

EL COSTO DE LA LEGALIDAD

Enrique Gherzi*

El propósito económico fundamental del derecho es reducir los costos de transacción, pero la ley también tiene un costo, que el autor denomina "costo de la legalidad". El estudio de la informalidad muestra cómo el costo de la legalidad, cuando es muy alto, conduce a la desobediencia civil.

La deformación del ideal democrático ha popularizado la creencia de que todo acto legislativo se hace ley, sin considerar si se ajusta al derecho y al orden moral vigentes.

Esta ilusión conduce a que la ley quede neutralizada por su propio costo de realización.

A Armando de la Torre

El mercado es un mecanismo costoso para la toma de decisiones económicas. Pero también la ley es un mecanismo costoso. Por consiguiente, si bien el derecho tiene como propósito económico fundamental reducir los costos de transacción, la ley que es una de sus fuentes también tiene un costo que el autor denomina "costo de la legalidad". En ese sentido, no toda ley abarata las transacciones, sino que es perfectamente posible que las encarezca.

En efecto, el estudio de la informalidad ofrece el contexto preciso para examinar cómo el costo de la legalidad conduce a su ineficiencia por discriminar a la mayoría de la población y favorecer el rentismo, lo que a la postre provoca su falta de vigencia social.

* Abogado. Profesor de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Lima (Perú). Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Investigador del *Instituto Libertad y Democracia* de Lima desde 1982. Coautor de *El Otro Sendero* con Hernando de Soto y Mario Ghibellini.

Sin embargo, permite descubrir también que en estos casos los individuos que se dedican a actividades informales han sido capaces de reemplazar las leyes que no funcionan por un conjunto de reglas alternativas -la normatividad extralegal- a fin de abaratar sus propios costos de transacción.

En términos generales, *El Otro Sendero* condensa un enorme esfuerzo de investigación empírica por tratar de mostrar cómo los individuos que han migrado del campo a la ciudad en las últimas décadas tienen una enorme energía empresarial que, sin embargo, han debido desarrollar al margen y aun en contra de la ley, es decir, informalmente.

En cierto sentido podría decirse que *El Otro Sendero* contiene una teoría positiva de la vigencia de la ley o, si se quiere, de la no vigencia de la misma, por cuanto la existencia de una informalidad de las dimensiones y características descritas representa la posibilidad de estudiar la desobediencia civil como fenómeno masivo y espontáneo frente a una ley que no funciona.

Por ello, estimo que es menester discutir un conjunto de planteamientos teóricos, más o menos explícitos, que se derivan de algunas de las observaciones empíricas contenidas en el libro y que se relacionan con el derecho y la economía. El principal de ellos es el concepto de "costo de la legalidad" que es, a mi entender, el más importante aporte teórico de nuestro trabajo.

1 La Transacción y la Norma

Como resultado de las discusiones acerca de las imperfecciones del mercado y de la presunta necesidad de una intervención estatal para corregirlas, Ronald Coase logró establecer algunas hipótesis de trabajo fundamentales para el análisis económico del derecho.¹ La primera es que el mercado es un mecanismo costoso en el que no se pueden adoptar todas las decisiones. La segunda, que toda transacción cuesta algo a quien la realiza, independientemente de sus propios propósitos. Este costo de transacción está compuesto por el tiempo y la información indispensables para que la actividad se lleve a efecto. La tercera conclusión es que cuanto más compleja es una economía, mayores serán los costos de transacción. Y la cuarta es que, así, aparece el derecho co-

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

mo institución mediadora para reemplazar a las personas individuales y al mercado en aquellas funciones en que los costos serían insufragables en un contexto de intercambio puro.

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

- Existiendo costos de transacción, el derecho no es indiferente al óptimo económico. Luego hay normas más eficientes que otras, según permitan comportamientos más aproximados con ese óptimo; entendido en el sentido que le dio el economista italiano Vilfredo Pareto, como aquella situación en la cual nadie puede mejorar su propia posición a costa de que la de otro empeore.
- Las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico: abaratar los costos de transacción. Para el efecto, han de definir derechos de propiedad, dar seguridad a los contratos y establecer un sistema de responsabilidad civil extracontractual.

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

Ello ha permitido a Henri Lepage entender al derecho como la clasificación del conjunto de usos, criterios, valores y costumbres que permiten establecer una representación del universo, mejorar la capacidad de previsión y anticipar las consecuencias de determinados supuestos de hecho.²

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

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

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

De esta manera queda claro que no todas las decisiones económicas se toman en el mercado, sino que, además de mercado, hay en toda sociedad un metamercado, compuesto por el derecho encargado de regularlo y facilitar la obtención de los objetivos sociales e individuales abaratando los costos de transacción.³

Ahora bien, el derecho entendido como metamercado tiene varias fuentes o maneras de producirse. A un nivel microeconómico, los contratos. A un nivel macroeconómico, las costumbres, las leyes y la jurisprudencia de los tribunales. Según sean los sistemas jurídicos de los países, varía la importancia o independencia de estas diferentes fuentes; pero, como se verá con mayor detenimiento más adelante, son fuentes básicamente competitivas que van generando derecho. Tratan de organizar y poner en ejecución los acuerdos requeridos para intercambiar bienes o servicios y para combinar los recursos humanos así como materiales necesarios para producirlos. Buscan obtener la cooperación de los individuos para sus fines comunes. Y proveen servicios para facilitar la confección o la puesta en ejecución de todo tipo de acuerdos que versen sobre bienes o servicios: contratos, responsabilidad civil, derechos reales, etc.

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

Sin embargo, es muy probable también que se deba a una cierta ventaja comparativa del Estado como productor de derecho. En efecto, por definición, el Estado tiene el monopolio de coacción y de la coerción legítimas. Por ende, al tener también el monopolio de la producción de legislación,

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

puede hacer que el derecho generado a través de ella tenga mucho más vigencia social porque es aplicable *erga omnes*. Pero puede suceder también todo lo contrario, como veremos más adelante.

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

Ocurre, sin embargo, que tal gratuidad no existe. Antes bien, el cumplimiento de las regulaciones implica una serie de costos y beneficios sobre los ciudadanos que deben observarlas. De acuerdo con Carbonier, esto puede conducir a que la ley quede neutralizada por su propio costo de realización.⁵ En efecto, las personas que quieran disfrutar de los beneficios de la legalidad deberán asumir los costos involucrados. De no estar en condiciones de hacerlo, puesto que se ha encarecido por encima del nivel sufragable la disposición a cumplir con la ley, sencillamente no podrán aprovechar el sistema legal. Y, paradójicamente, éste habrá quedado neutralizado porque habrá dejado de ser útil para los individuos.

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

Entonces, el costo de la legalidad, en el sentido en que lo entenderemos, es la noción genérica de todos los componentes y cada uno de ellos, en forma conjunta o separada, con

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

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

los cuales y por los cuales se realiza una decisión con respecto de la legalidad de una actividad. Así, pues, el costo de la legalidad es la apreciación individual de todo aquello que es necesario hacer o no hacer para disfrutar del amparo y protección del régimen legal.

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

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

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

De acuerdo con Hayek, en todos los casos en que la coacción sea evitable, el único efecto de la ley consistirá en alterar los medios a disposición de los individuos, pero nunca en determinar sus propios propósitos.⁷ Luego, el vínculo de sujeción que se estima inherente al imperio de la ley sólo es tal luego de un análisis racional de costos y beneficios realizado por los individuos. De manera que, si efectuada esta evalua-

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

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

ción resulta que las leyes no sirven a los intereses particulares, se habrá establecido una demanda de medios jurídicos alternativos para servirlos. En este contexto la ley empieza a perder vigencia social y se recurre a fuentes al derecho, como la costumbre, en busca de normas útiles para reducir los costos de la transacción. Sin embargo, por carecer estas fuentes alternativas del mismo nivel de exigibilidad que la ley, se incrementa adicionalmente el grado de incertidumbre de las transacciones económicas.

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

Lo importante en cada caso es entender que la existencia de una legalidad excesivamente onerosa no necesariamente supone que las actividades dejen de llevarse a cabo sino que se trasladan de un mercado a otro: de la formalidad a la informalidad. Dado el carácter instrumental de la ley, ésta no es más que mecanismo de información por el cual los individuos pueden advertir la cantidad de recursos que les representaría gozar de la protección del Estado para el desarrollo de su actividad. Por consiguiente, como la gente tiende por naturaleza a hacer lo más barato y evitar lo más caro, el cumplimiento de la ley está sujeto a que ella tenga menores costos que beneficios; puesto que las personas al evaluarla persiguen cumplir sus propios objetivos y no los del Estado ni mucho menos los de las autoridades.

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

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

Sin embargo, con respecto a la legalidad, el carácter subjetivo e inaprehensible del costo se hace más evidente e importante por cuanto intervienen de manera crucial consi-

deraciones no monetarias o, al menos, no directamente monetarias, como la seguridad, el prestigio, el miedo o la potencial protección de la ley.

2 El Problema del Costo

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

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

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

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

En lo que se refiere al tema de este artículo hay que advertir que si bien el concepto de costo de la legalidad se refiere más a la acepción subjetiva, su evaluación proviene tanto de operaciones subjetivas cuanto de resultados objetivos. Por ende, las aproximaciones sistemáticas al tema pueden hacerse a través del concepto subjetivo —examinando las conductas hipotéticas, posibilidades y perjuicios resultantes— y a través del concepto objetivo —examinando cuánto ha costado la legalidad a quien ya realizó una elección—. En este caso, sin embargo, el resultado que se obtenga, si bien será más fácil de cuantificar, no necesariamente reflejará el proceso individual de la lógica de la elección, sino los resultados de ciertas experiencias individuales frente a la legalidad.

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

Esta experiencia realizada, a su vez, forma parte inicial de la información que los individuos pueden reunir para formarse una noción de lo que cuesta la legalidad. Ella crea una especie de acervo social de información, conocimiento, intuiciones y emociones respecto de la legalidad. Puede

transmitirse directamente, mediante amigos, paisanos u otros. También indirectamente, a través de la mediación de profesionales, tales como abogados o contadores, que precisamente tienen por función acopiar todo este acervo informativo.

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

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

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

De manera contraria a lo que podría suponer un esquema simplista, los individuos frente a la legalidad no entran en detalles ni consideraciones mayores. La aprecian en su conjunto, por su onerosidad agregada y por su dificultad total. Las decisiones personales frente al derecho no están perfectamente discriminadas. Antes bien, dependen de una serie de consideraciones como conocimiento, información o

disponibilidad de asesoría. Algo así como un carácter común engloba los diferentes componentes del costo de la legalidad en un bosque de cargas que asusta más que cada uno de sus árboles.

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

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

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

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

Si, en cambio, su disponibilidad de recursos es limitada, será muy probable que tenga más que ganar actuando al margen de la ley. Aunque aquí hay otro factor a considerar: la imposibilidad absoluta de realizar una actividad dentro de la ley. Un caso particular de esta situación es aquél en el que un individuo sencillamente carece de todo conocimiento respecto de los requisitos de la legalidad. Esto significa, simplemente, que su capital humano es excesivamente escaso con respecto de los requerimientos legales, situación que, si se toma agregadamente, puede sugerir la existencia de un costo social elevadísimo resultante de una discriminación legal contra las personas de menores recursos.

Entonces, el costo de la legalidad no es una medida exacta ni particular, sino imprecisa y global. En 1946 Thirlby escribió que el costo "no es objetivamente describible ... es una cosa que existe en la mente de quien toma decisio-

nes antes de que su curso comience y que puede haber sido vagamente aprehendida ..."⁸

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

Recuérdese que los precios, como se sabe desde los trabajos de Menger, Bóhm-Bawerk, Mises y Hayek,⁹ tienen entre sus cometidos principales transmitir información acerca de los valores relativos de bienes y servicios en una sociedad. Expresan no sólo lo que el bien o el servicio representa subjetivamente para las personas involucradas, sino también su relación con la estructura institucional. Por ende, contienen una evaluación automática del costo de la legalidad. De hecho, lo incorporan, porque al expresar el costo de oportunidad de la utilización de los recursos lo hacen en relación a la estructura legal vigente.¹⁰

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

3 ¿Cuánto Cuesta la Legalidad?

Uno de los principales aportes del trabajo del Instituto Libertad y Democracia (ILD) ha sido tratar de cuantificar la legalidad vigente en el Perú. En ese sentido, se planteó una metodología original consistente en determinar qué tipos de componentes tenía tal costo. Así llegó a la conclusión de que, por lo menos para propósitos prácticos, había dos componentes importantes de cuantificar.

Ello se explica en el hecho de que hay dos tipos de individuos característicos que se dedican a actividades informales. Los que nunca entraron al circuito legal y los que, habiendo entrado, desertan de él haciendo informal parte de sus acti-

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

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

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

vidades. De un lado, los ambulantes, microbuseros o invasores de terrenos; de otro, los empresarios privados que no facturan parte de sus ventas o eluden el cumplimiento de determinadas regulaciones.

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

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

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

Pues bien, el resultado fue que los investigadores del ILD tuvieron que tramitar durante 289 días para poder obtener los once permisos necesarios a un costo total de 1.231

dólares —entre gastos realmente desembolsados y lucro cesante—, suma que a la fecha significó 32 veces el sueldo mínimo vital. Por añadidura, se les pidieron sobornos unas diez veces, a los que hubo que acceder por lo menos en dos, pues, pese a cumplir con las regulaciones, no se podía pasar sin sobornar a los funcionarios.

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

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

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

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

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

En lo referente a los costos de permanencia en la formalidad, el ILD ha tratado también de obtener algunos indicadores. Así, en base a una muestra de 50 pequeñas empresas industriales, ha determinado que los costos de permanencia en la formalidad representan el 347.7% de sus utilidades después de impuestos y el 11.3% de sus costos de producción.

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

En este sentido, se habría comprobado una divergencia bastante importante entre el fenómeno de la informalidad como revolución social en América Latina y la informalidad como marginalidad en ciertos países desarrollados. En efecto, los trabajos de Peter Gutmann, Edgar Feige y Vito Tanzi, reconocidos como clásicos en la materia, consideran que una fiscalización demasiado rigurosa sería la causa principal de la existencia de actividades informales;¹¹ mientras que las comprobaciones del ILD sugieren que sería una variable más general, como el costo de la legalidad, la que estaría generando principalmente el problema.

Ahora bien, es preciso indicar que la discriminación entre los diferentes costos de acceso y permanencia es un recurso metodológico para cuantificar el costo de la legalidad, pero no es la manera como procede una persona en la vida

11 Peter Gutmann, "The Subterranean Economy", *Financial Analyst Journal*, (Nov-Dic. 1977).

Edgar Feige, "A New Perspective on Macroeconomic Phenomena," *The Theory and Measurement of Unobserved Sector of United States. Causes, Consequences and Implications*, XXXIX Meeting of American Economic Association. Unpublished paper. 1980.

Vito Tanzi, "The Underground Economy in US, 1930-1980". IMF Staff Papers. Vol. 30. 1983.

diaria. De hecho, los individuos que enfrentan a la legalidad o se sirven de ella no entran en detalles ni consideraciones profundas, sino que evalúan *grosso modo*, generalmente a través del mecanismo de los precios, lo que puede dificultarles cumplir con las obligaciones legales y lo que pueden obtener de ellas a cambio de ese cumplimiento.

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

4 El Revés de la Trama: Discriminación Legal y Mercantilismo

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

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

Ocurre que tal imposibilidad tiene una clara relación con los niveles de ingreso. North y Leroy Miller sostienen que toda limitación en el tiempo y en la información afecta a las personas de manera inversamente proporcional a la cuantía de sus ingresos.¹² Es decir, las personas que más tienen, enfrentan con menos problemas las dificultades originadas por la legislación y, por el contrario, aquellas que menos tienen, encontrarán más dificultades.

En el punto óptimo, para un nivel dado de ingresos, el cumplimiento de disposiciones y procedimientos se encontra-

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

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

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

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

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

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

Luego, queda perfectamente claro que el costo de la legalidad puede excluir a los pobres de la utilización de las normas, a diferencia de las personas con mayores recursos o contactos en el aparato estatal. Por consiguiente, la legislación no está cumpliendo los propósitos tuitivos o redistributi-

vos esperados por autoridades o legisladores. Antes bien, está profundizando las diferencias sociales al negar el acceso a grandes contingentes de personas y, paradójicamente, está creando también rentas en favor de pequeños grupos de la población.

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

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

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

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

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

Luego, si se regulan, de una cierta manera, las actividades económicas, es obvio que se está creando una renta en

favor de quienes puedan satisfacer los estándares legales y en contra de quienes no pueden hacerlo. Se determina, a la postre, quién aprovechará las oportunidades económicas sólo porque puede cumplir las regulaciones y se excluirá a otros sólo porque no pueden hacerlo.

Ello no creará, necesariamente, una situación de justicia mayor. Por lo general, toda norma tiene un impacto redistributivo. Cuando este impacto reduce los costos de transacción se produce una situación semejante a la "posición original" de Rawls,¹³ según la cual, por tratarse de reglas abstractas y no excluyentes, es muy probable que al ganar un individuo beneficie a todos los demás. Sin embargo, cuando el impacto redistributivo de la ley encarece las transacciones se produce una situación asimétrica, donde reglas particulares y excluyentes favorecen a los que tienen una posición privilegiada en su trato con el aparato estatal.

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

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

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

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

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

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

de producción legislativa o de negociar con quien lo administre.

La profusión legislativa, a menudo generada por respetables propósitos sociales, determinados objetivos políticos, discutibles prejuicios ideológicos, intereses creados egoístas o simple incuria o inercia administrativa, tiene el efecto no necesariamente deliberado de crear una renta en favor de alguien y en detrimento de los demás.

En el desarrollo del análisis económico del derecho, este problema puede asimilarse al crecimiento del Estado y del déficit presupuestal y ha recibido hasta el momento tres grandes explicaciones. La primera es la de James Buchanan, quien atribuye la causa del problema a la influencia de un libro y de un hombre: *La Teoría General* de John M. Keynes. La segunda es la del congresista por Texas Richard Arme y, quien la atribuye también a la influencia de una idea personal, pero en este caso a *La Sociedad Opulenta* de John K. Galbraith. Y la de Gordon Tullock, quien sostiene que las causas del problema resultan de una técnica de ensayo y error por la cual los políticos habrían aprendido que ciertos dogmas democráticos clásicos, como el déficit presupuestal o el patrón oro, no son prerequisites necesarios para la estabilidad de sus gobiernos, sino que a través del "pragmatismo" es posible soslayarlos.¹⁴

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

Sin pretender dar una respuesta completamente satisfactoria, tengo la convicción de que las características de nuestra estructura legislativa pueden servir para explicar este problema de una manera más aceptable. En efecto, dada una estructura jurídica como la nuestra, sucede que hay

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

una tendencia natural a multiplicar las normas rentistas y postergar aquellas que sean de carácter general.

Henri Lepage, en el transcurso de una disertación acerca de los alcances del nuevo análisis económico, expresó, hace algunos años, una brillante explicación del problema.¹⁵ En resumen, esta opinión es la siguiente: fundamentalmente en el sistema jurídico romano-civil, y en todo sistema jurídico en general, hay dos tipos de normas, clasificadas de acuerdo con su impacto económico. Ellas son las de carácter general, con supuestos de hechos abstractos, aplicables a una pluralidad de personas, generalmente ordenadas en razón de la naturaleza de las cosas y no de los individuos, y las normas de carácter particular, generalmente con supuestos de hecho concretos, propósitos distributivos, limitado rango de aplicabilidad y ordenadas en atención a las diferencias entre las personas y no de las cosas. A las primeras, Lepage las llama "normas" A las segundas, "privilegios".

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

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

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

Ello determina que en la propia estructura de nuestros sistemas jurídicos exista una proclividad a la multiplicación de "privilegios" por comparación con el establecimiento de "normas" de carácter general. Tal proclividad, a entender de Lepage, sólo podría revertirse eliminando la facultad que

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

tienen los gobiernos de dar reglas de carácter particular. Una posición más realista debería admitir, no obstante, que la creación de reglas de carácter particular es indispensable en toda sociedad compleja y que la solución estaría, antes bien, en introducir algunos mecanismos de división de poderes para provocar competencia entre los diferentes órganos productores de legislación y disminuir la posibilidad de una producción indiscriminada de "privilegios".

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

Asimismo, si entendemos que el interés social, de acuerdo con la ya clásica fórmula de North y Tilomas,¹⁶ éste consiste en que la tasa de beneficio privado se aproxime a la tasa de beneficio social o, en palabras más sencillas, que cada persona al buscar su propio beneficio persiga el beneficio de los demás. Resulta así perfectamente obvio que la legalidad, lejos de consagrar los propósitos tuitivos deseados, ha favorecido a los dictados rentistas más perniciosos.

Lo que queremos sugerir es que un alza en el costo de la legalidad, pese a que pueda tener justificaciones políticas o sociales, ha tenido efectos reales completamente opuestos a los deseados. Ha permitido que unos pocos mejoren su situación a costa de muchos y que, por consiguiente, la tasa de beneficio privada diverja de la tasa de beneficio social. A la postre, esta situación ha convertido a la legislación en un juego de suma negativa, donde nadie sabe exactamente quién le está robando.

5 La Normatividad Extralegal

Si el derecho es un mecanismo de información, la falta de derecho implica un aumento de la incertidumbre. Teóricamente en esta situación los costos de transacción deberían ser tan altos que las actividades económicas no podrían llevarse a efecto. Empero, como hemos dicho, la ley no es el único mecanismo generador de normas que reduzcan tales

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

costos. De hecho, los contratos, a pequeña escala, y la costumbre, a una mayor, son otras maneras de reducir los costos de transacción que, aunque no tienen la eficacia de la ley, pueden generar un orden suficiente para hacer posibles cierto tipo de transacciones.

En ese sentido, otro punto fundamental del estudio de la informalidad consiste en advertir que ésta no se ha limitado a producir un conjunto de actividades económicas, sino que ha generado también las reglas encargadas de regularlas.

En los sistemas jurídicos anglosajones está muy claro que no hay una sola fuente del derecho, sino que son varias, y a la vez competitivas: la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales y las leyes. Sin embargo, en los sistemas jurídicos romano-civiles esta percepción no es tan clara. Se confunde constantemente derecho con ley, en circunstancias que ésta es solamente una de las formas de producirlo. Obviamente, esta confusión se orienta en el sentido de reforzar y aun de justificar los poderes del Estado, pero no altera la realidad.

En sentido estricto, en nuestros sistemas jurídicos la producción de derecho también es competitiva. Lo que ocurre es que se ha reforzado el monopolio del Estado como productor de leyes y minusvalorado la importancia de la jurisprudencia. Pero la fuerza de la costumbre como fuente alterna y competitiva del derecho frente a la ley es real y efectiva, sólo que no necesariamente se produce en cualquier contexto. De hecho, el contexto predilecto parece estar ahí donde existe una cantidad significativa de actividad informal.

En términos generales, la costumbre se convierte en una fuente efectiva de derecho cuando el costo de la legalidad excede a su beneficio. Dicho de otra manera, cuando los individuos puestos en la posición de realizar determinada actividad económica encuentran que el costo de la legalidad es mayor que el costo de la transacción misma, recurrirán a prácticas jurídicas diferentes para reducirlos, las que, una vez ampliadas a determinados grupos, se convertirán en una costumbre generadora de derecho.

Son conocidos por los estudiosos del derecho los casos en que la costumbre es una importante fuente normativa, especialmente en el ámbito comercial o mercantil. No obstante, se trata de casos reducidos a pequeños segmentos de la población, en los cuales la costumbre *praeter legem* alcanza un nivel de aceptación considerable por el desarrollo de ciertas actividades económicas. No es el caso de la informalidad, en

el que, precisamente, es el desarrollo de una costumbre *contra legem*, la que ha venido a convertirse en el sistema jurídico con vigencia social.

A este fenómeno el ILD le ha llamado "normatividad extralegal", y su principal esfuerzo ha consistido en tratar de describirlo tal como opera en determinadas actividades informales de la capital del Perú.

Esas reglas regulan desde la adquisición de la propiedad y organización de la invasión, en el caso de los asentamientos informales, hasta el régimen contractual, organización de los turnos, sistema laboral y repartición de utilidades, en los casos de la industria, el comercio y el transporte informales respectivamente.

Ocuparía muchas páginas para describir en forma exhaustiva las características de la normatividad extralegal tal como el ILD las ha encontrado. Empero, es importante precisar al menos sus rasgos fundamentales. Se trata de una normatividad basada en acuerdos contractuales más o menos explícitos entre las diferentes personas que comparten la actividad informal —un mismo Pueblo Joven, una "paradita" de ambulantes o un comité de microbuses—.

Por ello, la génesis de la normatividad extralegal se asocia mucho con las teorías del contrato social como fuentes primigenias de organización, especialmente desde la perspectiva reciente de John Rawls y Robert Nozick.¹⁷

Sin embargo, hay una característica esencial en este tipo de contratos que originan la normatividad extralegal. A saber, que no provienen de fuentes monopólicas sino competitivas; a diferencia de lo que sucede con la ley que, por definición, es producida monopólicamente por el Estado. En la posición inicial donde los individuos celebran los contratos originarios de la normatividad crean, a su vez, una organización encargada de aplicarlos. Esta organización, a su turno, administra y prepara acuerdos complementarios o modificatorios de los contratos originarios para adaptar constantemente la normatividad extralegal a la realidad. En esta tarea las organizaciones informales compiten entre sí, tratando de ofertar bienes públicos de mayor valor e interés para las personas. Estas, por su parte, se afilian o desafilian a tales organizaciones teniendo en consideración la calidad de los beneficios que les ofrecen, lo que a la postre determina una

17 John Rawls, *Ob.Cit.* Robert Nozick, *Anarchy State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974).

competencia muy fuerte entre las propias organizaciones, puesto que, a su turno, ellas dependen de su propia capacidad de convocatoria para tener importancia en el mercado político.

A diferencia de lo que sucede con la normatividad legal, la extralegal, pues, no se origina en el monopolio de un único generador de normas sino en una pluralidad de productores que se ven forzados a mantener y a elevar sus estándares para conservar o acrecentar su vigencia política. La normatividad extralegal resultante es, así, fruto de una competencia regulatoria descentralizada entre una pluralidad de organizaciones informales generadoras de normatividad.

Asimismo, la normatividad extralegal está compuesta por normas de carácter general, no discriminatorias, aprobadas, por lo general, en asambleas regidas por el principio democrático de la mayoría simple. Dada una posición original en la que los informales no tienen manera de saber en qué los beneficiará individualmente cada una de esas normas, es muy natural que la normatividad resultante esté conformada por reglas generales y abstractas. En el lenguaje de Lepage, más por "normas" que por "privilegios".

Igualmente la normatividad extralegal carece de propósito redistributivo expreso y trata preferentemente de definir y asegurar derechos de propiedad y contratos entre los particulares. En tal sentido, busca prever problemas futuros y contiene reglas abstractas a ser aplicadas por la dirigencia de las organizaciones informales en caso de conflictos.

En efecto, dentro de esta normatividad extralegal la dirigencia desempeña muchas veces funciones de tribunal de justicia, no descartándose la participación de la comunidad —especialmente en problemas penales— bajo la modalidad de jurados informales.

La normatividad extralegal se caracteriza también por constituir una organización como órgano encargado de aplicarla y ejecutar los acuerdos futuros a los que vayan llegando los individuos. En este sentido, las organizaciones informales desempeñan un importante papel promotor de las necesidades e intereses individuales que no excluye su eventual "politización", negociando con las autoridades la concesión de reconocimiento administrativo o de mera tolerancia para sus actividades.

La constitución de organizaciones informales en aplicación de los contratos originarios de normatividad extralegal merece comentario aparte. Comúnmente éste ha sido un te-

ma de especial interés, pero desconcertante, para los científicos sociales.

Todos los Pueblos Jóvenes, ambulantes, transportistas y aun pequeños industriales pertenecen a algún tipo de organización que suele denominarse "sindicato", "asociación", "federación" o "confederación", con cierta similitud con la llamada organización clasista de los sectores obreros. Para desenredar la madeja se han ensayado todo tipo de explicaciones. Pero en general la literatura marxista tiende bien a repudiar a estas organizaciones por pertenecer al "lumpenproletariado" o bien a asimilarlas tácticamente a un supuesto sector popular aliado a la clase obrera y los campesinos; cuando en realidad estas organizaciones son de una naturaleza totalmente diferente de la sindical. En puridad no son más que órganos emanados de contratos generadores de normatividad extralegal que, en determinados contextos de masa crítica y capacidad de convocatoria respetables, participan en el mercado político como un grupo de interés más en búsqueda de obtener del poder redistributivo del Estado los bienes públicos más satisfactorios para sus afiliados.

En ese sentido, son parientes mucho más próximos de las organizaciones empresariales o de las cámaras de comercio que de los sindicatos; aunque se amparan en esta nomenclatura como estrategia para competir con mayor facilidad en el mercado político. Así, pues, un sindicato o una federación de informales no es más que una estrategia de marketing.

La normatividad extralegal así generada para regular la economía de mercado incipiente de los informales contrasta paradójicamente con la que ha ido generando el Estado a través de los años para regir la economía formal, caracterizada por su intervencionismo, su fuerte dosis de redistribución en beneficio de los grupos de interés con acceso al poder del Estado y la ausencia de participación democrática en su producción. En efecto, en el Perú durante los últimos 40 años 9 de cada 10 normas que han tenido que obedecer los ciudadanos han sido producidas por el Poder Ejecutivo sin participación democrática de ninguna especie, tratése de gobierno democrático o dictadura.

No obstante ello, la normatividad extralegal es un sistema regulatorio imperfecto. Refleja una vocación social por el orden y una preferencia mayoritaria por la economía de mercado, pero carece de completa efectividad porque le falta coacción *erga omnes*. No es igualmente seguro que la ley para, por ejemplo, garantizar el derecho de propiedad tiene,

en términos generales, una vigencia restringida al ámbito de personas que son miembros de la organización que provee estas reglas.

Esto, por supuesto, no quiere decir que la normatividad extralegal carezca de mecanismos de coacción o coerción para tener vigencia. De hecho, ellos existen, pero son bastante limitados por comparación con los que cuenta el Estado. Por ejemplo, frecuentemente se utiliza la presión del grupo para obligar al infractor a cumplir sus deberes o se le margina de la protección de la organización. En algunos casos muy extremos, sobre todo en asentamientos informales, se llega a la expulsión, inclusive física, de la persona, autorizando la organización la instalación de otro individuo en su lugar. Pero, en general, se trata de mecanismos improvisados que hacen que no en pocos casos se llegue a la violencia, ahí donde la normatividad extralegal es incapaz de imponerse cabalmente.

Por consiguiente, los individuos tienen que asumir muchos costos derivados de su condición de informalidad: la falta de protección legal, no poder recurrir a los tribunales, no tener acceso al crédito ni a los seguros, soportar una incidencia mayor de corrupción de los funcionarios públicos, la falta de seguridad legal para sus derechos de propiedad y contratos, la carencia de personas jurídicas para organizar sus negocios y repartir riesgos, etc.

Adicionalmente, toda la sociedad tiene que soportar las externalidades negativas resultantes: la carencia de una responsabilidad civil extracontractual efectiva hace que los agentes económicos no necesariamente sean responsables por todas las consecuencias de sus actos y las esparce indiscriminadamente entre los miembros de la comunidad. Esto hace que no toda actividad económica privada sea, a la postre, socialmente deseable e incrementa la demanda de intervención estatal entre aquellos sectores de la opinión pública que identifican lo informal con lo anárquico.

Esto, de alguna manera, explica la paradoja de que, pese a constituir un sector mayoritario de nuestras sociedades, los informales no sean necesariamente populares entre la opinión pública, y plantea el enorme desafío de hacer ver que los muchos defectos que pueda aparentemente tener el mercado son más bien defectos de un Estado que ha sido incapaz de generar un orden con plena vigencia social.

La informalidad no es, pues, una situación de beneficio neto. Tiene costos enormes. Como los informales carecen en su *mayor parte* de derechos de propiedad, no tienen tampoco los estímulos adecuados para invertir.

El ILD hizo un trabajo de campo para poner de relieve este problema, comparando lo que sucedía en dos Pueblos Jóvenes de Lima. Ambos habían sido invadidos en el mismo año, tenían características geográficas similares y una población con un ingreso y nivel educativo equivalentes; la única diferencia relevante entre ellos era que uno, por la mayor destreza de sus dirigentes, contaba con títulos de propiedad y el otro no. Como consecuencia, en el Pueblo Joven con títulos de propiedad la inversión en viviendas era 41 veces superior que en el Pueblo Joven sin títulos. Posteriormente el ILD tomó una muestra mayor y encontró, para 47 Pueblos Jóvenes, que la relación entre seguridad legal e inversión es de 9 a 1. Esto quiere decir, simplemente, que la gente invierte nueve veces más cuando tiene derecho de propiedad seguro que cuando no lo tiene.

De la misma manera, al estar dedicados a actividades informales estos individuos no utilizan contratos exigibles ante los tribunales, ni pueden conformar personas jurídicas con responsabilidad limitada y carecen de acceso al mercado de capitales. Esto los hace recurrir al mercado informal donde obtienen crédito con tasas de interés superiores al 20% mensual y sólo por seis meses. Tampoco tienen acceso al mercado de seguros; con el resultado de que cuando a un empresario informal, por ejemplo, se le quema el taller pierde todo. Esto limita severamente sus posibilidades de producción por cuanto no están en capacidad de distribuir riesgos entre otros miembros de la sociedad.

Esta lista de costos podría extenderse indefinidamente. No obstante, quiero destacar de lo dicho que las actividades informales no son las deseables, por más que el empresariado informal puede despertar un entusiasmo desbordante al confirmar la preferencia popular por la economía de mercado.

Los múltiples defectos de la normatividad extralegal tienen consecuencias negativas en el rendimiento de las actividades informales, especialmente en lo que se refiere a su productividad. En efecto, el ILD ha calculado que en la actualidad las deficiencias institucionales hacen que la productividad de las actividades informales equivalgan a solamente un tercio de la productividad de las formales, colocando al país muy por debajo de su frontera de posibilidades de producción.

Asimismo, por encontrarse inmersos en un mercado político que beneficia a los que logran un contacto preferente del Estado, los informales pueden desarrollar -y en efecto lo

hacen- conductas tan rentistas o tan anticompetitivas como cualquier otro miembro de la sociedad.

Por consiguiente, cualquier planteamiento político que quiera hacerse tiene que partir por reconocer estas múltiples evidencias y sustentarse en una profunda reestructuración del Estado. Sólo así será posible aceptar que en nuestros países la ley carece ya de legitimidad. Y que ésta se encuentra en cada vivienda humilde donde se reivindica el derecho a la propiedad privada, en cada vendedor ambulante donde se reclama la libertad de contratar, en cada empresario privado donde se conserva la libertad.