistema jurídico desempeña un papel fundamental en el control y la aminoración del problema de agencia a que me he venido refiriendo. Por una parte, el sistema jurídico prohíbe u ordena a los consejeros y directivos la realización de ciertas conductas que se considera que dañan o favorecen, según sea el caso, los intereses de los accionistas. Por otra parte, concede a estos últimos un conjunto de derechos y mecanismos para intervenir, directa o indirectamente, en las decisiones más importantes de la empresa, e incluso para oponerse a decisiones tomadas. De que el sistema jurídico establezca precisa y correctamente las prohibiciones, obligaciones, derechos y mecanismos mencionados depende en buena medida el nivel de protección jurídica de los accionistas contra el riesgo de usurpación.

IV.5. Sistema financiero y crecimiento económico

Todos los economistas no están de acuerdo sobre la importancia del sistema financiero para el crecimiento económico. Existen quienes consideran que el desarrollo del sistema financiero es consecuencia del crecimiento económico y la industrialización y no al revés. También hay quienes sostienen que el efecto del sistema financiero sobre el crecimiento, de existir, está sobrevalorado. Por último se encuentran quienes mantienen que el papel del sistema financiero en el crecimiento es decisivo. A este último grupo pertenecen Ross Levine, Robert G. King y Sara Zervos, a quienes seguiré para desarrollar el presente apartado.

Levine es uno de los principales estudiosos de la relación entre el desarrollo del sector financiero y el crecimiento económico de un país. En el artículo “Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda”,¹⁶ Levine sostiene que tanto los análisis teóricos como los trabajos empíricos indican la existencia de una relación positiva de primer orden entre el desarrollo financiero y el crecimiento económico. De acuerdo con este autor, el desarrollo de mercados, instituciones e instrumentos financieros es un elemento crucial e inseparable del proceso de crecimiento que no puede verse como una respuesta, pasiva y sin consecuencias, al crecimiento económico y la industrialización. En este sentido, Levine señala que existe evidencia de que el nivel de desarrollo financiero está correlacionado positivamente con las tasas *futuras* de crecimiento económico, acumulación de capital y cambio tecnológico. También

¹⁶ *Op. cit.*

hay evidencia de que el desarrollo financiero afecta de manera importante la velocidad y el patrón del crecimiento económico.

IV.5.1. Análisis teórico. Las funciones del sistema financiero y el crecimiento

En el artículo en comentario, Levine echa mano de la teoría existente para estructurar un marco analítico del nexo finanzas-crecimiento. La teoría argumenta que los mercados, las instituciones y los instrumentos financieros surgen para reducir los costos de información y de transacción y mitigar sus efectos negativos.¹⁷ Una literatura cada vez más vasta muestra que el papel del sistema financiero en la reducción de dichos costos influye en las tasas de ahorro, las decisiones de inversión, la innovación tecnológica y las tasas de crecimiento de largo plazo.

El marco analítico desarrollado por Levine es funcional. El enfoque funcional sobre el papel del sistema financiero en el crecimiento económico se centra en los vínculos entre el crecimiento y el número y la calidad de las funciones provistas por el sistema financiero.¹⁸

Al aminorar los costos de obtener información y los costos de realizar transacciones, los sistemas financieros cumplen una función primaria: facilitan la asignación de recursos a través del tiempo, el espacio y los sectores en un ambiente de incertidumbre. Levine descompone esta función primaria en cinco funciones básicas –esto es, subfunciones que de uno u otro modo contribuyen a facilitar y mejorar la asignación de los recursos–:¹⁹ Los sistemas financieros

- facilitan la administración y aminoración (o sea, el intercambio y la diversificación) del riesgo,
- obtienen información acerca de las inversiones potenciales,
- monitorean a los directivos de las empresas y ejercen control corporativo,
- agrupan y movilizan los ahorros, y
- facilitan el intercambio de bienes, servicios y contratos.

¹⁷ De este modo, distintos tipos y combinaciones de costos de información y de transacción provocan la aparición de distintos mercados, instituciones e instrumentos financieros.

¹⁸ Levine advierte que el hecho de que este enfoque se centre en las funciones no implica que desmerite el papel de las instituciones (en el sentido de organizaciones). De hecho, el enfoque funcional subraya la importancia de estudiar la relación entre la estructura financiera –la combinación de instituciones, mercados e instrumentos financieros– y el suministro de servicios financieros y la calidad de los mismos. De este modo, el enfoque funcional plantea la siguiente cuestión: ¿cuál es la relación entre la estructura financiera y el funcionamiento del sistema financiero?

¹⁹ Una asignación de recursos es mejor que otra si se destina a proyectos con una tasa más alta de rendimiento o un impacto mayor en el aumento o la mejora de los factores del crecimiento.

Para exponer estas cinco funciones Levine explica el modo en que ciertas fricciones en los mercados (ocasionadas por los costos de información y de transacción y la aversión por el riesgo) originan el surgimiento de intermediarios, mercados e instrumentos financieros que cumplan alguna o algunas de dichas funciones, facilitando así la asignación eficiente de los recursos. El autor examina dos canales a través de los cuales cada una de las funciones financieras referidas puede afectar el crecimiento económico: la acumulación de capital y la innovación y el cambio tecnológicos. El sistema financiero afecta a estos factores del crecimiento ya sea alterando la tasa de ahorro, reasignando los ahorros entre las distintas tecnologías productoras de capital o modificando la tasa de innovación tecnológica. En concreto, las referidas funciones del sistema financiero afectan las decisiones de ahorro y de inversión, es decir, la asignación de los recursos, de dos distintas maneras que influyen en el crecimiento económico.²⁰

1. Administración y aminoración del riesgo. Levine considera dos tipos de riesgos: riesgo de liquidez y riesgo idiosincrásico.

La liquidez de un activo es la facilidad y la rapidez con que su titular puede convertirlo en poder de compra. Así, los riesgos de liquidez surgen a causa de incertidumbres asociadas a la conversión de activos en medios de cambio. Las fricciones creadas por las asimetrías en la información y los costos de transacción crean incentivos para el surgimiento de mercados e instituciones financieras que aumenten la liquidez. Los mercados de capitales líquidos son mercados en los que es relativamente barato negociar instrumentos (activos) financieros y donde existe poca incertidumbre sobre la oportunidad (el momento) y los términos en que se darán las negociaciones.

El vínculo entre liquidez y desarrollo económico surge debido a que mientras varios proyectos de altos rendimientos esperados (es decir, los proyectos potencialmente más redituables o rentables) requieren de un capital considerable comprometido por un periodo prolongado, a los ahorradores no les agrada renunciar al control de sus ahorros por periodos largos. Por lo tanto, si el sistema financiero no es capaz de aumentar la liquidez de las inversiones de largo plazo, lo más probable es que la inversión en los proyectos de altos rendimientos esperados se reduzca o se mantenga baja.²¹

²⁰ Los proyectos de acumulación de capital impulsan el crecimiento al aumentar el stock de bienes de capital e incrementar la capacidad productiva de la economía. Por su parte, los proyectos de innovación exitosos impulsan el crecimiento económico al acelerar el cambio tecnológico y aumentar la productividad de los factores de la producción.

²¹ En efecto, la aversión por el riesgo y el deseo de liquidez hacen que el inversionista individual 1) desee diversificar sus inversiones y 2) no destine una gran parte de sus ahorros a un proyecto ilíquido.

Los mercados de capitales líquidos hacen posible que los ahorradores posean activos – como acciones, bonos o certificados de depósito– que pueden vender fácil y rápidamente si necesitan tener acceso a sus ahorros. Al mismo tiempo, los mercados de capitales transforman estos instrumentos líquidos de inversión en inversiones de capital de largo plazo en procesos ilíquidos de producción. De este modo, los mercados accionarios líquidos posibilitan que los titulares de acciones vendan fácil y rápidamente sus valores a la vez que permiten que las empresas conserven permanentemente el acceso al capital invertido por los accionistas originales.

Si los sistemas financieros, en particular los mercados de capitales, no administraran y aminoraran adecuadamente los riesgos de liquidez, la gran mayoría de los ahorros se destinaría a los proyectos más líquidos, que son casi siempre los proyectos con las menores tasas de rendimiento. Ello es así toda vez que el riesgo de liquidez provoca que los incentivos para invertir en los proyectos líquidos y con una baja tasa de rendimiento sean mayores que los incentivos para invertir en proyectos ilíquidos pero con una tasa alta de rendimiento. (Un corolario de lo anterior es que los mercados de valores líquidos generan incentivos poderosos para la compra de acciones.)

En conclusión, debe ser posible, fácil, rápido y relativamente barato transferir la propiedad de los valores que representan el capital invertido en los procesos de producción durante el tiempo que duren los mismos. Al facilitar el intercambio de valores, los mercados de valores reducen el riesgo de liquidez. Asimismo, a medida que los costos de transacción y el riesgo de liquidez en el mercado caen, la inversión en los proyectos ilíquidos y con tasas altas de rendimiento aumenta. En efecto, una mayor liquidez inducirá que una mayor cantidad de recursos se dirija hacia el financiamiento de proyectos y tecnologías de más larga gestación pero de tasas de rendimiento más altas. Al eliminar o aminorar los riesgos de liquidez, el sistema financiero aumenta la inversión en proyectos y tecnologías ilíquidos y con altas tasas de rendimiento y acelera por esta vía el crecimiento económico.

Además de reducir el riesgo de liquidez, los sistemas financieros pueden mitigar los riesgos idiosincrásicos o característicos de los proyectos individuales, empresariales, industriales, regionales, nacionales, etcétera. Los bancos, los fondos mutualistas, los fondos de inversión y los mercados de valores proveen mecanismos e instrumentos para negociar, agrupar y diversificar el riesgo. De acuerdo con Levine, la capacidad del sistema financiero para ofrecer mecanismos y servicios de diversificación del riesgo puede afectar el crecimiento económico de largo plazo al alterar la asignación de recursos y las tasas de ahorro. La lógica económica subyacente es clara: Los proyectos con altas tasas de rendimiento tienden a ser

más riesgosos que los proyectos con bajas tasas de rendimiento. Sin embargo, a los ahorradores generalmente no les gusta el riesgo. Por lo tanto, los sistemas financieros que facilitan la diversificación del riesgo tenderán a inducir con mayor probabilidad un cambio en la composición de los portafolios de inversión, dirigiendo los recursos hacia proyectos con mayores tasas de rendimiento esperadas, es decir, mayor riesgo.

Además de su capacidad para favorecer la acumulación de capital productivo, la diversificación del riesgo puede fomentar el cambio tecnológico al estimular la investigación y la innovación tecnológicas. La lógica económica subyacente es similar a la del caso anterior: Involucrarse en procesos de investigación e innovación es riesgoso. Sin embargo, la posibilidad de contar con un portafolio diversificado de proyectos de innovación reduce el riesgo de la inversión inyectada al conjunto de proyectos contenido en el portafolios y alienta, por lo tanto, la inversión en los proyectos de este tipo. Por consiguiente, los sistemas financieros que facilitan la diversificación del riesgo pueden acelerar el cambio tecnológico y el crecimiento económico.

2. Obtención de información acerca de las inversiones y asignación de recursos. Evaluar a las empresas, los directivos y las condiciones del mercado es difícil y costoso. Generalmente, los inversionistas individuales no tienen el tiempo, la capacidad o los medios necesarios para reunir y procesar la información disponible sobre la amplia gama de empresas, directivos y condiciones económicas existentes. Asimismo, suelen estar renuentes a invertir en actividades sobre las que existe poca información confiable. De este modo, mantiene Levine, los altos costos de información pueden evitar que el capital fluya a su uso más valioso.

Los costos de información crean incentivos para el surgimiento de intermediarios financieros. Dichos intermediarios reducen, para cada inversionista particular, los costos de obtener y procesar la información existente sobre las inversiones posibles. En vez de que cada inversionista potencial adquiriera conocimientos y habilidades de evaluación y las emplee para evaluar y calificar los distintos proyectos de inversión, asumiendo los costos que ello supone, los intermediarios financieros hacen eso mismo por todos los inversionistas. Esto reduce los costos agregados de información, facilita a los inversionistas la evaluación y calificación de las distintas oportunidades de inversión y mejora la asignación de los recursos.

La capacidad de obtener y procesar información puede tener implicaciones importantes para el crecimiento. Dado que existe una demanda permanente de capital por parte de empresas y empresarios, la presencia de intermediarios y mercados financieros eficientes en la obtención y procesamiento de información así como en la selección de las empresas y los directivos más prometedores puede inducir una asignación más eficiente del capital y un crecimiento económico más veloz. Cuanto más eficientes sean los intermediarios y mercados

financieros en la obtención y procesamiento de información y en la evaluación y calificación de proyectos, mejor (más eficiente) será la asignación del capital y más rápido será el crecimiento.

Aunque esta función es más comúnmente realizada por los bancos, al parecer los mercados de valores también pueden influir en la adquisición y divulgación de información sobre empresas y directivos. Levine informa que de acuerdo con la literatura que sostiene esto último, cuanto más grandes y líquidos son los mercados de valores, mayores son los incentivos de los participantes en los mismos para obtener información sobre las empresas públicas (y, por lo tanto, mayores son las presiones y los incentivos para que las empresas y los mercados revelen esa información). Asimismo, cuanto más completa y confiable sea la información sobre las empresas, mejor será la asignación de los recursos y mayor será el impacto de la inversión en el crecimiento económico.²²

Las hipótesis anteriores no son compartidas por todos los estudiosos de las finanzas. Levine observa que existe un grupo de economistas que sostiene que el efecto de los mercados de valores grandes, líquidos y eficientes sobre la generación y divulgación de información acerca de las empresas que cotizan en ellos es ambiguo. El argumento es el siguiente: Los mercados de valores condensan y difunden dicha información en y a través de los precios de las acciones, los cuales son públicos; por lo tanto, incluso los agentes que no hayan llevado a cabo el costoso proceso de obtener y evaluar información sobre las empresas, los directivos y condiciones del mercado pueden simplemente observar los precios de las acciones y ver reflejada en ellos la información obtenida por otros. Esta posibilidad hace que el proceso de obtener y evaluar información sea en cierto aspecto un bien público; y es esta característica lo que provoca que los mercados grandes y líquidos tengan un efecto ambiguo sobre la generación y divulgación de información acerca de las empresas públicas. En efecto, la imposibilidad de excluir a los demás del uso de un bien público provoca que se produzca demasiado poco de él.²³ De este modo, si el aspecto de bien público del proceso de adquisición y evaluación de información es suficientemente poderoso, la sociedad terminará destinando muy pocos recursos a dicho proceso. Si eso llegara a suceder entonces los beneficios para la generación y divulgación de información que supone el contar con un mercado de valores grande, líquido y eficiente serán pequeños o nulos.

3. Monitoreo de los directivos y ejercicio de control corporativo. Levine señala que además de reducir el costo *ex ante* de adquirir y evaluar información, los contratos, los

²² Impacto que evidentemente será ínfimo si el mercado de valores es pequeño e ilíquido y no sirve como fuente de financiamiento sino únicamente como medio de especulación y vía para aumentar la riqueza de los propietarios de las empresas.

²³ Véase *supra* I.3.4.9.3.

intermediarios y los mercados financieros pueden surgir para mitigar los costos *ex post* (esto es, posteriores a la inversión o el compromiso del capital) de adquirir información, monitorear el desempeño de los directivos y ejercer control corporativo. Con respecto a los contratos, Levine señala que los propietarios de la empresa crearán acuerdos financieros (que siempre estarán delimitados en su contenido y alcance por el régimen jurídico aplicable) que obliguen o fuercen de algún modo a los directivos de la empresa a dirigirla en el mejor interés de los propietarios. Asimismo, los inversionistas externos – o sean, bancos, inversionistas institucionales, accionistas minoritarios, acreedores y, en general, aquellos inversionistas ajenos a la dirección y la administración cotidiana de la empresa– crearán acuerdos financieros (delimitados en su contenido y alcance por el régimen jurídico aplicable) que obliguen o fuercen a los accionistas de control, a los miembros del consejo de administración y a los directivos a dirigir y administrar la empresa de acuerdo con sus intereses. De esta manera, la presencia de acuerdos financieros que mejoren el gobierno corporativo puede estimular la movilización de los ahorros del público inversionista (un conjunto de inversionistas dispersos) y permitir que el capital fluya a inversiones que por lo demás son rentables.

A los inversionistas externos les resulta costoso verificar las utilidades de la empresa en general y los rendimientos de su inversión en particular. Esto genera fricciones importantes que pueden motivar el desarrollo financiero, particularmente la intermediación financiera. Los llamados *insiders* (accionistas de control, miembros del consejo de administración y directivos) tienen incentivos para falsear los rendimientos del proyecto a los denominados *outsiders* (inversionistas externos), lo que a su vez genera incentivos para que éstos vigilen la conducta de aquéllos. Sin embargo, el hecho de que existen costos de verificación y de que los mismos pueden llegar a ser muy altos hace socialmente ineficiente (y personalmente muy difícil) que los *outsiders* vigilen la conducta de los *insiders* en todas las circunstancias. Por otra parte, la existencia de costos de verificación puede llegar a inhibir u obstaculizar las decisiones de inversión y reducir la eficiencia económica. Los intermediarios financieros pueden reducir los costos de monitoreo y promover la inversión eficiente. El intermediario financiero (esto es, el banco o el inversionista institucional, pero sobre todo el banco) agrupa los ahorros de muchos individuos y los presta a los propietarios de un proyecto, y sólo él monitorea el desarrollo del mismo. El que el prestatario sólo sea monitoreado por el intermediario y no por todos los ahorradores reduce los costos agregados de monitoreo.

Además de reducir los costos de monitoreo y evitar que se “multipliquen”, un sistema financiero que facilita el control corporativo hace posible la separación eficiente de la propiedad

y el control de la empresa, lo que a su vez favorece la especialización eficiente de la producción de acuerdo con el principio de la ventaja comparativa.

En términos de su efecto sobre el crecimiento de largo plazo, los acuerdos y los intermediarios financieros que mejoran el control corporativo tienden a promover una acumulación de capital y un crecimiento económico más rápidos toda vez que mejoran la asignación de los recursos.

Lo anterior está referido fundamentalmente a los contratos de deuda y los bancos. Sin embargo, las bolsas de valores también pueden promover el control corporativo. Por ejemplo, la negociación pública de acciones en bolsas en las que los precios de las acciones reflejan fielmente la situación de las empresas permite a los propietarios de éstas atar el sueldo de los directivos a los precios de las acciones. Asociar el comportamiento de las acciones con la remuneración de los directivos contribuye a alinear los intereses de éstos con los de los propietarios de la empresa. Asimismo, los mercados de valores pueden promover un mejor control corporativo cuando facilitan las tomas de control de las empresas mal dirigidas. En efecto, la amenaza de una toma de control que ponga en riesgo el empleo de los directivos contribuye a alinear los intereses de éstos con los de los accionistas.

Levine informa que a diferencia de lo que ocurre con los bancos, no hay modelos que relacionen directamente la contribución de los mercados de valores a la mejora del gobierno corporativo con el crecimiento económico de largo plazo. Lo que es más, existen desacuerdos acerca de la importancia de los mercados de valores para el control corporativo. Por otra parte, los mercados de valores líquidos pueden reducir los incentivos para que los accionistas monitoreen a los directivos. Efectivamente, toda vez que reduce los costos de salida de una empresa, la liquidez del mercado de valores fomenta la difusión de la propiedad social, lo cual reduce los incentivos y aumenta las dificultades para vigilar activamente a los directivos.

4. Movilización de los ahorros. La movilización supone el agrupamiento de capital proveniente de ahorradores dispersos a fin de destinarlo a la inversión. Sin acceso a una multitud de inversionistas, lo que es decir a una inyección importante de capital, muchos procesos de producción estarían restringidos a escalas de producción económicamente ineficientes.

La movilización implica la creación de instrumentos (valores) de baja denominación. Estos instrumentos ofrecen a los hogares oportunidades de poseer portafolios diversificados, invertir en empresas que operan a escalas eficientes e incrementar la liquidez de sus activos. Al aumentar la diversificación del riesgo, la liquidez de los portafolios de inversión y la escala de producción de las empresas viables, la movilización mejora la asignación de los recursos.

Levine informa que la teoría económico-financiera sostiene que los sistemas financieros que son eficientes para agrupar y movilizar los ahorros de los individuos pueden afectar profundamente el desarrollo económico. Además del efecto directo que una buena movilización de los ahorros tiene sobre la acumulación de capital, la misma puede mejorar la asignación de los recursos e impulsar la innovación tecnológica.

5. Facilitación del intercambio. Los acuerdos financieros que disminuyen los costos de transacción pueden fomentar la especialización, la innovación tecnológica y el crecimiento económico. Ello es así porque la especialización precisa de más transacciones que un ambiente autárquico; por lo tanto, reducir el costo de éstas equivale a estimular aquella y, por ende, la innovación tecnológica. En este sentido, los mercados que promueven y facilitan el intercambio fomentan las ganancias derivadas de la productividad.

Los sistemas financieros también pueden promover la acumulación de capital humano al facilitar la obtención de préstamos para la adquisición de conocimientos y habilidades.

De lo expuesto hasta ahora se sigue que lo que al final de cuentas hace que el sistema financiero cumpla con sus funciones básicas y, por lo tanto, con su papel de motor del crecimiento económico es su capacidad para reducir los costos de información y de transacción.

IV.5.2. Estudios empíricos

Los estudios empíricos en la materia se preguntan si las diferencias en el desarrollo y la estructura financieros están asociadas de manera importante con las diferencias en las tasas de crecimiento económico. Al respecto, una creciente literatura demuestra que existe una relación fuerte y positiva entre el desarrollo financiero y el crecimiento económico. Incluso existen estudios que prueban que el nivel de desarrollo financiero es un buen indicador del crecimiento económico *futuro*. Por lo que hace a la relación entre la estructura financiera y el funcionamiento del sistema financiero y a la relación entre aquella y el crecimiento económico, los datos son menos concluyentes.

En el artículo que he venido siguiendo, Levine señala que toda afirmación sobre el sentido de la causalidad entre desarrollo financiero y crecimiento económico será altamente impresionista y específica de un país y un periodo determinados. Empero, el conjunto de estudios sobre países particulares indica que si bien es verdad que el sistema financiero responde a las demandas del sector no financiero, también es cierto que los sistemas

financieros que funcionan adecuadamente han impulsado de manera importante y a veces durante largos periodos el crecimiento económico. Asimismo, existe evidencia de que un desarrollo financiero insuficiente ha llegado a crear “trampas de pobreza” o a convertirse en un obstáculo serio para el crecimiento incluso en situaciones en las que los países han establecido otras condiciones necesarias para el crecimiento económico sostenido, como la estabilidad macroeconómica, la apertura comercial, la formación de capital humano, etcétera.

Cabe aclarar que lo anterior no significa que el sistema financiero no se vea influido por desarrollos no financieros. Los cambios en las telecomunicaciones, en los sistemas informáticos, en las políticas monetaria y fiscal, en las políticas del sector no financiero, en las instituciones así como el crecimiento económico mismo influyen en la calidad de los servicios financieros y la estructura del sistema financiero.

Levine informa que diversos estudios comparativos de países, investigaciones de países en lo individual, estudios en el ámbito industrial e investigaciones en el ámbito de la empresa apuntan en una misma dirección: El funcionamiento del sistema financiero está altamente relacionado con el crecimiento económico. Dichos trabajos señalan que los países que cuentan con los bancos más grandes y los mercados de valores más activos son los países que crecen más aprisa durante las décadas subsiguientes. (Este resultado se mantiene incluso después de eliminar el efecto de otros factores que también subyacen al crecimiento económico.) Igualmente, los trabajos en comentario indican que las industrias y las empresas que dependen en buena medida del financiamiento externo crecen desproporcionadamente más rápido en los países que cuentan con bancos y mercados de valores bien desarrollados.

En un artículo titulado “Finance and Growth: Schumpeter Might Be Right”,²⁴ Ross Levine y Robert G. King presentan datos que prueban que el sistema financiero puede promover el desarrollo económico. Los autores descubrieron que varios indicadores del nivel de desarrollo financiero de un país están fuertemente y positivamente relacionados con indicadores del crecimiento del PIB per cápita real, la tasa de acumulación de capital físico (medida como una estimación de la tasa de crecimiento per cápita de capital físico y como la inversión en proporción al PIB) y las mejoras en la eficiencia con la que las economías emplean el capital físico. Asimismo, hallaron que el componente *predeterminado* (o rezagado) de desarrollo financiero está fuertemente correlacionado con las tasas *futuras* de crecimiento económico y de acumulación de capital físico así como con las mejoras *futuras* en la eficiencia económica. En concreto, descubrieron que la sólida relación entre el nivel de desarrollo financiero y la tasa de crecimiento económico no sólo refleja una relación positiva entre choques contemporáneos

²⁴ *Op. cit.*

tanto al desarrollo financiero como al económico; más bien, existe un importante vínculo entre el desarrollo financiero y el crecimiento *de largo plazo*. Los canales por los que el desarrollo financiero y el crecimiento se encuentran relacionados son la relación que aquél mantiene tanto con la tasa de acumulación de capital físico como con las mejoras en la eficiencia económica (es decir, la eficiencia con la que las economías asignan y emplean dicho capital). En concreto, los componentes del desarrollo del sector financiero están relacionados con el crecimiento y con las fuentes del crecimiento subsiguientes. Así, el vínculo entre el crecimiento y el desarrollo financiero no es sólo una relación contemporánea. No es que las finanzas sigan al crecimiento; al parecer las finanzas guían de manera importante el crecimiento.²⁵

De acuerdo con el estudio de los autores, el crecimiento económico tiende a ser relativamente más rápido durante los 10 a 30 años siguientes en aquellos países que tienen niveles relativamente altos de desarrollo financiero. Los datos son consistentes con la idea de que los servicios financieros estimulan el crecimiento económico al incrementar la tasa de acumulación de capital físico y mejorar la eficiencia con que las economías utilizan ese capital. Sin embargo, los autores no establecen ningún vínculo entre las políticas públicas del sector financiero y el crecimiento económico.

Por otra parte, Levine y Sara Zervos documentan, en un artículo titulado “Stock Markets, Banks, and Economic Growth”,²⁶ la comprobación empírica de que tanto la liquidez del mercado de valores como el desarrollo bancario predicen positivamente el crecimiento de la economía, la acumulación de capital y las mejoras en la productividad cuando entran *juntos* en las regresiones, incluso después de eliminar el efecto de ciertos factores económicos y políticos que también impulsan el crecimiento.²⁷ Estos resultados son consistentes con las opiniones que sostienen que los mercados financieros proporcionan servicios importantes para el crecimiento y que los mercados de valores proporcionan servicios distintos de los provistos por los bancos.

²⁵ Los autores utilizaron datos de más de 80 países durante el periodo comprendido entre 1960 y 1989. Asimismo, construyeron cuatro indicadores del desarrollo financiero diseñados para medir los servicios provistos por los intermediarios financieros y cuatro indicadores del crecimiento económico y estudiaron las relaciones empíricas entre ellos. Los cuatro indicadores del desarrollo financiero son: el tamaño del sector formal de intermediarios financieros con relación al PIB (teóricamente, este indicador mide la profundidad o penetración financiera); la importancia de los bancos comerciales con relación al banco central (este indicador mide la importancia relativa de los bancos comerciales); el porcentaje del crédito que fue asignado a las empresas privadas no financieras, y el crédito emitido al sector privado como proporción del PIB. Los cuatro indicadores de crecimiento son: el crecimiento del PIB per cápita real, la tasa de acumulación de capital físico, la relación inversión doméstica/PIB y una medida residual de mejoras en la eficiencia de asignación del capital físico. Nótese que los últimos tres indicadores son indicadores de algunos factores del crecimiento antes que indicadores del crecimiento en sí.

²⁶ *Op. cit.*

²⁷ Los autores miden la liquidez del mercado de valores de dos modos: como el valor de las transacciones de acciones como proporción del tamaño del mercado y como el valor de esas transacciones como proporción del tamaño de la economía.

Otros hallazgos del artículo son que el tamaño, la volatilidad y la integración internacional del mercado de valores no están robustamente relacionados (es decir, relacionados de manera importante y confiable) con el crecimiento, y que ninguno de los indicadores financieros está estrechamente relacionado con las tasas de ahorro privado.²⁸ Por lo tanto, *no se trata sólo de listar valores en la bolsa; es la capacidad de negociar fácil, rápida y económicamente esos valores lo que está estrechamente relacionado con el desempeño económico.* En este sentido, los autores encontraron evidencia que apoya la tesis de que la capacidad de negociar con facilidad la propiedad de las tecnologías productivas de una economía (liquidez) promueve una asignación más eficiente de los recursos, una mayor (o más veloz) formación de capital y un crecimiento económico más rápido.²⁹

Los autores informan que algunos trabajos empíricos han demostrado que: 1) las empresas de los países con los bancos y los mercados accionarios de mejor funcionamiento relativo crecen más aprisa de lo que se predeciría atendiendo únicamente a las características individuales de las empresas, y 2) las industrias que dependen más del financiamiento externo crecen más en los países que tienen los mercados financieros más desarrollados.

IV.6. Los factores del desarrollo de los mercados de capitales

Hemos visto que existen estudios, lo mismo teóricos que empíricos, que indican que el crecimiento económico es función del sistema financiero, especialmente de su funcionamiento. Ahora es necesario señalar cuáles son los factores del desarrollo del sistema financiero, concretamente de los mercados de capitales,³⁰ entre los que destaca, por su importancia

²⁸ De acuerdo con este hallazgo, el vínculo entre desarrollo financiero y crecimiento no pasaría por afectar la tasa de ahorro. En realidad, me parece que esto no es tan sorprendente: probablemente la tasa de ahorro dependa mucho más del nivel de producto per cápita y de cuestiones culturales que del desarrollo del sistema financiero en sí.

²⁹ Existe una creciente literatura teórica sobre los vínculos entre el mercado de valores y el crecimiento de largo plazo pero muy poca evidencia empírica. Muchos modelos de dicha literatura se centran en la liquidez del mercado de valores. Como se mencionó en el apartado anterior, la tesis es que los mercados más líquidos (aquellos mercados en los que resulta menos costoso intercambiar valores) aumentan los incentivos para invertir en proyectos de larga duración toda vez que facilitan a los inversionistas la venta de su participación en el proyecto en caso de que necesiten sus ahorros antes que el proyecto madure y empiece a generar rendimientos. El aumento de la liquidez, por lo tanto, aumenta la inversión en proyectos de largo plazo y de alto rendimiento que aumentan el crecimiento de la productividad.

³⁰ Puede afirmarse que los factores del desarrollo de los mercados de capitales son en general los mismos que los factores del desarrollo del sistema financiero en su conjunto.

objetiva pero sobre todo por su relevancia para el presente trabajo, el mercado accionario. Como se verá en los párrafos siguientes, entre dichos factores se encuentran dos especialmente relevantes para esta tesis: el grado de aplicación y observancia del orden jurídico y el régimen que define y protege los derechos de los inversionistas.

La mayoría de los factores del desarrollo de los mercados de capitales repercuten tanto en la oferta de fondos –es decir, la demanda de valores– como en la demanda de fondos –es decir, la oferta de valores–. Sin embargo, también existen factores que afectan única o principalmente alguno de dichos aspectos. Considero que tal es el caso del régimen jurídico que define y protege los derechos de los inversionistas, el cual incide en la oferta de fondos (la compra de valores) antes que en la demanda de fondos (la emisión de valores).

La literatura teórica ha venido identificando una serie de elementos que afectan el desarrollo de los mercados de capitales en general y del mercado accionario en particular. Entre tales factores se encuentran elementos macroeconómicos y elementos institucionales, en el concepto de que cuanto mejores sean los ambientes macroeconómico y jurídico-institucional, más poderosos serán los incentivos para que los individuos y las empresas inviertan o, lo que es igual, para que aquéllos compren valores y éstas los emitan (generalmente las empresas emiten valores, bien para financiar nuevos proyectos, bien para saldar deudas que les impiden o dificultan la realización de nuevos proyectos de inversión). Dentro de los elementos del primer grupo se cuentan: el tamaño de la economía (esto es, el valor del PIB), el nivel general de desarrollo económico (medido por el PIB per cápita), la estabilidad monetaria (es decir, una tasa de inflación baja y controlada), la estabilidad fiscal (un déficit público relativamente bajo y controlado), el grado de apertura comercial y el grado de liberalización financiera. Dentro del conjunto de factores institucionales se hallan: el nivel de observancia del estado de derecho, la eficacia del sistema judicial y la solidez del régimen que define y protege los derechos de los titulares de valores en general y de acciones en particular. El grueso de la literatura existente sostiene que los factores referidos afectan positivamente el desarrollo de los mercados de valores, es decir que cuanto mayor sea el nivel de cada uno de ellos mayor será, *ceteris paribus*, el nivel de desarrollo de los dichos mercados financieros.

En un estudio del Banco Mundial dirigido por Augusto de la Torre y Sergio Schmukler,³¹ de la Torre *et al.* analizan empíricamente cuáles son los factores que impulsan el desarrollo de los mercados locales de capitales, específicamente los mercados locales de acciones y de deuda corporativa. Los cálculos de los autores indican que en general los elementos macroeconómicos y jurídico-institucionales mencionados anteriormente son en efecto factores

³¹ Whiter *Latin American Capital Markets?*, *op. cit.*, pp. 9-11 del capítulo 1 y pp. 1-8 y 26-28 del capítulo 3.

del desarrollo de los mercados accionarios locales.³² Asimismo, el estudio señala que otro factor decisivo es la consolidación de una base amplia de inversionistas.³³ El hallazgo general es que los mercados financieros tienden a desarrollarse a medida que el ingreso (absoluto y relativo) crece, la estabilización de las variables macroeconómicas se consolida, la reforma financiera avanza y el ambiente jurídico-institucional mejora.³⁴

Además de los resultados de su propio estudio, de la Torre *et al.* refieren una serie de descubrimientos provenientes de otras investigaciones.³⁵ Menciono aquí algunos de ellos. Primero, la literatura sobre los determinantes de la fuga de capitales ha descubierto (o documentado) que una de las principales razones por las que los residentes de un país deciden invertir su riqueza fuera de él es un ambiente de inversión adverso, lo que es decir inestabilidad macroeconómica y debilidad institucional.

Segundo, la literatura especializada ha descubierto (o documentado) que los fondos de inversión internacionales que invierten en mercados de economías emergentes invierten con mayor probabilidad en los países que cuentan con los ordenamientos jurídicos, los regímenes de derechos de los accionistas y los estándares contables más sólidos y mejor definidos. En general, dicha literatura ha demostrado que las políticas macroeconómicas, la estabilidad política, el régimen de gobierno corporativo, los marcos legal y reglamentario, la salud y la capacidad de recuperación del sistema financiero local (lo que incluye el tamaño de la base de inversionistas nacionales y la infraestructura del mercado de valores) y los estándares de contabilidad, auditoría y revelación de información son variables importantes a la hora de determinar si un país debe ser considerado apropiado para invertir en él o no y en qué medida.

³² Los autores determinan el grado de desarrollo del mercado accionario a partir del nivel de las tres actividades que comúnmente se considera que mejor lo reflejan, a saber: la inscripción, la negociación y la emisión de acciones, en la inteligencia de que cuanto mayor sea el nivel de cada una de estas actividades mayor deberá reputarse el grado de desarrollo del mercado accionario. De este modo, para determinar cómo influyen los referidos elementos macroeconómicos e institucionales en el desarrollo del mercado accionario los autores utilizan técnicas econométricas para calcular el modo y la magnitud con que cada uno de ellos afecta el nivel de las tres actividades mencionadas. Como indicadores del nivel de la inscripción, la negociación y la emisión de acciones los autores utilizan, respectivamente, el valor de capitalización del mercado accionario, el valor del comercio de acciones y el valor de la emisión de capital en el mercado, todos ellos como porcentaje del PIB.

³³ Cfr. *op. cit.*, p. 39 del capítulo 3.

³⁴ Cabe consignar un resultado del estudio hartamente interesante. Los indicadores del nivel de observancia del estado de derecho y de la solidez del régimen que define y protege los derechos de los accionistas empleados por los autores son ambos estadísticamente significativos cuando se incluyen *juntos* en las regresiones, lo que al parecer indica que es la combinación de una observancia y aplicación rigurosas de la ley y una definición adecuada del régimen que establece los derechos de los accionistas lo que contribuye al desarrollo del mercado de valores. En el mismo estudio se señala (p. 7 del capítulo 4) que en muchos casos de reformas al sistema financiero llevadas a cabo en países de América Latina, las reformas sólo consistieron en la emisión de nuevas leyes o la modificación de las existentes, sin que estas acciones se acompañaran con las medidas necesarias para implementarlas adecuadamente, como pudieran ser, por ejemplo, modificaciones reglamentarias, adaptaciones institucionales y capacitación a los juzgadores.

³⁵ Véase Augusto de la Torre *et al.*, *op. cit.*, pp. 8, 9 y 32 del capítulo 3 y p. 22 del capítulo 4.

En concreto, la literatura referida ha demostrado que los factores macroeconómicos e institucionales determinan la disposición relativa de los inversionistas, nacionales y extranjeros, a ofrecer financiamiento a las empresas. Es decir, un mejor ambiente nacional aumenta el atractivo de los valores de las empresas nacionales para los inversionistas. Para la literatura en cuestión, los factores que determinan la oferta de fondos son exógenos para cada empresa en particular. Un corolario de lo anterior es que un buen entendimiento del tema del acceso de las empresas al financiamiento externo pasa necesariamente por entender adecuadamente cuáles son los factores de la oferta de fondos.

Naturalmente, existe además una literatura que sostiene que las decisiones de inversión de los oferentes de fondos también son función del tamaño y la calidad tanto del emisor como de la emisión.³⁶

IV.7. Inversión en acciones y régimen jurídico

La emisión de valores es una de las formas más económicas para las empresas de obtener financiamiento externo. Dado que no todos los valores tienen las mismas características, el financiamiento a través de la emisión de determinados valores resulta más económico que el obtenido mediante la emisión de otros. Las acciones se encuentran entre los valores que permiten uno de los financiamientos de más bajo costo; de allí la conveniencia de que los inversionistas cuenten con los incentivos adecuados para invertir adquiriendo esos títulos. En este subcapítulo trataré brevemente el tema de la relación entre la inversión en acciones –lo que en cierta manera equivale a tratar el tema del financiamiento vía la emisión de acciones– y el régimen jurídico. Con la explicación de dicho tema concluyo la exposición de la larga relación existente entre el régimen jurídico que establece y protege los derechos de los accionistas y el crecimiento económico.

La disposición de los inversionistas a invertir en activos financieros depende de una serie de elementos macroeconómicos, institucionales y específicos de cada activo particular que en conjunto definen una compleja estructura de incentivos (o desincentivos) para la inversión. Entre esos elementos destacan sin duda la tasa de interés real (la cual es determinada por la tasa de interés nominal y la tasa de inflación) y el rendimiento de los activos:

³⁶ Cfr. *ibid.*, p. 22 del capítulo 4.

como quedó señalado en un apartado anterior, para que los inversionistas adquieran un activo financiero el rendimiento del mismo debe ser mayor que la tasa de interés real.

Sin embargo, el hecho de que las decisiones de inversión en valores sean determinadas en buena medida por esos dos factores no significa que no existan otros elementos decisivos. Uno de ellos es el nivel de protección jurídica que obtienen los inversionistas al adquirir un valor. Dicho nivel es función del régimen que define los derechos de los titulares de valores así como del sistema que los aplica. De este modo, los regímenes o conjuntos de normas que definen los derechos de los inversionistas en valores son un determinante importante de la inversión en esos activos.

La importancia del número y contenido de los derechos de los inversionistas así como de los mecanismos previstos para su aplicación es mayor de lo que comúnmente se ha creído. En la teoría financiera tradicional, los valores se definen y evalúan únicamente por el flujo de ingresos que otorgan a su titular. Así, por ejemplo, las acciones se valoran por el flujo (variable) de dividendos que dan al accionista, mientras que los bonos se evalúan por el flujo (fijo) de intereses que proporcionan al acreedor. Hoy día, sin embargo, esa idea se encuentra cuestionada. La investigación financiera reciente ha mostrado que dicha forma de definir los valores es inadecuada o por lo menos incompleta, y que la característica definitiva de varios valores es el conjunto de derechos de que vienen acompañados.³⁷

No es que el rendimiento (o flujo de ingresos) esperado del activo no deba considerarse un factor determinante del valor del mismo, sino que es necesario reconocer que la posibilidad de que el titular del activo obtenga efectivamente el rendimiento que le corresponde depende en gran medida de los derechos que el activo le otorgue, motivo por el cual el número y contenido de esos derechos debe considerarse el factor decisivo en la valoración del activo.³⁸

Rafael La Porta *et al.* mantienen que los derechos en cuestión son cruciales cuando los directivos o los consejeros actúan en su propio interés (o en el de los accionistas de control o mayoritarios) y no en el de la compañía (y el grueso de los inversionistas). En efecto, son esos derechos los que otorgan a los inversionistas en general y a los accionistas en particular la

³⁷ Cfr. Rafael La Porta *et al.*, "Law and Finance", *Journal of Political Economy*, vol. 106, núm. 6, 1998, pp. 1113-1155, pp. 1113 y 1114.

³⁸ Sería más exacto señalar que el elemento decisivo del valor de los activos financieros es el nivel de protección jurídica que otorgan a su titular y no tanto el conjunto de derechos que le conceden. Es bien sabido que dicho nivel depende no sólo del régimen jurídico concreto de la inversión en valores sino también del conjunto de normas procesales aplicables y de la calidad de la función jurisdiccional. En otras palabras, el contenido de los derechos es sólo uno de los elementos del nivel de protección de los inversionistas y, por consiguiente, del valor de los activos financieros. La observancia y la aplicación de dichos derechos son de igual importancia, si no es que mayor. Por lo tanto, la tesis según la cual los valores se caracterizan inherentemente por ciertos derechos intrínsecos es también una idea incompleta. Cfr. *ibid.*, p. 1114.

capacidad de obtener el rendimiento de su inversión. En este sentido, los autores sostienen, por vía de ejemplo, que si los accionistas reciben dividendos en términos y cantidades justas es porque tienen la capacidad (concedida y tutelada por el sistema jurídico) de despedir a los consejeros o los directivos que no se los paguen injustificadamente.³⁹

En términos más generales, La Porta *et al.* afirman que sin los derechos en comentario los inversionistas no serían capaces de obtener el rendimiento de su inversión, tendrían por lo tanto nulos o escasos incentivos para invertir en valores emitidos por las empresas, y éstas enfrentarían mayores dificultades para obtener financiamiento externo.⁴⁰

Lo anterior puede replantearse en los siguientes términos: cuanto mayor sea el número y alcance de los derechos que acompañan a los valores emitidos por las empresas, mayores serán los incentivos para adquirirlos y menos difícil resultará para las empresas obtener financiamiento externo de bajo costo. En pocas palabras, la protección que los inversionistas reciben determina en gran medida su disposición a financiar empresas.

Como veremos con detalle en el capítulo siguiente, entre los derechos que determinan el nivel de protección de los accionistas se encuentran el derecho de voto y los poderes que éste tiene incorporados, la facilidad para participar en las votaciones corporativas y la protección jurídica en contra de la usurpación de los dividendos. De una o otra forma, todos esos derechos determinan la facilidad con que los inversionistas pueden ejercer sus poderes en contra del consejo de administración y la dirección de la empresa. El nivel de protección de los accionistas también está en función del grado de observancia de la ley y de la calidad de los sistemas contables, la cual depende en buena medida de las normas de transparencia.

El resto de este trabajo está basado en la idea de que la inversión en acciones de empresas públicas es función –parcialmente, por supuesto– del régimen jurídico que define los derechos de los accionistas así como los mecanismos para la aplicación y reparación de dichos derechos.

En el capítulo siguiente señalaré cuáles son las deficiencias y los problemas históricos que caracterizan al mercado accionario y su régimen legal y qué se ha hecho para corregirlos. De esta forma, daré una explicación jurídico-económica del proceso de reforma al mercado y al régimen en cuestión que ha venido desarrollándose desde junio de 2001, particularmente en lo relativo al sistema de gobierno corporativo y al régimen que define y protege los derechos de los accionistas.

³⁹ *Ibid.*, p. 1114.

⁴⁰ *Idem.*

V. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS REFORMAS AL RÉGIMEN LEGAL QUE ESTABLECE EL NIVEL DE PROTECCIÓN DE LOS ACCIONISTAS DE EMPRESAS PÚBLICAS EN MÉXICO

V.1. Introducción

Entre las sociedades anónimas públicas o bursátiles, reguladas principalmente por la Ley del Mercado de Valores (que las denomina sociedades emisoras), y las sociedades anónimas “normales y corrientes”, reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, existen varias diferencias de importancia. Entre éstas destacan especialmente las diferencias en el sistema de gobierno corporativo –esto es, el conjunto de normas y procedimientos mediante los cuales se dirige, administra y controla a las empresas– y las diferencias en la estructura real de derechos de propiedad –es decir, el conjunto de derechos de propiedad, formales e informales, de los accionistas, los administradores y los principales directivos y el modo en que tales derechos se interrelacionan en la realidad–. Asimismo, existen otras diferencias, relacionadas de una u otra forma con las anteriores, que demandan también la presencia de regímenes legales diferenciados; a saber: 1) la propiedad de las empresas públicas está en manos de muchas más personas que las que ostentan la propiedad de las sociedades anónimas comunes, lo que implica para los accionistas de aquéllas un riesgo mayor de usurpación de rendimientos, ya sea que la usurpación ocurra a manos de los encargados de administrar la empresa o de los accionistas de control; 2) las empresas públicas aspiran (o deberían aspirar) a financiarse a través de la emisión de acciones en un contexto global de libre movilidad de capitales y creciente competencia, lo que junto con la diferencia anterior hace indispensable que el régimen brinde a los posibles inversionistas una serie de derechos y mecanismos de tutela (que no otorga la legislación general) que los aliente a invertir, o sea, a adquirir acciones, y 3) las acciones “públicas” de las empresas públicas están destinadas (al menos en teoría) a cambiar de manos muchas más veces que las acciones de las demás sociedades anónimas, lo que exige disposiciones dirigidas a asegurar la liquidez de aquellos títulos.

No obstante lo anterior, hasta hace apenas seis años el régimen jurídico que define el conjunto de derechos de propiedad de los accionistas de las empresas públicas en México era prácticamente igual que el régimen jurídico general, esto es, el régimen establecido por la Ley

General de Sociedades Mercantiles. Lo anterior resultaba un despropósito, pues, como acaba de señalarse, entre las sociedades anónimas públicas y las sociedades anónimas normales y corrientes existe una serie de diferencias “de origen” que reclaman la existencia de regímenes jurídicos diferenciados, especialmente en lo relativo a los derechos que conceden a los accionistas.

En el capítulo IV se señaló que para que los mercados de valores funcionen adecuadamente éstos deben cumplir ciertas condiciones. Entre ellas destacan sin duda: la existencia de un régimen legal adecuado, un buen sistema de gobierno corporativo, un ambiente institucional favorable y la vigencia del estado de derecho.

El mercado accionario mexicano no satisfacía a finales de la década de los años noventa prácticamente ninguna de las condiciones apuntadas, al menos no plenamente. En la actualidad, el mercado cuenta con un marco jurídico que promueve y exige las mejores prácticas de gobierno corporativo y protege adecuadamente a los inversionistas de empresas públicas, ya sean accionistas o acreedores. Pero la situación legal era claramente diferente hace apenas ocho años. Para ambos tipos de inversionistas.

A explicar las diferencias entre la situación pasada y la actual y el correspondiente proceso de modificaciones legales está destinado el presente capítulo. En él señalaré cuáles son las deficiencias y los problemas históricos que han caracterizado al mercado accionario mexicano, concretamente al sistema de gobierno corporativo y al régimen que establece los derechos de los accionistas, y qué se ha hecho para corregirlos. Con ello intentaré dar una explicación económica del proceso de reforma a dicho sistema y dicho régimen que inició en serio en junio de 2001 y puede decirse que concluyó en junio de 2006, con la entrada en vigor de la actual Ley del Mercado de Valores (LMV).

El análisis en comentario se realizará en dos etapas. Primeramente estableceré el catálogo de derechos básicos y de prácticas, medidas y obligaciones correlativas de tales derechos que la teoría estima indispensables en un régimen legal diseñado para proteger a los accionistas corporativos, incentivar la inversión en acciones y fomentar el desarrollo del mercado accionario. En un segundo momento, expondré cómo se ha ido satisfaciendo ese catálogo con las mencionadas reformas al régimen legal que establece los derechos de los accionistas. Dado que dicho catálogo es al final de cuentas un arquetipo de medidas de protección de los accionistas de empresas públicas, la explicación del modo en que se ha ido colmando, es decir, del modo en que el régimen legal se ha ido transformando para satisfacerlo, puede verse como un análisis del nivel de protección jurídica de los accionistas de empresas públicas en México y de la forma en que ese nivel se ha ido incrementando.

V.2. Elementos de un régimen legal adecuado

En el presente subcapítulo señalaré los derechos de los accionistas de las empresas públicas que la literatura especializada considera esenciales de un régimen legal que verdaderamente otorgue a dichos inversionistas un nivel adecuado de protección jurídica.

Los derechos dependen de lo que se quiere lograr y de los problemas que se pretende solucionar en un sistema de gobierno corporativo. Es decir, tales derechos o facultades no surgen en el vacío sino que son otorgados por el régimen político con base en una serie de principios y con la doble finalidad de hacer frente a la problemática planteada por el sistema de gobierno corporativo y alcanzar ciertos objetivos. Por lo tanto, antes de exponer los derechos en cuestión, y a fin de entender cabalmente la motivación y la lógica económicas de los mismos, será necesario explicar cuáles son los objetivos, problemas y principios mencionados.

V.2.1. Características y problemas del sistema de gobierno corporativo en México

V.2.1.1. Definición, importancia y problema fundamental del gobierno corporativo

El sistema de gobierno corporativo es el conjunto de normas y procedimientos a través del cual se dirige, administra y controla a las empresas. Es el régimen que determina la estructura mediante la cual se establecen los objetivos de la compañía, las vías para alcanzarlos y los medios para monitorear su desempeño.

La presencia de un sistema eficaz de gobierno corporativo tanto al interior de una compañía particular como en la economía en su conjunto ayuda a proveer el grado de confianza necesario para el adecuado funcionamiento de una economía de mercado. Asimismo, un gobierno corporativo eficaz permite que el costo del capital se reduzca e implica, casi por definición, que las empresas utilicen los recursos de una manera eficiente. Todo ello contribuye a la estabilidad del mercado financiero, el aumento de la inversión privada y el crecimiento de la economía.

Los *Principios de gobierno corporativo* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en lo subsiguiente, los Principios de la OCDE) reconocen lo anterior al

señalar que “el gobierno corporativo es un elemento clave del aumento de la eficiencia y el crecimiento económicos así como del incremento de la confianza de los inversionistas”.¹

Evidentemente, “el gobierno corporativo es sólo una parte del contexto económico más amplio en el que las empresas operan, el cual incluye, por ejemplo, las políticas macroeconómicas y el grado de competencia en los mercados de productos y de factores. [Por otra parte,] El sistema de gobierno corporativo es función de los ambientes legal, reglamentario e institucional.”²

El gobierno corporativo implica un complejo conjunto de relaciones entre los directivos de la compañía, los miembros del consejo de administración, los accionistas y otros actores con derechos sobre la empresa (los llamados *stakeholders*, entre los que destacan los acreedores). Dichas relaciones pueden verse como interacciones entre los conjuntos de oportunidad o, más específicamente, los conjuntos de derechos de propiedad de los distintos actores.³

El problema fundamental del gobierno corporativo es la usurpación potencial de los rendimientos de los inversionistas externos (*outside investors*) –esto es, los accionistas que no controlan a la compañía y los acreedores de la misma– a manos de los denominados internos (*insiders*) –o sean, los miembros del consejo de administración, los altos directivos y, en su caso, los accionistas que controlan la empresa–.

En ese sentido, un buen sistema de gobierno corporativo es aquel que establece, vía la estructura interna de los derechos de propiedad de los referidos actores, los incentivos adecuados para que el consejo y la dirección persigan objetivos que satisfagan los intereses de la compañía y sus accionistas antes que los propios, así como facilita un monitoreo eficaz del desempeño de la compañía, los consejeros y los directivos. En otras palabras, un buen sistema de gobierno corporativo es aquel que define los conjuntos de oportunidad o de derechos de propiedad de los distintos actores de manera que la interacción de todos ellos redunde en la maximización de los beneficios de la empresa y los dividendos de los accionistas.

Hoy día se acepta universalmente –afirma Mierta Capaul– que un sistema débil de gobierno corporativo afecta negativamente la inversión y, en forma mediata, la capacidad del sector privado para contribuir al crecimiento económico. Los esfuerzos encaminados a reforzar las prácticas de gobierno corporativo son considerados cruciales para el ensanchamiento de la base de inversionistas locales y la atracción de capital foráneo a los mercados locales de valores. Los

¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *OECD Principles of Corporate Governance*, París, OCDE, 2004, p. 11. La traducción es mía.

² *Ibid.*, p. 12. La traducción es mía.

³ Véase *supra* II.2.3, II.2.3.1, II.5.1, II.5.2.1, II.5.2.1.1, II.5.2.1.2 y, especialmente, II.4.4, II.5.2.2 y II.5.2.2.1.

últimos años han atestiguado un importante número de mejoras en los regímenes y las prácticas de gobierno corporativo, y los países de América Latina han revisado o están revisando su régimen y sus prácticas. Los diseñadores de políticas públicas de esos países han venido introduciendo estándares de clase mundial en una variedad de ámbitos, incluyendo los órdenes legal y reglamentario; las responsabilidades de supervisión de las autoridades financieras; los derechos de los accionistas, concretamente los derechos de voto; los procedimientos para realizar ofertas públicas, y la estructura del consejo de administración.⁴

México es uno de los países latinoamericanos que han venido reformando su sistema y régimen legal financieros, destacadamente el sistema de gobierno corporativo de las empresas públicas y el régimen legal que define los derechos de los accionistas de dichas empresas y las obligaciones de éstas en relación con tales derechos.

Analizar el proceso mexicano de reforma al régimen en cuestión es precisamente el propósito de este capítulo. El análisis se realizará en la inteligencia de que los objetivos de la reforma son: atraer más inversionistas al mercado accionario (a fin de generar una base amplia y estable de inversionistas) e incentivar a las familias dueñas de las grandes empresas del país a abrir el capital social a los inversionistas externos (y así reducir la concentración de la propiedad del capital social de las empresas públicas y ampliar el número de acciones en circulación), ello con el fin de promover la diversificación del riesgo, fomentar tanto la actividad del mercado primario de acciones como la liquidez del mercado secundario, impulsar el desarrollo del mercado de capitales y, en última instancia, contribuir al crecimiento económico.

Como he señalado anteriormente, para llevar a cabo el análisis en comentario es preciso conocer cuáles son las características y los problemas del sistema mexicano de gobierno corporativo, pues sólo así será posible entender la lógica económica del proceso de reforma a dicho sistema y al régimen legal que establece los derechos de los accionistas y las respectivas obligaciones de las empresas.

V.2.1.2. Características del sistema de gobierno corporativo en México

El sistema de gobierno corporativo mexicano guarda muchas similitudes con los sistemas de varios países latinoamericanos. Mierta Capaul ha estudiado y expuesto esos sistemas con

⁴ Mierta Capaul, *Corporate Governance in Latin America* (artículo de apoyo [*background paper*] del estudio, citado con anterioridad, *Whiter Latin American Capital Markets?*), Banco Mundial, septiembre de 2003, p. 2.

notable claridad en la monografía *Corporate Governance in Latin America*, poniendo el énfasis en sus características y problemas comunes. La autora destaca dos rasgos que distinguen a los sistemas de gobierno corporativo de América Latina y subyacen a la debilidad o insuficiencia de los mismos: un orden jurídico perteneciente al derecho romanista de tipo francés y una alta concentración de la propiedad en las empresas públicas. Partiendo de ese punto, Capaul analiza la problemática de los sistemas de gobierno corporativo de América Latina explorando las siguientes cuestiones: derechos al flujo de caja en oposición a derechos de voto; papel de las administradoras de fondos de pensiones; conflictos de intereses y transacciones con partes relacionadas; revelación de información y transparencia, y rol del consejo de administración. En la monografía de Capaul y los Principios de la OCDE⁵ me basaré para desarrollar el presente subcapítulo. Seguiré, en la medida en que resulte conveniente, el orden de exposición de la autora, omitiendo lo referente al papel de las administradoras de fondos de pensiones.

V.2.1.2.1. Orden jurídico

En un artículo que se volvería enormemente influyente en el primer lustro de esta década,⁶ Rafael La Porta, Florencio López de Silanes, Andrei Shleifer y Robert W. Vishny documentaron por primera vez la relación existente (al menos hasta hace unos cinco o diez años)⁷ entre el origen del ordenamiento jurídico de los distintos países y el nivel de protección que éstos otorgan a los inversionistas de las empresas públicas. Empleando técnicas econométricas los autores encontraron que el origen jurídico determina el nivel de protección jurídica. Específicamente, encontraron que los países cuyos sistemas jurídicos pertenecen a la tradición del *common law* tienen un régimen legal y un ambiente jurídico-institucional que brindan a los accionistas y acreedores corporativos un nivel de protección considerablemente superior al que otorgan los regímenes legales y los ambientes jurídico-institucionales de los países pertenecientes a la tradición del derecho estatutario. Dentro de estos últimos, los regímenes y

⁵ *OECD Principles of Corporate Governance*, *op. cit.*, pp. 11-14 y 29-66.

⁶ Rafael La Porta *et al.*, *Law and Finance*, *op. cit.*

⁷ Fue precisamente hace más o menos cinco o diez años que los países latinoamericanos cuyo sistema jurídico pertenece a la tradición del derecho estatutario de origen francés iniciaron el proceso de reforma de sus legislaciones financieras, destacadamente las leyes que establecen los derechos de los accionistas y los acreedores corporativos. En todos los casos las reformas han tenido por objeto incrementar o mejorar los derechos de dichos inversionistas (lo que se consigue de un día para otro) así como transformar el ambiente jurídico-institucional en el que operan (lo que lleva muchos años de esfuerzos serios, decididos y constantes). En México el proceso de reforma de los regímenes legales de los derechos de los inversionistas corporativos inició en mayo de 2000 con la entrada en vigor de la Ley de Concursos Mercantiles, que abrogó a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, y continuó en junio de 2001 con la reforma a la LMV que aquí se analiza.

ambientes que brindan el nivel de protección más bajo son los de los países cuyo sistema jurídico deriva, directa o indirectamente (como el mexicano), del derecho francés. Asimismo, La Porta *et al.* descubrieron que la concentración de la propiedad del capital social de las grandes compañías públicas está negativamente relacionada con la protección de los inversionistas (a menor nivel de protección mayor grado de concentración y viceversa), lo que está en línea con la hipótesis de que es improbable que exista una base importante de accionistas pequeños y dispersos en los países que no establecen y protegen adecuadamente sus derechos.

México y los demás países de América Latina estudiados por La Porta *et al.* y por Capaul tienen sistemas jurídicos romanistas de origen francés y, por lo tanto, tienen (o al menos tenían hasta el momento de la investigación de dichos autores) regímenes legales y ambientes institucionales que protegen inadecuadamente a los inversionistas de las empresas públicas, estimulan la concentración de la propiedad del capital social de esas empresas y obstaculizan la existencia de una base amplia de pequeños inversionistas.⁸

V.2.1.2.2. Concentración de la propiedad y grupos económicos

En América Latina, el sector de las empresas listadas en bolsa está constituido en su mayor parte por empresas familiares (lo que es decir pertenecientes a y administradas por familias) parcialmente privadas (es decir, que no cotizan en bolsa todas las acciones representativas del capital social). Asimismo, el sector está dominado por grupos económicos, esto es, conglomerados pertenecientes a y controlados por familias o compañías controladoras que en ocasiones invierten en empresas pertenecientes a industrias inconexas. Igualmente, la existencia de vínculos estrechos entre compañías industriales y financieras e incluso el control común de las mismas son moneda corriente en el sector.⁹

Todas esas características traen consigo una serie de relaciones y problemas, generalmente distintos –si no en esencia, sí en la forma– de las relaciones y los problemas que se presentan en los sistemas de gobierno corporativo de mercados en los que las empresas no son propiedad de ni están controladas por unos cuantos grupos económicos relacionados entre

⁸ Como he señalado en la nota anterior, los países latinoamericanos emprendieron de cinco a diez años atrás la reforma de su sector financiero, la cual comportó reformas a los regímenes que establecen los derechos de los inversionistas corporativos y los mecanismos e instrumentos para aplicarlos. Cuando La Porta *et al.* publicaron su trabajo (1998) la reforma a esos regímenes legales no había iniciado en serio todavía y se encontraba inconclusa cuando Capaul concluyó su investigación (2003). Habrá que tener en cuenta estos hechos, especialmente cuando haya referencias a las consideraciones de los autores sobre los regímenes legales en comentario.

⁹ Mierta Capaul, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

sí. En ambos casos el problema fundamental es el mismo: la usurpación potencial de los dividendos de los inversionistas externos a manos de los internos; lo que cambia son los medios, los mecanismos y las formas que puede adoptar la usurpación.

En un apartado anterior (*supra* IV.4.4) señalé en qué consiste la relación de agencia que se da entre los accionistas de una empresa, por una parte, y los directivos y los consejeros, por la otra. Igualmente, indiqué cuáles eran los principales problemas que dicha relación presenta. En mi opinión, esos problemas pueden verse como manifestaciones del problema general: la usurpación de los dividendos de los accionistas a manos de los consejeros y los directivos. En ese mismo apartado advertí que la posibilidad de que dicha usurpación se materialice depende en buena medida de que la propiedad de la empresa se encuentre altamente dispersa, de manera que la separación de la propiedad y el control de la sociedad sea una realidad y no una ficción teórica. Efectivamente, cuando la propiedad del capital social está concentrada en manos de unos cuantos accionistas, éstos adquieren el control del consejo y la dirección de la compañía, de modo que la separación de la propiedad y el control no llega a ocurrir en la realidad y el riesgo de usurpación de los dividendos de los accionistas *de control* se reduce al mínimo.¹⁰ Ello no quiere decir, sin embargo, que el riesgo de usurpación de los dividendos de los demás accionistas también desaparezca en la práctica. De hecho, en los casos en que la propiedad del capital está concentrada en manos de unos pocos accionistas de control se presenta un nuevo problema de agencia distinto (y acaso más serio y nocivo) del “común” (en la literatura, no en la realidad), y en el que el riesgo es que dichos accionistas, operando a través del consejo y la dirección bajo su control, usurpen dividendos del resto de los accionistas.

Aunque es verdad que en algunos países la propiedad de la mayoría de las empresas públicas está tan dispersa que la separación de la propiedad y el control es real, en la generalidad de los países la propiedad de dichas empresas está concentrada en poder de un grupo pequeño de accionistas de control. México está sin duda en este segundo caso. De acuerdo con cálculos de La Porta *et al.* México tenía a mediados de los noventa la segunda concentración de la propiedad de las empresas públicas no financieras más alta de una muestra de 45 países de todos los continentes y de todas las tradiciones jurídicas (Grecia ocupaba el primer lugar).¹¹

¹⁰ En la mayoría de los países los consejos de administración de las empresas públicas se encuentran organizados de acuerdo con un modelo “parlamentario” de representación en el que los consejeros representan los intereses de quien los eligió antes que los de todos los accionistas. En el terreno de los hechos, este modelo implica el control de los consejos de administración por los accionistas mayoritarios quienes, teniendo la mayoría de las acciones y, por lo tanto, de los votos, tienen la posibilidad de nombrar a un número importante de consejeros.

¹¹ Véase Rafael La Porta *et al.*, *op. cit.*, pp. 1145-1148.

En el mundo en general existe una alta concentración de la propiedad accionaria. En promedio, los tres accionistas más importantes de las diez empresas públicas no financieras más grandes de los países analizados por La Porta *et al.* tenían el 46 por ciento del capital social (64 por ciento en México).¹² La mediana era 45 por ciento (67 por ciento en México). De acuerdo con los autores, “La dispersión de la propiedad en las grandes compañías públicas es simplemente un mito [...] El modelo de libro de texto de finanzas corporativas según el cual la dirección se enfrenta a una multitud de accionistas diseminados es una excepción y no la regla.”¹³ Lo anterior no implica negar que existen muchas empresas que tienen cientos o miles de dueños. Lo que quiere decirse es simplemente que no existe o casi no existe empresa pública en la que no haya un grupo reducido de accionistas mayoritarios. En otras palabras, el hecho de que una compañía tenga un gran número de dueños no excluye la posibilidad de que la mayor parte del capital social esté concentrado en unas cuantas manos.

La concentración de la propiedad tiene aspectos favorables. Primero, genera incentivos poderosos y provee mecanismos eficaces para que los accionistas mayoritarios monitoreen el desempeño de los directivos, lo que a su vez genera los incentivos adecuados para que éstos den su mejor esfuerzo en provecho de los intereses de aquéllos (intereses que, idealmente, serán los mismos que los de los demás accionistas). Segundo, implica una fuente de apoyo financiero para la empresa. Por otra parte, la concentración de la propiedad y, por lo tanto, de los derechos de control (esto es, los derechos corporativos que otorgan a su titular la capacidad de influir en el gobierno de la empresa) puede ser óptima para los accionistas minoritarios cuando los costos de agencia esperados son menores que los costos de transacción esperados en los que incurrirían si ejercieran directamente sus derechos corporativos. Sin embargo, la concentración de la propiedad presenta también aspectos negativos; destacan los siguientes: 1) la concentración de la propiedad generalmente está negativamente relacionada con la protección de los inversionistas; 2) la concentración de la propiedad limita la diversificación del portafolio (y, por consiguiente, del riesgo) y la liquidez del mercado secundario, y 3) la concentración de la propiedad impide que las adquisiciones hostiles desempeñen un papel disciplinario sobre la dirección.¹⁴ Me referiré brevemente a los dos primeros aspectos negativos.

La Porta *et al.* mantienen que cuando el nivel de protección jurídica es bajo, la concentración de la propiedad deviene un sustituto de la protección jurídica, pues en esa circunstancia solamente los grandes accionistas pueden esperar recibir rendimientos justos por

¹² Es decir, casi la mitad de las acciones de la compañía pública promedio del país promedio era propiedad de los tres principales accionistas.

¹³ Rafael La Porta *et al.*, *op. cit.*, p. 1146. La traducción es mía.

¹⁴ Cfr. Mierta Capaul, *op. cit.*, p. 4.

su inversión.¹⁵ Tras estudiar la situación prevaleciente en los 45 países mencionados líneas arriba, los autores descubrieron que cuanto mayor es el nivel de protección jurídica de los accionistas y mejores son los estándares contables, menor es el grado de concentración de la propiedad del capital social y viceversa, lo que seguramente indica que la concentración de la propiedad es en efecto una respuesta a, y muy probablemente un sustituto de, un bajo nivel de protección de los accionistas.¹⁶ De acuerdo con los autores existen por lo menos dos razones por las que la propiedad corporativa podría estar más concentrada en los países que ofrecen niveles bajos de protección jurídica. En primer lugar, los accionistas importantes que controlan el desempeño de los directivos necesitan poseer más capital social para, *ceteris paribus*, ejercer sus derechos de control y evitar así que los directivos usurpen sus dividendos. En segundo lugar, cuando están mal protegidos, los pequeños inversionistas sólo están dispuestos a comprar acciones a precios tan bajos que resulta poco atractivo para la compañía emitir y ofrecer nuevos títulos al público. De este modo, una baja demanda esperada de acciones por parte del público inversionista estimula indirectamente la concentración de la propiedad.¹⁷

Con relación al mismo aspecto, Capaul argumenta que la concentración de la propiedad y la existencia de grupos económicos son mecanismos alternativos establecidos para hacer frente a un ambiente jurídico-institucional desfavorable. En este sentido, los grupos económicos pueden existir para proveer de financiamiento a las empresas del grupo en un medio en el que obtener financiamiento externo resulta difícil o imposible, desempeñando así una función que los mercados bancario y de capitales no realizan.¹⁸ Sin embargo, el tipo de gobierno corporativo que surge en condiciones de alta concentración de la propiedad y existencia de grupos económicos suele ser muy poco transparente para los inversionistas externos, lo que tiende a aumentar el riesgo de usurpación de sus dividendos y a exacerbar la dificultad de obtener financiamiento externo para la empresa.

Por lo que hace al segundo aspecto, hay estudios que indican que la concentración de la propiedad inhibe la diversificación del riesgo y la liquidez del mercado secundario, pues implica por definición una proporción relativamente pequeña de acciones en el mercado (lo suficientemente pequeña como para que los accionistas mayoritarios no corran el riesgo de perder el control de la compañía). Dado que la dispersión del riesgo y la liquidez son indicadores del desarrollo del mercado accionario, inhibir aquéllas equivale a entorpecer éste.

¹⁵ Rafael La Porta *et al.*, *op. cit.*, p. 1145.

¹⁶ *Ibid.*, p. 1152.

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ Mierta Capaul, *op. cit.*, p. 14.

Así pues, la concentración de la propiedad no es favorable para el desarrollo del mercado de capitales, especialmente cuando es una respuesta a o un sustituto de un régimen legal inadecuado y, en general, de un bajo nivel de protección jurídico-institucional de los inversionistas externos.

Si la difusión de la propiedad se ve como algo deseable o conveniente para el desarrollo del mercado accionario y como un incentivo para la adquisición de acciones por parte de los pequeños inversionistas, la existencia de un régimen jurídico y un sistema de gobierno corporativo adecuados resulta indispensable.

V.2.1.3. Problemática del sistema de gobierno corporativo en México

V.2.1.3.1. Estructuras de propiedad complejas. Acciones con derechos corporativos limitados: derechos patrimoniales en oposición a derechos de voto

Por principio, en un buen sistema de gobierno corporativo a cada acción debe corresponderle un voto. Al adquirir una parte del capital social, todos los accionistas, externos e internos, minoritarios y de control, asumen riesgos proporcionales a su aportación. Por consiguiente, lo justo, y lo conveniente desde el punto de vista de la alineación de incentivos, es que también tengan una posibilidad proporcional a su aportación de influir en las decisiones corporativas.

[...] es posible que los accionistas estén mejor protegidos cuando los derechos a los dividendos están estrechamente relacionados a los derechos de voto, es decir, cuando las empresas están sujetas a la regla de una acción, un voto. [En efecto,] Cuando los votos están atados a los dividendos, los *insiders* no pueden tener un control sustancial de la empresa sin tener una propiedad sustancial de sus flujos de efectivo, lo que limita su afición por el (costoso) desvío de los flujos de efectivo en perjuicio del pago de dividendos.¹⁹

Es en este sentido que la regla de “una acción, un voto” alinea los incentivos de los *insiders* con los de los inversionistas externos.

No obstante lo anterior, algunos sistemas jurídicos permiten, por una variedad de motivos, la existencia de estructuras duales de propiedad del capital social, esto es, la

¹⁹ Rafael La Porta *et al.*, *op. cit.*, p. 1127. La traducción es mía.

coexistencia de acciones ordinarias con acciones sin derechos de voto y acciones con derechos de voto limitados. La presencia de tales estructuras o, lo que es igual, la desviación del principio de “una acción, un voto”, impide o limita la posibilidad de que todos los accionistas influyan de manera proporcional a su aportación en la toma de decisiones corporativas y el control de quienes las ejecutarán. La existencia de acciones restringidas o de acciones limitadas aumenta el problema de la separación de la propiedad y el control, principalmente para los accionistas no mayoritarios; tiende a agravar los problemas de agencia entre éstos y los accionistas de control, e incrementa el riesgo de usurpación de dividendos, especialmente para los propietarios de acciones restringidas o limitadas, quienes se encuentran sin recursos o con recursos muy limitados para oponerse a las decisiones de los accionistas mayoritarios.

Lo anterior puede replantearse señalando que la presencia de la regla de “una acción, un voto” impide que la separación de la propiedad y el control se agudice; restringe o contiene los problemas de agencia, y limita las posibilidades de usurpación de los dividendos de los accionistas distintos de los de control. Por ello es que dicha regla se considera un elemento fundamental de un buen sistema de gobierno corporativo y de un régimen legal que proteja adecuadamente a todos los accionistas. El voto es la herramienta principal del gobierno corporativo así como el derecho básico que permite que los demás derechos, incluido el derecho a los dividendos, adquieran una eficacia plena.

Las empresas públicas de los países de América Latina comúnmente presentan estructuras de propiedad duales. La emisión de acciones sin derechos de voto y de acciones con derechos de voto limitados se convirtió en el pasado en una forma atractiva de aumentar el capital social sin ceder el control de la empresa.²⁰ En México se permitió la emisión de dichas acciones con el propósito de promover la inversión extranjera sin perder el control de las empresas mexicanas a manos de los inversionistas foráneos, de manera que dicha inversión no violara las disposiciones legales en materia de inversión extranjera.²¹ Se creó así una estructura accionaria dual consistente en acciones ordinarias con derechos de voto completos, por una parte, y acciones sin derechos de voto y acciones con derechos de voto restringidos, por la otra.

²⁰ Otro tipo de estructura accionaria dual surge cuando una de las clases de acciones es más poderosa que las demás. Tal es el caso de las denominadas “acciones con derechos preferentes” (distintas de las acciones preferentes de voto limitado del derecho mexicano), las cuales traen consigo más derechos por acción para determinados asuntos. Comúnmente, las acciones con derechos preferentes conceden a sus titulares (los accionistas de control) el derecho de elegir más consejeros que los que tienen derecho de elegir los titulares de acciones ordinarias. Las acciones con derechos preferentes están prohibidas en México.

²¹ Cfr. Mierta Capaul, *op. cit.*, p. 5, y Lorenza Martínez y Alejandro Werner, “Capital Markets in Mexico: Recent Developments and Future Challenges”, artículo presentado en el seminario organizado por el Banco de México “Estabilidad Macroeconómica, Mercados Financieros y Desarrollo Económico”, celebrado en noviembre 12 y 13 de 2002, pp. 8 y 9.

De este modo se atrajo inversión extranjera (y nacional) a las empresas públicas mexicanas, pero a costa de abandonar la regla de “una acción, un voto”.²²

El uso y abuso de la emisión de acciones sin derecho de voto y de acciones de voto restringido llevó a un alejamiento serio de dicha regla. Lorenza Martínez y Alejandro Werner ofrecen los siguientes datos sobre la magnitud del alejamiento: 23 por ciento de las 104 ofertas públicas de acciones ocurridas entre 1992 y 1999 consistió en emisiones de acciones restringidas; en el año de 2002, el 42 por ciento del capital social de las empresas con acciones sin derecho de voto y de voto restringido (23 por ciento del total de empresas listas) estaba constituido en promedio por acciones de este tipo (la cifra equivalente en los Estados Unidos oscilaba entre 0.06 y 0.4 por ciento); en ese mismo año *el 40 por ciento del valor de mercado de la Bolsa Mexicana de Valores estaba representado por acciones restringidas* y el 45 por ciento del valor del comercio de acciones correspondía al comercio de acciones restringidas.²³

En opinión de Capaul, “Los diseñadores de políticas públicas deben sopesar cuidadosamente los costos y los beneficios de las formas existentes y permitidas de integrar el capital social y decidir si se ajustan a las necesidades de las compañías y los mercados de capital en el largo plazo.”²⁴

La misma autora afirma que las críticas de los inversionistas tanto nacionales como internacionales han obligado a las autoridades de México y de Brasil a reformar el régimen legal. Como veremos más adelante, la reforma de junio de 2001 a la LMV limitaba la emisión de acciones sin derecho de voto y de voto restringido a 25 por ciento de las acciones inscritas en el mercado (al conjunto de estas acciones se lo denomina *public float*).²⁵ Asimismo, se prohibían los mecanismos que hicieran más oneroso el acceso a las acciones ordinarias, tales como las unidades vinculadas (paquetes compuestos por acciones ordinarias y acciones restringidas), a menos que las acciones restringidas fueran convertibles a acciones ordinarias en un plazo máximo de cinco años.

²² Salvo por la posibilidad establecida en el artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de emitir acciones preferentes de voto limitado, el principio de “una acción, un voto” privó en México hasta el año de 1989, cuando entró en vigor el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (publicado el 16 de mayo), el cual autorizaba la emisión y oferta de acciones sin derecho de voto y de acciones con derechos corporativos limitados distintas de las previstas en el referido artículo 113, prohibidas hasta entonces. En 1998 ese reglamento fue abrogado por el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, el cual mantuvo la autorización consabida, que por lo demás había sido ratificada por la Ley de Inversión Extranjera publicada en el DOF el 27 de diciembre de 1993 (artículos 18, 19 y 20).

²³ Lorenza Martínez y Alejandro Werner, *op. cit.*, p. 13.

²⁴ Mierta Capaul, *op. cit.*, p. 5. La traducción es mía.

²⁵ La reforma autorizaba a la autoridad financiera a incrementar dicho límite otro 25 por ciento, siempre y cuando las acciones adquirieran derechos plenos de voto a más tardar en 5 años. La nueva LMV mantiene esta disposición.

V.2.1.3.2. Conflictos de intereses y transacciones con partes relacionadas

En los mercados donde prevalecen las estructuras de propiedad concentradas y complejas, informa Capaul, es común que las familias sean propietarias de empresas listadas –es decir, empresas públicas– y de empresas privadas. En estas circunstancias, la relación entre las distintas compañías no suele ser transparente para los inversionistas externos, pues generalmente no es cosa fácil identificar a las partes relacionadas –las empresas del mismo grupo económico o las empresas relacionadas con los consejeros o con los principales directivos– o evaluar la justeza del precio de transferencia de las transacciones con dichas partes. Esta situación de opacidad ofrece a los accionistas de control una multitud de oportunidades para realizar actividades que promueven su propio interés en perjuicio del de los accionistas minoritarios. Por ejemplo, la compañía pública puede realizar operaciones con partes relacionadas que no siendo beneficiosas o siendo perjudiciales para ella y, por lo tanto, para la mayoría de los accionistas, son favorables para los accionistas mayoritarios porque sus empresas privadas (o las empresas de sus familiares o de sus socios estratégicos) se ven beneficiadas en una medida suficiente o más que suficiente para compensar las pérdidas sufridas por la compañía pública. Igualmente, es posible subestimar, declarándolos menores de lo que realmente fueron, los beneficios de la compañía (*asset stripping*), o bien transferirlos fuera de ella a través de transacciones con partes relacionadas o por otros medios (*tunneling*), en perjuicio una vez más de los accionistas minoritarios.²⁶

De acuerdo con Capaul, el uso indebido de los activos corporativos y el abuso en las transacciones con partes relacionadas siguen estando entre los problemas más serios de trato equitativo a todos los accionistas en América Latina. Ello ha llevado a que los diseñadores de políticas y las autoridades financieras se planteen cómo deben ser gobernadas las empresas públicas para evitar que dichas prácticas sigan ocurriendo y, en general, asegurar que las actividades de las empresas se conduzcan en el mejor interés de la compañía y todos los accionistas.²⁷

Capaul apunta que el primer paso para proteger a los accionistas minoritarios de la quita de activos (*asset stripping*), el *tunneling* y otras formas de usurpación de dividendos es mejorar la comunicación a todos los accionistas de la información relevante. De este modo, el régimen

²⁶ Mierta Capaul, *op. cit.*, p. 9. Ciertamente, las transacciones también pueden beneficiar a *insiders* que no sean accionistas, especialmente a los altos directivos, quienes pueden aprovechar su posición en la compañía y sus relaciones patrimoniales o personales con otras empresas para obtener ganancias indebidas. Claro está que en este caso no es la alta concentración de la propiedad la que genera el problema; no obstante, sí se trata de un conflicto de intereses por transacciones con partes relacionadas.

²⁷ *Ídem.*

jurídico debe exigir la identificación y revelación de todas las partes que tengan una relación comercial o personal sustancial con los accionistas de control, los consejeros y los principales directivos, así como de las operaciones que la compañía realice con esas partes. Igualmente, debe regular tales transacciones: “Para el caso de las transacciones con partes relacionadas sustanciales, las normas deben requerir una descripción completa de la transacción propuesta.”²⁸ En general, la ley debe prever mecanismos para evitar que tanto en la relación de agencia accionistas-directivos como en la relación accionistas minoritarios-accionistas de control, el agente, el *insider*, pueda llevar a cabo prácticas usurpatorias.

En segundo lugar, deben crearse mecanismos efectivos para manejar conflictos de intereses y transacciones con partes relacionadas, como pueden ser, por ejemplo, la exclusión automática de la votación correspondiente de aquel consejero que tenga relación con las empresas con las que se pretende hacer negocio, o el nombramiento de un evaluador independiente para que califique la justeza de las transacciones con partes relacionadas.

“En tercer lugar, los accionistas deben tener la facultad de impugnar una transacción con una parte relacionada si consideran que ésta afecta negativamente sus derechos. En general, el derecho de impugnar las decisiones corporativas protege a los inversionistas externos, particularmente a los accionistas minoritarios, del abuso por parte de los internos...”²⁹

Por último, el régimen legal debe prever mecanismos de reparación para los casos en que los demás mecanismos han fallado y los derechos de las minorías han sido violados. En buena medida, es la posibilidad de obtener una reparación efectiva de los derechos de propiedad violados lo que hace que éstos sean fáciles de aplicar.³⁰

V.2.1.3.3. Revelación y transparencia

En un sentido general, el concepto “revelación y transparencia” refiere una circunstancia de disponibilidad, confiabilidad y oportunidad de información tanto financiera como no financiera para todos los accionistas. El concepto comprende información sobre la estructura del capital de la compañía y del grupo económico al que ésta pertenezca; la estructura de gobierno; el modo en que se toman las decisiones corporativas, y el número y tipo de los pesos y contrapesos que se encuentren en operación para asegurar el trato equitativo de todos los accionistas. “El tener acceso a esa información permite a los accionistas tomar decisiones

²⁸ *Ídem.*

²⁹ *Ídem.* La traducción es mía.

³⁰ *Ibid.*, p. 10.

racionales. Por ello, debe haber ciertas reglas que aseguren que la información que se otorga a los accionistas sea exhaustiva y permita hacer comparaciones históricas, entre empresas y entre países.”³¹ La existencia de criterios contables adecuados y estandarizados es crucial para la concreción del concepto en comentario.

Considerando las características de los sistemas latinoamericanos de gobierno corporativo, la aplicación del principio de revelación y transparencia debe poner el énfasis en la revelación de la estructura del capital de la compañía y de las transacciones con partes relacionadas.

V.2.1.3.4. El papel y la eficacia del consejo de administración

Cuando la propiedad está concentrada, los accionistas de control ejercen una influencia significativa sobre el consejo de administración y la dirección de la empresa, ya sea que lo hagan directamente –formando parte del consejo o de la dirección– o indirectamente –a través de los consejeros y directores a quienes eligieron y que por virtud del modelo de representación prevaleciente ven por los intereses de los accionistas de control antes que por los del resto de los accionistas–. Esta circunstancia tiene aspectos favorables y aspectos negativos. De una parte, la participación directa de los accionistas mayoritarios en el consejo de administración (e incluso en la dirección) de la empresa es una herramienta importante de un buen gobierno corporativo. Dicha participación es conveniente en el sentido de que es más probable que quienes tienen una participación significativa en el capital social de la compañía vigilen más estrictamente el destino y los frutos de su inversión, lo que contribuye a la eficiencia y aumenta el valor de la empresa. De otra parte, la participación directa de los accionistas de control aumenta su influencia sobre el consejo y la dirección, de suyo poderosa, lo que tiende a agravar el problema de agencia entre los accionistas minoritarios y los accionistas de control y a incrementar el riesgo de un trato desigual y de usurpación de dividendos para los accionistas minoritarios.

Por lo anterior, es importante que el sistema de gobierno corporativo y el régimen legal permitan e incluso alienten la presencia de consejeros accionistas pero establezcan mecanismos, derechos y obligaciones que garanticen que el consejo de administración obre en beneficio de todos los accionistas con base en juicios objetivos, imparciales e independientes. Ello se logra con la presencia tanto de consejeros accionistas (llamados también consejeros

³¹ *Ídem*. La traducción es mía.

propietarios o patrimoniales) como de consejeros independientes en el consejo de administración. El Código de gobierno corporativo mexicano recomienda que ambos consejeros ocupen en conjunto *al menos* el 40 por ciento de los asientos en el consejo.

Nótese que a pesar de ser adecuada, la medida anterior no garantiza que los accionistas minoritarios estarán representados en el consejo de administración. Capaul informa que para resolver la problemática planteada los diseñadores de políticas públicas de América Latina han seguido dos enfoques generales: uno, han establecido un porcentaje mínimo obligatorio de consejeros independientes; dos, han introducido el principio de representación proporcional por virtud del cual los accionistas que representen determinado porcentaje de las acciones (incluidas las acciones de voto restringido y, en ocasiones, las acciones sin derecho de voto) tienen garantizado el derecho de elegir un consejero.³²

Los enfoques en comentario no son mutuamente excluyentes, lo cual tiene sentido cuando lo que se busca es garantizar que en el consejo de administración se escuchen y se cuenten voces independientes *así como* la voz de las minorías. Como veremos posteriormente, desde la reforma de 2001 la LMV exige que el 25 por ciento de los consejeros sean independientes de la dirección y de los accionistas de control. *Además*, otorga a los accionistas minoritarios que representen el 10 por ciento de las acciones el derecho de nombrar a un consejero.

Cabe advertir con Capaul que la obligación de integrar los consejos de administración con un porcentaje determinado de consejeros independientes “significa poco si no existe una definición efectiva de ‘independencia’, la cual debe comportar independencia de la dirección, de los accionistas de control y de otras relaciones, por ejemplo, empresas con las que la compañía tenga negocios importantes”.³³

Otra medida para fortalecer a las minorías es la denominada votación acumulada (*cumulative voting*). Esta disposición faculta a los accionistas minoritarios a emitir en una sola ronda de elección todos sus votos a favor de un candidato al consejo de administración; es decir, los autoriza a abstenerse de votar en varias elecciones de consejeros con el objeto de acumular los votos no utilizados y emplearlos todos para asegurar el triunfo de su candidato en la ronda de elección en la que no se abstienen.³⁴ Evidentemente, la votación acumulada sólo es útil cuando hay varios asientos vacantes en el consejo.

³² *Ibid.*, pp. 11 y 12.

³³ *Ibid.*, p. 13. La traducción es mía.

³⁴ *Ibid.*, p. 12. Los accionistas minoritarios dejarán de acumular sus votos cuando los votos acumulados (esto es, el porcentaje de votos que les corresponde en cada ronda multiplicado por el número de rondas en las que no votan) sean suficientes para garantizar el triunfo de su candidato.

V.2.2. Principios de un sistema adecuado de gobierno corporativo

En el discurso de los párrafos anteriores se insinuaron (cuando no se señalaron expresamente) los principios fundamentales de un buen sistema de gobierno corporativo. Sin embargo, vale la pena referirlos explícitamente como unidad, para posteriormente pasar a la exposición de los derechos, los mecanismos y las obligaciones que el régimen legal debe prever a fin de materializarlos. En este apartado realizaré la primera de dichas labores, para lo cual me basaré en los Principios de la OCDE.³⁵ Éstos constituyen el resultado de los esfuerzos de dicha organización por identificar y sistematizar los principios que deben informar a todo sistema de gobierno corporativo a efectos de que éste otorgue certidumbre a todos los inversionistas, promueva o aumente la inversión, incremente la eficiencia con que se usan los recursos y acreciente la contribución del sector privado al crecimiento económico.³⁶

Los Principios de la OCDE son una colección de estándares y directrices de gobierno corporativo que en conjunto representan un modelo o paradigma de sistema de gobierno corporativo que ha servido como punto de referencia a un buen número de países, miembros y no miembros de la organización, al momento de evaluar, modificar y desarrollar sus órdenes legal y reglamentario, entre ellos México.

Los Principios se centran en los problemas de agencia que surgen de la separación de la propiedad y el control. Ello no significa, sin embargo, que los Principios pierdan de vista que también existen problemas de agencia derivados de la concentración de la propiedad y el control por los accionistas mayoritarios. De este modo, no obstante dirigirse principalmente hacia los problemas mencionados en primer lugar, los Principios contienen estándares y directrices para hacer frente a ambos tipos de situaciones.

Los Principios de la OCDE están estructurados en seis áreas o ámbitos, cada una de las cuales contiene una serie de principios y subprincipios.³⁷ No todas las áreas y todos los

³⁵ *OECD Principles of Corporate Governance, op. cit.*, pp. 17-25.

³⁶ La versión original de los Principios de la OCDE fue acordada en 1999 tras una consulta realizada entre los 29 países miembros en la época y otros organismos públicos y privados interesados en el tema del gobierno corporativo. En ese sentido, constituye el conjunto mínimo de estándares que pudo ser convenido por una amplia gama de intereses. La dicha versión fue revisada entre 2002 y 2004. Yo sigo la versión remozada, publicada en 2004.

³⁷ Las áreas están organizadas en torno a los siguientes temas: establecimiento de la base de un régimen eficaz de gobierno corporativo; derechos de los accionistas y funciones de propiedad clave; trato equitativo a los accionistas; papel de los *stakeholders* en el gobierno corporativo; revelación y transparencia, y responsabilidades del consejo de administración.

principios son pertinentes para los efectos de este trabajo.³⁸ Por lo tanto, aquí sólo presentaré los principios y los subprincipios relevantes de las áreas relevantes, y no todos los existentes, sino sólo aquellos que pueden relacionarse fácil y directamente con los derechos, los mecanismos y las obligaciones que determinan el nivel de protección jurídica de los accionistas.

Por lo que respecta a los derechos de los accionistas y las funciones de propiedad clave, los Principios establecen dos principios generales:

1. *El régimen de gobierno corporativo debe comprender un conjunto básico de derechos de los accionistas que contenga, como mínimo, los derechos siguientes: 1) el derecho a un método seguro de registro de la propiedad; 2) el derecho de transmitir o transferir acciones; 3) el derecho de obtener oportuna y regularmente información pertinente y sustancial sobre la compañía; 4) el derecho de participar y votar en las asambleas generales de accionistas; 5) el derecho de elegir y remover a los miembros del consejo de administración, y 6) el derecho de recibir una parte de los beneficios generados por la compañía.*
2. *El régimen de gobierno corporativo debe proteger y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas.*

De los dos principios generales anteriores se desprenden los siguientes subprincipios:

- A. Los accionistas deben estar bien informados y participar en las decisiones sobre los cambios corporativos fundamentales, como son, por ejemplo: 1) las modificaciones a los estatutos, 2) el aumento del capital social, y 3) las transacciones extraordinarias, destacadamente la transferencia de la totalidad o la práctica totalidad de los activos de la empresa que en la práctica implique la venta de la compañía.
- B. Los accionistas deben estar oportuna y adecuadamente informados de la celebración de asambleas generales de accionistas así como participar y votar en ellas; igualmente, deben tener conocimiento de las reglas que gobiernan dichas asambleas, incluyendo los procedimientos de votación.
 - 1) Los accionistas deben ser provistos con información suficiente y oportuna acerca de la hora, el lugar y el orden del día de las asambleas generales, así como con información completa y oportuna con respecto a cada uno de los asuntos que serán decididos en la asamblea.

³⁸ Los Principios se refieren al régimen de gobierno corporativo en su más amplio sentido, y alcanzan no sólo a los consejeros y los directivos sino a las autoridades reguladoras y a las supervisoras, lo mismo que a las bolsas de valores y los inversionistas institucionales; describen no sólo los derechos fundamentales de los accionistas sino también los de los *stakeholders*.

- 2) Los accionistas deben tener la oportunidad de formular preguntas al consejo de administración, incluyendo preguntas relativas a la auditoría externa anual, incorporar temas al orden del día de la asamblea y proponer resoluciones, sujetos en todo caso a límites razonables.
 - 3) Debe facilitarse la participación efectiva de los accionistas en las decisiones clave del gobierno corporativo, tales como la nominación y elección de los miembros del consejo. Los accionistas deben tener la posibilidad de dar a conocer su opinión sobre las políticas de remuneración a los miembros del consejo y los directivos más importantes. En particular, el componente de equidad de los esquemas de remuneración a los miembros del consejo y a los empleados debe estar sujeto a la autorización de los accionistas.
 - 4) Los accionistas deben ser capaces de votar en persona o en ausencia, y debe darse el mismo efecto a los votos emitidos en una forma o la otra.
- C. Deben revelarse las estructuras de propiedad del capital y los acuerdos que posibiliten que ciertos accionistas detenten un grado de control desproporcionado en relación con la propiedad del capital social que les pertenece.
- D. Debe permitirse que los mercados de control corporativo funcionen de manera eficaz y transparente.
- 1) Las reglas y los procedimientos que gobiernan la adquisición de control corporativo en los mercados de capital y las transacciones extraordinarias como fusiones y ventas de porciones importantes de los activos de la compañía deben estar expresados con claridad y ser revelados de modo tal que los inversionistas conozcan sus derechos y recursos. Las transacciones deben ocurrir a precios transparentes y sobre condiciones justas que protejan los derechos de todos los accionistas en función de su clase.
 - 2) Los mecanismos contra compras hostiles no deben ser utilizados para proteger a la dirección y el consejo de administración de hacer frente a sus responsabilidades.

Con relación al trato que debe darse a los accionistas, los Principios establecen el principio general siguiente:

El régimen de gobierno corporativo debe garantizar el trato equitativo de todos los accionistas, incluidos los accionistas minoritarios y los extranjeros. En este sentido, es especialmente importante que todos los accionistas tengan la posibilidad de obtener la reparación de sus derechos.

De este principio general se desprenden los siguientes subprincipios:

- A. Todos los titulares de acciones de la misma clase deben ser tratados del mismo modo.
- 1) Todas las acciones de la misma clase deben tener incorporados los mismos derechos. Todos los inversionistas deben tener la posibilidad de obtener información acerca de los derechos incorporados a todas y cada una de las clases de acciones existentes antes de realizar la compra de las mismas. Cualquier cambio en los derechos de voto de ciertas clases de acciones debe ser aprobado por los titulares de las acciones que se verían afectadas negativamente.
 - 2) Los accionistas minoritarios deben ser protegidos de las acciones abusivas de, o en interés de, los accionistas de control, ya sea que éstos actúen directa o indirectamente; asimismo, deben tener mecanismos eficaces de reparación.
 - 3) Los votos deben ser emitidos por custodios o apoderados en los términos acordados previamente con el titular de las acciones.
 - 4) Deben eliminarse los obstáculos al voto de los inversionistas extranjeros.
 - 5) Los procesos y procedimientos de las asambleas generales de accionistas deben procurar el trato equitativo de todos los accionistas. Los procedimientos de la compañía no deben hacer excesivamente difícil u onerosa la emisión del voto.
- B. Deben prohibirse los negocios entre internos (*insider trading*) y los negocios de los internos consigo mismos (*self-dealing*).
- C. Debe exigirse que los miembros del consejo de administración y los directivos clave revelen al consejo, si, directamente, indirectamente, o en beneficio de terceros, tienen un interés sustancial en alguna transacción o asunto que afecte directamente a la compañía.

Por lo que hace a la revelación y la transparencia, los Principios establecen el principio general siguiente:

El régimen de gobierno corporativo debe garantizar la revelación oportuna y precisa de la información relativa a todos los asuntos sustanciales relacionados con la compañía, incluyendo la situación financiera, el desempeño, la estructura de propiedad y la dirección de la empresa.

De este principio general se desprenden los siguientes subprincipios:

- A. La revelación debe comprender, como mínimo, la información sustancial sobre: 1) los estados financieros y de resultados de la compañía; 2) los objetivos de la compañía; 3) los titulares de las partes sociales y los derechos de voto principales; 4) las políticas de remuneración a los miembros del consejo de administración y los

directivos más importantes, incluyendo los criterios acerca de las calificaciones requeridas para ocupar esos cargos y el proceso de selección correspondiente; asimismo, la consideración del consejo de administración sobre la independencia o falta de independencia de cada uno de los consejeros; 5) las transacciones con partes relacionadas; 6) los factores de riesgo previsibles; 7) los aspectos relacionados con los empleados y otros *stakeholders*, y 8) las estructuras y políticas de gobierno, en particular, el contenido de cualquier código de gobierno corporativo y el proceso por medio del cual es implementado.

- B. La información debe ser preparada y revelada de acuerdo con estándares de revelación contable, financiera y no financiera de alta calidad.
- C. Debe realizarse una auditoría anual llevada a cabo por un auditor independiente, competente y calificado que otorgue al consejo y los accionistas la garantía de que los estados financieros presentados por la dirección representan realmente la situación financiera y operativa de la compañía en todos los aspectos sustanciales.
- D. Los canales de divulgación de la información deben ser tales que otorguen a los usuarios un acceso igual, oportuno y eficiente desde el punto de vista del costo a la información relevante.

En cuanto a la función y las responsabilidades del consejo de administración los Principios establecen el siguiente principio general:

El régimen de gobierno corporativo debe garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo, y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas.

De este principio general se desprenden los subprincipios siguientes:

- A. Los consejeros deben actuar con pleno conocimiento de la materia sobre la que resuelvan, de buena fe, con la debida diligencia y cuidado y en el mejor interés de la compañía y los accionistas.
- B. Cuando las decisiones del consejo de administración puedan afectar de manera diferente a los distintos grupos de accionistas, los consejeros deberán tratarlos a todos con justeza.
- C. El consejo debe conducirse de acuerdo con altos estándares éticos. Debe tomar en cuenta los intereses de los *stakeholders*.
- D. El consejo debe cumplir ciertas funciones clave, entre otras: 1) revisar y dirigir la estrategia corporativa, los principales planes de acción, las políticas de riesgo, los presupuestos anuales y los planes de negocios; establecer los objetivos de

desempeño; monitorear la implementación de los mismos y el desempeño de la compañía, y vigilar los gastos de capital y las adquisiciones más importantes; 2) monitorear la eficacia de las prácticas de gobierno de la compañía y realizar los cambios necesarios; 3) nombrar, compensar, monitorear y, en su caso, reemplazar a los directivos clave y vigilar la planificación de la sucesión; 4) alinear la remuneración de los directivos clave y de los consejeros con los intereses de largo plazo de la compañía y sus accionistas; 5) garantizar un proceso de nominación y elección de consejeros formal y transparente; 6) monitorear y resolver los conflictos de intereses potenciales que involucren a la dirección, los miembros del consejo y los accionistas, incluido el uso indebido de activos de la compañía y el abuso en las transacciones con partes relacionadas; 7) garantizar la integridad de los sistemas de información contable y financiera de la compañía, incluyendo la auditoría independiente; la presencia de sistemas adecuados de control, en particular, sistemas de control de manejo de riesgos, financiero y de resultados, y la conformidad de dichos sistemas con las normas legales y los estándares relevantes, y 8) vigilar el proceso de comunicación y revelación.

E. El consejo debe ser capaz de emitir juicios objetivos e independientes sobre los asuntos de la compañía.

1) Los consejos deben estar integrados con un número suficiente de consejeros no directivos capaces de emitir juicios independientes en asuntos en los que exista un potencial conflicto de intereses. Ejemplos de asuntos de ese tipo son: la integridad de los informes financieros y no financieros, las transacciones con partes relacionadas, la nominación de consejeros y directivos clave, y la remuneración de los consejeros.

2) Cuando el consejo establezca comités, deberá definir y comunicar adecuadamente la misión, la composición y los procedimientos de operación de los mismos.

3) Los miembros del consejo deben ser capaces de comprometerse efectivamente con sus responsabilidades.

F. Para cumplir con sus responsabilidades, los miembros del consejo deben tener acceso a información veraz, relevante y oportuna.

Como se ha señalado en otros momentos, el establecimiento y la observancia de un régimen adecuado de gobierno corporativo no sólo es relevante para las empresas en su

intento de acceder a capital de bajo costo, sino que también tiene efectos importantes en la economía en su conjunto. La OCDE expone la cuestión en los siguientes términos:

La medida en que las compañías observan los principios básicos de un buen gobierno corporativo es un factor de importancia creciente de las decisiones de inversión. De particular relevancia es la relación existente entre las prácticas de gobierno corporativo y el carácter crecientemente internacional de la inversión. Los flujos internacionales de capital permiten a las compañías acceder a fuentes de financiamiento provenientes de un pool mucho más extenso de inversionistas. Si los países desean obtener todos los beneficios del mercado global de capitales y atraer capital “paciente” de largo plazo, los acuerdos de gobierno corporativo deben ser creíbles y claros y adherirse a los principios aceptados internacionalmente. Incluso si las compañías no dependen principalmente de fuentes extranjeras de capital, observar buenas prácticas de gobierno corporativo puede ayudar a mejorar la confianza de los inversionistas locales, reducir el costo del capital, apuntalar el buen funcionamiento de los mercados financieros y, en última instancia, generar fuentes de financiamiento más estables.³⁹

A medida que van cumpliendo las demandas del mercado, en especial de los inversionistas, las empresas y los países amplían la gama de oportunidades de financiamiento disponibles. Dado que el mercado exige cada vez más mejores regímenes y prácticas de gobierno corporativo, gobiernos y compañías deben trabajar en establecerlos y aplicarlos.

En ese sentido, es importante apuntar que el grado de observancia de los principios básicos de un buen gobierno corporativo depende en buena medida de la pertinencia, la claridad y la facilidad de ejecución de los derechos, las obligaciones y los mecanismos establecidos en el orden jurídico para concretarlos. Puesto que es el régimen político el que establece el ambiente institucional y el marco jurídico que determinan el sistema de gobierno corporativo, su responsabilidad es de la mayor importancia.

V.2.3. Derechos, obligaciones y medidas de un régimen legal adecuado. Principales medidas de protección de los accionistas de empresas públicas

Como se ha señalado anteriormente, los datos indican que el desarrollo del mercado de valores y la consolidación de éste como una fuente de financiamiento para las empresas pasan

³⁹ *OECD Principles of Corporate Governance, op. cit.*, p. 13. La traducción es mía.

necesariamente por ampliar la base de inversionistas y reducir la concentración del capital social. A su vez, tanto dicha ampliación como dicha reducción dependen en buena medida de que el sistema de gobierno corporativo y el régimen jurídico protejan adecuadamente a los accionistas, es decir, les garanticen que el capital que aporten a la compañía y los dividendos que les correspondan estarán lo mejor protegidos que se pueda de la malversación y la usurpación a manos de los denominados *insiders* –o sean, los accionistas de control, los miembros del consejo de administración y los principales directivos–.

Por lo tanto, un sistema de gobierno corporativo y un ordenamiento jurídico adecuados, pensados para promover la inversión en acciones –o, si se quiere, el financiamiento a través de la emisión de acciones– y el desarrollo del mercado accionario, deben prevenir una serie de derechos, obligaciones y mecanismos que 1) desalienten o dificulten la usurpación de dividendos y la malversación de activos, ya sea que las realicen los consejeros o los directivos contra la totalidad de los accionistas, o los accionistas de control contra el resto de los accionistas; 2) establezcan vías para oponerse a dichas prácticas antes que sucedan; 3) brinden medios de resarcimiento por usurpaciones o malversaciones materializadas, y 4) dispongan sanciones severas para quienes las lleven a cabo.

El tener la calidad de accionista concede una serie de derechos y mecanismos de protección. Esos derechos y mecanismos *no son inherentes a las acciones*, sino que el régimen legal debe estipularlos.⁴⁰ En este apartado estableceré el catálogo mínimo de medidas de protección de los accionistas que el régimen legal debe otorgar para que pueda considerarse que está adecuadamente diseñado. Para los efectos de este trabajo, dichas medidas de protección son principalmente disposiciones legales encaminadas a prevenir la usurpación de los activos o los dividendos de los accionistas externos –esto es, los accionistas distintos de los de control– a manos de los *insiders*.

Las medidas de protección que componen el catálogo pueden estar formuladas como principios o reglas, como derechos o facultades, como obligaciones o contraprestaciones o como mecanismos. En efecto, en tanto derechos jurídicos, los derechos de propiedad de los accionistas establecidos por la ley tienen una obligación correlativa y un mecanismo que permite su aplicación. En algunos casos resulta más directo, claro o sencillo señalar el derecho, mientras que en otros lo más conveniente es mencionar la obligación o el mecanismo de aplicación. Por consiguiente, el catálogo de medidas que enunciaré a continuación contiene derechos, obligaciones y mecanismos.

⁴⁰ En la medida en que den a su titular la posibilidad de influir en el control y la utilización de los recursos de la empresa, los derechos en cuestión constituirán derechos de propiedad; por cuanto están establecidos por ley, son derechos de propiedad formales.

Cabe observar que la gran mayoría de las principales medidas de protección de los accionistas de las empresas públicas consiste en derechos, obligaciones o principios favorables a las minorías. Ello es así porque, como quedó señalado en los apartados anteriores, en los países como México en que la propiedad accionaria se encuentra altamente concentrada los accionistas mayoritarios controlan el consejo de administración y la dirección de la empresa, lo que les da un conjunto amplio de mecanismos, formales e informales, para protegerse de la malversación de activos y la usurpación de dividendos. Por otra parte, la alta concentración de la propiedad social y el hecho de que las acciones en circulación en el mercado (la llamada *free float*) representen en promedio un porcentaje realmente bajo del capital social de las empresas públicas hacen que los titulares de tales acciones sean en los hechos accionistas minoritarios.⁴¹

También cabe advertir que, en general, en este apartado (y en el resto de la tesis) no me ocuparé en explicar la lógica o la motivación económicas subyacentes a los derechos, las obligaciones, los principios y los mecanismos que componen el catálogo en comentario; ello en el concepto de que dicha lógica y dicha motivación quedarán manifiestas gracias a lo expuesto anteriormente, no sólo en este capítulo sino en los cuatro capítulos anteriores. Dicho lo anterior con otras palabras, sólo explicaré la lógica o la motivación económicas de las medidas legales cuando ésta no haya sido expresada, implícita o implícitamente, en las páginas precedentes.

El establecimiento del mencionado catálogo será la herramienta principal para realizar el análisis de las reformas de 2001⁴² y 2006⁴³ al régimen legal que define los derechos de los accionistas de las empresas públicas, pues será contrastando dicho catálogo con el conjunto de derechos, obligaciones y mecanismos que cada uno de los tres estados de dicho régimen concedía (o concede, en el caso del estado vigente) como determinaré el nivel de protección que el régimen ha concedido en cada uno de esos periodos y el modo en que las reformas al mismo han ido incrementando el nivel de protección de los accionistas.

Para establecer el catálogo consabido me apoyaré en el artículo *Law and Finance*, de Rafael La Porta *et al.*, la monografía *Corporate Governance in Latin America*, de Mierta Capaul, y los *Principios de gobierno corporativo*, de la OCDE, todos ellos citados con anterioridad. De

⁴¹ De acuerdo con Augusto de la Torre *et al.* (*Whiter Latin American Capital Markets?*, *op. cit.*, p. 22 del capítulo 2, nota al pie de página núm. 34) la *free float* puede definirse como la parte de las acciones de una compañía que está disponible en el mercado para ser adquirida; excluye las acciones de los accionistas de control y sus familiares, las de los directivos principales, las del gobierno y las de los socios estratégicos. Los mismos autores informan (*ibid.*, p. 24 del capítulo 2, nota al pie de página núm. 42) que no obstante la dificultad para calcularla con precisión, funcionarios del gobierno mexicano estiman que la *free float* de las empresas públicas del país oscila entre el 12 y el 15 por ciento del capital social.

⁴² “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”, publicado en el DOF el 1 de junio de 2001.

⁴³ Ley del Mercado de Valores, publicada en el DOF el 30 de diciembre de 2005.

este modo, el catálogo que presento a continuación contiene todas las medidas de protección anotadas por La Porta *et al.*, otras medidas adicionales referidas por Mierta Capaul –quien se centra en las modificaciones legales llevadas a cabo en varios países de América Latina con el objeto fundamental de fortalecer la voz y el voto de los accionistas en los asuntos corporativos para determinar las medidas de protección que han ido estableciéndose o mejorándose en esos países– y los derechos de los accionistas, las obligaciones de las compañías y las reglas y los mecanismos legales que permiten, a mi juicio, que los principios de gobierno corporativo señalados en el apartado anterior se materialicen.

Con respecto a la relación entre las medidas de protección y los dichos principios de gobierno corporativo, es evidente que puede haber varias medidas que contribuyan a la concreción de un solo principio; asimismo, pueden existir medidas que por sí solas permitan dar eficacia a más de un principio.

Especialmente importante para la labor que realizaré en este apartado resulta el artículo de La Porta *et al.* En él los autores establecieron por primera vez un conjunto de medidas de protección de los inversionistas corporativos (accionistas y acreedores). Dicho conjunto y el índice que permite generar llegaron a convertirse en los años subsiguientes en el punto de referencia o de apoyo de la mayoría de los estudios relacionados, de uno u otro modo, con el nivel de protección jurídica de los inversionistas corporativos o con la calidad o solidez de los regímenes legales correspondientes.

La Porta *et al.* construyeron su catálogo tras realizar una revisión exhaustiva de la literatura relacionada con el gobierno corporativo, los problemas de agencia que genera y las medidas de protección que demanda. Para la elaboración de su catálogo, los autores privilegiaron aquellas medidas que a primera vista pueden considerarse pro accionistas, en oposición a pro consejeros o pro directivos.

Así, por la influencia que tuvo su artículo y la cantidad de veces que su catálogo se ha utilizado para formar índices del nivel de protección legal de los inversionistas corporativos, mencionaré en primer lugar las medidas de protección señaladas por La Porta *et al.*, para posteriormente referir las que es posible desprender de la monografía de Capaul y los Principios de la OCDE.

La Porta *et al.* informan que, teniendo en cuenta que los accionistas ejercen su poder votando para elegir consejeros y para tomar otras decisiones corporativas de importancia, los expertos en el tema se han centrado principalmente en los procedimientos de votación para

evaluar la calidad de los derechos de los accionistas.⁴⁴ En términos más generales, los expertos consideran que entre las disposiciones relacionadas con la protección de los accionistas destacan las que se refieren al voto y los poderes que éste tiene incorporados; la facilidad para participar en las votaciones corporativas; las facultades para contrarrestar las resoluciones de los *insiders* y exigir la reparación por las usurpaciones cometidas por éstos, y la facilidad para hacer valer esas facultades.⁴⁵ En concreto: las disposiciones que establecen los poderes de los accionistas contra los *insiders* y la facilidad con que pueden ejercerlos.

Las medidas precisadas por La Porta *et al.* conforman, pues, un grupo de disposiciones relacionadas fundamentalmente con el voto y los mecanismos para hacerlo valer. El grupo está compuesto de siete medidas específicas.

Primera medida. Evidentemente, la medida de protección más importante de todas es la presencia de la regla de “una acción, un voto”, es decir, el derecho de *todos* los accionistas a votar proporcionalmente a su aportación en las decisiones corporativas fundamentales. Existen varias formas distintas del principio de “una acción, un voto” que albergan las leyes de diversos países. Así, algunos ordenamientos permiten a las compañías la emisión de acciones sin voto, acciones con derechos de voto ampliados o restringidos, acciones de fundador con derechos de voto extremadamente altos, o acciones cuyos derechos de voto aumentan con el tiempo de posesión, por ejemplo. Asimismo, hay legislaciones que autorizan a las corporaciones a restringir el número total de votos que un accionista determinado puede ejercer en una asamblea de accionistas con independencia del número de votos que controle.⁴⁶ Para La Porta *et al.*, un país observa realmente la regla de “una acción, un voto” si su legislación obliga a que cada acción tenga un voto y no permite *ninguna* de las prácticas anteriores.

Las otras seis medidas relacionadas con los derechos de voto –y a las que La Porta *et al.* se refieren como derechos contra el consejo y los principales directivos– miden qué tan intensamente favorece el orden jurídico a los accionistas minoritarios (y, en general, a todos los que no sean accionistas de control) con respecto al consejo, la dirección y los accionistas dominantes en el proceso de toma de decisiones corporativas, incluido el proceso de votación en sentido estricto.⁴⁷ Puede decirse que junto con la presencia de la regla de “una acción, un voto”, las seis medidas que se enuncian a continuación dan forma al derecho de todos los

⁴⁴ Rafael La Porta *et al.*, *Law and Finance*, *op. cit.*, p. 1126.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 1126 y 1127.

⁴⁷ Dado que los accionistas mayoritarios tienen mecanismos jurídicos y extrajurídicos para protegerse de la usurpación y otras medidas opresivas de la dirección o el consejo (y más que para protegerse de ellas, para evitarlas), la protección genuina de todos los accionistas pasa por brindar medidas de protección a los accionistas minoritarios; de ahí que la doctrina se haya centrado en esas medidas.

accionistas de hacerse escuchar e influir en las decisiones corporativas, no sólo las tomadas en las asambleas sino también en el consejo de administración, y no sólo con anterioridad a que se adopten sino también después de adoptadas, oponiéndose a ellas.⁴⁸

Segunda medida. La segunda medida de protección es la posibilidad de votar por correo. La legislación de algunos países exige que los accionistas acudan personalmente o envíen a un representante debidamente acreditado a las asamblea de accionistas para poder votar. En opinión de La Porta *et al.* esta exigencia dificulta que los accionistas emitan su voto, especialmente cuando las asambleas de accionistas están concentradas abrumadoramente en cierta fecha del año. En otros países, en cambio, la ley permite que los accionistas envíen su voto por correo directamente a la compañía (y no al intermediario financiero a través del cual adquirieron sus acciones). Además de facilitarles la emisión del voto, esta disposición suele permitirles a los accionistas conocer con anticipación suficiente la información relevante necesaria para emitir un voto informado. Los autores consideran que la ley otorga esta medida de protección si permite a los accionistas enviar su voto por correo directamente a la empresa.⁴⁹

Tercera medida. En algunos países la ley exige que los accionistas depositen sus acciones en la compañía, en un intermediario financiero o una institución creada para resguardar valores durante algunos días previos a la celebración de una asamblea de accionistas y algunos días posteriores a la misma. Durante ese periodo las acciones quedan en resguardo.⁵⁰ Esta práctica impide que voten los accionistas que no realizan el depósito de los títulos de sus acciones y evita que los accionistas puedan vender sus acciones en los días cercanos a la fecha de la asamblea. De este modo, además de condicionar el voto al referido depósito (lo que de por sí representa un obstáculo al ejercicio del voto), la práctica en cuestión impide que los accionistas ejerzan su derecho de salir de la empresa en cualquier momento —es decir, limita la posibilidad de que los accionistas puedan “votar con los pies”—,⁵¹ y puede llegar a impedir que el accionista venda sus acciones antes que una resolución importante las haga bajar de valor —es decir, puede impedir la posibilidad de que el accionista ejerza su derecho de salir de la empresa a tiempo y en condiciones que no supongan sufrir injustamente una pérdida

⁴⁸ Con relación a este punto, Mierta Capaul (*Corporate Governance in Latin America, op. cit.*, p. 8) señala que ejercer el voto debería ser tan fácil como fuera posible, empezando con periodos de aviso adecuados e información suficiente para las asambleas de accionistas y continuando con sistemas de registro de datos que no precisen de bloquear las acciones para poder votar (de otro modo, además de condicionar el voto, se limita el derecho de salir de la compañía), procedimientos tersos para el voto en ausencia y la posibilidad de que los accionistas puedan introducir temas al orden del día.

⁴⁹ Rafael La Porta *et al.*, *op. cit.*, p. 1127.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ En cierto sentido, salir de la empresa significa “votar con los pies” en contra de una decisión de la asamblea o del consejo.

patrimonial—. La ley no debería restringir el derecho de salir de la compañía en términos justos en cualquier momento. La salida de la compañía es el otro medio aparte del voto de que disponen los accionistas minoritarios para expresar su inconformidad.

Idealmente, el derecho de salir de la empresa debería estar acompañado de la garantía para los accionistas insatisfechos de que podrán vender sus acciones en un mercado líquido. Sin embargo, cuando la propiedad está concentrada, la *free float* es generalmente pequeña y, por lo tanto, la liquidez se encuentra dañada o limitada. En este contexto, el derecho de salir de la empresa en términos justos se ve seriamente limitado. La voz se vuelve entonces el más importante, si no el único, mecanismo para que los accionistas manifiesten su inconformidad sin tener que soportar un menoscabo patrimonial y uno de los más importantes para protegerse de la usurpación.⁵² (Como se señalará más adelante, también es de la mayor importancia la posibilidad de echar abajo un acuerdo o una transacción de la asamblea, el consejo o los directivos, así como la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad civil contra los administradores de la empresa.) La ausencia del derecho de salir de la empresa en ciertos momentos críticos elimina la liquidez de las acciones precisamente en esos momentos, lo que con alta probabilidad desincentiva la inversión en acciones.

La Porta *et al.* consideran que la ley dispone medidas de protección en este aspecto si no exige ni permite que las empresas condicionen el voto de los accionistas a que éstos depositen sus acciones con antelación a una asamblea general.

Cuarta medida. El régimen legal debe garantizar a las minorías el derecho de estar representadas en el consejo de administración. Al efecto, algunos países prescriben la votación acumulada, al paso que otros disponen el principio de representación proporcional.⁵³ Ambas medidas conceden a los intereses minoritarios la facultad de nombrar a un número proporcional de consejeros y, de este modo, el poder para colocar a sus representantes en el consejo de administración. Se considera que esta medida de protección está concedida si la ley estatuye la votación acumulada o bien establece un mecanismo real, efectivo, de representación proporcional.

Quinta medida. La quinta medida consiste en la protección a los accionistas minoritarios de la opresión de los *insiders* (opresión distinta del fraude categórico, que es reputado ilegal en todos los sistemas jurídicos). Algunos países conceden a dichos accionistas mecanismos legales para oponerse a las prácticas opresoras. Tales mecanismos suelen incluir el derecho de combatir en los tribunales las decisiones de la dirección, el consejo o incluso la asamblea de

⁵² Cfr. Mierta Capaul, *op. cit.*, p. 4.

⁵³ Véase supra V.2.1.3.4.

accionistas, así como el derecho de exigir a la empresa, incluso por la vía judicial, la compra de las acciones de los accionistas minoritarios que se opongan a ciertas decisiones fundamentales de la dirección, el consejo o la asamblea, tales como fusiones, venta de activos o modificaciones a las escrituras sociales.⁵⁴

La Porta *et al.* consideran que la ley otorga esta medida de protección si establece mecanismos claros y sencillos de aplicar contra las acciones de la dirección, el consejo o los accionistas de control opresoras de las minorías; en particular, si confiere a éstas una vía judicial para impugnar las decisiones de la dirección, el consejo o la asamblea o bien el derecho de salir de la compañía exigiéndole a ésta, por la vía judicial en caso de ser necesario, la compra, a precios justos o de mercado, de sus acciones cuando se opongan a ciertos cambios fundamentales, como fusiones, disposición de activos y modificaciones a los estatutos.⁵⁵

El derecho de redención o retiro es un derecho de veto implícito. El problema es determinar el “valor justo” al que la empresa deberá comprar los títulos de los accionistas que desean salir de la misma. Cuando el mercado secundario es ilíquido el problema se agudiza.

Otorgar derechos a los disidentes es una forma de garantizar un trato equitativo a todos los accionistas en las decisiones corporativas de importancia.

Cabe señalar que la doctrina considera que son accionistas minoritarios aquellos accionistas que en conjunto son propietarios del 10 por ciento del capital social o menos. Por lo tanto, *en principio* sólo pueden considerarse medidas o derechos protectores de las minorías aquellas medidas o derechos para cuyo ejercicio la ley no exija la conjunción de más del 10 por ciento del capital accionario.

Sexta medida. La ley debe proteger a los accionistas de la dilución de su propiedad accionaria. Varias legislaciones otorgan a los accionistas un derecho preferente para comprar nuevas emisiones de capital, y establecen como único límite a su ejercicio el voto en contra de los demás accionistas. Como se aprecia fácilmente, este derecho cumple la función de proteger a los accionistas de la dilución de su tenencia accionaria, pues las acciones representativas de aumento del capital social generalmente se venden a un precio por debajo del de mercado a fin de alentar al público inversionista a adquirirlas.

Este derecho es pro accionistas en general y en contra del consejo de administración, que podría perjudicar a los accionistas poniendo a la venta títulos que de ser adquiridos por personas ajenas a la compañía provocarían que la proporción de la tenencia accionaria de los accionistas y, por lo tanto, el control, se diluyera. Por tanto, difícilmente puede considerarse que

⁵⁴ En relación directa con la lógica y la importancia de dichos mecanismos se encuentra lo dicho en *supra* II.2.3.3 sobre el vínculo existente entre los *property rights* y el derecho de acción.

⁵⁵ Rafael La Porta *et al.*, *op. cit.*, p. 1128.

esta medida es pro minorías; si acaso, sería pro primeras minorías. Es decir, se trata de una medida que resulta útil cuando la propiedad del capital social no está concentrada y los principales accionistas no controlan el consejo de administración o la asamblea.

La Porta *et al.* consideran que la legislación concede esta medida de protección si confiere a los accionistas la primera oportunidad de comprar las nuevas emisiones de capital, y sólo permite que este derecho quede sin efecto, deje de aplicarse, por el voto en contra de los demás accionistas.⁵⁶

La séptima y última medida del catálogo de La Porta *et al.* está relacionada con el porcentaje de capital social necesario para convocar a una asamblea extraordinaria de accionistas. Es sensato afirmar que cuanto mayor sea ese porcentaje, más difícil resultará para los accionistas minoritarios organizar una asamblea a fin de oponerse o desbancar al consejo de administración.⁵⁷

La existencia práctica, real, de este derecho depende del porcentaje establecido y de la magnitud de la concentración de la propiedad accionaria y el tamaño de la *free float*. En México, el porcentaje antes del inicio del proceso de reforma que nos ocupa era 33 por ciento del capital social (el más alto en el mundo), lo que a todas luces era un despropósito, sobre todo considerando que las acciones verdaderamente independientes de los accionistas de control constituyen en promedio a lo sumo el 15 por ciento del capital social de las empresas.

Por vía de ejemplo considérese lo que sucede en Japón y los Estados Unidos. La Porta *et al.* informan que en esos países el porcentaje requerido es 3 y 10 por ciento, respectivamente.⁵⁸ Al bajo porcentaje exigido en estos dos países debe agregarse el hecho de que en ellos la propiedad del capital está altamente dispersa y que las acciones en circulación representan un porcentaje relativamente alto del capital social de las empresas, lo que en conjunto hace que esta medida de protección resulte verdaderamente eficaz, lo que es decir que en esos países el derecho de las minorías a convocar a asambleas para oponerse a las decisiones del consejo o la dirección o remover a sus miembros existe en la práctica.

La Porta *et al.* consideran que la ley concede esta medida de protección si el porcentaje mínimo de capital social que faculta a un accionista o a un grupo de accionistas para convocar a una asamblea de accionistas es menor o igual que diez por ciento.⁵⁹

Hasta aquí las medidas de protección de los accionistas corporativos consignadas por La Porta *et al.* Antes de continuar con la relación de las demás medidas cabe mencionar que de

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 1130 y 1131.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1128.

las siete recién referidas, la legislación mexicana anterior al proceso de reforma concedía únicamente una: el derecho de los accionistas a suscribir las nuevas emisiones de capital antes que éstas salieran al mercado.

Otras medidas. Existen otras disposiciones legales encaminadas a proteger a las minorías de las acciones usurpatorias de los *insiders* además de las siete referidas en los párrafos anteriores. Algunas están relacionadas con la participación y el voto de los accionistas y pueden por lo tanto agruparse junto con las medidas recién señaladas. Entre ellas destaca el derecho de retrasar la votación de algún asunto particular cuando los solicitantes consideren que no existe suficiente información para emitir un voto razonado. El número exacto de días que pueda retrasarse la votación no es importante; basta con que 1) empiecen a correr desde el momento en que esté disponible la información requerida y 2) sean suficientes para analizarla adecuadamente. Tres días es un número estándar. Otras medidas pertenecientes a este grupo son el derecho de recibir con la debida anticipación información relevante, oportuna y suficiente sobre las asambleas de accionistas, especialmente sobre la fecha, la hora y el lugar en que se llevarán a cabo y los temas que se tratarán, así como el derecho de formular preguntas al consejo de administración durante las asambleas.

Las medidas restantes pueden agruparse en alguno o algunos de los siguientes conjuntos de medidas: medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo y la posibilidad de obtener la reparación de los derechos violados; medidas tendentes a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía; medidas dirigidas a evitar o manejar adecuadamente los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas; medidas específicas encaminadas a fortalecer la vigilancia corporativa; medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las acciones usurpatorias, y, por último, medidas dirigidas a asegurar la dirección estratégica de la empresa por parte del consejo y la responsabilidad de éste ante los accionistas y la compañía. En ocasiones, una disposición particular puede pertenecer a más de un grupo de medidas.

Las medidas relacionadas con la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía no son necesariamente medidas pro accionistas minoritarios, sino pro accionistas en general. Puede decirse que existe un derecho general a la información y varios derechos particulares a cierto tipo de información. De la cantidad y la calidad de la información *determinadas y exigidas por la ley* dependerá en buena medida la capacidad de los accionistas para protegerse de las prácticas usurpatorias. Entre los derechos pertenecientes a este grupo de medidas se encuentran: el derecho de obtener oportuna y

regularmente información sustancial general sobre la compañía (aquí caben los requerimientos legales de información, sobre todo el establecimiento de determinados criterios o estándares contables); el derecho de obtener información oportuna, veraz y precisa sobre la estructura de propiedad del capital social y los acuerdos que posibiliten que ciertos accionistas detenten un grado de control desproporcionado con relación a la propiedad del capital social que les pertenece; el derecho a la revelación de eventos relevantes; el derecho de recibir información proveniente de auditorías externas en las que no haya riesgo de conflictos de intereses (o bien, la obligación de la empresa de mandar realizar periódicamente una auditoría externa independiente y de acompañar los estados financieros anuales del dictamen de un auditor externo independiente), y otras medidas tendentes a incrementar la transparencia del accionar de los *insiders*.

Otra medida de protección íntimamente relacionada con la anterior es la conformación, por ministerio de ley, de una comisión de auditoría perteneciente al consejo de administración. Para que esta disposición tenga sentido, la comisión debe ser independiente, es decir, estar integrada mayoritariamente por consejeros independientes y ser presidida por uno de ellos. Claramente, esta medida pertenece también al conjunto de las medidas dirigidas a fortalecer la vigilancia corporativa.

Las medidas orientadas a evitar y manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas suelen estar estrechamente vinculadas con las disposiciones dirigidas a mejorar la revelación e incrementar la transparencia. Entre las medidas de este tipo se encuentra la obligación de la empresa o del mercado de identificar y revelar a las partes relacionadas (y el derecho de información correlativo); el derecho de obtener información sobre las transacciones con partes relacionadas; las medidas para evitar o manejar conflictos de intereses en la nominación y la remuneración de los consejeros y directivos clave; la obligación de que éstos revelen al consejo si tienen interés en algún asunto o transacción que afecte directamente a la compañía y de que se abstengan de votar o participar en la ejecución del mismo, según corresponda; la exigencia de que el consejo se integre con un número determinado de consejeros independientes, y otras medidas tendentes a alinear los incentivos y a evitar conflictos de intereses “fuera de la empresa”.

Es difícil determinar con precisión el número y tipo de medidas que deberían estipularse para materializar el principio de revelación y transparencia y para evitar los conflictos de intereses y asegurar la justeza de las transacciones con partes relacionadas, pues el número y tipo de derechos, obligaciones y mecanismos que se establezcan dependerá de las

características y los problemas del gobierno corporativo en cada país. En los párrafos anteriores señalé únicamente algunas de las medidas que considerándose importantes en el plano internacional son sin duda relevantes en el ámbito mexicano.

Otro conjunto de medidas es aquel que tiende a mejorar la vigilancia corporativa. Las medidas de este grupo tienen el propósito de asegurar la objetividad, imparcialidad y transparencia del accionar de los órganos de gobierno. Aquí cabe la medida consistente en exigir la inclusión en el consejo de administración de un número determinado de consejeros independientes. Los consejeros independientes son idealmente fuente de opiniones objetivas e imparciales (que no tienen por qué estar en línea con los intereses de los accionistas minoritarios). Por otra parte, la presencia de consejeros (verdaderamente) independientes en los consejos de administración suele contribuir a identificar, evitar y resolver conflictos de intereses en potencia y asegurar la integridad de los informes financieros y no financieros, entre otras cosas.

La obligación de realizar periódicamente auditorías externas independientes también puede formar parte de este conjunto de medidas. En el mismo caso se encuentra la exigencia legal de conformar comités del consejo de administración dirigidos y presididos por consejeros independientes. Capaul informa que la creación de comités independientes para vigilar diversos aspectos de la compañía ha sido otro de los mecanismos empleados por los países latinoamericanos para prevenir, evitar y resolver diversos problemas de gobierno corporativo. La autora señala que la práctica internacional se está moviendo en la dirección de dar mayor importancia y más funciones a los comités creados con un propósito específico, particularmente en las áreas de auditoría y de remuneración a consejeros y directivos clave. Capaul apunta que “los órganos tradicionales de vigilancia corporativa comunes en América Latina no son sustitutos efectivos de un comité de auditoría que funciona adecuadamente en lo que respecta a la vigilancia de la idoneidad de los sistemas de control interno de la compañía y la integridad de su auditoría externa independiente”;⁶⁰ de ahí la importancia de que la ley ordene la conformación obligatoria de comités independientes en las áreas más delicadas.

Entre las medidas encaminadas a desalentar, dificultar y sancionar las prácticas usurpatorias y las malversaciones de activos destaca el derecho de demandar civilmente a los consejeros. Como sucede en el caso del derecho de las minorías a convocar a una asamblea extraordinaria, el porcentaje del capital social y las condiciones exigidas para hacer valer ese derecho son un elemento fundamental de la eficacia del mismo.

⁶⁰ Mierta Capaul, *Corporate Governance in Latin America*, *op. cit.*, p. 13. La traducción es mía.

Además del derecho en cuestión se encuentran las disposiciones que definen los ilícitos civiles, administrativos y penales, disposiciones que sólo son verdaderamente disuasorias cuando la sanción y la probabilidad de que se aplique son, *ambas*, suficientemente altas. Por su parte, la probabilidad de que el infractor de la norma sea sancionado es función de la probabilidad de que se ejercite la acción correspondiente.

Por último, entre las medidas dirigidas a asegurar la dirección estratégica de la compañía y la responsabilidad del consejo ante ésta y los accionistas se hallan la estipulación clara y adecuada de las funciones clave del consejo de administración y la consiguiente división de responsabilidades entre el consejo y la dirección general, la cual ha de permitir deslindar con precisión las responsabilidades de cada uno en la administración de la compañía.

V.3. El análisis económico del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas

El objetivo de los párrafos subsiguientes es examinar los principales estados del régimen legal que establece el nivel de protección jurídica de los accionistas de las empresas públicas y determinar si las reformas que han dado lugar a los dos últimos estados han servido para incrementar el dicho nivel de protección. Realizar lo anterior permitirá establecer si el régimen, en cada uno de los estados referidos, alentaba o desalentaba (o alienta o desalienta en el caso del estado actual) la inversión en acciones. En otras palabras, el propósito es determinar si el conjunto de derechos de propiedad de los accionistas de las empresas públicas concedido por el régimen en cada uno de sus estados principales ha fomentado o no la adquisición de acciones por parte del público inversionista y, en consecuencia, la posibilidad de que las empresas se financien a través de la emisión de esos valores. Con ello, intentaré ofrecer una explicación económica o jurídico-económica de la reforma al sistema de gobierno corporativo de las empresas públicas y al régimen legal que establece los derechos de los accionistas de las mismas.

Como se apuntó anteriormente, el análisis en cuestión se realizará comparando las medidas de protección de los accionistas que cada uno de los estados referidos otorgaba (y otorga, en el caso del estado actual) con las medidas señaladas en el apartado anterior, esto es, las medidas que idealmente deben concederse a fin de brindar a los accionistas un nivel

razonable de protección contra la malversación y la usurpación de sus activos y dividendos por parte de los accionistas de control y los administradores de la empresa. Como se indicó en ese apartado, estas últimas medidas integran un catálogo de derechos, obligaciones y mecanismos dirigidos a desalentar, dificultar, revertir y sancionar dichas prácticas.

Para los efectos de esta tesis, el régimen legal que establece el nivel de protección jurídica de los accionistas de las empresas públicas se compone únicamente de las normas correspondientes de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) en su carácter de ordenamiento supletorio. Asimismo, se considera que los estados principales del régimen son tres. El primer estado es el que tenía antes de la entrada en vigor del “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores” publicado en el DOF el 1 de junio de 2001,⁶¹ en el concepto de que fue ese decreto el que lo modificó de manera importante por primera vez, al menos en lo relativo al conjunto de medidas de protección de los accionistas (primordialmente los minoritarios). Hasta dicha reforma el régimen en comentario era prácticamente el mismo que el de la LGSM, situación que pasaba por alto las importantes diferencias existentes entre las sociedades anónimas públicas y las sociedades anónimas “normales y corrientes”, diferencias que demandaban regímenes legales verdaderamente diferenciados, principalmente en lo que hace a la delimitación de los conjuntos de derechos y obligaciones de los actores principales del sistema de gobierno corporativo (accionistas “comunes”, accionistas de control, miembros del consejo de administración y directivos clave). El segundo estado del régimen es el estado que guardó desde la entrada en vigor del decreto referido hasta la entrada en vigor de la actual LMV, publicada en el DOF el día 30 de diciembre de 2005 y vigente desde el 28 de junio de 2006.⁶² El tercer estado del régimen es el que guarda desde esta última fecha hasta el día de hoy.⁶³

Antes de entrar de lleno al análisis de los distintos estados del régimen conviene hacer una anotación y dos advertencias. La LMV contiene disposiciones protectoras del público inversionista en general, concretamente del público inversionista *potencial*; algunas de ellas son simples normas programáticas, prácticamente imposibles de transformar en facultades u

⁶¹ Seguiré la Ley del Mercado de Valores publicada en *Legislación Bancaria*, Porrúa, México, 2001, y la Ley General de Sociedades Mercantiles publicada en *Agenda Mercantil 2003. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*, Ediciones Fiscales Isef, México, abril de 2003.

⁶² Seguiré el decreto mencionado; la Ley del Mercado de Valores publicada en *Agenda Financiera 2004. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia*, Ediciones Fiscales Isef, México, enero de 2004; la LGSM citada en la anterior nota al pie de página, y el artículo de Lorenza Martínez y Alejandro Werner, “Capital Markets in Mexico: Recent Developments and Future Challenges”, *op. cit.*, pp. 36-44.

⁶³ Seguiré la Ley del Mercado de Valores publicada en el DOF el día 30 de diciembre de 2005; la exposición de motivos de la misma, y la LGSM citada anteriormente.

obligaciones ejercitables o exigibles, mientras que otras son disposiciones susceptibles de subjetivarse y hacerse valer. Asimismo, la ley contiene disposiciones protectoras de los accionistas; algunas protegen a la generalidad de los accionistas mientras que otras protegen específicamente a los accionistas minoritarios. En otros términos, la ley otorga protección *ex ante* y protección *ex post*⁶⁴ –o, si se prefiere, protección a los inversionistas potenciales y protección a los inversionistas reales–; dentro de las normas que conceden protección *ex post* (la protección a los accionistas), hay medidas generales de protección (alcanzan a todos los accionistas) y medidas específicas de protección (favorecen exclusiva o primordialmente a los accionistas minoritarios). En el análisis de los distintos estados del régimen legal de la inversión en acciones sólo consideraré, salvo contadísimas excepciones, las disposiciones que brindan protección *ex post*, poniendo el énfasis en las disposiciones protectoras de los accionistas minoritarios. Por lo que se refiere a las normas protectoras *ex ante*, sólo haré referencia a aquellas disposiciones que sean verdaderamente importantes y susceptibles de subjetivarse en una medida de protección real, eficaz y clara, formulada preferentemente como una obligación, ya sea de la empresa, la Bolsa Mexicana de Valores (BMV) o la autoridad financiera.⁶⁵

Segunda advertencia: La LMV hace referencia a varios tipos de sociedades anónimas (emisoras, casas de bolsa, especialistas bursátiles, filiales de instituciones financieras del exterior, bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores, contrapartes centrales). La reforma de junio de 2001 alcanzó al gobierno corporativo y al conjunto de derechos de los accionistas de todas ellas. Sin embargo, yo sólo me referiré a las sociedades anónimas que la ley denomina emisoras, es decir, a las sociedades que han inscrito valores en la Bolsa para ofrecerlos al público.

V.3.1. El primer estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas

En general, la LMV vigente hasta la entrada en vigor de la reforma de junio de 2001 era, en lo relativo a los derechos patrimoniales y corporativos de los accionistas, prácticamente igual que la LGSM. Aquella ley sólo prevenía medidas de protección verdaderamente específicas –es decir, cualitativamente diferentes de las que confiere la LGSM– en unos cuantos artículos (los

⁶⁴ *Ex ante* y *ex post* con respecto a la fecha de suscripción de las acciones.

⁶⁵ Tal vez haya sido innecesario señalar lo anterior, pues es posible deducirlo del tipo de medidas que componen el catálogo establecido en el apartado anterior; no obstante, estime conveniente explicitarlo.

artículos 14 Bis, 16 Bis, 16 Bis-1 y 16 Bis-2, principalmente). Asimismo, la gran mayoría de las menciones o referencias a la protección de las minorías en la ley eran simplemente eso: menciones o referencias, meras normas programáticas que no establecían mecanismos ni preveían facultades u obligaciones que hicieran posible hacerlas valer.⁶⁶ Se trataba de normas que concedían derechos (u obligaciones) de un modo vago; derechos (si cabe llamarlos así) difíciles de subjetivar y, por lo tanto, de adjudicar jurisdiccionalmente. Por otra parte, la LMV anterior a las reformas de junio de 2001 dejaba la definición y determinación de varios aspectos relevantes a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), lo que evidentemente restaba eficacia a las disposiciones legales y a las normas de carácter general que la comisión estableciera.⁶⁷

En un apartado anterior señalé que de acuerdo con La Porta *et al.*, de las siete medidas de protección consideradas por ellos México sólo contaba en 1993-1994 con el derecho de preferencia que se concede a los accionistas para suscribir las acciones emitidas por la sociedad con motivo de aumento del capital social. La aseveración de los autores no es del todo exacta, pues en realidad el régimen legal estipulaba la exigencia de que los accionistas renunciaran a dicho derecho cuando la emisión de acciones no suscritas se hiciera con propósito de oferta pública (artículo 81, fracción X). De este modo, los accionistas de empresas públicas no contaban en México con ninguna de las medidas elementales de protección legal que, al decir de La Porta *et al.*, la teoría económica estima indispensables. A ello hay que sumar el hecho de que las condiciones jurídico-institucionales tampoco eran (ni son) adecuadas. De acuerdo nuevamente con los autores, en 1998 México tenía todos los agravantes: un bajísimo nivel de protección legal,⁶⁸ un entorno jurídico-institucional desfavorable para la inversión y estándares contables apenas regulares, lo que en conjunto resultaba en un bajo nivel de protección jurídica, entendido este concepto en su sentido más amplio.

Pasemos al examen del primer estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas. Veamos, partiendo del catálogo de medidas de protección establecido previamente, cuáles medidas concedía el régimen en su primer estado y cuáles no.

⁶⁶ Ejemplos de normas programáticas, no sólo con relación a la protección de las minorías sino de los accionistas en general, son los artículos 14, fracciones II, III, IV, V y VII (este artículo establecía los requisitos que las emisoras debían cumplir para mantener el registro de sus valores en la Sección de Valores del entonces denominado Registro Nacional de Valores e Intermediarios); 18, párrafo último, y 81, fracción IX.

⁶⁷ Véanse los artículos 14, fracciones V y VI; 14 Bis, fracción I, párrafo último, y 81, fracción III, como un claro ejemplo de esa situación.

⁶⁸ Los países de derecho estatutario de origen francés, en particular México, Italia, Jordania y Venezuela, tenían en la época del artículo de La Porta *et al.* el peor régimen legal de protección de los accionistas (*op. cit.*, pp. 1129 y 1132). En el caso de nuestro país esta circunstancia se mantuvo hasta la reforma de junio de 2001 a la LMV.

He dividido el referido catálogo en los siguientes grupos de medidas de protección: 1) medidas para garantizar la participación y el voto informados de todos los accionistas en las decisiones corporativas fundamentales; 2) medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo así como la posibilidad de oponerse a las decisiones de la asamblea, el consejo de administración o la dirección que consideren opresivas y, en su caso, obtener la reparación de los derechos violados; 3) medidas encaminadas a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía; 4) medidas específicas dirigidas a evitar o manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas; 5) medidas específicas para fortalecer la vigilancia corporativa; 6) medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las prácticas usurpatorias, y 7) medidas dirigidas a garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas.

Cabe señalar que las medidas que no tengan un tratamiento especial (que bien podría aumentar el nivel de protección o reducirlo) en la Ley del Mercado de Valores (en cualesquiera de los estados de la misma) deben entenderse otorgadas en los términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles (o, por supuesto, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), en cuanto ordenamiento supletorio de aquélla.

Medidas para garantizar la participación y el voto informados de todos los accionistas en las decisiones corporativas fundamentales

1. *Principio de “una acción, un voto”* (primera medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal no establecía esta medida de protección.

El artículo 113 de la LGSM disponía y dispone que cada acción sólo tendrá derecho a un voto y que en el contrato social podrá pactarse que una parte de las acciones tengan derecho de voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar determinados asuntos fundamentales, a saber: prórroga de la duración de la sociedad; disolución anticipada de la sociedad; cambio de objeto de la sociedad; cambio de nacionalidad de la sociedad; transformación de la sociedad, y fusión con otra sociedad. La LGSM llama a esas acciones “acciones de voto limitado”,⁶⁹ y dispone que los titulares de las mismas tendrán los derechos

⁶⁹ La doctrina las denomina “acciones *preferentes* de voto limitado” en virtud de que la ley establece que: 1) no pueden asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague a las de voto limitado un dividendo de

que la ley confiere a las minorías para oponerse a las decisiones de las asambleas.⁷⁰ El artículo 198 del mismo ordenamiento prohíbe de plano la emisión de acciones sin derecho de voto. Asimismo, no existe en la ley ninguna restricción al número de acciones de voto limitado.

La LMV prevenía en su artículo 14 Bis, fracción III, la existencia de otras clases de acciones distintas de las ordinarias aparte de las acciones preferentes de voto limitado de la LGSM. Se trata de las acciones sin derecho de voto y limitadas en otros derechos corporativos y de las acciones de voto restringido *distintas* de las que prevé el referido artículo 113 de la LGSM. Así, por disposición de la legislación en materia de inversión extranjera y de la legislación bursátil se estableció la posibilidad de que el capital social de las empresas públicas se integrara con dos clases de acciones distintas de las ordinarias además de las acciones preferentes de voto limitado. Dicha posibilidad fue ampliamente utilizada por tales empresas, como se indicó anteriormente.⁷¹

El artículo 14 Bis, fracción III, contenía un par de atenuantes a la posibilidad de emitir acciones sin derecho de voto y acciones de voto restringido. Primera: la emisión de dichas acciones debía ser autorizada expresamente por la CNBV y no debía exceder el 25 por ciento del capital social, a menos que se tratara de acciones de voto restringido que fueran convertibles en acciones ordinarias, correspondiendo a la CNBV autorizar el porcentaje máximo del capital social que esta clase de acciones podría representar así como el plazo para que se convirtieran en acciones ordinarias, el cual no podría ser superior a los diez años. Aunque esta limitación hacía menos severa o grave la ausencia del principio de “una acción, un voto”, es evidente que resultaba insuficiente (como lo prueba el abuso que se hizo de la emisión de acciones sin derecho de voto y de acciones de voto restringido).

Por lo que hace a la segunda atenuante, la misma norma establecía que toda minoría de tenedores de acciones de voto restringido que representaran un 10 por ciento del capital social tendría el derecho de designar por lo menos un consejero y su suplente, y que a falta de dicha designación de minorías los tenedores de dicha clase de acciones gozarían del derecho de nombrar en asamblea especial a por lo menos dos consejeros y sus suplentes. Es importante

cinco por ciento; 2) las acciones de voto limitado deben reembolsarse antes que las ordinarias al liquidarse la sociedad, y 3) puede pactarse en el contrato social que a las acciones de voto limitado se les fije un dividendo superior al de las acciones ordinarias. Yo las llamaré como las llama la doctrina, a fin de eliminar el riesgo de confusión con las denominadas “acciones de voto restringido” previstas en la LMV.

⁷⁰ La mayoría de los derechos de minorías concedidos por la LGSM, incluida la facultad para oponerse a las decisiones de la asamblea, precisan de la concurrencia de por lo menos el 33 por ciento del capital social. Como señalé anteriormente, la alta concentración de la propiedad accionaria de las empresas públicas y el bajísimo porcentaje del capital social de las mismas que representa la denominada *free float* hacen que esos derechos sean cualquiera cosa menos derechos de minorías.

⁷¹ Véase *supra* V.2.1.3.1.

señalar desde este momento que esta disposición era la única medida de protección de los accionistas minoritarios de empresas públicas aparte de las escasas medidas de protección de las minorías (si puede llamárselas así) contenidas en la legislación general.

2. *Derecho de votar por correo y enviar el voto directamente a la empresa* (segunda medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal no concedía este derecho.

3. *Prohibición de que las empresas condicionen el voto al depósito de las acciones por un determinado número de días previos y posteriores a la celebración de las asambleas de accionistas y prohibición de que las empresas o las instituciones para el depósito de valores bloqueen las acciones durante esos días* (tercera medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal no establecía ninguna de las dos prohibiciones.

Las acciones materia de oferta pública o de intermediación en el mercado de valores debían ser depositadas en una institución para el depósito de valores. El artículo 78, fracción I, de la LMV disponía que las instituciones para el depósito de valores debían expedir a los depositantes constancias *no negociables* de las acciones depositadas, las que complementadas en su caso con el listado de titulares de dichas acciones que los propios depositantes formularan servirían para, entre otras cosas,⁷² demostrar la titularidad de las acciones respectivas, *acreditar el derecho de asistir a asambleas de accionistas* y exigir la inscripción correspondiente en el registro de acciones de la sociedad emisora. El mismo precepto señalaba que en el periodo comprendido desde la fecha de expedición de las constancias mencionadas hasta el día hábil siguiente al día en que se celebrara la asamblea respectiva, los depositantes no podrían retirar de las instituciones para el depósito de valores las acciones que las constancias ampararan.

4. *Derecho de contar con información suficiente y oportuna acerca de la fecha, la hora, el lugar y el orden del día de las asambleas generales así como de cada uno de los asuntos que serán decididos en la asamblea.* Este derecho estaba otorgado exclusivamente en los términos de la LGSM, la que en sus artículos 173 (en relación con el 166, fracción IV, y el 172), 186, 187 y 188 dispone al respecto únicamente lo siguiente: la convocatoria para las asambleas generales, ordinarias o extraordinarias, deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial del domicilio de la sociedad o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho domicilio, por lo menos quince días antes de la reunión; la convocatoria

⁷² A saber: “Legitimar el ejercicio de las acciones a que se refieren los artículos 185 [solicitar a la autoridad judicial emitir la convocatoria a una asamblea general de accionistas] y 201 [oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales] de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como de cualquier otra acción, inclusive las de carácter procesal, en juicio en las que sea necesario exhibir valores en custodia de las instituciones para el depósito de valores.” (Artículo 78, fracción II.)

deberá contener el orden del día y estar suscrita por quien la realice; durante todo el tiempo que transcurra desde la convocatoria y hasta la fecha de celebración de la asamblea, los administradores de la sociedad deberán poner a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, un informe de situación financiera, de resultados y de cambios en la situación financiera; dicho informe deberá acompañarse del informe del comisario acerca de la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por los administradores en su informe a la asamblea de accionistas; y las resoluciones de la asamblea tomadas en contravención a lo señalado serán nulas, salvo que en el momento de la votación estuvieren representadas la totalidad de las acciones. Esta salvedad es injustificada; en mi opinión, la presencia de todos los accionistas (o sus representantes) en las asambleas a las que no se hubiere convocado en tiempo y forma no debería bastar para convalidar la falta; debería exigirse, además, la unanimidad de votos. La salvedad en comentario abre la puerta al abuso de los administradores y los accionistas de control.

5. *Derecho de los accionistas de aplazar la votación de los asuntos respecto de los cuales no se sientan suficientemente informados.* También este derecho estaba conferido en los términos de la LGSM, cuyo artículo 199 establece la posibilidad de que los accionistas que reúnan el 33 por ciento de las acciones representadas en una asamblea hagan aplazar tres días la votación de cualquier asunto respecto del cual no se sientan suficientemente informados. Como he apuntado en otros momentos, la eficacia o, lo que es más, la existencia en la práctica de los derechos de minorías depende del porcentaje necesario para ejercerlos así como de la magnitud de la concentración de la propiedad accionaria y el tamaño de la *free float*; por lo tanto, puede afirmarse que dadas la alta concentración del capital social de la empresas públicas mexicanas y la reducida magnitud relativa de la *free float*, este derecho de minorías era prácticamente inexistente en el caso de dichas empresas. Hay que señalar, sin embargo, que el hecho de que el porcentaje de acciones necesarias para posponer la votación se estableciera con respecto al número de acciones representadas en la asamblea y no al capital social hacía menos grave el establecimiento de un porcentaje tan alto.

Medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo así como la posibilidad de oponerse a las decisiones opresivas de la asamblea, el consejo de administración o la dirección y, en su caso, obtener la reparación de los derechos violados

1. *Derecho preferente de los accionistas para suscribir, en términos proporcionales a su participación en el capital social, las acciones que se emitan con motivo de aumento del capital*

social y exigencia de que el ejercicio de dicho derecho sólo pueda evitarse por el voto en contra de los demás accionistas (sexta medida del catálogo de La Porta *et al.*). No obstante que el artículo 132 de la LGSM concede sin reservas el derecho en comentario (sólo establece la condición de que el derecho se ejercite dentro de los quince días siguientes al de la publicación del respectivo acuerdo de la asamblea en el periódico oficial del domicilio de la sociedad), la LMV lo dejaba sin efecto cuando la emisión de acciones se hiciera con el propósito de ofrecerlas al público inversionista a través de una oferta pública de acciones.

En efecto, el artículo 81, fracción X, disponía que a fin de facilitar la oferta pública de valores, en la asamblea extraordinaria de accionistas en la que se decretara la emisión de acciones no suscritas, los accionistas debían renunciar expresamente al derecho de preferencia a que se refiere el citado artículo 132 de la LGSM. Asimismo, el artículo 81 liberaba a la sociedad de la obligación de hacer la publicación a que se refiere el artículo 132. Para que la emisión de acciones no suscritas y la renuncia a suscribirlas fueran válidas y surtieran todos sus efectos era necesario que en la convocatoria en la que se citara a la asamblea extraordinaria respectiva se señalara expresamente que se reuniría para aprobar la dicha emisión. Asimismo, se estatuyó que cuando una minoría (sic) que representara cuando menos el 25 por ciento del capital social votara en contra de la emisión de acciones no suscritas ésta no podría llevarse a cabo, y que cualquier accionista que votara en la asamblea en contra de la emisión tendría derecho de exigir a la sociedad la colocación de sus acciones al mismo precio al que se ofrecieran al público las acciones materia de la emisión; la sociedad tendría la obligación de colocar en primer lugar las acciones pertenecientes a los accionistas inconformes.

Me parece que la ausencia de esta medida de protección tiene sentido y está justificada, sobre todo si se considera que la propia ley establece una medida eficaz de protección para los accionistas inconformes con la emisión de acciones no suscritas, o sea, la obligación de la empresa de colocar las acciones de los inconformes en primer lugar y a un precio de mercado. Por otra parte, esta medida tiene el propósito de proteger a los accionistas de la dilución de su tenencia accionaria y de su capacidad, directa e indirecta, de influir en las decisiones de la compañía. Dado que tal protección sólo tiene sentido respecto de los accionistas propietarios de una parte relativamente importante del capital social, el porcentaje exigido para impedir la emisión de acciones no suscritas (25 por ciento) es un número sensato.

2. Disposición legal que obligue a que cualquier cambio en los derechos de cierta clase de acciones sea aprobado por los titulares de las acciones que se verían afectadas. Esta medida de protección debía considerarse concedida en los términos de la LGSM, la que en su artículo 195 dispone que

En el caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en asamblea especial, en la que se requerirá la mayoría exigida a las modificaciones al contrato constitutivo [la mitad de las acciones], la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate.

3. *Derecho de las minorías a nombrar un consejero, o lo que es igual, presencia del principio de votación acumulada o del de representación proporcional* (cuarta medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal en estudio sí otorgaba este derecho. En realidad, se trata del único derecho verdaderamente de minorías que el régimen concedía y de la única diferencia importante con el régimen general (el de las sociedades anónimas no públicas) en este aspecto.

El artículo 144 de la LGSM establece que cuando los administradores sean tres o más, la minoría que represente el 25 por ciento del capital social tendrá el derecho de nombrar cuando menos un consejero, y que este porcentaje será del 10 por ciento cuando se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores. Por su parte, el artículo 14 Bis, fracción III, de la LMV establecía lo siguiente:

Toda minoría de acciones de voto restringido que represente un 10 por ciento del capital social, tendrá el derecho de designar por lo menos a un consejero y su respectivo suplente; a falta de esta designación de minorías, los tenedores de dicha clase de acciones gozarán el derecho de nombrar a por lo menos dos consejeros y sus suplentes. En el segundo caso, las designaciones así como las sustituciones y revocaciones de los consejeros, serán acordadas en asamblea especial.

4. *Derecho de las minorías a nombrar un comisario*. El régimen otorgaba este derecho en los términos de la LGSM, cuyo artículo 171 establece para los comisarios lo mismo que dispone para los consejeros el referido artículo 144, esto es, que cuando los comisarios sean tres o más, la minoría que represente el 25 por ciento del capital social tendrá el derecho de nombrar cuando menos un comisario, y que este porcentaje será del 10 por ciento cuando se trate de sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores.

5. *Derecho de las minorías a convocar a asamblea general extraordinaria de accionistas, incluso por la vía judicial* (séptima medida del catálogo de La Porta *et al.*). También este derecho de minorías estaba conferido exclusivamente en los términos de la LGSM. Por lo tanto, el mismo era ineficaz, cuando no inexistente en los hechos.

En efecto, el artículo 184 de dicha ley otorga a los accionistas que representen por lo menos el 33 por ciento del capital social la facultad de pedir por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o consejo de administración o a los comisarios, la convocatoria a una asamblea general de accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Si el administrador o consejo de administración, o los comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, o no la hicieran dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de quienes representen el treinta y tres por ciento del capital social, exhibiendo al efecto los títulos de las acciones.

Como he venido señalando, la eficacia o la existencia en la práctica de los derechos de minorías depende del porcentaje del capital social necesario para ejercitarlos así como de la magnitud de la concentración de la propiedad accionaria y el tamaño de la *free float*. Por lo tanto, toda medida que exija la concurrencia de más del 10 por ciento del capital social no puede considerarse una medida de protección de las minorías, al menos no en el ámbito de las empresas públicas. Tal es el caso del presente derecho.

6. *Derecho de las minorías a oponerse judicialmente a las decisiones de la asamblea* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen tampoco otorgaba esta medida de protección.

El artículo 201 de la LGSM concede a los accionistas que representen el 33 por ciento del capital social la facultad de oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales. Esta facultad está sujeta, entre otras, a la condición de que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan votado en contra de la resolución. El mismo precepto establece una restricción de importancia: no es posible formular oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios.⁷³

La LMV no dispone nada al respecto, lo que implica que el presente derecho debe considerarse estipulado en los términos descritos en el párrafo anterior. Por consiguiente, puede afirmarse que el régimen no confería esta medida de protección de las minorías.

7. *Derecho de exigir judicialmente a la empresa la compra (en términos justos) de los títulos de aquellos accionistas que se opongan a las decisiones de la asamblea en ciertos*

⁷³ Puede pensarse que esta restricción es negativa por cuanto favorece la posibilidad de que los accionistas de control protejan a los administradores que sirvan a sus intereses de enfrentar un juicio por responsabilidad civil. Sin embargo, ello no es así, pues como veremos un poco más adelante la ley estatuye la posibilidad de que una minoría de la misma magnitud (33 por ciento del capital social) ejercite directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores de la sociedad.

asuntos fundamentales, tales como fusiones, ventas de activos o modificaciones a las escrituras sociales (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Esta medida sí estaba concedida por el régimen, pero de manera muy limitada.

En efecto, la LGSM (artículos 206 y 228 Bis, fracción VIII) otorga al accionista que vote en contra de las resoluciones de la asamblea general de accionistas en materia de cambio de objeto de la sociedad, cambio de nacionalidad de la sociedad, transformación de la sociedad o escisión de la sociedad, el derecho de separarse de la misma y obtener el reembolso de sus acciones en proporción al activo social y según el último balance aprobado, siempre y cuando lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea. La LMV no contenía ninguna disposición específica que aumentara o redujera el contenido o alcance de este derecho salvo la señalada con anterioridad, esto es, la facultad de que cualquier accionista que votara en la respectiva asamblea en contra de la emisión de acciones no suscritas para su colocación entre el público exigiera a la sociedad la colocación, en primer lugar y al mismo precio al que se ofrecieran al público las acciones materia de la emisión, de sus acciones (artículo 81, fracción XII).

8. *Derecho de las minorías a demandar directamente a los consejeros y directivos por responsabilidad civil* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Al igual que en el caso de la mayoría de los derechos de minorías referidos anteriormente, este derecho estaba conferido de modo tal que se puede afirmar que no existía en los hechos. La LGSM era, una vez más, la única legislación aplicable.

En teoría, el artículo 163 de la ley concedía y concede este derecho, pero exclusivamente a los accionistas “minoritarios” que representen por lo menos el 33 por ciento del capital social y solamente en contra de los administradores de la sociedad. Asimismo, establece un requisito de importancia, a saber: que los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general de accionistas en el sentido de no proceder contra los administradores demandados.

Como acaba de señalarse, el régimen sólo permitía el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra los administradores. Aunque es verdad que los directivos principales, especialmente el director general, deben quedar comprendidos dentro del concepto general de “administradores”, también lo es que el hecho de que la ley no los señale expresamente como sujetos de responsabilidad civil dificulta a los accionistas la exigencia judicial de la misma. Las características estructurales y organizativas de las empresas públicas hacen necesario que exista la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad contra los miembros del consejo de administración y contra los principales directivos o, por lo menos,

contra el director general. Esa posibilidad depende en buena medida de que la ley establezca una distinción clara entre las responsabilidades del consejo de administración y las del director general. Como veremos más adelante, la LGSM no establece dicha distinción porque para empezar ni siquiera hace referencia a los directores generales. Ello quizá se deba, al menos en parte, a que la ley no fue diseñada para regular empresas tan grandes como las compañías públicas, cuya administración (y dirección) es en la práctica una labor compartida entre el consejo y el director general.

9. *Medidas específicas de protección en favor de los accionistas minoritarios para obtener la reparación de los derechos violados por las acciones abusivas de los insiders* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen no disponía nada en este sentido.

Medidas encaminadas a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía

1. *Derecho de obtener oportuna y regularmente información sustancial general sobre la compañía.* (Aquí caben los requerimientos legales de información, sobre todo el establecimiento *legal* de determinados criterios o estándares contables.) El régimen concedía este derecho en términos bastante limitados. La LGSM únicamente contiene referencias a los estados de situación financiera, de resultados y de cambios en la situación financiera (artículo 172) y algunas de las funciones de los primeros (base y condición de la distribución de utilidades [artículo 19] y de la capitalización de utilidades retenidas [artículo 116], por ejemplo). Asimismo, dispone que los mismos deben integrar un informe que se presentará anualmente a la asamblea de accionistas, y que quince días después de celebrada la asamblea y aprobado, en su caso, el informe, los estados deberán mandarse publicar, junto con el respectivo dictamen del comisario, en el periódico oficial del domicilio de la sociedad o, si se trata de sociedades que tengan oficinas o dependencias en varias entidades, en el DOF (artículos 172 y 177). Sin embargo, nada señala sobre los requisitos formales o de contenido que dichos estados deben cumplir. De hecho, la ley deja a los administradores de la sociedad la determinación de las políticas y los criterios contables y de información que deben seguirse en la preparación de la información financiera, la única información, junto con la relativa a los resultados de la sociedad, a la que la ley hace referencia (artículo 172).

Contra lo que cabría esperar, la LMV no subsanaba directamente las faltas de la LGSM, pues si bien contenía algunas disposiciones adicionales (y casi programáticas) acerca de la información que las sociedades debían proporcionar a sus accionistas (así como a la CNBV, a

la bolsa de valores correspondiente y al público inversionista), dejaba a dicha comisión la determinación de los aspectos relativos al contenido, la forma y los términos en que la información debía comunicarse (artículos 14, fracción VI, y 14 Bis, fracción I, párrafo octavo).

2. *Derecho de obtener información oportuna, veraz y precisa sobre la estructura de propiedad del capital social y los acuerdos que posibiliten que ciertos accionistas detenten un grado de control desproporcionado con relación a la propiedad del capital social que les pertenece.* El régimen legal no concedía esta medida de protección.

El régimen contenía un par de disposiciones relacionadas que, sin embargo, no llegaban a configurar medidas de protección en favor de los accionistas minoritarios sino medidas tendentes a disciplinar el mercado y procurar una competencia sana en el mismo.⁷⁴

3. *Derecho a la revelación de eventos relevantes.* El régimen no concedía este derecho.

4. *Medidas para garantizar la integridad (en el sentido de exhaustividad y de veracidad, objetividad e imparcialidad) de los informes, financieros y no financieros; destacadamente, la obligación de la empresa de mandar realizar una auditoría externa independiente, es decir, sin riesgo de conflicto de intereses, o bien de acompañar los estados financieros anuales del dictamen de un auditor externo independiente.* El régimen legal no establecía esta medida de protección.

Medidas específicas dirigidas a evitar o manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas

1. *Obligación de la empresa de identificar y revelar a las partes relacionadas (y el derecho de información correlativo).* El régimen legal no decretaba esta medida de protección.

⁷⁴ El artículo 16 Bis-1, párrafo último, de la LMV ordenaba a los accionistas que detentaran el control del diez por ciento o más del capital social de las empresas públicas que informaran a la CNBV respecto de las variaciones en el porcentaje de su tenencia accionaria que implicaran la adquisición o pérdida del control de acciones que representaran diez por ciento o más del capital de la sociedad. Esta obligación debía acatarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que dichas variaciones se produjeran. El artículo 53 señalaba: “Cuando los titulares de acciones inscritas en bolsas de valores realicen fuera de ellas operaciones simultáneas o sucesivas, que impliquen la transmisión de cuando menos el diez por ciento de las acciones representativas del capital de la sociedad de que se trate, tendrán obligación de informar de las mismas a la Comisión Nacional [Bancaria y] de Valores, previamente a su celebración, y de sus resultados, tres días después de que se realice la última de ellas, o bien, la circunstancia de no haberla efectuado. En caso de que las operaciones a que se refiere el párrafo anterior se lleven a efecto, la Comisión Nacional [Bancaria y] de Valores lo comunicará a la bolsa en que se encuentren registradas las acciones, *sin especificar los participantes en la operación.*” Como se aprecia, ambas disposiciones establecían una obligación de la que era acreedora la CNBV y no los accionistas de la sociedad. Por otra parte, la ley no establecía qué debía hacer la comisión con la información que le suministraran los referidos accionistas de control. Por lo tanto, los preceptos en comentario no eran desde ningún punto de vista un derecho a la información consagrado en favor de los accionistas minoritarios o de los accionistas distintos de los de control.

2. *Obligación de la empresa (o de los insiders) de informar al mercado y a los accionistas de las transacciones con partes relacionadas* (y el derecho correlativo de los accionistas a obtener información sobre las transacciones con partes relacionadas). El régimen legal no establecía esta obligación.

3. *Medidas para evitar o manejar conflictos de intereses en la nominación de consejeros y directivos clave*. El régimen no prevenía medidas en este sentido.

4. *Medidas para evitar o manejar conflictos de intereses en la remuneración a los consejeros y los directivos clave*. El régimen no prevenía medidas en este sentido.

5. *Obligación de que tanto consejeros como comisarios y directivos clave revelen al consejo de administración si tienen un interés personal en algún asunto o transacción de la compañía y, en su caso, se abstengan de votar o participar en la ejecución del mismo, según corresponda*. El régimen establecía esta medida en los términos de la LGSM, cuyos artículos 156 y 170 disponen que el administrador (o el comisario) que en cualquier operación tenga un interés opuesto al de la sociedad, deberá manifestar ese hecho a los demás administradores y abstenerse de toda deliberación y resolución (o de toda intervención, en el caso de los comisarios). Los mismos preceptos establecen la sanción por el incumplimiento de la disposición en comentario: El administrador (o el comisario) que la contravenga, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad.⁷⁵

La ley es omisa acerca de la obligación de que los directivos principales que tengan un potencial conflicto de intereses se abstengan de participar en la ejecución del asunto o la transacción respectivos. Esta falta tiene sentido, pues ni la LGSM ni la anterior LMV hacían siquiera referencia al director general de las sociedades anónimas.

6. *Exigencia de que las personas que dispongan de información privilegiada se abstengan de efectuar operaciones con valores de la empresa en beneficio propio o de terceros*. El régimen legal sí establecía esta medida de protección, y lo hacía en los términos específicos de la LMV.

El artículo 16 Bis obligaba a las personas que dispusieran de información privilegiada a abstenerse de efectuar operaciones, en beneficio propio o de terceros, con cualesquiera clases de valores cuyo precio pudiera ser influido por dicha información, durante el plazo en el que ésta tuviera el carácter indicado.

El artículo 16 Bis-2 ordenaba a las personas que de acuerdo con la propia ley presumiblemente podrían tener acceso a información privilegiada que se abstuvieran de realizar, directamente o a través de interpósita persona, la adquisición (o enajenación) de

⁷⁵ El artículo 196 contiene una disposición semejante aplicable a los accionistas.

cualquier clase de valores emitidos por la sociedad con la que se encontraran relacionadas en virtud de su cargo o vínculo, durante un plazo de tres meses contado a partir de la última enajenación (o adquisición) que hubieran realizado respecto de cualquier clase de valores emitidos por la misma sociedad. Esta disposición estaba dirigida principalmente a evitar que los *insiders* realizaran las prácticas consistentes en vender caro y comprar barato y en comprar barato y vender caro aprovechando el acceso a información privilegiada.

El artículo 16 Bis precisaba lo que debía entenderse, para los efectos de la ley, por información privilegiada; a saber: el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, en tanto tales actos, hechos o acontecimientos no se hubieran hecho del conocimiento del público.

El artículo 16 Bis-1 cerraba el círculo al señalar qué personas presumía la ley que podían tener acceso a información privilegiada: 1) los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes, factores, auditores externos, comisarios y secretarios de órganos colegiados de las sociedades con valores inscritos en el entonces denominado Registro Nacional de Valores e Intermediarios (RNVI); 2) los accionistas que detentaran el control del diez por ciento o más de las acciones representativas del capital de la sociedad; 3) los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes y factores de las sociedades que detentaran el control del diez por ciento o más del capital social de las sociedades con valores inscritos en el RNVI; 4) los prestadores de servicios independientes a dichas sociedades y sus asesores en general, así como los factores de cualquier empresa o negocio que hubiera participado, asesorado o colaborado con una sociedad emisora, en cualquier acto que pudiera significar información privilegiada; 5) los accionistas que detentaran el control del cinco por ciento o más del capital social de instituciones de crédito con valores inscritos en el RNVI; 6) los accionistas que detentaran el control del cinco por ciento o más del capital social de las sociedades controladoras de grupos financieros o de instituciones de crédito, así como quienes detentaran el control del 10 por ciento o más del capital social de otras entidades financieras, cuando todas ellas formaran parte de un mismo grupo financiero y al menos uno de los integrantes del grupo fuera emisor de valores inscritos en el RNVI, y 7) los miembros del consejo de administración de las sociedades controladoras y entidades financieras a que se refiere el número anterior.

Como puede observarse, esta medida de protección estaba concedida en términos bastante buenos.

7. *Exigencia de que el consejo de administración se integre con un número determinado de consejeros independientes.*⁷⁶ El régimen legal no exigía la presencia de consejeros independientes en el consejo de administración.

8. *Medidas tendentes a alinear los incentivos y a evitar conflictos de intereses “fuera de la empresa”.* El régimen contenía algunas disposiciones al respecto. El artículo 12 Bis, fracción I, de la LMV prohibía que los socios administradores, los miembros del consejo de administración, los directivos, los apoderados y los empleados de las sociedades dedicadas al manejo de carteras de valores participaran en el capital o en los órganos de administración, o tuvieran relación de dependencia, con casas de bolsa, especialistas bursátiles, sociedades operadoras de sociedades de inversión, instituciones de crédito, instituciones calificadoras de valores y sociedades emisoras de valores que fueran materia de intermediación en el mercado de valores. El mismo precepto establecía iguales restricciones a las personas físicas que manejaran carteras de valores.

El artículo 12 Bis, fracción II, ordenaba que las operaciones realizadas con motivo del manejo de carteras de valores quedaran invariablemente documentadas a nombre del cliente respectivo y se llevaran a cabo a través de casas de bolsa, especialistas bursátiles, sociedades operadoras de sociedades de inversión o instituciones de crédito; asimismo, prohibía que las personas encargadas de realizar dichas operaciones percibieran remuneraciones de las entidades financieras mencionadas.

El artículo 16 Bis-7, fracciones III, IV y V, establecía restricciones a las decisiones personales de inversión de los directivos, empleados y apoderados de casas de bolsa, especialistas bursátiles o sociedades operadoras de sociedades de inversión que no fueran miembros del consejo de administración de dichas entidades; los directivos y empleados de sociedades controladoras de grupos financieros o de instituciones de crédito o entidades financieras integrantes de un mismo grupo financiero que no fueran miembros del consejo de administración de las mismas, y los directivos y empleados de bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores así como los miembros del consejo de administración, directivos y empleados de instituciones calificadoras de valores. Todas esas personas estaban impedidas de invertir directamente, por sí o a través de terceros, en acciones y certificados de aportación patrimonial inscritos en el RNVI. Únicamente podían invertir en dichos valores por conducto de fideicomisos constituidos para ese único fin en instituciones de crédito o en casas de bolsa;

⁷⁶ Esta medida específica es una especie de medida comodín, pues forma o puede formar parte de varios grupos de medidas, destacadamente el de las medidas dirigidas a fortalecer la vigilancia corporativa. Yo únicamente la ubicaré o referiré en este lugar.

igualmente, estaban autorizados para invertir en acciones representativas del capital de sociedades de inversión.

El artículo 17, fracción II, inciso f) prohibía participar en el capital social de casas de bolsa o especialistas bursátiles a los accionistas que fueran propietarios del diez por ciento o más del capital de las sociedades emisoras cuyos valores operaran como especialistas. Igual prohibición se establecía a los miembros del consejo de administración y los directivos de dichas sociedades emisoras.

El artículo 22 Bis-1, fracción I, prohibía a los especialistas bursátiles realizar operaciones respecto de los valores que manejaran con tal carácter, con los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes y factores del emisor de tales valores.

El artículo 24 establecía lo siguiente:

La Comisión Nacional [Bancaria y] de Valores determinará, mediante disposiciones de carácter general, los porcentajes máximos de operación de las casas de bolsa respecto de una misma persona, entidad o grupo de personas que de acuerdo con las mismas disposiciones deban considerarse para estos efectos como un solo cliente.

Tales disposiciones de carácter general deberán procurar [...] evitar el establecimiento de relaciones de dependencia para las casas de bolsa.

Otros preceptos orientados a alinear los incentivos y a evitar los conflictos de intereses fuera de la empresa eran, al menos en cierta medida y con respecto a ciertas personas, los artículos 16 Bis, 16 Bis-1 y 16 Bis-2, expuestos con detalle en párrafos anteriores.

9. *Otras medidas tendentes a transparentar el accionar de los insiders y prevenir las prácticas usurpatorias.* El régimen establecía un par de disposiciones adicionales dirigidas a transparentar el accionar de los *insiders*, disciplinar el mercado y procurar una sana competencia en el mismo. Se trata de los artículos 16 Bis-1, párrafo último, y 53, referidos con anterioridad.⁷⁷

Medidas específicas para fortalecer la vigilancia corporativa

1. *Presencia de comisarios independientes, y estipulación clara y conveniente de sus funciones.* El régimen permitía (y permite) que el cargo de comisario recayera en algún accionista de la sociedad (artículo 164 de la LGSM). Esta posibilidad es negativa cuando la propiedad del

⁷⁷ Véase la nota al pie de página número 75 de este capítulo.

capital social está altamente concentrada, pues en este caso el accionista de control tiene la capacidad de nombrar al administrador y al vigilante del administrador (que puede ser incluso el mismo accionista). En las empresas públicas en las que la propiedad del capital está concentrada en pocas manos, las personas y los órganos encargados de vigilar el quehacer de los administradores deben ser externos e independientes de la compañía.

Con respecto a las personas imposibilitadas para desempeñar el cargo de comisario la LGSM señala las siguientes: los inhabilitados para ejercer el comercio; los empleados de la sociedad, los empleados de aquellas sociedades que sean accionistas de la sociedad en cuestión por más de un veinticinco por ciento del capital social y los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un cincuenta por ciento; los parientes consanguíneos de los administradores, en línea recta sin limitación de grado, los colaterales dentro del cuarto y los afines dentro del segundo (artículo 165).

En cuanto a las facultades y obligaciones de los comisarios, cabe señalar las siguientes: exigir a los administradores un informe mensual que incluya por lo menos un estado de situación financiera y un estado de resultados; rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe respecto de la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración a la propia asamblea de accionistas; hacer que se inserten en el orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas los puntos que crean pertinentes; *convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas* en caso de omisión de los administradores *y en cualquier otro caso en que lo juzguen conveniente*; asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración, a las cuales deberán ser citados; asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas; mencionar en sus informes a la asamblea general de accionistas las denuncias sobre la administración de la sociedad que los accionistas les presenten y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes; en general, vigilar *ilimitadamente y en cualquier tiempo* las operaciones de la sociedad (artículos 166 y 167).

En el caso normal, a los comisarios los eligen los accionistas reunidos en asamblea general ordinaria. Como apunté anteriormente, si los comisarios son tres o más y la sociedad en cuestión tiene inscritas sus acciones en la bolsa de valores, la minoría que represente el 10 por ciento del capital social tendrá el derecho de nombrar cuando menos un comisario.

2. *Obligación de crear comités del consejo de administración integrados mayoritariamente y dirigidos por consejeros independientes, especialmente en el área de auditoría.* El régimen legal no contemplaba esta medida de protección.

Medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las prácticas usurpatorias

En este apartado únicamente consideraré las disposiciones dirigidas a desalentar y sancionar las prácticas usurpatorias cometidas por los *insiders*, especialmente las llamadas *insider trading* y *self dealing*.

1. *Disposiciones que definen los ilícitos civiles, administrativos y penales y establecen las sanciones correspondientes.* El catálogo de acciones prohibidas y castigadas por el régimen legal era más bien reducido.

Como se señaló anteriormente, la LMV prohibía a los poseedores de información privilegiada la realización de operaciones con valores cuyo precio pudiera ser influido por dicha información, durante el tiempo en el que ésta tuviera el carácter de privilegiada (artículo 16 Bis). Asimismo, prohibía a las personas que la propia ley presumía que podrían tener acceso a información privilegiada la adquisición (o enajenación) de cualquier clase de valores emitidos por la sociedad con la que se encontraran relacionadas en virtud de su cargo o vínculo, durante un plazo de tres meses contado a partir de la última enajenación (o adquisición) que hubieran realizado respecto de cualquier clase de valores emitidos por la misma sociedad (artículo 16 Bis-2).

El artículo 16 Bis-4 establecía la sanción administrativa correspondiente a la realización de las prácticas referidas: una multa “hasta por el importe de dos veces el beneficio obtenido en la operación de que se trate, más la cantidad que resulte de aplicar a dicho beneficio una tasa igual al promedio aritmético de los rendimientos que hayan generado las diez sociedades de inversión en instrumentos de deuda con mayor rentabilidad durante los seis meses anteriores a la fecha de la operación” en el caso de la infracción a lo dispuesto por el artículo 16 Bis, y una multa hasta por el monto del beneficio obtenido en el caso de la infracción a lo ordenado por el artículo 16 Bis-2. “En caso de no existir beneficio la multa será por el importe de 400 a 5000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, según la gravedad de la infracción” a juicio de la CNBV.

El mismo artículo (16 Bis-4) estipulaba lo siguiente:

Sin perjuicio de lo establecido en la fracción I [la sanción por infringir lo dispuesto en el artículo 16 Bis], la parte afectada, en su caso, podrá demandar ante los tribunales competentes la indemnización correspondiente, que no podrá exceder de dos veces el importe del beneficio obtenido, sin que la infracción dé lugar a la nulidad de la operación celebrada.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

El artículo en el que se establecían los delitos cometidos por los *insiders* y la pena correspondiente era el 52 Bis-2, que a la letra disponía:

Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa de dos a tres veces el beneficio obtenido o la pérdida evitada, los miembros del consejo de administración, directores, gerentes y factores de sociedades emisoras de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3º de esta ley.

I. Que, a sabiendas, en prospectos de información al público o por cualquier otra vía, mediante la difusión de información falsa relativa a la sociedad emisora con la que se encuentren vinculados, obtengan un lucro indebido o se eviten una pérdida, directamente o por interpósita persona, a través de la adquisición y/o enajenación de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el primer párrafo de este artículo, emitidos por la propia sociedad;

II. Que mediante el uso indebido de información privilegiada proveniente de una sociedad emisora, obtengan un lucro indebido o se eviten una pérdida, directamente o por interpósita persona, a través de la adquisición y/o enajenación de los valores, títulos de crédito o documentos emitidos por la propia sociedad, antes de que la información privilegiada sea hecha del conocimiento del público, con respecto al precio de mercado de los valores, títulos de crédito o documentos emitidos por la sociedad de que se trate.

Para los efectos de este delito, se considera precio de mercado al promedio del último precio de cierre registrado en bolsa, de los valores, títulos de crédito o documentos correspondientes, durante los diez días hábiles siguientes a la fecha en que la citada información privilegiada haya sido puesta en conocimiento del público.

Las mismas penas consignadas en este precepto se impondrán a las personas que desempeñen funciones directivas, empleos, cargos o comisiones en las casas de bolsa u otras entidades que intervengan como asesores en operaciones de oferta pública de los valores, títulos de crédito o documentos de que se trata, o a terceros que obtengan la información de éstos o de las personas que menciona el artículo 16 Bis-1, cuando realicen las conductas tipificadas en las fracciones I y II, dentro de los treinta días hábiles previos y posteriores a la fecha en que concluya la oferta pública respectiva.

En relación con el último párrafo del artículo 52 Bis-2, el artículo 52 Bis-5 establecía que los consejeros, funcionarios, administradores, comisarios o accionistas que ordenaran o instaran a funcionarios o empleados de casas de bolsa o especialistas bursátiles a la comisión, entre otros, del delito tipificado en dicho párrafo, serían sancionados hasta en una mitad más de la pena prevista en el mismo.

Medidas dirigidas a garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas

1. *División clara y adecuada de responsabilidades entre el consejo de administración y la dirección general.* El régimen no establecía esta medida de buen gobierno corporativo.

Ni la LGSM ni la LMV hacían referencia a la dirección o al director general; por lo tanto, no cabría esperar que establecieran una división clara y conveniente de responsabilidades entre éstos y el consejo de administración. Por otra parte, la LMV dejaba a la CNBV la determinación de los aspectos fundamentales (creación, estructura y régimen de funcionamiento) de los órganos intermedios de administración de las sociedades emisoras distintos de los previstos en la LGSM (artículo 14 Bis, fracción II).

La omisión en comentario era especialmente grave en el caso de la LMV, pues significaba pasar por alto las importantes diferencias existentes entre las sociedades anónimas “normales y corrientes” y las sociedades anónimas que ahora se llaman bursátiles. Un problema de dicha omisión era la dificultad para identificar con absoluta claridad al responsable de las acciones o las omisiones contrarias a los intereses de la compañía y exigirle, especialmente por la vía judicial, las responsabilidades en que hubiese incurrido.

2. *Estipulación clara y adecuada de las funciones clave del consejo de administración.* La evaluación de esta medida de buen gobierno corporativo debe realizarse comparando lo que disponía el régimen legal con el parámetro fijado por alguna institución u organización con autoridad en la materia. Uno de tales parámetros lo constituye el conjunto de funciones clave establecido por la OCDE en sus *Principios de gobierno corporativo*.

El régimen legal –lo que es decir la LGSM, pues la LMV no contenía disposiciones al respecto– establecía las siguientes funciones del consejo de administración: la representación de la sociedad (artículo 10); la administración en general de la sociedad (artículo 142; la ley no especifica qué funciones comprende la administración de la sociedad); el nombramiento y la revocación de gerentes generales y especiales (artículo 145); el otorgamiento de poderes (artículo 149); el cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas (artículo 148, fracción II); la existencia y el mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley (148, fracción III), y el cumplimiento exacto de los acuerdos de las asambleas de accionistas (148, fracción IV).

Por su parte, los Principios de la OCDE establecen que las funciones clave del consejo de administración deben ser: 1) revisar y dirigir la estrategia corporativa, los principales planes de acción, las políticas de riesgo, los presupuestos anuales y los planes de negocios; establecer los objetivos de desempeño; monitorear la implementación de los mismos y el desempeño de la compañía, y vigilar los gastos de capital y las adquisiciones más importantes; 2) monitorear la eficacia de las prácticas de gobierno de la compañía y realizar los cambios necesarios; 3) nombrar, compensar, monitorear y, en su caso, reemplazar a los directivos clave y vigilar la planificación de la sucesión; 4) alinear la remuneración de los directivos clave y de los consejeros con los intereses de largo plazo de la compañía y sus accionistas; 5) garantizar un proceso de nominación y elección de consejeros formal y transparente; 6) monitorear y resolver los conflictos de intereses potenciales que involucren a la dirección, los miembros del consejo y los accionistas, incluido el uso indebido de activos de la compañía y el abuso en las transacciones con partes relacionadas; 7) garantizar la integridad de los sistemas de información contable y financiera de la compañía, incluyendo la auditoría independiente; la presencia de sistemas adecuados de control, en particular, sistemas de control de manejo de riesgos, financiero y de resultados, y la conformidad de dichos sistemas con las normas legales y los estándares relevantes, y 8) vigilar el proceso de comunicación y revelación.

La comparación entre lo que estipulaba el régimen legal y lo que disponen los Principios de la OCDE permite afirmar que el régimen no establecía la presente medida de buen gobierno corporativo.

3. Estipulación clara y adecuada de las responsabilidades del consejo de administración. Las responsabilidades de los miembros del consejo de administración se definían exclusivamente en los términos de la LGSM. El artículo 156 de este ordenamiento dispone que el administrador que no se abstenga de participar, deliberando o resolviendo, en aquellos asuntos en que tenga un interés opuesto al de la sociedad, será responsable de los daños y perjuicios que cause. Asimismo, el artículo 157 estipula que los administradores tendrán las responsabilidades inherentes a su mandato y las derivadas de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan. El artículo 158 prescribe que los administradores serán solidariamente responsables para con la sociedad de la realidad de las aportaciones hechas por los socios; del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas; de la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley, y del cumplimiento exacto de los acuerdos de las asambleas de accionistas.

El artículo 159 exime de responsabilidad al administrador que, estando exento de culpa, manifiesta su inconformidad (sic) en el momento de la deliberación y resolución del acto correspondiente. En mi opinión, también debería exigirse al administrador, para que pueda ser eximido de responsabilidad, que informe a los comisarios y a la asamblea de accionistas de la resolución y los motivos de su oposición a la misma.

Los artículos 161 y 163 contienen disposiciones que restan eficacia a los artículos anteriores. En efecto, establecen que la responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea de accionistas o, en su defecto, por los accionistas que representen, por lo menos, el 33 por ciento del capital social. Como se apuntó en un apartado precedente, el porcentaje exigido por la ley para que los accionistas ejercitaran directamente la acción de responsabilidad civil era excesivamente alto, al menos en el ámbito de las sociedades anónimas públicas.

4. *Medidas tendentes a hacer que los mercados del control corporativo funcionen eficaz y transparentemente.*⁷⁸ Los Principios de la OCDE señalan que el ordenamiento jurídico debe permitir que los mercados de control corporativo funcionen de manera eficaz y transparente. En particular, es necesario que 1) las reglas y los procedimientos que gobiernan la adquisición de control corporativo en los mercados de capital y las transacciones extraordinarias como fusiones y ventas de porciones importantes de los activos de la compañía estén expresadas con claridad y sean reveladas de modo tal que los inversionistas conozcan sus derechos y recursos; 2) las transacciones ocurran a precios transparentes y sobre condiciones justas que protejan los derechos de todos los accionistas en función de su clase, y 3) los mecanismos contra compras hostiles no sean utilizados para proteger a la dirección y el consejo de administración de hacer frente a sus responsabilidades.

El régimen legal contenía escasas disposiciones encaminadas a transparentar y brindar eficacia a los mercados de control corporativo.⁷⁹ Entre ellas, los artículos 16 Bis-1, párrafo último, y 53, expuestos con anterioridad.⁸⁰

Como se desprende de todo lo anterior, el primer estado del régimen que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas ofrecía un nivel de protección claramente

⁷⁸ Los mercados de control corporativo son los mercados donde se adquiere el control de las empresas. En el caso de las empresas públicas, el mercado de control corporativo por excelencia es la bolsa de valores.

⁷⁹ A la escasez de dicho tipo de disposiciones debe sumarse el hecho de que la mayoría de las existentes eran meras normas programáticas (véanse, por ejemplo, los artículos 1º, párrafo segundo, y 5º, párrafo segundo). En mi opinión, para que las medidas de esta clase sean realmente eficaces deben estar formuladas como obligaciones, ya sea de las empresas, de los intermediarios, de las bolsas de valores o de las autoridades.

⁸⁰ Véase la nota al pie de página número 75 de este capítulo.

bajo. De las siete medidas de protección esenciales señaladas por La Porta *et al.*, el régimen no concedía ninguna de manera plena o eficaz. Por otra parte, las medidas de protección que sí otorgaba eran en la práctica disposiciones favorables exclusivamente a los accionistas de control. Los llamados en la ley “derechos de minorías” no lo eran en los hechos, salvo por la norma que establecía que toda minoría de tenedores de acciones de voto restringido que representaran un 10 por ciento del capital social tendría el derecho de designar por lo menos un consejero y su suplente, y que a falta de dicha designación los tenedores de dicha clase de acciones gozarían del derecho de nombrar en asamblea especial a por lo menos dos consejeros y sus suplentes.

V.3.2. La reforma de junio de 2001 a la Ley del Mercado de Valores y el segundo estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas

La reforma de junio de 2001 a la LMV fue una de las principales estrategias emprendidas por el gobierno mexicano para lograr el desarrollo de los mercados de capitales.⁸¹ A su vez, el desarrollo del mercado de valores puede verse como uno de los principales objetivos de la gran reforma al sistema financiero mexicano iniciada a finales de los años ochenta.

La reforma a la LMV tuvo por objeto incrementar la transparencia del mercado, disciplinar y perfeccionar su funcionamiento, mejorar el sistema de gobierno corporativo de las sociedades participantes en el mercado (no sólo las emisoras sino también las casas de bolsa, los especialistas bursátiles, las filiales de instituciones financieras del exterior, las bolsas de valores, las instituciones para el depósito de valores y las contrapartes centrales) e incrementar

⁸¹ El inicio de la política pública orientada al desarrollo de los mercados mexicanos de capitales ocurrió tras la crisis de 1994-1995, cuando el gobierno emprendió una estrategia proactiva de manejo de la deuda pública cuyo propósito era coadyuvar al desarrollo del mercado local de deuda y reducir la dependencia del gobierno de la deuda contraída en los mercados extranjeros. Asimismo, el gobierno empezó a prestar atención a la infraestructura de los mercados de valores y al desarrollo de una base de inversionistas institucionales. La principal estrategia para lograr esto último fue la reforma de 1997 al sistema de pensiones. Otro gran paso hacia el desarrollo del mercado de valores fue la serie de modificaciones al marco legal llevadas a cabo en 2001, de las que destacan la reforma a la LMV y la promulgación de una nueva Ley de Sociedades de Inversión (publicada en el DOF el 4 de junio de 2001). Uno de los principales objetivos de dicha serie de reformas fue la generación de una base amplia de pequeños inversionistas que se sumara a la base de inversionistas institucionales que empezaba a consolidarse. Entre otras cosas, las reformas eliminaron obstáculos y contradicciones legales; concedieron mayores poderes de inspección y vigilancia a la CNBV; mejoraron las prácticas de gobierno corporativo de los participantes en los mercados de capitales; aumentaron la protección de los accionistas minoritarios; autorizaron el desarrollo de una amplia variedad de vehículos de inversión colectiva, y permitieron a los fondos de inversión ofrecer diferentes estructuras de cuotas y comisiones a los distintos tipos de inversionistas.

el nivel de protección jurídica de los accionistas de las mismas, especialmente los minoritarios. Por la naturaleza y los objetivos del presente trabajo, yo sólo me concentraré en las modificaciones relativas al sistema de gobierno corporativo y al conjunto de derechos de los accionistas de las sociedades emisoras (a las que he denominado también “empresas públicas”).

Como veremos en seguida, la reforma de 2001 a la LMV produjo un segundo estado del régimen que establece los derechos de los accionistas de las empresas públicas y lo diferenció en serio del régimen legal general, especialmente en lo relativo a los derechos de las minorías.

Pasemos ahora al examen de dicho estado. Veamos, partiendo del catálogo de medidas de protección que he utilizado en el apartado anterior, el modo en que la reforma de junio de 2001 modificó el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas.

Debo advertir que sólo me detendré en aquellas medidas que se hayan visto afectadas por la reforma; es decir, al revisar las medidas de protección sólo señalaré si la medida correspondiente se vio afectada o no por la reforma y los términos en que se dio la afectación.

Medidas para garantizar la participación y el voto informados de todos los accionistas en las decisiones corporativas fundamentales

1. *Principio de “una acción, un voto”* (primera medida del catálogo de La Porta *et al.*). La reforma de junio de 2001 no supuso el establecimiento de esta medida de protección; sin embargo, sí previno mecanismos tendentes a hacer menos severo el alejamiento del régimen de las empresas públicas del principio de “una acción, un voto”.

Antes de la reforma, la LMV estipulaba que la emisión de acciones sin derecho de voto y de acciones de voto restringido *distintas* de las acciones preferentes de voto limitado que prevé el artículo 113 de la LGSM no debía exceder el 25 por ciento *del capital social*, a menos que se tratara de acciones *de voto restringido* que fueran convertibles en acciones ordinarias, correspondiendo a la CNBV autorizar el porcentaje máximo del capital social que esta última clase de acciones podía representar así como el plazo para que se convirtieran en acciones ordinarias, el cual no debía ser superior a los diez años. La reforma de 2001 modificó esta disposición de manera sustancial; por virtud de ella, la emisión de acciones *distintas de las ordinarias* (lo que incluye tanto a las acciones sin derecho de voto y de voto restringido como a las acciones preferentes de voto limitado) no debía exceder del 25 por ciento *del capital social que se colocara entre el público inversionista*, ni del 25 por ciento *del total de acciones que se encontraran colocadas en el mismo* (artículo 14 Bis-3, fracción II, de la LMV reformada).

Asimismo, la reforma delimitó la facultad de la CNBV para ampliar el límite en comentario y acortó el plazo máximo para convertir las acciones distintas de las ordinarias en acciones ordinarias; el artículo 14 Bis-3, fracción II, de la LMV reformada señalaba:

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá ampliar el límite señalado hasta por un 25 por ciento adicional, siempre que este último porcentaje esté representado por acciones sin derecho a voto, con la limitante de otros derechos corporativos o por acciones de voto restringido, que en todo caso, deberán ser convertibles en acciones ordinarias en un plazo no mayor a cinco años, contado a partir de su colocación. Para la determinación de los porcentajes referidos no se considerarán las acciones o títulos fiduciarios que las representen y que, en razón de la nacionalidad del titular, limiten el derecho de voto en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables en materia de inversión extranjera.

Igualmente, la reforma prohibió el empleo de las denominadas unidades vinculadas cuando su utilización violara las disposiciones anteriores. El mismo precepto disponía:

Se prohíbe la instrumentación de mecanismos a través de los cuales sean negociadas u ofrecidas al público inversionista, de manera conjunta, acciones ordinarias y, en su caso, de voto restringido o limitado o sin derecho a voto, salvo que estas últimas sean convertibles a ordinarias en un plazo máximo de cinco años o que en razón de la nacionalidad del titular, las acciones o títulos fiduciarios que las representen, limiten el derecho de voto en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables en materia de inversión extranjera.

Por otra parte, la reforma otorgó a los titulares de acciones preferentes de voto limitado el derecho de minorías para designar a un consejero y su suplente que la LMV ya concedía a los titulares de acciones de voto restringido. Asimismo, estableció la posibilidad de sumar las acciones de los dos tipos a fin de alcanzar el porcentaje requerido para ejercer el derecho. De esta manera, toda minoría de tenedores de acciones de voto restringido o de acciones preferentes de voto limitado que representaran un 10 por ciento del capital social, en una o en ambas series accionarias, tendría el derecho de designar por lo menos un consejero y su suplente. A falta de esa designación de minorías los tenedores de dicha clase de acciones gozarían del derecho de nombrar en asamblea especial a por lo menos dos consejeros y sus suplentes (artículo 14 Bis-3, fracción III, de la LMV reformada).

2. *Derecho de votar por correo y enviar el voto directamente a la empresa* (segunda medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal no se modificó en este sentido, de modo que siguió sin conceder este derecho.

3. *Prohibición de que las empresas condicionen el voto al depósito de las acciones por un determinado número de días previos y posteriores a la celebración de las asambleas de accionistas y prohibición de que las empresas o las instituciones para el depósito de valores bloqueen las acciones durante esos días* (tercera medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal no se modificó en este sentido, de modo que siguió sin establecer dichas prohibiciones.

4. *Derecho de contar con información suficiente y oportuna acerca de la fecha, la hora, el lugar y el orden del día de las asambleas generales así como de cada uno de los asuntos que serán decididos en la asamblea*. Salvo por un par de disposiciones de escasa relevancia (artículo 14 Bis-3, fracción VI, incisos b) y c)), este derecho siguió siendo otorgado exclusivamente en los términos de la LGSM.

5. *Derecho de los accionistas de aplazar la votación de los asuntos respecto de los cuales no se sientan suficientemente informados*. Antes de la reforma de 2001, los accionistas que reunieran el 33 por ciento de las acciones representadas en una asamblea podían hacer aplazar tres días la votación de cualquier asunto respecto del cual no se sintieran suficientemente informados. La reforma de 2001 redujo dicho porcentaje a 10 por ciento, haciendo del derecho en cuestión un verdadero derecho de minorías.

Medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo así como la posibilidad de oponerse a las decisiones opresivas de la asamblea, el consejo de administración o la dirección y, en su caso, obtener la reparación de los derechos violados

1. *Derecho preferente de los accionistas para suscribir, en términos proporcionales a su participación en el capital social, las acciones que se emitan con motivo de aumento del capital social y exigencia de que el ejercicio de dicho derecho sólo pueda evitarse por el voto en contra de los demás accionistas* (sexta medida del catálogo de La Porta *et al.*). La reforma de 2001 no modificó los términos en que el régimen trataba esta medida de protección.

2. *Disposición legal que obligue a que cualquier cambio en los derechos de cierta clase de acciones sea aprobado por los titulares de las acciones que se verían afectadas*. La reforma de 2001 no modificó los términos en que el régimen concedía esta medida de protección.

3. *Derecho de las minorías a nombrar un consejero, o lo que es igual, presencia del principio de votación acumulada o del de representación proporcional* (cuarta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Como he señalado anteriormente, la reforma de 2001 extendió a los titulares de acciones preferentes de voto limitado el derecho de minorías para designar a un consejero y su suplente que la LMV concedía desde antes a los titulares de acciones de voto restringido.

4. *Derecho de las minorías a nombrar un comisario*. Antes de la reforma de 2001, este derecho estaba otorgado exclusivamente en los términos de la LGSM, cuyos artículos 144 y 171 establecen que cuando los comisarios de las sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores sean tres o más, la minoría que represente el 10 por ciento del capital social tendrá el derecho de nombrar cuando menos un comisario. La reforma de 2001 no modificó los términos en que el régimen confería este derecho, simplemente incluyó en la LMV la disposición en comentario y aclaró, acaso innecesariamente, que se trataba de un derecho de todos los accionistas, ya fuera que sus títulos tuvieran derechos de voto completos, limitados, restringidos o no tuvieran derecho de voto (artículo 14 Bis-3, fracción III, de la LMV reformada).

5. *Derecho de las minorías a convocar a asamblea general extraordinaria de accionistas, incluso por la vía judicial* (séptima medida del catálogo de La Porta *et al.*). También este derecho estaba conferido exclusivamente en los términos de la LGSM, que exige la concurrencia de por lo menos el 33 por ciento del capital social para su ejercicio. Por consiguiente, no podía considerarse que el régimen concediera esta medida de protección de las minorías. La reforma de 2001 modificó sustancialmente esta situación, disminuyendo al 10 por ciento del capital social el porcentaje mínimo necesario para ejercer el derecho en cuestión, otorgándolo en los hechos. El artículo 14 Bis-3, fracción VI, inciso a) de la LMV reformada señalaba:

Los accionistas con acciones con derecho a voto, incluso en forma limitada o restringida, que representen cuando menos el diez por ciento del capital social podrán solicitar se convoque a una asamblea general de accionistas en los términos señalados en el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

6. *Derecho de las minorías a oponerse judicialmente a las decisiones de la asamblea* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Antes de la reforma de 2001, el régimen legal (la LGSM) concedía a los accionistas que representaran el 33 por ciento del capital social la

facultad de oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales. En consecuencia, el presente derecho no era en la práctica un derecho de minorías. La reforma de 2001 modificó esta situación pero de manera insuficiente, pues no obstante que disminuyó el porcentaje mínimo requerido para ejercitar el derecho, el mismo continuó siendo muy alto, a saber, el 20 por ciento del capital social. Adicionalmente, restringió el universo de titulares del derecho en cuestión a los tenedores de acciones con derecho de voto que tuvieran este derecho en la asamblea a cuyas resoluciones se opusieran. A mi juicio, esta restricción es injustificada toda vez que las decisiones de las asambleas afectan a todos los accionistas y no sólo a quienes participaron y votaron en ellas. El artículo 14 Bis-3, fracción VI, inciso f) de la LMV reformada disponía:

Los accionistas con acciones con derecho a voto, incluso en forma limitada o restringida, que representen cuando menos el veinte por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, respecto de las cuales tengan derecho de voto, siempre que se satisfagan los requisitos del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, siendo igualmente aplicable el artículo 202 de la citada Ley.

Así pues, puede afirmarse que este derecho siguió sin concederse incluso después de la reforma de 2001.

7. *Derecho de exigir judicialmente a la empresa la compra (en términos justos) de los títulos de aquellos accionistas que se opongan a las decisiones de la asamblea en ciertos asuntos fundamentales, tales como fusiones, ventas de activos o modificaciones a las escrituras sociales* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). La reforma de 2001 no modificó los términos, muy limitados, en que el régimen trataba esta medida de protección.

8. *Derecho de las minorías a demandar directamente a los consejeros y directivos por responsabilidad civil* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). En teoría, el régimen legal concedía este derecho, pero únicamente a los accionistas “minoritarios” que representaran por lo menos el 33 por ciento del capital social y solamente en contra de los administradores de la sociedad. La reforma de 2001 redujo el porcentaje mínimo al 15 por ciento del capital social (artículo 14 Bis-3, fracción VI, inciso d) de la LMV reformada). Por lo tanto, en la práctica el derecho continuó siendo un derecho exclusivo de los accionistas de control. En efecto, la *free float* de las empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores no llega a representar en promedio siquiera el 15 por ciento del capital social, lo que significa que incluso todos los titulares de las acciones integrantes de la *free float* juntos habrían sido incapaces de ejercer la acción de responsabilidad civil. Por otra parte, la reforma no resolvió el problema consistente en

hacer referencia exclusivamente a los administradores (y no a éstos y a los directivos principales o, por lo menos, al director general).

9. *Medidas específicas de protección en favor de los accionistas minoritarios para obtener la reparación de los derechos violados por las acciones abusivas de los insiders* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). La reforma no dispuso nada en este sentido.

Medidas encaminadas a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía

1. *Derecho de obtener oportuna y regularmente información sustancial general sobre la compañía.* (Aquí caben los requerimientos legales de información, sobre todo el establecimiento *legal* de determinados criterios o estándares contables.) La reforma de 2001 mejoró sustancialmente el contenido de este derecho. No eliminó la posibilidad de que la CNBV determinara qué información debía presentarse y cómo debía presentarse, pero sí estableció un “piso” legal, un mínimo de información que las empresas estaban obligadas a suministrar al mercado, a las autoridades y, sobre todo, a los inversionistas, potenciales y reales. Así, el artículo 14, fracción I, de la LMV reformada exigía a las empresas que pretendieran inscribir sus valores en las Sección de Valores del Registro Nacional de Valores (RNV) y obtener la autorización de la oferta pública de los mismos la presentación a la CNBV de una solicitud que incluyera: a) un proyecto de prospecto de colocación sobre la situación financiera, administrativa, económica, contable y legal de la empresa, así como de los valores materia de la oferta pública; b) los estados financieros anuales de la sociedad acompañados del dictamen de un auditor externo independiente; c) una opinión legal independiente sobre la existencia legal de la emisora, la validez de los acuerdos de la asamblea general de accionistas o del consejo de administración relativos a la emisión y a la oferta pública de los valores objeto de la inscripción, así como sobre las facultades de las personas que los suscribieran y la validez de los mismos valores, y d) una opinión favorable de una bolsa de valores respecto de la inscripción de los títulos en el listado de valores de la misma, así como de la forma en que quedaría integrado el consejo de administración, siendo necesaria la participación de consejeros independientes.

El artículo 14 Bis-2, fracción I, exigía a las empresas que pretendieran mantener la inscripción de sus valores en el RNV la presentación a la CNBV, a la bolsa de valores respectiva y al público inversionista de: a) informes continuos, trimestrales y anuales, que

contuvieran toda la información relevante⁸² acerca de la sociedad en materia financiera, administrativa, económica, contable y legal, así como de los valores por ella emitidos, y b) los estados financieros de la emisora, que debían acompañarse del dictamen de un auditor externo independiente cuando así lo determinara la CNBV mediante disposiciones de carácter general.

2. *Derecho de obtener información oportuna, veraz y precisa sobre la estructura de propiedad del capital social y los acuerdos que posibiliten que ciertos accionistas detenten un grado de control desproporcionado con relación a la propiedad del capital social que les pertenece.* El régimen legal no se modificó en este sentido, de modo que siguió sin conceder este derecho.

3. *Derecho a la revelación de eventos relevantes.* La reforma modificó el régimen legal para incluir el concepto de “evento relevante” y establecer la obligación de las empresas de informar al público del acaecimiento de eventos relevantes relativos a ellas en cuanto éstos ocurrieran. El artículo 16 Bis de la LMV reformada estipulaba:

Se entiende por evento relevante todo acto, hecho o acontecimiento capaz de influir en los precios de los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores. El conocimiento de eventos relevantes que no hayan sido relevados al público de conformidad con el siguiente párrafo, constituye información privilegiada para los efectos de esta Ley.

Las emisoras con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores estarán obligadas a informar al público, a través de los medios que la bolsa de valores en que coticen los mismos establezca al efecto, los eventos relevantes relativos a ellas en el momento en que ocurran; sin embargo podrán diferir su divulgación siempre que:

- I. Adopten las medidas necesarias para garantizar que la información relativa sea conocida exclusivamente por las personas que sea indispensable que a ella accedan;
- II. No se trate de actos, hechos o acontecimientos consumados;
- III. No exista información en medios masivos de comunicación, que induzca a error o confusión respecto del evento relevante, y
- IV. No existan movimientos inusitados en el precio o volumen de operación de los valores, considerándose por aquellos, cualquier cambio en la oferta o demanda de los valores o en su precio, que no sea consistente con su comportamiento histórico y no pueda explicarse con la información que sea del dominio público.

Como se aprecia, la ley establecía la posibilidad de que las empresas no divulgaran la ocurrencia de eventos relevantes en el momento en que sucedieran, lo que podría verse como

⁸² Esto es, toda aquella información que contribuyera a la adecuada toma de decisiones por parte del público inversionista.

una deficiencia del régimen. Sin embargo, hay que considerar que la propia ley fijaba un precio alto a la falta de divulgación de dichos eventos, a saber: la calificación del conocimiento de los mismos como información privilegiada, las consiguientes limitaciones a la conducta de quienes la poseyeran y el riesgo de sufrir las sanciones legales por la inobservancia de dichas limitaciones o por la decisión injustificada de no comunicar al público los eventos en comentario.

4. *Medidas para garantizar la integridad (en el sentido de exhaustividad y de veracidad, objetividad e imparcialidad) de los informes, financieros y no financieros; destacadamente, la obligación de la empresa de mandar realizar una auditoría externa independiente, es decir, sin riesgo de conflicto de intereses, o bien de acompañar los estados financieros anuales del dictamen de un auditor externo independiente.* Como se apuntó líneas arriba, la reforma estableció la obligación de que las empresas que pretendieran inscribir sus valores en el RNV para ofrecerlos al público presentaran a la CNBV sus estados financieros anuales acompañados del dictamen de un auditor externo independiente; igualmente, previno la posibilidad de que la CNBV determinara que los estados financieros de las empresas con valores inscritos en el RNV se acompañaran del dictamen de un auditor externo independiente.

Medidas específicas dirigidas a evitar o manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas

1. *Obligación de la empresa de identificar y revelar a las partes relacionadas (y el derecho de información correlativo).* La reforma no estableció esta obligación.

2. *Obligación de la empresa (o de los insiders) de informar al mercado y a los accionistas de las transacciones con partes relacionadas (y el derecho correlativo de los accionistas a obtener información sobre las transacciones con partes relacionadas).* La reforma no estableció esta obligación.

3. *Otras medidas para garantizar la integridad de las transacciones con partes relacionadas.* La reforma estableció un par de medidas de suma importancia en este sentido. Primera, la obligación de las empresas de estipular en sus estatutos sociales que sería facultad indelegable del consejo de administración aprobar las transacciones con partes relacionadas que se apartaran del giro ordinario de negocios de la empresa. Para efectos de la LMV, eran partes relacionadas (o personas relacionadas, como las llamaba la ley) los socios de la empresa; las personas que formaran parte de la administración de la sociedad, y las personas que mantuvieran vínculos patrimoniales o de parentesco o fueran cónyuge o concubinario de los socios o los administradores de la sociedad (artículo 14 Bis-3, fracción IV, inciso d) de la

LMV reformada). Esta disposición constituyó un gran avance en la mejora del gobierno corporativo de las empresas públicas, destacadamente en la conquista de un trato equitativo a todos los accionistas y el combate a las prácticas usurpatorias de los *insiders*.⁸³

Segunda, la obligación de la sociedad de constituir un comité de auditoría, presidido e integrado mayoritariamente por consejeros independientes, encargado, entre otras cosas, de opinar sobre las transacciones con partes relacionadas y de proponer, cuando lo juzgara conveniente, la contratación de especialistas independientes para que expresaran su opinión respecto de dichas transacciones. También esta disposición significó un avance importante en la mejora del gobierno corporativo de las empresas públicas y en el manejo de los posibles conflictos de intereses.

4. *Medidas para evitar o manejar conflictos de intereses en la nominación de consejeros y directivos clave.* La reforma no contempló medidas de este tipo.

5. *Medidas para evitar o manejar conflictos de intereses en la remuneración a los consejeros y los directivos clave.* La reforma no contempló medidas de este tipo.

6. *Obligación de que tanto consejeros como comisarios y directivos clave revelen al consejo de administración si tienen un interés personal en algún asunto o transacción de la compañía y, en su caso, se abstengan de votar o participar en la ejecución del mismo, según corresponda.* La reforma de 2001 no modificó los términos en que el régimen establecía esta obligación, simplemente la incluyó en la LMV y la extendió a los integrantes del recién creado comité de auditoría para el caso de las deliberaciones y resoluciones del mismo (artículo 14 Bis-5).

Cabe señalar que la ley siguió siendo omisa acerca de la obligación respectiva de los directivos principales, lo cual tiene sentido pues como veremos más adelante la reforma no incluyó referencia ninguna a la dirección o al director general de las sociedades emisoras.

7. *Prohibición de que las personas que dispongan de información privilegiada realicen operaciones con valores de la empresa en beneficio propio o de terceros.* La reforma supuso adiciones a esta medida de protección tendentes a hacerla más completa y eficaz. Las adiciones extendieron la prohibición a más personas y cerraron algunos resquicios que permitían eludirla, volviendo ilegal la utilización de los mismos. (Entre tales resquicios se encontraban la transmisión [y no el uso] de información privilegiada así como la utilización de

⁸³ Cabe observar que si la disposición en comentario representó lo anterior ello se debió en gran manera a la introducción de otra medida íntimamente relacionada: la presencia, en una cuarta parte por lo menos, de consejeros independientes en el consejo de administración. A la introducción de las dos medidas mencionadas debe agregarse el hecho de que la ley ya prevenía mecanismos para garantizar que las minorías estuvieran representadas en el consejo de administración.

fideicomisos para hacer negocio con la compraventa de valores aprovechando el acceso a información privilegiada.)

De la mayor relevancia fue la inserción en la ley del concepto de “grupo empresarial” a efectos de incluir entre las personas que de acuerdo con la ley debía presumirse que tenían acceso a información privilegiada a las siguientes: 1) los miembros del consejo de administración, los directivos, los gerentes y los factores *de las sociedades integrantes del grupo empresarial al que perteneciera la sociedad emisora*; 2) las personas relacionadas patrimonialmente entre sí que en conjunto tuvieran el 25 por ciento o más de las acciones representativas del capital social de la emisora, y 3) el cónyuge, la concubina o el concubinario así como las personas vinculadas por razón de parentesco por consanguinidad, por afinidad hasta el segundo grado o civil con las personas referidas en el numeral 2).

Como indiqué anteriormente,⁸⁴ el sector de las empresas públicas en México estaba y está dominado por grupos económicos (o empresariales, como los llamaba, y llama, la LMV). Éstos suelen existir para proveer de financiamiento a las empresas del grupo en un medio en el que obtener financiamiento externo resulta difícil o gravoso. Sin embargo, el tipo de gobierno corporativo que surge en presencia de grupos económicos suele ser muy poco transparente para los inversionistas externos y tiende a aumentar el riesgo de que los denominados *insiders* usurpen sus dividendos. Era urgente que el legislador tomara en cuenta esta circunstancia y estableciera disposiciones legales dirigidas a evitar o controlar sus efectos negativos.

8. *Exigencia de que el consejo de administración se integre con un número determinado de consejeros independientes.* También en este sentido la reforma supuso un avance de suma importancia. Varias de las mejoras introducidas por ella habrían quedado incompletas o resultado ineficaces sin la presencia de un número importante de consejeros verdaderamente independientes en el consejo de administración.⁸⁵

El artículo 14 Bis-3, fracción IV, de la LMV reformada ordenaba que el consejo de administración de las sociedades emisoras se integrara por un mínimo de cinco y un máximo de 20 consejeros propietarios, de los cuales cuando menos el 25 por ciento debían ser independientes. Por cada consejero propietario se designaría a su respectivo suplente, en el entendido de que los consejeros suplentes de los consejeros independientes debían tener ese mismo carácter.

⁸⁴ Véase V.2.1.2.2 y V.2.1.3.2

⁸⁵ Por ejemplo, la conformación del comité de auditoría o la asignación al consejo de administración de la facultad indelegable de aprobar las transacciones con partes relacionadas que se apartaran del giro ordinario de negocios de la empresa.

En otro lugar señalé siguiendo a Mierta Capaul que la presencia de consejeros independientes significa poco o nada sin una definición precisa y adecuada de independencia. El legislador tomó ello en cuenta y en el artículo 14 Bis de la LMV reformada dispuso que sólo podía considerarse consejeros independientes a aquellos consejeros que seleccionados por su experiencia, capacidad y prestigio profesional en ningún caso fueran: 1) empleados o directivos de la sociedad emisora, incluyendo aquellas personas que hubieran ocupado dichos cargos durante el año inmediato anterior a su nombramiento; 2) accionistas que sin ser empleados o directivos de la emisora tuvieran poder de mando sobre los directivos de la misma; 3) socios o empleados de sociedades o asociaciones que prestaran servicios de asesoría o consultoría a la emisora o a las empresas que pertenecieran al grupo económico del que ésta formara parte y cuyos ingresos por dichos servicios representaran el diez por ciento o más del total de sus ingresos; 4) clientes, proveedores, deudores, acreedores, socios, consejeros o empleados de una sociedad que fuera cliente, proveedor, deudor o acreedor importante de la emisora; 5) empleados de fundaciones, asociaciones o sociedades civiles que recibieran donativos importantes de la emisora; 6) directores generales o directivos de alto nivel de una sociedad en cuyo consejo de administración participara el director general o un directivo de alto nivel de la emisora, o 7) cónyuges, concubinas o concubenarios, así como parientes por consanguinidad, por afinidad o civiles, hasta el primer grado respecto de algunas de las personas mencionadas en los numerales del 3) al 6) y hasta el tercer grado respecto de las personas señaladas en los numerales 1) y 2).

9. *Medidas tendentes a alinear los incentivos y a evitar conflictos de intereses “fuera de la empresa”.* Salvo por algunas disposiciones adicionales de escasa relevancia (especialmente el artículo 12, fracción VIII), el régimen legal siguió dando el mismo tratamiento a la presente medida de protección después de la reforma de 2001.

10. *Otras medidas tendentes a transparentar el accionar de los insiders y prevenir las prácticas usurpatorias.* La reforma introdujo disposiciones adicionales a las contenidas en la LMV con anterioridad. Se trata de los artículos 14 Bis-3, fracciones IV, incisos d) y f), y V, incisos b) y c), y 16 Bis-3, párrafo primero. Asimismo, se modificó el contenido del artículo 16 Bis-1, párrafo último, a fin de extender la obligación en él establecida a otras personas y a todas las operaciones que éstas realizaran con valores emitidos por la sociedad a la que se encontraran vinculados.

De las disposiciones adicionadas destacan: 1) la asignación al consejo de administración de la facultad indelegable de aprobar las siguientes operaciones: la compra o venta del diez por ciento o más del activo, el otorgamiento de garantías por un monto superior

al treinta por ciento de los activos, y las operaciones distintas de las anteriores que representaran más del uno por ciento del activo de la empresa (artículo 14 Bis-3, fracción IV, inciso d)); y 2) la asignación al comité de auditoría de la función de opinar sobre las transacciones con personas relacionadas y de proponer, en caso de que lo juzgara conveniente, la contratación de especialistas independientes a fin de obtener su opinión sobre dichas transacciones (artículo 14 Bis-3, fracción V, incisos b) y c)).

Medidas específicas para fortalecer la vigilancia corporativa

1. *Presencia de comisarios independientes, y estipulación clara y conveniente de sus funciones.* Salvo por la inclusión en la LMV de algunas disposiciones que el régimen ya prevenía en la LGSM, la reforma de 2001 no modificó los términos en que el régimen trataba esta medida de protección.

2. *Obligación de crear comités del consejo de administración integrados mayoritariamente y dirigidos por consejeros independientes, especialmente en el área de auditoría.* Uno de los principales avances en materia de gobierno corporativo de la reforma de 2001 fue precisamente la creación de la figura del comité de auditoría. El artículo 14 Bis-3, fracción V, de la LMV reformada estableció la obligación de las sociedades emisoras de constituir un comité de auditoría integrado con consejeros, de los cuales la mayoría y el presidente debían ser consejeros independientes. Como se ha señalado párrafos arriba, el comité de auditoría tendría, entre otras, las siguientes funciones: 1) elaborar un reporte anual sobre sus actividades y presentarlo al consejo de administración y a la asamblea de accionistas; 2) opinar sobre las transacciones con personas relacionadas, y 3) proponer, en caso de que lo juzgara conveniente, la contratación de especialistas independientes a fin de obtener su opinión sobre dichas transacciones.

Medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las prácticas usurpatorias

1. *Disposiciones que definen los ilícitos civiles, administrativos y penales y establecen las sanciones correspondientes.* En general, la reforma tuvo en este aspecto dos ejes: aumentar la sanción de las prácticas prohibidas de antemano y ampliar el número de prácticas sancionables (lo que ocurrió naturalmente al incrementarse con la reforma el número de conductas exigibles). La reforma adicionó la LMV con un capítulo décimo segundo denominado “De las

prohibiciones”. De entre las conductas prohibidas destacan las siguientes: 1) la manipulación del mercado, entendiéndose por ésta todo acto a través del cual se interfiriera o influyera en la libre interacción entre oferta y demanda, haciendo variar artificialmente el volumen o precio de los valores regulados por la ley con la finalidad de obtener un beneficio propio o de terceros; 2) el ordenar o intervenir con conocimiento en la realización de operaciones de simulación, y 3) el intervenir en operaciones que supusieran conflicto de intereses (artículo 124, fracciones I, II y V de la LMV reformada). La realización de la primera conducta referida se reputó delito (artículo 52 Bis-7).

Conviene transcribir el último párrafo del artículo 51 de la LMV reformada; en mi opinión, constituye una muestra de lo que debe hacerse para proteger al público inversionista y desalentar las prácticas contrarias a sus intereses:

En protección del interés del público, la Comisión podrá divulgar las sanciones que al efecto imponga por infracciones a esta Ley, una vez que dichas resoluciones hayan quedado firmes o sean cosa juzgada, señalando exclusivamente la persona sancionada, el precepto infringido y la sanción.

También acertada era la disposición del tercer párrafo del mismo precepto, que señalaba:

En el caso de personas morales, las multas podrán ser impuestas tanto a dichas personas como a sus consejeros, directivos, empleados a apoderados que hayan incurrido directamente o hayan ordenado la realización de la conducta prohibida, materia de la infracción.⁸⁶

Medidas dirigidas a garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas

1. *División clara y adecuada de responsabilidades entre el consejo de administración y la dirección general.* La reforma no previno esta medida de buen gobierno corporativo.⁸⁷

⁸⁶ Antes de la reforma, la disposición era del tenor siguiente: “En el caso de personas morales, las multas podrán ser impuestas tanto a dichas personas como a sus consejeros, directivos, empleados a apoderados que sean responsables de la infracción.”

⁸⁷ La reforma introdujo por primera vez en la LMV la exigencia de que la administración de una sociedad anónima estuviera encomendada a un consejo de administración y a un director general, pero lo hizo respecto de las casas de

2. *Estipulación clara y adecuada de las funciones clave del consejo de administración.*

La reforma estableció en el artículo 14 Bis-3, fracción IV, inciso d) algunas facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades anónimas públicas. Me he referido a ellas en párrafos anteriores, de modo que sólo añadiré que el propósito primordial de las mismas era proteger a los accionistas minoritarios de la usurpación de dividendos (vía las transacciones con partes relacionadas principalmente) y la malversación de activos. No obstante el avance que supuso la incorporación en la LMV de dichas facultades, la letra de la ley siguió estando lejos del parámetro establecido por los Principios de la OCDE.

3. *Estipulación clara y adecuada de las responsabilidades del consejo de administración.*

La reforma de 2001 no modificó los términos en que el régimen trataba esta medida de protección.

4. *Medidas tendentes a hacer que los mercados del control corporativo funcionen eficaz y transparentemente.* La reforma incorporó en el artículo 14 Bis-3, fracción VII, una disposición adicional perteneciente a este conjunto de medidas. El texto del precepto era el siguiente:

La emisora, mediante asamblea extraordinaria de accionistas, podrá estipular en sus estatutos, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, cláusulas adicionales a las previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles para el contrato social, que establezcan medidas tendientes a prevenir la adquisición de acciones que otorguen el control de la emisora, en forma directa o indirecta, *sin que se tenga el acuerdo favorable del consejo de administración de la misma.*

El mismo precepto establecía como condición para que las emisoras pudieran establecer dichas medidas la observancia de los principios de buen gobierno corporativo y de protección a las minorías que la reforma introdujo:

La emisora de que se trate, estará en posibilidad de contemplar en sus estatutos lo previsto en esta fracción, siempre que se ajuste estrictamente a lo establecido por las fracciones II a VI de este mismo artículo.

No es cosa fácil evaluar la pertinencia de este precepto legal. Si bien es cierto que los accionistas de control necesitan incentivos que los animen a colocar un número importante de las acciones de la compañía en el mercado, también es verdad que disposiciones como la

bolsa y los especialistas bursátiles, y no de las sociedades emisoras; además, no estableció la forma en que debían dividirse las responsabilidades administrativas entre ambos (artículo 17 Bis 2, fracción VI).

anterior tienden a proteger a los consejeros (y a veces también a los principales directivos) de la posibilidad de que la adquisición del control de la compañía por personas distintas de las que lo tenían los deje fuera de la empresa o los haga enfrentar las responsabilidades en que hubieran incurrido. Al poder llegar a impedir que las denominadas tomas hostiles de control disciplinaran el mercado en general y el accionar de consejeros y directivos en particular, la disposición en comentario atentaba, o podía llegar a atentar, contra la eficiencia económica.

Con respecto a esta cuestión los Principios de la OCDE señalan que los mecanismos para evitar las tomas hostiles de control no deben ser utilizados para proteger a la dirección y al consejo de administración de la necesidad de hacer frente a sus responsabilidades. En mi opinión, la disposición en estudio, no obstante contener una condición que la hacía menos grave (la observancia de prácticas de buen gobierno corporativo), debe verse como una medida negativa.

Lo anotado en este apartado permite afirmar que la reforma de junio de 2001 a la LMV produjo un nuevo estado del régimen legal que establece el conjunto de derechos de los accionistas de empresas públicas. Las nuevas disposiciones supusieron la incorporación en la ley de algunas de las mejores prácticas internacionales de gobierno corporativo (aunque varias hayan quedado fuera) y un incremento sustancial en el número de derechos de los accionistas, todo lo cual aumentó de manera importante el nivel de protección jurídica de los accionistas de las empresas públicas mexicanas.

La reforma diferenció finalmente el régimen legal de las sociedades anónimas públicas del régimen legal de las sociedades anónimas “normales y corrientes”, al menos en lo relativo al gobierno corporativo y al conjunto de derechos de los accionistas. Para decirlo en la jerga del análisis económico de los derechos de propiedad, la reforma de 2001 a la LMV redefinió, si no de manera radical sí de un modo importante, los conjuntos de derechos de propiedad o de oportunidad de los accionistas minoritarios, accionistas de control y consejeros de las empresas públicas, así como la forma en que dichos conjuntos interactuaban.

V.3.3. La nueva Ley del Mercado de Valores y el tercer estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas

Uno de los principales motivos de las modificaciones al régimen legal del mercado de valores en general y del mercado accionario en particular expresadas en la nueva LMV fue el de terminar de ajustar dicho régimen a los estándares internacionales.⁸⁸

Los mercados de valores de todo el mundo –se lee en la Iniciativa de Ley del Mercado de Valores– se caracterizan por una creciente competencia por obtener recursos para el financiamiento de las empresas [...] En este sentido, un factor determinante en la elección del destino de las inversiones está dado por el marco normativo del país de que se trate y, sobre todo, por la necesidad de contar con un nivel adecuado de certidumbre jurídica, por lo que, si México desea ser atractivo para los inversionistas, nacionales y extranjeros, es necesario contar con una regulación que cumpla con los estándares internacionales que rigen los principales mercados de valores.⁸⁹

No realizar las modificaciones legales pertinentes, advertía la Iniciativa, implicaba correr el riesgo de que el mercado mexicano de valores perdiera la competitividad que había alcanzado en la captación de inversión nacional e internacional así como una parte de los recursos financieros que había recibido en los últimos años.

La Iniciativa reconoce los siguientes principios rectores de todo régimen legal bursátil: 1) la revelación de información al público inversionista, 2) la protección de los derechos de las minorías y 3) la presencia de un buen sistema de gobierno corporativo. Estos principios suelen materializarse en disposiciones de organización social y de control administrativo dirigidas a proteger la propiedad y los derechos de los inversionistas.

Como se vio en el apartado anterior, la reforma de 2001 había introducido varias mejoras al régimen legal en comentario. Sin embargo, dejó fuera dos aspectos fundamentales:

- No se previeron medidas expresas para fomentar el acceso de empresas medianas al mercado de valores, entendido éste en su más amplio sentido que incluye al mercado de capital de riesgo, ni se tomaron otras para desarrollar inversiones en estas empresas a fin de detonar y complementar el mercado de valores. La experiencia indica que el desarrollo

⁸⁸ El ajuste había comenzado varios años atrás, destacando, para los efectos de esta tesis, la reforma del año de 2001.

⁸⁹ Iniciativa de Ley del Mercado de Valores, p. 1.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

de mercados como el de capital de riesgo [...] puede y debe potenciar y complementar el desarrollo del mercado de valores tradicional. Tampoco se tomaron medidas para fomentar el desarrollo de empresas otorgando facilidades que permitieran e incentivaran a las de carácter familiar pasar a ser empresas públicas listadas en bolsa con mayor facilidad.

- Al no haberse modificado la estructura corporativa de las empresas emisoras, la forma en que se organiza [en la ley] la administración refleja una disociación entre el régimen jurídico existente y la realidad moderna operativa y práctica [de las empresas] del mercado de valores. Tal es el caso de las funciones y responsabilidades que asumen los consejeros, directivos y el comisario. El hecho de que en nuestro mercado existan empresas emisoras con estructuras societarias desactualizadas, coexistiendo en un ambiente moderno de mercado de valores global, no contribuye al desarrollo de la formación de capital. Esta situación debe ser resuelta en una primera instancia por la normativa y, posteriormente, por las fuerzas del mercado [...] ⁹⁰

De acuerdo con la Iniciativa de Ley del Mercado de Valores, las modificaciones legales necesarias para enmendar la legislación bursátil en la dirección apuntada debían plasmarse ya no en una nueva reforma a la LMV sino en un nuevo ordenamiento que retomara el espíritu y el contenido de la reforma de junio de 2001 y reorganizara, en una estructura unificada y congruente, las reformas que a lo largo del tiempo había sufrido la LMV.

Así, tras revisar integralmente la legislación relativa al mercado de valores, reestructurar las disposiciones que la componían e incorporar los mejores estándares internacionales en la materia, el Ejecutivo federal elaboró una nueva Ley del Mercado de Valores cuyos principales objetivos eran (y son):

- a) Promover el acceso de las medianas empresas al mercado de valores para que de manera voluntaria adopten buenas prácticas de gobierno societario y otorguen derechos adecuados a los accionistas minoritarios; ⁹¹

⁹⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁹¹ La nueva LMV tiene un gran acierto (entre otros): reconoce que no sólo las empresas públicas deben estar sujetas a prácticas de gobierno corporativo adecuadas, sino también las empresas no tan grandes que deseen tener acceso, ahora o en algún momento futuro, al financiamiento “barato” que ofrece el mercado en la forma de capital privado y de capital de riesgo. En ese concepto, la ley contempla la figura de la “sociedad anónima promotora de inversión”, sujeta a un régimen de gobierno corporativo y de derechos de las minorías más exigente que el de las sociedades anónimas normales y corrientes pero menos estricto que el de las sociedades anónimas bursátiles. La ley crea así un mercado extrabursátil y abre una ventana de oportunidad para que las empresas que carecen de los recursos necesarios para listarse en la Bolsa de Valores o que no desean hacerlo por considerar que los costos de transacción son mayores que los beneficios que les reportaría el estar listadas, manden al mercado la señal de que son empresas confiables por cuanto observan algunas de las mejores prácticas de gobierno corporativo y respetan los derechos

- b) Consolidar el régimen aplicable a las sociedades anónimas bursátiles para mejorar su organización, funcionamiento y control mediante la modernización de sus estructuras societarias y de su régimen de funciones y responsabilidades, haciéndolos más congruentes con la realidad y con la práctica;
- c) Actualizar y flexibilizar el marco normativo aplicable a las casas de bolsa y demás entidades financieras participantes en el sector (bolsas de valores, instituciones para el depósito de valores, contrapartes centrales de valores, sociedades que administran sistemas para facilitar operaciones con valores, instituciones calificadoras de valores y proveedores de precios, entre otras);
- d) Modernizar el régimen de delitos y sanciones, y
- e) Redefinir las funciones y facultades de las autoridades financieras (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Banco de México y CNBV) a fin de evitar la duplicidad en los procesos de concesión, autorización, regulación y supervisión de los participantes en el mercado, reduciendo así los costos de la regulación.

Para cumplir con dichos objetivos, la actual LMV establece un vasto número de nuevas disposiciones. La mayoría de ellas afecta, directa o indirectamente, inmediata o mediatamente, el nivel de protección jurídica de los inversionistas en el mercado de valores. Sin embargo, aquí sólo examinaré las disposiciones que se ciñan a las restricciones metodológicas establecidas anteriormente; es decir, analizaré únicamente las medidas que determinan directamente el nivel de protección jurídica de los accionistas de empresas públicas (o sociedades anónimas bursátiles, como las llama la nueva ley). Para expresarlo en términos de los objetivos apuntados, sólo examinaré las disposiciones relacionadas directamente con los objetivos b) y d), así como otras disposiciones que no encajando en el ámbito de ninguno de dichos objetivos guardan una relación directa con las medidas de protección que integran el catálogo que he empleado para exponer los primeros dos estados del régimen que establece el nivel de protección jurídica de los accionistas de empresas públicas en México.

Como se vio en el apartado anterior, la reforma de 2001 otorgó la mayoría de los derechos de minorías que la teoría y la OCDE estiman indispensables, pero quedó corta en lo relativo al sistema de gobierno corporativo de las empresas públicas. Como veremos en los siguientes apartados, la nueva LMV concedió algunos de los derechos de minorías que el régimen no otorgaba todavía e incorporó varias mejoras al sistema de gobierno corporativo de

esenciales de las minorías. En teoría, esa señal les abrirá el acceso al financiamiento externo más barato y conveniente que existe.

las sociedades emisoras. La mayoría de los avances materia de esta tesis consistieron en disposiciones del segundo tipo. Puede afirmarse que hoy día la legislación bursátil mexicana cumple con creces los estándares establecidos en los Principios de la OCDE (lo que no es de extrañar, pues éstos constituyen el modelo que ha servido de base o referencia a los países, miembros y no miembros, que han modificado su legislación bursátil, entre ellos México).

V.3.3.1. La consolidación del régimen de gobierno corporativo de las empresas públicas

Por lo que hace a la consolidación del régimen de gobierno corporativo de las empresas públicas y a la modernización de la estructura de la sociedad anónima bursátil, la nueva LMV se propone: 1) reducir el problema de agencia que deriva de la separación de la propiedad y el control; 2) disminuir la divergencia de intereses entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, y 3) reducir el riesgo idiosincrásico que corren los accionistas por invertir en acciones de empresas públicas.⁹² Para lograr lo anterior, la ley contiene las medidas siguientes: la conceptualización de grupos de empresas como una misma unidad económica; la redefinición (o definición por primera vez) de las funciones de los órganos sociales de la empresa; la redefinición (o definición por primera vez) de las responsabilidades de los consejeros, los principales directivos y los auditores externos.

Conceptualización de grupos de empresas como una misma unidad económica

La Iniciativa reconoce lo que era impostergable reconocer: que la mayoría de las empresas públicas en México son empresas familiares que forman parte de grupos económicos, o, como lo plantea la propia Iniciativa, que “La figura del consorcio o del grupo empresarial predomina en las sociedades cuyas acciones cotizan en la bolsa de valores mexicana”.⁹³

Antes de la entrada en vigor de la actual LMV, el alcance de las disposiciones legales respecto del grupo empresarial al que pertenecían las emisoras no estaba delimitado con claridad. Considerando ese hecho, la LMV se diseñó sobre el principio de la aplicación consolidada de la ley. En virtud de este eje o principio rector, la ley considera a la sociedad

⁹² La Iniciativa no lo dice, pero todo ello puede expresarse en estos términos: reducir el riesgo de malversación de activos y de usurpación de dividendos a fin de, uno, incentivar al público inversionista a adquirir acciones de empresas públicas, y dos, ampliar la base de pequeños inversionistas.

⁹³ Iniciativa de Ley del Mercado de Valores, p. 6.

anónima bursátil y a las personas morales que ella controle como una misma unidad económica, de modo que sus disposiciones en materia de gobierno corporativo se aplican a aquélla y a éstas.

De los distintos aspectos del gobierno corporativo que se ven afectados por la aplicación consolidada de la ley destacan los siguientes: 1) la revelación de información, que ahora se refiere a la información relevante de todas las empresas del grupo empresarial al que pertenezca la emisora, en la inteligencia de que cualquier evento que afecte el valor de alguna de las subsidiarias necesariamente afectará el valor del grupo empresarial, lo que hace indispensable su revelación al mercado; 2) las funciones del consejo de administración en lo relativo a la auditoría y las prácticas societarias, que son definidas con el fin de que las políticas sobre las transacciones con personas relacionadas se sigan en todas las empresas del grupo empresarial y, en su caso, del consorcio, y 3) la contabilidad, que ahora se lleva de manera consolidada.⁹⁴

Para lograr la aplicación consolidada de sus disposiciones, la LMV redefine algunos conceptos fundamentales e incluye y define por primera vez otros que antes no contemplaba. Dichos conceptos fundamentales son los siguientes: consorcio, control, directivos relevantes, eventos relevantes, grupo de personas, grupo empresarial, influencia significativa, información relevante, personas relacionadas y poder de mando (artículo 2, fracciones II, III, IV, V, VII, IX, X, XI, XII, XIX y XX).

La ley define el “consorcio” como el conjunto de personas morales vinculadas entre sí por una o más personas físicas que, integrando un grupo de personas, tengan el control de las primeras.

La definición legal de “grupo empresarial” es: el conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta del capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas morales.⁹⁵

Conforman un “grupo de personas” las personas que tengan acuerdos, *de cualquier naturaleza*, para tomar decisiones en un mismo sentido. La ley presume que constituyen un grupo de personas, salvo prueba en contrario: a) las personas que tengan entre sí parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, los cónyuges, la concubina y el concubinario; b) las sociedades que formen parte de un mismo consorcio o grupo empresarial y la persona o conjunto de personas que tengan el control de dichas sociedades.

⁹⁴ Cfr. *idem*.

⁹⁵ La agrupación de sociedades o conformación de grupos empresariales es un fenómeno jurídico-económico que se presenta con una variedad de propósitos y que puede adoptar distintas formas: puede ser horizontal, vertical o una combinación de ambas.

Son “personas relacionadas” las que respecto de una emisora se ubiquen en alguno de los supuestos siguientes: a) las personas que controlen o tengan influencia significativa en una persona moral que forme parte del grupo empresarial o consorcio al que la emisora pertenezca, así como los consejeros o administradores y los directivos relevantes de las personas morales integrantes de dicho grupo o consorcio; b) las personas que tengan poder de mando en una persona moral que forme parte de un grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora; c) el cónyuge, la concubina o el concubinario y las personas que tengan parentesco por consanguinidad o civil hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el tercer grado, con personas físicas que se ubiquen en alguno de los supuestos a) y b) anteriores, así como los socios y copropietarios de las personas morales mencionadas en dichos supuestos con los que mantengan relaciones de negocios; d) las personas morales que sean parte del grupo empresarial o consorcio al que pertenezca la emisora; e) las personas morales sobre las cuales ejerza control o influencia significativa alguna de las personas señaladas en los supuestos a) a c) anteriores.

Por “control” la ley entiende la capacidad de una persona o grupo de personas de llevar a cabo *cualquiera* de los actos siguientes: a) imponer, *directa o indirectamente*, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes de una persona moral; b) mantener la titularidad de derechos que permitan, *directa o indirectamente*, ejercer el voto respecto de más del 50 por ciento del capital social de una persona moral; c) dirigir, *directa o indirectamente*, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o *de cualquier otra forma*.

La LMV reputa “influencia significativa” a la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de cuando menos el 20 por ciento del capital social de una persona moral.

El “poder de mando” se define en la ley como la capacidad *de hecho* de influir de manera decisiva en los acuerdos adoptados en las asambleas de accionistas o sesiones del consejo de administración o en la gestión, conducción y ejecución de los negocios de una emisora o de las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa. La ley presume que tienen poder de mando en una persona moral, salvo prueba en contrario, las personas que se ubiquen en cualquiera de los supuestos siguientes: a) los accionistas que tengan el control; b) los individuos que tengan vínculos con una emisora o con las personas morales que integran el grupo empresarial o consorcio al que aquélla pertenezca gracias a cargos vitalicios, honoríficos o con cualquier otro título análogo o semejante; c) las

personas que hayan transmitido el control de la persona moral bajo cualquier título y de manera gratuita o a un precio inferior al de mercado o al contable, a individuos con los que tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, el cónyuge, la concubina o el concubinario; d) quienes instruyan a consejeros o directivos relevantes de la persona moral la toma de decisiones o la ejecución de operaciones en una sociedad o en las personas morales que ésta controle.

“Directivos relevantes” son el director general de una sociedad sujeta a la LMV y las personas físicas que, ocupando un empleo, cargo o comisión en ésta o *en alguna de las personas morales que controle o que la controlen*, adopten decisiones que trasciendan de forma significativa en la situación administrativa, financiera, operacional o jurídica de la propia sociedad o *del grupo empresarial al que ésta pertenezca*, quedando excluidos de esta definición los consejeros de la sociedad.

Para la LMV es “información relevante” toda información de una emisora necesaria para conocer su situación real y actual en materia financiera, administrativa, operacional, económica y jurídica, y sus riesgos, *así como la información del grupo empresarial al que pertenezca la emisora*, independientemente de su posición en el grupo, siempre que dicha información influya o afecte su situación real y actual y sea necesaria para la toma de decisiones razonadas de inversión y la estimación del precio de los valores emitidos por ella.

Son “eventos relevantes” los actos, hechos o acontecimientos de cualquier naturaleza que influyan o puedan influir en los precios de los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores (destacadamente, las acciones de las sociedades emisoras). Esta definición permite considerar eventos relevantes a los actos, hechos o acontecimientos relacionados no sólo con las emisoras sino también con las personas morales que formen parte del grupo empresarial al que pertenezcan.

Con el objeto de evitar el abuso de los *insiders*, la ley extiende muchas de las obligaciones y restricciones impuestas a las sociedades anónimas bursátiles a las personas morales controladas por éstas. En efecto, muchas de las prácticas de buen gobierno corporativo establecidas en la ley alcanzan no sólo a las sociedades anónimas bursátiles sino también a las personas morales en las que éstas tengan el control o una influencia significativa; por lo tanto, dichas prácticas son exigibles no sólo a los consejeros y directivos relevantes de las primeras sino también a los de las segundas. Esta característica de la ley es de la mayor importancia, pues tiende a transparentar el accionar de los *insiders* de todas las empresas del grupo económico.

Otra disposición importante de la LMV es la que obliga a las emisoras a ejercer los derechos derivados de las acciones o partes sociales representativas del capital social de las personas morales que controlen con vistas a que éstas cumplan con lo dispuesto en la ley.

Definición o redefinición de las funciones de los órganos sociales de la empresa

La modernización de la estructura societaria de la sociedad anónima bursátil era también impostergable. Por una parte, existía entre las empresas públicas una creciente divergencia entre el modelo legal de administración y el modelo que se seguía en la realidad. De acuerdo con la Iniciativa de Ley del Mercado de Valores,

El modelo corporativo plasmado en la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, para una empresa bursátil, se ha vuelto incompatible con las necesidades actuales del mercado de valores [...] la doctrina jurídica ha ido poniendo de manifiesto la disfuncionalidad del modelo legal aplicable a las sociedades anónimas de grandes dimensiones, por cuanto hace al sistema de atribución y distribución de competencias entre los órganos de administración y de vigilancia, ya que no realizan en la práctica las actividades que legalmente tienen atribuidas.⁹⁶

Por otra parte, era necesario establecer disposiciones que resolvieran o controlaran mejor el problema de agencia e hicieran menos riesgosa la discrepancia entre los intereses de los accionistas mayoritarios y los de los minoritarios.

Con respecto a esta medida la Iniciativa se planteaba precisamente modificar la forma en que se administra el patrimonio de las empresas bursátiles y se vigila a quienes lo administran. Para lograrlo se siguieron cinco líneas de acción: a) redefinición de las funciones del consejo de administración; b) definición clara de las funciones del director general; c) desaparición de la figura del comisario y reasignación de sus funciones a otros órganos y personas; d) reconocimiento expreso del auditor externo; e) precisión de las funciones de los comités de auditoría y de prácticas societarias.

Como vimos en apartados anteriores, el régimen legal establecía con mucha generalidad las funciones, pocas por lo demás, del consejo de administración de las sociedades bursátiles. Eran fundamentalmente las siguientes: llevar la administración en general de la sociedad; asegurar la existencia y el mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro y archivo de la información; cumplir los acuerdos de las asambleas de accionistas;

⁹⁶ Iniciativa de Ley del Mercado de Valores, p. 6.

aprobar las transacciones con partes relacionadas que se apartaran del giro ordinario de negocios de la empresa así como otras transacciones que por su monto debían sujetarse a controles más estrictos que los comunes.

Ni la LGSM ni la anterior LMV especifican qué funciones comprende la administración en general de la sociedad. No obstante, el hecho de que dichas leyes asignaran la función de administrar la sociedad únicamente al consejo de administración permite afirmar que dentro de esa función quedan comprendidas la gestión, conducción y ejecución cotidianas de los negocios de la empresa.

Empero, el funcionamiento discontinuo, la estructura colegiada y la naturaleza deliberante del consejo de administración hacen que este órgano no resulte adecuado para llevar a cabo la gestión y la conducción diarias de los negocios de las grandes sociedades anónimas, a lo que debe sumarse la necesidad de que sea un funcionario especializado y experimentado en el giro de negocios de la sociedad quien lleve a cabo dichas funciones.⁹⁷

En atención a lo anterior, la nueva LMV concentra en el consejo de administración las funciones administrativas estratégicas y de vigilancia a la vez que asigna al director general y a los demás directivos y empleados de la empresa las funciones administrativas cotidianas, esto es, la gestión, conducción y ejecución de los negocios del día a día. En otras palabras, la ley dispone que el consejo de administración defina las estrategias y políticas con base en las cuales la dirección general llevará a cabo la gestión, conducción y ejecución cotidiana de los negocios y asegurará la existencia y el mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control y registro de la sociedad. Es necesario destacar que ésta es la primera vez que el régimen legal hace referencia al director general de las sociedades emisoras.

El artículo 28 de la LMV establece las funciones del consejo de administración. Destacan las siguientes: 1) Establecer las estrategias generales para la conducción del negocio de la sociedad y de las personas morales que ésta controle. 2) Vigilar la gestión y conducción de la sociedad y de las personas morales que ésta controle, así como el desempeño de los directivos relevantes. 3) Aprobar, *con la previa opinión del comité que sea competente*: a) las políticas y lineamientos para el uso o goce de los bienes que integren el patrimonio de la sociedad y de las personas morales que ésta controle, por parte de personas relacionadas; b) las operaciones, cada una en lo individual, con personas relacionadas, que pretenda celebrar la sociedad o las personas morales que ésta controle;⁹⁸ c) las operaciones que se ejecuten,

⁹⁷ Cfr. *idem*.

⁹⁸ “No requerirán aprobación del consejo de administración, [entre otras,] las operaciones que en razón de su cuantía carezcan de relevancia para la sociedad o personas morales que ésta controle” así como “las operaciones que se realicen entre la sociedad y las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa o

simultánea o sucesivamente, que por sus características puedan considerarse como una sola operación y que pretendan llevarse a cabo por la sociedad o las personas morales que ésta controle, en el lapso de una ejercicio social, cuando sean inusuales o no recurrentes o cuando su importe represente un monto igual o superior al cinco por ciento de los activos consolidados de la sociedad; d) el nombramiento, elección, destitución y retribución integral del director general de la sociedad, así como las políticas para la designación y retribución integral de los demás directivos relevantes; e) las dispensas para que un consejero, directivo relevante o persona con poder de mando aproveche oportunidades de negocio para sí o para un tercero que correspondan a la sociedad o a las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa; f) los lineamientos en materia de control interno y auditoría interna de la sociedad y de las personas morales que ésta controle; g) las políticas contables de la sociedad; h) los estados financieros de la sociedad; i) la contratación de la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa. 4) Dar seguimiento a los principales riesgos a los que está expuesta la sociedad y personas morales que ésta controle, identificados con base en la información presentada por los comités, el director general y la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa. 5) Dar seguimiento a los sistemas de contabilidad, control interno, auditoría interna, registro, archivo o información de la sociedad y personas morales que ésta controle. 6) Aprobar las políticas de información y comunicación con los accionistas y el mercado, así como con los consejeros y directivos relevantes. 7) Establecer los términos y condiciones a los que se ajustará el director general en el ejercicio de sus facultades de actos de dominio. 8) Ordenar al director general la revelación al público de los eventos relevantes de que tenga conocimiento, ello sin perjuicio de la correspondiente obligación del director general.

Al redefinir al consejo de administración como un órgano “estratega y de vigilancia”, la LMV asigna al director general la responsabilidad de la administración cotidiana de la empresa (artículo 44).

En este sentido, [la ley establece que es] el director general el responsable de: (i) la gestión y conducción de los negocios de manera cotidiana; (ii) la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control y registro; (iii) la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos del consejo y de la asamblea, y (iv) la revelación de información relevante. Es esencial que esta

entre cualquiera de éstas, siempre que: i) sean del giro ordinario o habitual del negocio [y] ii) se consideren hechas a precios de mercado o soportadas en valuaciones realizadas por agentes externos especialistas”, (artículo 28, fracción III, inciso b)).

última obligación recaiga primordialmente en el director general ya que usualmente es el primero que la conoce.⁹⁹

Por lo que se refiere a la desaparición de la figura del comisario y la reasignación de sus funciones, la Iniciativa sostiene que el problema de origen de dicha figura es la amplitud de su mandato legal: “vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad” (artículo 166, fracción IX, de la LGSM), lo que al decir de la propia Iniciativa es una tarea que ninguna persona puede cumplir. Claramente, la Iniciativa tergiversa por exageración el significado de la expresión “ilimitadamente y en cualquier tiempo”, que no es el de “vigilarlo todo todo el tiempo”, sino el de “vigilar lo que se estime conveniente vigilar cuando se estime conveniente vigilarlo”, amén de que ésta no es la definición principal de las funciones del comisario sino la típica declaración que el legislador inserta al final de la lista de facultades y obligaciones de la figura de que se trate para cuidarse de haber dejado de considerar alguna facultad u obligación de importancia.

Sin embargo, e independientemente de que el asunto anterior no pueda considerarse un problema, la realidad es que la figura del comisario sí adolecía de problemas de origen. De dos: la falta de independencia del comisario con respecto al accionista o grupo de accionistas que lo nombró y un régimen de facultades y obligaciones que redundaba en un sistema de vigilancia con problemas de eficiencia. En la práctica, la función del comisario se ha limitado a certificar la veracidad de la información financiera que genera la empresa.

Como he señalado, la desaparición de la figura del comisario no implicó la desaparición de sus funciones, sino la redistribución de las mismas entre el consejo de administración, los comités de auditoría (ya existente) y de prácticas societarias (previsto por primera vez) y el auditor externo independiente.

“Encomendar al consejo las estrategias de negocio y al director general la gestión y conducción diaria de la empresa –señala la Iniciativa–, hace posible transferir hacia el consejo las funciones de vigilancia y control, con el apoyo de consejeros independientes y del auditor externo.”¹⁰⁰ Efectivamente, dicha solución no habría tenido sentido sin la presencia de consejeros independientes, la existencia de comités de auditoría y de prácticas societarias presididos e integrados mayoritariamente por consejeros independientes (el presidente de dichos comités debe ser designado y removido por la asamblea de accionistas), la exigencia de

⁹⁹ Iniciativa de Ley del Mercado de Valores, p 7.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 8.

que la empresa mande realizar una auditoría externa independiente y la previsión de un régimen de responsabilidades claro y estricto.

El objetivo principal del comité de auditoría es vigilar la contabilidad y la organización interna de la compañía. Entre sus principales funciones se encuentran las siguientes (artículo 42, fracción II): opinar sobre los asuntos de su competencia; elaborar una opinión sobre los estados financieros de la empresa antes de su presentación al consejo de administración; informar al consejo sobre la situación que guardan los sistemas de control interno y auditoría interna; vigilar que la dirección siga principios y procedimientos de contabilidad generalmente aceptados; evaluar el desempeño de la persona moral que proporcione los servicios de auditoría externa así como analizar el dictamen, las opiniones, los reportes y los informes del auditor externo independiente; informar al consejo de administración de las irregularidades importantes detectadas y, en su caso, de las acciones correctivas adoptadas o propuestas; vigilar que el director general dé cumplimiento a los acuerdos de las asambleas de accionistas y del consejo de administración de la sociedad; convocar a asambleas de accionistas y hacer que se inserten en el orden del día los puntos que estime pertinentes.

El objetivo principal del comité de prácticas societarias es asegurar un trato equitativo a todos los accionistas, lo que en la práctica significa disminuir el riesgo de que ocurran transacciones desventajosas para la sociedad o beneficiosas exclusivamente para un determinado accionista o grupo de accionistas. Sus funciones principales son las siguientes (artículo 42, fracción I): opinar sobre las políticas para el uso o goce de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad, las transacciones con partes relacionadas y la remuneración del director general y los directivos relevantes; convocar a asambleas de accionistas y hacer que se inserten en el orden del día los puntos que estime pertinentes.

La función del auditor externo independiente es simplemente la de auditar los estados financieros.

Los comités de auditoría y de prácticas societarias deben emitir opiniones en los asuntos de su competencia; éstas no son vinculantes, pero en caso de que no sean acatadas la ley exige que este hecho sea revelado al mercado.¹⁰¹

¹⁰¹ “Cuando las determinaciones del consejo de administración no sean acordes con las opiniones que le proporcione el comité correspondiente, el citado comité deberá instruir al director general revelar tal circunstancia al público inversionista, a través de la bolsa de valores en que coticen las acciones de la sociedad o los títulos de crédito que las representen [...]” (Artículo 28, fracción III, último párrafo).

Redefinición de las responsabilidades de consejeros, directivos principales y auditores externos

La LMV prevé un nuevo régimen de responsabilidades de consejeros y directivos. Ello es una consecuencia natural de la definición y redefinición de funciones a que he hecho referencia, pero también es producto de una clara intención de delimitar los parámetros a los que dichos funcionarios deben sujetarse en el cumplimiento de su encargo. Como lo expone la Iniciativa de Ley del Mercado de Valores,

[...] los consejeros y directivos en su calidad de mandatarios tienen parámetros amplios y poco precisos a los que deben sujetarse para desempeñar sus funciones, ya que la legislación común aplicable consigna que el mandatario hará lo que su prudencia le dicte, cuidando el negocio como propio. Tal encomienda genera incertidumbre jurídica ya que corresponde a la asamblea general de accionistas juzgar sobre el desempeño de los consejeros y directivos con un parámetro de desempeño que pudiera considerarse demasiado amplio.

Por ello, esta Iniciativa propone precisar la misión de los administradores de las sociedades anónimas bursátiles, estableciendo como principio rector de su mandato el desempeñar su cargo procurando la creación de valor en beneficio de la sociedad, sin favorecer a un determinado accionista o grupo de accionistas. Al efecto, se les impone el deber de actuar diligentemente adoptando decisiones razonadas, así como de desempeñarse con lealtad a la sociedad.¹⁰²

Así, dos principios gobiernan hoy día la conducta de los administradores (consejeros y directivos) y dan forma al actual régimen de responsabilidades: el deber de diligencia y el deber de lealtad. El primero está asociado “con el deber de cuidado del comerciante ordenado, que le exige invertir tiempo y esfuerzo para crear valor en la empresa”.¹⁰³ El segundo le demanda anteponer los intereses de la empresa y de *todos* los accionistas a los propios *a fin de maximizar el valor de la compañía*.

La nueva LMV incorpora la práctica seguida en otros países consistente en distinguir entre negligencia y deslealtad a la hora de deslindar responsabilidades. De acuerdo con la Iniciativa, no haber hecho dicha distinción en el pasado “ha propiciado dos errores: exceso en el tratamiento de la negligencia y defecto en el de la deslealtad”.¹⁰⁴

De este modo, la LMV diferencia entre los actos o hechos derivados de una gestión torpe ocasionada por falta de diligencia y las acciones que se realizan con la intención de obtener indebidamente un beneficio propio o en favor de terceros, en la inteligencia de que en

¹⁰² Iniciativa de Ley del Mercado de Valores, p. 9.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

las conductas desleales no cabe el error. En este sentido, la ley prevé la posibilidad de indulgencia cuando la causa de responsabilidad sea la falta de diligencia (en este caso, la indemnización por los daños y perjuicios causados a la sociedad podrá limitarse en los términos y las condiciones señalados en los estatutos sociales o en la asamblea general de accionistas, siempre y cuando no se trate de actos dolosos, de mala fe o ilícitos), pero no cuando lo sea la deslealtad.

Asimismo, la ley prevé excluyentes de responsabilidad favoreciendo la discrecionalidad técnica, pues de no hacerlo “se generaría una percepción de riesgo por responsabilidades que inhibiría la toma de decisiones, sobre todo, cuando en ocasiones [...] puede llegar a considerarse como negligencia transformada en culpa lo que auténticamente fue un infortunio”.

Adicionalmente, se prevé un régimen equivalente al contemplado en el derecho anglosajón, conocido como la “regla de juicio de negocios”, que permitirá a los administradores y a los consejeros tomar decisiones en un ambiente de confianza. La [LMV] establece que no incurrirán en responsabilidad por los daños o perjuicios que ocasionen a la sociedad, derivados de los actos que ejecuten o las decisiones que adopten, cuando actuando de buena fe hayan seleccionado la alternativa más adecuada o los efectos negativos no hayan sido previsibles con base en la información disponible al momento de la decisión, entre otros [artículo 40].¹⁰⁵

Entre las faltas al deber de diligencia de los consejeros se hallan: abstenerse de asistir, sin causa justificada, a las sesiones del consejo o de los comités de los que formen parte, cuando a causa de dicha inasistencia el órgano no pueda sesionar; abstenerse de revelar la información relevante de que tengan conocimiento, salvo que se encuentren obligados legal o contractualmente a guardar secreto o confidencialidad al respecto (artículo 32).

Entre las faltas al deber de lealtad de los consejeros se encuentran: votar o tomar decisiones cuando haya conflicto de intereses; no revelar que tienen un conflicto de intereses; favorecer a sabiendas a un determinado accionista o grupo de accionistas; aprobar operaciones con personas relacionadas sin ajustarse a los requisitos que establece la ley; aprovechar o explotar, en beneficio propio o de terceros, sin la dispensa del consejo de administración, oportunidades de negocios que correspondan a la sociedad o a las personas morales que ésta controle; hacer uso indebido de información relevante que no sea del conocimiento público (artículo 35).

¹⁰⁵ *Idem.*

Al igual que ocurría anteriormente, la acción de responsabilidad debe ejercitarse en favor de la sociedad. Tratándose de daños causados a las personas morales sobre las que la sociedad anónima bursátil tenga control o influencia significativa, la LMV previene una novedad: la posibilidad de que la acción de responsabilidad se promueva como una especie de acción oblicua, nueva y distinta de la prevista en la LGSM (artículo 38).

Como señala la Iniciativa de Ley del Mercado de Valores,¹⁰⁶ la consolidación de los regímenes de gobierno corporativo, de funciones y responsabilidades de los consejeros y directivos y de derechos de las minorías (al que me referiré más adelante) hubiera sido en vano sin el establecimiento de medidas dirigidas a desalentar el uso del control para imponer, vía la asamblea de accionistas, decisiones contrarias al interés de la sociedad anónima bursátil o de las personas morales que ésta controle. En este sentido, la LMV obliga a los accionista que en una operación determinada tengan, por cuenta propia o ajena, un interés contrario al de la sociedad a abstenerse de toda deliberación relativa a tal operación, y establece que el accionista que infrinja dicha prohibición será responsable por los daños y perjuicios que cause a la sociedad (artículos 52 de la LMV y 196 de la LGSM).

La prohibición y la responsabilidad anteriores no son nuevas; están estipuladas en la LGSM desde siempre. Lo novedoso de la LMV es: 1) la extensión de sus beneficios, por decirlo así, a las personas morales controladas por la sociedad anónima bursátil; 2) la presunción, salvo prueba en contrario, de que un accionista tiene en una operación determinada un interés contrario al de la sociedad o personas morales que ésta controle cuando, manteniendo el control de la sociedad, vote a favor o en contra de la celebración de operaciones obteniendo con ello beneficios que excluyan a otros accionistas o a dichas sociedad o personas morales, y 3) la posibilidad de que la correspondiente acción por responsabilidad sea ejercida por una minoría que represente cuando menos el cinco por ciento del capital social de la sociedad anónima bursátil, con independencia de que las acciones de los inconformes tengan derechos de voto completos, limitados, restringidos o no tengan derecho de voto (artículo 38, fracción II).

Es sensato afirmar que las definiciones y disposiciones expuestas en este apartado, junto con el principio de la aplicación consolidada de la ley, facilitan la delimitación de los conjuntos de derechos de propiedad de los actores relevantes, contribuyen al deslinde claro de funciones y responsabilidades de los órganos sociales, aumentan significativamente la transparencia, fortalecen la vigilancia corporativa, promueven la justeza en las transacciones con partes relacionadas y contribuyen a garantizar un trato equitativo a todos los accionistas. En una línea:

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 10.

dichas definiciones y disposiciones desalientan y dificultan la malversación de los activos de las empresas públicas y la usurpación de los dividendos de sus accionistas. Por consiguiente, es sensato aseverar que la ley genera incentivos para que el público invierta en acciones de empresas públicas, promoviendo así el crecimiento de la base de pequeños inversionistas.

V.3.3.2. Otras medidas de protección de los accionistas de empresas públicas

El resto del análisis del actual estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas lo realizaré siguiendo el catálogo de medidas de protección de los accionistas de empresas públicas que ha servido de base para la exposición de los dos primeros estados. Sin embargo, es importante advertir que no me detendré en todas las medidas del catálogo sino sólo en aquellas que no habiendo sido expuestas en el apartado anterior hayan sido modificadas de manera importante por la nueva LMV. En otras palabras, desarrollaré el resto de este apartado centrándome exclusivamente en las diferencias sustanciales (distintas de las expuestas con anterioridad) entre el actual régimen legal y el régimen 2001-2006.

Puede decirse que en general todas las medidas de protección que integran el catálogo en comentario se otorgan actualmente en los mismos o en mejores términos que en el segundo estado del régimen. Asimismo, puede aseverarse que en general la ley cumple con creces los principios de la OCDE.

Antes de entrar al análisis particular de la nueva ley con base en la comparación de las medidas de protección que confiere con las medidas de protección que integran el multicitado catálogo, conviene hacer mención de cuatro modificaciones de carácter general que revisten especial importancia. Primera, la nueva LMV contiene un número considerablemente menor de normas meramente programáticas a la vez que previene un número mayor de normas subjetivables y de obligaciones (de las autoridades, de las entidades financieras que participan en el sector, de las empresas públicas y de sus administradores) que afectan directa y positivamente la protección del público inversionista en general y de los accionistas en particular. Segunda, las disposiciones dirigidas a proteger *ex ante* al público inversionista están bien definidas por primera vez, es decir, están estipuladas como obligaciones de las empresas. En este sentido, destaca el artículo 86, verdaderamente novedoso. Tercera, la ley fortaleció las facultades de supervisión e inspección de la CNBV. Con respecto a este punto, destaca el

artículo 351. Cuarta, la ley previene varias normas, parcial o totalmente nuevas, orientadas a la alineación de incentivos, por ejemplo, el artículo 371.

Medidas para garantizar la participación y el voto informados de todos los accionistas en las decisiones corporativas fundamentales

1. *Principio de “una acción, un voto”* (primera medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal todavía no prohíbe categóricamente la emisión de acciones distintas de las ordinarias (o sea, acciones preferentes de voto limitado, acciones de voto restringido y acciones sin derecho de voto); es decir, aún establece excepciones al principio de “una acción, un voto”. Sin embargo, dichas excepciones se han acotado y condicionado más que en los estados anteriores, amén de que la ley establece algunas disposiciones que atenúan su presencia.

El artículo 54 de la LMV dispone que las sociedades anónimas bursátiles sólo podrán emitir acciones ordinarias, esto es, acciones en las que los derechos y las obligaciones de sus titulares no se encuentren limitados o restringidos. Sin embargo, el mismo precepto previene la posibilidad de que la CNBV autorice la emisión de acciones distintas de las ordinarias cuando éstas no excedan del 25 por ciento del capital social pagado que la Comisión considere colocado entre el público inversionista al momento de la oferta pública;¹⁰⁷ asimismo, el artículo referido faculta a la CNBV para ampliar el límite señalado cuando se trate de esquemas que contemplen la emisión de acciones forzosamente convertibles en ordinarias en un plazo no mayor a cinco años contado a partir de la colocación de las acciones, o se trate de acciones o esquemas de inversión que limiten los derechos de voto en atención a la nacionalidad del titular.¹⁰⁸

El artículo 55 prohíbe la instrumentación de mecanismos que permitan negociar u ofrecer de manera conjunta acciones ordinarias con acciones de voto limitado, de voto restringido o sin derecho de voto de una misma emisora, salvo que estas últimas sean convertibles en ordinarias en un plazo máximo de cinco años. Igualmente, prohíbe la afectación en fideicomiso de acciones ordinarias cuando ésta tenga por objeto la emisión de certificados de participación representativos de dichas acciones que impidan a sus titulares ejercer libremente los derechos de voto que les correspondan. Estas prohibiciones no son aplicables a los títulos de crédito que representen acciones del capital social de dos o más sociedades

¹⁰⁷ En el estado anterior, la emisión de acciones distintas de las ordinarias que no excediera del 25 por ciento del capital social que se colocara entre el público inversionista ni del 25 por ciento del total de acciones que se encontraran colocadas en el mismo, no precisaba autorización de la CNBV.

¹⁰⁸ Esta disposición es prácticamente igual a la correspondiente del estado anterior.

anónimas bursátiles ni a esquemas de inversión que limiten los derechos de voto en función de la nacionalidad del titular de las acciones.

Como acaba de señalarse, la LMV establece algunas disposiciones que palian la presencia de las excepciones al principio de “una acción, un voto”. Se trata de derechos corporativos, de voto y de otra clase, que la ley concede a la totalidad de los accionistas o a todos los accionistas menos los titulares de acciones sin derecho de voto que hacen que el alejamiento de dicho principio sea menor o menos grave.

Una de tales disposiciones es el artículo 38, el cual se refiere a la acción de responsabilidad civil contra administradores (consejeros y directivos) y contra accionistas que voten en operaciones en las que tengan conflicto de intereses cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria. Este precepto dispone que dichas acciones podrán ser ejercidas tanto por la sociedad anónima bursátil como por los accionistas que, en lo individual o en su conjunto, tengan por lo menos el cinco por ciento del capital social de la empresa, *independientemente de que sus acciones tengan derechos de voto completos, limitados, restringidos o no tengan derecho de voto.*

El artículo 47 señala que todos los titulares de acciones con derecho de voto, ya sea que éste esté completo, limitado o restringido, podrán votar en las asambleas generales ordinarias que por ministerio de ley deben reunirse para aprobar las operaciones de la sociedad o las personas morales que ésta controle que en el lapso de un ejercicio social representen el 20 por ciento o más de los activos consolidados de la sociedad y que por sus características puedan considerarse como una sola operación, independientemente de que se ejecuten simultánea o sucesivamente.

El artículo 50 señala:

Los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento del capital social de la sociedad tendrán derecho a:

- I. Designar y revocar en asamblea general de accionistas a un miembro del consejo de administración. Tal designación, sólo podrá ser revocada por los demás accionistas cuando a su vez se revoque el nombramiento de todos los demás consejeros, en cuyo caso las personas sustituidas no podrán ser nombradas con tal carácter durante los doce meses inmediatos siguientes a la fecha de revocación.
- II. Requerir al presidente del consejo de administración o de los comités que lleven a cabo las funciones en materia de prácticas societarias y de auditoría a que se refiere esta Ley, en cualquier momento, se convoque a una asamblea general de accionistas, sin que al efecto

resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 184 de la Ley General de Sociedades Mercantiles [33 por ciento del capital social].

III. Solicitar que se aplaze por una sola vez, por tres días naturales y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, sin que resulte aplicable el porcentaje señalado en el artículo 199 de la Ley General de Sociedades Mercantiles [33 por ciento de las acciones representadas en una asamblea].

El artículo 51 concede a los titulares de acciones con derecho a voto, ya sea completo, limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el 20 por ciento o más del capital social, el derecho de oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales respecto de las cuales tengan derecho de voto.

Cabe señalar que salvo por lo dispuesto por los artículos 38 y 47, los derechos de minorías referidos ya estaban concedidos por el anterior régimen legal prácticamente en los mismos términos.

2. *Derecho de votar por correo y enviar el voto directamente a la empresa* (segunda medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal no se modificó en este sentido, de modo que sigue sin conceder este derecho.

3. *Prohibición de que las empresas condicionen el voto al depósito de las acciones por un determinado número de días previos y posteriores a la celebración de las asambleas de accionistas y prohibición de que las empresas o las instituciones para el depósito de valores bloqueen las acciones durante esos días* (tercera medida del catálogo de La Porta *et al.*). El régimen legal no se modificó en este sentido, de modo que sigue sin establecer dichas prohibiciones.

4. *Derecho de contar con información suficiente y oportuna acerca de la fecha, la hora, el lugar y el orden del día de las asambleas generales así como de cada uno de los asuntos que serán decididos en la asamblea*. Sin cambios relevantes con respecto al estado anterior.

5. *Derecho de los accionistas de aplazar la votación de los asuntos respecto de los cuales no se sientan suficientemente informados*. Como he referido, el régimen concede este derecho a los titulares de acciones con derecho a voto, incluso limitado o restringido, que en lo individual o en conjunto tengan el diez por ciento *del capital social de la empresa*. En el segundo estado del régimen este derecho se otorgaba a los accionistas que tuvieran el 10 por ciento *de las acciones representadas en la asamblea respectiva*.

Medidas dirigidas a asegurar a todos los accionistas un trato equitativo así como la posibilidad de oponerse a las decisiones opresivas de la asamblea, el consejo de administración o la dirección y, en su caso, obtener la reparación de los derechos violados

1. *Derecho preferente de los accionistas para suscribir, en términos proporcionales a su participación en el capital social, las acciones que se emitan con motivo de aumento del capital social y exigencia de que el ejercicio de dicho derecho sólo pueda evitarse por el voto en contra de los demás accionistas* (sexta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Sin cambios con respecto al estado anterior.

2. *Disposición legal que obligue a que cualquier cambio en los derechos de cierta clase de acciones sea aprobado por los titulares de las acciones que se verían afectadas*. Sin cambios con respecto al estado anterior.

3. *Derecho de las minorías a nombrar un consejero, o lo que es igual, presencia del principio de votación acumulada o del de representación proporcional* (cuarta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Sin cambios con respecto al estado anterior.

4. *Derecho de las minorías a nombrar un comisario*. Como he indicado anteriormente, la nueva LMV no contempla la figura del comisario para las sociedades anónimas bursátiles. Las funciones de éste fueron redistribuidas entre el consejo de administración, los comités de auditoría y de prácticas societarias y el auditor externo independiente. Considerando las características de independencia de estos órganos y el régimen de funciones y responsabilidades al que están sujetos, puede aseverarse que el estado actual del régimen legal es superior a los anteriores.¹⁰⁹

5. *Derecho de las minorías a convocar a asamblea general extraordinaria de accionistas, incluso por la vía judicial* (séptima medida del catálogo de La Porta *et al.*). Sin cambios con respecto al estado anterior, salvo por la posibilidad (derivada de la desaparición de la figura del comisario) de que el requerimiento de convocatoria a asamblea de accionistas sea realizado al presidente de alguno de los comités que lleven a cabo las funciones de auditoría y de vigilancia de buenas prácticas societarias (artículo 50, fracción II).

6. *Derecho de las minorías a oponerse judicialmente a las decisiones de la asamblea* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Sin cambios con respecto al estado anterior; por lo tanto, puede decirse que este derecho sigue sin ser un auténtico derecho de minorías. (El artículo 51 de la ley lo concede a los titulares de acciones con derecho de voto en las

¹⁰⁹ Véase “Definición o redefinición de las funciones de los órganos sociales de la empresa” y “Redefinición de las responsabilidades de consejeros, directivos principales y auditores externos” en *supra* V.3.3.1.

resoluciones a las que se opongan, que en lo individual o en conjunto tengan el 20 por ciento o más del capital social.)

7. *Derecho de exigir judicialmente a la empresa la compra (en términos justos) de los títulos de aquellos accionistas que se opongan a las decisiones de la asamblea en ciertos asuntos fundamentales, tales como fusiones, ventas de activos o modificaciones a las escrituras sociales* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). Sin cambios con respecto al estado anterior.

8. *Derecho de las minorías a demandar directamente a los consejeros y directivos por responsabilidad civil* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). El otorgamiento de este derecho es sin duda el mayor avance de la ley en materia de derechos de minorías. Como he señalado, la nueva ley establece un porcentaje bajo de capital social necesario para ejercer la correspondiente acción de responsabilidad civil: cinco por ciento; asimismo, señala expresamente que el director general y los demás directivos relevantes son sujetos de responsabilidad civil, y que ésta procede no sólo por daños al patrimonio de la sociedad anónima bursátil, sino también por menoscabos al patrimonio de las personas morales que ésta controle o en las que tenga una influencia significativa (artículos 38, 39 y 46).

9. *Medidas específicas de protección en favor de los accionistas minoritarios para obtener la reparación de los derechos violados por las acciones abusivas de los insiders* (quinta medida del catálogo de La Porta *et al.*). En este aspecto, destaca el artículo 52 de la nueva LMV (expuesto con anterioridad); concretamente, la presunción, salvo prueba en contrario, de que un accionista de control tiene en una operación determinada un interés contrario al de la sociedad o personas morales que ésta controle cuando vote a favor o en contra de la celebración de operaciones, obteniendo con ello beneficios que excluyan a otros accionistas o a dichas sociedad y personas morales.

Medidas encaminadas a garantizar la revelación y la transparencia de los aspectos y las actividades más importantes de la compañía

1. *Derecho de obtener oportuna y regularmente información sustancial general sobre la compañía.* (Aquí caben los requerimientos legales de información, sobre todo el establecimiento *legal* de determinados criterios o estándares contables.) La nueva LMV contiene varios avances en este aspecto. La ley define por primera vez el concepto de “información relevante”: toda información de una emisora necesaria para conocer su situación real y actual en materia financiera, administrativa, operacional, económica y jurídica, y sus riesgos, así como la

información del grupo empresarial al que pertenezca cuando ésta influya o afecta dicha situación y sea necesaria para la toma de decisiones razonadas de inversión y la estimación del precio de los valores emitidos por la propia emisora (artículo 2, fracción XII).

En relación con lo anterior, el artículo 3, segundo párrafo, dispone que las sociedades anónimas bursátiles y las personas morales que controlen se considerarán como una misma unidad económica para efectos de revelación de información y contabilidad.

El artículo 86 exige a las emisoras que pretendan obtener la inscripción de sus valores en el RNV con miras a realizar una oferta pública que elaboren un prospecto de colocación o suplemento informativo que incluya la información relevante, la que en todo caso deberá comprender: a) las características de la oferta y de los valores respectivos (lo que incluye el precio o la tasa), los derechos y las obligaciones correspondientes, *el destino de los recursos* y el plan de distribución entre el público; b) la situación financiera, administrativa, económica y jurídica de la emisora, así como, en su caso, del grupo empresarial al que pertenezca; c) la descripción y giro de la empresa, *así como los factores de riesgo y contingencias a que se encuentra expuesta*; d) la integración del grupo empresarial al que, en su caso, pertenezca; e) la estructura del capital social, precisando, en su caso, las distintas series o clases accionarias y los derechos inherentes a cada una de ellas, *así como la distribución de las acciones entre los accionistas, incluyendo a la persona o grupo de personas que tengan el control o una influencia significativa o ejerzan poder de mando en la controladora del grupo empresarial*; f) las percepciones, de cualquier naturaleza, que la empresa otorgue a individuos que conforme a la ley tengan el carácter de personas relacionadas; g) los convenios o programas en beneficio de los miembros del consejo de administración, directivos relevantes o empleados de la emisora, que les permitan participar en el capital social, describiendo sus derechos y obligaciones y la mecánica de distribución; h) las operaciones relevantes celebradas con personas relacionadas correspondientes a los últimos tres ejercicios sociales cuando menos; i) los comentarios y análisis de la administración sobre los resultados de operación y situación financiera de la emisora, incluyendo sus perspectivas; j) los estados de situación financiera y de resultados de operación dictaminados por auditor externo; k) opinión legal emitida por licenciado en derecho externo independiente, entre otras cosas.

Por su parte, el artículo 104 obliga a las emisoras que tengan valores inscritos en el RNV a presentar a la CNBV y a la bolsa en la que estén listados sus valores, la información relevante para su inmediata difusión al público en general a través de dicha bolsa. La presentación debe realizarse mediante una serie de reportes, entre los que me interesa destacar los siguientes: a) reportes continuos relativos a los actos societarios y los acuerdos

adoptados por los órganos sociales; b) reportes trimestrales que comprendan los estados financieros (elaborados conforme a principios de contabilidad reconocidos o emitidos por la CNBV) así como los análisis y comentarios de la administración sobre los resultados de operación y la situación financiera de la emisora; c) reportes anuales que comprendan los estados financieros anuales o sus equivalentes, acompañados del dictamen de auditoría externa así como de un informe que reúna los requisitos de información señalados en los incisos del b) al i) del párrafo anterior; d) reportes sobre reestructuraciones societarias tales como fusiones, escisiones, adquisiciones o ventas de activos que apruebe la asamblea de accionistas o el consejo de administración de la emisora, y e) reportes sobre eventos relevantes.

El artículo 249 cierra el círculo al ordenar a las bolsas de valores poner a disposición del público inversionista, en forma gratuita y de manera inmediata, la información que las emisoras les proporcionen en cumplimiento de lo establecido en la LMV y en las disposiciones de carácter general que de ella emanen.

Como se ve, el tipo y la cantidad de información que por ley debe revelarse al mercado y a los accionistas mejoraron y aumentaron considerablemente.

2. Derecho de obtener información oportuna, veraz y precisa sobre la estructura de propiedad del capital social y los acuerdos que posibiliten que ciertos accionistas detenten un grado de control desproporcionado con relación a la propiedad del capital social que les pertenece. Como acaba de verse, el régimen legal concedió este derecho en los términos de los artículos 86 y 104, los cuales ordenan a las emisoras que pretendan obtener la inscripción de sus valores a fin de realizar una oferta pública y a las que ya los tengan inscritos, que revelen al mercado y al público en general la información relativa a la integración del grupo empresarial al que pertenezcan así como a la estructura del capital social, precisando, en su caso, las distintas series o clases accionarias, los derechos inherentes a cada una de ellas y la forma de distribución de las acciones entre los accionistas, identificando a la persona o grupo de personas que tengan el control o una influencia significativa o ejerzan poder de mando en la controladora del grupo empresarial.

Adicionalmente, los artículos 109 y 110 disponen lo siguiente en relación con esta medida de protección:

Artículo 109.- La persona o grupo de personas que adquieran, directa o indirectamente, dentro o fuera de alguna bolsa de valores, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, acciones ordinarias de una sociedad anónima, inscritas en el Registro,

que tenga como resultado una tenencia accionaria igual o mayor al diez y menor al treinta por ciento de dichas acciones, estarán obligadas a informar al público de tal circunstancia, a más tardar el día hábil siguiente a que tenga lugar dicho acontecimiento, a través de la bolsa de valores correspondiente y ajustándose a los términos y condiciones que ésta establezca. Tratándose de grupos de personas, deberán revelar las tenencias individuales de cada uno de los integrantes de dicho grupo.

Asimismo, la persona o grupo de personas antes mencionadas, deberán informar su intención o no de adquirir una influencia significativa en la sociedad de que se trate, en términos del párrafo anterior.

Artículo 110.- Las personas relacionadas a una sociedad anónima cuyas acciones representativas del capital social se encuentran inscritas en el Registro, que directa o indirectamente incrementen o disminuyan en un cinco por ciento su participación en dicho capital, mediante una o varias operaciones, simultáneas o sucesivas, estarán obligadas a informar al público de tal circunstancia, a más tardar el día hábil siguiente a que dicho acontecimiento tenga lugar, a través de la bolsa de valores correspondiente y ajustándose a los términos y condiciones que ésta establezca.

Asimismo, deberán expresar su intención o no de adquirir una influencia significativa o de aumentarla, en términos del párrafo anterior.

3. *Derecho a la revelación de eventos relevantes.* El régimen actual tiene dos diferencias importantes con el régimen anterior. Primera, la exigencia, derivada del principio de la aplicación consolidada de la ley, de considerar eventos relevantes no sólo a los actos, hechos o acontecimientos relacionados con las emisoras sino también a los relacionados con las personas morales que éstas controlen y que influyan o puedan influir en el precio de los valores de las emisoras. Segunda, la obligación, a cargo de las emisoras, de informar en forma inmediata al público inversionista, previa solicitud de la CNBV o de la bolsa en que listen sus valores, las causas que a su juicio hayan dado origen, en su caso, a movimientos inusitados en el precio o volumen de operación de sus valores o a cambios en la oferta o demanda de sus valores o en el precio, que no sean consistentes con el comportamiento histórico de los mismos y no puedan explicarse con la información pública disponible. En el evento de que las emisoras desconozcan las causas que hayan dado origen a dichos cambios y movimientos, deberán formular una declaración explícita en ese sentido. Asimismo, la obligación de proporcionar, a solicitud de la CNBV o de la bolsa de valores, información adicional cuando la existente en el mercado sea insuficiente, imprecisa o confusa o cuando sea necesario rectificar, ratificar, negar o ampliar la divulgación por terceros de la información sobre algún evento que pueda afectar o influir en la cotización de los valores de la empresa.

4. *Medidas para garantizar la integridad (en el sentido de exhaustividad y de veracidad, objetividad e imparcialidad) de los informes, financieros y no financieros; destacadamente, la obligación de la empresa de mandar realizar una auditoría externa independiente, es decir, sin riesgo de conflicto de intereses, o bien de acompañar los estados financieros anuales del dictamen de un auditor externo independiente.* Sin cambios con respecto al estado anterior que no hayan sido expuestos con anterioridad.

Medidas específicas dirigidas a evitar o manejar los conflictos de intereses y asegurar la justeza y el trato equitativo de todos los accionistas en las transacciones con partes relacionadas

Con relación a este grupo de medidas, la mayoría de las modificaciones relevantes con respecto al estado anterior ya han sido expuestas, implícita o explícitamente, en otros lugares. En este momento únicamente deseo destacar que la ley: 1) establece por primera vez la obligación de la empresa de identificar a las partes relacionadas e informar acerca de las operaciones relevantes que celebre con ellas (artículos 86 y 104); 2) mejora sensiblemente la definición del concepto “persona relacionada”, incluyendo en él a varias personas, físicas y morales, que antes no eran calificadas con tal carácter (artículo 2, fracción XIX); 3) regula con mucho mayor precisión lo relativo a las operaciones con personas relacionadas (artículos 28, fracción III, 35, fracción IV, 44, fracción XIII, entre otros); 4) amplía el universo de las personas que la propia ley presume, salvo prueba en contrario, que poseen información privilegiada así como el de las prácticas prohibidas a dichas personas;¹¹⁰ 5) mejora la definición de independencia aplicable a los consejeros independientes al negar la posibilidad de que se califique con tal carácter a personas que antes podían ser consideradas independientes, destacadamente, las personas físicas que tengan influencia significativa o poder de mando en la emisora o en alguna de las personas morales que integren el grupo empresarial o consorcio al que ésta pertenezca (artículo 26); y 6) otorga a la CNBV la facultad de objetar la calificación de independencia de los consejeros.

¹¹⁰ Si por *insider* se entiende a aquel que dispone de información privilegiada, entonces puede decirse que la ley amplía el concepto de *insider*. Esto último, junto con la inclusión o redefinición de conceptos como consorcio, grupo empresarial, control, influencia significativa, poder de mando, personas relacionadas, eventos relevantes, etcétera, y la aplicación consolidada de la ley, tiende a dificultar la realización de prácticas usurpatorias; en particular, regula y limita el poder y la capacidad de influencia de los accionistas de control, ya sea que los ejerzan directamente o a través de alguna otra persona, física o moral, o de alguna figura creada *ex profeso* (como puede ser un fideicomiso).

Medidas específicas para fortalecer la vigilancia corporativa

Con relación a este grupo de medidas, la mayoría de las modificaciones relevantes con respecto al estado anterior ya han sido expuestas en otro lugar.¹¹¹

Medidas específicas tendentes a desalentar y sancionar, civil, administrativa o penalmente, las prácticas usurpatorias

La nueva LMV mantiene los delitos de uso de información privilegiada y de manipulación del mercado, pero equipara la penas de ambos. Igualmente, mantiene los delitos de difusión de información falsa sobre valores y de ocultamiento u omisión de revelación de información o eventos relevantes, “precisando que también es delito el uso o transmisión de la información, así como el divulgar información incompleta o que induzca a error”.¹¹²

La LMV incorpora tres nuevos tipos penales, de los que interesa destacar dos: “el pago de un premio o sobreprecio en favor de una persona o grupo de personas con motivo de una oferta pública de compra de acciones, sin hacer partícipes de dicho beneficio al resto de los accionistas”, y la administración fraudulenta, imponiendo una pena de dos a seis años de prisión al primer tipo y de tres a doce años al segundo.¹¹³

Por lo que hace a las sanciones administrativas, la ley mantiene una disposición acertada, a saber: la divulgación de las sanciones que la CNBV imponga por infracciones a la LMV. El artículo 391, párrafo último dispone:

En ejercicio de sus facultades sancionadoras, la Comisión, ajustándose a los lineamientos que apruebe su Junta de Gobierno, deberá hacer del conocimiento del público en general por el medio que considere conveniente, las sanciones que al efecto imponga por infracciones a esta Ley, una vez que dichas resoluciones hayan quedado firmes o sean cosa juzgada, señalando exclusivamente el nombre del infractor, el precepto infringido y la sanción impuesta. Lo anterior, cuando a su juicio la importancia de las infracciones así lo ameriten y con el propósito de procurar el sano y equilibrado desarrollado del sistema financiero en protección de los intereses del público.

¹¹¹ Véase “Definición o redefinición de las funciones de los órganos sociales de la empresa” en *supra* V.3.3.1.

¹¹² Iniciativa de Ley del Mercado de Valores, p. 17.

¹¹³ *Idem*.

Esta disposición se sustenta en la idea de que “la sanción más efectiva y justa es la disciplina que ejerza el mercado sobre los infractores”.

La publicidad de las sanciones en el mercado de valores [...] constituye una pieza de información fundamental para los participantes del mercado por muchas razones: (i) transmite un espíritu de confianza en la autoridad supervisora; (ii) previene la impunidad y genera un clima de ejemplaridad, y (iii) quizás lo más importante, alerta que algo está mal previniendo que se sigan canalizando recursos del público inversionista en general, a situaciones [sic] en las cuales existe duda sobre el buen manejo de la empresa.¹¹⁴

No obstante ser la anterior una medida adecuada, no deja de llamar la atención que en un mercado tan desarrollado y formal como lo es el mercado de capitales se recurra a mecanismos “informales” como el estigma y las sanciones morales para evitar y corregir conductas.

Medidas dirigidas a garantizar la dirección estratégica de la compañía, el monitoreo eficaz de la dirección por parte del consejo y la responsabilidad del consejo ante la compañía y los accionistas

Con respecto a la división de responsabilidades entre el consejo de administración y la dirección general y la estipulación de las funciones y responsabilidades del consejo de administración, véanse los temas “Definición o redefinición de las funciones de los órganos sociales de la empresa” y “Redefinición de las responsabilidades de consejeros, directivos principales y auditores externos” en el apartado V.3.3.1.

Por lo que hace a las *medidas tendentes a hacer que los mercados del control corporativo funcionen eficaz y transparentemente*, la actual LMV permite, al igual que la anterior, que las emisoras estipulen en sus estatutos cláusulas para evitar la adquisición hostil o no deseada de acciones que implique la transferencia del control de la empresa a terceros o a otros accionistas. Sin embargo, ahora ya no es necesario que la CNBV autorice dichas cláusulas. A cambio, la ley establece tres condiciones de validez para las mismas: que no vote en contra de ellas el cinco por ciento o más de los accionistas representados en la correspondiente asamblea general extraordinaria; no restrinjan en forma absoluta la toma de

¹¹⁴ *Idem.*

control de la sociedad, y no contravengan lo previsto en la ley para las ofertas públicas de adquisición.

Como se deduce de todo lo anterior, la actual LMV representa un nuevo estado del régimen legal que establece el nivel de protección de los accionistas de empresas públicas. Siguiendo la ruta trazada por la reforma de junio de 2001, las modificaciones que supone la ley vigente han terminado de diferenciar el régimen legal de las sociedades anónimas públicas del régimen legal de las sociedades anónimas “normales y corrientes”, y han vuelto a redefinir, esta vez por vía de la reforma al régimen de gobierno corporativo de las sociedades anónimas bursátiles antes que por medio del aumento de derechos de los accionistas minoritarios, los conjuntos de derechos de propiedad o de oportunidad de accionistas minoritarios, accionistas de control, consejeros y administradores, así como la forma en que tales conjuntos interactúan.

CONCLUSIONES

1. No existe una única forma de analizar un ordenamiento jurídico o una parte de éste.
2. El derecho no es un conjunto de normas sino un orden normativo coactivo de la conducta humana que alienta o desalienta conductas y produce o contribuye a producir resultados. En este sentido, el derecho y la ciencia del derecho pueden y deben verse, respectivamente, como un instrumento social y una técnica social específica que precisan de una teoría del comportamiento en presencia de normas jurídicas a efecto de cumplir con las funciones que se les asignen.
3. El análisis jurídico formal no basta para explicar las causas y los efectos de un determinado conjunto de normas jurídicas y evaluar estos últimos. Ello se debe a que la ciencia jurídica *stricto sensu* no cuenta con las categorías y criterios necesarios para llevar a cabo esa explicación o esa evaluación. Por lo tanto, todo intento de llevarlas a cabo desde una sede estrictamente jurídica (que puede ser, entre nosotros, la dogmática jurídica o la teoría general del derecho) fracasará o tendrá un éxito fortuito que por carecer de conceptos, métodos y herramientas claramente definidos y sistemáticamente aplicados será difícil de replicar.
4. Es necesario reconocer lo anterior y abrir (en serio) el derecho y su estudio, aplicación y enseñanza al contacto con las ciencias sociales y la filosofía.
5. El análisis económico del derecho es un estudio interdisciplinario del derecho que permite conocer (explicar o predecir), sin eludir el conocimiento formal o dogmático de las normas jurídicas relevantes, las causas, los motivos y los efectos económicos de un determinado régimen jurídico así como evaluar estos últimos. Igualmente, permite fundamentar en categorías y criterios provenientes de la ciencia económica propuestas de modificación de dichas normas.

Por otra parte, incluso si no se emplea con el propósito de explicar o predecir conductas, evaluar resultados o diseñar normas, el análisis económico del derecho puede servir para organizar y estudiar los distintos regímenes jurídicos con una perspectiva y con unos objetivos

distintos de los tradicionales y en atención a criterios y cualidades distintos de los de pertenencia y jerarquía, por citar algunos.

Los trabajos jurídico-económicos son valiosos en la medida en que contribuyen a un entendimiento más completo del régimen o la figura jurídica bajo estudio, lo que además brinda una nueva perspectiva para valorarlo.

6. El análisis económico del derecho no constituye entre nosotros el primer o el único modo de estudio interdisciplinario del derecho. Sin embargo, sí es un modo diferenciado de los otros modos existentes que puede resultar más o menos útil en función de las características, condiciones y necesidades del estudio.

7. El movimiento del análisis económico del derecho (*Law and Economics*) está compuesto de varias corrientes o perspectivas. Idealmente, deben ser las características de las normas jurídicas relevantes y las características, condiciones y necesidades del análisis (y no las filias, las fobias y las filiaciones ideológicas personales) lo que determine la utilidad relativa de cada una de las corrientes así como la decisión de emplear una o algunas de ellas en lugar de las otras.

8. La eficiencia no es el único valor social, pero es hora de vencer la resistencia a reconocer que es un valor importante que el derecho, en tanto componente del entramado institucional que hace que las cosas funcionen (bien, regular o mal) o no funcionen, debe promover o por lo menos tener en cuenta. Cuando decida sacrificarse la eficiencia o desestimarse el impacto económico de las leyes en aras de otros valores o argumentos sociales, ese hecho debe hacerse explícito y justificarse.

9. Existen cuatro modalidades de análisis económico del derecho (o manifestaciones de la acción consistente en realizar análisis económicos del derecho). Primera, un enfoque positivo autónomo que a partir de la explicación o predicción de conductas y la determinación de eficiencia de las normas jurídicas brinda una explicación de la función, el impacto o la estructura del sistema jurídico o de una parte del mismo. Segunda, un enfoque normativo autónomo que ofrece un tipo de política jurídica sustentada exclusivamente en categorías y criterios económicos. Tercera, un análisis positivo realizado dentro de un contexto pragmático que provee una jurisprudencia científica en la que los conceptos económicos no se estiman suficientes para brindar una explicación completa del sistema jurídico o de una parte de éste.

Cuarta, un análisis normativo realizado en un contexto pragmático y liberal que ofrece una política jurídica en la que los resultados económicos se subordinan a los argumentos pragmáticos y a los valores liberales.

Si debiera señalarse qué modalidad o manifestación de análisis económico del derecho constituye el estudio de caso presentado en esta tesis tendría que optarse por la primera y la segunda. En efecto, el estudio de la función y el impacto económicos del régimen legal que establece los derechos de propiedad de los accionistas de empresas públicas así como la reestructuración de dicho régimen en atención a la “naturaleza económica” de las normas que lo integran caen dentro de la primera modalidad. Por su parte, el análisis del proceso de reforma al régimen en comentario presenta y estudia sobre todo la política jurídica de las reformas.

10. De acuerdo con el análisis económico realizado en la segunda parte de este trabajo, el sistema de gobierno corporativo y el régimen de los derechos de los accionistas de empresas públicas establecen (parcialmente) la estructura de incentivos que alienta o desalienta la adquisición de acciones representativas del capital social de dichas empresas por parte del público inversionista.

Si es verdad que el conjunto de derechos concedido por dicho sistema y dicho régimen determina positivamente la disposición del público inversionista a adquirir tales títulos, entonces el proceso de reforma estudiado en la presente tesis, al haber incrementado el número y el contenido de dichos derechos, ha aumentado también los incentivos para adquirir acciones.

En teoría, tanto dicho sistema y dicho régimen como la disposición del público inversionista a financiar empresas públicas vía la adquisición de acciones determinan (parcialmente) la disposición de los accionistas que controlan dichas empresas a realizar nuevas emisiones de capital con el propósito de ofrecer las acciones correspondientes al público inversionista a través de ofertas públicas.

Los factores anteriores debieron haber atraído más inversionistas al mercado accionario (y generado por lo tanto una base amplia y estable de inversionistas) e incentivado a las familias dueñas de las grandes empresas del país a abrir el capital social a los inversionistas externos (y reducido en consecuencia la concentración de la propiedad del capital social de las empresas públicas y ampliado el número de acciones en circulación). Sin embargo, nada de eso ha sucedido.

11. Es necesario explicar por qué, no obstante contar desde hace casi dos años con un régimen legal adecuado que cumple con los mejores estándares internacionales, la emisión y suscripción de capital sigue sin ser una opción atractiva para el financiamiento y desarrollo de las empresas en México. En otras palabras, es preciso conocer por qué el mercado accionario mexicano no ha podido constituirse en una fuente de financiamiento. La resolución de estas cuestiones rebasa con mucho el ámbito y el alcance de la presente tesis. Aquí lo único que cabe es señalar que hacen falta estudios más o menos concluyentes al respecto.

12. El análisis del proceso de reforma al régimen legal del mercado accionario emprendido en México (y en muchas otras partes del mundo) arroja un dato interesantísimo: La mejora del régimen (y del nivel de protección de los accionistas distintos de los de control) se logró regulando el mercado de control corporativo, y no dejándolo al libre juego de los agentes, como suele pedirse en algunos sectores ideológicos y políticos.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Alchian, Armen A., "Property Rights", en *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, vol. 3, coordinación de John Eatwell, Murray Milgate y Peter Newman, Londres, MacMillan, 1987, pp. 1031-1034.

Alston, Lee J., Thráinn Eggertsson y Douglass C. North (coords.), *Empirical Studies in Institutional Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 (Political Economy of Institutions and Decisions).

Alston, Lee J., Thráinn Eggertsson y Douglass C. North, "Toward an Understanding of Property Rights", en *Empirical Studies in Institutional Change*, *op. cit.*, pp. 31-33.

Alston, Lee J., Thráinn Eggertsson y Douglass C. North, "The Evolution of Modern Institutions of Growth", en *Empirical Studies in Institutional Change*, *op. cit.*, pp. 129-133.

Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, 1ª ed. corregida, México, Fontamara, 1998 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 2).

Barzel, Yoram, *Economic Analysis of Property Rights*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1997 (Political Economy of Institutions and Decisions).

Basu, Kaushik, *Prelude to Political Economy: A Study of the Social and Political Foundations of Economics*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.

Becker, Gary S., *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

Calsamiglia, Albert, "Ciencia jurídica", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, "El derecho y la justicia", coordinación de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 17-27.

Capaul, Mierta, *Corporate Governance in Latin America*, Banco Mundial, septiembre de 2003.

Carvallo Yáñez, Erick, *Tratado de derecho bursátil*, 3ª ed., México, Porrúa, 2001.

Carvallo Yáñez, Erick, *Nuevo derecho bancario y bursátil mexicano. Teoría y práctica jurídica de las agrupaciones financieras, las instituciones de crédito y las casas de bolsa*, 6ª ed., México, Porrúa, 2003.

Coase, Ronald H., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 (existe traducción española: *La empresa, el mercado y la ley*, tr. Guillermo Concome y Borel, Madrid, Alianza, 1994).

Cooter, Robert D. y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, traducción de Eduardo L. Suárez de la segunda edición en inglés, México, Fondo de Cultura Económica, 1998 (Política y Derecho).

Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 1997 (Política y Derecho).

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara, 1999 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 6).

De la Torre, Augusto *et al.*, *Whiter Latin American Capital Markets?*, estudio regional dirigido por Augusto de la Torre y Sergio Schmukler, Banco Mundial, octubre de 2004.

Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, 5ª ed., México, Harla, 1995 (Textos Jurídicos Universitarios).

Eggertsson, Thráinn, "A Note on the Economics of Institutions", en Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North (coords.), *Empirical Studies in Institutional Change*, *op. cit.*, pp. 6-24.

Frisch Philipp, Walter, *Sociedad anónima mexicana*, México, Oxford University Press-Harla, 1996 (Textos Jurídicos Universitarios).

García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 43ª ed., México, Porrúa, 1992.

García Rendón, Manuel, *Sociedades mercantiles*, 2ª ed., México, Oxford University Press, 1999 (Textos Jurídicos Universitarios).

Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (coords.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, "El derecho y la justicia", 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000.

Gaus, Gerald F., "Property, Rights, and Freedom", en Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller y Jeffrey Paul (eds.), *Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 209-240.

Herrera Avendaño, Carlos E., *Bolsa de valores y mercados financieros*, México, Gasca SICCO, 2003.

Hierro, Liborio, "Realismo jurídico", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, "El derecho y la justicia", *op. cit.*, pp. 77-86.

Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 9ª ed., tr. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2002 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 11).

López Calera, Nicolás, "Funciones del Derecho", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, "El derecho y la justicia", *op. cit.*, pp. 457-465.

Mercado Pacheco, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Mercurio, Nicholas *et al.*, *Derecho y Economía*, editado por Nicholas Mercurio, tr. Juan J. Fernández Cainzos, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

Mercurio, Nicholas y Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

North, Douglass C., *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 (Political Economy of Institutions and Decisions). (Existe traducción española: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, tr. Agustín Barcena, México, Fondo de Cultura Económica, 1993 [Economía Contemporánea].)

North, Douglass C., "Epilogue: Economic Performance Through Time", en Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson y Douglass C. North (coords.), *Empirical Studies in Institutional Change*, *op. cit.*, pp. 342-355.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *OECD Principles of Corporate Governance*, París, OCDE, 2004.

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Páramo Argüelles, Juan Ramón de, "Derecho subjetivo", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, "El derecho y la justicia", *op. cit.*, pp. 367-394.

Pastor, Santos, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.

Pejovich, Svetozar, *Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad*, tr. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

Pérez Lledó, Juan A., "Teorías críticas del Derecho", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, "El derecho y la justicia", *op. cit.*, pp. 87-102.

Pérez Perdomo, Rogelio, "Sociología del Derecho", en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II, "El derecho y la justicia", *op. cit.*, pp. 29-37.

Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1990.

Posner, Richard A., *Overcoming Law*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1995.

Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, tr. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998 (Política y Derecho).

Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, tr. José L. Pérez, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-Fondo de Cultura Económica, 1994 (Economía Contemporánea).

Roemer, Andrés (comp.), *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000 (Economía Contemporánea).

Ross, Stephen A., Randolph W. Westerfield y Jeffrey F. Jaffe, *Finanzas corporativas*, traducción de José Julián Díaz Díaz de la tercera edición en inglés, México, Irwin, 1995.

Ryan, Alan, "Property", en *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, vol. 3, *op. cit.*, pp. 1029-1031.

Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus, *Economía*, 18ª ed., tr. María Guadalupe Cevallos Almada et al., México, McGraw-Hill Interamericana, 2006.

Solís, Leopoldo (coord.), *Los derechos de propiedad en México*, México, Instituto de Investigación Económica y Social Lucas Alamán, 2000.

Stiglitz, Joseph et al., *The Economic Role of the State*, edición de Arnold Heertje, Oxford, Basil Blackwell, 1989.

Varian, Hal R., *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual*, 4ª ed., tr. María E. Rabasco y Luis Toharia, Barcelona, Antoni Bosch, 1998.

Witker, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 4ª ed., México, McGraw-Hill, 1999.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

Calabresi, Guido y A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089-1110.

Calabresi, Guido, "Remarks: The Simple Virtues of *The Cathedral*", *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 2201-2207.

Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, octubre de 1960, pp. 1-44 (ahora en *The Firm, the Market and the Law*, *op. cit.*, pp. 95-156; existe traducción española: "El problema del costo social", en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, *op. cit.*, pp. 512-557).

Coase, Ronald H., "Economics and Contiguous Disciplines", *Journal of Legal Studies*, vol. 7, junio de 1978, pp. 201-211.

Cooter, Robert D., "The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law", *Notre Dame Law Review*, vol. 64, núm. 5, 1989, pp. 817-837 (existe traducción española: "Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho", en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, *op. cit.*, pp. 133-158).

Demsetz, Harold, "Toward a Theory of Property Rights", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, vol. 57, núm. 2, mayo de 1967, pp. 347-359.

Epstein, Richard A., "A Clear View of *The Cathedral*: The Dominance of Property Rules", *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 2091-2120.

International Review of Law and Economics, vol. 11, núm. 3, diciembre de 1991.

King, Robert G. and Ross Levine, "Finance and Growth: Schumpeter Might be Right", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, núm. 3, agosto de 1993, pp. 717-737.

Kitch, Edmund W., "The Intellectual Foundations of Law and Economics", *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, junio de 1983, pp. 183-209 (existe traducción española: "Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho", en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, *op. cit.*, pp. 51-65).

La Porta, Rafael *et al.*, "Law and Finance", *Journal of Political Economy*, vol. 106, núm. 6, 1998, pp. 1113-1155.

Levine, Ross, "Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda", *Journal of Economic Literature*, vol. 35, núm. 2, junio de 1997, pp. 688-726.

Levine, Ross y Sara Zervos, "Stock Markets, Banks, and Economic Growth", *American Economic Review*, vol. 88, núm. 3, junio de 1998, pp. 537-558.

Martínez, Lorenza y Alejandro Werner, "Capital Markets in Mexico: Recent Developments and Future Challenges", artículo presentado en el seminario organizado por el Banco de México "Estabilidad Macroeconómica, Mercados Financieros y Desarrollo Económico", celebrado en noviembre 12 y 13 de 2002.

Oman, Charles y Daniel Blume, "Corporate Governance: A Development Challenge", *Policy Insights*, núm. 3, enero de 2005. (Consultado en la Internet: www.oecd.org/dev/insights.)

La protección jurídica de los accionistas en México. Un análisis económico

Posner, Richard A., "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", *Journal of Legal Studies*, vol. 8, núm. 1, enero de 1979, pp. 103-140 (existe traducción española: "Utilitarismo: economía y teoría jurídica", en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, op. cit., pp. 159-200).

Posner, Richard A., "Some Uses and Abuses of Economics in Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 46, núm. 2, invierno de 1979, pp. 281-306 (existe traducción española: "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho", en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, op. cit., pp. 66-90).

Posner, Richard A., "The Law and Economics Movement", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, vol. 77, núm. 2, mayo de 1987, pp. 1-9 (existe traducción española: "El movimiento del análisis económico del derecho", en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, op. cit., pp. 221-241).

Posner, Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 4, 1987, pp. 761-780 (existe traducción española: "La decadencia del derecho como disciplina autónoma: 1962-1987", en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, op. cit., pp. 102-122).

Posner, Richard A., "Social Norms and the Law: An Economic Approach", *American Economic Review*, vol. 87, núm. 2, 1997, pp. 365-369.

Roemer, Andrés, "Réplica a los comentarios de Rodolfo Vázquez", *Isonomía*, núm. 5, octubre de 1996, pp. 153-159 (ahora en *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, op. cit., pp. 211-218).

Sherwin, Emily, "Introduction: Property Rules as Remedies", *Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, pp. 2083-2089.

Skaperdas, S., "Cooperation, Conflict, and Power in the Absence of Property Rights", *American Economic Review*, vol. 82, 1992, pp. 720-739.

Vázquez, Rodolfo, "Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho", *Isonomía*, núm. 5, octubre de 1996, pp. 143-152 (ahora en Andrés Roemer [comp.], *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, op. cit., pp. 201-210).