

## Eficiencia Económica y Sistemas Jurídicos\*

*The great political superstition of the past was the divine right of kings.  
The great political superstition of the present is the divine right of Parliament.  
Herbert Spencer.*

### I. INTRODUCCION.

En este trabajo se pretende mostrar que rol juega el sistema jurídico en la eficiencia económica. Con tal objeto analizaremos: 1) en qué consiste la eficiencia económica. Los economistas no suelen ser muy precisos en este tema y generalmente llegan a definiciones de eficiencia económica para modelos económicos que se basan en supuestos muy irrealistas de manera que cualquier coincidencia entre la teoría y la realidad es pura casualidad. Lo que haremos en primer lugar es tratar de definir eficiencia económica con un sentido más realista o utilitario. Sólo en la medida en que tengamos en claro que es eficiencia económica podremos saber cuál es nuestro objetivo y por lo tanto podremos juzgar con mayor certeza cuáles son los medios que permiten lograr dicho objetivo; 2) el sistema legal que garantiza la eficiencia económica. En este caso también saldremos de los estándares tradicionales porque son muy pocos los economistas y abogados que ven con claridad la íntima relación que hay entre derecho y economía. La economía y el derecho no marchan por canales separados, no son compartimientos estancos. Los modelos económicos suelen hacer caso omiso del sistema jurídico, y los abogados parecen desconocer los efectos económicos que producen la legislación. Derecho y economía son como dos caras de una misma moneda, siempre que exista más de una persona las transacciones económicas se realizan por contratos, los resultados económicos son las consecuencias de contratos. Por lo tanto, en este trabajo trataremos de ver cuál es el sistema jurídico que mejor garantiza la eficiencia económica. No es una casualidad que los "economistas" que mejor comprendieron el funcionamiento del mercado fueron abogados de profesión, tales fueron los casos de Carl Menger, Eugen von Böhm-Bawerk, Ludwig von Mises y Friedrich A. von Hayek. El mismo padre de la ciencia económica, Adam Smith, abordó los temas económicos a partir de la moral y el derecho, después de todo, esto era lo que enseñaba Smith en Escocia. Por el contrario hubo otro grupo de economistas que provenían del área de la matemática como William S. Jevons, Leon Walras, Alfred Marshall que fueron los que dieron nacimiento a la *Mainstream economics* del siglo XX.

Este trabajo está escrito por un economista y por lo tanto puede estar sesgado por la profesión; es por este motivo que quiero agradecer muy especialmente a los profesionales del derecho que colaboraron para aclarar muchas dudas que tuve que despejar. Todos ellos me han brindado un gran apoyo y sus puntos de vista me han ayudado a precisar muchos temas. Obviamente, los errores y opiniones vertidos en este trabajo son pura responsabilidad del autor. Quiero agradecer a los escribanos Claudio Caputo, José Guglietti, Horacio Forn, Ponciano Vivanco y al licenciado Sergio Mileo. Por última también quiero agradecer a María Gabriela Mrad por las valiosas ideas que aportó a mi pensamiento durante su año en el departamento de investigaciones de ESEADE de Argentina.

### II. LA EFICIENCIA ECONOMICA

Para comprender claramente en que consiste la eficiencia económica, conviene analizar muy brevemente algunos puntos en los que suelen confundir medios con fines. El principal problema se presenta cuando se trata de definir el objetivo de una política económica. Aunque tal vez resulte un poco obvio, conviene recordar la diferencia entre política económica y teoría económica. Esta última trata de encontrar las relaciones de causa y efecto de los fenómenos económicos. La teoría se pregunta, por ejemplo, qué es lo que produce la inflación, la desocupación, el mayor o menor crecimiento económico, etc. No dice si la inflación es buena o mala, sólo da respuesta a aquello que la causa. La teoría económica no dice si la protección arancelaria es buena o mala, sólo establece los efectos de tener o no impuestos a las importaciones de productos. La teoría económica no dice si es bueno o malo tener desocupación, sólo se limita a decir por qué hay o por qué no hay desocupación, etc.

La teoría económica, como la teoría de cualquier ciencia, sólo se ocupa de las relaciones causales de los fenómenos que quiere explicar. Es el trabajo de los científicos tratar de encontrar las relaciones causales que permitan explicar cómo funciona el mundo. Si la teoría no nos permite

\* Este trabajo esta basado en una investigación realizada para el Colegio de Escribanos de Buenos Aires. Agradezco a esta institución por autorizar la publicación de gran parte de esa investigación.

explicar la realidad entonces es totalmente inútil desde el punto de vista práctico, sólo sirve como un buen ejercicio mental que consiste en deducir teoremas consistentes a partir de supuestos irrealistas.

La política económica, a diferencia de la teoría, si se fija objetivos, pero al hacerlo está emitiendo un juicio de valor. Está diciendo, por ejemplo, es malo tener inflación, es malo tener desocupación, queremos una mayor, y no una menor, producción de bienes y servicios, etc. Todo esto implica juicios valorativos que están ausentes en la teoría.

Cuando se habla de los objetivos de una política económica se suelen confundir medios con fines. Por ejemplo, se habla de objetivos tales como terminar con la inflación, disminuir la desocupación o aumentar los salarios. Uno de los problemas es que muchas veces los objetivos son contrarios. Por ejemplo, no se puede decir que se van a realizar más obras públicas, que se va a dar mejor educación estatal, que se mejorará la remuneración de los empleados públicos "y" que se reducirá el gasto público. Estos son objetivos contradictorios entre sí. Tampoco se puede decir, por ejemplo, que se aumentará el gasto público, se reducirán los impuestos "y" se bajará la inflación y las tasas de interés. Hay objetivos que no pueden lograrse simultáneamente.

El objetivo de una política económica es en realidad sólo uno: *aumentar el bienestar de las personas*, todos los demás son medios que deben acomodarse a este fin. De nada serviría, por ejemplo, terminar con la inflación si para lograr este objetivo los individuos tienen que tener un menor nivel de vida en forma permanente. Por suerte se puede demostrar, pero está fuera de los alcances de este trabajo, que si hay inflación o desocupación las personas no pueden alcanzar el máximo de bienestar. Pero entonces, terminar con la inflación y la desocupación no son objetivos en sí mismos sino medios para aumentar el bienestar de cada una de las personas de la sociedad.

También vale la pena aclarar, debido a la gran confusión existente, que el objetivo de una política económica debe ser el bienestar de las personas y no la producción. No tiene sentido un aumento de la producción que no aumenta el bienestar. Si, por ejemplo, la gente demanda automóviles, el objetivo no es tener fábrica de automóviles sino la mayor cantidad de automóviles al menor precio y de la mejor calidad. Haber confundido medios con fines ha llevado a muchos países a desarrollar políticas de

industrialización ineficientes, que, en lugar de mejorar el nivel de vida, tienden a disminuirlo. Con esto no queremos decir que un país no deba tener industria y deba importar todo (sería imposible), sólo estamos afirmando que hay que buscar el medio para que la gente tenga la mayor cantidad de bienes y servicios que mejora su bienestar, y esto se puede lograr produciendo dentro del país o importando. Lo importante es recordar que la producción es un medio y no un fin, el fin es que las personas mejoren su calidad de vida.

La política económica la podemos dividir en dos grandes partes: (1) objetivo a alcanzar y (2) medios para lograrlo. El objetivo es el bienestar y por suerte se puede decir que en esto prácticamente no hay diferencias, tanto el marxista como el liberal, pasando por toda la gama de intervencionistas, buscan este objetivo. Es difícil, sino imposible, encontrar a alguien que sostenga que su objetivo es empeorar la situación de las personas. Las diferencias están en los medios, es decir, en cómo se logra ese mayor bienestar. Están los que dicen que hay que planificar centralmente los mercados y los que dicen que hay que dejar que el mercado actúe libremente. Se trata de dos medios diametralmente opuestos para alcanzar el mismo objetivo: el bienestar de las personas. Los medios que permiten alcanzar los fines propuestos los da la teoría. De manera que la diferencia es básicamente técnica y por lo tanto puede resolverse: consiste en demostrar si los medios permiten o no alcanzar el fin propuesto.

Podríamos definir una eficiente política económica como: *el conjunto de medidas que permite alcanzar el máximo bienestar de las personas que habitan un país*. Para que la política económica tenga éxito debe basarse en teorías verdaderas, o sea que debe haber coherencia lógica y fáctica entre las medidas y los objetivos. Una política económica errada es la que recurre a medidas inconsistentes para alcanzar el fin perseguido. Durante muchos siglos, para citar un ejemplo muy conocido, los gobiernos han impuesto erróneamente el control de precios para contener procesos inflacionarios a pesar de que nunca ha dado resultados positivos.<sup>1</sup> La historia económica mundial abunda en ejemplos de políticas económicas erradas.

Obsérvese que no estamos abriendo juicio sobre si el "bienestar" consiste en bienes materiales o espirituales, o sobre qué tipo de bienes materiales y espirituales aumenta el bienestar. Este es un problema que no tiene solución porque las valoraciones son siempre subjetivas. Lo que

1. Para una historia de los controles de precios ver Robert Schuettinger y Eamonn Butler, *Forty Centuries of Wage & Price Controls: How not to fight inflation*, Caroline House, Publishers, Inc., 1979.

provoca placer a una persona puede provocar disgusto a otra. Cabe preguntarse entonces: ¿es posible definir en qué consiste el bienestar? Para dar respuesta a esta pregunta observemos, en general, la conducta de las personas. Cada uno de nosotros tiene una escala de preferencias. Continuamente estamos optando entre distintas actividades (materiales o espirituales). Decidimos entre descansar, practicar algún deporte, ir al cine, leer, etc. Cuando recibimos nuestros ingresos realizamos una lista con los destinos que les daremos para lo cual armamos una lista de prioridades, cuando realizamos el presupuesto dejamos de lado los gastos que consideramos menos importantes. Cualquier cosa que hagamos, material o espiritual, la hacemos sobre la base de un orden de prioridades. Todas las personas tienen una escala de preferencias y sus acciones siempre están dirigidas a satisfacer las necesidades que consideran prioritarias. Aunque cometan un error y luego se arrepientan, siempre hacen lo que consideran más importante y dejan de lado aquello que les gustaría hacer pero, por falta de tiempo o dinero, no pueden. Comprender que todos operamos sobre la base de una escala de preferencias es clave para definir la eficiencia económica. Podríamos esquematizar la escala de preferencias de una persona de la siguiente manera:

Señor A  
1ra necesidad  
2da necesidad  
3era necesidad  
.....  
.....  
.....  
Nma necesidad

Las escalas de preferencias tienen las siguientes características: (1) Difieren en cada individuo, (2) el orden de prioridades de cada persona varía con el paso del tiempo y el cambio de circunstancias y (3) las necesidades que las componen son infinitas: el hombre siempre tendrá necesidades que satisfacer. A medida que satisface las que considera prioritarias pasa a atender las que considera menos urgentes. Cuando los ingresos reales aumentan empezamos a comprar los bienes que continúan en orden de importancia dentro de la escala de preferencias.

Muchas veces las diferencias entre los liberales y los intervencionistas provienen no sólo de los medios sino respecto de la manera en que se aumente el bienestar. Ambos coincidirán en que hay que satisfacer la mayor cantidad de necesidades prioritarias, la diferencia radica en que para un liberal la composición de la escala de preferencias es totalmente subjetiva mientras que un intervencionista quiere imponer al resto lo que él cree, según su particular escala de valores, lo que aumenta el bienestar. Muchas de las prohibiciones y obligaciones de hacer cosas que se les quiere imponer a las personas provienen de tratar de imponer juicios de valor o preferencias particulares. Para un liberal, las personas pueden hacer cualquier cosa que deseen siempre y cuando no esté afectando derechos de terceros. L. von Mises planteó el problema de la siguiente manera:

*Con la excepción de los oportunistas, todo el mundo está convencido de la certeza de sus opiniones. Pero, si esa convicción, por sí misma, justificara la intolerancia, entonces cualquiera tendría derecho a coaccionar y perseguir al resto de las personas por tener formas de pensar diferentes. En estas circunstancias, la demanda de tolerancia sólo puede ser una prerrogativa de los débiles. Con el poder viene el ejercicio de la intolerancia. Y en esa situación siempre habrá enemistad y guerra entre los hombres. La cooperación pacífica es improbable. Porque el liberalismo busca la paz, que exige que se toleren todas las opiniones.<sup>2</sup>*

Podemos decir, entonces, que una persona mejora su bienestar en la medida que satisface más necesidades (materiales y/o espirituales) de su escala de preferencias.<sup>3</sup> Debemos siempre recordar que para que el bienestar sea máximo las necesidades tienen que ir satisfaciéndose por orden de prioridad. De nada sirve producir bienes y servicios que no son prioritarios si se dejan de producir los que sí lo son.

Una persona aislada va a proceder de esta manera por definición, siempre dedicará su tiempo, trabajo y recursos a producir los bienes que considere más importantes.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> L. von Mises, *Socialism*, Jonathan Cape, 1972, p. 189.

<sup>3</sup> Podríamos agregar que además de la cantidad de necesidades prioritarias que se pueden satisfacer también la calidad de los bienes y servicios influye sobre el bienestar. No es lo mismo comer que comer bien, no es lo mismo viajar en una carreta tirada por caballos cansados que en un automóvil con música, aire acondicionado y cómodas butacas.

<sup>4</sup> Recordemos que puede cometer un error y hacer algo de lo cual después se arrepienta. Pero en el momento de tomar la decisión de hacerlo lo hace porque lo considera prioritario.

Si en vez de una persona hay dos, se abre la posibilidad de una relación contractual lo que implica una división del trabajo. Esta relación contractual, *si es voluntaria*, se realizará si cada una de las partes considera que mejora su posición. Si una de las partes cree que saldrá perdiendo no aceptará el contrato. En términos de escala de preferencias podríamos esquematizarlos de la siguiente manera:

Señor A	Señor B
*1ra necesidad#	*1ra necesidad#
*2da necesidad#	*2da necesidad#
*3ra necesidad#	*3ra necesidad#
*4ta necesidad#	4ta necesidad#
*5ta necesidad#	5ta necesidad#
6ta necesidad#	6ta necesidad
7ma necesidad#	7ma necesidad
8va necesidad#	8va necesidad
9na necesidad#	9na necesidad
.....	.....
.....	.....
nma necesidad	nma necesidad
* Cantidad de necesidades satisfechas sin división del trabajo.	
# Cantidad de necesidades satisfechas con división del trabajo.	

En el ejemplo ambas partes mejoran su posición si deciden realizar un contrato de división del trabajo; la productividad de ambos será superior. Obsérvese, además, que, en el ejemplo, A mejora, *en términos relativos*, más que B; puede satisfacer 4 necesidades más si acepta la división del trabajo, mientras que B sólo puede satisfacer 2 más. Esta *desigualdad* en los ingresos puede provenir de una diferencia en la eficiencia de cada una de las partes, o de un marco jurídico que favorezca más a uno que a otro. En el punto siguiente analizaremos esta diferencia.

Los ejemplos vistos son sencillos porque suponen un mundo con "uno" o "dos" individuos. Sin embargo cuando hablamos de una sociedad con millones de personas surge una serie muy compleja de dificultades donde el sistema jurídico juega, como veremos, un papel de suma importancia para lograr la eficiencia económica.

En el caso de un individuo aislado, él conoce cuál es su escala de preferencias y conoce el tiempo y los recursos que tiene para combinar con su trabajo y producir la mayor cantidad de bienes y servicios que satisfagan sus necesidades prioritarias. Tal vez ocurra lo mismo cuando hablamos de dos, tres, cuatro personas: ellas pueden reunirse y cambiar información acerca de lo que necesitan y cómo les conviene dividir el trabajo, en base a esto realizarán un contrato. Pero a medida que la cantidad de individuos que componen una sociedad va creciendo, la división del trabajo se vuelve más y más compleja. Cada persona produce una porción muy pequeña de los bienes y servicios que se consumen en total. En otras palabras, a medida que la sociedad crece en cantidad de individuos, aparece un problema de información que consiste en saber qué producir, hay que buscar el medio de conocer cómo están compuestas los millones de escalas de preferencias y, además, cómo varían en el tiempo. Ahora cada individuo no produce directamente lo que consume sino que se dedica a producir un bien o servicio que "otros" necesiten, para intercambiarlo por lo que él necesita. Por lo tanto tendrán que, de alguna manera, saber qué producir. Ya no es posible reunirse y ponerse de acuerdo sobre qué se va a producir y cómo se va a dividir el trabajo.

Si el objetivo de la política económica es producir la mayor cantidad de bienes y servicios *prioritarios*, se presenta un problema de información. ¿Cómo se hace para conocer la escala de preferencias de cada uno de los millones de personas que componen una sociedad? ¿Cómo se hace, además, para saber cuándo y cómo cambian las escalas de preferencias de cada una de las personas? ¿Para qué se utilizará el acero: para producir automóviles, heladeras, viviendas, muebles, lavarropas, etc.?

La complejidad del sistema productivo también se puede visualizar si pensamos un instante en todo lo que tendríamos que conocer si decidiéramos producir todos los artículos que hoy consumimos. Obsérvese que no estamos hablando del problema de que no tendríamos tiempo para producir todos los bienes que se producen cuando hay división del trabajo. El problema que estamos planteando ahora es de conocimiento o información. Tendríamos que saber cómo producir nuestra ropa, comida, muebles, casas, relojes, aviones, peines, dentífrico, etc., etc. Se puede decir que ni siquiera el productor de lápices sabe cómo producirlos. Si él tuviese que derribar los árboles, fabricar las sierras eléctricas, obtener el grafito, fabricar la pintura, producir la electricidad, los camiones, etc., necesitaría

tanto conocimiento que no podría llevar adelante el proyecto.<sup>5</sup>

Podemos concluir, entonces, que para lograr la eficiencia económica, es decir, producir la mayor cantidad de bienes y servicios prioritarios, se necesita una gran cantidad de información; millones de datos que podemos dividir en tres grupos: (1) cómo está compuesta y varía la escala de preferencias de cada uno de los individuos de la sociedad (bienes de consumo), (2) qué recursos productivos hay disponibles en cantidad y calidad (bienes de producción) y sus variaciones, y (3) qué conocimiento tecnológico se necesita para convertir los bienes de producción en bienes de consumo.

El problema fundamental de toda política económica es buscar la manera de acceder a todos estos datos para poder coordinar la asignación. Se ha demostrado que es físicamente imposible que una persona o grupo de personas pueda concentrar semejante cantidad de información y menos aún sistematizarla y procesarla. Hayek ha resumido el punto de la siguiente manera<sup>6</sup>:

*El problema económico no es, por lo tanto, simplemente un problema de saber cómo asignar recursos "dados" -si por "dados" entendemos dados a una mente singular que deliberadamente resuelve el problema con estos "datos". Más bien es un problema de cómo asegurar el mejor uso de los recursos conocidos para cualquiera de los miembros de la sociedad, a los fines cuya importancia relativa sólo conocen esos individuos. O, para ponerlo en forma resumida, es un problema de utilización de un conocimiento que no está dado a nadie en su totalidad.<sup>7</sup>*

Manejar la información necesaria para asignar eficientemente los recursos sería imposible, no solamente por su cantidad (que ya sería un obstáculo insalvable), sino porque además toda esa información está en continuo cambio. Las escalas de preferencias de los individuos, la tecnología, la disponibilidad de recursos, el clima, etc., varían continuamente. Cuando se terminen de recolectar los millones de datos necesarios para procesarlos ya serán viejos.

Hasta el momento no se ha encontrado mejor manera de coordinar la producción que el mecanismo de los precios. Este mecanismo permite coordinar los dos tipos de información que se necesitan para asignar eficientemente los recursos: (1) la información acerca de qué bienes y servicios de consumo hay que producir, y en qué cantidad y calidad, (2) la información acerca de qué bienes y servicios de producción hay disponibles en cantidad, calidad y ubicación.

Comenzando por los bienes de consumo, el mecanismo opera de la siguiente manera: cuando reciben sus ingresos (salarios, intereses, rentas o ganancias) las personas los gastan en la compra de los bienes y servicios que consideran prioritarios dentro de su particular escala de valores. Esto hace que algunos bienes y servicios sean demandados y otros no; que algunos sean demandados en mayor cantidad y otros en menor cantidad. Todo dependerá de la composición concreta de las escalas de preferencias de cada uno de los individuos. Si una cierta cantidad de personas deja de comprar un cierto bien o servicio, el productor verá caer sus ventas, tendrá problemas de liquidez, y para hacer frente a este problema se verá apremiado a vender; por lo tanto, el precio tenderá a bajar. Por el contrario, si una cierta cantidad de individuos comienza a demandar otros bienes y servicios, el productor verá crecer sus ventas y se estimulará la producción; el precio de estos productos tenderá a subir hasta que nuevos competidores entren en el mercado.

De esta manera el mecanismo de los precios desalienta la producción de los bienes que dejan de ser demandados porque pasaron a una posición inferior dentro de la escala de preferencias y estimula la producción de los bienes que se demandan más porque pasaron a una posición superior.

Algo similar ocurre con los bienes de producción: cuando uno de ellos abunda, su precio es menor; por el contrario, si escasea su precio será mayor. Los precios de los bienes de producción reflejan su grado de escasez.

Si el empresario quiere maximizar ganancias tiene que elevar al máximo sus ingresos y llevar al mínimo sus costos. Para elevar al máximo sus ingresos tiene que producir los bienes y servicios que sean más intensamente demandados por los consumidores, aquellos por los que

<sup>5</sup> Para un ejemplo detallado de la complejidad de producir un lápiz ver Leonard E. Read, "I, Pencil", *The Freeman*, Diciembre de 1958. Ver también Wilhem Röpke, *Economics of the Free Society*, Henry Regnery Company, 1963, capítulo 1: "El problema".

<sup>6</sup> El artículo clásico sobre el tema es de Friedrich A. Hayek, "The Use of Knowledge in Society", en *Individualism and Economic Order*, Gateway Editions, Ltd. 1948.

<sup>7</sup> Friedrich A. Hayek; *ibid.*, pp. 77-78.

están dispuestos a comprar una mayor cantidad y a pagar un precio más alto. Para llevar al mínimo sus costos tiene que, por una parte, utilizar la mínima cantidad de bienes de producción y, por otra, aquellos que sean más baratos. Debe hacerlos sin que se afecte la calidad del producto por la cual el consumidor está dispuesto a comprar y pagar el máximo.

No sólo los empresarios actúan de esta manera, todos hacemos lo mismo con nuestras finanzas. Tratamos de que nuestros ingresos sean los mayores posibles y tratamos de sacarles el máximo rendimiento posible. Vale la pena aclarar que esto no excluye que haya gente, y tal vez una gran cantidad, que prefiere ganar menos dinero trabajando en alguna actividad por la que siente una gran vocación, a ganar más dinero realizando un trabajo que le desagrada. Haciendo esto, estas personas están maximizando su bienestar. Esto no invalida que estas personas prefieran trabajar en lo que les gusta ganando más, pues su bienestar mejoraría todavía más. Tampoco quedan fuera del análisis los que donan una parte, o gran parte de sus ingresos, para obras de caridad: esto los hace sentir mejor. Nuevamente, si sus ingresos fueran mayores podrían realizar más caridad.

De todas maneras conviene señalar que las personas que realizan caridad también están asignando recursos productivos. El que recibe la donación la gastará en alimentos, ropa, investigaciones para curar enfermedades, etc. Al hacer esto estará afectando los precios de ciertos bienes de consumo y de producción.

El hombre siempre tendrá necesidades que satisfacer, materiales o espirituales. Su escala de preferencias es infinita, por lo tanto siempre se beneficiará si puede avanzar hacia abajo dentro de su escala de preferencias.

Sobre la base de lo dicho anteriormente podemos definir eficiencia económica como: *asignar los recursos productivos de manera tal que produzcan la mayor cantidad posible de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades más urgentes de los individuos*. Este debe ser el objetivo de toda política económica, ya que de esta manera se alcanza el máximo de bienestar de las personas en la sociedad. A esto es a lo que podemos llamar bienestar general.

Por contraposición, el sistema es ineficiente cuando: (1) se produce un bien o servicio menos necesario (que se encuentra más abajo dentro de la escala de valores) dejando de producir otros que son más necesarios. El empresario

que tiene pérdidas, por ejemplo, ha cometido el error de producir un bien por el cual no hay demanda, o si se prefiere, que no tiene la demanda suficiente como para cubrir los costos con las ventas. Estos son bienes que están más allá de las posibilidades de compra de la gente, dados sus ingresos. Como veremos, el empresario puede estar cometiendo un error de estimación o puede estar siendo inducido a cometer el error por una mala política económica. Estos suelen ser los casos de recesiones generalizadas.

Cuando se produce una ineficiencia de este tipo sucede lo siguiente: por un lado, hay menos productos de los que los consumidores demandan, por lo tanto suben sus precios, y, por otro, los empresarios que produjeron bienes que en realidad no son tan demandados se encontrarán con dificultades de ventas. La rentabilidad esperada será menor o tal vez se incurra en pérdidas. Estas distorsiones, producto del error empresarial, no permiten producir la máxima cantidad posible de los bienes y servicios "más urgentemente" necesitados.

Esta clase de ineficiencia muchas veces no se debe a una ineficiencia empresarial. Lo que, también, suele provocar este tipo de distorsiones es la inflación monetaria y las modificaciones arbitrarias de las tasas de interés.

(2) También hay ineficiencia cuando se utilizan más recursos productivos de los necesarios para producir una determinada mercancía. Si se contratan, digamos, 1,000 personas para un trabajo que pueden hacer 800, o se desperdicia mucha materia prima, o se hacen gastos innecesarios, los costos serán superiores, con lo cual las ganancias caerán o directamente habrá pérdidas. Pero además, desde el punto de vista social, si se emplea 200 personas de más en un sector, estas personas estarán *dejando* de producir en otros sectores, por lo tanto no se está produciendo la mayor cantidad de bienes y servicios posible. Este caso de ineficiencia suele darse en las empresas del Estado, donde no hay incentivos para contener los gastos; por el contrario, los incentivos operan al revés, la tendencia es a gastar más. Contratar más secretarías, empleados, oficinas y comodidades, sin tener que desembolsar dinero propio, mejora el "bienestar" del funcionario, por lo tanto existe una tendencia "natural" al gasto, y se trata de "racionalizarlo" o justificarlo de cualquier manera.

Tanto el primer tipo de ineficiencia (producir más de lo que es menos necesario y menos de lo que es más necesario) como el segundo (utilizar más recursos produc-

tivos que los necesarios) disminuyen el nivel de vida de las personas. No podrán satisfacer la mayor cantidad de necesidades prioritarias de sus escalas de preferencias.

Como corolario a lo anterior cabe agregar que la eficiencia no sólo consiste en producir lo máximo de lo que es prioritario, sino que también implica que las personas puedan ir satisfaciendo cada vez más necesidades (bajando por su escala de preferencias) a la mayor velocidad posible, lo que se logra produciendo una mayor cantidad de bienes y servicios. Para aumentar la producción de bienes y servicios se necesita aumentar de la *productividad*<sup>8</sup>. Un aumento de la productividad significa que cada hombre produce más en menos tiempo. Si no se aumenta la productividad, aumentar la producción de un bien significa disminuir la de otro. En cambio, un aumento de la productividad permite ahorrar tiempo que puede destinarse a la producción de otros bienes y servicios *sin dejar de producir los que ya se vienen consumiendo*.

El aumento de la productividad puede lograrse con una mejor organización de la empresa, por ejemplo cambiando el proceso de producción. Pero, fundamentalmente, la productividad aumenta con la acumulación de bienes de capital y el avance tecnológico. No es lo mismo arar un campo a mano que con un arado tirado por un buey, ni -mucho menos- que hacerlo con un moderno arado tirado por un moderno tractor con aire acondicionado. No es lo mismo transportar toneladas de granos en bolsas a hombro que hacerlo con un camión o en ferrocarril. Cuanto más bienes de capital haya y cuanto más sofisticados sean tecnológicamente, tanto mayor será la productividad. La producción de bienes y servicios será mayor y, en la medida en que sirvan para satisfacer necesidades, aumentará el bienestar de las personas.

A comienzos de la década de 1920 L. von Mises escribió un artículo y luego un libro que dio lugar a un largo debate acerca de la posibilidad del cálculo económico en el socialismo. Este debate fue uno de los más enriquecedores para la teoría económica debido a que requirió un verdadero esfuerzo intelectual por parte de los economistas de la escuela austriaca para demostrar que sólo un mercado libre puede asignar eficientemente recursos. Y un mercado libre no es otra cosa que la otra cara de una sociedad contractual, dónde la libertad de contratación de los in-

dividuos, que implica el libre uso y disposición de la propiedad, es la base del sistema. Cualquier intervención del estado que no sea para proteger la vida, libertad y propiedad de los individuos necesariamente lleva a una ineficiencia económica.

### III. EL SISTEMA JURIDICO Y LA EFICIENCIA ECONOMICA

En el punto anterior tratamos de definir eficiencia económica identificándola con el bienestar de las personas, consistente en que cada persona pueda satisfacer la mayor cantidad posible de las necesidades que considera prioritarias.

Ahora tenemos que preguntarnos: ¿qué papel juega el sistema jurídico en la eficiencia económica? En primer lugar definimos un sistema jurídico como: "el mecanismo por el cual se generan leyes". Se puede decir que el sistema jurídico y las leyes que él genera crean *condiciones* que pueden ser más o menos favorables para lograr este objetivo. En este punto trataremos de demostrar que la ley y la eficiencia económica son dos caras de una misma moneda.

La eficiencia económica sólo se logra si existe un conjunto de leyes que cree las condiciones necesarias. Las leyes pueden ser producidas dentro de dos sistemas jurídicos: (1) el derecho escrito o codificado y (2) el derecho no escrito similar al del *common law*, pero que es preferible llamar contractualista, debido a que el *common law* inglés incluyó en alguna medida leyes escritas. Trataremos de ver cuál de ellos es el más "eficiente" para producir leyes que permitan el mayor bienestar de las personas.

Toda persona actúa siempre para mejorar su bienestar<sup>9</sup>, obviamente puede estar cometiendo un error del que se arrepentirá *ex post* (cuando vea los resultados), pero *ex ante* siempre "cree" que la acción en cuestión mejorará su bienestar, de lo contrario actuaría de otra manera, i.e. elegiría otros fines o medios.

<sup>8</sup> Productividad es diferente de producción. Producción es un concepto absoluto, por ejemplo 10.000 automóviles, 1.200 lápices, etc. En cambio productividad es un concepto relativo: producción por hora hombre.

<sup>9</sup> Aún el masoquista o que se suicida es porque prefiere esta situación a la prevalente. La persona que realiza donaciones o practica ampliamente la filantropía lo hace porque ver bien a los demás le produce placer. Para un desarrollo más detallado del punto ver L. von Mises, *Human Action*, capítulos 1,3 y 4.

En la vida en sociedad las relaciones entre las personas pueden ser de dos tipos: (1) compulsivas o (2) voluntarias. En el primer caso una persona, o grupo de personas, obliga por la fuerza a que otra persona, (o grupo de personas) a realizar un acto contra su voluntad. Cuando una relación es compulsiva, los que tienen más fuerza ganan a costa de los que tienen que obedecer. Cuando la relación es voluntaria ambas partes ganan, porque aceptan "voluntariamente" el acuerdo o contrato. Conviene aclarar que, aunque ambas partes ganen en una transacción, no implica que ambas estén "felices" con el trato. No es lo mismo gastar dinero en viajes de placer, que hacerlo en atender necesidades de salud, por ejemplo, tener que ir al dentista o tener que someterse a una operación quirúrgica complicada. No se puede decir que, en este último caso, se realice el acto por placer. Pero, dadas las *condiciones*, esta elección también mejorará la situación, o se cree que mejorará. Cuando decimos que en una relación voluntaria ambas partes ganan es porque ambas partes *creen* que mejorarán su situación. Dadas determinadas condiciones, es lo mejor que pueden elegir.

Para lograr la eficiencia económica, y el máximo bienestar de las personas en general, el Estado debe garantizar que todas las relaciones entre los individuos sean voluntarias. En una sociedad libre lo único compulsivo son los impuestos, que deben destinarse a garantizar que nadie imponga a otro sus deseos. El ensayo de John Stuart Mill, *On Liberty*, escrito en 1859, es todavía uno de los mejores argumentos que tenemos en defensa de la libre contratación entre los individuos. Sin embargo, Friedrich A. von Hayek lo ha perfeccionado y resumido de la siguiente manera:

*Este es el hecho fundamental en el que se basa toda la filosofía del individualismo. No supone, como muchas veces se afirma, que el hombre es, o tendría que ser, egoísta o pensar sólo en sí mismo. Simplemente parte del hecho indiscutible de que los límites de nuestro poder de imaginación hacen que sea imposible incluir en nuestra escala de valores más que una parte de las necesidades de toda la sociedad, y puesto que, hablando en sentido estricto, las escalas de valores sólo pueden existir en mentes individuales, no puede existir otra cosa que escalas de valores parciales -escalas que son inevitablemente diferentes y*

*muchas veces contrapuestas unas con otras. A partir de este punto, el individualista concluye que debe permitirse que las personas persigan, dentro de límites definidos, sus propios valores y preferencias y no los de otros; que dentro de estas esferas los fines de los individuos son supremos y no pueden estar sujetos al dictado de otros. Es este reconocimiento del individuo como el último juez de sus fines, la creencia de que dentro de lo que sea posible sus propios puntos de vista son los que deberían gobernar sus acciones, lo que forma la esencia de la posición individualista.<sup>10</sup>*

Podríamos decir, entonces, que el sistema jurídico debe generar leyes que permitan a las personas realizar cualquier acto que no atente contra la vida, libertad o propiedad de terceros.

En un sistema de ley escrita la ley es producida por el congreso o parlamento. El juez se limita a interpretar la ley y aplicarla a casos concretos. Se ha dicho, en cambio, que en un sistema de ley no escrita son los jueces los que legislan con sus fallos. La ventaja que habitualmente se cita a favor de un sistema escrito, o codificado, es que da mayor certidumbre a las partes.

Esta ventaja es falsa porque parte de una premisa errada. En un sistema de ley no escrita no son los jueces los que legislan sino los individuos. No vamos a tratar aquí el caso penal porque está mucho más allá del objetivo de este trabajo. Limitándonos al caso contractual es claro que las que legislan son las partes. Los contratos escritos y los usos y costumbres son los que guían a los jueces. Remitiéndonos al viejo derecho romano: "el contrato es ley entre las partes". El juez sólo tiene que resolver situaciones que no han sido contempladas en los contratos o que se encuentran fuera de los usos y costumbres habituales. En un contrato hay derechos y obligaciones de las partes, y se especifican las penalidades en caso de incumplimiento. También se pueden determinar árbitros en caso de presentarse una disputa entre las partes. Los árbitros no reemplazan a los jueces, son simplemente un intento de solución más rápida a las diferencias que se presenten. Si los contratos están bien redactados -sin dejar puntos oscuros u olvidados- al juez sólo le queda resolver sobre la base de éstos de la misma forma que lo haría en un sistema codificado. La única diferencia es que

10 Friedrich A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, The University of Chicago Press, 1972, p.59.



mientras en un sistema de *common law*, o contractual, la ley la hacen las partes, en un sistema codificado la hacen los legisladores.

En el punto anterior vimos que una de las características fundamentales de la sociedad y del mercado es que no hay manera de conocer toda la información que es necesaria para asignar correctamente los recursos. Que esa información es enorme y cambiante y que es imposible que una persona o grupo de personas puedan acceder a ella en forma completa. En un sistema de ley escrita es imposible que los legisladores piensen todas las alternativas posibles. La ley escrita sólo puede limitar o restringir las condiciones dentro de las que se deben realizar los contratos. La restricción puede ser menor o mayor, pero siempre existe en algún grado. En un sistema de leyes no escritas las partes tienen libertad total de pactar las condiciones que crean más convenientes, siempre que no atenten contra la vida, libertad o propiedad de terceros.

De lo anterior se desprende que no es cierto que un sistema contractual sea más incierto que uno codificado. En realidad es precisamente al revés, una de las cosas que más ha caracterizado al sistema de ley escrita es la inseguridad que genera. Los individuos están continuamente sujetos a cambios de condiciones cada vez que los legisladores, por iniciativa propia o del Poder Ejecutivo, sancionan leyes que cambian las reglas de juego. En un sistema contractual el contrato es ley para las partes y por lo tanto es más seguro y cierto que un sistema de ley escrita, en el que las condiciones del contrato pueden ser alteradas por personas que no están involucradas en la transacción.

Pero, tal vez, el problema más grave es que la "inflación" legislativa coarta cada vez más los contratos voluntarios. Bruno Leoni ha expuesto el punto de la siguiente manera:

*Aunque la legislación es casi siempre cierta, o sea, precisa y reconocible, mientras esté "vigente", la gente nunca puede estar segura de que la legislación vigente hoy estará vigente mañana o inclusive mañana por la mañana. El sistema legal basado en la legislación, al mismo tiempo que permite que otras personas (los legisladores) puedan interferir con nuestras acciones de todos los días, también incluye la posibilidad de que pueda cambiar todos los días la manera de*

*intervenir. En consecuencia, las personas no sólo están impedidas de decidir libremente qué hacer, sino que además no pueden prever los efectos legales de su comportamiento cotidiano.*<sup>11</sup>

Se ha dicho con acierto que la ley debe ser al mismo tiempo estable y cambiante, lo cual, obviamente, suena en primera instancia incompatible. "La continuidad y el cambio son los atributos esenciales de un sistema legal".<sup>12</sup> Según el conocido jurista Arthur R. Hogue: "El abogado sabe que la permanencia y la estabilidad deben dar paso a las presiones de la sociedad."<sup>13</sup>

La continuidad y el cambio de la ley son fundamentales para la eficiencia económica. Ya vimos que la eficiencia económica consiste en producir la mayor cantidad de bienes y servicios considerados prioritarios por los individuos dentro de sus escalas de preferencias. Pero también vimos que para lograr esto se requería tanta información que era imposible que una persona o grupo de personas pudieran reunir toda la necesaria. También vimos que la información necesaria para lograr la eficiencia económica no sólo es enorme sino además cambiante. Y concluimos que el mercado logra la eficiencia económica porque los empresarios, al querer maximizar ganancias, se ven forzados a producir, al menor costo posible, los bienes y servicios que las personas consideran prioritarios. Un empresario que produce bienes o servicios que la gente no quiere o no puede demandar, o que produce a costos muy altos, tendrá pérdidas y será eliminado del mercado. En un mercado libre sólo permanecen los empresarios eficientes, el resto es eliminado a fuerza de pérdidas.

Para lograr la eficiencia los empresarios necesitan flexibilidad para reasignar los recursos productivos a la mayor velocidad posible. Esto implica poder entrar y salir de los mercados en forma rápida y segura. Los consumidores, por su parte, tienen que poder elegir libremente qué y cuánto comprar. Todo esto requiere de un sistema jurídico que genere leyes que sean al mismo tiempo estables y cambiantes o flexibles.

Si las leyes no son estables, se crea incertidumbre, lo que da lugar a inseguridad jurídica y económica. En un país donde existe inseguridad jurídica las inversiones se retraen. Esto se debe a que cuando un empresario decide

<sup>11</sup> Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, Nash Publishing, 1972, p.8.

<sup>12</sup> Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, 1982, p.3.

<sup>13</sup> Arthur R. Hogue, *Origins of the Common Law*, Liberty Press 1984, p.10

invertir realiza una evaluación de proyectos. Toda evaluación de proyectos está asociada a una tasa de rentabilidad y a un riesgo. La tasa de rentabilidad surge de computar los ingresos y costos esperados de la inversión a lo largo del tiempo. El riesgo puede ser de dos tipos: (1) empresarial y (2) político o jurídico. El riesgo empresarial tiene que ver con las estimaciones de mercado y costos que haya estimado el empresario cuando realizó la evaluación del proyecto. Puede equivocarse sobreestimando la cantidad de unidades que va a vender, sobreestimando el precio, estimando mal los tiempos o calculando mal los costos. Para lograr la eficiencia económica el riesgo empresarial; debe ser del empresario, el Estado no debería estar garantizando rentabilidades o mercados a las empresas. Garantizar la rentabilidad de una empresa significa subsidiarla en casos de que tenga pérdidas, y el subsidio siempre lo paga alguien.

El riesgo político o jurídico proviene de los cambios en las *condiciones* o reglas de juego. Este riesgo no sólo puede ser eliminado, sino que "debe" ser eliminado. Con leyes cambiantes, tanto la propiedad como las tasas de rentabilidad se ven sometidas a un mayor riesgo. Cuando el riesgo crece, la inversión se retrae o el inversionista requiere una tasa de rentabilidad superior del proyecto. Este fenómeno se puede observar con gran claridad en los llamados capitales golondrina. Durante muchos años Suiza y los bancos suizos han garantizado seguridad total a los depósitos; como consecuencia, este país se ha transformado en un receptor de capitales de todo el mundo. Por el contrario, los países del Tercer Mundo se han caracterizado por su gran inestabilidad política y jurídica, y, en consecuencia, se han transformado en exportadores de capitales. Obsérvese cómo cuando se pone en marcha un plan económico que promete cierta estabilidad se produce ingreso de capitales. Si el sistema jurídico brindara mayores seguridades, los capitales que ingresarían serían muy superiores y de más largo plazo. A igual tasa de rentabilidad, un menor riesgo jurídico y político incrementa las inversiones.

De todas maneras vale la pena aclarar que un sistema legal de leyes estables no dará, por sí mismo, lugar a eficiencia económica si esas leyes estables son negativas para la inversión productiva. Por ejemplo, una ley de precios máximos podrá ser estable en el tiempo pero ahuyentará las inversiones. Una ley que otorga el monopolio a una empresa podrá, también, ser muy estable, pero impide la competencia y, por lo tanto, la eficiencia económica; los consumidores tendrán que comprar bienes de mala calidad a un mayor precio. La cantidad de necesidades que podrán

satisfacer de su escala de preferencias será menor; por lo tanto no habrá eficiencia económica.

Sin embargo, los mercados son cambiantes; los consumidores alteran sus gustos y preferencias continuamente. Los usos y costumbres van cambiando en la sociedad haciendo aceptables cosas que antes no lo eran y viceversa. En los Estados Unidos, por ejemplo, se está haciendo una costumbre muy generalizada no permitir fumar en los restaurantes y lugar cerrados. Pero, por sobre todas las cosas, los inventos y avances tecnológicos van presentando nuevos problemas jurídicos. Para mencionar los casos más conocidos, el invento del avión, el telégrafo, la telecomunicación por cable o celular, las ondas de radio y televisión, el fax, la ingeniería genética, etc. presentan nuevos problemas de definición de derechos de propiedad que requieren de leyes actualizadas.

No se puede decir que, en el caso de Latinoamérica, la ley escrita haya creado seguridad jurídica, por el contrario ha creado una gran inseguridad. Tampoco la ley escrita ha logrado seguridad en los países desarrollados. Esto se debió tanto al contenido de las leyes, que desalentaban o prohibían la inversión, como a los cambios continuos de condiciones. El sistema financiero, que es tan importante para la producción, se ha visto continuamente sujeto a cambios en las reglas de juego. Los bancos fueron nacionalizados y desnacionalizados varias veces. Los encajes bancarios son modificados continuamente. Los bancos centrales producen tantas regulaciones que se han transformado en un órgano legislativo adicional para el sistema financiero. Los mercados cambiarios han pasado por una gran cantidad de modalidades. Como ha señalado Bruno Leoni:

*La legislación puede tener y en realidad tiene hoy en muchos casos un efecto negativo sobre la misma eficacia de las reglas y sobre la homogeneidad de los sentimientos y convicciones que ya están prevaleciendo en una sociedad determinada. Porque la legislación puede también deliberada o accidentalmente romper la homogeneidad al destruir las reglas establecidas y hacer nulos los convenios y acuerdos existentes que hasta ese momento han sido voluntariamente aceptados y respetados. Mucho más perjudicial es el hecho de que la misma posibilidad de anular los acuerdos y convenios por la legislación futura tiende, en el largo plazo, a inducir a la gente a desconfiar*

de los convenios existentes o a no respetar un convenio voluntariamente aceptado.<sup>14</sup>

La regla de oro para compatibilizar la aparente incongruencia entre leyes estables e inseguridad es la siguiente: *las leyes deben adaptarse a los cambios y no generar los cambios*. Esta es la gran ventaja del *common law* o de un sistema jurídico contractual y fue la del antiguo derecho romano<sup>15</sup>. El contrato es ley para las partes, por lo tanto es estable mientras esté en vigencia, y las partes lo pueden cambiar de común acuerdo si las circunstancias lo requieren y las condiciones del contrato lo permiten. Se puede decir que en un sistema de contractual la ley se hace a medida para cada ciudadano, porque es él mismo el que la está generando. De esta manera los contratos, es decir las leyes, se van adaptando a los cambios en lugar de generarlos. Un sistema contractual produce leyes mucho más precisas en condiciones y tiempos de un sistema de leyes escritas. Los cambios en las leyes no generan incertidumbre cuando son *la consecuencia y no la causa* de los cambios sociales.

De todas maneras, si bien un sistema contractual permite que las leyes sean cambiantes, el sistema tiene algo de permanente que le da solidez y mayor certidumbre. Lo permanente son los principios generales que los jueces deben utilizar para resolver las disputas. Estos principios juegan el papel de una Constitución. El antiguo derecho romano fue generando paulatinamente estos principios, que luego fueron recogidos por el *common law* inglés, entre los que sobresalen:

- (a) Nadie puede dar a otro lo que no posee (*nemo dat qui non habet*).
- (b) Nadie puede ser obligado a vender su propiedad, ni siquiera por un justo precio (*nemo cogitur rem suam vendere, etiam justo pretio*).
- (c) Nadie debe beneficiarse a costa de otro (*nemo debet aliena jactua locupietari*).

- (d) Nadie debe inmiscuirse en algo que no le concierne (*nemo debet immiscere se rei ad se nihil pertinenti*).
- (e) Nadie debería perder su propiedad sin que medie acto u omisión de su parte (*nemo debet rem suam facto aut defecto suo amittere*).
- (f) Nadie está por encima de la ley (*nemo est supra leges*).
- (g) Nadie debería cargar con las consecuencias de actos de terceros (*nemo ex alterius facto pregravari debet*).
- (h) Nadie puede transferir a otro mejor derecho que el que él mismo posee (*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*).
- (i) Nadie puede hacer a través de otro lo que no puede hacer por sí mismo (*nemo potest facere per alium quod per se non potest*).
- (j) Nadie puede hacer indirectamente lo que no puede hacer directamente (*nemo potest facere per obliquum quod non potest facere per directum*).
- (k) Nadie puede hacer algo a menos que sea de forma legal (*nemo potest nisi quod de jure potest*).
- (l) A nadie puede prohibírsele dedicarse a las distintas clases de negocios o de artes (*nemo prohibetur plures negotiationes sive artes exercere*).
- (m) No se considera que alguien esté causando un daño a menos que esté haciendo algo para lo que no tenga derecho (*nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*).<sup>16</sup>

Estos principios son permanentes o, si se quiere, van ganando en precisión; son los que los jueces deben utilizar y “descubrir” para resolver los casos que se les presentan. Los contratos deben estar sujetos a estos principios generales que no pueden ser cambiados. *Lo único per-*

<sup>14</sup> Bruno Leoni, op. cit., p.17. Inclusive podríamos retroceder a Adam Smith; “El esfuerzo natural de todo individuo para mejorar sus propia condición, cuando se puede ejercer con libertad y seguridad, es un principio tan poderoso, que es capaz por sí mismo, y sin ninguna ayuda, no sólo capaz de llevar a la sociedad hacia la riqueza y la prosperidad, sino además de superar cientos de obstrucciones impertinentes con la que la tontería de las leyes humanas tan frecuentemente estorba su funcionamiento; debido a que el efecto de estas obstrucciones es siempre en mayor o menor medida inmiscuirse en su libertad, o disminuir su seguridad. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Liberty Classics, 1981.

<sup>15</sup> El mismo Cicerón sostenía: “...nuestro Estado... no fue el resultado de la inteligencia de un sólo hombre sino el de muchos hombres, no fue el resultado de la vida de un hombre sino el de muchos siglos y períodos. La inteligencia nunca ha sido tan profunda como para permitir que a cualquier hombre de cualquier tiempo se le escape algún detalle; ni tampoco, si toda la inteligencia estuviera concentrada en un sólo hombre, podría el tener tanta agudeza como para abarcar todas las cosas en un momento; lo que se necesita es de la experiencia real evolucionando a lo largo de los tiempos”, citado por R.H. Barrow, *The Romans*, Pelican Books, 1976, p.43.

<sup>16</sup> *Black's Law Dictionary*, pp. 934-936.

manente son los criterios para resolver disputas. Los contratos, es decir, la ley, pueden modificarse respetando estos principios.

En un sistema jurídico contractual los jueces no tienen el poder de legislar (al menos totalmente) como generalmente se cree. Ellos tienen que resolver las disputas en base a los contratos escritos o en base a los usos y costumbres. Ni los contratos ni los usos y costumbres son hechos por los jueces. La diferencia entre un sistema de ley escrita y uno de ley no escrita es que en el primero los jueces tienen que interpretar lo que los legisladores escribieron, en el segundo tienen que interpretar lo que las partes acordaron.

Por otra parte existe una serie de mecanismos para poner límites a las posibles arbitrariedades de los jueces. Si los juicios son orales y públicos el juez, o los jueces, se verán presionado a decir sobre la base de los criterios "objetivos" mencionados arriba. Adam Smith se refirió al tema de la siguiente manera:

*En Roma, los principales tribunales de justicia tenían uno o pocos jueces y, puesto que siempre deliberaban en público, su reputación quedaba afectada por una decisión injusta. En los casos dudosos, estos tribunales, en su afán por evitar la adversa censura de que pudieran ser objeto, trataban de protegerse aduciendo el ejemplo o el precedente de otros jueces. Esta atención conferida a la práctica y al precedente fue integrando la ley romana en un sistema regular ordenado tal como nos ha sido transmitido.<sup>17</sup>*

La acción legislativa de los jueces se limita a resolver puntos que no fueron contemplados en un contrato, o que fueron establecidos en forma ambigua. Y aun en estos casos tendrán que decidir en base a los usos y costumbres del lugar. Las decisiones de los jueces en estos puntos sientan precedentes a ser tenidos en cuenta en casos similares en el futuro. Esto va generando expectativas en los ciudadanos respecto de sus acciones futuras; ellos van aprendiendo qué es lo que pueden o no pueden hacer.

Obviamente, los jueces son hombres y como tales pueden equivocarse o estar influidos por cuestiones ideológicas en sus decisiones, pero lo mismo le ocurre a cualquier legislador. La ventaja de un sistema contractual es que la decisión de un juez puede ser revertida por otros jueces en forma más rápida que en el caso de la ley escrita, donde hay que esperar que se sancione su inconstitucionalidad y aún así, en algunos sistemas, esta sanción es válida para ese caso particular. Podríamos agregar, siguiendo a Bruno Leoni, que tampoco hace falta una corte suprema. Las decisiones de una corte suprema implica legislar, las instancias inferiores están sometidas a sus decisiones. Es preferible varias instancias del mismo nivel, quedando preestablecido que si hubo "empate" en los dos primeros juicios, el tercero es el que decide.

En la práctica el *common law* inglés no fue lo suficientemente eficiente como para frenar el avance del Estado sobre los derechos individuales de los ingleses. Luego de la Primera Guerra Mundial la legislación de *Welfare State* se apoderó de Inglaterra, que pasó, con el tiempo, de ser un imperio a ser uno de los países más pobres de Europa. La transformación del sistema legal convirtió a una de las economías más eficientes del mundo en una de las más ineficientes.

Lo que sí se puede decir es que: a igualdad de circunstancias, el *common law* se adapta mejor que un sistema de leyes escritas a las cambiantes circunstancias de la sociedad. El sistema ha probado gran eficiencia en Inglaterra y en los Estados Unidos aun cuando, en realidad, en mayor o menor medida en ambos casos se trata de una mezcla de ambos sistemas. Por último cabe recordar que Roma alcanzó su esplendor cuando no tenía leyes escritas.<sup>18</sup> Tal vez el legado de mayor importancia que nos ha dejado la Antigüedad es el Derecho Romano. En especial es de interés el *ius gentium*, que era administrativo por el *praetor peregrinus* a partir del año 242 a.C. El *ius gentium* es el padre del *common law*; regía las relaciones entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, y no tenía leyes escritas. El *ius civile* era administrado por el *praetor urbanus* a partir del año 367 a.C. El *ius gentium* terminó generando leyes más amplias y equitativas que el *ius civile*.

<sup>17</sup> Adam Smith, *op. cit.*, p. 399-400.

<sup>18</sup> Para un análisis detallado de la descentralización que había en Roma ver M. Rostovtzeff, *Historia social y económica del Imperio Romano*, Espasa-Calpe S.A. 1972. El inspirador de la constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, señaló: "El derecho no se da a conocer en formas legales, en reglas abstractas, en axiomas filosóficos, en preceptos escritos, sino bajo la lengua de las imágenes, [...] por señales profundamente significativas para el pueblo que las practica. Y estos actos, estos usos, estas costumbres alegóricas son toda y única expresión del mercado [...]. Tres siglos antes de que Roma hubiese escrito sus leyes, se había gobernado por meras creencias religiosas y costumbres simbólicas que fueron el fundamento de su primera legislación", *Obras completas*, Tomo I, p.170.

Las ventajas eran tan claras que cuando en el año 89 a.C. todos los italianos fueron hechos ciudadanos romanos el *ius gentium* fue eliminando paulatinamente al *ius civile*. El reemplazo se terminó de concretar en el siglo II y III. Esto es un hecho histórico claro que mostró la superioridad del sistema no escrito sobre el escrito.

El sistema de ley escrita aumenta su peligro cuando empieza a predominar el criterio del positivismo jurídico. Como dice Bruno Leoni, la consecuencia más importante del positivismo jurídico es que la gente se acostumbra a concebir la ley como *ley escrita*, o sea como una serie de promulgaciones que parten de los cuerpos legislativos según la regla de la mayoría.<sup>19</sup> El positivismo jurídico fue expuesto modernamente por Hans Kelsen, quien resume la idea diciendo que el Estado no es otra cosa que el orden legal. Se podría decir que la gran diferencia entre la ley escrita y el common law es que en la primera la ley la hace el Estado sobre la base de algún criterio de fuentes del mercado, mientras que en el segundo la hacen los hombres día a día con sus acciones. En ambos casos el juez solamente se limita a interpretar.

Cuando los hombres no pueden realizar contratos con el máximo de libertad no se logra, por definición, la eficiencia económica. Si la ley no es pareja para todos, unos ganan a costa de otros. Parece haber una regla de oro para garantizar que la ley sea pareja para todos; para que unos no ganen a costa de otros. Confucio la enunció así: "No hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti". Immanuel Kant de este modo: "Actúa siempre pensando al mismo tiempo qué ocurriría si tu acción se pudiera generalizar". Francois Bastiat decía: "No le podemos dar al Estado derechos que no tenemos". Dentro de los principios del *common law* que citamos más arriba tenemos que: "nadie puede hacer en forma directa lo que no puede hacer en forma indirecta".

Cuando opera un sistema de *common law*, o contractual, nadie puede celebrar un contrato que atente contra la vida,

la libertad o la propiedad de terceros. Sin embargo, bajo un sistema de ley escrita esto es posible y se podría decir que casi inevitable. Veamos dos ejemplos: (1) si un grupo de empresarios contrata a hombres armados para que por la fuerza impidan que la gente les compre a otros empresarios, esto es evidentemente injusto, y todos lo condenarían. Pero si los mismos empresarios convencen a los legisladores de que limiten la competencia, entonces lo que era ilegal se convierte en legal. En este caso un grupo de empresarios está haciendo en forma indirecta lo que no puede hacer en forma directa. Le está concediendo al Estado un derecho que no tiene (según Bastiat). (2) Si un grupo de sindicalistas contrata a hombres armados para que esperen a los trabajadores a la salida de las fábricas para quitarles por la fuerza un 5% de su sueldo, también se vería esto acto como injusto e ilegal. Pero si los sindicatos convencen a los legisladores de que sancione una ley que obligue a los empresarios a retenerles a los trabajadores un 5% de su sueldo para luego depositarlo en sus cuentas bancarias, el acto se convierte en "legal". Como dijo Herbert Spencer:

*Y ahora llegamos al fondo de la cuestión. El derecho divino del Parlamento implica el derecho divino de las mayorías. La suposición básica de que parten tanto los legisladores como las personas es que la mayoría tiene facultades ilimitadas. Esta es una creencia generalizada, que todos aceptamos sin pruebas, como una verdad evidente en sí misma.*<sup>20</sup>

Son muchos los motivos por los cuales los legisladores sancionan leyes, pero uno de los más influyentes es que existen determinadas condiciones que permiten que se favorezcan los intereses de los grupos políticamente organizados a costa del resto de la sociedad. Es habitual la presión que ejercen algunos grupos sobre los legisladores para que impulsen leyes en su propio beneficio (empresarios que piden barreras de entrada internas o

<sup>19</sup> Bruno Leoni, *op. cit.*, p.148.

<sup>20</sup> H. Spencer, *The Man versus the State*, Liberty Press, 1981, p.129. Por su parte John S. Mill concluía: "...Uno de los peligros más grandes de la democracia (y de todas las formas de gobierno) consiste en los intereses egoístas de los que poseen el poder: este peligro es el de una legislación de clase, de un gobierno que busque (sea que lo consiga, sea que sucumba en la empresa) el provecho inmediato de la clase dominante en detrimento de la masa. Y lo primero que debe atenderse cuando se determina la mejor constitución del gobierno representativo es precaverse contra este mal", en *Libertad, gobierno representativo y la esclavitud femenina*, Editorial Teinos, 1965, pp. 225-226. También Lord Acton sostenía: "El peor mal que ha invadido a la democracia es la tiranía de la mayoría, o, mejor dicho, del partido -que no siempre constituye la mayoría- que triunfa en las elecciones, por la fuerza o por fraude, *Essays in the History of Liberty, Selected Writings of Lord Acton*, Liberty Press, 1985, p.83. Y se podría retroceder hasta Aristóteles que escribió: "...en las democracias en que gobierna la ley, no hay demagogos, sino que corre a cargo de los ciudadanos más respetados la dirección de los negocios. Los demagogos sólo aparecen allí donde la ley ha perdido la soberanía... Tan pronto como el pueblo es monarca, pretende obrar como tal, porque sacude el yugo de la ley y se hace déspota, y desde entonces los aduladores del pueblo tienen un gran partido. Esta democracia es, en su género, lo que la tiranía es respecto del reinado. En ambos casos encontramos los mismo vicios, la misma opresión de los buenos ciudadanos; en el uno mediante las decisiones populares' en el otro, mediante las órdenes arbitrarias", Aristóteles, *Obras Completas*, Bibliográfica Omeba, 1967, Vol.I, pp. 692-93.

externas a los mercados, dirigentes sindicales que solicitan la afiliación obligatoria, inquilinos que presionan por leyes de alquileres, etc.). Estos grupos intentan convertir en "legal" lo que sería ilegal si lo hicieran ellos mismos. Mientras la gente crea que la ley la hacen los legisladores, la democracia termina siendo un sistema mediante el cual los ganadores de una elección se hallan en posición "legal" de despojar a los perdedores.

En realidad, como bien dice Leonard E. Read, la misma palabra "gobierno" no es correcta para reflejar las funciones del Estado. Los funcionarios del Estado, ya sea el presidente o los legisladores, no cumplen la función de gobernar, sino la de cuidar la libertad, la vida y la propiedad de las personas. En una sociedad libre cada persona se gobierna a sí misma. Nadie puede obligar a otro a actuar en contra de su voluntad, ya que esto sería una relación hegemónica, no voluntaria, y, por ende, incompatible con una sociedad libre.

Uno de los grandes problemas de un sistema de ley escrita es dar lugar a la arbitrariedad, ya que distintos grupos de presión pueden "convencer" a los legisladores de que sancionen leyes que les convengan. De esta manera el Estado, en lugar de administrar justicia, comienza a favorecer a una de las partes. Como dice Hayek:

*Al darle al gobierno poderes ilimitados, la regla más arbitraria puede convertirse en legal, y de esta manera una democracia puede dar lugar al despotismo más completo que se pueda imaginar.*<sup>21</sup>

A una conclusión similar llegó F. Bastiat:

*Está en la naturaleza de los hombres el reaccionar contra la iniquidad de que sean víctimas. Así pues, cuando la expropiación está organizada por la ley, en beneficio de las clases que la dictan, todas las clases expropiadas tienden por vías pacíficas o revolucionarias a tener alguna participación en la confección de las leyes. Tales clases, según sea el grado de esclarecimiento a que hayan llegado, pueden proponerse dos finalidades muy diferentes al perseguir la conquista de sus*

*derechos políticos: o quieren hacer cesar la expropiación legal, o aspiran a participar en dicha expropiación.*

¡Desgraciadas, tres veces desgraciadas las naciones en las cuales sea aquel último pensamiento el que predomine en las masas, en el momento en que a su vez se apoderen de la facultad de legislar!<sup>22</sup>

El gran problema de nuestra era, en materia de sistemas jurídicos, es que el derecho escrito ha dado lugar a una inflación legislativa. Cuando esto ocurre el Estado de Derecho, o el imperio de la ley (*the rule of law*), desaparece. Pero el Estado de Derecho es una condición esencial para la eficiencia económica. Se podría decir que eficiencia económica y Estado de Derecho son como dos caras de una misma moneda. Lo opuesto al Estado de Derecho es el poder arbitrario del Estado. Albert Venn Dicey lo ha expuesto de la siguiente manera:

*[el Estado de Derecho] significa, en primer lugar, la supremacía o predominio absoluto de una ley regular, que es lo opuesto a la influencia del poder arbitrario, el Estado de Derecho excluye la existencia de la arbitrariedad, de la prerrogativa o, inclusive, de una autoridad ampliamente discrecional por parte del gobierno.*<sup>23</sup>

En un Estado de Derecho el gobierno no puede interferir con acciones *ad hoc* en los planes individuales. Los individuos son libres de perseguir sus propios fines (siempre sin violar derechos de terceros) con la plena confianza de que el gobierno no frustrará sus intentos. Como dijimos más arriba, las leyes deben crear las *condiciones* que permitan alcanzar el máximo bienestar a las personas, dentro de las cuales está incluida la eficiencia económica. Hayek sostiene que estas *condiciones* consisten en leyes generales, pues las leyes nunca pueden ser específicas. Cuando las leyes son específicas se abandona el principio fundamental de que todos los hombres son iguales ante la ley. Las leyes específicas benefician a unos a costa de otros, y esto es contrario a la eficiencia económica. Dice Hayek:

*Las reglas generales, las leyes genuinas a diferencia, de las órdenes específicas,*

21 F.A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, p. 83. Obviamente el caso de A. Hitler; en Alemania constituye uno de los mejores ejemplos de lo que Hayek quiere decir. Cuando rige un Estado de Derecho el gobierno no puede ser arbitrario.

22 F. Bastiat, *La ley*, Centro de estudios sobre la Libertad, 1967, p. 16.

23 A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Liberty Classics, 1982, p. 120.

deben, por lo tanto, perseguir el propósito de operar en circunstancias que no pueden ser previstas en detalle, y, por lo tanto, sus efectos en los fines particulares de la gente no pueden conocerse de antemano. Es sólo en este sentido que es posible que el legislador sea imparcial. Ser imparcial significa no tener respuesta a ciertas preguntas -a la clase de preguntas que, si tuviésemos que responder, tendríamos que lanzar una moneda al aire.<sup>24</sup>

En Argentina, Juan Bautista Alberdi ha hecho referencia muy explícita al problema de la legislación. Alberdi se ha quejado de la cantidad de artículos que contiene el *Código Civil* de Vélez Sarsfield (se respeta la ortografía de la época):

*Si hay un código en el mundo que necesita tener una numeración común á todos sus artículos, es el código del doctor Velez, por la simple razón de ser el código mas largo del mundo. Pero por esta razón justamente ha creído conveniente su redactor no numerarlo, pues numerarlo era lo mismo que hacer saber que contiene cuatro mil veinte y ocho artículos, que hemos tenido la paciencia de contar y numerar.*

*El código argentino que tenía que legislar un país naciente y diminuto relativamente en puntos de legislación, atendido á que representa la 25a parte de la Francia, en población y en intereses, es decir, en personas y cosas, -ha necesitado contener, según el doctor Velez, nada menos que cuatro mil veinte y ocho artículos, y mas de tres mil citas y comentarios oficiales y auténticos, en virtud de los cuales no hay autor conocido del derecho civil, que no haya prestado su concurso á la formación de la ley civil argentina...*

*El código civil de la República Argentina, trabajado por el doctor Velez, tiene cuatro mil veinte y ocho artículos.*

*El código civil francés tiene solo dos mil doscientos ochenta y uno.*

*El código civil de Chile, tiene dos mil quinientos.*

*El código de Luisiana tiene dos mil cuatrocientos quince artículos.*

*El de Haití, dos mil cuarenta y siete.*

*El de procedimientos francés -mil cuarenta y dos.*

*No hay código moderno mas largo que el del doctor Velez.<sup>25</sup>*

Los filósofos escoceses David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson, Francis Bacon, han señalado el carácter evolutivo de las leyes. El mismo pensamiento lo encontramos en el autor francés Alexis de Tocqueville en su libro *La democracia en América*. Modernamente Hayek ha desarrollado y profundizado el pensamiento de los escoceses<sup>26</sup>. La idea de que las leyes son de carácter evolutivo está muy vinculada al concepto de *common law* y al nacimiento del Derecho Romano, y tiene su fundamentación en la dispersión del conocimiento que vimos en el punto sobre la eficiencia económica. La idea fundamental es que no hay una mente humana que invente las leyes. Las leyes, como ya dijimos, son la consecuencia de las interrelaciones de los hombres en la vida social. Alberdi también tenía claro este importante punto:

*La sociología ó ciencia social, es sin embargo, toda la base de la legislación civil ó social, pues no es otra cosa el código civil que el código social de un país.*

*Si las reformas civiles en el Plata partieran del estudio de la sociología, la idea de un código, es decir, de la sanción simultánea de cuatro mil veinte y ocho artículos de una Ley, en que ese código consiste, no habría venido á la mente de sus autores ó promotores.*

*Siendo la sociedad, como su legislación, el producto de una evolución natural, como lo es todo organismo animado, tanto individual como social, el cual se produce a través de la vida entera del país, un código no puede ser sino el resumen y última palabra reglamentaria de la vida entera de una sociedad; jamás el programa de su indefinible é indefinido porvenir.*

*Eso fueron los códigos romanos, que el mundo ha copiado mas tarde, como modelos; fueron el testamento de la sociedad romana, no el punto de partida, no el*

<sup>24</sup> F.A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, p. 76.

<sup>25</sup> Juan B. Alberdi, *Escritos Póstumos de J.B. Alberdi*, Imp. Cruz Hermanos, 1899, Tomo VIII, pp. 30-32..

<sup>26</sup> Ver F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, The University of Chicago Press, 1973.

*programa de su vida imposible de prever en el curso que su desarrollo recibió del medio y de las influencias bajo las cuales se produjo...*

*Dar de un golpe toda la legislación social, á una sociedad que empieza á existir, cuando ni el nombre de la ciencia sociológica, ó ciencia de la sociedad, es conocido, ni sospechada la existencia de tal ciencia, es cometer el americanismo mas candoroso y ridículo de que pueda presentar un ejemplo la comedia del gobierno libre.*

*El día que esta ciencia, que tantos progresos hace en este instante en dos países libres y civilizados, cuya legislación civil no está ni ha sido jamás codificada, -la Inglaterra y los Estados Unidos, - empiece á ser objeto de estudios especiales en las Repúblicas de la América del Sud, el arrepentimiento ha de confundir á los descendientes de los que dieron empíricamente, como programas obligatorios del curso y plan en que se ha de desarrollar su sociedad, los códigos ó compilaciones de las leyes que la sociedad romana les dio al través de su evolución de diez siglos que abrazó su existencia. La república ha empezado por el fin.<sup>27</sup>*

Como se puede ver, el autor de la constitución argentina tenía un buen conocimiento acerca del funcionamiento de la economía y asociaba el origen de las leyes jurídicas al funcionamiento de las leyes del mercado: ellas no son el resultado del "invento" humano sino del "descubrimiento" humano. Cuando hablamos de eficiencia económica, vimos que la información necesaria para poder asignar eficientemente los recursos productivos es tan grande que no hay una persona o grupo de personas que pueda llegar a concentrarla. Vimos que es el sistema de precios el único que puede coordinar todo el conocimiento disperso o atomizado que hay en la sociedad. Los precios surgen de relaciones voluntarias entre las personas, son siempre el resultado de un contrato. El problema es que no hay ley hecha por los hombres que pueda contemplar semejante cantidad de detalles.

La Constitución argentina es un buen ejemplo de ley de carácter general. El artículo 14, en especial, es un buen ejemplo de lo que dice Alberdi y Hayek, o sea leyes cuyos resultados específicos no se pueden predecir. La

Constitución reconoce el derecho *previo* de los individuos a comerciar, pero, sabiamente, no está diciendo qué, cómo, cuándo, o dónde deben comerciar. Los resultados concretos dependen de lo que efectivamente hagan las personas sobre la base de contratos voluntarios.

Cuando el sistema legal desarrolla leyes que no permiten contratos voluntarios las personas se ven obligadas a hacer las cosas en forma distinta de la que las hubiesen hecho en otras circunstancias. Cuando los contratos no son el resultado de acciones voluntarias hay alguien que pierde y alguien que gana. Alguna de las partes tendrá un costo superior. La gran ventaja de un sistema contractual es que permite el mayor grado de libertad en las contrataciones y, por lo tanto, es más flexible para adaptarse a las cambiantes circunstancias del mercado, facilitando enormemente la eficiencia económica.

#### IV. CONCLUSIONES

Eficiencia económica y sistema jurídico son dos caras de una misma moneda. La eficiencia económica es el resultado de contrataciones voluntarias, donde no existe coerción de ninguna de las partes sobre la otra. La contratación, por su parte, requiere de la existencia de la propiedad privada. Sin propiedad privada el intercambio es imposible. Como vimos en la segunda parte, el intercambio genera precios y los precios son las "guías" de la producción. Los empresarios son guiados por los precios de mercado a producir aquellos bienes y servicios que son más urgentemente necesitados por la población.

La función del Estado es velar por la vida, la libertad y la propiedad de las personas. En la medida en que estas tres cosas sean respetadas, se asegura la libertad de contratación, por lo tanto la formación de precios y de este modo, la eficiencia económica. El sistema jurídico es un punto clave en todo este proceso. Sistema jurídico contractual y libertad económica son dos caras de una misma moneda.

Juan C. Cachanosky

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

<sup>27</sup> Juan B. Alberdi, *op.cit.*, pp. 35-37