

**PREMIO ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
DE BUENOS AIRES 2007**

*Otorgado al Dr. Martín Krause el 24 de noviembre de 2008,
correspondiente a la Sección Ciencias Económicas
y al tema "Sobre la demanda y oferta de derecho"*

Conceptos del Académico Titular y Presidente de la Sección Ciencias Económicas, doctor Alberto Benegas Lynch (h)

Ha sido para mí una especial satisfacción el haber integrado el Jurado para este Premio 2007 de esta Corporación con el doctor Julio H. G. Olivera y la doctora Ana María Martirena-Mantel, quienes me encomendaron la presentación del doctor Krause.

Martín Krause es Doctor en Administración por la Universidad Católica de La Plata y es profesor titular por concurso de la cátedra de Economía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y profesor titular de la misma asignatura en la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE), casa de estudios de la que ha sido Vicerrector y Rector.

Ha publicado innumerables ensayos sobre temas de su especialidad y libros de envergadura, algunos de los cuales en colaboración, como los muy difundidos *Elementos de economía política* y *Análisis económico del Derecho* y, con quien les habla, *Proyectos para una sociedad abierta* en dos tomos y *En defensa de los más necesitados*.

El doctor Krause también ha pronunciado una conferencia en la Academia Nacional de Ciencias Económicas en el *Seminario de la Escuela Austríaca*. En esa oportunidad se refirió al modelo de competencia perfecta y señaló que como uno de los supuestos consiste en el conocimiento perfecto de los factores relevantes, en dicho modelo no hay posibilidad de arbitraje y, por ende, de empresarios y, en consecuencia de competencia. Como ha señalado el premio Nobel en Economía F. A. Hayek, el modelo de competencia perfecta es una contradicción en los términos puesto que implica la negación de la competencia. También, el conocimiento perfecto conduce a que no resulte necesario el dinero en efectivo que es para imprevistos, lo cual, a su turno, significa que no habrían precios y, a su vez, desaparece la posibilidad de contabilidad, evaluación de proyectos y cálculo económico en general.

Autores de la talla de Mark Blaug que originalmente adherían a la concepción neoclásica de equilibrio y competencia perfecta han reconocido que no resulta un instrumento idóneo puesto que alude a una noción estática y excluye la importante visión del mercado como proceso. En la autobiografía intelectual del doctor Raúl Prebisch, titulada *Capitalismo periférico*, se pueden comprobar los perjuicios del antes aludido modelo y los obstáculos que presenta para la comprensión de los fenómenos reales.

El doctor Krause también expuso con gran solvencia en esta Academia sobre algunos de los problemas económicos y jurídicos que presenta el análisis de temas ecológicos.

El trabajo galardonado del doctor Krause que hoy celebramos se basó en un ensayo del doctor Olivera publicado en una colección en homenaje a mi padre y compilada por su nieto mayor.

Es pertinente en este acto recordar que tuve el privilegio de conocerlo al doctor Olivera cuando yo tenía 19 años y estaba rindiendo el ingreso a la Facultad con motivo de una comida que mi padre le ofreció en su domicilio al profesor Ludwig von Mises a raíz de un ciclo de conferencias que pronunció invitado por el Centro de Estudios sobre la Libertad que presidía mi padre, ciclo que tuvo lugar en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires merced a la generosa hospitalidad de su Decano, el doctor William Lesley Chapman.

Casi cincuenta años después de aquellas conferencias, la Unión Editorial de Madrid me invitó a escribir el Prólogo a una nueva edición de las seis conferencias a que nos venimos refiriendo de von Mises, en un elegante libro que lleva por título *Política económica*, invitación que acepté con mucho gusto, rodeado de los más gratos recuerdos, obra que apareció publicada el año pasado.

Ludwig von Mises, a quien el doctor Krause ha estudiado en profundidad, ha abierto nuevas avenidas en su tratado de economía publicado en 1949 en cuanto al análisis de aspectos hasta el momento no abordados por la economía convencional por entonces apegada a aspectos meramente crematísticos. Mises fue un pionero al exhibir un andamiaje teórico de gran fertilidad al estudiar la acción humana en su conjunto y extender el instrumental de la utilidad marginal a campos hasta el momento inexplorados.

Tal vez, contemporáneamente, en nuestra profesión, el economista más conocido en cuanto a sus trabajos que se apartan del análisis convencional es el premio Nobel en Economía profesor Gary S. Becker, especialmente en lo relativo a la familia, el crimen y las dro-

gas. Dicho sea al pasar, en otra de las gestiones presidenciales del profesor Olivera al frente de esta Academia, le sugerí se designara al doctor Becker como Académico Correspondiente de esta Corporación, lo cual se llevó a cabo luego de la correspondiente aprobación por el Plenario en un acto académico de graduación en ESEADE.

Como hemos apuntado, el trabajo del doctor Krause sobre el que nos va a exponer a continuación, se sustentó en el referido ensayo del doctor Olivera que ahora precisamos se trata de la vinculación entre el Derecho y la Primera Ley de Gossen o la utilidad marginal decreciente en cuanto a que el valor de la ley decrece en la medida en que se expande la legislación. En este sentido, Planiol –citado en la tesis doctoral de Marco Aurelio Risolía, en 1946, titulada *Soberanía y crisis del contrato*– referida a un contexto menos ambicioso pero mostrando un estrecho correlato con la economía, sostuvo que “la inflación de la ley conduce a su depreciación”.

El excelente trabajo del doctor Krause, y para el caso todos los estudios que se realizan en nuestro medio que vinculan la Economía y el Derecho, están de hecho directa o indirectamente vinculados con una obra pionera en la materia publicada por el doctor Olivera en 1953 titulada *Derecho económico*.

Es para mí un placer singular darle la bienvenida a esta casa al doctor Martín Krause y congratularlo por el premio recibido.

SOBRE LA OFERTA Y LA DEMANDA DE DERECHO

Dr. MARTÍN KRAUSE

Where possession has no stability, there must be perpetual war. Where property is not transferred by consent, there can be no commerce. Where promises are not observed, there can be no leagues nor alliances¹.

David Hume (1711-1776)

El presente trabajo tiene como objetivo consolidar y extender el análisis realizado por Olivera (1999) en un breve pero sustancioso artículo en el cual sostiene que el derecho es un bien sujeto al principio de utilidad marginal decreciente cuyo precio de mercado se mantiene en general por encima del equilibrio dando como resultado un defecto por exceso. En primer lugar se tratará de formalizar el concepto en términos de un modelo básico basado en dos grupos: una mayoría y una minoría, luego se buscará mostrar cómo el mercado puede llegar a ese punto de desequilibrio por exceso. Finalmente se tratará de desarrollar el argumento para considerar si existen fuerzas de mercado que pueden imponer algún límite a ese proceso que mantiene alejado o continúa alejando al mercado del equilibrio óptimo paretiano. Es decir, si existe un proceso que presiona al mercado a alejarse del equilibrio la pregunta a contestar será: ¿qué es lo que evita que este proceso continúe indefinidamente? ¿Existe algún

¹ David Hume (1739-40), *A Treatise of Human Nature*, Cap. 83, Sect. xi, Of the Laws of Nations, <http://etext.library.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/chapter83.html>

límite al desequilibrio por exceso y en tal caso cuál? La respuesta a esta pregunta centrará su atención en el proceso de competencia inter-jurisdiccional como un mecanismo, aunque no el único, que genera el límite mencionado.

En la primera parte se introduce el tema, luego se desarrolla un modelo simple basado en ideas originales de Bastiat respecto a la expoliación adaptadas al concepto de externalidades negativas para luego considerar distintos mecanismos que imponen un límite y finalmente concluir.

¿Cantidad o calidad?

El concepto de “Seguridad jurídica” no es fácil de definir. En términos generales podríamos decir que es el resultado que obtiene un sistema legal generando un conjunto de normas formales que permite coordinar las acciones de los individuos en sociedad, dando previsibilidad a sus actos (North, 2001).

No es lo mismo que “estabilidad jurídica”. Esta última es imposible ya que las normas legales cambian en forma constante. Hay un constante “flujo” de normas que reemplaza, modifica o se agrega al “stock” de normas necesariamente existente. Siendo que la complejidad de la sociedad crece en tanto se multiplican sus componentes y las posibilidades de interacción entre sí, podríamos suponer que existe una demanda de normas que lleva a un stock creciente. Tal vez podría argumentarse que la convivencia social no demanda mucho más que los 10 mandamientos de la tabla que recibiera Moisés, pero es también cierto que la multiplicación de relaciones sociales aumentaría en ese caso la tarea de los jueces quienes deberían resolver cada caso por separado. La existencia de mayor número de normas formales reduciría esos costos de adjudicación (Fon & Parisi, 2007).

Siendo innegable la importancia de la calidad de las normas, la existencia de un “flujo” llama la atención acerca de la cantidad de normas que se agregan al stock existente. El presente trabajo tiene un objetivo limitado, no considerará cuestiones de “calidad” sobre las cuales se han manifestado destacados pensadores en el ámbito de la filosofía política o jurídica, y economistas como Bastiat (2004) o Hayek (2001), sino sobre la cantidad de normas.

En particular, se buscará completar el análisis en este campo planteado por autores como Olivera (1999) y Epstein (2005). Ellos, quienes por supuesto han también considerado la calidad de las nor-

mas, han asociado el número de normas legales con la seguridad jurídica, aseverando que un número de normas más allá de un determinado punto de equilibrio genera una sobre-provisión que resulta en inseguridad. “Como los demás bienes, el Derecho está subordinado al Principio de Utilidad Marginal Decreciente o Primera Ley de Gossen. Cuanto mayor el número de normas, tanto más difícil resulta su conocimiento y correcta interpretación. La incerteza sobre el Derecho limita la creación de certeza por medio del Derecho” (Olivera, 1999, p. 15)².

La utilidad marginal del derecho se contrapone con un costo marginal creciente en términos de libertad lo que resulta en un equilibrio del orden jurídico, en el cual utilidad marginal y costo marginal se igualan. Olivera, haciendo referencia a Adam Smith, sostiene que de la misma forma en que en general “el precio de mercado se mantiene por encima del equilibrio que debajo de él... Un fenómeno semejante se presenta al equilibrio jurídico” (p. 17).

Si el mercado se encontrase por debajo del precio de equilibrio el exceso de demanda se cubriría por normas contractuales, formales o informales, acordadas por las partes. Si se encontrase por encima, el exceso de normas se ajustaría “de facto” sin corregir las normas, simplemente incluyéndolas. Esta podría ser una proposición testable considerando los niveles de economía informal; el problema para su verificación, no obstante, adquiere un grado de complejidad mayor debido a que la informalidad es resultado tanto de la ausencia de normas formales (derechos de propiedad claramente definidos, por ejemplo), como de su exceso que lleva a muchos productores a esos mercados (De Soto, 2001).

Desequilibrio por defecto

En la descripción de Olivera del derecho como un bien se supone que se trata de un “bien privado” o al menos no hay ninguna referencia a sus características de “bien público”. En el primero de los casos el desequilibrio por defecto desaparece por definición: derecho es toda norma formal que el mismo mercado provee, por lo que el defecto de normas emitidas por el Estado es cubierto por normas

² Sobre las características de “bien” del derecho, un tratamiento clásico es el de Eugen von Böhm-Bawerk [1881]-1962, pero este tema no será considerado en este trabajo.

contractuales privadas, alcanzando de todas formas el óptimo pare­tiano en el punto de equilibrio.

Muchos autores sostendrían, sin embargo, que el derecho tiene características de “bien público” y, por lo tanto, el mercado fracasaría en alcanzar su provisión óptima. La visión de Olivera es, sin embargo, la opuesta, la situación planteada es una en la que nos encontramos con un “fracaso del Estado” en proveer el nivel óptimo de derecho, bache que es cubierto por el mercado.

Lo interesante del concepto es la consideración acerca de la posible provisión privada de derecho y normas, lo cual es particularmente verificable en el comercio internacional, normas de calidad (ISO, etc.), normas de gobierno corporativo (*best practices*), de producción (*peer production*) y estándares tecnológicos (*qwerty*). Si aceptamos que éstas pueden ser provistas en forma privada el mercado tendería a alcanzar el equilibrio, acercándose a él aunque nunca alcanzándolo.

El desequilibrio por defecto no sería un problema a menos que existiera algún tipo de falla de mercado, originada en características de “bien público” que el derecho pudiera tener. Pero aún así, incluso aceptando que ciertos aspectos del derecho presentaran los requeridos aspectos de “no exclusión” y “no rivalidad en el consumo”, no se desprende de ello que su única forma de producción fuera por medio del monopolio de la fuerza, como mostrara Coase respecto a los faros (Coase, 1974).

En definitiva, el argumento normativo contra una extensión de la producción legislativa del Estado más allá de las clásicas funciones de gendarme encontraría una justificación adicional en el mecanismo de mercado complementando la oferta de lo que sea definido como bien público.

Desequilibrio por exceso

Esta sería entonces la circunstancia más común. ¿Cuáles son las fuerzas que impulsan al mercado a este desequilibrio? Olivera menciona algunas. “Si es por exceso el desequilibrio, el Derecho será desvirtuado por factores reales de poder. La influencia política, la fuerza, la corrupción, crearán una disparidad entre el ámbito de vigencia formal del Derecho y su acatamiento efectivo” (p. 16).

Esta es la descripción característica de la literatura del “*rent seeking*”, la presión de grupos de interés por obtener legislación que

los favorece. En situaciones de “dilema del prisionero”, cada grupo “compra” normas que lo favorecen sin tener en cuenta el costo que imponen al conjunto, terminando todos en una situación peor en tanto los costos originados por los privilegios del resto son superiores a los beneficios obtenidos por el propio.

La “búsqueda de rentas” describe una situación en la cual una minoría obtiene privilegios (palabra que proviene de “*privi leges*”, ley privada) a costas de la mayoría. Pero no es ésa la única demanda de normas existentes. La escuela de la elección pública (*Public Choice*) también ha señalado la otra fuente, cuando los políticos aseguran su reelección proveyendo legislación que beneficia a la mayoría en perjuicio de la minoría.

Bastiat (2004, p. 195) señalaba ya estas dos posibilidades, a las que daba el nombre de “explotación parcial” (de la minoría a la mayoría) y “explotación universal” (de la mayoría a la minoría) y agregaba una tercera, la única que sería un control para el desequilibrio por exceso, la llamaba “ausencia de explotación”. No hay una demanda de menos normas, sino una competencia de minorías y mayorías para obtener sus propias “explotaciones”.

El éxito de la “explotación universal” es simple: la democracia es el gobierno de la mayoría. El de la “explotación parcial” ha sido explicado como un problema de acción colectiva: los beneficios se encuentran concentrados en unos pocos, los costos se reparten entre muchos ninguno de los cuales tiene un incentivo suficientemente fuerte para oponerse al privilegio (Olson, 1992).

El modelo

El modelo asume la existencia de dos grupos de votantes: una mayoría M_a , y una minoría M_i . Ambos grupos consumen legislación, L , por medio de la cual buscan imponer la explotación hacia el otro grupo. Al hacerlo, ambos grupos también consumen E , una externalidad negativa impuesta sobre el otro grupo.

Tomemos el caso de M_a . Maximiza su utilidad sujeto a su restricción presupuestaria,

$$Y_{ma} = L_{ma} \cdot P_L + E_{ma} \cdot P_e$$

Esto es, maximiza

$$M = U_{ma}(L_{ma}, E_{ma}) + \lambda (Y_{ma} - L_{ma} \cdot P_L - E_{ma} \cdot P_e) \quad (1)$$

La maximización de (1) respecto de L y E nos da la condición de primer orden para la maximización de utilidad

$$\frac{\frac{\partial U_{ma}}{\partial E_{ma}}}{\frac{\partial U_{ma}}{\partial L_{ma}}} = P_L P_e \quad (2)$$

La externalidad entra en la función de utilidad de Mi, es una expropiación de la mayoría. Podemos resolver la asignación óptima paretiana de L y E maximizando la utilidad de un grupo sujeto a la restricción de mantener la utilidad de Mi constante y no se excede el presupuesto combinado de los dos grupos

$$M_{op} = U_{ma}(L_{ma}, E_{ma}) + \lambda (\hat{U}_{mi} - U_{mi}(L_{mi}, E_{ma})) + \gamma (Y_{ma} + Y_{mi} - P_L L_{ma} - P_L L_{mi} - P_e E_A) \quad (3)$$

La presencia de E_{ma} en la función de utilidad de Mi representa la expropiación de la mayoría como una externalidad hacia la minoría. Maximizando (3) con respecto a L_{ma} , L_{mi} , y E_{ma} , nos da:

$$\partial M_{op} / \partial L_{ma} = \partial U_{ma} / \partial L - \gamma P_L = 0 \quad (4)$$

$$\partial M_{op} / \partial L_{mi} = \lambda (-\partial U_{mi} / \partial L) - \gamma P_L = 0 \quad (5)$$

$$\partial M_{op} / \partial E_{ma} = \partial U_{ma} - \lambda \partial U_{mi} / \partial E - \gamma P_e = 0 \quad (6)$$

Reemplazando (4) y (5) para despejar λ e γ de (6) tenemos la condición de óptimo paretiano:

$$\frac{\frac{\partial U_{ma}}{\partial E_{ma}}}{\frac{\partial U_{ma}}{\partial L_{ma}}} + \frac{\frac{\partial U_{mi}}{\partial E_{ma}}}{\frac{\partial U_{mi}}{\partial L_{ma}}} = P_e / P_L \quad (7)$$

O bien

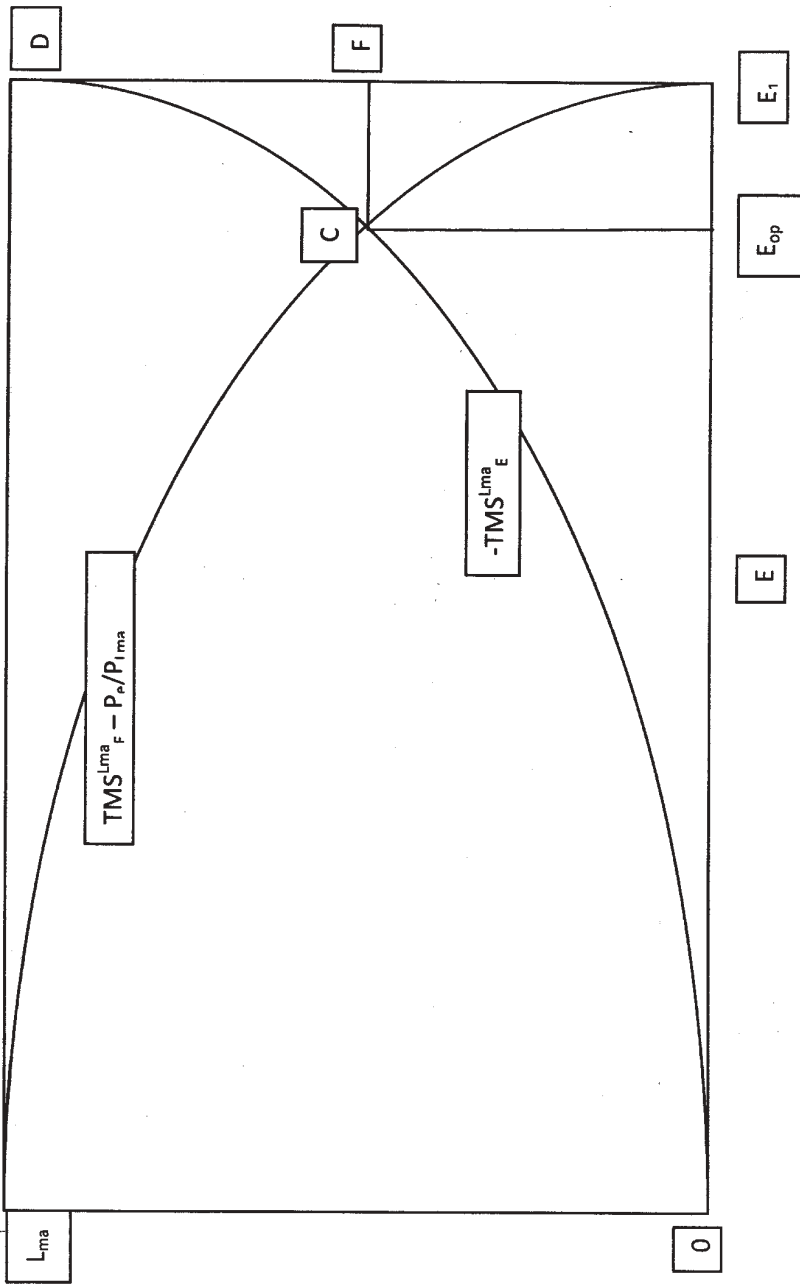
$$\frac{\frac{\partial U_{ma}}{\partial E_{ma}}}{\frac{\partial U_{ma}}{\partial L_{ma}}} = P_e / P_L - \frac{\frac{\partial U_{mi}}{\partial E_{ma}}}{\frac{\partial U_{mi}}{\partial L_{ma}}} \quad (8)$$

La ecuación (8) nos da la condición de óptimo paretiano, la ecuación (2) determina el nivel de E, ya que sólo Ma decide el monto que comprará de E. Si E es una expropiación, o una externalidad negativa

$$\frac{\frac{\partial U_{mi}}{\partial E_{ma}}}{\frac{\partial U_{mi}}{\partial L_{ma}}} < 0$$

Por lo que la mayoría “compra” más L que el óptimo. El mismo análisis puede realizarse respecto de Mi y su consumo de L_{mi} .

Gráfico 1



Externalidades mutuas

Para la mayoría, Ma, la tasa marginal de sustitución TMS de L_{ma} por E cae a medida que se incrementan los efectos externos por lo que $TMS^{L_{ma}}_E - P_e/P_{L_{ma}}$ tiene pendiente negativa. Por el contrario, esto es una externalidad negativa para la minoría Mi, para quienes la tasa de sustitución tiene una pendiente positiva $-TMS^{L_{ma}}_E$.

El punto E_1 es al que llegaría Ma sin tomar en cuenta los efectos negativos que ocasiona en Mi. El punto C determina la cantidad óptima de externalidad, E_{op} , al que se llegaría en ausencia de costos de transacción (teorema de Coase). El área $E_{op}CD$ es la utilidad que pierde la minoría debido a que Ma lleva su consumo de L hasta el punto E_1 en lugar de restringirse a E_{op} .

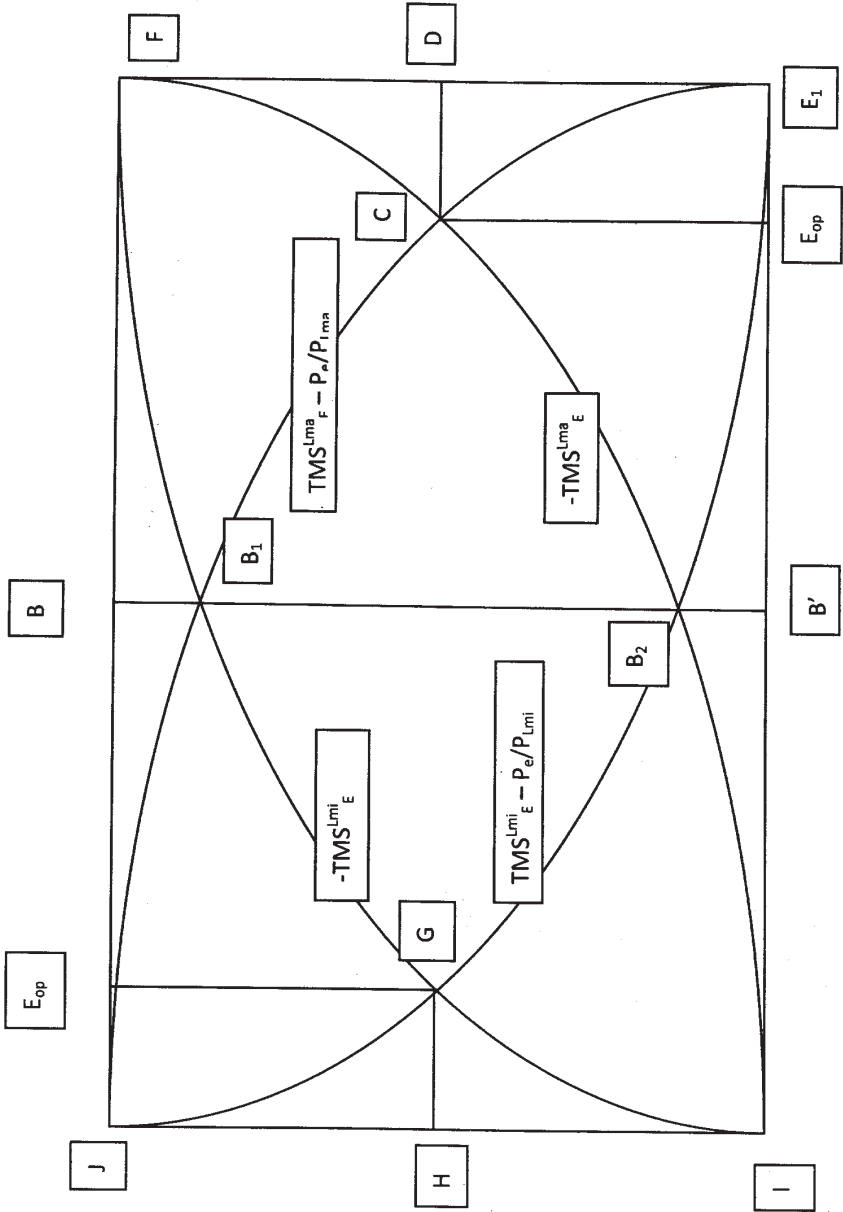
Según el teorema de Coase (1960), ambos podrían alcanzar una situación favorable si Mi ofreciera compensar a Ma por un monto de $E_{op}C$ por cada unidad de E que dejara de consumir, lo que llevaría a Ma al punto óptimo E_{op} , recibiendo como compensación el área $E_{op}CFE_1$. Mi se beneficiaría con el área CDF . Si M_i tuviera poder de veto sobre la legislación que impulse Ma, podría vetar toda propuesta, efectivamente llevando la situación al punto 0. En tal caso, los beneficios para Ma serían tan grandes que estaría dispuesta a ofrecer una compensación a Mi por cada unidad de legislación que ésta aceptara hasta llegar al punto C (**Gráfico 1**).

Pero el poder de veto, es uno tal por el que Mi puede impedir la expoliación de la mayoría pero eso no le permite imponer la propia. Como vimos antes, la minoría sí puede hacerlo a través de sus actividades de *lobby*, en cuyo caso obtiene un privilegio que es una externalidad negativa para Ma. Lo que Bastiat denominara “expoliación parcial”.

En el Gráfico 2 podemos ver ambos tipos de expoliaciones superpuestas a la Edgeworth. Ahora existen dos puntos óptimos para dos tipos de legislación, los que a su vez significan un beneficio para un grupo y una externalidad negativa para el otro.

Algún arreglo institucional que limitara las posibilidades de expoliación y, por lo tanto, de imponer y a la vez sufrir externalidades negativas tendería a concentrarse en algún punto del área GB_2CB_1 . Para el caso de Ma, algún punto en esa superficie determinaría un sacrificio de utilidad proveniente de L_{ma} , ya que se encontraría a la izquierda del punto C, pero con el beneficio de eliminar los costos externos que le impone Mi, el área $E_{op}JI$; para Mi, de la misma for-

Gráfico 2



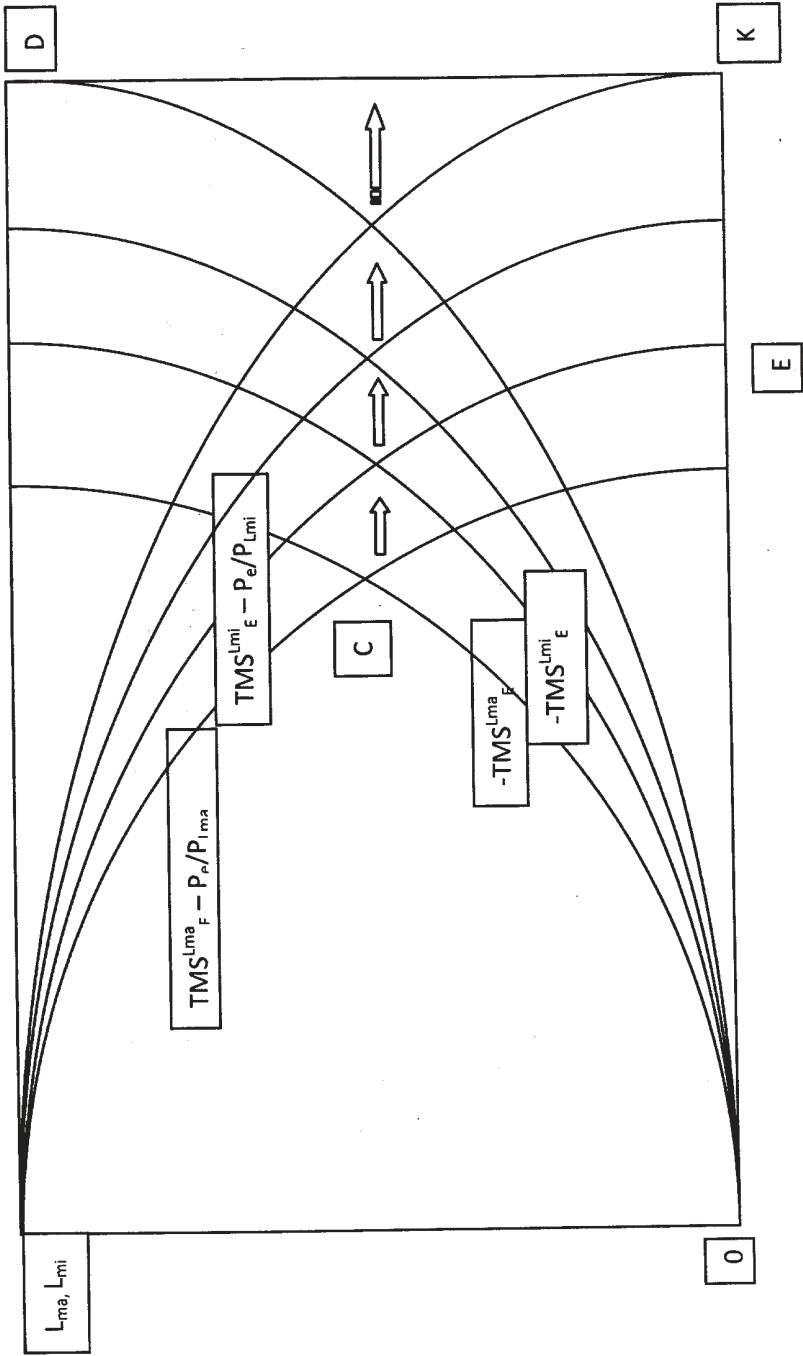
ma, un punto dicha superficie implicaría un sacrificio de utilidad proveniente de L_{mi} pero al mismo tiempo eliminaría los costos externos que le impone M_a , el área E_{op} E_1F .

Pueden imaginarse todo tipo de restricciones institucionales para reducir la posibilidad de imponer este tipo de externalidades negativas (*bills of rights*, determinadas mayorías, división de poder, renovación de mandatos), pero lo cierto es que los estados democráticos modernos han visto crecer en forma continua el tamaño y las funciones del Estado llevando los niveles promedio de gasto público/PBI desde menos de un 10 % a comienzos del siglo XIX hasta más del 35 % a fines del siglo XX (Tullock, 1997).

Esto daría a entender que la contención ha sido al menos relativa, y se ha producido un proceso de sucesivos ciclos donde mayorías y minorías han logrado imponer sus "*privi leges*" por sobre las que obtuviera el otro grupo. Este fenómeno es una de las preocupaciones fundamentales del "*Public Choice*", que lo denominara "*ciclying*", cuando en lugar de preferencias "*single-peaked*" que determinan los resultados del votante promedio nos encontramos con preferencias multidimensionales, como sería inevitablemente el caso en presencia de mayorías y minorías con distintas preferencias. Buchanan & Yoon (2001) utilizaron primero modelos de duopolio-oligopolio Cournot-Nash para considerar los efectos que distintas mayorías alternándose en el poder podrían tener sobre el "recurso común" de la base impositiva.

Estaríamos en presencia de un fenómeno tipo "dilema del prisionero" donde los dos participantes del juego terminan generando el peor resultado conjunto posible. En términos gráficos, si unificamos los efectos externos de ambos en E , podríamos describir la situación de la siguiente forma (**Gráfico 3**):

Gráfico 3



Presiones competitivas

Ahora bien, como se mencionara, ciertos marcos institucionales han logrado imponer algún tipo, si bien imperfecto, de restricción para el avance desde el punto C hacia la derecha. En nuestro caso, el presente trabajo quiere plantearse la cuestión: ¿existe un límite como el que el gráfico presenta con la línea D-K? Y en tal caso, ¿en qué consiste?

La primera respuesta es positiva, por la sencilla razón de que el fondo común sobre el que se extraen externalidades negativas tiene un límite, en términos de Bastiat, no se puede expropiar más del stock de riqueza existente.

En tal sentido, D-K representa un punto en el cual la sociedad colapsa, el exceso de derecho es máximo, la economía formal se detiene en tanto y se maximiza el porcentaje de economía informal. Una situación que podría aproximarse a lo antes descrito podría ser la que presenta actualmente Zimbabwe: el PBI ha caído un 4,8% en 2006 y lo haría en 6,2% en 2007 en el marco de un claro proceso hiperinflacionario donde la tasa anual de crecimiento de precios era 1.638,40% en enero 2007 y 17.806,8% en agosto del mismo año con una expectativa de 150.000% para el año 2008³. Nadie en caída libre desde el alto de un edificio va a llegar más lejos que al suelo.

¿Existen también fuerzas que restringen la capacidad de avance desde C hacia la línea D-K?

El proceso competitivo genera eficiencia porque fuerza a los proveedores a prestar atención a los consumidores y sus necesidades. Esto sucede así porque aquellos necesitan la aprobación voluntaria de estos últimos para poder realizar un intercambio que ha de resultar mutuamente beneficioso para que llegue a realizarse. En el ámbito de las acciones del Estado eso no sucede porque quien ofrece los servicios no requiere de esa aprobación, al menos en forma directa. Esta desvinculación entre prestación y pago está en la raíz del problema y en tanto y en cuanto esa desvinculación exista el problema del “desequilibrio por exceso” estará presente.

En tal sentido, el proceso de competencia intra-, inter- y extra-jurisdiccional actúa como un mecanismo adicional para el control de relativo de ese proceso ya que establece límites. En la medida que la

³ *Economic Research*, MCBA Bank Limited, Harare, Zimbabwe, Diciembre 2007.

movilidad de los factores ejerce presiones positivas y negativas, introduce un mecanismo de premios y castigos que fuerzan al gobernante a prestar atención a esos movimientos.

Pero estamos hablando de monopolios territoriales, con una imperfecta (aunque creciente) movilidad por parte de los ciudadanos y con imperfecta información respecto a los costos y beneficios provenientes de las distintas jurisdicciones debido a la ausencia de precios en estos servicios. Por eso es que la competencia genera condiciones limitantes en tanto y en cuanto el individuo puede trasladarse pero, al mismo tiempo, estamos lejos del grado de competencia que existe cuando sin necesidad de hacerlo el individuo puede optar entre un producto o servicio y otro. No obstante, ese traslado existe y se hace más intenso a medida que se reduce el tamaño de la jurisdicción a cargo de la provisión del servicio como también se reducen sus costos a medida que la situación se acerca a la línea D-K. De allí que las bondades normativas de la descentralización vayan más allá que el conocimiento de las condiciones específicas de tiempo y lugar al permitir un incremento proporcional de la movilidad y, por ende, de la competencia.

Los Estados, no obstante, son monopólicos por definición. Así los describe Max Weber:

“...debemos decir, sin embargo, que un Estado es una comunidad humana que (exitosamente) reclama el monopolio del uso legítimo de la fuerza física en un cierto territorio”⁴.

Sin embargo, aun cuando los gobiernos son organizaciones monopólicas y no están expuestas a la competencia, se encuentran compitiendo con otros Estados en el ámbito internacional, ya que los recursos productivos tienen movilidad y cierta capacidad de decidir dónde instalarse.

La “salida” y la “voz”

La economía de mercado es altamente eficiente cuando sus participantes pueden iniciar o terminar relaciones de producción e inter-

⁴ Max Weber, (1919), “Politics as a Vocation”, en H. H. Gerth and C. W. Mills (Editors), 1948, *From Max Weber: Essays in sociology*, Translated, edited and with an introduction by Hans Heinrich Gerth and Charles Wright Mills, New York: Oxford University Press, 1946. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd, 1947/1948 <http://www.mdx.ac.uk/www/study/xweb.htm>

cambio entre sí. En otros términos, pueden “entrar” o “salir” de esas relaciones. Si un determinado bien o servicio ofrecido por un productor es considerado “peor” en comparación con otros producidos por otros productores, el consumidor simplemente ejerce su opción de “salida” y elige alguno de los otros proveedores. Este mecanismo de competencia, que traslada ganancias a aquellos que mejor satisfacen las necesidades de los consumidores garantiza la existencia de los bienes y servicios deseados y la asignación de recursos hacia su producción es guiada por los mayores niveles de ganancias. Los productores se encuentran presionados a lograr la eficiencia por la competencia existente.

Esta es básicamente la lógica del mercado como la desarrollara Adam Smith. Este enfoque fue por primera vez extendido hacia el análisis de la eficiencia de los gobiernos locales por Tiebout (1956) asimilando el consumidor al votante quien, de la misma forma en que elige en el mercado el que considera mejor bien o servicio según sus necesidades, elige la comunidad “que mejor satisface sus preferencias por bienes públicos” (p. 183). Según Tiebout, a nivel del gobierno central las preferencias del consumidor-votante están dadas y el gobierno trata de ajustarse a las mismas [que el gobierno tenga ese único objetivo, si es que lo tiene, sería seguramente objetado por los autores del “public choice”. Tiebout, adopta del paradigma neoclásico el concepto del “dictador benevolente” que sólo persigue el “bien común”. Por otro lado, su mismo argumento podría extenderse hacia la competencia entre distintos estados “nacionales” en la medida que la migración sea posible y los gobiernos centrales estarían también sujetos a la competencia de otros gobiernos nacionales en la provisión de servicios, algo que las corrientes migratorias parecen confirmar], mientras que en el ámbito de los gobiernos locales éstos tienen sus ingresos y gastos más o menos fijados y el consumidor-votante se traslada al gobierno local que mejor satisfaga su juego de preferencias. Cuanto mayor sea el número de comunidades y mayor la diferencia entre ellas, más se acercará el consumidor a alcanzar su posición preferencial, como en el mercado.

Así, la opción de “salida” reemplaza a la prueba del mercado de la preferencia para comprar un determinado bien o servicio lo que garantiza, entonces, que cada localidad tendría el sistema de ingresos y gastos (y en nuestro caso, el conjunto de normas jurídicas) que refleja los deseos de sus residentes (p. 185). Es decir, como el mercado alcanza la “eficiencia”, la competencia entre gobiernos locales también la alcanza a ese nivel de gobierno. Tiebout parafrasea a Samuel-

son diciendo que “cada individuo, buscando como comprador competitivo alcanzar los mayores niveles de indiferencia dados precios e impuestos, será guiado como por una Mano Invisible a la gran solución del óptimo social”.

Los autores de la escuela del “*public choice*” o la “economía política constitucional” no asumen el carácter benevolente del gobierno y presentan el mismo argumento de Tiebout pero con un enfoque diferente. Según ellos, la lógica del análisis de Adam Smith es la misma que la de los Papeles Federalistas. Ambos contienen el supuesto que los individuos, incluyendo a los funcionarios de gobierno, actúan en pos de su propio interés y que tratarán de utilizar al poder gubernamental en ese sentido a menos que estén restringidos por la posibilidad de que la gente pueda buscar protección o preferir a otros funcionarios de otros niveles o regiones.

Así Brennan & Buchanan ([1987] 1997), Bish (1987), Buchanan (1995/96) y Vaubel (1999) destacan que el proceso de competencia entre los gobiernos locales, la posibilidad que presenta la opción de “salida”, limitaría las posibilidades de los gobiernos locales de explotar a sus ciudadanos y empresas. Y destaca Buchanan que no resultaría necesario que esa opción sea ejercida por una gran parte de la población sino que los efectos se sentirían igual con una proporción relativamente pequeña de los mismos. Aún los ciudadanos y empresas que nunca considerarían trasladarse serían protegidos por la reconocida existencia de aquellos que marginalmente están dispuestos a hacerlo. En este sentido, el federalismo y la descentralización servirían para limitar las posibilidades de abuso tanto del gobierno federal como de los gobiernos locales, del primero porque los recursos se encuentran repartidos entre distintos niveles de gobierno, de los segundos porque existe la posibilidad de movilizarse.

El análisis en el marco de los conceptos de “salida” y “voz” fue desarrollado en el trabajo seminal de Hirschman (1970). Este autor señala que hasta ese momento la ciencia económica había concentrado su análisis en el mecanismo de “salida”, el cual promueve la eficiencia en el mercado, interpretando tal salida como la decisión del consumidor de dejar de lado un determinado producto o servicio cuando su calidad no le satisface o también cuando ciertas personas abandonan una firma. Como resultado de esto los ingresos de la firma caen, se reducen sus clientes o miembros y los administradores son forzados a buscar formas de corregir las fallas que ocasionaran esta deserción.

Por otro lado, la ciencia política se ha concentrado en el mecanismo de “voz”, es decir, de la forma en que los individuos, como ciuda-

danos, expresan su aprobación o descontento con determinadas políticas y proceden a la elección de sus representantes.

No obstante, señala Hirschman, ambos mecanismos están vigentes tanto en uno como en otro campo: la “voz” está presente en el mercado cuando los clientes o miembros manifiestan directamente su insatisfacción por la calidad de los productos y servicios a los administradores y la “salida” está presente en el ámbito de las decisiones políticas cuando los ciudadanos, mediante su movilidad, se desplazan desde aquellas jurisdicciones que ofrecen servicios de baja calidad o costos hacia aquellas con mejor oferta.

Buchanan señala, además, que aún si los ciudadanos y las empresas no están dispuestos a ejercer la opción de “salida”, la existencia de pequeñas unidades de jurisdicción gubernamental mejora la otra opción, la de “voz”, es decir expresar su opinión vía los mecanismos democráticos de gobierno ya que un voto resulta más decisivo en un electorado de cien que en uno de mil o de un millón. Además, es más fácil organizar un pequeño grupo que puede resultar en una coalición ganadora en una jurisdicción pequeña. Aun si no se utilizara la opción de “salida”, existiría la de “salida virtual” que es la observación de cómo se manejan las cosas en otras jurisdicciones y los efectos que esto pueda tener en el proceso político interno.

Por otro lado, la “salida” no tendría que ser necesariamente física, o sea requerir el traslado físico del individuo o la empresa para garantizar la competencia. Kobayashi & Ribstein (1997) afirman que la existencia de distintos sistemas legales en un estado federal origina una competencia potencial entre los mismos, en tanto y en cuanto las personas y empresas puedan elegir la jurisdicción legal de su relación contractual. Esto es evidente en el ámbito del comercio y las finanzas internacionales donde las partes eligen en muchos casos la autoridad judicial a la que se someterán en caso de disidencias con respecto al cumplimiento del contrato; pero también sucede entre Estados siendo un ejemplo de esto el establecimiento legal de las empresas en los Estados Unidos, las que eligen los Estados que les otorgan mejores sistemas legales, no siendo los mismos en los que la empresa tiene su sede central y sin ni siquiera tener que contar con operaciones en ese Estado.

Desde el ámbito de la filosofía política, Nozick (1988) considera el modelo Samuelson/Tiebout en el marco de su análisis de las utopías y se pregunta si el proceso competitivo proseguiría indefinidamente. De no ser así, el alcanzar el óptimo de la competencia significaría la existencia de lo que denomina “mundos estables” y se pregunta cuántos

les serían sus características. En principio, ninguno de los habitantes del mundo puede imaginar otro mundo en el cual desearían vivir. En tal mundo “estable” uno no podría establecerse como monarca absoluto explotando a los demás porque ellos estarían en una posición mejor formando una nueva asociación sin uno. En otras palabras, sería un mundo del cual nadie querría “salir” y en el que nadie aceptaría mi ingreso si es que voy con intenciones de obtener de mi asociación más de lo que estoy dispuesto a poner en ella. Asimismo, siendo que “las personas divergen con relación a los valores que tienen y atribuyen diferentes pesos a los valores que comparten” (p. 298)... “no hay ninguna razón para pensar que *hay* una sola comunidad que sirva como ideal para todas las personas, y muchas razones para pensar que no la hay”. Los utopistas siempre trataron de desarrollar sociedades sencillas, pero homogéneas. Si tenemos en cuenta las diferencias entre las personas, en cambio, las verdaderas utopías son “muchas utopías” diferentes, o en nuestros términos, descentralizadas.

En términos de lo analizado hasta el momento, no habría un “equilibrio” que alcanzaría la condición de óptimo paretiano, sino múltiples equilibrios dadas las preferencias de los individuos respecto al derecho.

¿Por qué no habría tantas sociedades como personas? Nozick parece seguir, aunque sin mencionarlo, a Coase ([1937]1996) ya que señala que “en el mundo real hay costos de información para descubrir qué otras comunidades hay, y cómo son, así como costos de traslado y de viaje para ir de una comunidad a otra”. Ya hemos mencionado por qué no habría una sola y Nozick termina afirmando que habría muchas, con gran diversidad, y que utopía es meta utopía, el medio en el cual los experimentos utópicos pueden ser ensayados.

Conclusión

El presente trabajo tuvo como objetivo desarrollar el concepto planteado por Olivera (1999) de que en el “mercado del derecho” existe una tendencia a un excedente por exceso. La misma fue asociada a la explicación en términos clásicos de Bastiat como “explotación parcial” o “explotación universal”, ya sean impuestos por la minoría (Mi) a través de las actividades de lobby, o por la mayoría (Ma). El grado de exceso y la facilidad para su avance tiene que ver con el marco institucional vigente el cual, si bien no impide, al menos dificulta su desplazamiento.

Asimismo se planteó si ese crecimiento del excedente tiene algún límite el cual fue descrito como el colapso completo de la actividad económica formal. Y también si existe algún mecanismo que genere incentivos para frenar o reducir el crecimiento de ese proceso antes de que se llegue a la situación extrema. Uno, seguramente no el único, puede ser el proceso de competencia interjurisdiccional, motorizado por la creciente movilidad de los factores, cuyos titulares expresan sus preferencias por los conocidos mecanismos de salida y voz.

Este proceso impone crecientes costos al avance de la expropiación parcial o universal, por lo que las jurisdicciones que más se alejen del óptimo paretiano (teniendo en cuenta que habrá distintas “utopías” óptimas), más recursos perderán mientras que aquellos que más se acerquen los atraerán.

Bastiat (2004) planteaba que a los individuos se les presentan tres opciones: las dos primeras son participar de la expropiación parcial o la expropiación universal, la tercera era la ausencia de expropiación. Ésta sería la “meta-utopía” que Nozick plantea. En ausencia de valores que guíen las acciones de los individuos en este sentido (y éste no es un tema menor, ya planteado por autores como Hayek [1988] y North [2005], quienes señalan la importancia de las “ideas” en la evolución de las sociedades, tema no considerado aquí), la competencia interjurisdiccional genera incentivos para que las sociedades no se desbarranquen hacia el extremo desequilibrio por exceso de derecho.

El llamado proceso de “globalización”, que describe un mayor grado de movilidad de los factores, puede mejorar esos incentivos. Aún está por verse si lo hará en grado suficiente, no ya para frenar el camino del exceso sino para impulsarlo en la dirección opuesta.

Bibliografía

- Bastiat, Frédéric (2004), “La Ley”, en *Obras escogidas*, Madrid, Unión Editorial.
- Bish, Robert L. (1987), “Federalism: A Market Economics Perspective”, *Cato Journal*, Vol 7, N° 2 (Fall 1987).
- Böhm-Bawerk, Eugen von [1881] 1962, “Whether Legal Rights and Relationships are Economic Goods”, en *Shorter Classics of Eugen von Böhm-Bawerk*, South Holland, Ill., Libertarian Press; título original, “Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre”, Innsbruck, Austria, Verlag der Wagner’schen Universitäts-Buchhandlung.

- Brennan Geoffrey y James M. Buchanan ([1987]1997), *El Poder Fiscal*, Barcelona, Ediciones Folio S.A., 2/5/97.
- Buchanan, James M. (1995/96), "Federalism and Individual Sovereignty", *Cato Journal*, Vol. 15 N° 2-3 (Fall/Winter 1995/96).
- Buchanan, James A. & Yong J. Yoon (2001), "Majoritarian Management of the Commons", *Economic Inquiry*, Vol. 39, Nr. 3, July 2001, 396-405.
- Coase, Ronald H. ([1937] 1996), "La naturaleza de la firma", originalmente en *Economica* 4, p. 386., traducción en Oliver E. Williamson y Sydney G. Winter (compiladores), *La naturaleza de la firma: Orígenes, evolución y desarrollo*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Coase, Ronald (1960), "The problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, October 1960.
- Coase, Ronald (1974), "The lighthouse in Economics", *Journal of Law & Economics*, Vol. 17 ¹ 2, October 1974.
- De Soto, Hernando (2001), *El misterio del capital*, México, Editorial Diana.
- Epstein, Richard A. (2005), *Reglas simples para un mundo complejo*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Fon Vincy & Francesco Parisi (2007), "On the Optimal Specificity of Legal Rules", *Law and Economics Research Paper* ¹ 04-32, George Mason University School of Law.
- Hayek, Friedrich A von (1988), *The fatal Conceit: The Errors of Socialism*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Hayek, Friedrich A von (2001), *Camino de servidumbre*, Madrid, Unión Editorial.
- Hirschman, Albert O. (1970), *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Kobayashi, Bruce H & Larry E. Ribstein 1997, "Federalism, Efficiency and Competition" (draft), <http://papers.ssrn.com>
- North, Douglass (2001), *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica.
- North, Douglass (2005), *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton: Princeton University Press.
- Nozick, Robert (1988), *Anarquía, Estado y utopía*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Olivera, Julio (1999), "El principio de Gossen y la estabilidad jurídica", en Alberto Benegas Lynch (nieto), compilador, *Alberto Benegas Lynch: In Memoriam*, Buenos Aires: Centro de Estudios Sobre la Libertad.
- Olson, Mancur (1992), *La lógica de la acción colectiva*, México: Limusa.
- Tiebout, Charles M. (1956), "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy* 64 (October, 1956): 416-24, reproducido en Cowen, Tyler (editor), *The Theory of Market Failure*, Fairfax, Virginia, George Mason University Press, 1988).
- Tullock, Gordon (1997), "El desarrollo del gobierno", *Libertas* ¹ 27, Buenos Aires, Octubre 1997.

Vaubel, Roland (1999), "Enforcing Competition Among Governments: Theory and Application to the European Union", *Constitutional Political Economy*, 10.