

El Costo de la Legalidad:

Una Aproximación a la Falta de Legitimidad del Derecho

Enrique Gherzi

Abogado. Diputado por Lima.

Profesor de la U. de Lima y la U. del Pacífico

Uno de los hechos sociales más evidentes en el Perú es la falta de vigencia social del derecho. A los dichos tradicionales de "hecha la ley, hecha la trampa" o la corrupción generalizada, se suman datos científicos categóricos que acreditan el aserto: seis de cada diez peruanos trabajan al margen de la ley en la llamada economía informal.

De hecho la informalidad ofrece una prueba incontrovertible de que las inmensas mayorías nacionales no cumplen con la ley, pero también ofrece un contexto social para examinar la falta de legitimidad del derecho.

En cierto sentido podría decirse que la existencia de una informalidad como la peruana representa la posibilidad de estudiar la desobediencia civil como fenómeno masivo y espontáneo frente a una ley que no funciona y sugiere, consiguientemente, un espacio en el cual estudiar la falta de vigencia de la ley.

Tradicionalmente la legitimidad de los sistemas legales ha sido examinada como un fenómeno político, resultante de la forma de gobierno, el consenso o las costumbres y tradiciones nacionales.

El propósito de este artículo es plantear una aproximación diferente, consistente en que la legitimidad de los sistemas legales no es un fenómeno político sino consecuencia de una inadecuada estructura institucional que hace muy difícil y a veces imposible a los ciudadanos cumplir con la ley.

Para el efecto, el presente artículo plantea el concepto "costo de la legalidad" como una variable explicativa de la falta de vigencia social del derecho.

En términos económicos es muy fácil entender que los bienes tienen costos e inclusive que el merca-

do es un mecanismo costoso para la toma de decisiones. Pero en términos institucionales es más difícil entender que también la ley es un mecanismo costoso. Por consiguiente, si bien el derecho tiene como propósito económico fundamental reducir los costos de transacción, la ley que es una de sus fuentes también tiene un costo que es el "costo de la legalidad". En ese sentido, no toda ley abarata las transacciones, sino que es perfectamente posible que las encarezca e inclusive que las encarezca al extremo de hacer imposible su cumplimiento.

1. La Transacción y la Norma

Como resultado de las discusiones acerca de las imperfecciones del mercado y de la presunta necesidad de una intervención estatal para corregirlas, Ronald Coase logró establecer algunas hipótesis de trabajo fundamentales para el análisis económico del derecho¹. La primera es que el mercado es un mecanismo costoso en el que no se puede adoptar todas las decisiones. La segunda, que toda transacción cuesta algo a quien la realiza, independientemente de sus propios propósitos. Este costo de transacción está compuesto por el tiempo y la información indispensables para que la actividad se lleve a efecto. La tercera conclusión es que cuanto más compleja es una economía, mayores serán los costos de transacción. Y la cuarta es que, el derecho es una institución mediadora destinada a reemplazar a las personas individuales y al mercado en aquellas funciones en que los costos serían insufragables en un contexto de intercambio puro.

De estas hipótesis se extraen dos conclusiones fundamentales, que son conocidas por la literatura especializada como las "Leyes de Coase". A saber que:

1 Ronald Coase, "The Nature of the Firm", *Económica* (Nov. 1937), 306-405. "The Problem of the Social Cost", *Journal of Law and Economics*, (1960) 3, 1-44.

- Existiendo costos de transacción, el derecho no es indiferente al óptimo económico. Luego, hay normas más eficientes que otras, según permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo, entendido en el sentido que le dio el economista italiano Vilfredo Pareto, como aquella situación en la cual nadie puede mejorar su propia posición a costa de que la de otro empeore.

- Las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico: abaratar los costos de transacción. Para el efecto, deben cumplir cuando menos con tres propósitos: definir derechos de propiedad, dar seguridad a los contratos y establecer un sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Dado que el derecho procura disminuir los costos de transacción, su función económica principal estriba, entonces, en reducir el tiempo y consolidar la información indispensables para tomar decisiones. Esta información está compuesta, a su vez, por la acumulación de experiencias, valores, juicios y fracasos de los demás. Luego, el derecho permite utilizar más información de la accesible a cada persona individualmente. Supone mucha más inteligencia de la que es capaz de poseer un hombre por sí solo.

Ello ha permitido a Henri Lepage entender al derecho como la clasificación del conjunto de usos, criterios, valores y costumbres que permiten establecer una representación del universo, mejorar la capacidad de previsión y anticipar las consecuencias de determinados supuestos de hecho².

La idea consiste, por consiguiente, en apreciar la manera como el derecho reduce la incertidumbre en un mundo de escasez, de modo tal que permite realizar un conjunto de actividades que en un contexto de intercambio puro resultarían imposibles.

El derecho se entiende, entonces, como el instrumento proveedor de información que, junto con el conocimiento del tiempo y del lugar, establece el marco dentro del cual las personas deciden.

Queda claro, pues, que no todas las decisiones económicas se toman en el mercado, sino que, además de mercado, hay en toda sociedad un metamercado, compuesto por el derecho encargado de regularlo y facilitar la obtención de los objetivos sociales e individuales abaratando los costos de transacción³.

Ahora bien, el derecho tiene distintas fuentes. A

un nivel microeconómico, los contratos. A un nivel macroeconómico, las costumbres, las leyes y la jurisprudencia de los tribunales. Según sean los sistemas jurídicos de los países, varía la importancia o independencia de estas diferentes fuentes. Pero, contrariamente a lo que por lo general se supone, las fuentes del derecho no son alternativas ni excluyentes entre sí sino competitivas. Tratan de organizar y poner en ejecución los acuerdos requeridos para intercambiar bienes o servicios y para combinar los recursos humanos así como materiales necesarios para producirlos. Buscan obtener la cooperación de los individuos para sus fines comunes. Y proveen servicios para facilitar la confección o la puesta en ejecución de todo tipo de acuerdos que versen sobre bienes o servicios: contratos, responsabilidad civil, derechos reales, etc.

No obstante, existe una confusión bastante notable entre derecho y ley. En términos estrictos, la ley es solamente una de las fuentes del derecho o, si se quiere, una de las maneras en que las sociedades pueden producir normas para reducir los costos de transacción. Esta confusión probablemente tiene muchos orígenes, pero es especialmente marcada en países como los nuestros, que están inscritos dentro de la tradición jurídica romano-civil, sobretudo después del positivismo kelseniano.

Sin embargo, es muy probable también que se deba a una cierta ventaja comparativa del Estado como productor de derecho. En efecto, por definición, el Estado tiene el monopolio de la coacción y de la coerción legítimas. Por ende, el tener también el monopolio de la legislación, puede suceder que el derecho generado a través de ella tenga mucho más vigencia social porque es aplicable erga omnes. Pero puede suceder también todo lo contrario, como veremos más adelante.

La doctrina jurídica tradicional ha tendido a considerar que la ley es un elemento neutro o gratuito que se introduce en la sociedad de manera tal que ordena, como por arte de magia, todas las cosas o relaciones humanas. Inclusive criterios tradicionales más superficiales han llegado a suponer que es posible convertir en leyes de cumplimiento obligatorio cualquier disposición que aprueben los legisladores. Esta creencia ha venido a concurrir con la deformación de los ideales democráticos que, en palabras de Federico Salazar, consiste en "la suposición de que el acto legislativo se hace ley con independencia de si se ajusta o no al derecho vigente y de si se adecúa o no al orden moral que le sirve de fundamento"⁴.

2. Cf. Henri Lepage, *Mañana el Liberalismo* (Madrid: Ed. Espasa Calpe, 1980), Epílogo.

3. Cf. Pedro Schwartz y Alfonso Carbajo Isla, "Teoría Económica de los Derechos de Apropiación". En *Jornadas Hispano-francesas sobre la Nueva Economía* (Madrid: Ed. Forum Universidad-Empresa, 1980).

4. Federico Salazar, "El Fundamento Ético de la Libertad Ensayo en Defensa de las Minorías Morales", *Mecanografiado*, Lima, (Agosto, 1987), p.2.

Ocurre, sin embargo, que tal gratuidad no existe. Antes bien, el cumplimiento de las regulaciones implica una serie de costos y beneficios sobre los ciudadanos que deben observarlas. De acuerdo con Carbonier, esto puede conducir a que la ley quede neutralizada por su propio costo de realización⁵. En efecto, las personas que quieran disfrutar de los beneficios de la legalidad deberán asumir los costos involucrados. De no estar en condiciones de hacerlo, puesto que se ha encarecido por encima del nivel sufragable la disposición a cumplir con la ley, sencillamente no podrán aprovechar el sistema legal. Y, paradójicamente, éste habrá quedado neutralizado porque habrá dejado de ser útil para los individuos.

La ley, al estipular la consecuencia jurídica para un supuesto de hecho, proporciona información a tener en cuenta al momento de decidir. Le dice a la persona qué requisitos debe cumplir, con qué protección cuenta, qué tributos lo gravan y a qué consecuencias ha de atenerse. En suma, le revela cuál es el costo que se debe sufragar si es que desea disfrutar de la legalidad y cuál es su beneficio.

Entonces, el costo de la legalidad, en el sentido en que lo entenderemos, es la noción genérica de todos los componentes y cada uno de ellos, en forma conjunta o separada, con los cuales y por los cuales se realiza una decisión con respecto de la legalidad de una actividad. Así, pues, el costo de la legalidad es la apreciación individual de todo aquello que es necesario hacer o no hacer para disfrutar del amparo y protección del régimen legal.

En este contexto es preciso destacar que así como el mercado es un mecanismo costoso en el cual no pueden tomarse todas las decisiones económicas, la ley es también un mecanismo costoso que sólo abarata las transacciones cuando el costo de su cumplimiento no excede al de estas últimas. Si Veľjanovski considera los costos de transacción como los costos de usar el mercado⁶, el costo de la legalidad bien podría ser definido como el costo de utilizar la ley.

No obstante, hay que advertir que si bien los costos de las transacciones dependen de la naturaleza de éstas, el costo de la legalidad depende mayormente del proceso por el cual se genera la ley y de las características que tiene. Por lo tanto, se encuentra mucho más relacionado con los procesos políticos y legislativos vigentes que con las características del mercado mismo.

De esta manera llegamos a una de las conclusio-

nes fundamentales de la ley entendida como uno de los mecanismos del derecho para reducir los costos de transacción: su carácter instrumental. La ley es, en realidad, sólo un medio puesto a disposición del individuo para elegir. Luego, la gente al obedecerla persigue sus propios objetivos y no los del legislador. Por consiguiente, toda modificación legal que se haga altera los medios a disposición de las personas, tergiversa el mecanismo de información o modifica el tiempo de las decisiones, pero no puede cambiar los fines de los individuos ni su tendencia a aplicar sus capacidades, escoger sus acciones y determinar sus preferencias de acuerdo con sus propias escalas de costos y beneficios.

De acuerdo con Hayek, en todos los casos en que la coacción sea evitable, el único efecto de la ley consistirá en alterar los medios a disposición de los individuos, pero nunca en determinar sus propios propósitos⁷. Luego, el vínculo de sujeción que se estima inherente al imperio de la ley sólo es tal luego de un análisis racional de costos y beneficios realizado por los individuos. De manera que, si efectuada esta evaluación resulta que las leyes no sirven a los intereses particulares, se habrá establecido una demanda de medios jurídicos alternativos para servirlos. En este contexto la ley empieza a perder vigencia social y se recurre a otras fuentes del derecho, como la costumbre, en busca de normas útiles para reducir los costos de transacción. Sin embargo, por carecer estas fuentes alternativas del mismo nivel de exigibilidad que la ley, se incrementa paradójicamente el grado de incertidumbre de las transacciones económicas y de las relaciones sociales.

Es claro, pues, que cuando el costo de la legalidad se eleva a un punto tal que es insufragable para la mayoría de la población, no reduce sino encarece las transacciones. Es más difícil entrar al mercado y seguir dentro de él, por cuanto cada una de las operaciones que se realicen incorporan cargas proporcionales a la incidencia de las leyes. Por ejemplo, al establecerse un conjunto de requerimientos legales a fin de contar con terrenos y viviendas, se estipula también una carga para todas las transacciones que se produzcan sobre tales bienes, de manera que se debe observar lo prescrito a fin de gozar de los beneficios de la legalidad.

Lo importante en cada caso es entender que la existencia de una legalidad excesivamente onerosa no necesariamente supone que las actividades dejen de llevarse a cabo sino que se trasladen de un mercado a otro: de la formalidad a la informalidad. Dado el carácter instrumental de la ley, ésta no es

5. Cf. Jean Carbonier, "Derecho Flexible. Para una Sociología no Rigurosa del Derecho". (Ed. Tecnos, Madrid: 1974).

6. Cf. C.G. Veľjanovski, "The New Law and Economics. Research Review" (Oxford: Centre for Socio-Legal Studies, 1982), p. 53.

7. Cf. Friedrich A. Hayek, Derecho, Legislación y Libertad. (Madrid: Unión Editorial, 1978), Tomo I, pp. 177-181.

más que un mecanismo de información por el cual los individuos pueden advertir la cantidad de recursos que les representaría gozar de la protección del Estado para el desarrollo de su actividad. Por consiguiente, como la gente tiende por naturaleza a hacer lo más barato y evitar lo más caro, el cumplimiento de la ley está sujeto a que ella tenga más beneficios que costos, puesto que las personas al evaluarla persiguen cumplir sus propios objetivos y no los del Estado ni mucho menos los de las autoridades.

Entonces, si el costo de la legalidad es tal que resulta insufragable o bien supera los beneficios de las transacciones, la gente optará por quedarse fuera, es decir, en la informalidad.

Igualmente, si los costos de la legalidad se elevan por encima de sus beneficios, la gente opta por escapar de su ámbito a pesar de ya haber ingresado en él, es decir, deserta hacia la informalidad.

Sin embargo, con respecto a la legalidad, el carácter subjetivo e inaprehensible del costo se hace más evidente e importante por cuanto intervienen de manera crucial consideraciones no monetarias o, al menos, no directamente monetarias, como la seguridad, el prestigio, el miedo o la potencial protección de la ley.

2. El Problema del Costo

Es preciso distinguir dos dimensiones en el concepto de costo, desde el punto de vista de la elección individual.

De un lado, la noción de costo evoca una evaluación personal y subjetiva acerca de la importancia que se atribuye a una carga, en función de una expectativa de beneficio. De otro, el concepto es más un resultado que una expectativa y está referido al pasado antes que al futuro.

En el primer caso, el concepto es relativo a un hecho ideal que influye en la elección del individuo. En el segundo, a un acontecimiento de la realidad influido por la elección del propio individuo. En el primer caso, a la lógica de la elección; en el segundo, a un problema de contabilidad.

Las decisiones vienen determinadas por experiencias subjetivas. Sin embargo, se reflejan objetivamente en resultados verificables y cuantificables que, a su vez, actúan como fuentes de información respecto de las nociones subjetivas.

Si bien el concepto de costo de la legalidad se refiere más a la acepción subjetiva, su evaluación proviene tanto de operaciones subjetivas cuanto de resultados objetivos. Por ende, las aproximaciones sistemáticas al tema pueden hacerse a través del concepto subjetivo -examinando las conductas hipoté-

ticas, posibilidades y perjuicios resultantes- y a través del concepto objetivo -examinando cuánto ha costado la legalidad a quien ya realizó una elección-. En este caso, sin embargo, el resultado que se obtenga, si bien será más fácil de cuantificar, no necesariamente reflejará el proceso individual de la lógica de la elección, sino los resultados de ciertas experiencias individuales frente a la legalidad.

Estas mediciones, siempre y cuando no se confundan con la noción objetiva del costo de la legalidad, pueden dar una idea aproximada de lo que sucede a nivel de la decisión individual y, de hecho, una más exacta de la experiencia confirmada de algunos individuos de la sociedad.

Esta experiencia realizada, a su vez, forma parte inicial de la información que los individuos pueden reunir para formarse una noción de lo que cuesta la legalidad. Ella crea una especie de acervo social de la información, conocimiento, intuiciones y emociones respecto de la legalidad. Puede transmitirse directamente, mediante amigos, paisanos u otros. También indirectamente, a través de la mediación de profesionales, tales como abogados o contadores, que precisamente tienen por función acopiar todo ese acervo informativo.

Podría insinuarse que hay también una relación entre niveles de ingresos y estos dos tipos de fuentes de información. En efecto, las personas de menores ingresos tendrán probablemente una mayor proclividad a recurrir a primos, amigos o parientes, mientras que las personas de mayores ingresos acudirán a profesionales. Esto se explica porque las satisfacciones alternativas a sacrificar para recurrir a un amigo o pariente son menores que las comprometidas al contratar a un mediador profesional.

Obviamente, todo ello favorece las transacciones cara a cara, así como los negocios familiares. Este es un punto sumamente curioso que llama a reflexión. Nuestros pueblos se caracterizan por la gran cantidad de negocios familiares, donde padres, hijos, primos o hermanos trabajan cotidianamente. Los antropólogos, sociólogos y demás científicos sociales han sostenido a través de los años que ello se debe a un ancestro cultural que caracterizaría nuestra presunta raigambre colectivista. Sin embargo, tengo la convicción de que la causa es diferente. Los latinoamericanos tenemos que trabajar entre familiares porque no tenemos acceso a un mecanismo de contratos eficiente ni libre para combinar y aprovechar los recursos. O, dicho en otras palabras, porque tenemos una legalidad excesivamente cara en relación con los ingresos de nuestra población. Obviamente, si tal acceso no existe, es muy natural que la gente tienda a realizar las transacciones entre sus familiares porque son quienes más confianza le inspiran. No se trataría, pues, de una prueba de colectivismo, sino de una reivindicación de la libertad de contratar.

Sin desmedro de las precisiones advertidas, es necesario tener en cuenta dos elementos adicionales. El primero es el carácter global del costo de la legalidad. El segundo, la función de los precios.

Los individuos frente a la legalidad no entran en detalles ni consideraciones mayores. La aprecian en su conjunto, por su onerosidad agregada y por su dificultad total. Las decisiones personales frente al derecho no están perfectamente discriminadas. Antes bien, dependen de una serie de consideraciones como conocimiento, información o disponibilidad de asesoría. Algo así como un carácter común engloba los diferentes componentes del costo de la legalidad en un bosque de cargas que asusta más que cada uno de sus árboles.

La gente puede tener nociones no siempre exactas respecto de estos costos. Algunas personas pueden estar más aventajadas en la comprensión de uno u otro de sus componentes. Pero, sin duda, será muy difícil que entren a evaluar detallada y detenidamente cada uno de los trámites y procedimientos, a fin de determinar el costo que ellos impliquen monetaria o no monetariamente, compararlos con los beneficios inherentes a tal decisión y finalmente hacer una elección personalmente satisfactoria. A esto podemos llamarle carácter global del costo de la legalidad.

Así, pues, cualquier individuo que quiera invertir sus recursos, tiempo y conocimiento en una actividad deberá evaluar *grosso modo*, por un lado, lo que puede costarle cumplir con las obligaciones legales, y, por otro, lo que puede obtener de la ley a cambio de ese cumplimiento.

Por supuesto, la opción que el individuo escoja no supone una evaluación exacta ni rigurosa de las cargas legales, pero sí una intuición genérica en torno a lo que ellas representan respecto de su actividad o respecto de lo que está dispuesto a hacer.

Si su disponibilidad de recursos (dinero, trabajo, tiempo y conocimiento) es elevada, será probable que tenga más que ganar con el acatamiento del orden legal establecido.

Si, en cambio, su disponibilidad de recursos es limitada, será muy probable que tenga más que ganar actuando al margen de la ley. Aunque aquí hay otro factor a considerar: la imposibilidad absoluta de realizar una actividad dentro de la ley. Un caso particular de esta situación es aquél en el que un individuo sencillamente carece de todo conocimiento respecto de los requisitos de la legalidad. Esto significa,

simplemente, que su capital humano es excesivamente escaso con respecto de los requerimientos legales, situación que, si se toma agregadamente, puede sugerir la existencia de un costo social elevadísimo resultante de una discriminación legal contra personas de menores recursos u otras culturas.

Entonces, el costo de la legalidad no es una medida exacta ni particular, sino imprecisa y global. En 1946 Thirlby escribió que el costo "no es objetivamente describible ... es una cosa que existe en la mente de quien toma decisiones antes de que su curso comience y que puede haber sido vagamente apprehendida ..."⁸.

Así como el costo de la legalidad tiene un carácter global, su evaluación implícita también puede estar incorporada en el mecanismo de los precios.

Recuérdese que los precios, como se sabe desde los trabajos de Menger, Böhm-Bawerk, Mises y Hayek⁹, tienen entre sus características principales transmitir información acerca de los valores relativos de bienes y servicios en una sociedad. Expresan no sólo lo que el bien o el servicio representa subjetivamente para las personas involucradas, sino también su relación con la estructura institucional. Por ende, contienen una evaluación automática del costo de la legalidad. De hecho, lo incorporan, porque al expresar el costo de oportunidad de la utilización de los recursos lo hacen en relación a la estructura legal vigente¹⁰.

Dicho de otra manera, en los precios de los terrenos debidamente urbanizados o de las casas formalmente edificadas o de los productos legalmente expendidos están incorporadas alicuotas correspondientes al costo de la legalidad. Así, el mecanismo de los precios es el gran evaluador impersonal del nivel de costos impuestos por la legislación.

3. ¿Cuánto Cuesta la Legalidad?

Uno de los principales aportes del libro de "El Otro Sendero" ha sido tratar de cuantificar la legalidad vigente en el Perú. En ese sentido, planteó una metodología original consistente en determinar qué tipos de componentes tenía tal costo. Así llegó a la conclusión de que, por lo menos para propósitos prácticos, había dos componentes importantes de cuantificar.

Ello se explica en el hecho de que hay dos tipos de individuos característicos que se dedican a actividades informales. Los que nunca entraron al circuito

8. Citado en James Buchanan, *Cost and Choice* (Chicago: University of Chicago Press, Midway Reprint, 1967), p. 31.

9. Karl Menger, *Principios de Economía Política* (Madrid: Unión Editorial, 1983). Eugene Böhm-Bawerk, *La Teoría de la Explotación* (Madrid: Mirasierra, 1976). Ludwig von Mises, *La Acción Humana* (Madrid: Unión Editorial, 1980). Friedrich A. Hayek *Op.cit.*

10. Cf. Juan Torres López, *Análisis Económico del Derecho* (Madrid: Ed. Tecnos, 1987).p.21.

legal y los que, habiendo entrado, desertan de él haciendo informal parte de sus actividades. De un lado, los ambulantes, microbuseros o invasores de terrenos; de otro, los empresarios privados que no facturan parte de sus ventas o eluden el cumplimiento de determinadas regulaciones.

El migrante del campo a la ciudad no es un agente económico neutro, ya que necesita acceder a las actividades económicas. Y requiere acceso no sólo al trabajo, sino a la vivienda, el transporte, el comercio y, en general, a cualesquiera de las actividades que quiera desempeñar. Ocurre, sin embargo, que, dadas las características de nuestra legislación, no existe libre acceso. No basta que una persona quiera entrar a un mercado, hacer una casa, habilitar un terreno, formar un negocio o emprender una industria para que, en efecto, lo haga. Es menester recabar permisos previos. Hay que pasar por el tamiz del derecho. Esto determina un primer nivel de relación entre el individuo y la ley que interesa con el fin de cuantificar el costo de la legalidad, que podemos llamar "costos de acceso de formalidad".

El segundo momento ocurre cuando, logrado el acceso, el individuo quiere hacer algo -casa, urbanización, servicio, industria o comercio- y encuentra que no puede operar autónomamente. Antes bien, su conducta está ligada, condicionada y estimulada por la legalidad. Hay que pagar tributos y cumplir reglamentos laborales. Hay que tramitar licencias de cambio y observar procedimientos administrativos. Hay que edificar de acuerdo con el Reglamento Nacional de Construcciones o servir la ruta según tal o cual regla. Hay, en suma, muchas normas que cumplir: un individuo no sólo debe lograr acceso legal a su actividad, sino que también debe conservar esa legalidad. A este segundo componente lo podemos llamar "costos de permanencia en la formalidad".

Para cuantificar los costos se examinó los casos de la industria, la vivienda, el comercio y el transporte. En lo que a industria se refiere, en 1983 se realizó una simulación de los trámites necesarios para constituir legalmente un pequeño taller de confecciones. Se propuso como meta tramitarlos como si se tratase de un ciudadano común y corriente, sin información técnica ni asesoría profesional y con un propósito eminentemente honesto. Por ende, se decidió no pagar soborno alguno para acelerar el procedimiento y tener así una medida cabal del problema.

Pues bien, el resultado fue que los investigadores tuvieron que tramitar durante 289 días para poder obtener los once permisos necesarios a un costo total de 1.231 dólares -entre gastos realmente desembolsados y lucro cesante-, suma que a la fecha significó 32 veces el sueldo mínimo vital. Por añadidura, se les pidieron sobornos unas diez veces, a los que hubo que acceder por lo menos en dos, pues, pese a cumplir con las regulaciones, no se podía pasar sin sobornar a los funcionarios.

Entusiasmados por el experimento -si puede existir entusiasmo en todo ello-, los investigadores decidieron comprobar cuán universal sería el problema. Para tal efecto, procedieron a repetir el experimento en base al mismo **know how**, en la ciudad de Tampa, estado de Florida, en los Estados Unidos. Allí, el resultado fue que el trámite de constitución legal de un pequeño taller de confecciones demoró sólo una hora. La abrumadora diferencia entre un resultado y otro me exime de mayor comentario, salvo por el hecho de que pudiera sugerir la existencia de indicadores institucionales para explicar las diferencias entre el desarrollo de un país y otro.

En el caso de la vivienda, no se pudo realizar una simulación, ya que, por ejemplo, no era viable organizar una falsa invasión. Así es que se decidió estudiar un conjunto de expedientes reales, a fin de obtener una medida del costo de acceso a la propiedad inmobiliaria para vivienda.

El resultado de tal ejercicio demostró que los trámites de adjudicación, habilitación, licencias de construcción y certificado de conformidad de obra necesarios para aprovechar un terreno eriazado del Estado, legalmente tardan un promedio de 80 meses e involucran no menos de 500 actos administrativos diferentes -inclusive con intervención del Presidente de la República-. Solamente el costo de la adjudicación del terreno para una asociación de pobladores promedio asciende a unos 2.156 dólares por miembro, aproximadamente 56 veces más que la remuneración mínima vital vigente a la fecha del cálculo.

El caso del comercio no es menos patético. Se examinaron los costos de acceso a una tienda formal y a un mercado de abastos por ser las dos posibilidades más comunes y observables que tienen que desempeñar esta actividad. En la primera posibilidad se procedió a una simulación, que arrojó como resultado que los trámites para abrir una pequeña tienda formal demoran unos 43 días a un costo de 600 dólares, unas 15 veces el sueldo mínimo vigente a esa fecha. En la segunda, se procedió a un examen de cinco casos reales, el que dio como resultado que los trámites para levantar legalmente un mercado tardan en promedio 18 años.

En el caso del transporte, el problema es más simple y dramático a la vez, porque sencillamente no hay acceso. Para entrar al servicio hay que invadir y, luego, exigir o negociar políticamente el reconocimiento legal. La legislación ni siquiera contempla la posibilidad de acceder al mercado. El costo de la legalidad es sencillamente insufragable.

En lo referente a los costos de permanencia en la formalidad, se ha tratado también de obtener algunos indicadores. Así, en base a una muestra de 50 pequeñas empresas industriales, ha determinado que los costos de permanencia en la formalidad represen-

tan el 347.7% de sus utilidades después de impuestos y el 11.3% de sus costos de producción.

En cuanto a su composición, el 21.7% de los costos de permanencia son tributarios; el 72,7% son laborales y burocráticos, y el 5.6% restante, costos por uso de servicios públicos. De allí se deduce que la tributación es un factor mucho menos importante de lo que comúnmente se cree para definir la formalidad o informalidad de las empresas. Son más bien los costos de origen laboral y burocrático los que tienen incidencia definitiva en la legalidad de las actividades económicas.

Ahora bien, es preciso indicar que la discriminación entre los diferentes costos de acceso y permanencia es un recurso metodológico para cuantificar el costo de la legalidad, pero no es la manera como procede una persona en la vida diaria. De hecho, los individuos que enfrentan a la legalidad o se sirven de ella no entran en detalles ni consideraciones profundas, sino que evalúan *grosso modo*, generalmente a través del mecanismo de los precios, lo que puede dificultarles cumplir con las obligaciones legales y lo que pueden obtener de ellas a cambio de ese cumplimiento

Por ello la utilización en este recurso metodológico no es más que una aproximación muy inicial a la cuantía del costo de la legalidad, ya que sólo permite llegar a su dimensión objetiva y no a su efecto subjetivo, que hemos considerado no sólo el adecuado para situar el concepto, sino también el que más nos aproxima a la lógica de la elección individual.

4. El Revés de la Trama: Discriminación Legal y Mercantilismo

Se ha comprobado que el exceso de regulaciones encarece de manera sistemática el costo de la legalidad, fundamentalmente porque al elevarlo respecto de la información y el tiempo, se incrementan proporcionalmente los costos de transacción. Analizaremos a continuación la manera como este encarecimiento ha afectado a los estratos menos favorecidos de la población.

Como se ha insistido, el derecho no es neutro. Antes bien, crea costos que inciden directamente en las condiciones que los individuos deben observar para ejercer o recibir determinados derechos, lo que significa que se ha excluido del ejercicio o merecimiento de tales derechos a todos aquellos que no pueden cumplir las regulaciones, en otras palabras, a quienes no pueden sufragar los costos de la legalidad.

Ocurre que tal imposibilidad tiene una clara relación con los niveles de ingreso. North y Leroy Miller

sostienen que toda limitación en el tiempo y en la información afecta a las personas de manera inversamente proporcional a la cuantía de sus ingresos¹¹. Es decir, las personas que más tienen enfrentan con menos problemas las dificultades originadas por la legislación. Por el contrario, aquellas que menos tienen, encuentran más dificultades.

En el punto óptimo, para un nivel dado de ingresos, el cumplimiento de disposiciones y procedimientos se encontrará dentro de lo razonable y podrá ser sufragado sin sacrificar satisfacciones fundamentales. Por encima del óptimo, a su vez, lo que tenga que sacrificarse a fin de observar la legalidad descenderá conforme crezcan los ingresos, de manera tal que, por cada punto adicional, habrá un nivel de sacrificio menor.

Finalmente, por debajo del óptimo, el sacrificio será mayor cuanto menor sea el ingreso y, por consiguiente, el cumplimiento de las obligaciones, según el ingreso descienda, comprometerá fracción creciente de satisfacciones fundamentales.

Así el nivel del costo de la legalidad puede desembocar en un incremento de las desigualdades sociales por comparación con lo que hubiera sucedido en condiciones de menor restricción; toda vez que al introducirse normas y procedimientos con el propósito de corregir los defectos del mercado, mantener el orden o garantizar la justicia distributiva, se ha producido el efecto inverso y, de seguro no deseado, de discriminar a los pobres que no pueden cumplir las exigencias que la situación impone.

Una consecuencia del costo de la legalidad es elevar los precios de las mercaderías, dado que los costos inherentes a su cumplimiento son trasladados a aquéllos. Otra consiste en limitar el acceso o la permanencia formal en las actividades económicas, dado que sólo entran o mantienen la protección de la ley quienes están dispuestos a sacrificar mayor número de satisfacciones alternativas para el efecto. Por ambas vías se discrimina a los pobres. En la primera, porque no cuentan con capital suficiente para sufragar el precio al nivel que ocasiona el cumplimiento de las regulaciones. En la segunda, porque las satisfacciones alternativas que se tendrían que sacrificar comprometerían su supervivencia y más elementales necesidades.

Este razonamiento nos conduce a la crítica de la función tuitiva y redistributiva del Estado en nuestras sociedades. En los últimos años estas dos finalidades son reconocidas generalmente como parte de sus funciones naturales. Sin embargo, lo que no se ha hecho hasta ahora es constatar los objetivos propuestos por las disposiciones tuitivas o redistributivas con los efectos que, en realidad, producen.

11. Douglas North y Leroy Miller Roger, *Análisis Económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.* (México: Fondo de Cultura Económica, 1978).

El costo de la legalidad puede excluir a los pobres de la utilización de las normas, a diferencia de las personas con mayores recursos o contactos en el aparato estatal. Por consiguiente, la legislación no está cumpliendo los propósitos tuitivos o redistributivos esperados por autoridades o legisladores. Antes bien, está profundizando las diferencias sociales al negar el acceso a los mercados a grandes contingentes de personas y, paradójicamente, está creando también rentas en favor de pequeños grupos de la población.

Si el marco jurídico encarece el acceso por encima del nivel sufragable, favorece la creación de rentas o privilegios, determina un nivel de ineficiencia general en el aprovechamiento de los recursos y discrimina a gruesos sectores de la población, ¿qué alternativa les queda a las personas de menores recursos?

Lo que en abstracto la teoría puede predecir es que cuando se tiene un canal de acceso a un conjunto de derechos determinados y el recurso sobre el cual recaen tales derechos es progresivamente escaso con relación a las necesidades de la población, puede esperarse que se produzca una atribución de derechos alternativos. Es decir, que se quiebre la legalidad.

Todo ello deja en evidencia un efecto fundamental del elevado costo de la legalidad. Si bien las regulaciones perjudican a determinados estratos de la población al impedirles el goce de los beneficios de la legalidad, resulta obvio que no produce el mismo efecto contra aquellos que están en disposición de afrontar sus exigencias. Antes bien, es presumible que haya un grupo de gente al que la sobrerregulación beneficie directamente, sea porque reduce la competencia real o potencial sobre los bienes materia de control o porque estipule requisitos que sólo ellos pueden cumplir. Esto nos lleva al problema de la creación de rentas o privilegios a través de la regulación.

Una visión tradicional de la función de la ley en la sociedad podría soslayar el poder que tienen las normas para asignar recursos cuando, en realidad, éste es uno de sus propósitos esenciales. En efecto, las leyes afectan la forma como se aprovechan los escasos recursos disponibles, al establecer un rango permisivo o prohibitivo de acciones, estipular un conjunto de requisitos para obtener licencias o crear procedimientos que permitan determinar las valoraciones relativas de los recursos.

Por consiguiente, el beneficio social más importante que resulta de acceder a la estructura legal consiste en la clara y definida asignación de recursos que es inherente a la ley.

Luego, si se regulan de una cierta manera las actividades económicas, es obvio que se está creando una renta en favor de quienes puedan satisfacer los estándares legales y en contra de quienes no pueden hacerlo. Se determina, a la postre, quién aprovechará las oportunidades económicas sólo porque puede cumplir las regulaciones y se excluirá a otros sólo porque no pueden hacerlo.

Ello no creará, necesariamente, una situación de justicia mayor. Por lo general, toda norma tiene un impacto redistributivo. Cuando este impacto reduce los costos de transacción se produce una situación semejante a la "posición original" de Rawls¹², según la cual, por tratarse de reglas abstractas y no excluyentes, es muy probable que al ganar un individuo se beneficie a todos los demás. Sin embargo, cuando el impacto redistributivo de la ley encarece las transacciones se produce una situación asimétrica, donde reglas particulares y excluyentes favorecen a los que tienen una posición privilegiada en trato con el aparato estatal.

La ley, en tales supuestos, sirve a intereses particulares y no a intereses generales y determina, por consiguiente, que cierto grupo de personas puedan aprovechar con mayor facilidad legal los recursos disponibles.

Ello tiene un particular interés, puesto que permite reconocer en qué casos hay una norma de carácter general y en cuáles hay una pura y simple creación de privilegios que acarrea rentas para un reducido grupo con acceso a los mecanismos del poder.

Asimismo, permite reconocer cómo tras de un proceso de regulación, que a menudo parece guiado sólo por inercia, desidia o incuria burocrática, hay una racionalidad interna que lo hace responder a la creación de privilegios y que tiene, finalmente, el efecto dramático de encarecer la legalidad por encima de los niveles sufragables por las personas de menores ingresos.

Este encarecimiento de la legalidad, resultante de la sobrerregulación que establece rentas en favor de cierto grupo de personas torna, a la vez, atractivas las soluciones alternativas como la informalidad.

El problema de la percepción de rentas a través del encarecimiento de la ley nos lleva hacia otro tema fundamental. A saber, la manera cómo la legalidad puede convertirse en un instrumento asignador de rentas para determinados grupos de la sociedad con capacidad de acudir al mecanismo de producción legislativa o de negociar con quien lo administre.

La profusión legislativa, a menudo generada por respetables propósitos sociales, determinados objeti-

12. CF. John Rawls, *Teoría de la Justicia*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1979).

vos políticos, discutibles prejuicios ideológicos, intereses creados egoístas o simple inercia administrativa, tiene el efecto no necesariamente deliberado de crear una renta en favor de alguien y en detrimento de los demás.

En el análisis económico del derecho, este problema suele asimilarse al crecimiento del Estado y del déficit presupuestal y ha recibido hasta el momento tres grandes explicaciones. La primera es la de James Buchanan, quien atribuye el problema a la influencia de un libro: *La Teoría General* de John M. Keynes. La segunda es la del congresista por Texas Richard Arme, quien la atribuye también a la influencia de una idea personal, pero en este caso a La Sociedad Opulenta de John K. Galbraith. Y la de Gordon Tullock, quien sostiene que las causas del problema resultan de una técnica de ensayo y error por la cual los políticos habrían aprendido que ciertos dogmas democráticos clásicos, como el déficit presupuestal o el patrón oro, no son pre-requisitos necesarios para la estabilidad de sus gobiernos, sino que a través del "pragmatismo" es posible soslayarlos¹³.

Sin embargo, puestas estas diferentes explicaciones en el contexto de los costos de la legalidad resultan poco satisfactorias. En efecto, la influencia de Keynes o Galbraith puede o no ser significativa, pero no me parece suficiente para explicar por qué la ley, bien público por excelencia, en lugar de reducir, encarece el costo de las transacciones discriminando principalmente a las personas que carecen de contactos con el Estado. Igualmente, el hecho de que los políticos hayan aprendido a través del ensayo o error a justificar sus decisiones puede servir para explicar la génesis de una cierta tecnología política, pero no para esclarecer el problema.

Sin pretender dar una respuesta completamente satisfactoria, tengo la convicción de que las características de la estructura legislativa pueden servir para explicar este problema de una manera más aceptable. En efecto, dada una estructura jurídica como la nuestra, sucede que hay una tendencia natural a multiplicar las normas rentistas y postergar aquellas que sean de carácter general.

Henri Lepage, en el transcurso de una disertación acerca de los alcances del nuevo análisis económico, expresó hace algunos años, una brillante explicación del problema¹⁴. En resumen esta opinión es la siguiente: fundamentalmente en el sistema jurídico romano-civil, y en todo sistema jurídico en general, hay normas de carácter general, con supuestos de hechos abstractos, aplicables a una pluralidad de personas, generalmente ordenadas en razón de la naturaleza de las cosas y no de los individuos, y

normas de carácter particular, con supuestos de hecho concretos, propósitos distributivos, limitado rango de aplicabilidad y ordenadas en atención a las diferencias entre las personas y no de las cosas. A las primeras, Lepage las llama "normas". A las segundas, "privilegios".

Pues bien, ocurre que dadas esas características, en nuestros sistemas jurídicos se produce una asimetría en la repartición de los costos y beneficios de las "normas" y los "privilegios".

Ello quiere decir, sencillamente, que los costos de producir y sufragar o cumplir las "normas" -por su carácter general- se reparten simétricamente entre una gran cantidad de personas, de manera que nadie tiene un interés superior al de cualquier otro para lograr que se aprueben.

En cambio, los costos y beneficios de los "privilegios" se reparten asimétricamente. Es decir, mientras que los costos están diluidos entre una gran cantidad de personas, los beneficios se concentran en un grupo concreto y definido. Esto, de hecho, plantea un fuerte incentivo para reclamar la multiplicación de "privilegios": como las rentas que éstos generan van a manos de un número reducido de personas y los costos de sufragarlos se difunden entre todas las demás, aquéllas tendrán un estímulo mayor para obtenerlas que el de quienes deben soportarlas.

Ello determina que en la propia estructura de nuestros sistemas jurídicos exista una proclividad a la multiplicación de "privilegios" por comparación con el establecimiento de "normas" de carácter general. Tal proclividad, a entender de Lepage, sólo podría revertirse eliminando la facultad que tienen los gobiernos de dar reglas de carácter particular. Una posición más realista debería admitir, no obstante, que la creación de reglas de carácter particular es indispensable en toda sociedad compleja y que la solución estaría, antes bien, en introducir algunos mecanismos de división de poderes para provocar competencia entre los diferentes órganos productores de legislación y disminuir la posibilidad de una producción indiscriminada de "privilegios".

De acuerdo con el "principio del óptimo de Pareto", es eficiente un sistema en el cual uno puede mejorar su situación sin que la de otro empeore. Lo que ocurre en estos casos, por el contrario, es que la situación de unos mejora a costa de la de otros. Y tal mejora se produce como resultado de utilizar la legislación con propósitos deliberados, dado que la gente persigue sus propios intereses y no los de los legisladores.

13. Cf. Gordon Tullock, "The Unfinished Agenda". Institute for Economic Affairs. London. 1986.

14. Cf. Henri Lepage, "¿Cómo Canalizar el Crecimiento del Estado?" en Jornadas Hispano-francesas sobre la Nueva Economía. (Madrid: Ed. Forum Universidad - Empresa, 1980).

Asimismo, si entendemos que el interés social, de acuerdo con la ya clásica fórmula de North y Thomas¹⁵, consiste en que la tasa de beneficio privado se aproxime a la tasa de beneficio social o, en palabras más sencillas, que cada persona al buscar su propio beneficio persiga el beneficio de los demás, resulta perfectamente obvio que la legalidad, lejos de consagrar los propósitos tuitivos deseados, ha favorecido al rentismo más pernicioso.

Lo que queremos sugerir es que un alza en el costo de la legalidad, pese a que pueda tener justificaciones políticas o sociales, ha tenido efectos reales completamente opuestos a los deseados. Ha permiti-

do que unos pocos mejoren su situación a costa de muchos y que, por consiguiente, la tasa de beneficio privada diverja de la tasa de beneficios social. A la postre, esta situación ha convertido a la legislación en un juego de suma negativa, donde nadie sabe exactamente quién le está robando.

Esa situación ha producido una grave paradoja social: la falta de legitimidad de la ley. En efecto, hay muchas leyes, pero muy pocas personas las cumplen. De hecho, sólo las cumplen aquellos a quienes les conviene hacerlo. A quienes no les conviene, como resultado de un alto costo de la legalidad, ésta les resulta prescindible.

15. Cf. Douglas North y Robert Paul Thomas, *Nacimiento del Mundo Occidental*, (Madrid: Ed. Siglo XXI, 1978).