

I. INTRODUCCIÓN CRÍTICA A LA METODOLOGÍA DE LOS INFORMES	7
§ 1. Los principios del análisis econométrico	13
A. El establecimiento de una correlación	13
B. La interpretación de la correlación	15
§ 2. La crítica de la implementación de la metodología en los informes.....	17
A. Las propuestas sujetas a verificación	17
1. La primera propuesta: la superioridad del mercado sobre la intervención del Estado.....	17
2. La segunda propuesta: La inferioridad de las legislaciones procedentes del sistema de derecho francés con relación a las emanadas del sistema de derecho del <i>common law</i>	21
B. La verificación de las propuestas.....	22
1. La debilidad de las hipótesis.....	22
2. La debilidad de las correlaciones.....	26

I. INTRODUCCIÓN CRÍTICA A LA METODOLOGÍA DE LOS INFORMES

6. El objetivo del programa *doing business*

El programa *doing business* es un estudio anual de los ámbitos jurídicos en los que las empresas ejercen sus actividades en el mundo. A la fecha, han sido publicados tres Informes: *Doing business 2004: Understanding Regulation*; *Doing business 2005: Removing Obstacles to Growth* y, recientemente, *Doing business 2006: Creating jobs*.³⁰

El programa *doing business* fue creado por el departamento *Private Sector Development* de la *International Finance Corporation* (IFC), una de las cinco instituciones que, en su conjunto, conforman lo que suele llamarse el Banco Mundial.³¹

Dentro del grupo Banco Mundial, la misión específica de la *International Finance Corporation* es contribuir al desarrollo económico mediante la promoción del sector privado. Cumple con su mandato por una parte facilitando de manera directa financiamientos a proyectos, en condiciones similares que los operadores privados; por otra parte, proporciona un dictamen pericial a las empresas y gobiernos de países en vía de desarrollo.

En el marco de este segundo objetivo, la *IFC* ha desarrollado distintos programas destinados a estudiar el ámbito al que se confrontan las empresas privadas, en especial en los países emergentes o en vía de desarrollo. En esa forma, desarrolló *verbi gratia* el programa *Investment Climate Surveys* que aspira a evaluar, país por país, el conjunto de parámetros que influyen en el desarrollo de las empresas (infraestructura, finanzas...). El programa *doing business* se inserta en la categoría de esta iniciativa. Su especificidad radica en el hecho que está dedicada exclusivamente al impacto del entorno jurídico sobre el desarrollo de las empresas privadas.

El objetivo del programa *doing business* es múltiple. En primera instancia, se dedica a recabar informaciones con el fin de proveer una

³⁰ Se ha precisado que esta respuesta sólo se refiere a los dos primeros Informes.

³¹ Para simplificar, se utilizará el término “Banco Mundial” para referirse indistintamente a cualquiera de las cinco instituciones que integran el grupo “Banco Mundial”.

descripción sumaria del entorno jurídico de cada país. Para tal efecto, elabora un cuestionario idéntico para todos y los resultados obtenidos posibilitan la comparación de los diversos sistemas nacionales.

En segunda instancia, el programa tiene un propósito mucho más ambicioso. Más allá de la simple recopilación de información, conforme a la noción de *benchmarking*³² describe los parámetros de las diversas legislaciones³³; para posteriormente evaluar esas legislaciones; someterlas en suma a juicios de valor. El efecto final es clasificarlas para identificar entre ellas a las “mejores legislaciones”. Esta clasificación pretende orientar la acción de los inversionistas (que deben impulsar sus inversiones hacía los países que han desarrollado la mejor legislación) y de los poderes públicos (que deben mejorar su sistema de derecho para aproximarlos a la legislación que goza de los mejores parámetros).³⁴

7. La filiación intelectual entre *doing business* y el grupo *LLSV*

Este proyecto está conducido por un equipo de redactores que pertenecen al Banco Mundial y se basan en los trabajos previos realizados por un grupo de universitarios norteamericanos. El Profesor Andrei Shleifer del *Department of Economics* de la *Graduate School of Art and Science* de la Universidad de Harvard y el Profesor Robert Vishny de la *Graduate Business School* de la Universidad de Chicago son los que animan al grupo *LLSV*. (A efecto de simplificar y por razones de espacio, en lo sucesivo se designará a ese grupo de trabajo por las siglas *LLSV*, que es la forma usualmente adoptada en la literatura especializada, proveniente de la abreviación de los apellidos de sus miembros más prominentes).³⁵

Los Informes muestran que el grupo *LLSV* es el autor de los *Background studies* en los que se fundamenta los Informes³⁶; asimismo precisan que el Profesor Shleifer intervino en calidad de consejero científico para, según los términos del Informe, “proveer el rigor

³² Del inglés « Benchmark » : una referencia a partir de la cual se evalúan situaciones o instituciones semejantes.

³³ *Doing business* 2004, Prólogo p. ix.

³⁴ *Doing business* 2004, Prólogo p. x.

³⁵ Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANE, Andrei SHLEIFER, Robert VISHNY. En ocasiones intervienen otros colaboradores: Simeon DJANKOV, Edward L. GLAESER....

³⁶ *Doing business* 2004, Acknowledgment p. vii; *Doing business* 2005, Acknowledgments p. 133.

académico y permitir enlazar la teoría con la práctica”.³⁷ Finalmente, la metodología empleada para desarrollar cada uno de los capítulos de los Informes retoma estrictamente las publicaciones anteriores del grupo *LLSV*, tal como se indica en la parte relativa a “referencias” de los Informes.³⁸

La filiación del programa *doing business* con los trabajos de estos renombrados universitarios no es anodina. En efecto, el equipo de economistas animado por el Profesor Shleifer se encuentra en el origen de una escuela de pensamiento que surgió hace unos diez años, conocida como el movimiento *Law and Finance*, nombre proveniente del primer grupo de trabajo.³⁹ A los trabajos precursores del grupo *LLSV* les sucedieron otros trabajos;⁴⁰ más sin embargo, extrañamente los Informes *doing Business* los ignoran para atenerse a los trabajos del equipo del profesor Shleifer. En su presentación más reciente, esa escuela de pensamiento reivindica la creación de una nueva disciplina intitulada la

³⁷ *Doing business* 2004, Prólogo p. x.

³⁸ El capítulo *Starting a business* se fundamenta en los autores Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, “The Regulation of Entry”, *Quarterly Journal of Economics*, 117, 1-37, Feb. 2002;

Hiring and firing workers se fundamenta en los autores Juan BOTERO, Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, *The Regulation of Labor*, Working Paper 9756, National Bureau of Economic Research, June 2003;

Enforcing a contract se fundamenta en los trabajos escritos por Simeon DJANKOV, Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, “Courts”, *Quarterly Journal of Economics*, 118, 453-517, May 2003;

Getting credit se fundamenta en los trabajos escritos por Simeon DJANKOV, Caralee Mc. LIESH y Andrei SHLEIFER, *Remedies in Credit Markets*, Department of Economics, Harvard University, July 2003; y Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANES, Andrei SHLEIFER y Robert VISHNY, “Law and Finance”, *Journal of Political Economy*, 106, 1113-55, 1998;

Closing a business se fundamenta en los trabajos escritos por Simeon DJANKOV, Olivier HART, Tatiana NENOVA y Andrei SHLEIFER, *Efficiency in Bankruptcy*, Working Paper, Department of Economics, Harvard University, July 2003.

El capítulo *Protecting investors*, publicado en el Informe 2005, se fundamenta en el artículo *Corporate theft*, inédito.

El capítulo *Registering property*, publicado en el Informe 2005, se fundamenta en el artículo *Property*, inédito.

³⁹ Rafael LA PORTA, Florencio LOPEZ-DE-SILANE, Andrei SHLEIFER y Robert VISHNY, « Law and Finance » *Journal of Political Economy*, 106, 1113-55, 1998.

⁴⁰ Para una muestra, véanse los ejemplos citados por M. SIEMS, *Numerical Comparative Law: Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity?*, Working paper, European University Institute, Florencia, 2004.

New Comparative Economics.⁴¹ A la fecha, el grupo *LLSV* ha publicado varias decenas de artículos que comprenden muy diversas problemáticas.

8. El prisma deformador *LLSV*

El programa *doing business* no fue creado *ex nihilo*; sus raíces intelectuales provienen de un ámbito bien identificado. No constituye un trabajo de síntesis que pudiera reflejar la diversidad de las opiniones concernientes al impacto del entorno jurídico sobre el desarrollo económico. Proviene de una escuela que adopta su metodología, sus resultados y por ende sus conclusiones. Ese vínculo congénito entre el programa *doing business* y el pensamiento del grupo *LLSV* explica la actitud general adoptada en los Informes, la cual se resume a un postulado y a una metodología.

El postulado formulado por el grupo *LLSV* a cuya directriz obedece el programa *doing business*, consiste en sostener que el marco jurídico de una economía, que es fundamentalmente su legislación, gobierna su desarrollo (lo que se conoce como hipótesis *Law matters*).⁴² En esta forma una legislación adecuada aceleraría el desarrollo económico, en tanto que una legislación inadecuada podría obstaculizarlo, e incluso impedirlo. En consecuencia, cualquier tentativa de ayuda al desarrollo resultaría vana de no estar precedida de una reforma del marco legislativo.⁴³

La propuesta que consiste en considerar al marco legal de una economía que gobierna el desarrollo, constituye un postulado en el más amplio sentido del término.

Se trata de un postulado que para los redactores de los Informes es un postulado que trasciende cualquier debate. El trabajo del grupo *LLSV* no consiste en determinar en que medida la legislación, más que cualquier otro factor, puede favorecer o entorpecer el desarrollo

⁴¹ Los principios de esa disciplina fueron expuestos en un *Working paper* del Harvard Institute for Economic Research, no 2002. Para un análisis en sentido contrario consúltese a: B. DALLAGO, “Comparative Economic Systems and the New Comparative Economics”, *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 1, 2004, pp. 59-86.

⁴² Consúltese también a: T. BECK, A. DEMIRGÜÇ-KUNT y R. LEVINE, “Legal institutions and financial development” en Mary SHIRLEY y Claude MÉNARD (eds), *Handbook of new institutional economics* (2004).

⁴³ Consúltese sin embargo a: B. CHEFFINS, *Does law matter?: the separation of ownership and control in the United Kingdom*, ESRC Center for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No 172; S. COOLS, *The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers*, Harvard John M. Olin discussion paper series 09/2004.

económico. La propuesta del grupo *LLSV* es más elemental; el único planteamiento a ser resuelto es: habida cuenta que una legislación origina o impide el desarrollo económico, ¿cuales son las características de las legislaciones que imperan en las economías más desarrolladas? Así la idea que postula que el sistema de derecho gobierna el desarrollo económico resulta fundamental en el enfoque del grupo *LLSV* puesto que es la que da sentido a todo su postulado: en virtud que el marco legal propicia el desarrollo de una economía, resulta imprescindible identificar los marcos legales establecidos en las economías más eficientes y por consiguiente más desarrolladas. Para los partidarios de este enfoque, es mediante la réplica de los marcos jurídicos que han permitido el éxito económico de los países más desarrollados, que los países menos desarrollados podrían aspirar al inicio de su “despegue” económico.

El auge de una economía se ve sin discusión beneficiado por un sistema jurídico, favorable o desfavorable a los intereses de los inversionistas, que les permita fundamentar sus previsiones; esta es la razón que alimenta la preocupación de numerosos países emergentes por dotarse de un sistema de derecho *ad hoc*.

No por ello el postulado adoptado por el grupo *LLSV* está exento de interrogaciones.

Si bien es cierto que resulta válido afirmar que el sistema de derecho influye en el desarrollo económico; resulta muy cuestionable aseverar que la transformación del sistema de derecho de un Estado es una condición previa y necesaria a su desarrollo económico; sin incurrir en una perspectiva marxista, es válido interrogarse si el desarrollo económico no provoca a su vez transformaciones jurídicas. *Verbi gratia*: ¿puede sostener válidamente que la eliminación de la autorización *ad hoc* para la constitución de una sociedad anónima, conforme a la ley francesa del 24 de julio de 1867 fue la que propició el desarrollo de su industria? ¿No de igual forma puede sostenerse que la necesidad de conjuntar cada vez más capitales fue la que condujo al legislador de la época a liberalizar la creación de sociedades anónimas? ¿No fue la creación en 1934 de la *Securities and Exchanges Commission* (conocida por su acrónimo "SEC") la que motivó el extraordinario desarrollo del mercado financiero norteamericano o más bien fueron los excesos de un mercado ya plenamente desarrollado, los que suscitaron la necesidad de crear una autoridad para controlar los mercados?

Por otra parte, el postulado del grupo *LLSV* tiende a concentrar la atención en un solo parámetro del desarrollo económico y a soslayar la discusión concerniente sobre la importancia relativa de este factor con relación a otros factores. Si *a priori* se puede válidamente sostener que el

sistema de derecho influye en el desarrollo económico, resulta empero discutible postular que el sistema de derecho constituye el factor más importante de dicho desarrollo.

Formulado el planteamiento del postulado conforme al cual el sistema de derecho gobierna el desarrollo económico, el grupo *LHSV* y los redactores de los Informes *doing business* se concentran en identificar las características de una legislación ideal, que conforme a su concepción, sea la que permita el despegue económico. La consecución de este objetivo pretende ser alcanzado, comparando las legislaciones con el fin de evaluar sus efectos en el desarrollo económico.

Con tal propósito, el movimiento animado por el Profesor A. Shleifer y proseguido por el programa *doing business* recurre a un método igualmente característico. Abandona los mecanismos tradicionales del sistema de derecho por considerarlos poco operacionales y se fundamenta exclusivamente en el empleo de la econometría. Para la cabal comprensión y debida apreciación de las opiniones del grupo *LHSV* y los informes *doing business* se requiere considerar en el análisis en todo momento, tanto el postulado de esa escuela como su prejuicio metodológico.

Para un jurista formado en la tradición del *ars aequi et boni*, el prisma elegido por el grupo *LHSV* y difundido en el programa *doing business* resulta para decir lo menos perturbador. Pareciera constituir un obstáculo invencible. Sin embargo, por menos que se incursione en esa lógica, se puede vislumbrar que es posible dominarla. Más aún, se puede llegar a constatar las insuficiencias de los análisis, a pesar del alud de números y fórmulas que intentan paliar sus limitaciones extremas. Paralelamente resulta inevitable destacar errores crasos y juicios de valor con fundamentos inciertos. Por lo tanto, la credibilidad y la pertinencia del programa *doing business* tal y como actualmente se conduce se encuentran ellas a su vez en predicamento.

El propósito de nuestra exposición será destacar los principios del análisis econométrico, los cuales, salvo aquellos relativos al derecho de la competencia, resultan desconocidos para numerosos juristas (§ 1), para posteriormente presentar con una visión crítica la implementación práctica de la metodología empleada (§ 2).

§ 1. LOS PRINCIPIOS DEL ANÁLISIS ECONÓMÉTRICO

9. Nociones elementales de econometría

Por definición, las ciencias sociales encuentran una gran limitante: la imposibilidad de experimentar *in vivo*. Resulta en efecto inconcebible aislar un grupo humano con el propósito de indagar si su conducta corrobora o desmiente una teoría. La verificación de teorías en las ciencias sociales se hace necesariamente de otra manera.

En economía, se ha ido desarrollando un ámbito de conocimiento que intenta proporcionar instrumentos adecuados para superar esa grave limitante: la econometría. La econometría desarrolla medios que pudieran hacer posible someter a una prueba científica una teoría relativa al comportamiento de los individuos sin la necesidad de recurrir a una experimentación *in vivo*.

Para estos efectos se fundamenta en la aplicación de técnicas matemáticas y estadísticas con el fin de establecer e interpretar la interdependencia de varios fenómenos económicos, lo que en lenguaje erudito se llama una *correlación*.

A continuación se expondrá de manera sucesiva el establecimiento de una correlación (A) y la interpretación de dicha correlación (B).

A. El establecimiento de una correlación

10. La noción de la correlación

El punto de origen consiste en establecer que el vínculo entre dos fenómenos, es decir entre dos series de acontecimientos puntuales, puede expresarse bajo la forma de una función matemática.

El recurso a la función matemática no es en este caso más que un medio de comunicación: constituye una manera de transmitir un mensaje al interlocutor. El mensaje transmitido es el siguiente: “existe un vínculo entre dos series de acontecimientos”. Este mensaje bien pudo haberse transmitido mediante una frase, como acaba de hacerse, pero bien pudo la comunicación hacerse mediante un dibujo o un gesto. Por lo tanto el uso de la función matemática no modifica en lo absoluto el contenido del mensaje; no es más que un lenguaje particular.

Si aceptamos esta manera particular de expresarse, podemos sostener que toda legislación que gobierna las relaciones entre dos

fenómenos, es decir dos series de acontecimientos, puede ser expresada bajo forma de una función.⁴⁴

Basándose en esa convención de comunicación, la econometría pretende proporcionar medios para demostrar una teoría sobre la interacción entre dos fenómenos sin necesidad de tener que experimentar *in vivo*.

En primera instancia consiste en plantear *a priori* una hipótesis capaz de explicar el vínculo existente entre dos fenómenos.

En un segundo término, se trata de *indagar*, por la vía de la experimentación, si la observación de los hechos confirma o invalida la hipótesis planteada. Con este objetivo se identifican dos series de observaciones: una es representativa del primer fenómeno, la otra del segundo fenómeno. De ser la realidad compatible con la hipótesis, el vínculo entre el primero y el segundo fenómeno, es decir el vínculo entre la primera y la segunda serie de observaciones, se puede expresar bajo forma de una función matemática. Si existe de hecho una función que asocia de manera constante cada elemento de la primera serie con un elemento de la segunda serie, entonces existe en efecto un vínculo entre los dos fenómenos. En el idioma econométrico, se sostendría que existe una correlación entre el primero y el segundo fenómeno. De manera recíproca, si no se identifica ninguna función que a cada elemento de la primera serie asocia uno de la segunda, significa que los dos fenómenos no están correlacionados.

La piedra angular de la comprobación de la hipótesis radica por consiguiente en la búsqueda de una función que a cada elemento de la primera serie asocia un elemento de la segunda. De lo anterior resulta entonces la pertinencia de recurrir al lenguaje matemático. En efecto han sido las matemáticas puras las que han llegado a elaborar métodos para determinar, a partir de dos series de cifras, los parámetros de la función más cercana de la que a cada elemento de la primera serie puede ser

⁴⁴ *Verbi gratia*, la propuesta « Todo individuo convicto de robo sufrirá una condena » establece un vínculo; en la especie un vínculo de causalidad, entre una primera serie de acontecimientos – unos individuos están convictos de robo – y un segundo acontecimiento – esos individuos sufren una condena – .

En el lenguaje constituido por las matemáticas, la primera serie de acontecimientos – unos individuos están convictos de robo – se llama por convención la serie de los “x” mientras que la segunda – esos individuos reciben una condena – se llama la serie “f (x)”. La regla “una persona convicta de robo sufre una condena” se llama por convención “F”. “f” es una función, debido a que todo acontecimiento de la serie x se asocia a un acontecimiento de la serie f (x). Por lo tanto, resulta en el fondo indiferente escribir « Todo individuo convicto de robo sufrirá una condena » o “existe una función f que a todo ladrón x asocia una condena f (x).

asociado a uno de la segunda. Esta operación es lo que las matemáticas puras llaman una *regresión*. En una regresión, los resultados son conocidos y la función es la que constituye la incógnita.

Una vez formuladas algunas hipótesis, el cálculo de probabilidades permite determinar para dos series de cifras, los parámetros de la función más cercana a la que asocia esos pares de cifras. De modo que para dos series de cifras, siempre es posible encontrar una función que asocie esas dos series de cifras. Pero la pertinencia del resultado depende del margen de error tolerado entre los valores establecidos en la hipótesis y los que se obtienen mediante la aplicación de valores estimados. Mientras más importante sea el margen de error tolerado, menos pertinencia tendrá el resultado: el establecimiento de una regresión siempre supone la determinación de su grado de pertinencia.

Basándose en el mecanismo de la regresión, la econometría pretende averiguar la existencia de una correlación. Se dice en efecto que si dos fenómenos están correlacionados, es porque su relación puede expresarse bajo la forma de una función. Por lo tanto, para indagar si dos fenómenos están correlacionados, basta con operar una regresión a partir de las dos series de observaciones empíricas. Si podemos reconstituir una función que a todo elemento de la primera serie asocia uno de la segunda, y si esta reconstitución se logra con un grado de pertinencia suficiente, queda establecido que los dos fenómenos están correlacionados; finalmente se pudo comprobar que los dos fenómenos estudiados están vinculados.

B. La interpretación de la correlación

11. La correlación y la causalidad

El análisis de datos permite establecer la existencia o ausencia de correlación entre un fenómeno X y un fenómeno Y. Conviene sin embargo precisar que la noción de correlación difiere por completo de la noción de causalidad. La correlación implica sacar a relucir la existencia de un vínculo entre dos fenómenos mientras que la causalidad explica que uno provoca el otro. La correlación es una observación inducida de un número finito de casos particulares. Jamás se sustrae a un ejemplo en sentido contrario, o sea de un caso particular con el que no se verifica. No es más que una estimación. Por su parte la causalidad es una ley y se verifica fatalmente con independencia de cualquier ejemplo.

La distinción entre correlación y causalidad explica la prudencia con la que conviene emplear la “prueba econométrica”. El hecho de

observar una correlación entre un fenómeno X y un fenómeno Y no permite determinar si es X el que causa Y o si a la inversa es X el que causa X, o aún si X y Y son causados por Z, tercer fenómeno que el estudio pudo no haber considerado. Existe en cada una de esas tres relaciones una correlación entre X y Y, sin embargo el problema de la causalidad se plantea en términos radicalmente diferentes a los de la correlación.⁴⁵

Se deduce usualmente que la compilación y análisis de datos no tienen un valor explicativo indiscutible pero que proporcionan, en el mejor de los casos, un medio que permite averiguar si la realidad es compatible con una hipótesis previamente emitida, aún cuando nunca resulta bastante afirmar que dicha proposición o hipótesis es científicamente válida.⁴⁶

Ahora bien, es un método muy particular de análisis el que emplea el grupo *LLSV* para “*benchmarker*” las legislaciones y con ello revelar la supuesta inferioridad estructural de la tradición francesa con relación a la tradición del sistema de derecho del *common law*. Para decir lo menos, la forma en que el grupo *LLSV* puso en práctica el método resulta por demás polémico.

⁴⁵ *Verbi gratia* podría asomarme a mi balcón cada mañana a la misma hora, contemplar la claridad del cielo y contar el número de pájaros que están volando. Podría muy probablemente establecer una fuerte correlación entre el grado de claridad del cielo y la cantidad de pájaros volando. ¿Qué podría deducirse de ello? ¿*Que cuanto más claro el cielo, más pájaros vuelan?* ¿O *que cuanto más vuelan los pájaros, más claro esta el cielo?* ¿O más sencillamente que el mismo número de pájaros vuela independientemente de que el tiempo sea bueno o malo pero que cuando está nublado el cielo, no puedo verlos? *La correlación que puedo observar no me permite determinar la causalidad entre las observaciones que hice.*

⁴⁶ Así el método aplicado en econometría consiste primero en plantear una hipótesis sobre la causalidad entre un fenómeno X y un fenómeno Y: en otros términos se trata de proponer una explicación teórica para luego, en un segundo tiempo, averiguar mediante una regresión si los datos obtenidos son compatibles con la hipótesis planteada o si sólo son compatibles tolerando un margen de error excesivo, la hipótesis puede en tal caso ser rechazada y considerada como falsa. Sin embargo, si a la inversa los datos son compatibles con la hipótesis, no por eso queda demostrado que la hipótesis es verdadera. Sólo se evidenció que es verosímil. En efecto, la comprobación de la hipótesis por definición sólo se relaciona con *n* casos particulares. *Y no por eso queda establecido que la propuesta siempre es verdadera.*

§ 2. LA CRÍTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA METODOLOGÍA EN LOS INFORMES

12. La polémica implementación

El empleo de la econometría guía la acción del grupo *LLSV*. El grupo de trabajo plantea *a priori* un esquema integrado por propuestas sujetas a verificación (A) y procede luego a su “verificación” mediante el establecimiento de correlaciones “significativas” (B). Pero en cada una de sus etapas, el análisis resulta criticable.

A. Las propuestas sujetas a verificación

13. Los trabajos del grupo *LLSV* buscan verificar dos grandes propuestas: una propuesta que podríamos considerar como fundamental (1) y una propuesta secundaria en los trabajos pero cuyo alcance es para los juristas franceses igualmente importante (2).

1. La primera propuesta: la superioridad del mercado sobre la intervención del Estado.

14. El esquema de lectura

El grupo estudia la evaluación de los mecanismos institucionales que sirven de marco a la economía. El grupo *LLSV* parte del postulado liberal que una economía capitalista únicamente puede desarrollarse si los derechos de propiedad (en el sentido que los economistas dan a la expresión) están debidamente protegidos. Para llevar a cabo su propuesta, el grupo se da a la tarea de establecer en una primera instancia un esquema de lectura.

Conforme a este esquema, los mecanismos que han sido elegidos por una legislación reflejan un equilibrio entre dos agravantes de igual importancia: por una parte, está el riesgo de expropiación en la satisfacción de un interés privado (el robo, el perjuicio indebido, el costo de la agencia en las sociedades, es decir la explotación por parte de los dirigentes de la asimetría de informaciones que existe entre ellos y los socios...), y por la otra parte, el riesgo de expropiación por los poderes públicos (bajo forma de impuestos, gratificaciones...). Los acuerdos institucionales observables y que pueden variar de una legislación a otra corresponden a diferentes elecciones de equilibrio entre los dos agravantes fundamentales.

Según el grupo *LLSV*, esas elecciones se pueden analizar a la luz de una graduación compuesta de cuatro grandes acuerdos institucionales fundamentales:

(i) El mercado. En ese caso, el efecto de disciplina inherente al mercado basta para proteger los derechos de propiedad. En este modelo, son los mismos operadores quienes corrigen los atentados contra los derechos de propiedad y quienes convienen su reparación. *Verbi gratia* la víctima de daños proveniente de una contaminación puede llegar a suscribir un convenio con el responsable de la comisión del daño por contaminación en términos del cual accede a una indemnización, consistente en el pago de los daños y perjuicios sufridos.

(ii) La justicia. Los derechos de propiedad están protegidos por la intervención de un tercero imparcial facultado para hacerlos respetar. *Verbi gratia* la víctima del daño por una contaminación recurre a la jurisdicción para que le imponga una indemnización al que causó la contaminación.

(iii) La regulación. Los derechos de propiedad están protegidos por la intervención del Estado (que en este contexto debe entenderse cómo la Administración pública) mediante reglamentaciones, controles y permisos. *Verbi gratia*, existe una reglamentación que sirve de marco de legalidad para regular las actividades susceptibles de provocar contaminaciones. En un mayor grado de intervencionismo, quien ejerce una actividad susceptible de ser contaminante debe previamente obtener un permiso administrativo, el cual no se otorgará sino después de un sinnúmero de indagaciones que puedan asegurar que los daños por contaminación no causarán.

(iv) La propiedad pública. Si la propiedad privada ya no es capaz de producir riquezas dentro de las condiciones normales del mercado, la propiedad pública se impone.

La elección entre esos cuatro acuerdos fundamentales depende de las características de cada sociedad. Según el grupo *LLSV*, en términos ideales el mercado debería ser adoptado puesto que es quien mejor protege la libertad de los operadores contra una dictadura del Estado. Pudiera parecer sin embargo que el mercado no es capaz de proteger lo suficientemente en contra de la dictadura privada. Dicho de otra manera, el mercado no está en condiciones de corregir espontáneamente los atentados contra los derechos de propiedad. En tal caso, conviene cambiar a un régimen de control judicial. Pero si a su vez la jurisdicción pudiera en ciertas ocasiones resultar impotente, convendría entonces transitar a un régimen regulatorio y así sucesivamente.

15. El esquema de lectura

El tema recurrente del grupo *LLSV* es que los acuerdos institucionales de las economías contemporáneas dan una excesiva importancia a la regulación, y esto se hace en detrimento de mecanismos que resulten menos atentatorios para la libertad como *verbi gratia* la intervención de la jurisdicción o mejor aún la del mercado. Desde esta perspectiva, el grupo *LLSV* se inscribe en la corriente de pensamiento de la renovación del pensamiento liberal. Su acción se fundamenta en una condena decidida del intervencionismo del Estado en la economía.

La propuesta eminentemente liberal que intenta verificar el grupo *LLSV* mediante la econometría es que la intervención del Estado es mucho menos eficiente que la de la jurisdicción o del mercado. Se podría sostener incluso que existe una forma de inferioridad estructural de este tipo de marco jurídico. Conforme a los postulados de este grupo, la recurrencia excesiva a la regulación frenaría el desarrollo económico. El *leitmotiv* de estos trabajos consiste en que convendría reducir la importancia de la regulación, que se expresa en la reducción del ámbito de intervención del poder del Estado.

En este debate, el grupo *LLSV* se posiciona como una alternativa ecléctica entre dos grandes y antiguas escuelas de pensamiento económico que explican el funcionamiento del Estado.

La primera teoría, ya superada, presenta las intervenciones del Estado como el medio para corregir las insuficiencias del mercado. Así, la observación de las insuficiencias generadas por un funcionamiento del mercado carente de un marco de legalidad, induciría la intervención del Estado: las intervenciones del Estado, neutralizarían las insuficiencias del mercado. El economista inglés Arthur Pigou es el paladín de esa teoría conocida como economía pública o *welfare economics*; el economista Pigou, fue el primer economista en sistematizarla durante el periodo que se sitúa entre las dos guerras mundiales⁴⁷ del siglo XX.

La segunda teoría que ha sido descartada, le atribuye al intervencionismo del Estado un medio al que recurren sistemáticamente los grupos de intereses que se afanan en protegerse de la competencia. La idea que prevalece consiste en afirmar que es un mito sostener que el Estado interviene en la protección del interés general. La acción del Estado sería en realidad la simple resultante del juego de diferentes *lobbies* (cabildeos). En la especie, la regulación en materia económica sería el medio adecuado para los operadores ya instalados en el mercado

⁴⁷ A. PIGOU, *The economics of welfare*, 4a ed., Londres, 1932.

de protegerse en contra del arribo de nuevos competidores; serviría para crear “rentas de situaciones”. Esta corriente de pensamiento surgió en los años sesentas bajo la pluma de economistas como G. Stigler⁴⁸ o de juristas como Richard Posner,⁴⁹ y es tributaria del movimiento conocido como de “elección pública” (*Public choices*).

El grupo *LLSV* rechaza ambas teorías para proponer una tercera vía. Para el grupo *LLSV*, las intervenciones del Estado no estarían dictadas por los intereses de las empresas actuantes en el mercado sino por el interés de los depositarios de la autoridad estatal. Son éstos, quienes por definición controlan el aparato del Estado, y quienes utilizan sus prerrogativas para crearse “rentas de situación”. Varias estrategias podrían así observarse. Una primera sería el clientelismo. En esta forma, al imponer obligaciones legislativas a los debutantes en el mercado, los detentadores de la autoridad pública beneficiarían con ello a su clientela natural en un “intercambio” de favores, *verbi gratia* votos en su favor, publicidad inducida, entre otros, los cuales les permitirían por consiguiente mantenerse en su función. Otra estrategia observable consistiría en la corrupción: multiplicar los obstáculos legales para la actividad de las empresas de manera a inducir a sus operadores a pagar una gratificación para exentar trámites. En esta corriente de pensamiento, la exigencia de un permiso administrativo es el medio más simple y el más eficiente para obtener una gratificación. El grupo *LLSV* llega a sostener con una buena dosis de cinismo que aquí radicaría la real justificación de los permisos administrativos.

El hilo conductor de los trabajos del grupo *LLSV* consiste en demostrar que las intervenciones del Estado en materia económica son en la actualidad, a la vez, excesivas y nefastas. Es justamente este argumento el que se desarrolla en forma abundante en los diferentes estudios que sirven de base a los informes *doing business*. Así, todas estas publicaciones intentan demostrar que una regulación estatal no surte los beneficios que se pudieran esperar⁵⁰ y establece recíprocamente una fuerte correlación entre la presencia de una intervención del Estado y substanciales “rentas de situación” como *verbi gratia* un alto grado de corrupción. En esta forma se podría percibir el fundamento del análisis propuesto.

⁴⁸ G. STIGLER, « The theory of economic regulation », *Bell Journal of Economic and Management Science*, no 2 (1), 1971, p. 3 y ss.

⁴⁹ R. POSNER, « Theories of economic regulation », *Bell Journal of Economic*, no 5, 1974, p. 335 y ss.

⁵⁰ Ante la ausencia de correlación se podría establecer que el análisis “pigouviano” debe ser rechazado en virtud de que no podía verificarse en la práctica.

La discusión relativa a la ineficiencia estructural de las intervenciones del Estado constituye la reflexión esencial pregonada por el grupo *LLSV*. Pero al margen de esta reflexión, desarrolló un segundo análisis orientado a la comparación del sistema de derecho del *common law* y de las demás familias jurídicas. Este análisis conduce a la afirmación de la superioridad indiscutible del sistema de derecho del *common law*, en particular con respecto al sistema de derecho francés, que no ha reparado en considerarlo cómo un verdadero obstáculo al desarrollo económico.

2. La segunda propuesta: la inferioridad de las legislaciones procedentes del sistema de derecho francés con relación a las emanadas del sistema de derecho del *common law*.

16. El sistema de derecho francés y el estatismo

En síntesis, la propuesta emitida en la materia por el grupo *LLSV* consiste en considerar que la tradición jurídica de origen francés se caracteriza por una intervención mayor del Estado que la que se puede observar en la tradición del sistema de derecho del *common law*. De acuerdo al análisis del grupo *LLSV* respecto a la eficiencia de las intervenciones del Estado, la tradición jurídica francesa resultaría estructuralmente menos eficiente que la tradición del sistema de derecho del *common law* que se caracteriza por la relevancia de la función del juez. El lugar preponderante que ocupa en la regulación la tradición jurídica francesa representa un obstáculo para su evolución jurídica.

Esta supuesta inferioridad del sistema de derecho francés resultaría en la actualidad tanto más perjudicial cuanto que éste se encuentra ampliamente difundido. La propuesta desarrollada por el equipo *LLSV* consiste en destacar que durante su periodo de dominación, dominación en parte intelectual y en parte militar, las dos grandes naciones europeas Inglaterra y Francia exportaron su sistema jurídico. En otros términos, impusieron a las naciones dominadas un pacto institucional concebido para responder a su propio entorno económico y político. Al hacerlo transpusieron un pacto institucional que podía no tener ninguna relación con los diferentes entornos que regían en las naciones dominadas. El resultado consistió en que las naciones dominadas, durante la descolonización, heredaron sistemas jurídicos inadaptados a sus entornos que disminuyeron las posibilidades de su desarrollo económico. Esta desventaja se acentuó aún más en el caso de los Estados nacionales sometidos a la influencia francesa, en la que,

debido a la preponderancia del Estado, el sistema jurídico francés resultaría estructuralmente inferior.

Al respecto el grupo *LLSV* funda su postulado en una argumentación econométrica para verificar la veracidad de sus propuestas. Los datos recopilados revelarían una estrecha correlación entre la pertenencia a una tradición jurídica y el desarrollo económico (que es el caso de la tradición del sistema de derecho del *common law*) o por el contrario la ausencia de tal desarrollo (cómo es el caso de la tradición jurídica francesa).

B. La verificación de las propuestas

1. La debilidad de las hipótesis

17. La validez parcial de la propuesta

En el método econométrico, las cualidades de la propuesta emitida son fundamentales. En efecto, la experiencia demuestra que pueden constatarse fuertes correlaciones entre fenómenos que, sin embargo, carecen indudablemente de relaciones entre ellos. Así, *verbi gratia* un autor con una buena dosis de humor pudo demostrar que existía una correlación entre la pertenencia a la tradición jurídica francesa y un buen resultado en el torneo mundial de fútbol. ¡Existiría recíprocamente una correlación entre una fuerte proporción de jugadores profesionales y malos resultados en este mismo torneo!⁵¹

La existencia de regresiones solamente es pertinente si se basa en una hipótesis que presenta un mínimo de verosimilitud. De ninguna manera la existencia de una fuerte correlación puede suplir las carencias de la hipótesis. En la especie, en el caso del grupo del *LLSV*, lo menos que se pueda decir es que la proposición emitida – de la cual se busca la validación – no está exenta de crítica, ni de imparcialidad. Es particularmente el caso en lo concerniente a la supuesta inferioridad del sistema de derecho francés.

⁵¹ M. WEST, *Legal determinants of world cup success*, John M. Olin Center for Law & Economics (University of Michigan), Paper #02-009.

18. ¿La clave del enigma está la historia?

En su artículo *Legal origins*,⁵² los miembros del grupo *LLSV* desarrollaron su propuesta explicando la inferioridad del sistema de derecho francés. Para este grupo, los países que siguen el modelo del sistema de derecho francés, a diferencia de los países del sistema de derecho del *common law*, se caracterizan por una reglamentación más extensiva, una protección de los derechos de propiedad menos garantizada, una mayor corrupción, instituciones públicas menos eficientes y una menor libertad política.

Tal inferioridad del sistema de derecho francés derivaría de sus caracteres intrínsecos.⁵³ Para el grupo *LLSV*, el sistema de derecho francés se caracteriza por apoyarse en jueces profesionales, poseer una legislación codificada y un derecho procesal escrito, en contraste con el sistema de derecho del *common law* que gravita en torno a jueces no profesionales (el jurado), a principios generales y a un derecho procesal oral.

En *Legal origins*, el grupo *LLSV* sostiene que esa oposición entre los sistemas de derecho francés y de *common law* remonta al siglo XII y se habría mantenido desde entonces. Su explicación es muy compleja pero puede sintetizarse en varias afirmaciones:

1) Francia tuvo una historia más violenta que Inglaterra por lo que los señores feudales resultaron más poderosos que sus homólogos ingleses.

2) Los tribunales franceses estaban expuestos a una mayor presión por parte de los señores locales que los tribunales ingleses por parte de sus propios señores. En lo particular, en el contexto francés, la institución del jurado no prosperó por lo que las jurisdicciones reales, que fueron las únicas en las que prevalecieron las condiciones para evadir las presiones de los señores locales, aventajaron a las jurisdicciones locales (es decir a los jurados). Conforme a su esquema de lectura, esto significa que para garantizar el mismo nivel de paz civil, Francia tuvo que haber recurrido a un pacto constitucional que hubiese propiciado un mayor grado de autoritarismo estatal. En el transcurso de los siglos subsecuentes, el sistema de derecho francés se habría distinguido por el deseo permanente del monarca de reforzar su poder en su exclusivo beneficio.

⁵² E. GLAESER and A. SHLEIFER, "Legal Origins", *Quarterly Journal of Economics*, Nov. 2002.

⁵³ Consúltense asimismo *infra* III sobre las ventajas del derecho civil.

19. Notas distintivas del sistema de derecho francés conforme al grupo *LLSV*

A juicio del grupo *LLSV*, tres características del sistema de derecho francés revelarían ese estado de cosas:

1) El derecho francés privilegia al juez profesional ya que siendo un juez del Estado francés está subordinado al monarca y resuelve en el sentido que maximiza la “renta de situación” del monarca, en detrimento de la calidad del juicio; el juez profesional está menos calificado para resolver una controversia que un jurado integrado por comunes ciudadanos. En contraste, en el sistema del *common law*, el sistema judicial que combina jueces independientes y jurados que le han sido sustraídos al poder del soberano, tiene cómo efecto un sistema de derecho más acorde a los intereses de la sociedad.

2) En el sistema de derecho francés, la legislación está codificada; la codificación permite minimizar la función del juez, quien se limita a aplicar las soluciones elegidas por el soberano, o sea el Monarca. Esas soluciones obedecen evidentemente a la maximización de su “renta de situación”. Una legislación codificada constituye para el soberano un medio de control de los jueces en beneficio propio. A la inversa, en el sistema de derecho del *common law*, los precedentes únicamente plantean principios generales y los jueces están facultados para aplicarlos con un gran margen de libertad.

3) En el sistema de derecho francés, el procedimiento es escrito porque el recurso a lo escrito representa para el Rey un medio de vigilar a los jueces y constatar que sus intervenciones están conformes a sus propios intereses. La voluntad de vigilar a los jueces explicaría también la amplia gama de los recursos para las apelaciones.

La diferencia entre los sistemas de derecho francés y de *common law* se habría originado desde el siglo XII y se ha preservado hasta la fecha.

20. Una apreciación crítica

Esta lectura del sistema de derecho francés y su historia provoca una gran perplejidad y releva en la especie un serio desconocimiento de la materia-

1) *Verbi gratia*, en lo relativo a la independencia del juez del Estado francés, se ignora que el Consejo de Estado francés y la Corte de

Casación han dado numerosos ejemplos de su independencia real. Para sólo citar un precedente conocido cómo *Canal* pronunciado por el Consejo de Estado, que anuló una ordenanza que durante los acontecimientos en Argelia había instituido una jurisdicción de excepción, cuyas sentencias no admitían recurso alguno;⁵⁴ o la resolución *Minit foto*, que llegó incluso calificarse de “golpe de estado jurisprudencial”, conforme a la cual la Corte de Casación facultaba a los jueces de fondo para anular *motu proprio* las cláusulas abusivas;⁵⁵ o aún las resoluciones fundamentadas en la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, pronunciadas por la Corte de Casación, que consideró como efecto retroactivo la aplicación de la ley a las instancias pendientes de ser resueltas.⁵⁶

De igual manera, en lo concerniente a la función del jurado, se soslaya que la institución del jurado es familiar al sistema de derecho francés en el ámbito del derecho penal, en el que los jurados disponen de una facultad aún mayor que un jurado del sistema de derecho del *common law*, ya que su competencia comprende tanto la determinación de la culpabilidad del acusado como la de la sentencia.

De igual manera se soslaya que en los Estados Unidos de América es el Ejecutivo Federal quien designa a los jueces federales; conforme al esquema de lectura del grupo *LLSV*, se podría llegar a la conclusión que los jueces federales norteamericanos estarían por lo mismo fuertemente inducidos a satisfacer las expectativas del Ejecutivo Federal si desearan progresar en su carrera.

2) En lo relativo a la segunda nota distintiva, considerar que la codificación se caracteriza por el carácter preciso de las reglas, en

⁵⁴ CE, 19 Oct. 1962, *Canal*, Robin et Godot, Rec. Lebon, p. 552. Mediante la sentencia *Canal*, el Consejo de Estado francés anuló una ordenanza del Presidente de la República que se había fundamentado en una ley refrendada que instituía una corte militar de justicia. El Consejo de Estado francés determinó que el procedimiento previsto ante esa corte y la ausencia de todo recurso en contra de sus resoluciones atentaba en contra de los principios generales del derecho penal. Esta resolución terminó por generar una fuerte tensión entre el General de Gaulle, en la época Presidente de la República y el Consejo de Estado.

⁵⁵ Cass. I^{ère} civ., 14 de marzo de 1991, en H. CAPITANT, F. TERRÉ e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000, no 158: Gazette du palais, no 58.

⁵⁶ Cass. Ass. Plén. 23 de enero de 2004, *Bull. n° 2*; BICC n° 554, p. 11. La Asamblea plenaria, se extiende aún más de los alcances de la resolución *Zielinski* de la Corte europea, al estimar que no era necesario que el Estado fuera o no parte de litigio para que la aplicación de una nueva ley a las instancias en tránsito se subordinara a dos condiciones de aplicación (la indicación por el legislador de su aplicación a los litigios en tránsito y su invocación de motivos imperiosos de interés general).

contraste con el sistema de derecho del *common law* que plantea principios generales refleja, para expresarlo de alguna manera, cierta precipitación y evidencia una ignorancia, real o aparente, de todo lo que el sistema de derecho francés le debe a la jurisprudencia: para ilustrarlo baste con mencionarse la interpretación jurisprudencial de los artículos 1382 y siguientes, del artículo 1134 o del artículo 3° del Código Civil francés, así como el trabajo de interpretación efectuado por la Corte de Casación (sobre la cual se volverá más adelante: *infra*, III).

La aseveración que sostiene que es la codificación la que caracteriza al sistema de derecho francés desde el siglo XII es plenamente aceptable si se admitiera un margen de error de siete siglos: ¿será necesario recordar que el primero de los Códigos data del año 1804 y que anteriormente a su promulgación cuando mucho se trataba de una redacción de las costumbres elegidas por Carlos VII en 1453?

Finalmente (aunque se podría abundar más en este recuento), plantear como un elemento de superioridad el mecanismo del jurado con el argumento expreso de que es la mejor manera de expresar la voluntad popular, es sostener el postulado que el sistema de derecho debe ser exclusivamente lo que desea la mayoría. Ahora bien ¿qué tan cierto es que el mejor sistema de derecho es aquel que exige la multitud? ¿El sistema de derecho no debería reflejar verdades superiores como la dignidad de la persona o la búsqueda del bien? ¿No existe una virtud pedagógica de la ley? ¿Quién puede desconocer las dos máximas que afirman: ¿*Quid leges sine moribus?* ¿*Quid mores sine legibus?* En Francia, *verbi gratia* la reforma de 1972 relativa a la igualdad de las filiaciones legítima y natural o la abrogación en 1981 de la pena de muerte, muy posiblemente no correspondían en ese momento al deseo de la mayoría; sin embargo se trataba de reformas que hoy en día ninguna mayoría osaría cuestionar.

De tal suerte que en muchos aspectos la propuesta que fundamenta el análisis del grupo *LLSV* resulta inexacta en una perspectiva fáctica y ampliamente discutible en una perspectiva filosófica. Por consiguiente y por más correlaciones que se establezcan, la propuesta permanece eminentemente frágil, pero más aún cuando las mismas correlaciones propuestas tampoco logran convencer plenamente.

2. La debilidad de las correlaciones

21. Correlación, causalidad y verosimilitud

En el método econométrico, la correlación es un medio que permite verificar o infirmar una propuesta planteada pero es además

necesario que las correlaciones parezcan pertinentes. Resultaría demasiado tedioso retomar en este trabajo cada una de las correlaciones establecidas por el grupo *LLSV*, sin embargo, sin entrar en el detalle de su argumentación, podemos tomar un ejemplo de una correlación que supuestamente apoya las propuestas emitidas.

En *Regulation of entry*, el grupo *LLSV* estudia el efecto de las obligaciones de los socios fundadores de sociedades mercantiles de acuerdo a sus tres teorías relativas a las intervenciones del Estado (corregir las insuficiencias del mercado, proteger las sociedades mercantiles que ya actúan en el mercado u obtener gratificaciones).

Para desarrollar la primera teoría (las intervenciones del Estado se efectúan para paliar las insuficiencias del mercado) que estudia la correlación entre el farrago de los trámites requeridos y seis indicadores de resultados de las intervenciones del Estado, el grupo *LLSV* adopta los indicadores siguientes:

- 1) El número de certificación ISO 9000 por cada mil habitantes.
- 2) El peso de contaminante orgánico emitido en el agua por día y asalariado en 1996.
- 3) El promedio de envenenamientos accidentales por cada millón de habitantes entre 1981 y 1994.
- 4) El promedio de infecciones intestinales por cada millón de habitantes entre 1981 y 1994.
- 5) La importancia de la economía informal expresada en porcentajes del Producto Interno Bruto.
- 6) La importancia del empleo informal expresada en porcentaje de la mano de obra declarada.

Al operar una regresión el grupo *LLSV* establece que no hay correlación entre el farrago de trámites, su duración o costos y los indicadores de resultados, para llegar a la conclusión que la teoría es falsa. Lo verdaderamente digno de admiración es que los indicadores elegidos no guardan prácticamente ninguna relación con el contenido de los requisitos impuestos a los socios fundadores de sociedades mercantiles. En el fondo este trabajo carece de los elementos para medir la eficiencia de la legislación; dicho en otra forma su aptitud para alcanzar sus objetivos al operar simples paralelos entre una medida cuantitativa de la reglamentación y unos acontecimientos sociales sin conexión alguna. En cualquier evento, en la especie, la presencia o ausencia de correlación no es significativa.

De manera recíproca, para sostener su propia hipótesis, el grupo *LLSV* establece una correlación entre el volumen de trámites necesarios para la constitución de una sociedad mercantil y el grado de corrupción del poder público. Afirma que cuánto más requisitos se impongan, más se acrecienta el talante de la corrupción. Pero una vez más su conclusión no logra convencer del todo. En efecto, se mide el grado de corrupción con base en resultados de sondeos de opinión provenientes de diversas organizaciones. Ahora bien, dichas encuestas no fueron específicamente diseñadas ni realizadas para evaluar el impacto de los requisitos establecidos para la constitución de sociedades mercantiles. El hecho que sea posible eventualmente identificar una correlación entre el volumen de trámites y el talante de la corrupción no concluye que sea el volumen de trámites el causante de la corrupción ni que sea la corrupción la que genere el volumen de trámites. Por otra parte, y sobre todo, aun suponiendo que los trámites necesarios a la obtención de un permiso sean los causantes de determinados actos de corrupción, quedaría por determinar si no se trata de inconvenientes secundarios, daños “colaterales” que, por más lamentables que sean, resultarían desdeñables en relación a los beneficios sociales que aportan el cumplimiento de esos requisitos. En último extremo, sostener que un trámite de autorización representa una oportunidad de corrupción equivale a enunciar una trivialidad que carece de interés. La interrogante esencial es otra: establecer si el daño acaece y de ser así, determinar si alcanza un grado tal como para condenar el trámite. ¿Hubiese sido preciso dejar de hacer donaciones para salvar a Venecia de las inundaciones bajo el argumento que ciertos fondos habrían sido distraídos para otros fines?

22. *Doing business* y *LLSV*

En suma la literatura del grupo *LLSV* provoca una gran perplejidad en el lector, ya que es a la vez y paradójicamente tan dogmática, cómo poco rigurosa. Presumiblemente se argumentará, que los Informes no incorporan en su integridad todas las propuestas del grupo *LLSV*. Es cierto que formalmente no se contienen en ellos las fórmulas, por una parte apologéticas del sistema de derecho del *common law* y por la otra despectivas del sistema de derecho francés que suelen encontrarse con frecuencia en los escritos de ese grupo; pero aun así la lectura del Informe 2004 no admite hesitaciones respecto a las preferencias de los autores. En cuanto al Informe 2005, si bien sus esfuerzos diplomáticos y de cortesía son bienvenidos, permanecen en él incólumes, sus

fundamentos intelectuales. Por su origen, por su metodología y por sus conclusiones, los informes *doing business* permanecen insertos en un pensamiento claramente identificado, desarrollado en el capítulo I e intitulado “*Measuring with impact*”. Este estado de cosas nos conduce necesariamente a puntualizar dos observaciones.

23. *Doing business* y la renovación del derecho comparado

En primer término, más allá de sus debilidades, los informes *doing business* plantean la interrogante de la renovación de la metodología del derecho comparado con el propósito de transformarlo en una herramienta eficiente.⁵⁷ En especial, el empleo de las técnicas de la econometría puede auxiliar a los juristas a desarrollar análisis más operacionales. Un autor escribía al rendir homenaje al alcance del proyecto científico del grupo *LLSV*: “*The LLSV study is a groundbreaking endeavor. Orthodox comparative lawyers would have shrunk back from such an ambitious endeavor and if they had attempted, it would have wound up with a tome of 2000 pages and 6000 footnotes filled with caveats and qualifications that would have rendered it unreadable*”⁵⁸. En la especie la recurrencia al empleo de la econometría ha resultado poco productiva. Sería excesivo, sin embargo, asociar a la misma condena las conclusiones del grupo *LLSV* y la metodología empleada. En sí, la metodología econométrica es neutral; se utilizó *verbi gratia* para defender la tesis que la cultura de un país tiene un impacto mayor sobre su evolución, que su pertenencia a una familia jurídica, lo que contradice dicho sea de paso, el mismo postulado del grupo *LLSV*.⁵⁹

⁵⁷ M. SIEMS, *What Does Not Work in Comparing Securities Laws: A Critique on La PORTA et al.'s Methodology*, Working paper, European University Institute, Florencia, 2004; M. SIEMS, *Numerical Comparative Law: Do we need statistical evidence in law in order to reduce complexity?* Working paper European University Institute, Florencia, 2004.

⁵⁸ D. VAGTS, « Comparative company law - The new wave » en Jean-Nicolas Festschrift Druey, 2002, p. 596 at 604: “El estudio del grupo *LLSV* constituye una empresa revolucionaria. Los comparatistas tradicionales hubiesen titubeado ante un proyecto tan ambicioso y de haberlo llevado a cabo, lo hubiesen condensado en un volumen de más de 2000 páginas y 6000 notas al pie de páginas, todas ellas llenas de reservas y matices por precisar que hubieran vuelto el conjunto del trabajo incomprensible” **TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.**

⁵⁹ A. LIGHT, C. GOLDSCHMIDT and S. SCHWARTZ. “*Culture, law and corporate governance*” por publicarse en *International Review of Law and Economics*”.

Lo que menoscaba poder de convencimiento a las conclusiones del grupo *LLSV* y por ende a los informes *doing business*, no radica tanto en el empleo de la metodología cuantitativa, sino en su aplicación sumaria, gobernada por la voluntad expresa de obtener, más que demostrar, un resultado anticipado consistente en determinar la escasa eficiencia económica del sistema de derecho civil. Para decirlo con claridad la metodología empleada no es más que el montaje de una vasta *auberge espagnole*⁶⁰ en la que a través de una engañosa apariencia científica, el grupo *LLSV* llega a un resultado previamente determinado. Sin embargo conviene tener muy en claro las cualidades intrínsecas de las herramientas de trabajo con el empleo que de ellas se hacen. Estas mismas herramientas de trabajo podrían ilustrar de manera instructiva los diferentes sistemas jurídicos si se ponen a disposición de análisis menos indigentes y con un empleo más riguroso. Un primer acercamiento se podría dar al combinar estas herramientas con otros instrumentos comparatistas en los que la metodología de la historia guarda un lugar de privilegio.⁶¹

24. *Doing business* y la confusión de los géneros

En segundo término, los informes *doing business* plantean la interrogante de la confusión de géneros literarios. Esos informes, tal y cómo fueron concebidos, operaron como una caja de resonancia al servicio de una escuela de pensamiento; peor aún, al servicio de una capilla dentro de esa misma escuela. Es de congratularse por supuesto que una institución como el Banco Mundial, contribuya al debate de las ideas.

⁶⁰ **NOTA DEL EDITOR** Expresión francesa intraducible al español que significa literalmente « posada española » y se refiere a un lugar en donde se encontraron más cosas que las que originalmente se habían llevado. Es célebre la frase de Maurois en relación a la "posada española" que dice: "... Il en est de la lecture comme des auberges espagnoles: o n'y trouve que ce qu'on y apporte..." En el libro reciente de Claude Duneton, *La Puce à l'Oreille*, se define l'auberge espagnole, cómo un sitio en el que cada quien hace lo que quiere, cómo lo quiere, en donde nada se encuentra, aún cuándo haya sido llevado por uno mismo. Cazzote en su obra *Le Diable boiteux*, en 1772 escribió: "...Muchas cosas malas se dicen de los hospedajes españoles, y con mucha razón..." En DUNETON, Claude. *La Puce à l'oreille*. Denoël. Paris. 2005.pag- 528

⁶¹ A. MUSACCHIO, *Law, Politics, and Finance in Brazil: Historical Lessons for Corporate Governance Reform in Latin America*, 2004, inédito; A. MUSACCHIO, *Law, Politics, and Finance: Creditor Rights, Contract Enforcement, and the Rise and Decline of Bond Markets in Brazil, 1850-2002*, 2003 inédito; N. LAMOREAUX and J.L. ROSENTHAL, "Legal Regime and Contractual Flexibility: A Comparison of Business's Organizational Choice in France and the United States during the Era of Industrialization", *American law and Economics Review*, Spring 2005 vol. 7, p. 28.

Pero es de lamentarse, sin embargo, que el patrocinio del Banco Mundial únicamente favorezca a una sola capilla, renombrada además por sus frecuentes posiciones radicales. Más grave aún, al privilegiar a un grupo universitario, como fue el caso del grupo *LLSV*, el Banco Mundial ignoró la frontera que necesariamente debe existir entre la investigación académica y el arbitraje institucional. De la primera, se espera imaginación e innovación y se le reconoce por lo tanto un espacio de libertad y subjetividad. Del segundo, se espera que ayude a los responsables a tomar decisiones más ilustradas gracias a un análisis riguroso y a una presentación objetiva, lo que en este caso implica prudencia y pluralismo.

25. Doing business: el Código Da Vinci del derecho comparado?

Esta introducción concluirá con la metodología del grupo *LLSV* asumiendo el riesgo de una comparación: el año 2004 estuvo marcado por el éxito rotundo de una novela fundamentada en aproximaciones precipitadas e hipótesis azarosas que pretendía revelar el secreto de dos mil años de historia; pues bien, al adentrarse en los Informes *Doing Business* resulta inevitable interrogarse si ese tipo de acontecimientos sólo acaecen en la literatura recreativa...