

Derecho económico

Análisis económico del derecho (Economic Analysis of Law).

También denominado “derecho y economía” (*Law and Economics*), es un enfoque multidisciplinario que se ha convertido en uno de los paradigmas jurídicos más importantes del siglo XXI. Puede definirse como la aplicación de los fundamentos de la ciencia económica —en particular, de la microeconomía o teoría de precios, y de la economía del bienestar— al estudio de las normas jurídicas (su naturaleza, funcionamiento y consecuencias), así como de las personas (su comportamiento frente a una ley). Utiliza como marco teórico conceptos como maximización de la utilidad, elección racional, análisis coste-beneficio, oferta y demanda, precios, eficiencia económica, derechos de propiedad (*property rights*), costes de transacción, óptimo de Pareto y óptimo de Kaldor-Hicks; además, incluye herramientas analíticas provenientes de las matemáticas (álgebra, geometría y cálculo), de la estadística y de la econometría. En su análisis, se ha dividido en una perspectiva positiva y otra normativa; la primera reflexiona sobre el comportamiento real de los individuos, a partir de modelos económicos que buscan predecir los efectos de las disposiciones jurídicas; la segunda, por el contrario, pretende identificar, a partir de criterios axiológicos tomados de la economía del bienestar, las reformas necesarias para que una ley sea “mejor”, identificando dicha mejora con la eficiencia y el equilibrio de Pareto. El análisis económico del derecho ha sido aplicado a diversas áreas jurídicas, tanto vinculadas directamente con la economía (derecho de la competencia, derecho económico, derecho de las telecomunicaciones, regulación económica); como a otras que no tienen una relación directa (derecho civil, derecho penal, derecho del medio ambiente, derecho de la salud y derecho constitucional).

Arbitraje comercial. Método alternativo de solución de controversias mediante el cual se tratan de resolver, extrajudicialmente diferencias que surjan entre dos o más partes, las cuales aceptan que intervenga un tercero, ya sea un árbitro o varios, quienes resolverán de manera definitiva un conflicto que deriven de las actividades comerciales. Existen dos tipos de arbitrajes, el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*. El arbitraje institucional, se lleva a cabo en una institución generalmente con sus propias normas y con una lista de árbitros (la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, o la *American Arbitration Association*, por citar algunas). El arbitraje *ad hoc* es aquel en el que no existe alguna institución que administre un sistema; por ello, las partes son las que eligen los árbitros, así como las reglas que rigen el arbitraje.

Por último, es preciso destacar que, los laudos no comerciales, dictados en el extranjero, no se rigen por el ordenamiento mercantil nacional, y su ejecución se regulará por el tratado respectivo (en este caso, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras,

de 1958), en coordinación con las disposiciones de los códigos procesales civiles, federal o de las entidades federativas.

Competencia económica. Proceso de enfrentamiento que tienen los productores y los vendedores en un mercado, en relación con la oferta y la demanda de los factores de producción (tierra, trabajo y capital), así como con los bienes y servicios. De manera más detallada, puede definirse como el proceso de rivalidad entre los agentes económicos que participan en un mercado (productores, vendedores, distribuidores, proveedores de servicios), para ofrecer sus bienes y servicios entre los consumidores. Su principal característica es que los agentes se convierten en precio-aceptantes, es decir, que ninguno puede controlar el precio (predomina el precio de mercado); lo anterior, como consecuencia de su incapacidad para manipular el mercado. Existen diversos requisitos para identificar un escenario de competencia económica, entre los que destacan: multiplicidad de empresas produciendo u ofreciendo el bien o servicio; libre entrada y salida de las empresas del mercado; características idénticas del bien ofrecido (el producto es homogéneo). En un escenario de competencia económica, una sociedad se ve favorecida porque, a partir de la rivalidad, da lugar a una disminución de los precios de los productos, el ofrecimiento de bienes y servicios de mejor calidad, así como innovación y desarrollo tecnológico. Finalmente, es pertinente destacar que en un escenario de menor a mayor competencia económica pueden generarse mercados perfectamente competitivos (con muchos vendedores), o mercados con competencia imperfecta; en este último, pueden generarse oligopolios (pocos vendedores), o bien, monopolios (un solo vendedor); en estos casos, el precio podrá ser manipulado por el productor, vendedor o distribuidor, dependiendo del poder de mercado que posea cada uno.

Competitividad. El término “competitividad” comienza a incorporar en su ámbito elementos relativos al cambio tecnológico, productividad y organización. Desde la perspectiva empresarial, es posible entender a la competitividad como la capacidad que tiene una empresa de mantenerse en el mercado, su habilidad de mantener rentable a sus activos bajo las condiciones del mercado. La competitividad de las empresas es un factor de relevancia para el crecimiento económico de las naciones. “Productividad” es un término que se relaciona fundamentalmente con la competitividad; puede ser entendida como la capacidad de producir de manera eficiente. La productividad, entonces, es definida como la relación entre lo que produce una empresa y los recursos utilizados para dicha producción; es resultado de la agregación de las decisiones de las empresas acerca de la elección de cantidad y calidad de insumos productivos, del tipo, cantidad y calidad de

su producción de la tecnología empleada, de cómo cambian todos estos elementos y de su actividad innovadora.

Derecho económico. Conjunto de normas y principios de diversas jerarquías que regulan la actividad económica al interior de las fronteras de un país determinado. De la definición propuesta destaca su objeto: regulación de la “actividad económica”. La actividad económica se entiende como las conductas o comportamientos empresariales que tienen por objetivo producir bienes de distintos tipos, prestar servicios o intangibles.

Las características metodológicas se dan en la constitución de las normas (movilidad, plasticidad, disciplinariedad, prevalencia de la objetividad sobre la subjetividad), en la interpretación de las normas (reducción del papel del juez, aumento del papel de la administración pública y de los expertos) y en la aplicación de las normas (concepción de los delitos, tipología de las sanciones). La diversificación de los ámbitos y temáticas se da en la división entre un derecho económico interno, otro internacional, y en el interior de cada uno de ellos. En mérito a lo anterior, al tratarse de un derecho instrumental, el método aplicable al derecho económico es interdisciplinario, integrado por normas y la actividad económica regulada.

Por su parte, el derecho económico internacional incluye, dentro de su ámbito propio, la sistematización de las reglas jurídicas referentes a las relaciones económicas entre los Estados y entre los Estados y el orden mundial y, en especial: *a)* instituciones económicas internacionales; *b)* transacciones económicas internacionales; *c)* conflictos económicos entre Estados y otros actores, y *d)* espacios y problemas vinculados a la economía residual y de los Estados.

Economías de escala. Una “economía de escala” es el incremento de producción, que surge como consecuencia de la mejora —es decir, de la eficiencia— de los procesos de producción de los bienes y servicios. Dicha mejora tendrá como efecto una disminución del costo de las unidades de producción.

El concepto de “economías de escala” comprende diferentes tipos de relaciones entre el tamaño de una industria y el costo por unidad de producción de bienes y servicios. La relación costo-producción de un servicio puede indicar no sólo economías de escala, sino además, deseconomías de escala y/o rendimientos constantes a escala. El análisis de las economías a escala compara dos elementos: el costo por unidad de diferentes organizaciones con diferentes tamaños (costo de producción), y la calidad de los bienes y servicios producidos.

Estado de bienestar. Cualquier organización política desarrollada en los países capitalistas industrializados, asociada a una serie de medidas intervencionistas por parte de los poderes públicos, que rompen con la noción li-

beral de la independencia del mercado como principal agente regulador de las interrelaciones económicas, dentro de la sociedad. El primero en utilizar la expresión *welfare state* (que deriva del noruego *verferdsstaten*, usado en dicho país hacia 1939 en informes públicos incipientes al Estado benefactor hasta la actualidad) fue el arzobispo inglés William Temple, en 1941, para oponer este tipo de Estado, como forma democrática que llevaba hacia el progreso, al *machtstaat* o Estado de fuerza totalitario del nazismo. El Estado de bienestar es un reforzamiento del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, pero es también un reconocimiento, a nivel teleológico, de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado de bienestar es un Estado —sobre todo— democrático, en el cual la democracia es entendida en dos sentidos armónicamente interrelacionados: por un lado, democracia política como método de designación de los gobernantes y, por el otro, se trata de la participación activa de los gobernados. La democracia social se puede entender como la realización del principio de igualdad en la sociedad.

Intervencionismo estatal. Acto de autoridad, que interpone su conducta o acción con otro y otros actores, o bien, en sus acciones o ámbitos. El Estado, que es centro de poder utilizado o utilizable en favor de quien lo controla o influye, funciona como el instrumento para participar en la economía y desarrollar los intereses de los grupos o individuos influyentes. Esta concepción supone una separación entre lo económico (objeto de la intervención) y el Estado (objeto de la lucha política); esta situación desaparece cuando el Estado es facultado para intervenir en la economía.

La intervención del Estado en la economía surge como el instrumento temporal por el cual el poder público penetra en el sistema económico, a fin de corregir las contradicciones y crisis internas del sistema económico liberal.

Mercado. Dentro de la literatura económica es posible encontrar tres significados para el término de mercado: *a*) como un instrumento, por el cual los factores de producción, así como los bienes y servicios, son asignados a aquellos agentes que pueden darles una mayor utilidad, *b*) como un escenario, es decir, como un *locus* en que los agentes intercambian, tanto los factores de producción como los bienes y servicios ofrecidos y *c*) como una institución que coordina la acción humana para determinar y descubrir, a través de la competencia económica, las necesidades de los consumidores, así como los posibles bienes y servicios que las satisfacen. En los tres sentidos, destacan tres elementos: oferta (cantidad de bienes y servicios que los productores fabrican para satisfacer necesidades), demanda (cantidad de bienes y servicios que los consumidores están dispuestos a adquirir) y precio (cantidad de dinero que expresa el costo de adquisición del bien o servicio). Si bien, en la actualidad, los países tienen al mercado como eje de sus economías, lo cierto es

que existen organismos que pretenden regularlo, de tal manera que se pueda coordinar el interés individual con el general y reducir los efectos de los llamados “fallos del mercado” (competencia imperfecta, bienes públicos, información incompleta, distribución inequitativa de la riqueza y externalidades).

Política económica. Comprende las directrices y regulaciones a través de las cuales el Estado conduce y orienta la economía de un país. Se aplica en la búsqueda de tres objetivos: crecimiento económico, estabilidad de precios y pleno empleo. Para su estudio, se ha clasificado en dos perspectivas: *a)* en razón de su espacio de ejecución y *b)* en razón de los sujetos que la aplican y observan.

La primera, a su vez, se divide en política económica nacional e internacional. La política económica nacional es aquella que se planea, ejecuta y vigila en un país determinado, tanto por las autoridades públicas como por el sector privado (Poder Ejecutivo y empresas, respectivamente). Por otra parte, la política económica internacional es diseñada, ejecutada y monitoreada a través de los organismos internacionales, e involucra a dos o más naciones. Algunos ejemplos pueden encontrarse en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en diversas disposiciones emitidas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Banco Mundial.

Por lo que respecta a su clasificación a partir de los sujetos que diseñan la política económica, puede clasificarse en personal o privada, empresarial o corporativa y estatal o pública. La personal o privada es diseñada por una o más personas para regular su propia actividad económica; la empresarial o corporativa es elaborada por un director general o grupo de directores para conducir las actividades de una empresa o corporación. La estatal o pública es la que determinan las autoridades públicas y gubernamentales para lograr un mayor crecimiento económico, así como el reparto equitativo de la riqueza.

La política económica puede llevarse a cabo mediante herramientas de política fiscal (control del gasto público y de la Hacienda pública), política monetaria (control de la cantidad de dinero en circulación y de las tasas de interés) y política regulatoria (diseño de mecanismos que pretenden controlar el comportamiento de los agentes en un mercado determinado).

Política fiscal. Una de las dos principales medidas de política económica —la otra es la política monetaria—. El economista Oliver Blanchard ha escrito que es la elección de los impuestos y del gasto por parte de un gobierno; Ben S. Bernanke la define como aquella relativa al nivel y a la composición del gasto público y de los impuestos. Paul Samuelson sugiere que “...es el establecimiento de impuestos y de gastos públicos que ayudan a suavizar las oscilaciones del ciclo de negocios y contribuyen al mantenimiento de una

economía en crecimiento, de alto empleo y libre de una inflación alta o volátil”. Asimismo, sostiene que es un programa gubernamental, respecto de la compra de bienes y servicios y gasto en pagos de transferencias, y la cantidad y tipos de impuestos.

Es posible definirla como un instrumento de política económica por medio del cual el gobierno influye en la demanda agregada del país, a través de dos mecanismos: el gasto público y el sistema tributario. Para tal efecto, puede llevar a cabo medidas de naturaleza expansiva (aumento del gasto público y reducción de los impuestos), o restrictiva (reducción del gasto público y aumento de los impuestos).

Política monetaria. Conjunto de orientaciones o directrices que dirigen a las autoridades gubernamentales, en relación con el manejo de la moneda. Paul Samuelson la definió como el “conjunto de objetivos del banco central al ejercer el control sobre el dinero, las tasas de interés y las condiciones del crédito”. Por su parte, Ben Bernanke, ex presidente de la Reserva Federal estadounidense, sostiene que es uno de los dos principales tipos de políticas macroeconómicas en un país —el otro es la política fiscal— que tiene por objeto la determinación de la tasa de crecimiento de la oferta monetaria del país, y es controlada por una institución pública que se conoce como “banco central”. La política monetaria persigue dos objetivos directos: el control inflacionario y el mantenimiento del empleo lo anterior a través de medidas restrictivas (reducción del circulante monetario) y expansivas (ampliación del dinero circulante).

Producto Interno Bruto (PIB). Valor, expresado en dinero, de todos los bienes y servicios producidos en un Estado durante un horizonte temporal determinado. Ben Bernanke lo ha definido como el “valor de mercado de los bienes y servicios finales recién producidos dentro de las fronteras de un país durante un periodo de tiempo fijo”. Por su parte, Gregory Mankiw lo define como un indicador macroeconómico que mide la renta total de un país y que puede analizarse de dos maneras: *a*) como la renta total de todos los miembros integrantes de la economía y *b*) el gasto total en la producción de bienes y servicios de la economía.

El PIB se ha clasificado en dos categorías: PIB nominal y PIB real. El primero, también conocido como “PIB a precios corrientes”, es el valor de la producción final de la economía, a partir de los precios vigentes en el mercado en ese mismo periodo (mensual, trimestral, semestral o anual). Por su parte, el “PIB real”, también conocido como “PIB a precios constantes”, es el valor monetario de la producción final de la actividad económica en un horizonte temporal determinado (mensual, trimestral, semestral o anual), a partir de los precios de mercado de un periodo base fijo; es decir, no se toma en consideración el precio del mercado vigente en el periodo del cálculo.

Propiedad (derecho económico). De acuerdo con los economistas Armen Alchian y Harold Demsetz los derechos de propiedad se traducen en la posibilidad de usar los recursos que un agente posee, bajo las modalidades dictadas por el Estado. Por su parte, Douglass North argumenta que son el producto o resultado de la acción deliberada de los agentes sociales. Svetozar Pejovich los ha definido como “las relaciones conductistas sancionadas que surgen como consecuencia de la existencia de bienes escasos que cada uno de los miembros de la comunidad deberá observar en sus interacciones con otras personas, so pena de soportar el costo de su inobservancia”; en otras palabras, son el conjunto de reglas que vinculan a un individuo con un bien, sea tangible o intangible.

Bajo la perspectiva de que la propiedad se traduce, según Ronald Coase, en los derechos que derivan de la misma (y no en los bienes en sí mismos), se han sugerido diversas clasificaciones. Las más destacadas son: *a*) derechos de propiedad privada (los que posee un individuo, quien es legitimado por otra institución para su uso y goce). Sus características fundamentales son dos: el derecho de exclusividad y el de transferencia voluntaria; *b*) derechos de propiedad comunal (ejercidos o disfrutados por todos los miembros de la comunidad). El principio de exclusividad y de transferencia se encuentran matizados, y *c*) derechos de propiedad pública (aquellos que el Estado conserva para sí mismo para la realización de sus respectivas funciones) los particulares quedan excluidos de su uso y goce.

Rectoría económica del Estado. Actividad que realiza el gobierno, a través de sus respectivos organismos, que tiene por objeto orientar la actividad económica, para lograr una utilización eficaz y eficiente de los bienes. En palabras más específicas, es la planeación, coordinación y dirección de las actividades productivas del país, por parte de los poderes del Estado, con la finalidad de asegurar una adecuada asignación de los recursos escasos (es decir, lograr eficiencia en la producción). Así como justa distribución de las ganancias derivadas del comercio (eficiencia en la distribución), de manera integral y sustentable. De esta forma, se pretende lograr un mayor crecimiento económico, así como un desarrollo social incluyente.

Regulación económica. Conjunto de lineamientos por medio de los cuales el Estado controla y delimita el comportamiento de los agentes económicos, así como el funcionamiento de los mercados. Puede definirse como un sistema de leyes, instituciones y organismos a través de las cuales el gobierno (parlamentos, agencias regulatorias y autoridades administrativas) limita las actividades de los productores, vendedores y distribuidores, así como de la actividad de mercado. A través de estas disposiciones, pretenden corregir los llamados “fallos del mercado” (*market failures*), como los siguientes: mono-

polios, bienes públicos, externalidades (positivas y negativas) y problemas de información (información incompleta, imperfecta, o asimétrica). Lo anterior para coordinar los intereses privados (en particular de los empresarios) con los de naturaleza general o social (de una comunidad particular).

Sistema financiero. Conjunto ordenado de leyes e instituciones que tiene por objeto coordinar y canalizar los recursos monetarios de los ahorradores, para que sea utilizado por los inversionistas y consumidores. Se integra por instituciones privadas, como las instituciones de crédito (banca comercial, banca de desarrollo y uniones de crédito), organizaciones auxiliares de crédito (grupos financieros, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, casas de cambio y empresas de factoraje financiero), e intermediarios financieros no bancarios (compañías afianzadoras, aseguradoras, casas de bolsa y sociedades de inversión). Asimismo, se incluyen instituciones públicas, como el Banco de México (B. de M.), la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef), la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB).

Por su parte, el sistema financiero internacional se compone de los organismos internacionales y regionales (como Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), instituciones privadas de naturaleza transnacional (como instituciones bancarias, agencias aseguradoras y agencias calificadoras), así como mercados financieros nacionales (principalmente, de divisas). Este tiene estrecha coordinación con el sistema financiero nacional, para otorgar mayor salud monetaria en el mundo.

Teoría de la regulación. La regulación es una forma de intervención por parte del Estado y a través de sus organismos respectivos (parlamentos, entidades reguladoras, autoridades públicas), que tiene por objeto coordinar la actividad económica de los agentes económicos en tres ámbitos relacionados con el mercado: el económico (corrección de fallos de mercado, en particular, la prevención de actividades monopólicas), el social (protección medioambiental, salud pública y derechos de los consumidores) y el administrativo (organización de las autoridades públicas, para llevar a cabo una actuación más eficiente).

Los mecanismos regulatorios han sido analizados a partir de diversas teorías, que pueden dividirse en dos tipos: *normativas* y *positivas*. Las teorías normativas explican lo que “debe ser”, analizando la regulación a partir de juicios de valor o elementos ideológicos. Las teorías positivas, por el contrario, parten de lo que “es”; es decir, del comportamiento real de los actores económicos, así como las consecuencias de los diseños regulatorios.

Entre las teorías normativas más relevantes puede destacarse la “teoría del interés público”. Este enfoque considera que, en el diseño regulatorio, las autoridades actuarán buscando el “interés general”, es decir, preservando la armonía de la colectividad y los grupos sociales.

Finalmente, entre las teorías positivas más relevantes se encuentra la “teoría de la captura”, la cual sostiene que un sector económico o social buscará “apoderarse” del Estado para emitir una regulación acorde con sus intereses. La “teoría de la maximización de beneficios” considera dos premisas: *a)* los políticos buscarán mantenerse en el poder, a través de acuerdos con los sectores económicos, a cambio de medidas regulatorias que les favorezcan, y *b)* los sectores económicos más influyentes buscarán delimitar, en colusión con las autoridades públicas, el concepto de “interés general”, de tal manera que no exista un equilibrio entre éste y el privado.

Transferencia de tecnología. Entendida como el proceso de transferencia de conocimientos científicos de una organización a otra, con el propósito de incentivar el comercio y el desarrollo, por medio de la adopción del uso de nuevos productos utilizados por un usuario determinado. Es un proceso que incluye desde la investigación hasta la implementación y el análisis de los resultados de dicha implementación. Los principales actores que interfieren en este acto pueden ser sujetos de diversos países los cuales van desde los propios gobiernos, sus empresas e instituciones públicas y/o privadas. Las tecnologías pueden clasificarse en dos grandes ramas: 1) incorporada (dura): bienes de capital, intermedios y de consumo; 2) desincorporada (blanda): conocimientos, datos, elementos, informaciones, habilidades y destrezas; investigaciones, experiencias y tradiciones; técnicas, métodos y formas de organización.

La transferencia de tecnología se realiza usualmente en el mercado bajo las leyes de oferta y demanda, por medio de contratos de cesión y concesión. Encuentra su fundamento en la necesidad de reducir una creciente brecha tecnológica entre países desarrollados, en desarrollo y menos adelantados. En términos generales existen tres acepciones básicas: *a)* desplazamiento geográfico de la realización de una técnica; *b)* transmisión a nuevos agentes de la capacidad de hacer funcionar o reproducir una tecnología, y *c)* la transmisión de la capacidad de producir tecnologías nuevas.

Zona restringida. En términos generales, la “zona restringida” es un espacio reducido a ciertos límites. Ahora bien, partiendo desde una perspectiva jurídica, cobra un sentido más particular, pues la zona restringida no es, únicamente, un área limitada, sino que es una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y en las playas, con una extensión de cincuenta kilómetros. En esta franja los extranjeros no pueden adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas por ningún motivo.