



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA TRANSVERSALIDAD DEL MÉTODO ECONÓMICO Y SU
IMPORTANCIA EN ENSEÑANZA DEL DERECHO**

PRESENTADA POR
CÉSAR ARMANDO GUZMÁN HALBERSTADT

ASESOR
MIGUEL EDUARDO RAMOS MIRAVAL

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN ENSEÑANZA DEL DERECHO

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO
SECCION DE POSGRADO

“LA TRANSVERSALIDAD DEL METODO ECONOMICO Y SU
IMPORTANCIA EN ENSEÑANZA DEL DERECHO”

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO
EN ENSEÑANZA DEL DERECHO

PRESENTADA POR:

CESAR ARMANDO GUZMAN HALBERSTADT

ASESOR:

Mg. Miguel Eduardo Ramos Miraval

LIMA, PERU

2020

A Carola, mi soporte y compañera de vida
A Maria Fátima y Maria Paz, la razón de mi existencia
A mi padre, mi ejemplo e inspiración académica
A mi madre, mi Luz

*Un abogado que no ha estudiado economía está cerca
de convertirse en enemigo público*

L. D. Brandeis

*La estupidez deriva de tener una respuesta para cada cosa. La sabiduría
deriva de tener, para cada cosa, una pregunta*

Milan Kundera

*Estudiar derecho sin analizar sus consecuencias es como estudiar
medicina sin saber si un medicamento matará o curará al paciente.*

Alfredo Bullard

*La economía es la ciencia que nos enseña a sacarle a la vida
el mayor provecho posible*

Bernard Shaw

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no hubiera sido posible sin el apoyo y la colaboración de tanta gente que ha contribuido en la consecución de este emprendimiento.

A todo mi equipo de trabajo del Estudio Guzmán Halberstadt & Asociados por haberme suplido con eficiencia, voluntad y desprendimiento para permitirme dedicar tiempo al quehacer académico.

A las mentes brillantes que con su sabiduría y docencia me llevaron a interesarme por el Análisis Económico del Derecho, en el Perú imposible omitir a Roberto Keil Rojas, Alfredo Bullard Gonzalez y Enrique Ghersi Silva. Y en el plano internacional magníficos juristas y mejores amigos y ejemplos de erudición como Robert Cooter, Andres Roemer, Edgardo Buscaglia, Steven Shavell, Santos Pastor Prieto (+), Thomas Ulen, Francisco Cabrillo, Benito Arruñada, Hugo Acciarri, Monika Infante, Rocio Albert, Rafael Mery, Luigi Franzoni, Fernando Gomez, Pomar, Rogelio Biazzi, Hans Bernd Schäfer, Ejan Mackaay, Osvaldo Schenone, Flavia Santinoni Vera, Francisco Marcos, Francisco Reyes Villamizar, Yanna Gutierrez Franco, Matías Irigoyen, Pamela Tolosa, y tantos otros maestros que me han honrado compartiendo parte de su conocimiento y capacidad analítica inigualable.

A mis cientos de alumnos en casi 20 años de docencia universitaria ininterrumpida. Enseñar es, en el fondo, un aprendizaje. Y todos y cada uno de ellos me han regalado la ilusión cotidiana de dictar una clase; una experiencia sin igual. En particular, reconozco a mis alumnos del Centro de Estudios de Derecho y Economía de la Facultad de Derecho de la universidad de San

Martín de Porres por su entusiasmo en cuestionarse y proponer nuevos desafíos para el uso interdisciplinario del conocimiento, sacrificando su descanso dominical e interactuando permanentemente, conformando una armoniosa familia que a pesar de los cambios originados por el natural desarrollo académico de cada uno de los integrantes, mantiene su esencia a lo largo del tiempo.

Y, por último, pero no por ello menos importante, a mi esposa e hijas, a quienes he robado parte de nuestro tiempo, ya escaso en la coyuntura actual de los tiempos y que cada día es más dinámica, para emprender este modesto trabajo. Para ellas y por ellas.

INDICE

RESUMEN

INTRODUCCION

CAPÍTULO 1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- 1.1. Formulación del Problema
 - 1.1.1. Problema General
 - 1.1.2. Problemas Específicos
- 1.2. Objetivos de la Investigación
 - 1.2.1. Objetivo General
 - 1.2.2. Objetivos Específicos
- 1.3. Justificación de la Investigación.
 - 1.3.1. Importancia de la investigación.
 - 1.3.2. Viabilidad de la investigación.
- 1.4. Limitaciones del Estudio.
- 1.5. Marco Teórico.
- 1.6. Definición de Términos Básicos.

CAPITULO 2.- EL METODO ECONOMICO

- 2.1. Consideraciones iniciales
- 2.2. El análisis Costo Beneficio
- 2.3. La Modelización del Derecho como estructura de Mercado
- 2.4. Las Fallas de Mercado.

- 2.4.1. Los problemas de Información
- 2.4.2. Las Externalidades
- 2.4.3. Los bienes comunes y los bienes públicos
- 2.5 Los costos de transacción

CAPITULO 3.- EL DERECHO, EL METODO ECONOMICO Y SU TRANSVERSALIDAD

- 3.1. El Derecho Civil y el Método Económico
 - 3.1.1. Los Derechos de Propiedad
 - 3.1.2. Los contratos
 - 3.1.3 El Derecho de Familia
 - 3.1.4. El Derecho de Daños
- 3.2. El Derecho Penal y el Método Económico
 - 3.2.1. La Teoría económica del Crimen y el Castigo
 - 3.2.2. La disuasión óptima y el castigo eficiente
- 3.3. El sistema de Justicia y el Método Económico
 - 3.3.1. La decisión de ir a juicio
 - 3.3.2. El rol de los abogados en el proceso.
 - 3.3.3. El costo de los procesos judiciales
 - 3.3.4. Las medidas cautelares
 - 3.3.5. El Modelo de Justicia como un mecanismo de asignación de recursos
- 3.4. Otras aplicaciones del Método Económico al Derecho
 - 3.4.1. Derecho Laboral y Método Económico
 - 3.4.2. Derecho Societario y Método Económico
 - 3.4.3. Derecho de Protección al Consumidor y Método Económico

CAPITULO 4.- LA NECESIDAD DE INCORPORAR EL MÉTODO ECONÓMICO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

- 4.1. El método económico como complemento del análisis integral del Derecho.
- 4.2. Una propuesta audaz

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN

La enseñanza del Derecho ha estado caracterizada por un desarrollo dogmático y exegético partiendo de la premisa que esta disciplina es, por definición, un conjunto de conceptos y normas destinadas a regular la conducta de los individuos en sociedad e inspirada en valores como el orden y la Justicia. Así pensado, las mallas curriculares de las facultades de Derecho por lo general son recurrentes en ver tan solo el lado formal y conceptual, sin analizar ni medir las consecuencias que las normas legales tienen en la estructura de incentivos de los individuos. Ello obedece a que, por su propia composición conceptual, el Derecho no tiene metodológicamente las herramientas para explicar las consecuencias de las normas legales a partir del propio Derecho.

La presente tesis aborda esta dificultad y propone la apertura del Derecho hacia un enfoque interdisciplinario con una ciencia social que, en términos comparativos tiene un conjunto de ventajas metodológicas para alcanzar los objetivos antes señalados como es la Economía, para lo cual se hace, en primer término una presentación de las características del método económico y luego un recorrido transversal de las diversas ramas del Derecho, a través del cual es posible apreciar las ventajas de la incorporación de esta perspectiva en las finalidades inherentes a la formación académica de todo abogado.

.....

INTRODUCCION

Comúnmente la enseñanza del Derecho ha sido asociada al estudio de las leyes, especialmente en los países de tradición del Civil Law. Esta idea de reducir el Derecho a un conjunto de normas trae, sin duda, un conjunto de problemas de distinta índole pues, aun cuando estas leyes vienen arropadas de un componente teórico respaldado en desarrollos doctrinarios, la actividad formativa estriba casi en términos excluyentes a reducir el estudio a las normas legales e instituciones jurídicas en los distintos campos del Derecho, así como a sus aplicaciones concretas en el campo de la administración de justicia. Así, la gran mayoría de facultades de Derecho guarda especial esmero en generar en los alumnos destrezas para conocer y aplicar el Derecho vigente con el soporte de las instituciones que le dan razón a su existencia o su mera producción. En muchos casos, el estudio se reduce a un desarrollo dogmático¹ de las normas legales pero que lejos de ser una “explicación” de una norma, profundiza en el origen y secuencia normativa que le precede. Ya en un plano puramente empírico, el Derecho se enseña a partir de la casuística, bien sea en el plano jurisprudencial o, más modernamente, a través de los *moot* o juegos de roles mediante simulación de controversias orales.

Si nos detenemos a revisar esta visión de la enseñanza del Derecho podremos advertir dos problemas claramente tangibles, a saber, se estudia el Derecho “hacia adentro” y se estudia el Derecho en su forma y fondo, más no en sus consecuencias. Trataremos decir algo al respecto para esclarecer el problema.

¹ Cuando me refiero a la dogmática, estoy hablando de complejos sistemas de carácter formal, compuesto pero que, aunque no nos guste, están basados en una suerte de dogmas jurídicos. Entonces, el ejercicio consiste en extraer del dogma, el contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, con lo cual armamos un texto orgánico legal mínimamente coherente

Una primera observación de la enseñanza del Derecho nos permite advertir que tratamos de entender el Derecho desde el Derecho mismo, a partir de sus propios antecedentes, reglas y criterios interpretativos que le son propios, dándole a esta disciplina un carácter autónomo y autosuficiente para explicar su objeto central, cual es el de regular las conductas humanas. Y ello está muy lejos de ser así. Cuando enseñamos el Derecho, solo a partir del propio Derecho, actuamos como una suerte de “girar en redondo” como un ejercicio de retroalimentación justificativa de las normas legales encontradas en el propio Derecho, cuando esto no es ni podría ser así. Las mismas fuentes del Derecho reconocidas unánimemente como tales constituyen un buen ejemplo de lo que tratamos de explicar como problema central: El Derecho busca su justificación en el Derecho mismo y una visión así propuesta estimamos que es incompleta, falaz y sesgada. Y si esto lo extrapolamos a la aplicación concreta por parte de los operadores del Derecho, tenemos una situación aún más grave, un abismo entre lo que es y lo que debe ser, una desconexión absoluta de la realidad, pero, sobre todo, una divergencia entre lo formal y lo real.

Este diagnóstico descrito precedentemente puede ser subsumido en una idea errónea que es tomada como punto de partida inmutable en la enseñanza -y, correlativamente, en la aplicación- del Derecho, según la cual esta disciplina tiene carácter autónomo.

Como señaláramos en párrafos precedentes, otro cuestionamiento a la enseñanza tradicional del Derecho es el privilegio de la forma y el fondo, más no en las consecuencias. En efecto, cuando estudiamos Derecho, concentramos nuestra atención en las instituciones, las normas y tratamos de desentrañar su verdadero sentido, concordándolo con otros elementos del propio Derecho como un todo que tiene como aspiración final -aun en un plano puramente teórico- un cuerpo normativo orgánico y coherente.

Si vemos las diferentes ramas del Derecho, el patrón de enseñanza, con mayor o menor intensidad en uno u otro factor, se repite *mutatis mutandi*, pero la idea es uniforme en todos los casos: Vemos el Derecho en tanto tal, como un objeto

unívoco y cerrado dentro del cual nos conducimos para encontrar nuestras interrogantes y nuestras respuestas.

Este diseño formativo adolece de una hipótesis de partida fallida que constituye uno de los problemas centrales y es que el Derecho no es ni podría ser por sí misma una disciplina autónoma. Y ello tiene su explicación desde el momento que le reconocemos al Derecho un rol regulador de la conducta de los individuos para alcanzar fines sociales y, como tal, no puede sustraerse a otras perspectivas que lo ubiquen adecuadamente en lo que constituye la razón misma de su existencia. Sin duda, que esta supuesta autonomía tiene bases históricas muy resistentes pero que en los tiempos actuales han sido fuertemente debilitadas ante las necesidades de entender realmente los fenómenos jurídicos a cabalidad y no desde una visión que, como repetimos, es incompleta, falaz y sesgada. Con toda razón refiere Posner (1987) (que) “la idea de que el Derecho es una disciplina autónoma, es decir, un tema apropiadamente encomendado a personas instruidas en Derecho y en nada más, fue originalmente una idea política”.

No podemos dejar de resaltar que este fenómeno de “aislar” el Derecho de la realidad ha sido muchas veces alentado desde las propias aulas cuando se observa que la estructura curricular se reduce a la mera aplicación automática de la norma aplicable al supuesto concreto.

En este orden de cosas, aquí encontramos el principal problema de esta forma de enseñanza del Derecho. En tanto nos concentramos en ver el Derecho “desde adentro”, perdemos de vista las consecuencias reales que las normas tienen en los individuos. Siendo el Derecho, finalmente, un mecanismo que busca alterar la estructura de incentivos de los individuos, bien sea a través de promover ciertas conductas deseables socialmente, bien sea disuadiendo conductas que generan efectos negativos para otros, dichas consecuencias no son tamizadas por cuenta directa del Derecho, no solamente por una cuestión deliberada (a saber, “la ley es la ley”) sino por una limitación metodológica, pues el Derecho, ni por asomo, tiene herramientas adecuadas para medir y

testear por sí mismo, los efectos reales que las normas pueden tener en el comportamiento de los individuos.

Y es así como tenemos normas vigentes que están totalmente apartadas de la realidad o que no se cumplen y, peor aún, otras que generan efectos perversos o, más precisamente, como señala cierto sector de la doctrina, efectos no pretendidos. En innumerables casos, enseñamos el Derecho y le damos una validez genérica que linda en el dogmatismo por el solo hecho de ser ley, pero sin reparar en los efectos perseguidos y los resultados reales obtenidos. Si partimos que la premisa básica es que los abogados no solamente somos meros operadores del Derecho sino también y, sobre todo, creadores de Derecho.

De acuerdo con este diagnóstico, el problema principal es la visión parcial e incompleta de la enseñanza del Derecho a partir de una probable exacerbación de los alcances de la disciplina en cuanto a alcanzar por sí misma sus fines. En esta línea, queda claro que el Derecho requiere del auxilio de otras disciplinas que le sirvan de auxilio para complementar o acaso cubrir las propias limitaciones que el Derecho tiene en la búsqueda del cumplimiento de sus fines.

En dicho contexto, y entre los diversos enfoques que pueden coadyuvar a dicha interdisciplinariedad, el enfoque económico -entendido como tal a aquél predominantemente axiomático, deductivo y respaldado en evidencia- puede coadyuvar transversalmente a apoyar el entendimiento del Derecho a través de sus diversas áreas de estudio, principalmente para abordar aspectos no convencionales del estudio del Derecho, a saber, sus consecuencias en términos de bienestar social y la modificación de la estructura de incentivos de los individuos hacia quienes va dirigido el ordenamiento legal.

Por todo lo expuesto, el presente trabajo, desarrollará una investigación de tipo cualitativa, toda vez que el suscrito de forma inductiva describirá la forma en que el método económico puede ser utilizado transversalmente en la enseñanza del Derecho, en el interés de ampliar los alcances de la enseñanza

de esta profesión no desde un punto de vista dogmático o legalista, sino principalmente en cuanto a sus consecuencias.

CAPÍTULO 1

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Formulación del Problema

1.1.1. Problema General

¿Cómo el enfoque económico aplicado transversalmente en la enseñanza del Derecho coadyuva a un mejor entendimiento de este por parte de los estudiantes de Derecho desde una perspectiva integral y multidisciplinaria?

1.1.2. Problemas Específicos

- ¿Cuál es la importancia de aplicar transversalmente el método económico en la formación de los estudiantes de Derecho?
- ¿Es compatible el método económico con las distintas áreas de estudio del Derecho?
- ¿Cómo la aplicación de herramientas metodológicas propias de la economía permite advertir problemas y/o efectos que no son percibidos a través de los medios empleados tradicionalmente por el Derecho?

1.2. Objetivos de la Investigación

1.2.1. Objetivo General

Analizar como el enfoque económico aplicado transversalmente en la enseñanza del Derecho coadyuva a un mejor entendimiento de éste campo del conocimiento por parte de los estudiantes de Derecho desde una perspectiva integral y multidisciplinaria

1.2.2. Objetivos Específicos

- Conocer a importancia de aplicar transversalmente el método económico en la formación de los estudiantes de Derecho.
- Determinar si resulta compatible el método económico con las distintas áreas de estudio del Derecho.
- Identificar como la aplicación de herramientas metodológicas propias de la economía permite advertir problemas y/o efectos que no son percibidos a través de los medios empleados tradicionalmente por el Derecho.

1.3. Justificación de la Investigación.

1.3.1. Importancia de la investigación

La investigación será de capital importancia para redefinir el rol de la enseñanza del Derecho y la perspectiva tradicional que se aplica en las escuelas de Leyes. Tradicionalmente se enseña la dogmática y la normatividad en abstracto, sin considerar que finalmente las normas están dirigidas por y hacia los individuos. En esa línea de pensamiento proyectaremos la idea que las herramientas inherentes a otras disciplinas y, en el caso particular, las que son propias de la Economía tienen especial utilidad para poder incrementar los niveles de efectividad en la producción y efectos del Derecho.

A partir de esta idea central, nuestra investigación incentivará fervorosamente el trabajo interdisciplinario y el Derecho auxiliado por otras materias que tienen ventajas metodológicas y enriquecen el entendimiento de las distintas ramas de nuestro quehacer jurídico. En este extremo, demostraremos la transversalidad de este enfoque metodológico que, en otras palabras, significa que puede ser adoptado para todas las áreas del Derecho, sin exclusión alguna, con lo cual lo que promoveremos es desmitificar la idea tan arraigada que la economía está asociada únicamente referida a aspectos legales relacionados al ámbito corporativo y financiero. Pues este trabajo de investigación, mediante el uso de modelos y ejemplos concretos, enseñará que el método económico puede ser especialmente útil para comprender mejor el Derecho en áreas muchas veces consideradas incompatibles e inhóspitas para esta materia, como el Derecho de Familia, Derecho de Protección al Consumidor, Derecho de Daños entre otros tantos campos de esta amplísima plataforma de conocimiento y que normalmente son estudiados exclusivamente desde el Derecho mismo.

1.3.2. Viabilidad de la investigación

El investigador cuenta con la experiencia académica y trayectoria especializada en las interacciones entre el Derecho y la Economía y un vasto desenvolvimiento en la docencia en el Análisis Económico del Derecho -en el Derecho Anglosajón denominado como Law & Economics- así como sus ramas inmediatamente afines tales como Teoría de los Juegos aplicada al Derecho y Economía Conductual aplicada al Derecho -o Behavioral Law & Economics- que hace posible el acceso a las fuentes de información y consulta a nivel global que permiten demostrar la utilidad transversal del método económico no solamente en el plano teórico, sino en sus aplicaciones concretas.

1.4. Limitaciones de estudio

Probablemente la dificultad más notoria que la presente investigación enfrentará será que no existe prácticamente nada escrito sobre el tema a nivel

nacional, salvo artículos aislados y publicaciones breves muy puntuales. Aún más, el enfoque económico como auxilio transversal del Derecho ha tenido un mayor auge en la familia del Derecho Anglosajón que en el Derecho de tradición Romano Germánica, lo que hace que exista profusa bibliografía en el ámbito del Common Law y que, al tiempo que debemos ser recurrentes a este ámbito, debemos extrapolarlo a nuestra tradición romano germánica, y a nuestros sistemas basados en fuentes principalmente legalistas antes que jurisprudenciales.

Ello sin embargo no es óbice para introducirnos de lleno al enfoque multidisciplinario propuesto y, por el contrario, exige un ejercicio bibliográfico profuso en otras latitudes y otros idiomas con lo cual podemos superar cualquier escollo para desenvolvernos con suficiente solvencia.

Al margen de dichas consideraciones que hacen especialmente provocador y atractivo este emprendimiento, no existen mayores limitaciones para la presente investigación.

1.5. Marco Teórico

1.5.1. Antecedentes de la Investigación

Existe copiosa información para estudiar el método económico, y, en menor medida, trabajos relacionados a dicho método aplicado al Derecho. Así tenemos puntualmente:

- Aguado Franco, Juan Carlos (2011) Curso Fundamental de Microeconomía. Madrid, Delta Publicaciones.

El autor ofrece en forma especialmente simple el método económico y, en particular el que es inherente al enfoque que pretendemos en esta investigación, cual es la Microeconomía, en la que se parte de la idea de la asignación de recursos escasos entre fines alternativos. En base a esta

definición, por demás tradicional, el autor desmenuza el concepto y con ello da a conocer la metodología económica en plenitud.

- Mankiw, Gregory (2007) Principios de Economía. Madrid, Thompson Editores.

El libro de Mankiw, con certeza, debe ser uno de los textos más recurrentes para el estudio y enseñanza del método económico. Ello ocurre porque el autor dedica hasta dos capítulos en los que describe sus famosos “10 principios de la economía” que son tan empleados para enseñar esta disciplina, como también su provocador texto denominado “pensar como un economista” en el que resume el enfoque en forma magistral.

- Sala i Martín, Xavier (2001) Economía Liberal. Para no economistas y no liberales. Madrid. Penguin Random House Grupo Editorial

El autor es un personaje muy particular que hace que su literatura sea muy peculiar por la forma didáctica y puntual que utiliza, a través de todo este libro, logramos entender a plenitud, como podemos usar el pensamiento económico para entender mejor otras disciplinas que no le son afines.

- Samuelson, Paul y Nordhaus, William (1996) Economía. Madrid. Mc Graw-Hill

Se trata de uno de los textos económicos fundamentales y clásicos de un Premio Nobel de Economía. Pese a que fue escrito hace muchos años, no pierde vigencia en la parte relativa a la explicación del estudio de la economía en su parte introductoria. Esta ambiciosa obra es recurrentemente consultada toda vez que hace una revisión total de los aspectos económicos que pueden perfectamente asociarse a la práctica del Derecho.

- Nicholson. Thomas. (2005) Teoría Microeconómica. Principios Económicos y Aplicaciones. México D.F. Cengage Learning Editores S.A.

Pocos libros tienen tanto énfasis en el método económico como este libro clásico de Nicholson. Ello porque a lo largo de sus páginas encontraremos mucha información sobre aspectos metodológicos de la economía que nuestra investigación utilizará como insumo para efectos de explicar mejor el Derecho.

- Pindyck, Robert S. y Rubinfeld, Daniel (2009) Microeconomía. Madrid. Pearson Prentice Hall.

En sus “prolegómenos”, y en base a muchos ejemplos, los autores han explicado claramente los alcances y características del método económico. Es importante que las cuestiones prácticas se incorporen en la forma de su explicación. La conducta individual -base de la microeconomía- es especialmente útil para comprender el Derecho, por lo que este libro constituye un antecedente indispensable.

- Sowell, Thomas. (2013) Economía Básica. Madrid. Deusto.

En su parte final, el famoso escritor y economista Sowell reflexiona sobre el desenvolvimiento de la Economía a lo largo de la historia y hace énfasis en cómo esta disciplina se ha desenvuelto al punto de interactuar con otras materias en el mundo moderno, como en el caso del presente trabajo de investigación, a saber, el Derecho.

- Gwartney, James D; Stroup, Richard; Sobel, Russell y Macpherson, D. (2007) Economics. Private and Public Choice. Ohio. South Western Cengage Learning.

Los dos primeros Capítulos de este libro indispensable para entender la economía y uno de los textos más leídos en las escuelas norteamericanas

describe claramente el método económico y lo que denominan la forma de pensar económicamente, eje central de nuestro trabajo de investigación, aplicado al Derecho.

- Friedman, David (2000) Delincuentes racionales y policía maximizadora de beneficios. Análisis económico de las leyes y de su cumplimiento. En Tomassi, Mariano y Ierulli, Kathryn (editores) (2000) Economía y Sociedad. Madrid. Cambridge University Press.

Un caso concreto de aplicación del análisis económico a cuestiones de no mercado, esto es, a las políticas de represión de la delincuencia y la maximización de los beneficios. De esta forma se advierte una aplicación concreta del enfoque económico aplicado a las consecuencias de las normas legales y a la estructura de incentivos de los individuos.

- Mendoza Bremautz, Emma (coord.) (2006) Teoría Económica. México DF. Iure Editores.

Como en otros casos, este libro describe claramente a través de diversos estudios, la metodología propia de la economía que el presente trabajo tendrá como insumo principal para hacer que se pueda aplicar a la realidad del Derecho en sociedades del Derecho Romano Germánico como en el caso peruano.

- Aguado Franco, Juan Carlos y Hamoudi, Hamid (2014) Guía para comprender la Microeconomía. Madrid, Pirámide

En este sencillo libro se hace un minucioso estudio del método económico y sus diversas aplicaciones básicas, como también -y de allí su importancia- los pilares principales del estudio de las decisiones individuales, lo cual tiene directa implicancia en la observancia de las normas legales por las personas a las cuales van dirigidas.

- Reich, Norbert (1985) Mercado y Derecho. Madrid. Editorial Ariel.

Aun cuando el libro está en referencia directa con el Derecho Alemán, el libro no deja de ser especialmente interesante para analizar metodológicamente la economía como presupuesto de nuestro trabajo de investigación que está enfocado a llevar dicho enfoque al campo de las leyes y sus consecuencias.

- Rubio, Mauricio (2007) Economía Jurídica. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Aquí encontramos uno de los pocos trabajos seminales en materia de interacción entre el Derecho y Economía visto desde una perspectiva latinoamericana. En sus primeros capítulos se hace todo un estudio de las instituciones legales vistas desde el método económico, en concordancia con el interés central del presente trabajo de investigación.

Sin embargo, como comentáramos líneas precedentes, la más precisa bibliografía la encontramos en países de tradición anglosajona, por ejemplo, Paces Alessio y Visscher, Louis T. (2011) *Methodology of Law and Economics*. Bart van Klink and Sanne Taekema (Eds.), *Law and Method. Interdisciplinary research into Law* (Series Politika, nr 4), Tübingen: Mohr Siebeck; Ruhl Giesela (2006) *Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective* en *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 24, 2006; Ulen, Thomas (2003) *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*. En *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, No. 4. y Korobkin, Russell B. (2005) *Possibility and Plausibility in Law and Economics*. En *Florida State University Law Review*, Vol. 32. Entre otros tantos otros que se describen en nuestras referencias bibliográficas.

1.6. Definición de Términos Básicos

- **Economía.**

La economía es una ciencia social que estudia la forma de administrar los recursos disponibles para satisfacer las necesidades humanas. Dentro de ese enfoque, también estudia el comportamiento y las acciones de los seres humanos. Dado que los recursos son escasos, las necesidades ilimitadas y desgraciadamente, no todos podemos disponer de todo, nos vemos obligados a administrar esos bienes para conseguir lo que nos falta. La ciencia económica envuelve la toma de decisiones de los individuos, las organizaciones y los Estados para asignar esos recursos escasos

La economía se centra también en el comportamiento de los individuos, su interacción ante determinados sucesos y el efecto que producen en su entorno. Por ejemplo, el efecto que producen en los precios, la producción, la riqueza o el consumo, entre otros. Es una ciencia social porque estudia la actividad y comportamiento humanos, que es un objeto de estudio altamente dinámico. Los humanos somos impredecibles.

- **Método Económico.**

El método de estudio de la economía puede reducirse a la realización de cuatro principios básicos del método científico: observación, inducción, deducción y comprobación. La economía es considerada una ciencia, siendo su objetivo principal es establecer principios, teorías y modelos de análisis que permitan explicar los fenómenos económicos que surgen tanto en el ámbito doméstico y particular, como en el general y global

- **Análisis Económico del Derecho.**

Es un método de análisis interdisciplinario de carácter instrumental desarrollado en los años 60 en EE. UU. y que persigue aplicar los métodos de la ciencia económica (particularmente de la Microeconomía y la Teoría del Bienestar) al Derecho.

Se trata de nada menos que el surgimiento de una nueva ciencia del Derecho, una ciencia jurídica que pretende entender y proyectar el comportamiento humano, a través de una adecuada determinación de las consecuencias que llegan a tener las normas, por medio del análisis costo-beneficio, la economía de los costos de transacción y la teoría de juegos.

- **Eficiencia.**

La definición de eficiencia es la relación que existe entre los recursos empleados en la obtención de un propósito y los resultados obtenidos con éste. Hace referencia sobre todo a la obtención de un mismo objetivo con el empleo del menor número posible de recursos o cuando se alcanzan más metas con el mismo número de recursos o menos. No obstante, la Economía, ha desarrollado dos conceptos medulares, por un lado el concepto de Eficiencia de Pareto y, por otro, el concepto de Eficiencia de Kaldor Hicks.

La Eficiencia Paretiana se inserta dentro de la Economía de Bienestar. Si algo trae o produce provecho, comodidad, fruto o interés sin perjudicar a otro, provocará un proceso natural de optimización hasta alcanzar el punto óptimo. Una *mejora de Pareto* significa realizar un cambio en la asignación de recursos, mejorando la situación de al menos un agente económico sin empeorar la de otro. Este concepto es económicamente incuestionable. El Pareto óptimo "*Optimo de Pareto*") se define como aquella situación en la cual no es posible hacer ningún cambio en la asignación de recursos, sin empeorar la situación de al menos un agente económico.

La Eficiencia según Kaldor-Hicks denominada también de maximización de la riqueza, postula que si un cambio en la distribución de la renta permite que los que se benefician de él compensen plenamente a los perjudicados, el resultado sería un aumento del producto y del bienestar general, con lo cual es más eficiente. El principio Kaldor-Hicks propone que un proyecto sea aprobado si genera beneficios netos a la sociedad de modo que los ganadores obtengan suficientes beneficios como para poder compensar a los perdedores. Este principio supone que lo fundamental en cada decisión de gobierno es la creación de riqueza. Este criterio de eficiencia se aplica en los proyectos públicos que, en principio, deben generar riqueza (beneficios netos). Por lo mismo, las situaciones regulatorias requieren una evaluación Kaldor- Hicks, lo que usualmente se conoce como evaluación de calidad regulatoria, análisis de impacto regulatorio o análisis costo beneficio de la regulación.

- **Efectos perversos o consecuencias no pretendidas.**

Esta referido a una norma o regulación que genera un objetivo contrario al previsto como su finalidad. Fue desarrollado por Sam Peltzman a partir de su tan citado artículo "The Effects of Auto Safety Regulation"

- **Análisis costo beneficio**

El método de análisis costo beneficio tiene como objetivo fundamental proporcionar una medida de los costos involucrados en un determinado acto o, para los objetos del presente estudio, de las normas legales y comparar dichos costos previstos con los beneficios esperados de la promulgación de una norma. Esta medida o estimación servirá para:

- Valorar la necesidad y oportunidad de acometer la normal legal.
- Seleccionar la alternativa más beneficiosa para la regulación de un fenómeno social.
- Estimar adecuadamente los recursos desplegados para la consecución de un fin comparativamente con los beneficios que conllevará.

Es de destacar la necesidad cada vez mayor de guiarse por criterios económicos y no sólo intuitivos o legales para la regulación y promulgación de normas jurídicas.

- **Enfoque normativo**

Valorar los efectos de las leyes en los diferentes ámbitos de la sociedad a efectos de determinar sus efectos son deseables o no. Se plantea la reducción de costos de la interacción humana a través del sistema legal. la escuela del análisis económico del Derecho como escuela “normativa”, considera que hay una mayor necesidad de intervención legal para corregir las formas dominantes de fallas de mercado. En suma se recurre a una descripción subjetiva de la realidad.

- **Enfoque positivo**

Explicar y “predecir” los efectos de las leyes en el comportamiento de los agentes económicos a partir de modelos económicos. Describe el sistema legal a partir de categorías económicas y en base a premisas axiomáticas. La hipótesis primaria promovida por el análisis económico del Derecho positivo es así la noción de que la eficiencia es el factor predominante que les da forma a las reglas legales. El enfoque se detiene principalmente en consideraciones objetivas.

- **Externalidades**

Este término tan generalizado en el ámbito de la economía resulta crucial cuando queremos aplicar el método económico al Derecho. En efecto, hacemos referencia a una “externalidad” cuando nos encontramos ante un efecto no contratado. Desarrollando la idea, se dice que una externalidad alude a los efectos de la conducta de un individuo respecto de otro u otros. Las externalidades son consideradas como una falla de mercado, pues en cualquier caso, bien se trate de externalidades positivas o negativas, afectan -y con ello distorsionan en términos económicos- la asignación de costos. La vida cotidiana está plagada de externalidades y los ejemplos son infinitos: Los humos contaminantes que produce una industria nos da un ejemplo claro de lo que es una externalidad negativa o, a nivel micro, el humo de un cigarrillo. Queda claro que las poblaciones que viven alrededor de la industria contaminante, como las personas cercanas al fumador asumen un costo que no han generado, siendo así que nos encontramos ante una externalidad positiva. Al revés, la construcción de una carretera por parte de una empresa puede generar un beneficio a una población adyacente sin que haya invertido en ello, supuesto en el que nos encontramos ante una externalidad positiva.

En cualquier caso, es deseable que, en tanto que es una falla del mercado, se “internalice la externalidad”. Los primeros desarrollos al respecto hechos por el economista británico Arthur Pigou sugerían que ello se hiciera a través del sistema de impuestos, lo cual, de hecho, planteaba un conjunto de cuestionamientos. No sería sino hasta el famoso artículo de Ronald Coase (1960) llamado “El Problema del Costo Social” -para muchos la piedra fundante del Análisis Económico del Derecho moderno y, sin duda alguna, el artículo más citado de la ciencia económica- que propone una solución alternativa que se plasma en lo que luego el Premio Nobel

de Economía George Stigler denominaría “El Teorema de Coase” que advierte que las externalidades tienen naturaleza recíproca y, por tanto, si los derechos de propiedad están bien definidos y los costos de transacción son bajos, las partes podrán resolver la externalidad mediante acuerdos privados, no siendo necesaria la intervención del Estado. Por el contrario, la regla será relevante en aquellos casos en la que los costos de transacción son elevados, debiéndose entenderse ello no necesariamente en la injerencia o sustitución al mercado, sino a reducir los costos de transacción de modo tal de alcanzar las condiciones para cristalizar la premisa inicial. Este tema es de especial relevancia y volveremos a él en esta investigación para explicar la existencia misma de algunas ramas del Derecho.

- **Costos de Transacción**

En términos muy simples, podríamos decir que los costos de transacción (transaction costs) refiere a los costos en los que incurrimos al interactuar en el mercado. Este concepto introducido inicialmente por el gran Premio Nobel Ronald Coase en su artículo “la Naturaleza de la Firma” en 1937, comprende a los costos que supone llegar a realizar una transacción. Nótese que no se habla de “costo” sino de “costos” de transacción porque son de distinta naturaleza y acontecen en momentos distintos. Existen diferentes nomenclaturas para definir estos costos, pero para los efectos de este trabajo, usaremos la denominación dominante, a saber, i) los costos de información o costos de búsqueda, aquellos relacionados a “llevar a las partes” a un acuerdo; ii) los costos de negociación, referido a todo aquello que supone la interacción necesaria para arribar al acuerdo y iii) los costos de cumplimiento, de vigilancia o ejecución, relacionado a hacer cumplir el acuerdo alcanzado. Sería otro Premio Nobel, Oliver Williamson, quien profundizaría más en el estudio de los costos de transacción. Según dichos costos sean altos o bajos, podremos estar ante una situación donde la intervención del

Estado tendrá o no relevancia alguna. En tanto que los sistemas legales generan costos, este concepto será reiteradamente invocado a lo largo de la presente investigación en especial, para poner en evidencia las consecuencias de una regulación defectuosa.

CAPITULO 2

EL METODO ECONOMICO

2.1. Consideraciones iniciales

A veces las anécdotas hacen ver las cosas de forma más elocuentes, por lo que me permito iniciar este Capítulo con algunas de vivencias que me servirán para introducirnos en el tema que nos ocupa.

Hace algunos años apliqué a la cátedra de Análisis Económico del Derecho en una importante universidad estatal. Parte de la evaluación, además de la hoja de vida y trayectoria académica, consistía en una clase modelo dictada ante un jurado de tres profesores principales. Cuando tocó mi turno, decidí abordar la teoría económica de los contratos, tema en el que me encontraba especialmente cómodo no solo porque era parte de mi sílabo que dictaba regularmente durante cerca de quince años, sino que, además, era especialmente familiar con mi quehacer en la actividad profesional privada. Terminada mi disertación, uno de los jurados se levantó de su asiento y, prepotente e indignado espetó “¡y para qué les sirve la economía a los abogados! ¡si necesito un economista, lo contrato pues!”. Predeciblemente y a pesar de que obtuve la mejor calificación a mi hoja de vida, tuve la peor nota en la clase magistral, declarándose desierto el concurso y eliminado el curso del currículo anual de esa universidad por ese año.

En otra ocasión, fui invitado a dictar una conferencia a una universidad de provincia y me pidieron que les diera el título de mi exposición. Dado el perfil del público al que iba dirigido el evento, decidí escoger como tema “el Análisis

Económico del Crimen y el Castigo”. Llegado el momento de mi presentación, veía a gran parte del público totalmente desconcertado, algo así como si se hubieran equivocado de evento al que estaban asistiendo. Al terminar mi exposición, quise promover una ronda de preguntas, ante lo cual un asistente se levantó y dijo “disculpe profesor, pero ¿en qué momento vamos a ver los delitos económicos?” Era claro que la frustración era doble: de mi parte, pues no se había entendido el sentido de mi exposición, y, del público asistente, pues pensaban que hablaría de cualquier cosa menos de lo que finalmente hablé.

Un tercer caso curioso me pasó en una universidad privada a la que fui invitado a dictar una conferencia que titulé “Introducción al Análisis Económico del Derecho” ello en razón a que había indagado la malla curricular de dicho centro de estudios y no había un curso que tratase el tema. De entrada, fue llamativa la forma en que el presentador anunció “a continuación presentamos a un experto en “Derecho Económico”. Si bien es cierto que hay algunos países - muy pocos, felizmente- que mantiene una asociación de esa denominación con la traducción literal de lo que significa en el Derecho Anglosajón el “Law & Economics”, pensé que se trataba de un desliz del presentador. Terminada la conferencia, muchos asistentes me preguntaron por qué no había hablado de Derecho Financiero, Bancario o Monetario, pues “eso” era Derecho Económico.

Las anécdotas antes reseñadas me permiten demostrar la necesidad de abordar, primero que todo, de qué cosa estamos hablando.

Cuando hablamos del método económico o más puntualmente al Análisis Económico del Derecho, no nos estamos refiriendo a una rama del Derecho sino a una forma de ver el Derecho. Una más.

En efecto, convencionalmente, las escuelas de Derecho de los países de tradición romano germánica nos han enseñado el Derecho en sus diferentes áreas, vistas desde una perspectiva dogmática o legalista según el caso, explicando muchas veces la *ratio legis* de la norma o los orígenes de cada institución, sin más. Probablemente el recurso más efectista para justificar o explicar una institución por parte del común de la gente es “porque la ley lo

dice”. La ley -entendida genéricamente como norma en su amplia acepción- parece explicar y definir todo, convirtiendo muchas veces la enseñanza, comprensión e internalización del Derecho por sus operadores en un acto de fe. Ello, a mi modesto modo de ver, no solo es irresponsable sino que conduce indefectiblemente a desnaturalizar el sentido mismo del Derecho en su definición o finalidad más básica, cual es la de regular la conducta de los individuos en sociedad.

Probablemente, en este caso no reparamos en aquello que parece obvio pero que -como ocurre muchas veces- no nos damos cuenta hasta que alguien nos lo hace notar. Cuando estudiamos el Derecho omitimos una pregunta fundamental cual es ¿y por qué? Podría llenar páginas de esta interrogación y estoy seguro de que inclusive algunos autodenominados especialistas en algunas ramas del Derecho me darían como respuesta “porque la ley lo dice”. Me provoca a modo de ejemplo sugerir algunas preguntas audaces ¿por qué los derechos patrimoniales de un ser humano están condicionados a que nazca vivo? ¿por qué no puedo vender, por ejemplo, mi riñón? ¿por qué me pueden rescindir un contrato porque hay un presunto aprovechamiento de un estado de necesidad? ¿por qué no puedo celebrar un contrato de arrendamiento por 30 años? ¿por qué no puedo dejarles toda mi herencia a mis alumnos, a pesar de que tengo hijos? ¿por qué debo pagar una indemnización por atropellar a alguien? ¿por qué debo hacer una sociedad que tenga un Gerente si no quiero tenerlo, o definir un objeto si no quiero tenerlo, o un capital, si no lo puedo determinar aún? ¿Por qué no puedo pactar con mi cónyuge que nuestra comunidad de bienes será 80% - 20%? ¿por qué tengo que regalarle a mi trabajador un sueldo adicional en Navidad y otro en Fiestas Patrias? ¿por qué los abogados deben “autorizar” todos los escritos que se presentan en un proceso judicial? ¿por qué un abogado debe colegiarse para poder ser “hábil” para el ejercicio profesional? ¿por qué no le ponemos pena de muerte a los violadores de niños?... Y puedo plantear cuestiones aún más peliagudas, muchas de las cuales no tienen un por qué y sin embargo están vigentes.

Queda claro que esta tesis podría ser simplemente una enumeración de miles de “por qué” pero no es el caso. Simplemente he querido ilustrar algunas

situaciones en las que nos encontramos en la disyuntiva de explicar una opción legislativa en relación con algún tópico puntual. La evidencia empírica demuestra que, en la gran mayoría de los casos, las respuestas a preguntas de este tipo transitan por tres opciones;

Respuesta 1: Porque la Ley/Constitución así lo dispone.

Respuesta 2: Por “Seguridad Jurídica”

Respuesta 3: Porque es justo.

Trataré de explicar, a modo preliminar, cual es la razón por la que las tres respuestas resultan fallidas.

En el primer caso, como ya señalé en párrafos anteriores, estamos ante una falacia absoluta pues si bien es cierto que la fuente de la que emana el mandato es la ley, ella no es, en sí misma, la razón que explica ni, mucho menos, el medio a través del cual se reconducirá la conducta de los individuos hacia quienes va dirigida la norma. En otras palabras, no porque la norma diga algo, se garantiza su cumplimiento, aun cuando por naturaleza las normas tienen carácter imperativo, ello resulta en la mayoría de los casos solo un espejismo. Imaginemos un mundo ideal en el que solo por el hecho de la existencia de la norma, esta fuera observada por todos los llamados a cumplirla: Ese mundo no existe (a pesar de que algunos de nuestros legisladores parece que no se dan cuenta aún). Así las cosas, el Derecho como tal no puede explicarse ni justificarse, menos hacerse coercible a partir del propio Derecho o, cuando menos, el Derecho es insuficiente para entender las razones que están detrás de su propio cumplimiento.

El segundo caso, es decir, invocar la “seguridad jurídica” como razón para justificar una norma jurídica es, a mi modo de ver, la forma más simplista y generalizada a la que recurren quienes no tienen nada que decir. En mi vida académica he encontrado las más desopilantes afirmaciones, teorías y conceptos jurídicos amparados en el paraguas de la “seguridad jurídica” que

se ha convertido en el comodín de la interpretación del Derecho. Todo y nada es “seguridad jurídica”. Consecuentemente cuando escucho que tal o cual norma debe darse o se justifica por “seguridad jurídica” lo que yo interpreto es que no se tiene la mínima idea del porqué de dicha norma. El problema estriba en darle contenido al concepto de “seguridad jurídica”. La doctrina registra más de 60 definiciones de “seguridad Jurídica” de lo cual se puede inferir con total certeza que no existe un concepto unívoco de dicho término. En este orden de cosas, un concepto que tiene tantas acepciones no puede ni por asomo ser utilizado para explicar un fenómeno pues, previamente, deberíamos ponernos de acuerdo respecto del sentido que le vamos a dar a dicho concepto, lo cual es materialmente imposible.

No menos parecido es el hecho de justificar la existencia de ciertas instituciones y normar legales bajo un criterio de “justicia”. Aun cuando el Derecho tiene bases axiológicas en la Justicia, este concepto llevado a situaciones concretas no ayuda en el ejercicio de explicar la bondad o necesidad de una norma legal. La idea de Justicia, en el sentido filosófico nos lleva a otros conceptos igualmente complejos y abstractos: orden, virtud, equidad, imparcialidad, conformidad, fidelidad, honestidad, rectitud, etc. Encontraremos definiciones de Justicia desde las más remotas en la Biblia, el Derecho Romano (Ulpiano) los griegos (Platón y Aristóteles) los escolásticos (Santo Tomás de Aquino) hasta las teorías más modernas con Kelsen o Rawls. Desde una perspectiva pragmática -y el Derecho se traduce en acciones concretas- esta idea de Justicia no puede ser el vehículo inmediato para entender o explicar el sentido o la necesidad de una norma, más aún cuando, como hemos dicho en el caso anterior, deberíamos primero hacer el ejercicio de consensuar un concepto unívoco para hacerlo valer argumentativamente. Si la justicia es, a fin de cuentas, un medio para buscar el bienestar general entonces veremos a lo largo de este trabajo que el enfoque económico aplicado al Derecho nos permite descubrir muchas injusticias que aparecen ocultas detrás de la aparente justicia del caso concreto.

Las dificultades antes referidas se confrontan con una cuestión central que, a su vez, constituye un presupuesto central de la presente tesis: El Derecho es,

antes de todo, un mecanismo de asignación de incentivos. Un cambio normativo importa una variación en la estructura de incentivos. Y dichos incentivos se traducen en incentivos positivos o negativos, bien sea que se premie o castigue una conducta; “*sticks or carrots*”, como coloquialmente se refiere en el Derecho Anglosajón.

De todo lo expuesto, surge la necesidad de encontrar una herramienta más potente y certera que nos permita advertir no solo el porqué de una norma legal -que como hemos visto no es posible inferir a partir del Derecho mismo- sino que pueda medir de alguna forma la eficacia y cumplimiento de ésta. Ello explica la necesidad de recurrir al auxilio de otras disciplinas que nos permitan alcanzar dichos fines para lo cual tenemos el uso del método económico.

La Economía (*oikonomos* “el que administra el hogar”) es una de las disciplinas que tiene mayor relevancia en el planeamiento de políticas públicas. Como bien señala Thaler (2017) “.... La Economía también es considerada como la más poderosa de las ciencias *sociales en el ámbito intelectual, poder que se deriva del hecho de que posee un núcleo teórico unificado del que parte casi todo. Cuando pronuncias teoría económica, la gente sabe a qué te refieres. Ninguna otra ciencia social tiene una base similar*” (p.30). En general, la Economía nos permite entender mejor cómo funcionan esos incentivos que mencionábamos en párrafos anteriores y cómo tomamos decisiones todo el tiempo. Con ello nos da herramientas para predecir cómo nos vamos a comportar.

En efecto las ventajas comparativas de la Economía con respecto a cualquier otra ciencia social son por demás evidentes y ello tiene su explicación en el hecho que se basa en algunas pocas premisas iniciales que son admitidas por todos, como veremos más adelante. No tenemos el problema que en párrafos anteriores anotábamos respecto de la llamada “seguridad jurídica” o “Justicia” ejes sobre los cuales tradicionalmente ha girado la interpretación y el sentido del Derecho.

Como sabemos, la Economía puede ser descrita como la ciencia social de la elección. Pretende explicar cómo los individuos administramos los recursos,

partiendo de la premisa que éstos son escasos, mientras que las necesidades son ilimitadas. Si los recursos fueran infinitos, no necesitaríamos del Derecho. Tal como refiere el autor citado precedentemente, son pocas las premisas “ancla” que se usan para el desarrollo de la disciplina económica y eso le otorga una gran ventaja respecto de otras ramas del conocimiento.

El desafío que pretendemos proponer en esta tesis entonces es comprender cómo funciona el método económico para, a partir de ello, extrapolar dicho procedimiento al ámbito del Derecho en sus diversas áreas, transversalmente, con lo cual, el resultado de esa interacción es no solamente explicar el porqué de la necesidad o pertinencia de una norma legal sino, sobre todo, predecir y explicar las consecuencias de las normas legales en la conducta de los individuos (de lo cual se infiere su nivel de cumplimiento). Ello ha sido tradicionalmente reducido a un curso -muchas veces electivo y, en varios casos concebido de forma totalmente defectuosa- en algunas contadas universidades en Lima, siendo inexistente este enfoque en la mayoría sino en todas las universidades del interior a nivel de pregrado. La situación se replica a escala mundial, donde hay algunos países donde este enfoque multidisciplinario es totalmente ignorado o existen algunos intentos aislados de explorar el tema. De hecho, Perú está con Brasil, Argentina, Colombia y Chile a la vanguardia del uso del análisis del Derecho a través de los ojos de la Economía.

En resumen, podemos ver que, como señalan Cooter y Acciarri (2012) el Análisis Económico del Derecho quizás no es el mejor nombre para describir este ejercicio metodológico interdisciplinario, sino *Derecho y Consecuencias*, pues justamente es aquello que queremos testear a través del uso del método económico para auscultar el Derecho. Y es que para el Análisis Económico del Derecho lo importante —más que la estructura de las normas y su lógica formal— son las consecuencias. Por ello, este enfoque se orienta a identificar las consecuencias de las normas, sean estas constitucionales, legales, términos contractuales, estatutos,

El método económico puede ser descrito como **Axiomático-Deductivo** lo que significa que toma supuestos de partida sobre el comportamiento humano y a

partir de ellos establece conclusiones de comportamiento. En palabras de Gary Becker (1998), el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables. Desbrocemos estos conceptos a continuación.

Cuando decimos que el método económico es axiomático es que parte de axiomas, entendiendo como tales a enunciados que damos por ciertos, más allá de que lo sean o no. Ello excluye, obviamente, la necesidad de una comprobación para darle validez. Alguien podría refutar esta opción bajo el argumento que no es admisible asumir algo por cierto, cuando necesariamente no lo es. La explicación a ello, paradójicamente, sí parte de una cuestión objetivamente verificable y es que es materialmente imposible predecir las preferencias individuales pero, sin embargo, la agregación de conductas sí puede conducirnos a resultados predecibles estadísticamente. Asimismo, cuando definimos el método económico como deductivo es que la conclusión se infiere necesariamente de las premisas que sirven de base. Conjugando ambos conceptos podemos concluir que la Economía toma como premisas de base ciertos axiomas, para alcanzar conclusiones de carácter general. Este ejercicio es inherente a un enfoque predictivo o ex ante, al que denominamos comúnmente enfoque positivo tal como se ha descrito en el Capítulo anterior. Si queremos alcanzar un nivel más preciso respecto de las consecuencias económicas de un fenómeno, debemos incorporar al enfoque el uso de herramientas econométricas y trabajo empírico que nos dará un resultado ex post compatible con el enfoque normativo antes descrito.

Hemos dicho que el método económico puede ser descrito como axiomático – deductivo; en esa línea existen ciertos axiomas esenciales que deben ser considerados para los efectos de su aplicación. Probablemente Gregory Mankiw (2007) lo describe con especial sencillez y claridad.

Uno de los principales axiomas que la Economía asume es que los individuos son racionales, esto es son maximizadores de su utilidad. Más precisamente, El comportamiento racional presupone que el individuo hace todo lo posible para maximizar su objetivo, tiene preferencias transitivas y toma decisiones

comparando los beneficios y los costos marginales. Maximizar, en buena cuenta significa que entre diversos cursos de acción, el individuo escogerá el que le genere un mayor beneficio. Aquí es necesario llamar la atención en cuanto a que, no estamos afirmando necesariamente que los individuos “son” racionales, sino que estamos suponiendo y dando por cierto que los individuos se comportan racionalmente. La diferencia es notoria y reafirma el carácter axiomático de esta disciplina. Incluso si se aceptara que no todos los individuos son racionales —cosa que, para muchos autores, aún es equivocada—, sigue siendo posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente.

La necesidad de asumir esta premisa como un presupuesto para la Economía estriba en la necesidad de obtener conclusiones generales en un mundo caracterizado por la diversidad. Esto que parece ser una simplificación, paradójicamente nos conduce a reglas para soluciones complejas siguiendo a Epstein (1995).

Cabe señalar sin embargo que, en referencia a los trabajos fundacionales de Herbert Simon y posteriores desarrollos de psicólogos como Amos Tversky y Daniel Kahneman, en la década de los 70, el paradigma del individuo racional como presupuesto de partida de la Economía es dejado de lado y se trabaja a partir del concepto de “racionalidad acotada” (bounded rationality) es decir, se reconoce los límites de la racionalidad del individuo. En efecto, Simon (1956) refiere *“La racionalidad es limitada desde dos direcciones: desde el entorno del decisor, ya que no tiene acceso a la información perfecta, ni a la certidumbre e influyen en él factores exógenos como la cultura, las organizaciones en las que está inmerso etc., y desde el proceso mental del decisor pues este no tiene ni la estructura perfecta de preferencias, ni la capacidad completa de cálculo, y le afectan factores como la experiencia, la memoria, la percepción, las creencias y la sensibilidad personal”*. A partir de ese momento surge una nueva disciplina interdisciplinaria entre la Psicología y la Economía, que cobra auge luego con trabajos aplicados al campo del Derecho por parte de Richard Thaler (2017) y Cass Sunstein (2007), surgiendo el Behavioral Law & Economics o “Análisis Económico Conductual del Derecho” o Análisis Psicológico del Derecho”.

Como he referido precedentemente, aquí, no se parte del presupuesto de la racionalidad sino, por el contrario, se trata de predecir la irracionalidad del individuo lo cual puede ser de utilidad en diversos campos, no siendo el Derecho la excepción. Cuando Sunstein y Thaler (2008) publican su famoso libro “Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness” la idea central consiste no en someter a los individuos a determinadas conductas pero sí, a partir de su propia irracionalidad inducirlos a adoptar ciertos comportamientos deseables socialmente, una suerte de sugerencia subliminal (“Nudge” o “un pequeño empujón” como se ha traducido al español), teniendo como premisa base que los individuos actúan irracionalmente pues muestran sesgos cognitivos (en inglés “biases”) o procesan la información recurriendo a “atajos” mentales denominados Heurísticas. La propuesta ha supuesto una revolución en el campo del pensamiento económico y, como todo, cuenta con muchos detractores que entienden que lo que Sunstein y Thaler (2003) denominan “paternalismo libertario” no es otra cosa que una pura y simple intervención o limitación a la libertad del individuo. A pesar de todo, es importante que, al explicar el método económico en el marco del objeto central de la presente tesis se tenga presente este enfoque adicional que está en pleno auge. No en vano tanto Simon, como Kahneman y más recientemente Thaler, han merecido el Premio Nobel de Economía y muchos países han implementado en sus estructuras de gobierno sendas oficinas de “nudges” para el diseño de políticas públicas.

Otro axioma especialmente relevante en la Economía es aquél según el cual el costo de una cosa es aquello a lo que se renuncia para obtenerla. A ello denominamos el “costo de oportunidad” definido como aquello a lo que renunciamos para alcanzar algo. De ello podemos inferir, cuando menos, dos premisas básicas que tiene directa relación con el Derecho: i) “costo” no se reduce a un tema puramente monetario, puesto que existen otros costos cuya cuantificación es de difícil traducción en términos monetarios, como la incertidumbre, el miedo, la inseguridad, el tiempo; y ii) todo, absolutamente todo, tiene un costo. El gran economista Milton Friedman publicó en 1974 un libro que encierra este concepto y que se convertiría luego en todo un adagio popular “*there’s no such thing as a free lunch*” o “no existe tal cosa como un

almuerzo gratis”, para graficar que todo en la vida cuesta lo que dejamos de hacer para seguir determinado curso de acción.

En cuanto a las normas, En relación a las normas legales y a partir del método económico podemos reconocerle, en primer término, un valor nominal que viene dado por la bondad de la norma en sí misma y un valor real que dependerá en gran medida de la aplicación fáctica de la norma. Así, el valor social del Derecho es un “valor esperado” cuya eficacia se ve reflejada en la efectiva aplicación de la norma a la realidad concreta. Con mayor razón es indispensable “valorar” ex ante los efectos de todo cambio normativo pues, por su naturaleza, éste supone una modificación de la estructura de incentivos de los operadores y, consiguientemente genera resultados que bien pueden coincidir con la idea de incrementar el bienestar social, pero, por cierto, también puede generar *efectos no deseados*.

El axioma anteriormente referido nos lleva a la Teoría del Valor cuyos autores provienen de la Escuela Austriaca de Economía y, en particular uno de sus precursores, Carl Menger, según la cual el valor es una consideración subjetiva. Este concepto es central para hacer un enfoque crítico del Derecho tal como está concebido en muchas instituciones del Derecho Civil y, en general, de la legislación peruana, como se verá en el Capítulo 3 de esta tesis pues, erróneamente, se ha concebido que las cosas tienen un valor en sí mismo o se ha dejado al juez en muchos casos definir el valor de las cosas, cuando es quien está en la peor posición de conocer el valor de las cosas, comparativamente a las partes. Oportunamente nos referiremos de la dramática confusión que existe a nivel general de legisladores y abogados entre lo que significa precio, valor y gasto.

Una tercera referencia axiomática que utiliza la Economía está referida al hecho que los individuos responden a incentivos. Un incentivo es un mecanismo que induce a una persona a actuar. En la medida que las personas hacemos una evaluación entre costos y beneficios, entonces tenemos en cuenta los incentivos. En ciertas ocasiones puede llevar a efectos no deseados

o indirectos. La literatura económica ha descrito ello como la “Ley de las Consecuencias no Pretendidas”. Alex Tabarrok (2008) refiere que:

“La ley de las consecuencias no intencionadas es lo que sucede cuando un sistema simple trata de regular un sistema complejo. El sistema político es simple, opera con información limitada (ignorancia racional), horizontes de corto plazo, poca retroalimentación e incentivos pobres y desalineados. La sociedad en contraste es un sistema complejo, en evolución, de alta retroalimentación, impulsado por incentivos. Cuando un sistema simple intenta regular un sistema complejo, a menudo se obtienen consecuencias no deseadas”

Esas consecuencias se pueden traducir de distinto modo; en algunos casos logramos el efecto contrario, en otros no logramos ningún efecto. Nuestro ordenamiento jurídico está plagado de normas que generan efectos perversos y ello tiene una explicación en lo mencionado en párrafos anteriores: pretendemos explicar el Derecho, solo desde el Derecho mismo y ello, como comprobaremos más adelante, es imposible.

Existen otras premisas o presupuestos axiomáticos de la Economía que podríamos describir, pero para los efectos de esta tesis trataremos de abordarlos en la oportunidad que sean necesarios para explicar mejor un determinado fenómeno jurídico.

Muchas veces la crítica más frecuente que se hace al intento de aplicar transversalmente el enfoque económico como una forma válida de ver la eficiencia del Derecho, estriba -erróneamente- que aplicar la economía es hacer puramente un ejercicio de análisis costo-beneficio. En efecto, el enfoque económico puede comprender el análisis costo-beneficio pero esto no es ni el principio ni el final del tema, sino tan solo un segmento de utilidad, principalmente en cuanto atañe a la promulgación de normas legales. Como bien señala Doménech (2013)

Puede afirmarse, por lo tanto, que aplicar principios jurídicos es sinónimo de tomar una decisión que no suponga un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de ellos, una decisión que maximice su satisfacción global. A estos efectos habrá que tratar de averiguar en qué medida se realizará cada uno de los principios aplicable según la alternativa que se siga, y escoger aquella que maximice dicha realización. Es decir, habrá que analizar los costes y beneficios que para los principios considerados se derivan de las posibles decisiones, y adoptar la que presente un mejor balance. (p.123)

2.2. El análisis Costo Beneficio

El Artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República que señala que:

“Las proposiciones de ley deben tener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales

Las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable.

Las proposiciones de ley y de resolución legislativa se presentarán ante la Oficialía Mayor del Congreso en día hábil y horario de oficina, para su registro; sin embargo, el Consejo Directivo puede disponer que funcione una oficina especial de la Oficialía Mayor que reciba las proposiciones

en día y horario distinto, cuando las circunstancias así lo requieran, dando cuenta a los Congresistas.”

No obstante la comprobación empírica revela que la disposición reglamentaria no se cumple y meramente se hace una mención tangencial que, en modo alguno, representa la aplicación del análisis costo-beneficio. Así, es frecuente encontrar la referencia según la cual “...*el presente proyecto no generará costo alguno para el Estado, no obstante traerá un conjunto de beneficios a la sociedad...*”

Las razones son de distinta naturaleza: precisemos algunas:

- Una inadecuada aproximación a la labor legislativa.
- Un desconocimiento de la metodología del análisis costo-beneficio.
- El concepto erróneo de “costo”, asimilándolo con una falsa idea de iniciativa de gasto.
- La falta de prolijidad para la formulación de una iniciativa legislativa.

Cualquiera sea la razón por la cual se omite esta importante etapa, es evidente que el sentido de incorporar el análisis costo-beneficio trae como consecuencia la presentación de muchas iniciativas parlamentarias que, lejos de cumplir con la finalidad hacia la que se orientan, generan efectos perversos o contrarios al sentido mismo de la norma, lo cual solo es posible advertir a través de una adecuada ponderación de los costos y beneficios que la iniciativa legislativa conlleva, en tanto que altera los incentivos de los sujetos hacia los cuales va dirigida.

Como bien señaló el célebre escritor y economista Frederic Bastiat (1850) en su famosa Falacia del Cristal Roto, un acto, una costumbre, una institución, una ley no engendra un solo efecto, sino una serie de ellos. De estos efectos, el

primero es sólo el más inmediato; se manifiesta simultáneamente con la causa, se ve. Los otros aparecen sucesivamente, no se ven; bastante es si los prevemos. Pero la responsabilidad legislativa ordena a no limitarse al efecto visible; debe tenerse en cuenta el efecto que se ve y los que hay que prever. Pero esta diferencia es enorme, ya que casi siempre sucede que, cuando la consecuencia inmediata es favorable, las consecuencias posteriores son funestas, y viceversa. Así, en muchos casos se persigue un beneficio inmediato que será seguido de un gran mal en el futuro, mientras que hacia lo que debería orientarse la labor legislativa es a generar un gran bien para el futuro, aun a riesgo de un pequeño mal presente

En este contexto, el análisis costo-beneficio es una metodología que permite ordenar información y procesarla para la toma de decisiones, facilitando la elección entre los distintos cursos alternativos de acción que persiguen el mismo objetivo y que consiste en la comparación de costos y beneficios, con el propósito de que estos últimos excedan a los primeros pudiendo ser de tipo monetario o social, directo o indirecto. En esta definición, el concepto de costo que se debe considerar a los efectos de dicha evaluación no guarda necesariamente relación con el contenido contable del término (definido como el resultante de la totalidad de las erogaciones necesarias para producir o fabricar un bien) sino desde la perspectiva económica, como el costo de oportunidad, vale decir aquel costo en que se incurre al tomar una decisión y no otra. El costo de oportunidad es aquel valor o utilidad que se sacrifica por elegir una alternativa A y desprestigiar una alternativa B, toda vez que, la decisión de tomar un camino significa que se renuncia al beneficio que ofrece el camino descartado. En suma, cuando uno habla del análisis costo-beneficio, no está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar y malestar. Lo que se pretende metodológicamente es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos: qué nos motiva para hacer algo o para hacer una cosa distinta a ese algo.

Es necesario llamar la atención en cuanto a que, un análisis costo-beneficio de una norma es diferente al análisis costo-beneficio para proyectos de inversión

en el ámbito privado. En efecto, el análisis de un proyecto de inversión contiene principalmente un análisis financiero que busca revisar la viabilidad a partir de la recuperación a lo largo de los años, al menos parcialmente, del capital invertido en el proyecto. Tal recuperación podría lograrse, por ejemplo, mediante la venta de servicios, en el supuesto de que esté prevista, o a través de cualquier otro mecanismo de financiación de carácter no transitorio capaz de generar ingresos suficientes para cubrir los gastos durante la totalidad del período de ejecución del proyecto. El análisis costo-beneficio de normas, apunta diametralmente a otras consideraciones, al uso de otras variables y la cuantificación de otros “costos” destinados a analizar la pertinencia y conveniencia de una determinada iniciativa legal. En ese extremo es necesario tomar en consideración el valor informativo del análisis costo-beneficio de normas legales, toda vez que presenta los resultados de la implementación de una norma legal.

El análisis costo-beneficio de una norma legal presenta los resultados de una ponderación de los costos y beneficios asociados a un cambio normativo. La finalidad de esta etapa dentro del proceso de formulación de las normas legales es mostrar dichos efectos. La decisión de emitir una norma legal es de orden político, sin embargo el análisis costo-beneficio permite ilustrar a los legisladores respecto de los efectos de dicha norma.

- Un buen análisis costo-beneficio va a permitir transparencia en la decisión, en la medida que permite mostrar los resultados de los posibles efectos de la norma cuya aprobación se propone, reduciendo la probabilidad de que se omitan efectos “ocultos” derivados del cambio normativo.
- Un buen análisis costo-beneficio identifica a los actores afectados con el cambio normativo, no solamente dentro de la organización del Estado, sino sobre todo a los actores sociales hacia los cuales está dirigida la norma.
- En tanto que el análisis costo-beneficio, guarda estricta correspondencia con el concepto de “costo de oportunidad” permite hacer una evaluación de los distintos cursos de acción disponibles para la obtención de un

determinado resultado, con lo cual se tiene un panorama más amplio para abordar un determinado problema.

- Un buen análisis costo-beneficio muestra los beneficios y costos sociales en términos cuantitativos cuando ello es posible; cuando ello no es posible o la cuantificación exige procedimientos sofisticados, debe consignarse dichos efectos.

El análisis costo-beneficio no es nuevo: Ya en 1772 en una famosa carta a Joseph Priestley, Benjamín Franklin hacía referencia a la importancia de ponderar los costos y beneficios que implicaban las decisiones normativas².

Aun cuando la labor legislativa está fuertemente influenciada por consideraciones políticas, ello en modo alguno afecta el significativo valor del análisis costo-beneficio en tanto que este permite reflejar los costos y beneficios implicados en la decisión normativa. Es por ello por lo que es necesario establecer un orden metodológico para efectuar la presentación de los resultados que arroja este esfuerzo analítico.

² London

Sept. 19, 1772

Dear Sir,

In the affair of so much importance to you, wherein you ask my advice, I cannot, for want of sufficient premises, advise you what to determine, but if you please I will tell you how.

When those difficult cases occur, they are difficult, chiefly because while we have them under consideration, all the reasons pro and con are not present to the mind at the same time; but sometimes one set present themselves, and at other times another, the first being out of sight. Hence the various purposes or inclinations alternatively prevail, and the uncertainty that perplexes us.

To get over this, my way is to divide half a sheet of paper by a line into two columns: writing over the one Pro, and over the other Con. Then, during three or four days consideration, I put down under the different heads' short hints of the different motives, that at different times occur to me, for or against the measure.

When I have thus got them all together in one view, I endeavor to estimate their respective weights; and where I find two, one on each side, that seem equal, I strike them both out. If I find a reason pro equal to two reasons con, I strike out the three. If I judge some two reasons con, equal to some three reasons pro, I strike out the five; and thus proceeding I find at length where the balance lies; and if, after a day or two of further consideration, nothing new that is of importance occurs on either side, I come to a determination accordingly.

And, though the weight of reasons cannot be taken with the precision of algebraic quantities, yet, when each is thus considered, separately and comparatively, and the whole lies before me, I think I can judge better, and am less liable to make a rash step; and in fact I have found great advantage from this kind of equation, in what may be called moral or prudential algebra.

Wishing sincerely that you may determine for the best, I am ever, my dear friend, yours most affectionately,

B. Franklin

Los distintos trabajos académicos y técnicos que se han elaborado sobre el particular ofrecen distintos órdenes y prelación para el análisis costo-beneficio. Por nuestra parte, consideramos, en términos generales que se puede consensuar un modelo distribuido por las siguientes etapas:

1. Definición y delimitación temática.
2. Contextualización de la propuesta
3. Determinación del “área de influencia” del proyecto.
4. Identificación de Efectos y Determinación de los involucrados.
5. Valoración de los efectos
 - Efectos Cuantitativos
 - Efectos Cualitativos
6. Ponderación de Resultados y Conclusiones

No es materia de esta tesis puntualizar el contenido de cada etapa sin embargo es menester señalar algunas líneas esenciales que deben tomarse en cuenta para efectuar mínimamente un análisis costo-beneficio eficiente. En este orden de ideas, considero relevante detenerme principalmente en el tema de la cuantificación para ello es necesario fijar algunos criterios

Los puntos de mayor dificultad técnica se refieren a aquellos análisis que implican evaluar magnitudes no reducibles a términos monetarios o no cuantificables. Frente a ello tenemos:

- Si la reducción a dinero es imposible, hay que explicar el porqué de dicha imposibilidad, así como presentar toda la información cuantitativa de que se dispone.

- Si la cuantificación de los efectos es difícil, hay que presentar la información cuantitativa relevante de que se dispone, así como una descripción de los efectos no cuantificables.
- Si la reducción a dinero de los beneficios esperados es difícil o discutible, puede utilizarse un análisis costo-efectividad³
- Si las estimaciones de costos y beneficios dependen de determinados presupuestos, hay que explicitar tales presupuestos.

No existe un criterio unívoco u objetivo para decir hasta donde involucrarnos en el análisis costo-beneficio. Si a la vista del análisis preliminar, resulta que una determinada propuesta produce un impacto relevante, la profundidad del análisis dependerá del impacto previsible de la medida. Si dicho impacto fuera de carácter medio, la valoración puede incidir únicamente en los efectos directos. Si, por el contrario, la propuesta tiene un impacto elevado, ha de hacerse un análisis valorativo más completo.

2.3. La Modelización del Derecho como estructura de Mercado

Los economistas, a diferencia de los abogados, han renunciado a ser Dios, es decir a comprender todo en su casi infinita complejidad. Simplificar nos permite entender mejor esa complejidad. La ciencia, y en particular la ciencia económica, ha adoptado el uso de modelos. Esos modelos son ejercicios de simplificación para los cuales asumen unos supuestos que no necesariamente son realistas.

Curiosamente, la principal crítica que los abogados hacen a los economistas es que actúan sobre supuestos que son la base de los modelos. Ese ataque va

³ Cuando no es posible expresar los beneficios de un proyecto en términos monetarios, o bien el esfuerzo de hacerlo es demasiado grande, o bien los resultados de cualquier esfuerzo son excesivamente controversiales, se aplica el denominado análisis costo-efectividad. El objetivo de éstos es determinar que alternativa logra los objetivos deseados al mínimo costo (es decir más eficientemente)

en contra de la que es precisamente la principal ventaja del uso del enfoque económico para entender el Derecho.

Sin embargo, paradójicamente, el Derecho (y los abogados que critican a los economistas) también simplifica la realidad y parte de presupuestos que no son necesariamente ciertos. Por ejemplo, el Derecho dice que la capacidad de ejercicio se adquiere a los 18 años, porque supone que una persona de 18 años tiene mayor discernimiento que una de diecisiete. Pero hay gente de 35 años que no merece tal atribución de capacidad y niños de 8 años que tienen perfecto discernimiento para celebrar contratos. No es, como señala Bullard (2017) que el día de tu cumpleaños 18 baje el Espíritu Santo y te ilumine con madurez. La capacidad se adquiere a los dieciocho años porque el Derecho tiene que simplificar la realidad-

Con esta premisa introductoria, vamos a recurrir a uno de los elementos centrales de la Economía para adelantar una explicación sobre como el método económico es compatible con la enseñanza y la comprensión del Derecho como una perspectiva más y no menos desdeñable, con indudables ventajas respecto de los métodos tradicionales utilizados convencionalmente.

Vamos a referirnos a continuación al concepto de mercado. Pero contrariamente a lo que parecería usual, es decir, aplicar el Derecho para entender (por no decir, regular) el mercado, el ejercicio que propone el método económico es utilizar el mercado para entender el Derecho. Como hemos indicado, la esencia del método económico consiste en recurrir a modelos para estudiar el comportamiento de los individuos en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades frente a la escasez de recursos. El estudio del Derecho no es ni podría ser la excepción.

La afinidad entre ambos conceptos, mercado y Derecho probablemente ha estado reservado a algunas ramas de esta disciplina, como por ejemplo, el Derecho de Competencia, Protección al Consumidor, Barreras Burocráticas, Regulación. Sin embargo todas estas disciplinas -que, efectivamente están relacionadas al funcionamiento del mercado- no son ni por asomo las únicas

que pueden aplicarse a éste. Así las cosas, vamos a utilizar la noción de mercado como una herramienta de trabajo para entender mejor el Derecho en todas sus manifestaciones: Así, podrá ser impactante para un abogado ortodoxo entender el Derecho Penal o la Administración de Justicia bajo la forma de un mercado pero, a modo de *disclaimer*, lo que estamos haciendo es una modelización, es decir no estamos diciendo que estos contextos “son” mercados, sino que los vamos a representar “como si fueran” mercados.

No es muy difícil definir lo que es un mercado, así como el lugar donde acudimos a comprar los bienes o servicios que necesitamos para subsistir, la idea en abstracto es la misma; Un espacio, físico o no, donde se generan las condiciones para que se produzcan los intercambios; en otras palabras, donde concurren dos fuerzas, por un lado los demandantes que son aquellos que buscan acceder o adquirir a ciertos productos y, por otro, los ofertantes que son los que ponen a disposición los bienes y servicios que producen. La interacción de la oferta y demanda emite señales respecto de la existencia de los productos que se traduce en el comportamiento de los precios. Así, de ordinario, la demanda baja cuando los precios suben y, la oferta sube cuando los precios suben. Esto se plasma gráficamente en las curvas de oferta y demanda. No obstante, existen multiplicidad de factores que pueden afectar, tanto la demanda como la oferta para que esta se contraiga o se expanda: el tamaño del mercado, las políticas públicas, ciertas externalidades, el costo de los insumos, la tecnología, las coyunturas temporales, la naturaleza de los bienes -sean estos complementarios o sustitutos, normales o inferiores- etc. Esto explica por qué se venden más helados en verano o por qué sube el precio de ciertos insumos en épocas como la que venimos viviendo de pandemia, o por qué ahora hay celulares para todos los gustos y bolsillos, cuando hace 20 años era un artículo de lujo, y podríamos seguir con los ejemplos infinitamente. Un mercado estará en equilibrio, cuando se intersecan las curvas de demanda y oferta lo que, en palabras sencillas, representa que a un determinado precio, se produce exactamente la misma cantidad de bienes demandados. Dicho de otra forma, oferta y demanda son fuerzas del mercado e interactúan en él. Cuando el nivel de la demanda es igual al de la cantidad ofertada, se dice que estamos en una situación de equilibrio. Si hay más demanda que oferta, habrá

escasez y si hay más oferta que demanda habrá excedente. Ninguna de las dos situaciones es óptima. Por tal razón se dice que el mercado puede ser un mecanismo eficiente de determinación de precios, si es que se alcanza el precio de equilibrio.

Ahora bien, un concepto clave en la interacción de estas fuerzas, tiene que hacer con lo que en Economía se denomina elasticidad, que no es otra cosa que el nivel de sensibilidad que tiene la cantidad demandada o la cantidad ofertada, en razón a la variación de uno de sus determinantes. Así, una demanda será inelástica cuando una variación en el precio no altera mayormente la cantidad demandada y, por el contrario, será elástica cuando la variación en el precio trae consigo una variación sustancial en la cantidad demandada. Veámoslo con un ejemplo, los artículos o servicios de ocio tienden a ser elásticos, toda vez que, si suben de precio, la gente acudirá en menor medida y buscará otras actividades sustitutivas. Por el contrario, las medicinas tienden a ser de demanda inelástica (algunas perfectamente inelásticas, como la insulina) por cuanto suba o baje el precio ello no determinará necesariamente que yo reduzca su consumo en tanto que lo necesito para curarme. Exactamente el fenómeno de la elasticidad ocurre en el caso de la oferta, pues ésta puede verse alterada como consecuencia de una variación en el precio, como en el caso de la facilidad de los productores para alterar sus procesos de producción. La elasticidad-precio se mide como un indicador que permite predecir el comportamiento que tendrán los mercados en distintas coyunturas que traigan consigo la variación de los precios, de allí su importancia. Inclusive hay casos de elasticidad cruzada, vale decir, cuando la variación de un producto afecta la cantidad ofertada o demandada de otro.

Me he permitido hacer un ajustadísimo resumen de todo lo que es quizás la primera parte de la Microeconomía, sino la más importante. Probablemente a esta altura la pregunta que cae por su propio peso es ¿y esto qué tiene que ver con cosas como el Derecho Penal o la Administración de Justicia? Por citar las dos ramas del Derecho citadas precedentemente.

Lo plantearé con sendos ejemplos: “Supongamos” que el crimen es un mercado (entiéndase bien, no estoy afirmando que lo sea, estoy modelizándolo como un mercado); asumimos que un delincuente cometerá un ilícito cuando la sanción es baja y, si la sanción es alta, entonces ello debería disuadirlo de cometer un crimen. Por ello la respuesta inmediata que tienen los legisladores cuando se incrementa la ocurrencia de determinados delitos y, por cierto, la más torpe en muchos casos- es incrementar las penas. Así las cosas las penas vendrían a ser “el precio por delinquir” y, en teoría -siguiendo la Ley de la Demanda antes reseñada sumariamente- la incidencia de dicho delito debería bajar, en tanto que ha “subido el precio”. Lo que no se entiende es que no todos los delitos reaccionan igual a una variación en el “precio” por delinquir -léase, sanción- lo que nos lleva inmediatamente al concepto de elasticidad que me refería en párrafos anteriores. En buena cuenta, existen crímenes “elásticos” - es decir que la tasa de delitos se reduce como consecuencia de un incremento de la pena- y otros crímenes son “inelásticos” -esto es, que cualquiera sea la sanción que se imponga, la cantidad de delitos será la misma- y entonces es necesario hacer un análisis caso por caso pues de ello depende la eficacia de la política pública que se emplee. Un buen ejemplo de crímenes elásticos son los denominados “de cuello blanco” como el libramiento indebido o la evasión tributaria. Contrariamente, tienden a ser inelásticos los crímenes pasionales o el hoy tan recurrente feminicidio⁴. Debo dejar constancia que el ejemplo empleado se ha descrito de modo muy básico, pues como veremos en el Capítulo siguiente es mucho más complejo el análisis.

Vamos con otro caso. Pensemos la Justicia como un mercado (no se entienda esto como un sarcasmo) y representemos una demanda de Justicia, conformada por todos los que vamos al Poder Judicial en la búsqueda de la tutela jurisdiccional, y una oferta de Justicia, entendiendo como tal a todo el aparato estatal integrado por jueces, fiscales, policía, etc. ¿Qué hace que una persona acuda al Poder Judicial? Probablemente busca la tutela de un interés particular en la creencia de tener la razón. Pero ¿Qué pasa si, por ejemplo en

⁴ Probablemente la falta de uso del método económico en este tema haya puesto en evidencia el fracaso en las políticas públicas que pretenden abordar esta problemática.

un conflicto de intereses ambas partes creen tener la razón? Pues es altamente probable que suba la demanda de Justicia. Si esto lo vemos en términos agregados concluiremos que la gente demanda Justicia en tanto cree que va a recibir Justicia por un nivel por encima del que se va a ofertar, pura y simplemente porque no todos tienen la razón. Así las cosas, la falta de predictibilidad, o la creencia errónea de que se tiene la razón, dispara la demanda de justicia y, correlativamente se litiga más de lo que se litiga si las partes supieran de antemano el resultado probable del proceso, cosa que en nuestro país es una quimera. El modelo así planteado explica, cuando menos, el porqué de la sobrecarga procesal y la dilación de los procesos. Quiero llamar la atención en cuanto a que, estoy haciendo un ejercicio absolutamente superficial del tema pues hay un conjunto de variables que en este ejemplo deliberadamente no he usado, pues lo único que deseo mostrar, por ahora, es la forma en que podemos modelizar el Derecho “como si fuera” un mercado. En el Capítulo siguiente agregaremos algunas variables adicionales y otros conceptos complementarios del método económico que explicarán mucho mejor tanto el tema de la teoría del crimen y el castigo, como el problema de la justicia en países como el nuestro.

Luego de ver estos dos ejemplos -elegidos deliberadamente pues, *prima facie*, suenan totalmente ajenos a la Economía- cabe hacernos la pregunta: ¿El Derecho, a partir de sus propios medios hubiera sido capaz de darnos una explicación mínimamente consistente para tales fenómenos? La respuesta claramente es negativa. El Derecho no tiene los elementos suficientes para encontrar una respuesta certera razonable a partir de su propia entidad sino que requiere del concurso de otras herramientas y esto no puede ser ajeno a los estudiantes del Derecho cuando, legítima y correctamente preguntan cosas como por ejemplo ¿por qué hay tantos feminicidios si se acaban de subir las penas? O ¿por qué el Poder Judicial se demora tanto en resolver un caso? En estos supuestos el Derecho gira en redondo, pero no toca la médula del problema, simple y llanamente porque no puede hacerlo a partir de la dogmática jurídica. La recurrencia de crímenes pasionales o la sobrecarga procesal atañe a los abogados directamente como operadores del Derecho y es un imperativo que las facultades de Derecho doten a sus alumnos de los

medios idóneos y suficientes para encontrar respuesta a estas y mil preguntas más sobre las cuales se guarda un profundo silencio, quien sabe, en la ignorancia de cómo explicarlo con cierto nivel empíricamente verificable.

Vemos pues que los economistas han creado un modelo de predicción muy sofisticado, que basado en cómo las personas reaccionan a incentivos, permite «adivinar» con sorprendente precisión cuáles serán sus comportamientos futuros, analógicamente al comportamiento de los precios. Los precios es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general.

Pero la modelización del Derecho “como si fuera” un mercado, nos otorga una ventaja adicional importante: Nos permite advertir cuándo el Derecho falla. Y ello se explica por el hecho que los mercados también presentan fallas y el hecho de identificarlas hace posible transitar hacia determinados cursos de acción que sirvan de solución o mitiguen el impacto de dichas fallas. Las fallas del mercado, como veremos a continuación, son perfectamente extrapolables al Derecho y, por tanto, *mutatis mutandi*, podemos encontrar soluciones o remedios que sean de aplicación general. Obviamente que esto exige una apertura en el pensamiento por parte de quienes abrazamos la enseñanza del Derecho, para comprender que existen herramientas potentes que permiten tener un sistema mejor siempre perfectible si lo testeamos con el uso de los medios adecuados.

2.4. Las Fallas de Mercado.

En párrafos precedentes he referido que los mercados presentan fallas. Pues bien, siguiendo a Pindyck, R y Rubinfeld, D. (2009) se describe como una falla de mercado a aquella circunstancia por la cual el proceso de suministro que hace un mercado de un bien o servicio en forma ineficiente, bien porque el mercado suministre más cantidad de lo que sería eficiente o también se puede producir el fallo porque el equilibrio del mercado proporcione menos cantidad de un determinado bien de lo que sería eficiente. Esta situación normalmente obedece a dos razones fundamentales:

- Divergencia entre los costos privados y los costos públicos.

- Estructuras de mercado inadecuadas o con desempeño no-óptimo

Ello no exime sin embargo que la Economía haya concebido una idea de un mercado perfecto, denominado técnicamente mercado competitivo o de competencia perfecta. Como veremos en un instante, los estándares que supone un mercado de estas características son muy elevados y probablemente es muy difícil sino casi imposible encontrar un ejemplo claro de este tipo de mercados. Consecuentemente, muchos alumnos me preguntan ¿si no hay mercados perfectos, entonces por qué debería la Economía ocuparse de éstos? Y la respuesta está en el contenido de este Capítulo: el método económico es axiomático y recurre a modelos paradigmáticos para apuntar hacia ellos en la búsqueda de una mejora en términos marginales, siendo el concepto de mercado de competencia perfecta uno de ellos. Dicho en otras palabras si no supiéramos que es lo óptimo, cómo podríamos tener un norte hacia el cual dirigirnos si no es justamente con el modelo paradigmático antes referido.

Como dijimos, el estándar de un mercado competitivo o de competencia perfecta es muy elevado pues debería cumplir un conjunto de condiciones, a saber:

- Hay un gran número de compradores y de vendedores, de modo tal que ninguno de ellos influye decisivamente en la formación del precio. Todos son “precio-aceptantes” o “tomadores”.
- Las empresas vendan un producto homogéneo en el mercado.
- Las empresas pueden entrar y salir libremente del mercado.

- Las empresas y los consumidores tienen información completa y sin costo.
- El acceso a la innovación y tecnología es uniforme.
- En condiciones de competencia perfecta: una empresa maximiza los beneficios cuando produce en un nivel de producción en el que el costo marginal (esto es, el costo de producir una unidad adicional) es igual al precio.

Los presupuestos planteados de un mercado de competencia perfecta no son susceptibles de ser encontrados en todos los mercados pues como dijimos, los mercados fallan. Y así como tenemos un modelo cuasi-hipotético de perfección, también tenemos el extremo contrario, al que llamamos monopolio o monopsonio, según se trate de la existencia de un solo vendedor o un solo comprador.

En efecto, existe monopolio cuando en el mercado hay un solo oferente de un bien o servicio que no tiene sustitutivos cercanos. Su característica principal es el “poder de mercado”, definido como la capacidad de influir y determinar el precio del bien o servicio que ofrece. El monopolio supone un “subóptimo social” toda vez que genera una pérdida neta en el bienestar, desde el momento que el monopolista produce una cantidad menor de la socialmente deseable, por lo tanto es ineficiente.

Hay sin embargo algunos escenarios en los que los monopolios podrían no ser del todo malos -Schumpeter (2012)- y, por el contrario, pueden impulsar a otros competidores a que encuentren nuevos productos e innovaciones que hagan frente al monopolista, generando la competencia y apuntando a que los precios “se acomoden” como fruto de la competencia. En palabras de Thiel (2014), los monopolios son buenos para la sociedad ya que conducen al progreso: ellos incentivan a otros negocios a que tengan mejores soluciones y expulsen a la compañía dominante actual.

Del mismo modo existen dos escenarios especiales en los que se producen los monopolios, uno de ellos es lo que denominamos monopolio legal que es cuando su fuente viene del Estado. Una demostración de ello lo constituyen las patentes que no son sino derechos de exclusiva para el inventor durante cierto período de tiempo, vale decir, monopolios temporales, bajo la lógica de que de esa forma se incentiva la innovación y el conocimiento al tiempo que el inventor reeditúa su inversión en la concepción del invento. Dicho de otra forma, se asume que, si no existieran derechos de exclusiva, no se generaría incentivo alguno para la innovación, dada la inversión de recursos que ello supone. Este concepto que opera prácticamente en todo el mundo tiene sin embargo algunos cuestionamientos conceptuales -(Landes y Posner, 2006)- que se entenderán mejor cuando veamos en detalle los bienes públicos. El segundo escenario es lo que denominamos monopolios naturales y que son aquellos donde es más eficiente que una única empresa suministre un bien o preste un servicio, que si hubiera varios competidores en dicho mercado. Un buen ejemplo lo encontramos en los servicios de agua y desagüe. Aun cuando el riesgo de que el monopolista tenga poder de mercado y los precios no se formen espontáneamente, aquí tiene sentido la regulación, como medio para replicar las condiciones bajo las cuales se debe ajustar los precios.

Hasta aquí hemos visto los dos extremos del esquema, es decir, por un lado un mercado de competencia perfecta y por el otro, el monopolio. Dentro de ese rango encontramos los oligopolios que, como su nombre lo indica, pocos vendedores ofrecen bienes y servicios. La existencia de pocos actores en el mercado hace que se generen distorsiones, dependiendo del nivel de concentración (Indicador HHI –Herfindhal Hirshman Index) debido a que hay pocos participantes en este tipo de mercado, cada oligopolista está al tanto de las acciones de los otros. Hay por ello una constante lucha entre éstos para poder llevarse la mayor parte de la cuota del mercado en la que las empresas toman decisiones estratégicas continuamente, teniendo en cuenta las fortalezas y debilidades de la estructura empresarial de cada una. Aquí encontramos todo el desarrollo de la Teoría de los Juegos, rama de la economía aplicada y las matemáticas que explica y representa las estrategias

que operan en las interacciones (juegos)⁵. El problema de los oligopolios estriba en que, en tanto son pocos operadores en el mercado, nos encontramos ante comportamientos anticompetitivos como colusiones y cárteles, precios predatorios y ventas atadas, entre otras distorsiones, lo cual tiene directa incidencia en el Derecho de Competencia.

Con todo lo expuesto, queda claro que los mercados presentan fallas y, si vamos a modelizar el Derecho “como si fuera mercado” debemos conocer cuáles son las principales fallas que la Economía documenta.

2.4.1. Los problemas de Información

Cuando hicimos una descripción del supuesto paradigmático del mercado de competencia perfecta o mercado competitivo, indicamos que uno de sus atributos era que los agentes tenían información perfecta. Ello es escasamente probable sino imposible. Esto quiere decir, grosso modo, que todas las transacciones en el mercado se realizan con un mayor o menor grado de incertidumbre.

A modo de cuestión previa es necesario indicar que la información es un bien como cualquier otro y, por tanto implica un costo. En consecuencia la obtención como el suministro de información presupone la asunción de un costo para la parte llamada a hacerlo. El problema entonces, en muchos casos, tiene que hacer en como la ley asigna la tarea de suministrar información o, en todo caso, como presupone que esta fluye o es adquirida por las partes.

Debo decir que, en gran parte de los casos el Derecho otorga un tratamiento erróneo a la información, en algunos casos ignorando su existencia, en otros asignando indebidamente la carga de suministrar dicha información generando efectos perversos, tal cual veremos más adelante. Lo que sí podemos adelantar desde ahora es que el Derecho, por sí mismo, no tiene medio alguno

⁵ Cabe señalar que hace más de 17 años la Facultad de Derecho de la USMP ofrece el curso de Teoría de los juegos aplicada al Derecho, siendo la primera facultad en Latinoamérica en hacerlo. A la fecha son no más de 3 las facultades que ofrecen este curso que brinda herramientas muy útiles para los abogados.

para hacer frente al problema de la información, razón por la cual se cometen muchos “patinazos legales” justamente por la ignorancia de este trascendental tema.

El más conocido problema de información que documenta la Economía es la asimetría informativa. Definirlo es muy fácil; resolverlo es todo un tema que daría para una tesis. Existe información asimétrica cuando una de las dos partes tiene más información que la otra. Así de simple.

La asimetría informativa es considerada una falla del mercado porque impide la correcta y eficiente asignación de recursos, puede incrementar los costos de transacción y deteriorar la confianza en el mercado y además puede interferir la competencia. Ahora bien, es evidente que la asimetría informativa muta en cuanto a sus formas y manifestaciones e incluso factores exógenos influyen en ésta y han generado toda una revolución en su abordaje como por ejemplo la irrupción de las redes e internet (Levitt, S y Dubner, S. 2010). Si antes caminábamos hacia la búsqueda de la información, hoy día nadamos en un mar de información y el desafío consiste en saber discriminar cual es la información relevante, debemos “escoger” la información.

Existen áreas del Derecho cuya explicación central está en la propia asimetría informativa. Todo el Derecho de Protección al Consumidor parte de la premisa que los proveedores tiene mayor información que los consumidores y en consecuencia se le debe suministrar a estos últimos para que puedan tomar una decisión de consumo (en el Capítulo siguiente nos detendremos en esta materia). De la misma forma, el Derecho Concursal, el Derecho de la Competencia y la reciente temática propia de la eliminación de barreras burocráticas, están en directa correlación con la información. En otras palabras, el problema de la información no es extraña a algunas ramas del Derecho. Sin embargo, es altamente probable que este tema no sea abordado en la mayoría de los campos del Derecho y eso lo hace vulnerable a una serie de efectos no pretendidos, justamente por no considerar este extremo.

La asimetría informativa ha sido documentada y se expresa genéricamente y/o a través de otras manifestaciones que han sido desarrolladas por la Economía. Una de ellas es la denominada Selección Adversa que fuera desarrollada por el Premio Nobel de Economía George Akerlof a través de su famoso artículo “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism” (1970) que alude al mercado de autos usados. En efecto, imaginemos a los vendedores de autos usados que conocen el estado de los vehículos que venden, pero el comprador no sabe cuál es el estado real de éstos. Entonces podríamos decir que hay “buenos” vendedores que sí asignan el valor real del auto usado y “malos” vendedores que venden autos por encima de su valor real. Así las cosas y bajo dicha incertidumbre, los compradores estarán dispuestos a pagar un precio que en cualquier caso estaría por debajo del que se establecería en la medida que no conocen las condiciones reales del auto. Así, los autos “buenos” o *cerezas* no serán vendidos -puesto que el precio propuesto está por debajo del precio “real” y saldrán del mercado, y solo quedarán en el mercado los malos carros, a saber, los *lemons* (aludiendo a los autos usados cuyo estado es poco fiable según el argot americano). Sin duda, un problema de información en el que una de las partes, el vendedor, sabe más que el comprador respecto del estado del auto, en otras palabras, hay información asimétrica. Probablemente, una de las formas de recortar esta brecha informativa podría materializarse si el comprador, por ejemplo recurre a un mecánico para ver el real estado del auto mitigando así la asimetría, pero difícilmente eliminándola.

Este tema que parece algo teórico, lo he testeado sistemáticamente durante mi experiencia docente con mis alumnos. La pregunta que les hago es: si fueran propietarios de un auto en pésimas condiciones y que les ocasiona mil problemas que no los deja en paz pues todos los días deben padecer para llegar a su destino y, por ello, quieren deshacerse de éste: ¿Qué información pondrían en el aviso de los clasificados en el periódico al momento de venderlo? Las respuestas son de todo tipo, algunas muy jocosas, pero estadísticamente nadie dice la verdad y todos sobreestiman el auto u omiten información relevante. Cuando pregunto por qué lo hacen si son conscientes que están mintiendo respecto del real estado del auto, la respuesta es unánime:

“si digo la verdad, nadie me lo compraría”. Ahora hago el ejercicio al revés y planteo que soy yo el que quiere vender mi auto usado y consigno en el aviso algo como “vendo auto, buen estado, directo propietario, perfectamente conservado” y la pregunta es ¿me creerían? Unánimemente la respuesta es negativa. Evidentemente aquí también se puede inferir un tema moral del que hablaremos más adelante. Si esto ocurre con los autos, podemos imaginar otros mercados donde existe mayor opacidad en la información como, por ejemplo, las computadoras de segunda mano. ¿Cómo sabe el comprador el estado real de una PC usada? En algunos países como por ejemplo, los Estados Unidos de América, es usual la venta en establecimientos comerciales de equipos usados o que han sido utilizados como exhibición. Una costumbre sana que mitiga la asimetría informativa es la declaración o certificación del fabricante sobre el reacondicionamiento del equipo (refurbished). Vemos entonces que la información es sustancial al momento en que se producen los intercambios que, como abordaremos se traduce en los contratos, con lo cual el método económico introduce una variable que no es explorada tradicionalmente por la dogmática del Derecho.

La Selección Adversa de Akerlof ha servido para explicar la forma en la que funcionan los seguros. En efecto, normalmente los usuarios pagamos una prima por encima de lo que es el valor real que debería darse en condiciones de información perfecta. La aseguradora no sabe si, por ejemplo, los usuarios están diciendo la verdad al momento de que se les pregunta si son fumadores o no, siendo que muchos mienten respecto de sus reales hábitos. Así, el seguro cobrará un monto por encima del que cobraría en condiciones de información perfecta, siendo que los no fumadores de alguna manera subvencionamos a los fumadores, ello por la aludida asimetría informativa. Mas aún ¿Quién no conoce a alguien que ha mentido respecto de las circunstancias en que se produjo el choque de un auto, con el propósito de acceder a la cobertura del seguro? O igualmente, ¿Cuántas cirugías estéticas -normalmente no coberturadas- los usuarios “las pasan” como accidentes? Es iluso creer que esto no lo presumen las aseguradoras, por lo que reducen la asimetría, por ejemplo, a través de ajustadores de seguros con el consiguiente sobre costo que se traslada al consumidor a través del sistema de precios.

Otro caso en el que encontramos un problema compatible con la información asimétrica es lo que en Economía se denomina Relación de Agencia o Relación Agente-Principal. Bajo esta teoría, muy simplificada, tenemos a un principal, que debe tomar una decisión para lo cual depende de lo que le diga el agente, toda vez que no cuenta con información suficiente para dicha decisión. Sería deseable que el agente le diga al principal información certera, pero no hay forma de saberlo, toda vez que el agente en vez de dar información correcta puede sesgarla a su favor, lo que decimos Riesgo Moral (Moral Hazard) en la medida que los intereses del agente no están alineados con los intereses del principal. Esta situación es mucho más frecuente de lo que se pudiera suponer. Trataré de dar un ejemplo básico que puede reflejar de algún modo esta situación que, en buena cuenta, es otra expresión más de la Asimetría Informativa. Yo conduzco un auto desde hace treinta años, sin embargo confieso que mi ignorancia es total en materia de mecánica, de tal suerte que, en caso de una avería por más pequeña que sea, debo recurrir a un mecánico. Ya en el taller y frente a la avería yo (en este caso, el principal) dependo de la opinión técnica del mecánico que está revisando mi auto (el agente) y por tanto, haré lo que éste me diga. El técnico podría decirme que la avería es muy simple y se trata tan solo de ajustar un perno o, quien sabe, podría decirme que hay que hacer una reparación total del motor. En uno y otro caso, yo no tengo elementos para cuestionar lo que el agente me dice pues, mi decisión depende de lo que él me diga y, como quiera que el interés del mecánico (ganar más) no está alineado necesariamente con el mío (gastar menos y arreglar mi auto) podría incurrir en riesgo moral y llevarme a un gasto innecesario y en provecho íntegramente suyo. Si yo quisiera mitigar mi incertidumbre o, ante la sospecha -o mejor dicho, la ignorancia- de lo que el mecánico me está diciendo y que claramente es un tema de asimetría informativa, lo puedo mitigar buscando una segunda opinión, con el consiguiente costo adicional que ello podría representar.

Probablemente esto resulta a primera vista no solo desconocido sino ajeno a un abogado convencional o a un profesor ortodoxo de Derecho. Sin embargo, la Teoría de Agencia es la piedra angular sobre la cual se estructura todo el

Derecho Societario -Easterbrook, F y Fischel, D. (1998)- pues existen distintos niveles de relación agente-principal que explican la existencia y estructura organizacional de las empresas, tal como refería Coase (1937). Todo ello será abordado en detalle en el Capítulo siguiente.

Pero sin ir muy lejos, ¿acaso no es la relación del abogado con su cliente una relación de agente-principal? Y si, por ejemplo el cliente (acude) a un abogado (agente) a pedirle un consejo legal y éste le recomienda ir a juicio. ¿Qué hará el cliente? Probablemente le haga caso a su abogado pese a que, a lo mejor (sabemos que hay muchos) el abogado le interesará ir a juicio porque esta es la forma de obtener un mayor honorario. Quizás no queda claro el problema de fondo que, por el contrario es la raíz del problema y tiene que hacer con una falta de alineamiento entre los intereses de las partes. Ello se acentúa al momento de plantear los honorarios y la literatura económica que existe al respecto es frondosísima. Pactar honorarios debería ser en el fondo, un mecanismo que coadyuve a alinear los intereses de cliente y abogado en la misma dirección, reduciendo así la forma bajo la cual se manifiesta la relación agente-principal que se encuentra latente. Cuando veamos el problema de la justicia, en el Capítulo siguiente veremos que los operadores del Derecho involucrados en el ámbito procesal jamás han advertido la relevancia de la relación agente-principal en muchos de los males de nuestro sistema judicial. Y ello transita por algo que he propuesto desde el primer momento; el método económico nos permite responder muchas veces al por qué de las cosas, lo que el Derecho no puede ni podría hacer pues no tiene las herramientas dogmáticas y metodológicas para hacerlo.

2.4.2. Las Externalidades

Probablemente si revisamos cualquier libro de dogmática jurídica clásica cualquiera sea la materia de la que se trate, la palabra “externalidad” sencillamente no existe. Es una paradoja porque cuando revisamos el ordenamiento legal e, inclusive, si tomamos cualquier cuerpo legal al azar, veremos luego de esta breve explicación, que en muchos casos son generadores de externalidades o, en otros casos, lo que tratan de hacer es

prevenir que éstas se presenten. Las externalidades están presentes en el día a día de nuestro quehacer jurídico y los abogados tradicionalmente los obviamos pues no tenemos los medios adecuados para identificarlas y, mucho menos para amortiguarlas. En suma, el Derecho tiene un rol trascendental de cara a las externalidades.

En el primer Capítulo definimos una externalidad como un costo no contratado. Más precisamente, es una situación en la que los costos o beneficios de producción no se reflejan en su precio. Una externalidad es un efecto no compensado que producen los actos de un individuo, respecto de otro. Origina una discrepancia entre el costo que origina y quien es el que lo asume.

Las externalidades pueden ser positivas si los efectos frente al tercero son positivos, o negativas, cuando los efectos generados son negativos. En ambos casos generan una distorsión estructural en los costos de allí que se consideren como una falla de mercado. Vivimos en un mundo plagado de externalidades de todo tipo, no solo de este tipo de externalidades positivas o negativas, sino de algunas modalidades menos conocidas pero igualmente recurrentes como las externalidades de red⁶ y externalidades posicionales⁷.

Hablamos de una externalidad como falla porque no generamos que quien tiene determinada conducta, sea negativa o positiva, asuma los costos o sea recompensado por ella.

Como decíamos, los economistas a lo largo del tiempo han discutido sobre la forma como resolver el problema de las externalidades siendo Pigou quien

⁶ Una externalidad de red es aquella en la que el comportamiento de una determinada persona puede tener efectos en la utilidad o pérdida de otras. Las externalidades de red pueden tener dos efectos; uno llamado “bandwagon” o efecto arrastre en el que la conducta de una persona determina que otras lo sigan análogamente, Casos como la moda, o en algunos casos en los que todos votan por el candidato que ha elegido un líder de opinión, son buenos ejemplos de esta externalidad. Contrariamente, una externalidad de red puede tener un efecto “sibarita” vale decir que el hecho que una persona lo haga genera automáticamente que ningún otro lo haga. Paradójicamente la moda también puede ser un buen ejemplo de ello.

⁷ Se dan cuando el contexto afecta o determina la conducta de un individuo. Se podría reducir en la frase “si todos los hacen, yo también lo debo hacer” A veces pasa inadvertido pero pueden ser muy recurrentes en el caso de ciertas políticas públicas.

propuso que una forma de internalizar la externalidad podría ser a través del sistema de impuestos de modo tal que a través de este mecanismo se traslade el costo de la externalidad a quienes la producen, bien sea con una mayor carga tributaria o un beneficio tributario, tratándose de externalidades negativas o positivas. El problema en estos casos estriba en la dificultad de determinar el costo que genera la externalidad que, en muchos casos es prácticamente imposible. Se advierte aquí, un rol esencial del Estado en la internalización de las externalidades.

Este panorama cambiaría drásticamente con la publicación en el año 1961 de un artículo publicado por un profesor de la Universidad de Chicago Ronald Coase que pretendía rebatir las tesis de Pigou y, así escribió “el Problema del Costo Social” que se convertiría como hemos señalado en la partida de nacimiento del análisis económico moderno y el artículo más citado de la literatura económica. La primera observación de Coase es que las externalidades tienen naturaleza recíproca -cosa que parecería obvia, pero nadie había dicho nada al respecto-, esto es fácilmente comprobable a partir de un ejemplo elemental. Sabemos que si una persona fuma, genera una externalidad para la persona que está a su lado, pues esta última está asumiendo un costo (aspirar el aire contaminado producido por otro). Si nos fijamos bien, esta externalidad podría evitarse de dos formas, a saber, i) que el fumador apague su cigarro, o ii) que la persona que está al lado del fumador se vaya a otra parte. En cualquiera de los casos, la externalidad desaparece. Pero ¿Cuál debería ser la regla? ¿Qué el fumador apague su cigarro, o que la persona que está a su lado se vaya a otra parte? Aquí entran a dirimir el tema dos conceptos fundamentales: las titularidades⁸ y los costos de transacción.

Lo explicaremos con el mismo ejemplo: imaginemos que el fumador tiene la titularidad del derecho a fumar; así, el vecino debería irse a otra parte a no ser que “comprara” el derecho del fumador. En otras palabras, si el fumador valora fumar un cigarro en, por ejemplo, US\$ 10.00 y la persona contigua a él le ofrece US\$ 12.00 pues para ésta el valor del aire limpio es superior a dicho valor-, es

⁸ Este concepto será ampliamente desarrollado en el Capítulo siguiente.

evidente que el fumador apagará el cigarro y desaparecerá la externalidad, pero sobre todo, ambas partes habrán alcanzado una situación pareto-eficiente, en tanto ambas han mejorado (el fumador antes tenía US\$ 10.00 producto del disfrute de su cigarro y ahora tiene US\$ 12.00 al haber “vendido su derecho” y la persona que está a su costado también está mejor pues tiene aire limpio que lo valora en US\$ 12.00 + x , pues de otro modo no habría invertido en tener el aire limpio.

Ahora veamos, el ejemplo al revés, esto es, que la persona contigua al fumador tiene el derecho o, más precisamente, la titularidad del aire limpio. En principio, el fumador estaría impedido de fumar, a menos que “comprara el derecho a contaminar “a su vecino. Así, si el vecino valora respirar aire limpio en US\$ 10.00 y el fumador le ofrece pagar US\$ 12.00 por dejarlo fumar, es lógico que la oferta será aceptada. En este caso igual que en el anterior hemos resuelto la externalidad y alcanzado una situación pareto-eficiente, pues ambos están mejor. El vecino porque recibirá un valor mayor al que él le asigna al hecho de respirar aire limpio, y el fumador, porque podrá encender un cigarro y satisfacer su necesidad.

Si se dan cuenta, para que esto haya podido suceder, se han necesitado dos elementos concurrentes: primero, que las titularidades estén bien definidas (en un caso el derecho del fumador a fumar, en el otro, el del vecino que tiene el derecho al aire limpio) y que los costos de ponerse de acuerdo son muy bajos. Todo esto es, ni más ni menos, el famosísimo Teorema de Coase.

Ensayando una formulación de dicho teorema diremos que:

- Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes, a través de acuerdos voluntarios, llegarán a la solución más eficiente.
- Si los costos de transacción son superiores a cero, sí interesa la regla legal que se adopte para llegar a una solución más eficiente.

En pocas palabras, los costos de transacción hacen la diferencia y justifica que en ciertos casos, cuando dichos costos son elevados, el Derecho intervenga para identificar la solución más eficiente. Hablaremos de los costos de transacción en el acápite siguiente.

Todo lo expuesto puede ser demostrado -y de hecho Coase lo hace- utilizando herramientas matemáticas. Recuerdo con afecto y gratitud al magnífico jurista Fernando Gomez Pomar que se empeñaba en decirnos que el Teorema de Coase no era un “*acto de fe*” sino que tenía una comprobación empírica incuestionable. Asimismo, contraintuitivamente a lo que podría pensarse -que el Derecho tiene un rol fútil- el Teorema de Coase revela la necesidad de escoger la mejor regla legal, siendo que, en muchos casos, sino en la mayoría, la mejor regla legal es dejar que las partes se pongan de acuerdo. Será entonces el Teorema de Coase una suerte de filtro para entender el rol y la injerencia del Estado en las relaciones entre los particulares bien sea que los costos de transacción sean bajos o elevados. Xavier Sala i Martin (2001) lo explica especialmente bien, pues nos deja varias enseñanzas. Efectivamente, del Teorema de Coase se deduce que el Derecho tiene varias funciones de capital importancia en la consecución de la eficiencia económica. Siguiendo a Flores Padilla C., Martinez Coll J.C. y Padilla A. (2006):

- “El Derecho puede aumentar la eficiencia global del sistema reduciendo los costos de transacción. Y los costos de transacción más altos derivan precisamente de la falta de seguridad jurídica, de la necesidad de prevenir y desalentar el incumplimiento de los contratos.
- La eficiencia requiere en cualquier caso que los derechos de propiedad o titularidades estén definidos con claridad, sin lagunas ni contradicciones.
- En muchas ocasiones es posible un acuerdo contractual que beneficie a las partes contratantes pero cuyo incumplimiento beneficiaría notablemente a una de ellas.

- Si el sistema jurídico no ofrece garantías suficientes de que el quebrantamiento del contrato será detectado, perseguido y penalizado a un costo bajo, en un plazo de tiempo corto y con mucha probabilidad, se estará desalentando ese acuerdo.” (p.117)

Años después Ronald Coase merecería el Premio Nobel de Economía⁹ no solo por su famoso artículo antes citado sino en general por toda una trayectoria brillante que tiene incidencia en el Derecho, como veremos en el Capítulo siguiente.

2.4.3. Los bienes públicos y los bienes comunes

Probablemente, si un estudiante le pregunta a su profesor de Derecho Administrativo que cosa es un bien público, la respuesta será que se trata de un bien del Estado. La respuesta del profesor -que probablemente pudiera tener algo de verdad- se complicaría si el alumno le retrucara preguntándole por qué. Y para ello es probable que no le quede más remedio al profesor que decirle que “es así, porque es así” o recurrir al artificio tan manido que hemos criticado tanto y que es “porque lo dice la ley”. Esta historia no escapa mucho de lo que ocurriría en la realidad y es porque el Derecho, una vez más, no tiene medios para explicar a partir de sí mismo, cosas como esta, salvo alguna referencia histórica del Derecho Romano pero que no es sino una expresión más de corte normativo.

Sin ninguna duda, el problema estriba en que se está viendo la consecuencia, pero no se explica cómo se llega a ésta.

La Economía reconoce a los bienes públicos como una falla de mercado, y lo ha estudiado con mucho detalle. Así, son Bienes Públicos aquellos que cumplen con dos características:

⁹ “For his discovery and clarification of the significance of transaction costs and property rights for the institutional structure and functioning of the economy”

- No son susceptibles de exclusión, esto es, no puedo impedir que otro los use.
- No tienen rivalidad en el consumo, vale decir, que su uso por parte de una persona no reduce el uso por parte de otra.

Es un fallo de mercado pues promueve el comportamiento *free rider* (colado, viajero sin billete, gorrón, parásito, polizón, etc.) que no paga por disfrutar del bien, entonces no genera incentivos en el mercado para producir dicho bien, razón por la cual, normalmente es el Estado quien tiene a su cargo su sostenimiento.

Esta definición parecería un poco más compleja, pero veremos que es más fácilmente comprensible a través de un ejemplo. Imaginemos por un momento que tengo una manzana en mi poder. Si dicha manzana es mía, es evidente que yo puedo impedir que otro se coma la referida manzana, es decir, puedo excluirla de su consumo. Por otro lado, el hecho que yo posea y me coma la manzana excluye la posibilidad que otro se coma la misma manzana; no hay forma que yo me coma la manzana y otra persona se coma la misma manzana. Se dice entonces que aquí estamos ante un consumo rival. Con ambas características diremos que la manzana constituye un bien privado.

Ahora pensemos en unos fuegos artificiales. Si yo enciendo uno de ellos e ilumino el cielo con el pirotécnico, no tengo forma de excluir a otro de su consumo o impedir que lo vea, pues cualquiera que levante la mirada hacia el cielo lo va a poder ver. Pero aún más, el hecho que yo vea y disfrute de los fuegos artificiales, no afecta la posibilidad que otro los disfrute, lo que significa que no hay rivalidad en el consumo. En este orden de cosas, los fuegos artificiales tienen características de un bien público.

Tenemos muchos ejemplos de bienes públicos: por ejemplo la seguridad. Siempre comento a mis alumno que residio en una casa ubicada en una calle

que tiene siete casas, tres en una vereda y cuatro en la otra. Los vecinos, como muchos otros, tomamos la decisión de contratar entre todos a un vigilante para que haga rondas en la cuadra. Pero resulta que uno de los vecinos no paga. Aquí tenemos un problema: No tenemos forma de excluir a aquel vecino de la vigilancia (sería imposible poner un cartel que diga “esta casa no está cuidada, pueden robarla”) y evidentemente que el hecho que el vigilante cuide una casa de la calle no excluye que pueda inferirse lógicamente que está cuidando a todas las demás casas, sin excepciones.

Quizás con este último ejemplo, advertimos el problema de los bienes públicos que, como no puedo excluir a alguien de uso y no hay rivalidad en su consumo, se produce el comportamiento “free rider” y entonces el oportunista hace uso del bien sin internalizar el costo del bien. Dicho esto, los particulares no tendrán incentivos para producir dichos bienes (en tanto que cualquier otro puede usarlo sin pagar por él y no tengo forma de evitarlo) y, en consecuencia, normalmente estos bienes son provistos por el Estado. Así tenemos los bienes públicos.

Como bien señala Bullard (2020) la salud general es un bien público (como las calles, la seguridad y ciertos tipos de justicia como la penal). Su provisión sería insuficiente si la confiamos solo a las decisiones de los individuos. Por eso solemos encargar al Estado suministrarlos. No es el caso de mi reloj, o mi cuaderno, o cualquier objeto que tiene la naturaleza de un bien privado.

Este concepto tiene una amplísima relevancia jurídica, pero normalmente pasa inadvertido. Si reflexionamos al respecto muchos bienes intangibles tienen características de bienes públicos: las ideas, los inventos, un know how, hasta una receta de cocina. En efecto, si en este último caso, yo comparto la receta con otra persona, es un hecho que divulgada ésta, no hay forma de evitar que la persona a quien se la transmití deje de saberla -en otras palabras, “ya no puedo quitársela”- y el hecho que yo sepa una receta no afecta el hecho que otro la use, vale decir, no hay rivalidad en el consumo. Típico caso de un bien público.

He afirmado que, en tanto, no hay rivalidad en el consumo y no hay posibilidad de exclusión, los privados no tienen los incentivos adecuados para producir dichos bienes toda vez que no pueden internalizar el beneficio de su producción, razón por la cual, normalmente estos bienes son suministrados por el Estado. Es así como, en muchos casos se crean incentivos desde el sistema legal para promover la tecnología y la innovación. Ello explica desde una perspectiva de la Economía la existencia de los derechos de propiedad intelectual en general, las patentes y los derechos de autor, por ejemplo. De esa forma y a partir de crear “derechos de exclusiva transitorios” -monopolios legales- se promueve la creación que, en otras circunstancias no podría alcanzarse dadas las características de estos intangibles, la no exclusión y la no rivalidad en el consumo.

Por ejemplo, las patentes tienen una vigencia de 20 años, luego de lo cual el invento pasa al dominio público y cualquiera lo puede producir. El inventor, durante la vigencia de la patente traslada a través del sistema de precios los costos que demandó la creación intelectual y su utilidad o, si prefiere, licencia la patente para que otro lo pueda producir siendo retribuido por ello, con lo cual tendrá un incentivo para seguir creando. Extinguida la patente, el invento pasa al dominio público y cualquiera lo puede producir sin necesidad de permiso alguno. Esto explica, por ejemplo, por qué los medicamento que recién salen al mercado tienen un precio elevado, mientras que los medicamentos genéricos tienen un precio muy bajo: en el primer caso el fabricante está “cargando” al precio el costo de la innovación, más el costo de producción y su utilidad. En el caso de los medicamentos genéricos, ya no hay patente de por medio, por lo que el fabricante únicamente traslada al precio el costo de producción y su utilidad. Algo parecido ocurre con los derechos de autor, cuya vigencia es de 70 años contados desde la muerte del autor. Así, el precio de un libro o un CD original está compuesto por la inversión de recursos que hizo el creador al momento de hacer la obra, más los costos de producción y la utilidad, pudiendo igualmente ceder los derechos patrimoniales de su obra. Al revés, si quisiera publicar hoy un ejemplar de “El Quijote de la Mancha” solo tendría que asumir el costo de producción y mi utilidad, puesto que el autor murió hace más de

cuatro siglos y no debo pedirle permiso ni pagar por reproducirlo a nadie, pues ya pasó al dominio público.

Por lo visto hasta ahora, sabemos que existen formas en las que algunos buscan burlar las restricciones que imponen las patentes o los derechos de autor. En el primer caso, la ingeniería inversa o *reverse engineering* que consiste en “desarmar” un producto para saber cómo está hecho y poder replicarlo a un menor costo y a través de mercados negros; o la “piratería” -tan difundida en nuestro país- que no hace sino reproducir copias de una obra asumiendo únicamente el costo de producción. En ambos casos, hay una vulneración a los derechos de propiedad intelectual.

Debo señalar sin embargo que este razonamiento, si bien mayoritario, no es absoluto. Bullard (2008) en un brillante y provocador artículo demuestra que en algunos casos los privados producen bienes públicos y en otros casos el Estado produce bienes privados. Siendo así, parecería que el supuesto fundamento según el cual la explicación por la que hay que crear monopolios artificiales para generar la creatividad pues de lo contrario nadie invertiría en ello, no es necesariamente cierto pues, por un lado, pueden existir motivaciones distintas para crear que no sea puramente por el afán de ganar dinero (por ejemplo, un blog) y, porque, en cualquier caso, estamos generando monopolios, los cuales como ya hemos visto, generan efectos negativos en el mercado. La discusión es amplia y el tema está abierto.

La otra falla de mercado que nos toca abordar es la que se refiere a los bienes comunes. Son similares a los bienes públicos en cuanto a que no son susceptibles de exclusión, esto es, no puedo impedir que otro los use pero en ellos sí hay rivalidad en el consumo. Esto ocurre muchas veces con los recursos naturales.

Los bienes comunes constituyen una falla de mercado pues promueven el uso irracional de los recursos en razón a la parábola explicada por Garret Hardin en “The Tragedy of the Commons” (1968) y que demuestra la sobreexplotación de un recurso cuando no existe el interés y la responsabilidad individual en su

conservación, debido a que el recurso no es propiedad privada y carece de dueño particular: lo podríamos subsumir en una frase "si algo es de todos, nadie lo cuida y se termina acabando".

Imaginemos un pastizal que tiene una capacidad para alimentar 10 vacas. No existen derechos de propiedad ni subdivisión alguna. Si cada pastor lleva una vaca ésta se proveerá de $1/10$ del pastizal. Pero, por ejemplo, un pastor decide llevar a pastar a una vaca más. Su utilidad entonces se habrá incrementado a $2/11$ pero la porción de los demás se habrá reducido de $1/10$ a $1/11$. Si otro pastor, viendo la conducta de su compañero hace lo mismo, incrementará su utilidad de $2/12$ pero la de los que solo tienen una vaca, la porción se reduce a de $1/11$ a $1/12$. Siguiendo este patrón llegará un momento que el pastizal no se dará abasto para dar alimento a todas las vacas, se agotará el recurso y las vacas morirán de hambre. Esto es, en términos muy simples, la tragedia de los bienes comunes.

Un sistema de propiedad común hace que los individuos utilicen un recurso finito como si fuera infinito, ocasionando su extinción.

En clase suelo poner un par de ejemplos muy domésticos para graficar este problema (y que forman parte de mi experiencia de vida): hace algunos años me invitaron a un matrimonio de una amiga hija de quien entonces era una persona que ocupaba un altísimo cargo público. Nos esperaba luego una fastuosa recepción donde estaban presentes, políticos, congresistas y demás personajes públicos. Lo que no pensaron los novios fue la forma en que debían servir la comida, y nunca olvidaré cuando dijeron que pasaran a servirse al buffet, una larga mesa llena de potajes. Una suerte de horda salvaje de individuos que se olvidaron del más elemental protocolo por la majestad de sus cargos y de cualquier pudor, se abalanzó a servirse pantagruélicamente sin importar si otro quería también comer. Como es presumible, la comida quedó regada en la mesa y la mayoría, entre ellos mi esposa y yo, nos quedamos sin comer. ¿Qué hubiera pasado si, en vez de presentar un buffet para que todos y cualquiera se sirva lo que quiera, los novios hubieran optado por servir porciones individuales? No sé si las porciones hubieran sido más pequeñas,

pero con seguridad, la distribución de la cena hubiera sido más eficiente y todos habrían tenido la posibilidad de comer. El otro ejemplo tiene que hacer con las playas en verano: ¿Hemos visto como queda una playa de acceso libre de la Costa Verde, un domingo al final del día? Sabemos todos que el panorama es comparable a un chiquero. Y la razón es que el bien es de todos, y nadie tiene incentivos para cuidar el espacio común, pues las consecuencias las asumen los demás, como todos piensan igual, la playa termina en un muladar. Si vemos el caso de una playa de un condominio privado como los que hay al sur de Lima, probablemente no encontremos un solo residuo en toda la playa.

La explicación es muy simple. No existen titularidades. El método económico se inclina favorablemente por esta alternativa para paliar el efecto de los bienes comunes. Si, en el ejemplo inicial, el pastizal hubiera estado subdividido en 10 partes, un pastor hubiera pensado dos veces antes de introducir una vaca adicional al área de su propiedad porque en vez de obtener una utilidad de 2/11 hubiera tenido una pérdida del 50%, es decir 2 vacas mal alimentadas. Ni que decir si introdujera una tercera vaca, el panorama sería peor. Vemos pues que las titularidades coadyuvan al uso racional y sostenible del recurso para evitar su extinción. Igual ocurre con el ejemplo del matrimonio. Servir la comida en un plato individual es, en el fondo, establecer una titularidad sobre la comida para cada uno de los invitados comparativamente con poner una mesa para que todos se sirvan lo que quieran, con lo que se garantiza que los invitados queden satisfechos o cuando menos, atendidos. Y en la playa el caso no es diferente, si yo arrojo un papel en una playa privada, mañana ese mismo papel estará en mismo lugar donde lo dejé y yo seré quien sufra las consecuencias de la playa sucia.

Después de los casos explicados anteriormente, tiene sentido la frase aquella antes citada según la cual, “los bienes de todos, son de nadie”. Garret Harden quien era un ecologista, llegó a estas conclusiones justamente a partir de su preocupación por el incremento poblacional, tema que ya había sido abordado en siglos anteriores por economistas como Malthus. Y la Tragedia de los Comunes nos describe nítidamente una externalidad.

Aun así, la asignación de titularidades como solución al problema de los bienes comunes no ha sido la única alternativa para esta falla de mercado. La primera mujer que obtuvo el Premio Nobel de Economía Elinor Ostrom, escribió un interesante libro, “el Gobierno de los Bienes Comunes” (1980) en el cual propone la tesis de gestionar y administrar los bienes comunes a través de acuerdos comunales según ocho principios de diseño que no es el caso detallar, pero que reivindican la gestión colectiva como una forma de resolver el tema que nos ocupa. Según Ostrom:

“existen casos en los cuales, a partir de arreglos institucionales y contratos entre los interesados, los recursos comunes se explotan de manera sostenible (por ejemplo sistemas de riego o pastizales comunes, zonas comunes de pesca o de tala) Las comunidades que manejan sus bienes comunes de manera sostenible son vistos como comunidades que logran acuerdos institucionales “robustos”; por su parte los casos en los cuales las comunidades que sobreexplotan sus recursos comunes se comprenderán como comunidades con “acuerdos institucionales frágiles” o “fracasos” (p. 43).

2.5 Los costos de transacción

Al abordar la modelización del Derecho como un mercado, probablemente sea ésta uno de los temas que más relevancia tiene y que pasa inadvertido por nuestros legisladores y operadores del Derecho. Cuando hacíamos referencia al tema de las externalidades nos referimos al concepto de costos de transacción para aludir a a cualquier clase de impedimento u obstáculo que puede evitar la eficiente asignación de derechos o titularidades entre individuos. Nótese que no digo “costo” sino “costos” de transacción, porque son de distinta naturaleza y se presentan en diferentes momentos del proceso de interacción en el mercado. Los costos de transacción representan el tiempo y los recursos gastados para lograr que una determinada transacción se lleve a cabo. Muchos refieren que se trata de un concepto análogo a la fricción que se opone al movimiento de los cuerpos en la física:

- Costos de Información o Costos de Búsqueda (algunos los denominan Costos de Coordinación): Los que se derivan de “traer” a las partes al acuerdo

- Costos de Negociación y Motivación: Los que se derivan propiamente de la negociación misma del acuerdo. Ejemplos de ello son algunos activos específicos, la asimetría Informativa, la intervención de los abogados, las formalidades que impone la ley, entre otros.

- Costos de Ejecución y Eficacia del acuerdo: Los costos que supone asegurar que las partes se comportarán de conformidad con el acuerdo alcanzado.

Ya en 1937, un joven Ronald Coase escribía su pequeño pero famoso artículo “La Naturaleza de la Empresa” en el que explicaba que al momento de interactuar en el mercado, había una serie de costos que se derivaban de una transacción. 23 años después cuando escribió el “Problema del Costo Social” - publicado un año después- también tocó de manera directa el problema de los costos de transacción. Otro Premio Nobel, Oliver Williamson -recientemente fallecido- abordó de forma magistral este tema y, más cercanamente nuestro economista Hernando de Soto (1980) alude directamente a los costos de transacción en su famoso libro “El Misterio del Capital”. Douglass North (2006) Premio Nobel 1993, refería que en una economía desarrollada como los Estados Unidos (donde los costos de transacción son sustancialmente menores que el Perú) más del 50% del Producto Bruto Interno eran costos de transacción: banca, seguros, tarjetas de crédito, intermediación financiera, distribución, comercio, transporte, internet, telecomunicaciones, seguros, etcétera, son industrias que existen para aliviar costos de transacción que serían más elevados si ellas no existieran.

Una de las aplicaciones más directas que podemos tener del método económico en el Derecho es en relación a este tema. El Derecho se ha

convertido en una máquina generadora de costos de transacción. Convengamos que, en algunos casos (muy pocos), estos costos pueden tener alguna justificación, pero en la gran mayoría de los casos están arropados solapadamente en trámites o gestiones bajo el “sambenito” de la seguridad jurídica. Los abogados somos incapaces de explicar todo el sistema alambicado de trámites y gestiones a partir del propio Derecho y, sin más, pretendemos que los alumnos lo asuman como un acto de fe. Yo me rebelo contra esa forma de pensar: considero que no solamente es un imperativo ético y educativo, sino un derecho del alumno, entender el porqué de las disposiciones legales que imponen costos de transacción y advertir si éstos tienen algún sentido o están pensados como pretexto para justificar lo injustificable o, en algunos casos más obscenos, simplemente como un mecanismo de *rent seeking*¹⁰.

La mejor forma de hacer visible los costos de transacción es a través de ejemplos y, para los efectos de la presente tesis recurriré a algunos propios de nuestra realidad.

Imaginemos que Carlos quiere comprar una casa a Juan. Van al Código Civil y encuentran un artículo como el 947° que dice que “*La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.*” La norma les genera tranquilidad, pues creen que la transferencia será un trámite fácil y barato. Pero comienzan a averiguar y se enteran de que, en el Perú, los Registros Públicos no son constitutivos sino declarativos, por lo que Carlos debe contratar a un abogado para que revise los títulos de propiedad y remitirse hasta el título archivado pues ello dispone la reciente modificación del artículo 2014° del Código Civil de modo tal de asegurarse que le está comprando a quien de verdad es el dueño. Entonces, no queda otra que obtener todos los documentos en cuestión que probablemente lleve una semana. Efectuado eso, Carlos tiene interés en inscribir su propiedad cuando esta pase a su nombre,

¹⁰ Se entiende por “rent seeking” o búsqueda de rentas, al mecanismo a través del cual se utiliza el poder o influencia en las decisiones públicas para generar renta privada. Es un concepto proveniente de la teoría de la elección Pública o Public Choice.

pero se entera que necesita de una minuta y esta debe ser “autorizada” necesariamente por un abogado. Efectuado ese gasto, por fin va al Notario, pero lo recibe un abogado que le dice que le tiene que traer además una copia literal del predio (¿?) para asegurarse que quien le vende es el propietario -lo que supuestamente debe verificar el Registrador y ya ha sido verificado por el propio comprador-; además le pide el HR y el PU del inmueble emitido por la municipalidad del sector, así como el recibo que acredita el pago del Impuesto Predial de todo el año por adelantado (pese a que Carlos y Juan quieren firmar el contrato en enero) Carlos no entiende nada ¿por qué debo pagar un impuesto por adelantado y, aún más, qué tiene que ver el Notario con los impuestos municipales?. El abogado de la notaría le pide además el recibo que acredite el pago de la Alcabala, impuesto que grava las transferencias. Pero Carlos sabe que a él no le aplica ese impuesto pues la casa que está comprando es de un valor muy bajo. Entonces le piden una Declaración Jurada en la que conste que no debe pagar dicho impuesto. Pero aún más, el abogado le pide que acrediten el pago a cuenta del Impuesto a la Renta de Segunda Categoría de cargo del vendedor. Carlos no entiende nada. ¿acaso eso no debería fiscalizarlo SUNAT? El abogado le responde que todo eso es por “seguridad jurídica”. Cuando finalmente ya tiene casi todo, les piden que deben pasar por un control biométrico de identidad para lo cual requieren hacer un pago adicional a lo que ya cuesta hacer una Escritura Pública. El abogado del notario les recuerda también que una vez firmada la Escritura Pública, son solo ellos los llamados a presentar el título en Registros Públicos pues “eso dice la ley” para lo cual cobran además un derecho de trámite. Finalmente el título va a Registros Públicos y deben pagar una liquidación de derechos. Por fin, Carlos tiene su propiedad inscrita.

Este *vía crucis* que han debido padecer Carlos y Juan para concretar la compraventa, no lo hacen todos. Muchos abandonan el trámite a mitad del camino por los sobrecostos -tiempo y dinero- que conlleva formalizar la propiedad. Paradójicamente, la “bendita” seguridad jurídica, lo que hace es generar mayor precariedad jurídica, pues muy poca gente llega a inscribir su propiedad por los sobrecostos que todo ello genera. Un ejemplo típico de costos de transacción elevados que entorpece algo que, como veremos más

adelante es un eje para la generación de riqueza (De Soto,1980) que es la formalización de la propiedad.

Cuando indagamos entre los operadores del Derecho sobre por qué una simple transferencia de propiedad exige tantos trámites, la respuesta más recurrente es que todas las medidas están encausadas a evitar que haya fraudes en la venta de propiedades y se remiten a un famoso caso de estafas (el caso Orellana). Parecería plausible la idea, sin embargo no lo es, como se explica a continuación.

Cuando el Estado adopta este tipo de medidas, está presumiendo que todos somos unos “Orellanas” en potencia. Nos traslada el costo de la inconducta de una persona, a toda la sociedad. Y nos hace la vida más costosa que se traduce en mayores costos de transacción en el mercado. Imagínense que un profesor advierte que un alumno está teniendo una conducta impropia durante un examen, por ejemplo, copiar a través de su celular y, por ello, el profesor decide decomisar todos los celulares de la clase por una semana. La pregunta es: ¿por qué tendría que hacerlo? ¿para asegurarse que otro no lo haga? ¿está suponiendo que si un alumno lo hace, otros lo harán? En todos los casos la conducta del profesor es inadecuada pues desnaturaliza la solución; en vez de sancionar al alumno que ha cometido la infracción en forma ejemplar, “castiga” a todos los integrantes del aula.}

No es exagerado decir que los países desarrollados lo son porque han logrado reducir los costos de transacción, lo que les permite celebrar más contratos y transacciones y con ello se mueven rápidamente hacia soluciones más eficientes y se acercan al óptimo paretiano.

Ejemplos como el caso de la transferencia de propiedad tenemos en abundancia: Algunos casos son absolutamente delirantes. Recuerdo claramente que a un alcalde se le ocurrió la absurda idea de imponer la obligatoriedad que todos los taxis lleven unas franjas autorefractantes de color rojo y blanco. Supuestamente, ello traería consigo mayores medidas de seguridad y evitaría los accidentes de tránsito. Toda una mentira que lo único que hacía era encarecer la actividad de los taxistas quienes, a su vez, lo

trasladaban a los consumidores a través del sistema de precios. Probablemente solo hubo un ganador: el vendedor de dichas cintas autorefractantes, un foco de corrupción y rent seeking.

En muchos casos, el Derecho impone mayores costos de transacción, pero ello va a contracorriente de lo que debería hacer, vale decir, reducir los costos de transacción. Este desafío es permanente; hay algunos casos recientes en los que se ha simplificado muchos trámites, pero como veremos en algunos casos en el Capítulo siguiente, hay todavía mucho por hacer.

.....

CAPITULO 3.- EL DERECHO, EL METODO ECONOMICO Y SU TRANSVERSALIDAD

3.1. El Derecho Civil y el Método Económico

A lo largo de los Capítulos anteriores hemos desarrollado el método económico y hemos intentado poner en relevancia los principales conceptos microeconómicos que nos van a permitir una perspectiva transversal del Derecho. Como hemos señalado introductoriamente, se trata de una forma de ver el Derecho, no la única, ni siquiera sostenemos la mejor, pero es de especial relevancia para determinar las consecuencias de las normas legales en la estructura de incentivos de los individuos hacia donde, precisamente, van dirigidas dichas normas. En esa línea, su importancia dentro del proceso de aprendizaje de los estudiantes de Derecho es crucial pues, dadas sus especiales características, el método económico puede explicar el porqué de muchas normas legales toda vez que el Derecho por sí mismo es limitado para encontrar respuesta a esa pregunta respecto de muchas sino todas sus propias instituciones.

Así las cosas, podemos resumir lo desarrollado hasta ahora en que lo que hoy hablamos de Análisis Económico del Derecho consiste en abordar los problemas jurídicos como si fueran problemas económicos. Lo que hace este trabajo interdisciplinario es adoptar los fenómenos jurídicos para convertirlos en fenómenos económicos y, a partir de ello, ver sus resultados.

¿Cómo lo hace? Partiendo de la idea que las normas no son sino un bien que debe ser producido para que funcione el mercado.

El Derecho, así planteado, se constituye en es un mecanismo simulador del mercado (partiendo de la idea del Mercado Competitivo o Perfecto) y trata de “reproducir” las soluciones del mercado en los siguientes tópicos:

- Delimitando los derechos de apropiación y titularidades
- Estableciendo reglas frente a las externalidades
- Estableciendo normas que garanticen el funcionamiento del Derecho de contratos.
- Disuadiendo conductas no deseables socialmente (Derecho Penal)

Normalmente los juristas no han sido permeables a las ideas económicas. El Derecho y la Economía han crecido dándose la espalda. Su interacción a lo largo del tiempo ha sido complicada.

Sin embargo si partimos de la definición moderna de Economía según la cual es el estudio del comportamiento humano en su elección ante recursos escasos entre opciones alternativas, podemos admitir entonces que cualquier campo de la vida humana que se manifiesta en elección (costo-beneficio) puede ser analizada a partir de la Economía) decimos pues que la Economía es el lenguaje de las ciencias sociales.

Entonces, queda claro que el enfoque económico nos da una ventana más para ver el mundo. El problema es que se puede caer en el error que el análisis económico del Derecho es la “única ventana”.

El problema que enfrentamos es que en muchos casos la transustanciación del Derecho hacia el análisis económico hace que en muchos casos se le distorsione y se le vea solo como un tema de eficiencia, divorciándolo de toda consideración de justicia y redistribución. Por el contrario, (Lopez Torres, 1987) si al Derecho se le divorcia totalmente de la idea de justicia y redistribución,

será legítimo como opción, pero no estaremos ante la verdad absoluta; por el contrario, estaremos empobreciendo el Derecho.

La debilidad de esta crítica que ha sido recogida por algunos autores (Castillo M. y Vasquez K, 2004) estriba en asumir que quienes incorporamos el método económico como medio para entender el Derecho, lo asumimos como la única perspectiva válida, lo cual es incorrecto pues trasunta una indebida sobreestimación que en ningún caso proponemos o hacemos. En efecto, un enfoque axiológico, exegético, humanista o constitucional no son, ni por asomo, inválidos. Pero conllevan inexorablemente a una visión limitada del fenómeno jurídico, si prescindimos del método económico y sus nociones fundamentales. Mucho menos sostenible es la crítica relacionada a una supuesta simplificación de la realidad que relativizaría el éxito del enfoque económico. La respuesta es contraintuitiva: justamente esa simplificación hace posible una comprensión cabal de los fenómenos jurídicos con el auxilio de la Economía. En palabras del gran Milton Friedman, *“Una hipótesis es importante si explica mucho con poco, es decir, si abstrae los elementos comunes y cruciales de la masa de complejas circunstancias que rodean el fenómeno que ha de ser explicado y permite hacer predicciones válidas sólo sobre la base de aquéllos”* (p. 14)

Cuando hablamos de transversalidad del método económico en la enseñanza del Derecho, estamos afirmando como hipótesis central del presente trabajo que cualquier área del Derecho puede ser vista a través de los ojos de la economía. Sin embargo la demostración empírica de esta afirmación es materialmente imposible en un trabajo de estas características, pues significaría recorrer todas las disciplinas jurídicas. Es por eso por lo que abordaremos en este Capítulo algunas materias principales del Derecho desde el método económico en cuanto atañe a sus bases principales, sin abundar en aspectos puntuales sino restringiéndose a los genéricos. El eje de la presente tesis es absolver muchos ¿por qué? respecto de los cuales no tenemos respuesta partir del Derecho mismo y es la aspiración que en el presente Capítulo las encontremos

3.1.1. Los Derechos de Propiedad

En los últimos años hemos visto de forma alarmante, una avalancha de normas legales que afectan severamente la libertad y el derecho de todos. Cuando me pregunto sobre las causas que determinan decisiones tan inconducentes y socialmente costosas puedo agruparlas en dos grandes tipos, uno referido a intereses políticos populistas que subyacen en la expedición de estas disposiciones -a los cuales no me referiré en esta oportunidad- y, otro relacionado a un total desconocimiento del concepto, alcances e importancia de lo que modernamente significan los derechos de propiedad.

Para todos los que estudiamos Derecho en países de tradición romano-germánica como el nuestro, la primera aproximación que tenemos con el derecho de propiedad es el curso de Derechos Reales y nos lo definen como un poder jurídico que autoriza a usar, disfrutar, disponer y reivindicar una cosa. Genéricamente y, en tanto derecho real, la propiedad así definida esta dimensionada por la correlación persona-cosa, de la misma forma que un set cerrado (número clausus) de otros derechos reales (posesión, servidumbre, superficie, usufructo) con matices distintivos entre uno y otro: El hilo conductor es que en todos ellos estábamos frente a un atributo de una persona respecto a una cosa. Y en tanto derechos reales (del latín *res* que significa cosa) que vinculaban a las personas con las cosas, se distinguían de los derechos personales que vinculaban a las personas con las personas y cuya fuente principal eran las obligaciones y los contratos. Esta visión dualista de los derechos es, como hemos dicho, una creación del antiguo Derecho Romano, y se mantiene instalada en la legislación de muchos países, aun cuando es evidente que ello ha sufrido una profunda transformación, respecto de lo cual el método económico aplicado al Derecho puede dar importantes luces.

En efecto, la literatura relativa a esta disciplina hace referencia al término *Property Rights* y, en forma por demás ligera, la traducción que se ha hecho de este concepto es, sin más, el de “derecho de propiedad” (que nos sugiere inmediatamente el clásico contenido del derecho real que hemos aprendido) cuando en realidad se trata de dos cosas totalmente distintas. Como quiera que el Análisis Económico del Derecho tiene en el sistema anglosajón una de sus

fuentes relevantes, advertimos aquí que aquella distinción entre derechos reales y personales se diluye, y nos encontramos que los *Property Rights* abarcan muchas cosas más, a saber, un conjunto de “derechos de actuación” respecto de determinados bienes y derechos, en el sentido de que puede excluir de su empleo a terceros, aprovechar su valor y transferirlos por un precio en el mercado. Mas puntualmente, siguiendo a Demsetz (1967) la relación generada a partir de los “Property Rights” no es estrictamente con “las cosas”, sino con los demás individuos, en tanto disponen quiénes tienen derecho a excluir a otros del uso o valor de las cosas.

Ya tenemos entonces una distinción entre el clásico derecho real de propiedad y el concepto económico de propiedad: como acertadamente describen Furubotn y Pejovich (1972) mientras en el primer sentido derecho de propiedad alude a la titularidad de un derecho real típico reconocido en el Código Civil, la misma expresión, desde un punto de vista económico, hace referencia a la titularidad de facultades de actuación específicas:

“Los derechos de propiedad no se refieren a relaciones entre el hombre y las cosas, sino más bien a las relaciones behaviorísticas sancionadas entre las personas que surgen de la existencia de cosas y atañen a su uso. Las asignaciones de derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento en cuanto a las cosas que todas y cada una de las personas han de observar en sus interacciones con otras personas so pena de tener que soportar los costos de su quebrantamiento. Por consiguiente, el sistema de derechos de propiedad imperante en la comunidad puede describirse como conjunto de relaciones económicas y sociales que define la posición de cada individuo respecto a la utilización de recursos escasos”

Por todo ello, para fines metodológicos y en el interés de evitar esa fallida sinonimia entre los *Property Rights* y el derecho real de propiedad como lo vemos plasmado en nuestro Código Civil, es que nos referiremos más propiamente a “titularidades”.

Dicho esto, en adelante debe entenderse que una titularidad es mucho más que un derecho real. En esa línea, la propiedad contemporánea no es un poder sobre las cosas sino es un acto de reconocimiento social, casi un acto político. Sólo hay propiedad donde las personas reconocen que la hay, no hay propiedad por una relación que yo tenga, hipotética, sobre las cosas. Sólo existe cuando los demás me la reconocen como tal. Si la sociedad no reconoce la propiedad como tal, esa propiedad no existe, no hay en el derecho natural ningún concepto de propiedad. La propiedad desde mi punto de vista es un producto de la civilización, una creación del intelecto humano. Entonces la propiedad contemporánea es un desarrollo del mercado en el cual los seres humanos nos reconocemos los unos a los otros la posibilidad de utilizar y de aprovechar exclusivamente determinados recursos.

Esto hace que la propiedad evolucione con el tiempo, que la propiedad de hoy en día no se la de ayer y que haya unos bienes que tienen propiedad y unos que no la tienen, y algunos bienes que antes eran de propiedad y ahora dejan de serlo y al revés. En consecuencia, los derechos de propiedad determinan normas de conducta respecto de las cosas que todas y cada una de las personas debe respetar en su interacción con otras personas. De lo contrario, se deberá soportar el costo de su inobservancia.

La utilidad de la existencia y definición de titularidades ha sido una de las bases del enfoque económico del Derecho y es la piedra angular sobre la que se desarrollaron los principales trabajos de esta disciplina.

En un famoso artículo publicado en 1972 Calabresi y Melamed, describieron tres tipos de reglas legales consistentes de un sistema jurídico, a saber:

- Regla de Propiedad (Property Right) Es una regla que protege un derecho, de manera que para poder afectar el derecho se requiere del consentimiento del titular del derecho. Si afectamos su derecho sin su consentimiento, entonces el titular puede recurrir al juez en busca de reacción para defender el derecho, como por ejemplo la reivindicación.

- Regla de Responsabilidad (Liability Rule) Es una regla que protege un derecho, pero no por el lado del consentimiento sino a través de una indemnización, por ejemplo, la expropiación
- Regla de Inalienabilidad (Inalienability Rule) Un derecho es inalienable en la medida en que su transferencia está prohibida entre un comprador dispuesto y un vendedor también dispuesto como, por ejemplo, la venta de órganos.

El Derecho se organiza en base a estos tres tipos de reglas, pero en cada caso debe existir una justificación, un por qué, que no puede ser obviado a través de argumentos tan deleznable como que “la ley lo dice” o por “seguridad jurídica”.

Como ya hemos referido en líneas precedentes, tradicionalmente la propiedad es vista en el curso de Derechos Reales y lo definimos como el poder jurídico que permite a un individuo a usar, disfrutar, disponer y reivindicar una cosa, teniendo un carácter absoluto y siendo el más completo de todos los derechos reales. Asimismo nos enseñan que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más atributos inherentes a la propiedad. Veremos que a través del crisol del enfoque económico se privilegian otros aspectos que están más acentuados en redefinir la propiedad, apartándola de esa simple relación persona-cosa. Como ya hemos dicho, aquí hablaremos de titularidades y haremos referencia a un contenido distinto al que tradicionalmente se le da en los Derechos Reales, a saber:

- Acceso (disfrutar los beneficios no sustraibles)
- Extracción (obtener provechos de un sistema de recursos)
- Administración (regular los patrones de uso interno)
- Exclusión (determinar quien tendrá derecho a accesión y extracción)

- Alienación (derecho a vender o alquilar la accesión o extracción)

Como veremos más adelante, existen sin embargo algunos atributos que, económicamente hablando son de especial significación como la exclusión y la alienación o transferibilidad.

Pasemos entonces a tratar explicar algo que, probablemente, no se le asigna espacio alguno en los sílabos de Derechos Reales, puesto que para ello es necesario estar dotado de las herramientas que hemos descrito en el Capítulo anterior.

Las titularidades son, antes que todo, es un mecanismo de protección de los rendimientos del trabajo y de las inversiones de capital, fomentando el trabajo y la inversión. En efecto, la certeza de que algo es nuestro o que tenemos una titularidad respecto de ello, genera incentivos naturales para maximizar su valor e invertir en tanto que internalizaré los provechos obtenidos a mi favor. En clase suelo hacer a mis alumnos una pregunta muy simple, si vivieran en un departamento arrendado y están próximos a devolverlo ¿qué clase de pintura usarían para pintarlo? La respuesta es casi uniforme: con la más barata del mercado. Retruco de inmediato entonces con una repregunta: Ahora imagínense que, con mucho esfuerzo, han logrado comprarse un departamento y deben pintarlo, ¿qué pintura utilizarían? Y todos responden al unísono, que lo harían con la mejor que pudieran. Cuando indago sobre por qué en un caso usan la pintura más barata y en otro caso, usan la mejor, todos coinciden en que lo hacen porque, en el segundo caso, el departamento es propio. Traigo a colación este ejemplo para desmitificar de paso la fallida idea que enseñar el Derecho incorporando una perspectiva económica no exige de parte de los docentes que sean unos expertos economistas. Simplemente tener claro las bases del método económico y rápidamente se pueden alcanzar grandes progresos. Como parte de las conclusiones de este modesto trabajo concluiremos que la aplicación del método económico a la enseñanza del derecho no es ni más ni menos que la sistematización del sentido común para entender mejor los fenómenos jurídicos.

Richard Posner (2013) con la lucidez que lo caracteriza lo explica con un ejemplo igualmente simple cuando refiere por ejemplo que, sin un derecho de propiedad definido, el agricultor que asume el costo de cultivar, fertilizar y atender sus sembríos, se vería expuesto a que cualquiera se pudiera llevar su producción cuando los frutos estén maduros sin que el pudiera hacer nada para evitarlo. Entonces no habrá incentivos para sembrar nuevamente y con ello no existirían incentivos requeridos para la subsistencia de todos los integrantes de la sociedad. Si el beneficio de mis actos se traslada a los demás, no existe incentivos para desarrollar una actividad. En suma la propiedad es un mecanismo de internalización de la inversión si no fuera así, me abstengo de hacer algo que en otras circunstancias podría generar valor.

Una segunda justificación económica de la necesidad de definir titularidades estriba en que evita los problemas de cogestión y sobreexplotación de los recursos. Cuando aludimos la definición de Economía, decíamos que tenía como objeto de estudio la forma en que los individuos administran los recursos, partiendo que éstos son escasos y las necesidades ilimitadas y, aún más afirmamos que si los recursos fueran infinitos, probablemente la Economía no tendría razón de ser. Mas adelante, al momento de abordar el problema de los bienes comunes, descrito como una falla de mercado, decíamos que la sobreexplotación de un recurso que es de todos y donde no están definidas las titularidades, conlleva inexorablemente a la extinción del recurso, de acuerdo con el desarrollo de Hardin. La premisa según la cual la propiedad evita la sobreexplotación y el aprovechamiento sostenible de los recursos tiene su base en los dos conceptos anteriormente citados. Como siempre, los ejemplos suelen ser muy gráficos para explicar las cosas y a ellos recurro permanentemente en clase. Probablemente todos hemos ido a un restaurante de aquellos que llamamos en algunos países como buffet, o tenedor libre o rodizio. Se puede comer todo lo que uno quiere -o puede- sin límite alguno y a un mismo precio. Suelo preguntarles a mis alumnos si en esos casos tienen algún cuidado en no excederse o servirse más de la cuenta.

La respuesta obvia es negativa, todos comen todos lo que pueden, se sirven más de la cuenta y probablemente terminan dejando el plato lleno pues sencillamente están completamente saciados. Desperdicio total. La respuesta es previsible, el recurso es común, y el costo marginal para los comensales es cero. Pagan lo mismo y comen hasta donde puedan. Planteo ahora la pregunta si estuvieran en un restaurante donde deben pagar según el consumo hecho por cada uno. Todos, sin excepción se servirían con prudencia y de acuerdo a su capacidad de pago en ese momento proyectándose a otros gastos. En efecto, cuando internalizamos el gasto en algo, tendemos a hacer uso responsable del recurso, ante la inminencia que, de no hacerlo, se va a agotar inexorablemente. Enrique Ghersi (2008), una de las mentes más brillantes de este país, dictó una célebre conferencia en Guatemala en el que da respuesta a una pregunta curiosa ¿por qué no se extinguen las gallinas la situación se contrapone a muchos casos en los que vemos especies animales en vías de extinción como los elefantes. La respuesta es muy simple: Las gallinas tienen dueño y a éste le interesa que éstas se reproduzcan pues ello le genera valor. Los elefantes son animales salvajes y están expuesta a la caza furtiva que no es otra cosa que el uso irracional del recurso. En suma, la asignación de titularidades, en sus diversas manifestaciones es una forma eficiente de preservar la conservación de muchos recursos naturales: Tenemos ejemplos muy cercanos y tangibles. La vicuña era una especie en extinción dado su indiscriminada caza por el altísimo valor de su lana en el mercado internacional. Debieron establecerse reservas y titularidades para que hoy tengamos ese recurso de forma óptima. Otro ejemplo -muy ingenioso y hasta hilarante pero muy eficaz- es lo que han hecho algunos restaurantes tipo buffet o tenedor libre en los que se ha establecido una regla muy práctica: puedes comer todo lo que quieras, pero eso sí, en el caso que te sirvas más de lo que vas a comer y dejas el plato sin terminarlo, tendrás que pagar una multa. Una forma práctica de internalizarla externalidad derivada del uso impropio de un bien común.

Otra razón por la cual se explica la importancia de las titularidades es que reduce los esfuerzos de protección y apropiación de los bienes. Un mundo sin propiedad implicaría que los seres humanos deberíamos incurrir en altos costos para impedir que otro se apropie de algo que es nuestro. Imagínense

que alguno sale a comprar al supermercado y cuando llega encuentra a otras personas apostadas dentro del inmueble y disfrutando de él. En ausencia de la titularidad, no tendría un medio eficaz y oponible para acreditar mi propiedad, porque, o no podría salir de mi casa -pues me convertiría en una suerte de guardián de mi propiedad- o la sociedad estaría gobernada por la ley del más fuerte, haciendo uso de la fuerza para “defender” lo propio. Felizmente existen los derechos de propiedad. Aun así, estamos lejos de un régimen legal adecuado de defensa de las titularidades, no solamente por el hecho de los altos costos que implica formalizar la propiedad y que ya explicamos en el Capítulo anterior, pero sobre todo, porque nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble es meramente declarativo y no es constitutivo. Este tema lo he discutido con muchos profesores expertos en Derecho Registral y cuando les he propuesto la idea de transformar el sistema, hacia un registro constitutivo de propiedad inmueble que permita predictibilidad y certeza, reduciendo costos de transacción, la respuesta ha sido siempre la misma. No se puede. Considero que no es que no se pueda, sino que no hay decisión política para hacerlo: es una tarea titánica, máxime si tenemos superposiciones de sistemas registrales, información desactualizada, corrupción y demás errores. Recuerdo al maestro Jorge Avendaño sugerir en sus clases hace más de 30 años que era indispensable cambiar el sistema de clasificación de bienes, introduciendo la diferencia entre bienes registrados y no registrados y desató un debate que no ha terminado a pesar del tiempo. La propuesta, bien entendida y analizada, hubiera permitido “cerrar el sistema” y darle un marco completo de regulación (Bullard, 2006). Hemos perdido 30 años.

Por último, la existencia de titularidades permite que en la medida que son transferibles, se pueda garantizar que estos tiendan a ir hacia las manos de quienes le asignan un mayor valor, generando un incremento del bienestar social. Explicamos en párrafos anteriores que uno de los atributos de la propiedad es la transferibilidad. Si amalgamamos esta premisa con la teoría subjetiva del valor estudiada en páginas anteriores -y según la cual las cosas no tienen un valor en sí mismas, sino el que sus dueños le asignan individualmente- concluiremos que, inexorablemente, los bienes serán finalmente de quien lo valora mal. Dos ejemplos utilizo siempre en clase y me

permiso transcribirlos en esta tesis, pues no es tan complicado “pensar” económicamente y utilizar el método para comprender cosas que el Derecho no nos da respuesta y ello opera transversalmente en el proceso de formación jurídica. Tengo como afición coleccionar antigüedades y una de ellas, una petaca o baúl colonial vetusto, decora mi oficina. Un día, una persona que trabajara en el Estudio, me dijo “jefe, yo creo que un ropavejero le da 50 soles por esa cosa, ¡Y con vuelto!”; tiempo después un cliente me ofreció por dicha pieza US\$ 1,000.00, oferta que rechacé. La pregunta que responder es ¿Cuánto vale la petaca? Y la respuesta es probablemente odiosa, pero es la única posible: Depende. Para el servidor de mi oficina valía menos de 50 soles, para mi cliente en cambio valía mucha más, US\$ 1,000.00. ¿Y para mí? Obviamente que la respuesta es $US\$ 1,000.00 + x$, y ello es obvio, porque de haber sido menor, la petaca la hubiera vendido. El bien está hoy en quien le asigna un mayor valor (probablemente, hasta que venga alguien que le asigne un mayor valor que el que yo le doy, momento en el cual pasará a sus manos con certeza).

En otros casos, he preguntado a mis alumnos ¿Cuánto cuesta una botella de agua? Y todos responden uniformemente ¡2 soles! Es un error pues los alumnos confunden el precio (que no es más que una señal de cómo se comportan las fuerzas que interactúan en el mercado) con el valor. La respuesta correcta fatalmente es: Depende de la sed que tenga. Si estoy caminando varias horas bajo un sol abrasador en un desierto probablemente esté dispuesto a pagar una alta suma por una botella de agua que puede inclusive salvar mi vida. Si acabo de almorzar y beber agua, probablemente una botella adicional de agua no valga nada, pues no tengo sed. Aún más, en el caso de la botella de agua del desierto suelo problematizar el caso y pregunto a mis alumnos “ok, si, por ejemplo pagaste 50 soles por la primera botella de agua que te pudo salvar la vida, cuanto pagarías, por la segunda? La respuesta se acerca a 30 soles. ¿y por la tercera? Los alumnos responden 10 soles ¿y por la cuarta? Y allí si, pagarían solo 2 soles. Este ejercicio tan simple representa una de las reglas básicas de la economía, conocida como la Ley de la Utilidad Marginal Decreciente que establece que el consumo de un bien proporciona menor utilidad adicional cuanto más se consume.

Todo lo expuesto precedentemente se explica única y exclusivamente porque existen 2 cosas: En primer lugar, las titularidades, pues nadie invertiría ni cuidaría mucho menos adquiriría algo respecto de lo cual no tiene certeza del titular; y, en segundo lugar, los contratos que constituyen el medio a través de los cuales se puede generar valor, como veremos oportunamente.

A partir de las cuatro dimensiones presentadas anteriormente, podemos deducir que la función principal de los derechos de propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos o dañinos del uso de los bienes. Constituye un mecanismo de internalización de las externalidades, esto es, que cada uno de los individuos va a tener en consideración y asumir los efectos que generan sus actos.

Luego de haber revisado la importancia de la existencia de las titularidades y, correlativamente los esfuerzos que deben provenir desde el sistema legal para procurar que estas se implementen con un amplio espectro y con robustez, conviene analizar qué condiciones debería cumplir un sistema legal de propiedad. El enfoque económico le reconoce tres condiciones esenciales:

- UNIVERSALIDAD: Todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo aquellos que sean tan abundantes que puedan ser consumidos ilimitadamente sin necesidad de excluir a los demás. La explicación ya la hemos hecho recurrentemente, los bienes que no tiene dueño tienden a la sobreexplotación y, consecuentemente a su extinción, es por eso por lo que el Derecho debe apuntar a masificar la asignación de titularidades.
- EXCLUSIVIDAD: Se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del uso y consumo del bien. (oponibilidad “*erga omnes*” del Derecho). Como dijimos al inicio de este acápite, de todos los atributos inherentes a la propiedad, el método económico le otorga un mayor peso al derecho de excluir a otros del uso de un bien pues solo

así se genera valor mediante la internalización de la inversión y los frutos provenientes del trabajo.

- **TRANSFERIBILIDAD** Se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a sus usos más valiosos. Este atributo inherente a la propiedad hace posible la generación de valor y, con ello, el crecimiento de la riqueza en términos agregados. Quizás sea más fácil entender esto con un ejemplo. Imagínense que Carlos tiene un celular que valora como 100 y Juan tiene un reloj que valora como 120. Podríamos decir que, en este momento la sociedad tiene, en términos agregados una riqueza de 220. Pero ocurre que Carlos valora el reloj de Juan en 200 y Juan valora el celular de Carlos en 180. En ambos casos, tanto Carlos como Juan valoran más el bien del otro que el que es de su propiedad. Así las cosas, deciden intercambiarlos. Luego del intercambio Carlos está mejor, pues antes tenía un celular que valía 100 y ahora tiene un reloj que valora en 200. Y Juan también está mejor pues antes tenía un reloj que valoraba en 120 y ahora tiene un celular que valora en 180. Pero la sociedad también está mejor, pues antes tenía una riqueza de 220, y ahora tiene una riqueza de 380. Aquí no interesa si Carlos tiene una ganancia marginal mayor que la que Juan, sino el hecho que hemos alcanzado una situación pareto-eficiente pues ambos han mejorado, nadie ha empeorado, y la sociedad también ahora tiene mayor riqueza. Nuevamente, esto es posible con titularidades bien definidas (Carlos sabe que el reloj es de Juan y Juan sabe que el celular es de Carlos) y porque tenemos un medio para el intercambio, que es lo que el Derecho llama contrato.

Así planteado un sistema de con derechos de propiedad claramente definidos logran la eficiencia de Pareto en un sistema de mercado, toda vez que la exclusividad y la transferibilidad aseguradas por éstos, generan incentivos sobre los propietarios al permitir mejores niveles de productividad para alcanzar una mayor ganancia.

Hasta ahora hemos hablado de la importancia de las titularidades, pero hemos perdido de vista que, definir las titularidades, como todo en la vida, tiene un costo. Siguiendo a Demsetz (1967), podemos decir la definición y atribución de derechos de propiedad no es gratis, sino que supone diversos costos:

- Costos de creación y protección de derechos de propiedad. Que comprende:
 - Costos de previsión legal y de dictar una regla jurídica
 - Costos de detección de violaciones de derechos
 - Costos de sanción a la invasión a los derechos ajenos.
- Costos de Transacción
- Costos de exclusión y provisión (Bienes públicos)

Demsetz señala que la propiedad se desarrolla cuando los beneficios de la internalización son mayores a los gastos de la internalización. Hay algunos casos en los que la definición de titularidades es relativamente simple. Un buen ejemplo es la regla legal respecto de la titularidad sobre los bienes muebles adoptada por la mayoría de los ordenamientos legales: la posesión. Así, se presume que el tenedor de un bien mueble es propietario de éste. Como toda presunción, el efecto inmediato es la inversión de la carga de la prueba en consecuencia si, por ejemplo, salgo a la calle, no tengo que portar las facturas o comprobantes que acrediten mi propiedad sobre las prendas que llevo puestas, pues la ley asume que por el hecho de tenerlas, son mía. Esta presunción es *iuris tantum* esto es que, quien se sienta con el derecho a reclamar la propiedad sobre alguna prenda que llevo puesta, deberá probarlo. Estamos aquí ante una regla simple, contrariamente a lo que ocurre con los bienes inmuebles, sobre lo cual hemos abundado en el Capítulo anterior. Por razones de extensión, toda vez que el sentido de la presente tesis es demostrar la transversalidad del método económico en el estudio del Derecho pero no hacer todo el enfoque económico del Derecho, no podemos profundizar en

otras formas de definir titularidades, lo cual dependerá, entre otros factores de la naturaleza de los bienes, sean estos únicos o estandarizados; la complejidad de los derechos; la oportunidad del intercambio, esto es, si es inmediato o diferido; los costos de monitoreo; entre otras tantas variables. Planteo solo el problema, a modo de ejemplo, de algunos casos en donde es especialmente difícil definir titularidades: los fondos marinos, los tesoros, las especies animales salvajes. Probablemente, deberíamos conducirnos bajo una regla general -si es posible construirla- y es que la propiedad se desarrolla cuando los beneficios de la internalización son mayores a los gastos de la internalización. Ello explicaríamos por qué montamos todo un sistema de registros para definir titularidades de inmuebles y algunos muebles como vehículos automotores, y no se nos ocurre hacer un registro, por ejemplo, de lapiceros, por cuanto los costos de definición de titularidades superarían el valor mismo de los bienes.

Sin embargo y, como referíamos en párrafos anteriores, el sistema legal también contempla reglas de inalienabilidad. Es decir, prohibiciones de carácter absoluto para poder transferir determinadas titularidades. En este caso, más que en muchos otros, el Derecho no encuentra una explicación a partir de sus propia dogmática; lo he podido comprobar personalmente cuando les pregunto a los alumnos el porqué de una prohibición, no tiene respuestas o recurren a artificios de orden moral o “porque la ley lo dice” los cuales ciertamente son incompletos. Sin embargo estas prohibiciones pueden ser analizadas a la luz del enfoque económico y siguiendo conceptos del Teorema de Coase y los costos de transacción. Veamos algunos ejemplos que, pueden sonar descabellados, pero que al igual que todo, exigen una explicación racional respecto de su pertinencia:

- Control de la oferta del recurso. (Se prohíbe la oferta para evitar efectos negativos en la sociedad) Ello explica por qué, por ejemplo, no se pueden vender bebés. Seguramente todos recurrirían a argumentos religiosos y constitucionales para negar esta posibilidad, pero es importante saber que también detrás de esta prohibición hay una racionalidad económica. Insisto el enfoque económico no niega otros

enfoques, lo que hace es procurar un enfoque adicional para tener mejores normas y cumplir la finalidad del Derecho.

- Asimetrías de información (*the market of de Lemons*) Selección adversa: carrera hacia abajo en perjuicio de la calidad. Esta ha sido tradicionalmente la justificación para prohibir, por ejemplo la venta de órganos. Pero ¿tiene sentido que la ley lo prohíba? Este tema es apasionante y daría lugar por sí solo a una tesis. A modo de cuestión previa deberíamos partir del hecho que, pese a que existe la prohibición en la Ley, ésta no se cumple y, por ejemplo, es frecuente ver en los alrededores de los hospitales gente dispuesta a vender sangre, lo que en Economía llamamos mercados negros (donde no hay información certera y, en tanto son clandestinos, los costos de transacción están por encima de los que supondría un mercado legal o regulado). ¿Por qué no se puede vender sangre u otros órganos? La respuesta inmediata es que lo prohíbe la Ley General de Salud. Pero ¿tiene sentido la prohibición? El espíritu de la norma es dejar librado al altruismo la provisión de órganos, pero tenemos un problema muy grande, de una demanda insatisfecha que se traduce en miles de personas que mueren o están internadas porque no llega una donación. Dicho, esto ¿tiene sentido prohibirlo? La respuesta claramente es no. Probablemente el mercado requerirá de una normatividad para garantizar la salubridad y la salud del donante y el trasplantado, pero eso no justifica en modo alguna la prohibición. Ante este tema a todas luces provocador y sensible, he encontrado dos tipos de cuestionamientos que, al desbrozarlos, el método económico coadyuva a desestimarlos por completo. El primero es que si se permitiera la venta de órganos, solo los “ricos” se salvarían y los “pobres” se morirían: Ello es absurdo; es como decir hay que prohibir que algunos que pueden comer lo hagan, porque hay algunos que no tienen qué comer. El hecho que algunos puedan acceder económicamente a un órgano, por el contrario reducen la demanda de quienes esperan la donación de un órgano y que no va a verse reducida por la propia naturaleza del altruismo en su acepción

económica¹¹. Pero más hilarante aún es el argumento -que lo he escuchado infinidad de veces- según el cual si se permitiera la venta de órganos, se incrementaría el número de secuestros para “robarle” los órganos a la gente. Esto no tiene ningún sentido; retirar un órgano para un trasplante es un proceso de altísima sofisticación clínica y no puede compararse ni por asomo a robar una billetera como se quiere equiparar con tan torpe argumento.

- Evitar concentración de poder en ricos o “captura por el erario”. Este es el caso de la venta de votos. Las leyes universalmente los prohíben pues obviamente se fueran susceptibles de venta, el poder lo tendrían solo quienes pueden comprar más votos y, como efecto indirecto es que existirían incentivos tendientes a “recuperar la inversión” a través de actos de corrupción. No obstante, el ingenio en algunas localidades y la tecnología ha permitido algunas formas larvadas de venta de votos (conozco de un caso de una localidad muy pequeñas pero con altos ingresos provenientes de las actividades turísticas de la zona donde un candidato pagaba una suma de dinero a quienes le tomaban una foto a su voto con el celular al momento de emitirlo).
- Consideraciones distributivas. Es el caso de muchos derechos laborales que por su naturaleza no son susceptibles de ser negociados, como por ejemplo el sueldo mínimo, la compensación por tiempo de servicios y algunos otros. La pregunta es ¿por qué? La respuesta mayoritaria estriba en el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y la desigualdad entre el empleador y el trabajador. Eso, desde la perspectiva económica, no es necesariamente cierto, pero siendo un tema que corresponde a toda una rama del Derecho, lo analizaré más adelante, con el riesgo de encontrar mucha resistencia de mis amigos laboristas.

¹¹ El altruismo es una forma de ayudar en base a la empatía con los más necesitados. Más técnicamente el altruismo puede ser definido como el acto de incorporar la función de utilidad de otro a la propia función de utilidad. Así, cuando una persona le da a un mendigo una moneda, podría decirse que está teniendo una pérdida, pero no es así, porque quien realiza un acto de caridad lo hace porque el incremento marginal del bienestar de la otra persona incrementa su propio bienestar.

De la misma forma, el Derecho en algunos casos no impide la transferencia sino que impone restricciones que pueden ser explicadas a la luz del Análisis Económico del Derecho y siguiendo conceptos del Teorema de Coase y los costos de transacción:

- Reglamentos de construcción
- Reglamentos que regulan la tranquilidad pública.
- Conservación de monumentos históricos.
- Regulación de procesos de zonificación urbana
- Conservación de bosques, ríos y otros bienes protegidos por razones ecológicas.
- Ocupación de predios para brindar servicios públicos.
- Prohibición de la especulación, acaparamiento, abuso de poder económico.

En la mayoría de los casos, sino en todos, el problema estriba en los altos costos de transacción que hacen oportuna una intervención del Estado que minimice los costos sociales comparativamente con los costos individuales. Tomemos tan solo un caso, para no extenderse demasiado en este punto: las ciudades tienen reglamentos de construcción y la justificación no es “porque la ley lo dice” sino porque los costos de transacción son elevados y de no existir una regla legal, quien pretenda construir, debería conciliar criterios o, mejor dicho “negociar” con todos los miembros de la sociedad, siendo así que es preferible que el Estado “replique” las condiciones del mercado vale decir, conceder la titularidad a quien se le hubiera asignado en un acuerdo voluntario de haber sido posible (esto es, a quien más lo valora) o minimizando el costo social que pudiera traducirse en externalidades negativas.

Una mención final merece la prohibición de la especulación. Este tema ha tomado relevancia en los últimos tiempos de pandemia mundial. Algunos sugieren que, ante el incremento de precios (consecuencia de una mayor demanda de un bien escaso) el Estado intervenga con un control de precios. La receta suena muy bien, pero es un despropósito total desde el punto de vista económico. Todo control de precios, lejos de proteger a los más pobres los perjudica, toda vez que contrae aún más la oferta (los fabricantes no están dispuestos a producir al precio regulado por ley) y los únicos que podrán acceder al suministro de dichos bienes son aquellos que puedan adquirirlos a un mayor precio en mercados paralelos. Lo antedicho es tautológico, pero muchos insisten en tan disparatada idea. Sin embargo la especulación es una señal que el mercado está presentando una falla y allí sí, el mercado si puede coadyuvar a que los mercados funcionen mejor, sancionando a los especuladores, toda vez que nos encontramos ante una escasez artificial originada por un comportamiento desleal de una de las fuerzas del mercado.

Hasta aquí una brevísima reseña de las bondades del método económico para explicar por qué y para qué sirven las titularidades. Hay mucho más que decir sobre los modos de adquirir la propiedad, la copropiedad y tantos otros temas que pueden ser objeto de un estudio más extenso.

3.1.2. Los contratos

Hace algún tiempo participé en un evento académico sobre Derecho de Contratos, donde un connotado civilista afirmó que la eficiencia no era un valor del contrato y que, en todo caso, debería privilegiarse otras consideraciones con relación a su naturaleza. Dicho comentario fue como respuesta a una referencia que hice respecto a la importancia de considerar la eficiencia en los contratos como un eje determinante en la construcción del acuerdo y, principalmente, para cumplir con dos finalidades, a saber, apuntar hacia el incremento del bienestar general y, correlativamente, generar incentivos para el cumplimiento entre las partes involucradas, lo cual solo es posible si las

partes han negociado e internalizado adecuadamente el contrato logrando a través de ello “legitimar” su cumplimiento y robustecer su obligatoriedad.

No pretendo ni por asomo desarrollar toda la dimensión económica del Derecho de Contratos en este Capítulo sino simplemente deslizar algunas ideas elementales de la perspectiva del enfoque económico como herramienta que nos permita evidenciar la trascendencia de la eficiencia en la finalidad y estructura misma de los contratos, todo lo cual va a tener una incidencia directa en su cumplimiento por las partes.

El contrato es un medio a través del cual se promueve y se instrumenta la cooperación, lo cual nos lleva a incrementar el bienestar de las partes involucradas. Como singularmente condensan Salvador Coderch y Gomez Pomar refiriéndose a la perspectiva de Shavell (2004), los seres humanos contratan para mejorar su situación de partida, en especial cuando factores temporales o relaciones de alguna duración son relevantes. Por medio de los contratos, los individuos y las empresas obtienen bienes y servicios que valoran más que su precio; reajustan situaciones de riesgo que les afectan; cruzan apuestas sobre el futuro valor de activos; alteran el curso temporal de pautas de consumo o de inversión; expresan su altruismo al incrementar la situación de bienestar de otros. En todos los casos, sin excepción, persiguen –otra cosa es que a posteriori lo consigan- incrementar su situación inicial de bienestar. Esto ni por asomo está en la definición de contrato que hace el famoso artículo 1351° del Código Civil. Desde el método económico, el contrato determina la conducta futura de los contratantes sobre la base de una precisión explícita o implícita de una serie de circunstancias.

Por cierto que existen otras motivaciones económicas que explican el contrato: Desde las épocas de Adam Smith sabemos que la división en el trabajo justificaba la existencia de los contratos para efectuar el intercambio de los bienes y servicios para la atención de las necesidades. Y más modernamente está consolidada la idea según la cual los contratos constituyen el medio a través del cual se hace posible que los bienes lleguen a manos de quienes le atribuyen usos más valiosos -tema explicado *in extenso* en el Capítulo

anterior-, con lo cual se alcanza el mismo resultado pareto-eficiente en términos de bienestar (Cooter R. y T. Ulen 2012). No obstante, quisiera detenerme en esta ocasión a la cooperación como fundamento esencial del contrato y al rol que le ocupa al Derecho de Contratos en este contexto, cuestión que siendo probablemente la más importante, el Derecho no encuentra respuestas dentro de sí mismo.

Hablar de cooperación en términos económicos no es fácil y mucho menos lo es en términos jurídicos. Hablar de cooperación en Derecho, en tanto no es susceptible de abordarlo positivamente o delimitarlo objetivamente, optamos por desdeñarlo como un valor que, sin embargo y desde mi perspectiva particular, es el eje que sustenta la obligatoriedad y la naturaleza misma de los contratos. Por cierto que, desde la Teoría de los Juegos podemos marcar un importante parámetro para discernir entre los juegos no cooperativos o de “suma cero” donde las partes se mueven motivadas por la maximización de su utilidad individual a costa de la pérdida del otro, y los juegos cooperativos en los cuales dos o más jugadores no compiten, sino más bien se esfuerzan por maximizar la utilidad colectiva y, correlativamente, conseguir el mismo objetivo, cual es el de la generación de valor. En este último caso, vemos que las partes a través de la solución cooperativa alcanzan una solución paretianamente eficiente e internamente tienen incentivos para cumplir con el acuerdo alcanzado, lo cual se expresa en la estabilidad del contrato. Así las cosas y, como refieren Cooter y Ulen (2012), el contrato se erige como el vehículo que nos permite transitar de un modelo no cooperativo hacia un modelo cooperativo. Mas aún, Mackaay (2013) afirma que los contratos sirven para disminuir los riesgos de “accidentes” contractuales cuya traducción en el método económica se expresa en comportamientos oportunistas.

La cooperación es un concepto que está íntimamente ligado a la confianza, lo cual plantea una serie de reflexiones de fondo: El diccionario establece que “confiar” significa, en el orden individual, guardar la esperanza de que se conseguirá lo que se desea, y en el orden de las relaciones humanas, depositar en otro o en otros, la buena fe de que actuarán como uno lo espera. La confianza depende de un conjunto de variables de distinta naturaleza que

tienen que hacer con aspectos temporales, antropológicos, culturales y, por cierto, legales. Francis Fukuyama (1998) define la confianza como la expectativa que surge en una comunidad con un comportamiento ordenado, honrado y de cooperación, basándose en normas compartidas por todos los miembros que la integran. Estas normas pueden referirse a cuestiones de “valor” profundo, como la naturaleza de Dios o la justicia, pero engloban también las normas deontológicas como las profesionales y códigos de comportamiento. En el ámbito de los contratos, la confianza incide directamente en el cumplimiento, asumiendo este como un “valor esperado” constituido por el valor del cumplimiento, sometido a la variable aleatoria de la probabilidad de dicho cumplimiento.

Ahora bien, tanto la generación de confianza como la carencia de ésta, representa un costo en las transacciones, cuyo mayor o menor valor depende de la sanción social, legal o ética que, según el caso, esté prevista ante la traición o defraudación de ésta. La exigencia de formalidades, la extensión de los contratos, los plazos de negociación, la dilación burocrática, el rigor de la prueba, la debilidad de la declaración, son evidencias del mayor costo que representa la carencia de confianza, lo cual tiene un correlato cierto e impacto determinante en los costos de transacción. Si ello lo ponderamos en términos agregados por todas las transacciones que ordinariamente realizan las empresas y personas en sus operaciones comerciales, el costo de la desconfianza crece exponencialmente, particularmente en sociedades como las nuestras donde no está arraigada la cultura del cumplimiento y la sanción moral al infractor de las reglas, cualquiera sea su naturaleza convencional o legal a veces hasta se invierte, premiando al “vivo” en vez de castigarlo. Por cierto que, como veremos más adelante, al Derecho de Contratos le ocupa un rol protagónico en generar las condiciones para construir la confianza, indispensable para la generación de la cooperación.

Ante este escenario, resulta imperativo promover la generación de la confianza entre las partes, al momento de negociar, de modo tal de procurar la cooperación que, aun cuando a primera mano puede suponer un contenido abstracto, en el marco de la negociación puede tener muchas manifestaciones

concretas, bien sea a través de la transparencia en la información, división de las tareas en el proceso negociador, generación de coaliciones con relación a terceros, entre otras valiosas expresiones.

Contrariamente a lo obvio, la confianza tradicionalmente no tiene espacio en la dogmática del Derecho, pero sí tiene implicancias trascendentales en el método económico.

El enfoque económico ha centrado su atención en aquellos contratos cuya ejecución es diferida, esto es, que no se agota en un evento no simultáneo o a través de su ejecución instantánea, sino que el cumplimiento se verificará en un momento posterior. Ello se explica en el hecho que, en los casos de contratos de ejecución continuada o diferida, teóricamente las partes deberían contemplar todas las contingencias futuras que pudieran verificarse en la ejecución, a fin de prever las consecuencias o provisiones que se adoptarán en cada caso. No obstante, contemplar todas las situaciones futuras que pudieran verificarse en la ejecución de un contrato es prácticamente imposible, bien sea porque no cuentan con toda la información para hacerlo o, en muchos casos, esta información no es verificable y, en última instancia, porque ello representaría un altísimo costo. A todo ello puede agregarse lo dicho por Simon (1947), en cuanto a la racionalidad acotada de los individuos. Surge así la noción paradigmática del “contrato completo” que constituye a un modelo teórico construido a partir del razonamiento económico, que hace referencia a aquél contrato que prevé todas las situaciones futuras que pueden presentarse en la ejecución del contrato. No existe pues, el contrato completo, bien porque los costos de transacción nos desbordarían, bien porque no contamos con toda la información disponible, bien porque tenemos sesgos cognitivos. Por oposición, concluiremos que inexorablemente, celebramos siempre “contratos incompletos” razón por la cual debemos recurrir a algún mecanismo para “completar contratos incompletos” siendo el Derecho de Contratos la herramienta por excelencia para alcanzar dicha finalidad, más no la única, si apreciamos que, por ejemplo, a través de la renegociación o la delegación – incluyendo en ello el arbitraje, la mediación o la autoridad- las partes pueden igualmente resolver el curso de acción a seguirse ante un evento imprevisto

contractualmente y con ello “completar” el contrato incompleto. Dicho esto, El Derecho contractual puede ser tal que aumenta o disminuya los costos de transacción. El modelo regulatorio contractual afecta e interfiere en el funcionamiento del mercado porque diseña los incentivos de las partes.

Entonces, el Derecho de Contratos debe :

- Ofrecer un marco regulatorio seguro;
- Minimizar problemas de comunicación;
- Salvaguardar los activos de cada agente;
- Crear instrumentos contra el oportunismo;
- Generar mecanismos de resarcimiento/distribución de riesgos.

En este orden de ideas, podríamos determinar preliminarmente que, a los efectos de alcanzar la finalidad del contrato conforme lo hemos reseñado sintéticamente en párrafos anteriores, deberíamos procurar que las partes estén en capacidad y tengan la voluntad de discernir convenientemente respecto del contenido del contrato a los efectos de discriminar “lo probable de lo posible” y, consecuentemente, contemplar adecuada y específicamente las situaciones que, razonablemente, pueden ser previstas al momento de contratar. Subsidiariamente, será conveniente revisar cual debería ser el rol del Derecho de Contratos en este contexto. Todo ello, sin embargo, no se explica sin una estructura cooperativa. Ahora tenemos siempre que pensar el Derecho efectivo (*Law in action*) y no el Derecho de los códigos (*Law on the books*)

En este extremo, el elemento determinante consiste en entender que la eficiencia en un contrato consiste, por una parte, en garantizar su estabilidad en la ejecución en el tiempo; en otras palabras, La eficiencia en un contrato consiste en garantizar su estabilidad en la ejecución en el tiempo; en otras

palabras, un buen contrato es aquél que lleva en su esencia los incentivos para su cumplimiento por las partes y ello solo es posible a través de la adecuada definición del alcance de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y las consecuencias derivadas del incumplimiento, maximizando la utilidad en términos agregados y generando valor. El criterio de Pareto antes revisado nos ayuda a entender por qué virtualmente todos los sistemas contractuales del mundo se basan en el principio de autonomía privada según el cual las promesas empeñadas en contratos deben respetarse y cumplirse cuando estas son formuladas por individuos capaces, informados y que actúan libres de coacción. Si dos personas celebran un contrato, se presume que ambas mejoran. Y nadie empeora. Se cumple la condición Paretiana. Por eso los contratos son dignos de protección.

Muchos abogados parten del fallido entendimiento que redactar un buen contrato consiste en otorgar ciega y sistemáticamente todas las prerrogativas y derechos a una sola de las partes, en detrimento de la otra: cláusulas penales desbordadas (sin ninguna contemplación al sentido real de esta prevención contractual), mecanismos de resolución automática y unilateral por cualquier cosa y demás blindajes hacen que el abogado se ufane de haber negociado un “supercontrato” favorable íntegramente a los intereses de su patrocinado. Nos encontramos ante una asimetría entre las partes que afecta la estabilidad misma del contrato. El incentivo generado es perverso: ninguna de las partes tendrá interés de continuar con el contrato, ni la parte beneficiada pues estará atenta a cualquier desliz de la otra parte para privilegiar la salida del contrato a través de los remedios contractuales previstos que le resultan ampliamente ventajosos, o por el lado de la parte débil, la cual tendrá naturales intereses para buscar la forma de excluirse o invalidar el contrato por resultarle abiertamente oneroso. Lejos de propiciar la cooperación, inducimos al conflicto. Y muchas veces una norma mal planteada o diseñada con omisión a esta variable, nos conduce a ello.

Quiero llamar la atención en cuanto a que dicha estabilidad no está referida necesariamente a la equivalencia de las prestaciones¹² –concepto por demás controvertido y opinable- pues de hecho existen contratos como los que contemplan transferencia de conocimiento u otros análogos, en los cuales existe claramente una asimetría de partida y cuyas estipulaciones - abiertamente favorables a una de las partes- encuentran plena justificación en el contexto del intercambio y dados los riesgos asociados al incumplimiento. Me refiero principalmente a la ventaja irracional e injustificada, a aquella que es sometida a un esquema de maximización puramente individual, incompatible con un modelo cooperativo. En estos casos, una pretensión desproporcionada e irracional debilita la confianza y reduce los espacios de cooperación, pues trasluce el interés de una de las partes de obtener una ventaja que vulnera el marco de buena fe dentro del cual se debería conducir la negociación. Por lo demás, es por todos conocida aquella frase que dice que construir la confianza puede demandar mucho tiempo, pero destruirla tan solo un segundo, la cual puede ser replicada exactamente en el contexto del tema que nos ocupa.

Otros abogados piensan que una buena estrategia de negociación es partir de un monto exorbitante y desproporcionado y proponer un primer proyecto de contrato totalmente asimétrico como hipótesis de partida, para luego “bajarse” conforme lo pueda empujar a ello su contraparte. De hecho, esta es una técnica de negociación no cooperativa muy recurrente denominada *anchoring* o anclaje y que se sustenta en la premisa que puntos de partidas diferentes conducen a estimaciones diferentes que están sesgadas hacia los valores iniciales. En otras palabras, si determino un valor inicial muy alto, es probable que el punto de acuerdo sea próximo a mi expectativa inicial. Aun cuando el efecto de “anclar” una negociación es una estrategia significativa en toda negociación – incluso marginalmente en negociaciones cooperativas- tengo serias dudas

¹² El Derecho habla de “contratos sinalagmáticos” sin embargo ese concepto, ampliamente discutido. Es incorrecto e imposible. Nos explicamos, no hay forma material en que las prestaciones entre las partes sean equivalentes; si eso fuera así, sencillamente no habría contratos. Los contratos se celebran justamente porque las partes le asignan un valor distinto a las prestaciones. Así, si yo compro una torta a un pastelero en 100 soles es porque yo valoro más la torta que los 100 soles que tengo en mi bolsillo, de la misma forma que el pastelero valora más los 100 soles que yo tengo, que la torta que ha preparado, surge pues el intercambio y una solución pareto-eficiente. Debemos llamar la atención que el ejemplo dado es consistente con la teoría subjetiva del valor ampliamente desarrollada en Capítulos anteriores.

respecto de su eficacia como criterio general y, especialmente, cuando no se cuenta con parámetros objetivos que así lo justifiquen.

Considero que el anclaje debería funcionar sensiblemente en el ámbito de una negociación cooperativa pero solamente en términos cualitativos y no cuantitativos, pues puede afectar la confianza en la negociación y perturbar la generación de las vías de colaboración indispensables para alcanzar la eficiencia en el contrato según lo hemos definido en párrafos anteriores.

Dicho todo esto, deberíamos abordar finalmente el rol que le ocupa al Derecho de Contratos en el contexto antes descrito. Como bien señala Kornhauser (2004) la teoría económica pretende responder dos preguntas: ¿Qué promesas debe hacer cumplir la ley? Y ¿Qué sanción correspondería aplicar ante el incumplimiento? Y las respuestas ambas interrogantes se pueden subsumir en un principio: el Derecho contractual debe inducir al comportamiento eficiente.

El Derecho de Contratos tiene varias dimensiones desde la perspectiva económica y su incidencia afecta los mayores o menores costos de tracción a los que la partes pueden estar sometidos para alcanzar un acuerdo. Aún más, el Derecho de contrato debería propiciar un marco regulatorio seguro, reduciendo los problemas de información y comunicación entre las partes y disuadiendo el comportamiento oportunista. Este último extremo nos lleva a un tema de fondo que constituye uno de los aportes más significativos del Análisis Económico aplicado al Derecho de Contratos y que es el incumplimiento eficiente del contrato. A modo de cuestión previa, la sola referencia a un “incumplimiento eficiente” genera particular resistencia de los civilistas tradicionales que estiman que la sola mención de dicho postulado afecta sensiblemente la obligatoriedad de los contratos y abre un espacio para el aprovechamiento abusivo y la vulneración de la buena fe. Ello sin embargo no es sino fruto de una apreciación apresurada y sesgada, abiertamente influenciada por la sistemática resistencia a incorporar la perspectiva económica para entender mejor las instituciones del Derecho Civil.

Frente a un evento de incumplimiento, el Derecho de Contratos ha concebido dos tipos de remedios legales, a saber, el cumplimiento forzoso o la indemnización. Los sistemas jurídicos han optado por acogerse a alguno de ellos o, como en el caso del Código Civil peruano, ambas opciones pueden ejercerse alternativamente dentro de las condiciones que establece dicho cuerpo normativo. Ahora bien, económicamente, ambos remedios legales constituyen stricto sensu el precio que debe pagar el deudor de la obligación por incumplir el contrato y, por consiguiente, será tomado como referencia de su utilidad. No olvidemos que la dogmática del Derecho reconoce como uno de sus pilares el famoso aforismo *pacta sum servanda*, el cual sin embargo desde el punto de vista económico es rebatible.

Así las cosas y, si partimos de la idea central que el contrato tiende a buscar a través del intercambio una solución paretianamente eficiente, debemos concluir que el incumplimiento será más eficiente como remedio cuando los costos de cumplimiento excedan el beneficio para todas las partes involucradas. En otras palabras, si la parte afectada con el incumplimiento puede ser indemnizada adecuadamente a un costo menor de lo que demandaría cumplir forzosamente el contrato, será más eficiente incumplir el contrato, pues ello demandaría un costo mayor que el que las partes le atribuyen al valor mismo de la prestación debida. Posner (2013) acertadamente dice:

“... [E]n algunos casos una parte se vería tentada a incumplir el contrato simplemente porque el beneficio del incumplimiento excede el beneficio esperado de llevar a término el contrato. Si es que el beneficio del incumplimiento también excede el beneficio esperado que recibiría la contraparte frente a la culminación del contrato y si es que el resarcimiento se encuentra limitado a la pérdida del beneficio esperado, habrá un incentivo para incumplir. Debe ser así” (p.441)

Es deseable que en los contratos, las partes puedan haber previsto ex ante una cláusula penal como mecanismo sustitutivo de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, el mismo que las partes han procedido a valorar anticipadamente: Ello en razón a los costos y contingencias que implica

diferir su determinación ex post, con las consiguientes perturbaciones exógenas que pueden afectar el proceso de determinación de dichos daños en sede judicial o arbitral. Siendo así, la ejecución forzosa del contrato podría demandar un mayor costo que el que supondría aplicar la penalidad para restituir las condiciones “de partida” del contrato, esto es, el valor asignado al cumplimiento. Por tanto, será más eficiente aplicar la previsión anticipada de la indemnización antes que recurrir al mecanismo ciego de la ejecución forzosa, en tanto que desnaturaliza el sentido final del contrato.

Por cierto que el razonamiento esbozado precedentemente no es absoluto e inobjetable –hecho que es determinante al momento de discernir respecto del remedio más adecuado en cada caso concreto - pues deberá analizarse cada caso en particular e incidir en los efectos derivados del incumplimiento.

Ciertamente que el problema que surge a primera mano es que no siempre es posible determinar adecuadamente “el tamaño del daño” por la fuerte carga subjetiva que pueda contener en ciertos casos o las dificultades para expresarlo monetariamente y a un bajo costo los efectos del incumplimiento. Aún más, subyace en muchos casos un problema de información relacionado a costos no visibles ex ante, información imperfecta o racionalidad limitada que restringe las posibilidades de recopilar y procesar información, todo lo cual sin embargo, no afecta en absoluto el valor de incorporar esta variable dentro de las consideraciones para definir el remedio más adecuado frente al incumplimiento.

Queda así expuesto en modo muy sucinto el valor de la eficiencia en el contrato, muchas veces inadvertido o subestimado, pero con especial importancia para quienes cotidianamente nos encontramos, como abogados, en la tarea de estructurar contratos que cumplan la finalidad para la cual fueron concebidos, esto es, expresar lo que las partes querían al momento de contratar y que ello finalmente se concrete para el beneficio de éstas. Sin lugar a duda que la aplicación del método económico en esta materia es muchísimo más amplia y permite tener un enfoque crítico a instituciones y temas abordados en el Derecho Civil tradicional como la formalidad de los contratos,

la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación, las cláusulas penales, la tipificación contractual entre tantos otros casos.

3.1.3 El Derecho de Familia

Si bien no es un tópico que regularmente estudiamos en los cursos de Análisis Económico del Derecho -por razones de tiempo- las veces que me toca abordar este tema suelo hacer la advertencia que puedo “herir susceptibilidades” y estaré expuesto al escrutinio público que ante mi elocución, tendrá una actitud de rechazo casi instintivo. Sin embargo, personalmente considero que el enfoque económico enfocado al Derecho de Familia es probablemente el más provocador y original que hay y, para quienes abrazamos esta disciplina, con certeza, uno de los más apasionantes.

Quizás la dificultad más grande para comprender el enfoque aplicado al Derecho de Familia es que esta rama del Derecho tiene una fuerte carga moral y religiosa. Ello ha generado gran resistencia cuando por ejemplo, desde la perspectiva económica se equipara el matrimonio a un contrato, algo que para algunos profesores de Derecho de Familia sería poco menos que una blasfemia.

Es por ello por lo que, una vez más, debemos repetir que el enfoque económico no pretende erigirse en la verdad absoluta, sino simplemente ofrecer un punto de vista adicional para entender mejor el Derecho.

Históricamente, la Economía no se había ocupado de la familia, hasta la irrupción del gran trabajo del Premio Nobel Gary Becker que en su famoso “A Treatise on the Familia” (1981) en el que continúa con la aplicación del método económico para situaciones de no mercado, como ya lo había hecho en otros campos. Así, a modo de introducción, Becker imagine a cada familia como una especie de pequeña fábrica: una unidad de varias personas que produce comidas, salud, habilidades, hijos y autoestima a partir de los productos del mercado y el tiempo, las habilidades y el conocimiento de sus miembros. Este es solo uno de los conceptos notables explorados por Gary Becker en su

trabajo histórico sobre la familia. Becker aplica la teoría económica a las decisiones personales más sensibles y fatídicas, como elegir un cónyuge o tener hijos. Utiliza los supuestos económicos básicos de maximizar el comportamiento, las preferencias estables, los equilibrios áridos en mercados explícitos o implícitos para analizar la asignación de tiempo al cuidado infantil, así como a las carreras, al matrimonio y el divorcio en sociedades polígamas y monógamas, al aumento y disminución de la riqueza de una generación a otra. La consideración de la familia desde esta perspectiva tiene profundas implicaciones teóricas y prácticas. Por ejemplo, el análisis de Becker del apareamiento se puede utilizar para estudiar los procesos de correspondencia en general. Becker extiende las poderosas herramientas del enfoque económico a problemas que alguna vez se consideraron la provincia del sociólogo, el antropólogo y el historiador, pero jamás de un abogado.

Por cierto que no pretendemos en este trabajo analizar todas las aristas que Becker exploró en tan magnífico trabajo, sino poner en evidencia algunas cuestiones tradicionales que pueden ser complementadas a través del uso del método económico.

Nuestro Código Civil tiene en su capítulo relativo al Derecho de Familia y, puntualmente, al matrimonio, una fuerte carga religiosa, análoga al sacramento católico. Así se concibe el matrimonio como una institución entre un hombre y una mujer, donde están presentes en forma dominante valores como la asistencia, la vida en común y la fidelidad. La propia definición del matrimonio, como de sus deberes principales no incorporan el elemento patrimonial, por lo que existe una dura resistencia para entenderlo como un contrato, a pesar de que el concepto de familia nuclear ha evolucionado en el tiempo a través de las diversas variantes propias de lo que se denominan familias ensambladas o, inclusive, familias monoparentales, por no referirnos a familias homoparentales, -cuya discusión está abierta actualmente-, o de familias pluriparentales. Es más la evidencia empírica revela que la noción de matrimonio aparece dissociada del concepto de matrimonio como elemento constitutivo y cada vez más son recurrentes las uniones de hecho (en sus diversas manifestaciones, al punto que el Estado le ha dado un tratamiento

cuasi-análogo al matrimonio, con las externalidades y efectos perversos que eventualmente podría contener.

Pero aún más, los valores bajo los cuales el Código Civil define el matrimonio, se chocan frente a una realidad en la cual, por ejemplo, puede advertirse evidencias empíricas de distinta naturaleza, toda vez que, la familia económicamente vista, es una fuente productora de recursos de distinta naturaleza y a su vez también interviene en el mercado en el proceso de asignación de bienes lo cual es consistente con la idea de la Economía misma. Sin embargo, antes de pasar a delinear algunas cuestiones relacionadas al emparejamiento y la familia así como sus relaciones internas, conviene revisar un concepto clave, elemental en la economía, cual es el de “función de utilidad”. Una función de utilidad no es otra cosa que una medida del nivel de satisfacción que le otorga a una persona el consumo de un determinado conjunto de bienes, entendido esto en su más amplia acepción. No indican un número o cantidad exacta, sino un nivel u orden de preferencias las que se caracterizan a su vez por ser continuas, transitivas y no saturables (o insaciables). Todo esto se representa mediante el uso de curvas de indiferencia todas las cuales muestran las distintas cestas de consumo que nos proporcionan el mismo nivel de satisfacción. Este concepto se colige con la restricción presupuestaria que es la cantidad de recursos u oportunidades que posee un individuo. La restricción presupuestaria puede variar bien sea porque mi ingreso sube o porque los precios bajan. Estas dos curvas se coligen de modo tal que la elección óptima será aquella en el punto en el que la curva de indiferencia es tangente a la de restricción presupuestaria, pues será allí donde estamos maximizando nuestro bienestar. Aun cuando resulte algo densa esta parte del método económico servirá para explicar muchas cosas de la Economía de la familia.

Becker utiliza la función de utilidad para explicar muchas cosas relacionadas con la familia, pues incorpora además de la mercancías que el mercado produce, otros bienes que se producen al interior de la familia como los hijos, el prestigio, la estima personal, el altruismo y, en general un conjunto de bienes que no pueden ser adquiridos en el mercado, pero que son producidos en los hogares. Así, los hogares se convierten en una suerte de “fábricas” que

proveen cierto tipo de bienes que el mercado no produce. A partir de ello podemos iniciar el estudio de la materia desde su origen, a saber el emparejamiento, la decisión de casarse y la provisión de hijos, la división en el trabajo, pero, sobre todo, como va evolucionando esta institución.

Para muchos el emparejamiento entre dos personas (tema en el cual la Biología ha apoyado sustantivamente muchos parámetros de la Economía pero que no utilizaré en esta tesis) es una cuestión casi casual. Sin embargo detrás de ello hay una explicación económica. En efecto, cuando conocemos a una persona y nos sentimos bien al lado de ella y, a su vez sentimos la necesidad de retribuir ello -léase, el enamoramiento- nuestra función de utilidad viene siendo modificada tanto, por el hecho de incorporar a la compañía de la pareja como un recurso que nos otorga un cierto nivel de bienestar -de allí el interés de estar con la pareja- pero también incorporamos la función de utilidad de la otra persona, a nuestra propia función de utilidad. Dicho en pocas palabras, me hace feliz el hecho que mi pareja sea feliz. Pero este proceso de enamoramiento que bien podría representarse a través de una curva creciente -en la medida que vamos conociendo a nuestra pareja) de lo cual se deduce que el enamoramiento es, a su vez, un medio de obtención de información¹³- a la que le es aplicable la Ley de la Utilidad Marginal Decreciente que explicamos en párrafos anteriores. Siendo así, la curva puede llegar a un punto de meseta, donde el beneficio marginal es nulo y es probable la ruptura, o, alternativamente se emprende un rumbo distinto que tiene que hacer con la decisión de casarse.

Mas allá del sacramento -visto desde la perspectiva religiosa- o de una fuente generadora de derechos y deberes -a la luz del Derecho- el matrimonio encuentra su explicación económica en la división en el trabajo y la especialización con el propósito de alcanzar una correcta asignación de recursos. Los esposos dividen tareas en base a sus propias capacidades o aptitudes y donde tradicionalmente el marido era el llamado a encargarse de

¹³ Aun cuando el enamoramiento es, en sustancia un proceso de obtención de información, esta no es, en un principio, necesariamente confiable, pues las personas naturalmente no suelen revelar sus defectos sino solamente mostrar el lado agradable de su personalidad en un principio, lo cual es consistente con el comportamiento maximizador y racional del individuo visto desde una perspectiva axiomática.

trabajar y conseguir el dinero para el sostenimiento del hogar y la mujer tenía como rol encargarse de las tareas domésticas del hogar y el cuidado de los hijos. Aun cuando ese modelo tiene también fundamentos biológicos atendibles, lo cierto es que la modernidad y la tecnología ha reducido la brecha diferencial de las capacidades para el empleo entre hombre y mujer y hoy no es infrecuente ver que los cónyuges comparten las tareas domésticas y al mismo tiempo generan recursos para el sostenimiento del hogar.

Veámoslo de otra forma, normalmente los individuos tenemos el tiempo para dos cosas, ser productivos -es decir trabajar y ganar dinero- o dedicarnos al ocio. Podemos elegir una u otra opción, según valoremos más una u otra cosa. Esto ocurre mientras somos solteros y en lo único que pensamos probablemente es en la satisfacción de nuestras necesidades. Pero cuando introducimos al modelo la producción de los bienes que no son ni de producción ni de consumo, vale decir, el trabajo doméstico, el modelo se enriquece y entonces buscamos formas más eficientes de la división en el trabajo a través de la familia.

La prolongación de la especie ha sido una premisa que durante mucho tiempo fue recogida por la Economía, en base a consideraciones análogas de la Biología, que no parecen ser ahora dominantes. La decisión de tener hijos ha tenido influencias económicas a lo largo del tiempo de distinta naturaleza, desde la necesidad de poblar la tierra en épocas antiguas, preservar la casta generacional y hasta procurar bienes de capital (mano de obra) para el trabajo de la tierra. Lo cierto es que la decisión de tener hijos ha mutado en el tiempo, más aún con la irrupción de los métodos anticonceptivos y el desarrollo de las oportunidades para la mujer en un rol paritario al del hombre, hecho que ha permitido la planificación de los hijos o la postergación y hasta la negación de tenerlos, lo cual explica las tasas negativas de crecimiento demográfico de los países europeos, a modo de ejemplo. El fenómeno es complejo pues influye en estos tiempos la capacidad de acceder a estos métodos y hasta cuestiones de tipo cultural muy arraigadas que focaliza el crecimiento demográfico contradictoriamente en las zonas de más bajos recursos.

Ahora bien, tener un hijo importa la provisión de un bien al interior de una familia (esta afirmación muchos la consideran “deshumanizante” y es frecuentemente reprochada cuando me ha tocado mencionarla, sin advertir que estamos haciendo, aplicando una perspectiva de enfoque positivo axiomático inherente a la Economía y que no es más que un medio complementario para el entendimiento del tema) y ello puede tener distintas motivaciones. Lo que no queda duda es que el hecho de tener un hijo importa una inversión de recursos que está en directa correspondencia con lo que nosotros proyectamos en nuestro hijo, función que está relacionada a su vez en un conjunto de elementos que está relacionados con nuestra propia función de utilidad. Esto tiene especial relevancia en cuanto hace al diseño de políticas públicas y el crecimiento demográfico. Ejemplos hay en abundancia. Como hemos comentado antes, en Europa, por ejemplo, la tasa demográfica es negativa, esto es que, más es la gente que muere que la que nace y su explicación está entre otras cosas en el interés de las personas de privilegiar el desarrollo personal que en hacer crecer la prole. Por el contrario, en países subdesarrollados las tasas demográficas tienden a dispararse. Viendo en fenómeno a nivel nacional, el crecimiento demográfico de la costa peruana, es significativamente menor que el de la sierra o selva. Una explicación está también asociada al costo marginal de tener un hijo. Lo describiré con una anécdota: hace algún tiempo me encontré con un ex trabajador de condición humilde que acababa de nacer su cuarta hija; luego de felicitarlo, le expresé mi suposición que con cuatro hijas, no se animaría a tener más hijos pero fue sorprendente la respuesta que recibí “*¡de ninguna manera Maestro! Tenemos que seguir buscando al varoncito*”. Dios me ha bendecido con dos hijas, sin embargo, si me enterara que voy a tener un tercer hijo, probablemente me ocasione un síncope. Y esto obedece al hecho que yo internalizo íntegramente el costo marginal de tener un hijo adicional que está directamente relacionado con lo que yo espero darles a mis hijos en términos de vivienda, salud, educación, alimentación y demás. Pero muchas veces una mala política pública pierde de vista la variable demográfica, y entonces entrega subsidios “ciegos” que, a la larga gatillan el crecimiento de la población. Si el Estado me pagara el parto, la educación, la salud, la alimentación (el famoso y perverso Vaso de leche) y hasta los útiles escolares el costo marginal de tener un hijo es mínimo

y si a ello asumiéramos que mis expectativas fueran modestas -dada mi restricción presupuestaria -no tengo incentivos para una paternidad responsable, pues no internalizo el costo marginal de tener un hijo más.

Los hijos pueden ser vistos, desde la perspectiva económica como bienes de capital o bienes de consumo. Esto que suena duro es objetivamente verificable, un bien de consumo es aquél cuya finalidad es la de satisfacer una necesidad, en este caso la maternidad que -históricamente, pero felizmente ahora cada vez menos- era visto como parte esencial de la condición misma de ser mujer. Entonces una mujer que no tenía hijos, era visto como una mujer “incompleta” o no realizada, siendo la maternidad una decisión libérrima. En otros casos, cuando tenemos hijos, procuramos dotarlos de los medios para que, en el futuro sean capaces de generar rentas; razones económicas y psicológicas apoyan esa inversión de recursos para proveerlos de la mejor formación de cara a que sean exitosos en su adultez, lo cual probablemente redundará también en la seguridad de los padres en su vejez.

La innovación y la ciencia ha tenido un impacto significativo en la decisión de tener hijos que plantean desafíos para el Derecho y que no pueden ser respondidos por esta disciplina aisladamente. La maternidad subrogada, o “el vientre de alquiler” (que, en el papel, está prohibido pero se practica en el Perú hace 25 años en las mejores clínicas del país) plantea desafíos desde el punto de vista del Derecho en sus distintas ramas, Personas, Contratos, Familia, Sucesiones, entre otras. Aún más, hoy la paternidad se ha desligado de la copula entre hombre y mujer y la fecundación en laboratorio con bancos de semen o el diferimiento premeditado a través del congelamiento de óvulos y la proliferación de familias monoparentales, proyecta un futuro especialmente prolífico en el estudio de nuevas figuras jurídicas que deberán estar asociadas al enfoque económico. La realidad desborda al Derecho y el Derecho de Familia es una de las ramas más sensibles. El reconocimiento y la regulación figuras de nuevas formas familiares y matrimoniales son cuestión de tiempo, partiendo siempre de la idea de fondo que las normas legales no pueden estar impregnadas de un contenido religioso en una sociedad que reconoce la libertad como uno de sus bastiones.

Cabe llamar la atención que, de la mano con la irrupción de distintos modelos de familia, según lo expresado en párrafos anteriores, el matrimonio como fuente generadora de derechos y deberes también ha pasado a un segundo plano con el reconocimiento progresivo de las uniones de hecho, al punto de equipararlas al matrimonio prácticamente en todos sus efectos. El argumento según los legisladores -como siempre- es defender a la parte débil que, en la mayoría de los casos son las mujeres. Lo paradójico es que los costos de transacción de la convivencia son mayores que los del matrimonio mismo (dicho en sencillo, casarse es más barato que formalizar una relación de convivencia) y ello genera efectos perversos. Resulta histriónico, cuando menos que, quiérase o no, se ha creado un nuevo estatus legal, pues cuando a una persona se le pregunta sobre si es soltera casada, viuda o divorciada, responde eufemísticamente “*tengo mi compromiso*” cuando, curiosamente es donde menos compromiso tienen las partes, pues pueden disolverlo unilateralmente sin costo alguno, por no mencionar que encuentro muchas veces a personas que tienen varios “compromisos” y que suena poco menos que a una broma. Lejos de proteger a la presunta parte débil, este ordenamiento ha conllevado consecuencias no pretendidas.

Hasta ahora he abordado distintos tópicos -muy sucintamente y en forma puramente demostrativa del método económico- relacionados con el matrimonio y la familia. Alguien se preguntará ¿y dónde queda el amor? Y eso me remite a una de las bases principales de la teoría económica relacionada a estos temas y es el altruismo. Como bien señala el gran profesor español Francisco Cabrillo (1996) el altruismo no es otra cosa que un sentimiento o norma de conducta que nos mueve a procurar el bien de otros. La traducción económica del amor es el altruismo. En virtud de ello y, como ya hemos señalado en párrafos precedentes, este altruismo se instrumenta mediante la incorporación de la función de utilidad de otra persona a la propia función de utilidad. Ello son embargo, tiene una serie de matices para lo cual es especialmente útil la Teoría de los Juegos. Si partimos de la idea que una relación de pareja es en esencia una interacción, claramente se puede extrapolar el enfoque de esta rama de la Economía Aplicada y las matemáticas

para entender el apareamiento. De hecho, en una relación de pareja los individuos se comportan estratégicamente¹⁴ y tienen comportamientos cooperativos, lo que significa que más que buscar un beneficio puramente egoísta, se pretende la maximización en términos globales. Todos sabemos que en Teoría de Juegos, un juego cooperativo es un juego en el cual dos o más jugadores no compiten, sino que colaboran para conseguir el mismo objetivo y por lo tanto ganan o pierden en conjunto. Sin embargo si auscultamos un poco más, veremos que la estructura de la relación de pareja en tanto juego cooperativo es, además, un juego iterado, lo que significa que se repite indefinidamente y en el cual la conducta anterior de una de las partes, condiciona de alguna forma la conducta de la otra. Siguiendo con este esbozo desde la Teoría de los Juegos, advertimos que el apareamiento es un juego con información imperfecta, pues nosotros no conocemos las posibles respuestas de la otra parte, a cada una de las distintas situaciones que se pueden presentar a lo largo de la convivencia de pareja. Esto es consistente, con el modelo paradigmático del “contrato incompleto” al que nos referíamos en el acápite anterior ¿qué contrato más incompleto que el contrato matrimonial? A modo de broma, muchas veces comento a mis alumnos que cuando me casé nunca nadie me dijo cuál de los cónyuges tendría el derecho sobre el control remoto del televisor del dormitorio. Entonces, como eso no estaba previsto ex ante, -pues como ya hemos señalado a pesar que el enamoramiento como la vida en común son, al mismo tiempo, procesos de obtención de información respecto de nuestra pareja es imposible acceder ni procesar toda la información por las razones detallada al momento de hablar de los problemas de información- debemos “completar el contrato incompleto” pero como el Derecho no dice nada al respecto (ni tiene por qué decirlo porque los costos de transacción son muy bajos) debemos optar por otra forma de completar el contrato, siendo esta la renegociación; pero visto que este contrato se caracteriza por el altruismo y la cooperación, alcanzaremos

¹⁴ No hay que asustarse con esta palabra. En Teoría de Juegos una estrategia no es otra cosa que un conjunto de actos simultáneos o sucesivos destinados a la obtención de un resultado. Llevado esto al matrimonio y en un entorno cooperativo, se busca maximizar el resultado y no la ventaja individual a costa de la otra parte.

probablemente un resultado que satisfaga a las partes, esto es, un resultado eficiente en términos agregados.

La explicación anterior sirve igual para entender las razones de la ruptura matrimonial, a saber, la imposibilidad de poder tener comportamientos cooperativos, bien sea por la obtención de mayor información que nos permita conocer mejor a nuestra pareja (recuerdo aquí el dicho de mi madre “¿conoces a tu pareja? Si. ¿has vivido con ella? No. Entonces no la conoces) y desanimarnos de ella, o la imposibilidad de alcanzar acuerdos que permitan la continuidad del contrato matrimonial.

No quisiera dejar de abordar un tema no menos provocador que es el de la infidelidad (uno de los deberes inherentes al matrimonio de los que habla el Código Civil) y que merece todo un tratamiento aparte. La infidelidad siempre duele. Siempre es algo negativo y que amenaza la continuidad de la relación y la estabilidad de la confianza en sí mismo del que se considera víctima. Pero aún más, tradicionalmente se ha entendido como un síntoma de que algo no va bien en la pareja o algo no va bien en alguno de los miembros de esta. Siempre es considerado como una deficiencia. “*Si tuvieras todo lo que necesitas en casa no hay ninguna razón de buscar en otro lugar*”. Siempre es signo de que algo falta. Trataremos de introducir nuevas perspectivas al respecto y desmitificar esa frase.

Cuando incorporamos herramientas económicas para explicar un determinado fenómeno, sin duda requerimos de cierta data para poder tener algunos puntos de partida que nos permitan definir magnitudes y encuadrar la metodología del análisis. Tratándose del tema que nos ocupa a saber, la infidelidad, tener data confiable y de alcances generales es obviamente complejo toda vez que en la mayoría de los casos quienes integran relaciones “formales” (término que utilizaremos recurrentemente para referirnos a una pareja pública y recíprocamente unida por un compromiso, bien sea casados, enamorados o novios) no exteriorizan si han sido infieles o no. Dicha opacidad en la información sugiere que los datos empíricos tiendan a ser más elevados de los

que se muestran a simple vista y, con ello, concluir que la infidelidad es mayor que lo que se dice o confiesa a nivel de laboratorio.

Otro aspecto tradicionalmente malentendido respecto de la infidelidad -y que incluso los escasos trabajos económicos sobre la materia reivindican- es que este fenómeno es casi privativo del género masculino, a saber, los hombres son los infieles. La explicación económica que se ha venido dando -y que hoy resulta a todas luces desfasada- es que las oportunidades para sostener relaciones “informales” (entiéndase como tales aquellas que constituyen propiamente la infidelidad) se sustentaban principalmente en el capital humano (la apariencia física y la productividad sexual) y el capital no humano (la riqueza económica y financiera). Hoy ese modelo no es sostenible en el tiempo actual como línea matriz para explicar la infidelidad. De hecho, la brecha entre la infidelidad masculina y la infidelidad femenina se ha acortado severamente y la tendencia es hacia su paridad. No obstante, la exposición a esa condición aún es distante, toda vez que consideraciones reputacionales diametralmente opuestas respecto de la veracidad ponen de manifiesto claramente la infidelidad masculina, contrariamente a la rigurosa discreción de la infidelidad femenina. En otras palabras, los hombres tienden a revelar que son infieles en sus entornos amicales -y hasta es visto con normalidad y merece aprobación del grupo social- mientras que las mujeres actúan con especial cuidado en no ser descubiertas pues ello traería un conjunto de reproches y hostilización del entorno. Es claro que estamos contextualizando esta diferenciación en sociedades conservadoras y con rasgos machistas como las latinoamericanas.

Un dato interesante que también conviene cuestionar de los trabajos teóricos de corte económico que abordan el tema de la infidelidad es que algunos afirman fallidamente las relaciones formales y las relaciones informales constituyen sustitutos perfectos. En microeconomía, un bien se considera un bien sustitutivo (o bien sustituto) de otro, en tanto uno de ellos puede ser consumido o usado en lugar del otro en alguno de sus posibles usos. Dicha "sustituibilidad" de uno de los bienes por otro siempre es una cuestión de grado, de tal suerte que un bien es un sustituto perfecto de otro, solamente si puede ser usado exactamente de la misma forma y con el mismo resultado y es

entonces es cuando un consumidor no tiene ningún incentivo para preferir un bien sobre el otro: Nada más lejano a lo que representa la infidelidad, cuando es justamente que existen motivaciones distintas en buscar una pareja alternativa o informal a la pareja formal, en razón al diferente grado de intereses o preferencias que subyacen en uno y otro caso. Dicho esto, la decisión de ser infiel dependerá de la función de utilidad respecto de lo cual volveremos más adelante.

Abona adicionalmente a favor del argumento antes expuesto un dato estadístico relevante y que es objetivamente verificable. Las parejas formales que terminan la relación como consecuencia de haber sido descubierta una infidelidad no desencadena que quien fue infiel (trátase del hombre o la mujer) reconstituya una relación formal con quien fuera la pareja informal que fue la causa de la separación. Dicho en otros términos, el infiel no formaliza con su pareja informal, una vez que ya está en condiciones de hacerlo al haber resuelto el vínculo formal que mantenía. Además de corroborar que no puede equipararse como sustitutos perfectos la relación formal con la informal, existen otros factores económicos asociados a la utilidad marginal decreciente que abordaremos más adelante.

Consideraciones adicionales que revelan las particularidades dinámicas del fenómeno de la infidelidad que ponen de manifiesto la obsolescencia de los patrones tradicionales que explicaban económicamente el fenómeno en base a una presunta dominancia masculina y un machismo arraigado y consentido socialmente, tiene que hacer con las preferencias y la composición de las parejas informales: los escasos datos estadísticos nos dicen que existe un significativo rango de edad entre los componentes de las parejas informales, a diferencia de las parejas formales que mayoritariamente se constituyen dentro de una misma franja etaria. De hecho, las parejas informales en su mayoría se componen entre hombres mayores y mujeres jóvenes y viceversa, a saber, mujeres mayores y hombres jóvenes. Este aspecto independientemente de consideraciones de distinta naturaleza -y con el único propósito de limitarnos al fenómeno económico detrás de la infidelidad- revela un cambio de preferencias e intereses que tienen las partes al momento de tomar la decisión

de ser infiel al tiempo de poner de manifiesto nuevamente un apartamiento de los patrones tradicionales que explicaban la infidelidad desde una perspectiva económica a la luz del enfoque desfasado ya expuesto. Motivaciones de índole distinta relacionadas con la renuencia al paso de los años y la “vigencia” en el mercado del emparejamiento (como atinadamente lo tipifica Becker), el interés en explorar una relación no convencional y la curiosidad, así como el reconocimiento de la trayectoria y la experiencia y hasta referencias hechas en el plano psicológico con connotaciones freudianas relacionadas a la ausencia paterna o materna y la necesidad de tener un referente o guía, cuestiones que, por cierto, pertenecen a otros ámbitos que no invadiremos por obvias razones. Frente a ello, la mayor probabilidad de desarrollar relaciones formales dentro del mismo plano etario se explica en la confluencia de las partes involucradas en un proyecto de largo plazo en un determinado momento, lo cual supone un crecimiento progresivo y de compatibilidad de intereses, metas y proyecciones, lo cual ya ha sido abordado en párrafos precedentes.

No deja de ser relevante el hecho de estimar el rol que la tecnología cumple en el contexto de la infidelidad y que revoluciona el enfoque completamente pues altera consistentemente los costos y modalidades que se derivan de este fenómeno. El efecto podríamos denominarlo bipolar: por un lado, la tecnología -por ejemplo, el uso de redes y teléfonos y dispositivos inteligentes-, ha incrementado ostensiblemente la probabilidad de detección de la infidelidad al punto que hoy es posible conocer en tiempo real que hace y donde está la pareja formal, lo cual en términos económicos incrementa los costos derivados de la infidelidad. Pero al mismo tiempo, las potencialidades de las nuevas tecnologías han permitido formas inéditas de infidelidad inclusive aquellas virtuales que, en términos comparativos con los métodos tradicionales, extiende el escenario de la infidelidad a contextos insospechados, al punto de hacernos reflexionar respecto de una redefinición de ésta.

Una premisa inicial básica para entender el modelo es el comportamiento maximizador del individuo racional. La racionalidad económica consiste en seleccionar entre diferentes alternativas siendo que esta selección o selecciones se refieren a objetos económicos (necesidades-recursos) y su

orden se basa en estimaciones de costos y beneficios. Así, como ya hemos aseverado en varias ocasiones, el objetivo del individuo es el de maximizar su utilidad o beneficio al tiempo de reducir sus costos. En consecuencia, el individuo hace una ponderación entre los costos y beneficios implicados en su elección y optará por aquel curso de acción que le reporta el mayor beneficio, siendo que “marginaliza” vale decir, evalúa sus decisiones confrontando los beneficios adicionales frente a sus costos adicionales.

Corresponde evaluar entonces los beneficios y costos de la infidelidad. Los beneficios pueden a su vez desdoblarse en beneficios monetarios y no monetarios, siendo estos últimos los que son más relevantes en el caso concreto. Entre los beneficios monetarios podrían considerarse, entre otros, aquellos que recibe la pareja informal como consecuencia de esta relación, y que se puede traducir en regalos, atenciones, etc. Los beneficios más relevantes en esta evaluación está en aquellos no monetarios y que pueden ser de distinta naturaleza: algunos están referidos al propio placer que se obtiene durante la relación informal, pero principalmente existe una variable de compleja explicación y que está asociada al riesgo de ser descubierto (curiosamente un costo que se puede mostrar ambivalentemente como también un beneficio) e involucra una propensión al riesgo que genera placer y que algunos han llamado “el encanto de lo prohibido”. La clandestinidad de la relación informal paradójicamente representa “prima facie” un beneficio marginal por el cual las partes están dispuestas a asumir los costos que ello implica. Nótese que esta variable es especialmente significativa y está en directa relación con la duración de la relación informal como se explicará luego. Por el lado de los costos, éstos también pueden ser de distinta naturaleza, algunos monetarios otros no monetarios. Sin embargo, como telón de fondo tenemos un costo especialmente significativo es el que la economía denomina “costo de oportunidad” y que es una manera de medir lo que nos cuesta algo. En lugar de limitarse a cuantificar el beneficio que se obtiene por una cierta inversión, este beneficio se compara con los que se obtendría por una inversión alternativa. Esto es, los beneficios perdidos de las alternativas a nuestra elección son, en buena cuenta, el costo de oportunidad de la elección original. El costo de oportunidad en este caso está en los recursos invertidos

(incluyendo el tiempo, por cierto) en la relación informal, que alternativamente podrían ser utilizados para estar con la pareja formal o, ya en contexto de una relación más consolidada como el matrimonio, en el disfrute del hogar y los hijos, si no acaso siendo productivo laboralmente. Los costos monetarios se expresan en la inversión que el/la infiel hace para consumir su infidelidad en el ámbito de la clandestinidad, lo cual presupone la asunción de un conjunto de gastos que demandan estos encuentros furtivos. Cabe señalar que el factor tiempo, en tanto se trata de un recurso limitado, inexorable e irrecuperable que es compartido como consecuencia de sostener una pareja formal y otra informal en forma simultánea, importa un costo hundido de la infidelidad. Pero especialmente relevantes son los costos no monetarios y que están conformados por el riesgo de ser descubierto y lo que ello implica, lo cual puede estimarse probabilísticamente y que no solamente impactan directamente en la pérdida directa que ello representaría en el deterioro de la relación formal, sino el en el efecto reputacional de ser señalado como infiel en el grupo social.

En este orden de cosas, visto a partir de este análisis preliminar, el individuo será infiel cuando los beneficios de ser infiel son superiores a los costos que ello conlleva.

Ahora bien, al igual que todo bien o servicio incorporado a la función de utilidad de los individuos, tendiente a satisfacer sus necesidades o preferencias, deviene aplicable el principio incorporado en la ley de la utilidad marginal decreciente que explicáramos en el acápite relativo a la propiedad. Este concepto fundamental de la teoría económica el consumo de un bien proporciona menor utilidad adicional cuanto más se consume (*ceteris paribus*). Se produce una valoración decreciente de un bien a medida que se consume una nueva unidad de ese bien. La infidelidad no está exenta del beneficio marginal decreciente y, por el contrario, constituye por lo general una característica distintiva de ésta. Podemos decir entonces que el beneficio marginal de una infidelidad es decreciente, esto es, conforme la relación va avanzando, el nivel de bienestar que proporciona se va reduciendo. Además de la explicación teórica antes explicada, debe atemperarse esta situación con el hecho que en muchos casos la relación informal -a diferencia de la relación

formal- alcanza su nivel máximo de bienestar en su consumación inicial, mientras que el proceso de la relación formal tiende a tener un comportamiento creciente que, sin negar que está igualmente expuesta a la ley de la utilidad marginal decreciente- se nutre de otras variables que se incorporan progresivamente y que mutan la función de utilidad en el tiempo conforme se avanza en el proceso de “enamoramiento” -entendido como un proceso de proyección y adquisición de información a la luz de la teoría económica referida al emparejamiento- y que puede verse contemporizada con nuevos proyectos y vivencias, el noviazgo, el matrimonio, los hijos, la vida en común, etc. aspectos que no están presentes de ordinario en una relación informal. Por ejemplo, el desencanto, la falta de intimidad o que ésta progresivamente se vea espaciada, el enfriamiento, la rutina y la monotonía o la existencia de problemas dentro de la relación de pareja formal, en tanto involucra una pérdida de bienestar en términos marginales de la relación, puede modificar la curva de beneficio marginal de la relación informal.

Aun así, siendo que en la relación informal la utilidad marginal es decreciente en mayor medida que en la relación formal, esta curva debe confrontarse con la curva de costos que, en este caso, es creciente. En efecto, una vez entablada la relación informal, se produce dicha elevación en la medida que se incrementan la probabilidad de detección de la infidelidad conforme se desarrolla esta y con ello la necesidad de mantener la clandestinidad de la relación, lo cual se puede traducir en costos monetarios y no monetarios, en este último caso, el temor o la incertidumbre. A ello se suma un factor importante que tiene que hacer con una revaluación del costo de oportunidad en la medida que progresivamente este se incrementa en tanto que la parte infiel replantea las consecuencias de su conducta y los probables efectos de ser descubierta la infidelidad y que no solo alcanza al ámbito privado como puede ser la pérdida de confianza e inclusive la ruptura y las implicancias directas e indirectas que se pudieran derivar de dichos eventos, sino también el efecto potencial en términos reputacionales en el entorno social y laboral.

Es importante llamar la atención que el modelo antes descrito es puramente teórico y positivo y que la incorporación de presupuestos distintos o premisas,

por ejemplo, asociadas a la economía conductual puede modificar los resultados en base a sesgos comportamentales y heurísticas que no han sido considerados en este breve enfoque. Aun así, la explicación económica antes descrita es válida para entender en conjunción con otras disciplinas este fenómeno recurrente y subyacente en la sociedad cual es el de la infidelidad, independientemente de que se trate del caso de un varón o una mujer.

Hasta aquí algunas poquísimas expresiones en la utilidad del método económico para entender mejor el Derecho de Familia, probablemente en esta rama del Derecho más que en cualquier otra, es imperativo que el Derecho vaya de la mano con la Economía en la construcción de políticas públicas y regulaciones a los efectos de alcanzar mejores resultados para la sociedad en su conjunto.

3.1.4. El Derecho de Daños

El Código Civil concibe a la Responsabilidad Extracontractual como una fuente de las obligaciones y lo aborda en su Libro VII siendo, personalmente una de las materias más apasionantes del Derecho Civil y donde más desarrollos dogmáticos ha habido. En el enfoque económicos nos referimos más propiamente al Derecho de Daños o *Torts Law* siguiendo el modelo anglosajón que, más propiamente podría ser entendido como el “Derecho de Accidentes”. En el presente Capítulo haremos una revisión muy sumaria de lo que dice nuestro sistema civil, e introducir las variables económicas para entenderlo desde una proyección totalmente distinta.

En efecto, nuestro Código Civil prescribe dos tipos de responsabilidad; aquella subjetiva según la cual aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro debe indemnizar (artículo 1969°) y la responsabilidad objetiva que refiere que quien en ejercicio de una actividad riesgosa o peligros causa un daño a otro, tiene la obligación de indemnizar (artículo 1970°). Así, según la responsabilidad subjetiva para que se configure un supuesto que genere la obligación de indemnizar, se requiere que concurren una conducta antijurídica, un daño, un nexo de causalidad (que en nuestro ordenamiento responde a una causalidad

adecuada) y el factor de atribución, a saber, el dolo o la culpa. Por el contrario, en la responsabilidad objetiva basta que el ejercicio de la actividad riesgosa o peligrosa ocasione un daño para que se derive la obligación de indemnizar. En cualquier caso, se rompe la causalidad y, con ello la obligación de indemnizar si el daño es consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor, el hecho determinante de un tercero, o el hecho propio de la víctima. Surgida la obligación de indemnizar, esta debe alcanzar a las consecuencias inmediatas derivadas del daño (el daño emergente) , aquello dejado de percibir o lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona, lo que otros asocian a daños al proyecto de vida o incapacidad permanente.

En base a lo anterior, siempre hemos escuchado decir en las clases de Derecho en la universidad o en una conferencia de un profesor renombrado que «Aquel que causa un daño a otro debe indemnizar». Parecería que este es el principio base de lo que se conoce como sistema de responsabilidad civil. Pero ello no es cierto. No existe ninguna ley o norma que sostenga tal principio. Existen otras normas que atribuyen responsabilidad, pero ninguna se limita a decir «Aquel que causa un daño a otro debe indemnizar», sino que dicen que: «Aquel que por su culpa causa un daño a otro [...]» o «Aquel que por el uso de un bien riesgoso causa un daño a otro [...]». Es decir, se requiere algo más que el simple hecho de causar un daño para poder solicitar una indemnización.

Y en esa línea, nuestro Código Civil no responde un conjunto de preguntas que surgen naturalmente de la generación de daños y correlativamente de la obligación de indemnizar y es por ello por lo que es necesario recurrir al uso de otras herramientas entre las cuales sin duda, el método económico tiene un rol protagónico. No menos cierto es el hecho que la literatura económica ha sido especialmente prolífica en este campo, tratando de responder preguntas que el Derecho no puede responder, siendo probablemente la más importante por qué es necesario que exista un sistema de responsabilidad civil. La respuesta viene dada por los altos costos de transacción que ello supondría. En tal virtud, es más eficiente que el Estado, a través de una regla legal defina quién debe asumir la responsabilidad ante la ocurrencia de un daño.

En efecto, si seguimos la lógica del Teorema de Coase descrita en acápites precedentes, veremos que ello es así. A modo de cuestión previa podríamos decir que normalmente escogemos con quien contratar, sin embargo ello no pasa en la ocurrencia de un daño: Yo no escojo al que me va a atropellar, por lo cual a fin de definir la regla legal respecto de quien asumiría la carga derivada de un accidente, por ejemplo, de tránsito, ello supondría que nos pusiéramos de acuerdo todos los transeúntes con todos los conductores de vehículos, lo cual desborda los costos de búsqueda, los costos de negociación y los costos de cumplimiento, en síntesis, los costos de transacción. Así las cosas, la regla legal cobra especial relevancia pues deberá ser aquella que sea la más eficiente para minimizar la ocurrencia del daño y, al mismo tiempo, reducir el costo de los accidentes. Veámoslo con otro ejemplo: imaginemos una persona que coloca una maceta en un balcón, al borde mismo de este, de modo tal que al más mínimo movimiento la maceta puede caer y con ello herir a un transeúnte que pasa debajo del balcón. Siendo esta una externalidad y dada su naturaleza recíproca, en teoría, cabría dos posibilidades; que el propietario de la maceta la desplace a un lugar más seguro, o que todos los transeúntes crucen a la vereda de enfrente al momento de circular por esa calle para evitar que les caiga la maceta o, quien sabe, salir a la calle con un casco, para mitigar un eventual golpe si la maceta llega a caer, siendo cualquiera de estas soluciones altamente costosa en términos económicos. No es necesario ser muy perspicaz para advertir que los costos de transacción en este caso son muy elevados -toda vez que supondría que el dueño de la maceta “negocie” con todos los transeúntes sobre la ubicación de su maleta- por lo que, a la luz de lo dicho por Coase, el Derecho debe de optar por una regla, siendo en este caso la más eficiente aquella que le traslada la responsabilidad de un eventual accidente a la imprudencia del dueño de la maceta por colocarla en un lugar riesgoso en vez del peatón, en la medida que esta regla es, a su vez, la que genera un menor costo para la sociedad. El ejemplo antes utilizado sirve para demostrar que, cuando los costos de transacción son elevados, debemos buscar la “mejor” regla legal para cumplir las finalidades del Derecho que, en el caso de los accidentes, nos referiremos más adelante.

Probablemente sea el profesor Guido Calabresi quien ha abordado con mayor brillantez el estudio esta disciplina desde una perspectiva económica a través de su famoso libro “El Costo de los Accidentes” (1970). En éste, Calabresi refiere que un sistema de responsabilidad civil debe cumplir alguna de estas tres finalidades:

- Reducir los costos primarios que incluyen todo aquello que la víctima pierde o deja de ganar como consecuencia del accidente: la estimación de los daños materiales, así como los daños personales –físicos y psíquicos, los cuales son de mucho más difícil cuantificación-, los gastos de tratamientos médicos, los daños patrimoniales derivados del tiempo de baja, la pérdida de oportunidades de trabajo futuro o de ocio, etc. En el Derecho anglosajón, esta función es consistente con lo que denominan “*deterrence*” que puede subsumirse en el concepto de disuasión.
- Reducir los costos secundarios que derivan del grado de concentración o distribución de los costos primarios en el tiempo o en un número de personas. La dimensión de un daño se diluye con su distribución, pues nuestras funciones de utilidad crecen menos que proporcionalmente al incremento de nuestra renta o, dicho de otro modo, los seres humanos tenemos aversión al riesgo y, por ello, tendemos a asegurarnos, aunque ello sea a costa de tener que pagar los costos del seguro: preferimos un seguro que convierta nuestra renta probable en una renta cierta pero más reducida que aquella.
- Reducir los costos terciarios que no son otra cosa que el valor de las tareas de gestionar los costos anteriores: la puesta a cargo del daño de una tercera persona requerirá el funcionamiento de una empresa (compañía de seguros) o de una burocracia (administración pública de la seguridad social) o de la maquinaria legal y judicial (honorarios de abogados y procuradores, tasas judiciales, costes de desarrollo y

mantenimiento del sistema jurídico), etc. que se suman a los anteriores (Salvador Coderch y Gomez Liguerra, 2005) .

Cuando hago la referencia a la función reductora de costos a la que hace referencia Calabresi, suelo preguntar a mis alumnos ¿cuál es la función que privilegia nuestro ordenamiento jurídico? Y luego de un prolongado silencio solemos concluir que, desafortunadamente, no cumple ninguna de estas funciones de modo mínimamente eficiente. En efecto, nuestro sistema de responsabilidad ni disuade, ni minimiza los costos de los accidentes ni, mucho menos es célere. Todo lo contrario. Esto no es perceptible a la luz de la dogmática del Derecho pero es perfectamente observable y empíricamente comprobable desde el método económico.

Un enfoque igualmente valioso es el que propone Shavell, magnífico profesor de la Escuela de Derecho de Harvard quien desarrolla un modelo para explicar el Derecho de Daños (2004) según el cual el Derecho de Accidentes es el cuerpo de reglas legales que gobiernan los derechos de las víctimas a reclamar por daños y a cobrar pagos a aquellos que les han infringido un daño La idea principal del modelo radica en cómo las reglas legales de responsabilidad influyen sobre los incentivos de las partes a reducir los riesgos de accidentes. No perdamos de vista que esta perspectiva es consistente con uno de los presupuestos axiomáticos que habíamos descrito al inicio de esta tesis y que tiene que hacer con el Derecho como estructura de incentivos.

Siguiendo el razonamiento de Shavell las reglas de responsabilidad operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas. Lo expuesto, supone que la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos. Para tal efecto existen dos reglas aplicables: i) La regla de responsabilidad estricta y ii) la regla de la negligencia.

- Bajo la regla de la responsabilidad estricta: Un causante del daño es considerado culpable del daño aunque no hubiera sido negligente.

- Bajo la regla de la negligencia: Un causante del daño es considerado culpable solo si ha sido negligente., esto es, que su nivel de precaución ha sido inferior al estándar establecido por la corte.

El modelo asume dos presupuestos: Que los accidentes ocurren como un evento probabilístico. Y que las partes son neutrales al riesgo. Neutralidad al riesgo significa que las partes toman decisiones basadas en el Valor Esperado del Daño, esto es, en términos probabilísticos. El Valor Esperado del Daño es el resultado de multiplicar el monto del daño a pagar, por la probabilidad de que ocurra el accidente. La representación de este concepto puede hacerse a través de una ecuación muy simple:

$$VE= X *Px$$

Convengamos que cualquiera que ambas reglas tienen ventajas y desventajas que no son materia de análisis en esta presentación, pero que, efectivamente, deben ser directrices de los operadores para dirimir cual es la más eficiente, una vez que, luego de estas cuestiones introductorias , podamos concluir en la función económica del Derecho de Daños.

Y en efecto, lo que no explica el Derecho por sí mismo, se puede alcanzar con el auxilio del método económico, siendo que, el objetivo social está en la minimización de la suma de los costos de precaución y de las pérdidas esperadas por el accidente. A esta suma se llama el Costo Social Total. Este punto es el óptimo de bienestar social. De lo expuesto se infiere que el costo social de los accidentes se compone, en principio, de tres elementos: la pérdida causada por el hecho o el impacto del daño una vez acaecido, el costo de prevención y el costo de administrar el sistema de responsabilidad civil.

El desafío de legislador entonces consiste en lograr construir un sistema de responsabilidad civil que alcance a ser igualmente eficiente, esto es que sopesen estas tres variables, la pérdida o los daños que causan los accidentes, los costos que invertimos en precaución y la dinámica con la que se mueve el sistema para alcanzar un fallo ajustado a Derecho. Cada una de estas

variables, sin embargo, tiene un conjunto de matices que hacen que debamos recurrir a herramientas metodológicas de la Economía para lograr una suerte de alquimia que conjugue adecuadamente los tres conceptos.

Veamos en primer lugar la variable relativa a los daños, la cual puede reducirse conforme se tome más precauciones. En otras palabras, la potencialidad del daño se reduce en relación a la inversión en precaución. No obstante, cualquiera sea el monto que podamos invertir en prevención, la magnitud o posibilidad del daño puede mitigarse pero en ningún caso eliminarse. De esto se deduce que el daño “cero” no existe.

Por el otro lado, tenemos la segunda variable que es la prevención, y veremos que, a diferencia del daño, podemos ser infinitamente precavidos. Sin embargo ello no es lo eficiente, pues llegará un momento en que el beneficio marginal de una mayor precaución no implicará una reducción en la magnitud del daño. Contraintuitivamente podemos concluir que estaremos siendo “demasiado” precavidos, es decir, estaremos derrochando recursos en una mayor precaución que, en términos reales, no reduce marginalmente el daño. En clase suelo hacer un ejemplo muy simple, qué ciertamente me gustaría hacerlo en forma empírica por ellos mismos pero que es imposible por razones operativas. Sabemos que el límite de consumo de alcohol en sangre para conducir un vehículo en nuestro país es de 0,50 gramos de alcohol por litro de sangre que se alcanzan ingiriendo 3 vasos de cerveza, 2 copas de vino o solo 1 onza de bebidas más fuertes como pisco, vodka o whisky. Sin embargo, existen varios proyectos de ley tendientes a imponer la “Tolerancia Cero”, es decir, que no se pueda conducir un vehículo así se hubiera consumido una gota de alcohol. En ese momento, provoca invitar a mis alumnos a salir a la calle y hacer una rápida encuesta sobre la opinión de la gente sobre un cambio normativo de esa naturaleza. No puedo hacerlo por razones obvias, pero si así fuera, tengo la certeza que los ratios estarían alrededor del 90% a favor de la indicada norma. Pasemos a analizarla. El legislador que propone un proyecto de ley de esa naturaleza, asume que si se reduce el consumo de alcohol de 0.5 gramos de alcohol por litro a 0.0, se reducirá también el número de accidentes del caso. De hecho, reducir a consumo de alcohol en la proporción indicada por más

pequeña que sea importa para toda la sociedad una pérdida de bienestar cuya traducción en Economía, no es otra que un costo. Entonces deberíamos auscultar si asumir un costo adicional en prevención, mediante la abstinencia de tomar cualquier tipo de bebida alcohólica por más mínima que sea la cantidad, reducirá el número de accidentes de tránsito y la respuesta rotunda es no. En efecto, la estadística revela que el número de accidentes de tránsito ocasionados por la ingesta de alcohol en una proporción menor a 0,50 gramos de alcohol por litro de sangre es igual a cero. En este orden de ideas, una norma de ese tipo es abiertamente ineficiente pues obliga a la sociedad a asumir un costo ocioso, toda vez que no va a traer ninguna reducción en el costo derivado de los accidentes. Una demostración palpable de cómo ayuda el método económico para entender los despropósitos populistas de muchos de nuestros congresistas.

Hay sin embargo algunos caso en los cuales, necesariamente se generarán costos, aun cuando tomemos toda la precaución posible. Guido Calabresi tiene un magnífico libro al respecto, titulado "Tragic Choices" (1978) -Decisiones Trágicas- en el que pone en evidencia algunos ejemplos en los cuales ciertos casos relacionados a la provisión de bienes en un mundo de escasez, puede llevarnos a ciertos conflictos que se traducen justamente en la noción que fluye del título de su obra. En este momento vienen a mi mente dos casos, uno muy actual. El primer caso es el de los automóviles: todos queremos reducir la ocurrencia de accidentes de tránsito, sin embargo ello es inevitable por más inversión en precaución que se haga. La única forma de evitar que se produzcan accidentes de tránsito es eliminando por completo los automóviles; pero: ¿Estamos dispuestos a asumir ese costo? ¿nos imaginamos un mundo sin automóviles en pleno siglo XXI? La respuesta claramente es negativa. En consecuencia deberemos concluir que, inexorablemente disfrutar del uso de los automóviles en nuestra vida cotidiana, traerá, inexorablemente, un cierto nivel de accidentes y muertos, muchos de los cuales, sino todos, no conocemos y que probablemente facilita nuestra decisión si supiéramos que quien va a morir es un familiar cercano nuestro. Todo esto es empíricamente comprobable. En la línea de Bullard (20179 diremos que los accidentes de tránsito no se solucionan prohibiendo los carros, los asaltos prohibiendo la

fabricación de armas, ni la difamación pública prohibiendo los periódicos. La solución a una actividad dañina es sancionar a quien la desarrolla, no limitar nuestra capacidad de comportarnos de manera legítima en una actividad vinculada.

Un segundo caso tiene plena actualidad y tiene que hacer con la pandemia mundial por el CORVID-19. La pregunta es, ¿cuánta inversión deberíamos a hacer en prevención del contagio? La cuarentena, el aislamiento social, además de la inversión de recursos y subvenciones del Estado importan todos ellos un altísimo costo social. La cuestión de fondo es que los recursos no son ilimitados por lo que debemos tener la sensatez de entender que, inexorablemente y más allá de los esfuerzos gubernamentales -sean estos discutibles o no- y de la población en pleno, las muertes seguirán.

En todos los casos antes descritos, vemos que el desafío está en encontrar el equilibrio entre los costos de prevención y los costos de los daños pues la sumatoria de ambos conceptos constituye el costo social de los accidentes.

Hay algunos caso en los que esta ponderación entre la magnitud o dilución de los daños en términos sociales (los costos primarios y secundarios de los que hablaba Calabresi) entran en conflicto con cuestiones morales y hacen más complejo el análisis. Ello explica por qué el enfoque económico entendido como tal, es una forma “más” de ver el Derecho, de extrema utilidad, pero en modo alguno pretende excluir otras consideraciones igualmente valiosas para ponderar las decisiones políticas o judiciales.

La doctrina sobre el tema recoge con frecuencia dos casos de estudio muy complejos. El primero de ellos es el caso de un modelo de autos, el Ford Pinto que hasta fue llevado al cine. En 1971 Ford lanza el modelo Pinto. Tiene un éxito impresionante en el mercado. El problema es que se detecta un defecto muy grave de diseño en el tanque de combustible que estaba ubicado atrás del eje trasero, muy cerca del parachoques. Esto generaba que ante un choque de mínimas proporciones el depósito fácilmente colisionara con el diferencial y se rompiera generando así un incendio.

En el marco de un proceso judicial por el caso de una víctima, apareció un memorándum interno de Ford, el cual indicaba que si no utilizaban el dispositivo se estimaba que morirían 180 personas, quedarían 180 con heridas graves y 2,100 vehículos quemados. El costo de un muerto era de US\$ 180,000, el de un herido grave, US\$ 67,000 y el de reparar un auto quemado, US\$ 700.

Multiplicando estos costos, el total ascendía a US\$ 49.5M, cifra muy inferior a los US\$ 137.5M que costaba agregar el dispositivo de seguridad al tanque en todos los autos. La pregunta cae por su propio peso, ¿Debería utilizarse un análisis de riesgo / beneficio en situaciones en las que un defecto en el diseño o la fabricación podría provocar la muerte o lesiones corporales graves, como en la situación de Ford Pinto? Probablemente si lo vemos en términos de eficiencia puramente la respuesta sería afirmativa, pero existen otras consideraciones plausibles que tiene que hacer con cuestiones éticas que hacen ver inconcebible este razonamiento. De hecho, como señalan muchos, El gran pecado del Ford Pinto no fue otro que el hecho de que la vida de sus pasajeros fuera más barata que la llamada a revisión que requería el coche para evitar que su depósito de combustible se incendiara.

Un caso parecido, pero con una solución distinta fue el famosísimo caso McDonald's. En 1992, Stella Liebeck de Albuquerque, Nuevo México, compró un café en McDonald's, en Estados Unidos. Llevó el café caliente en un automóvil. Se detuvo a echarle azúcar. Se colocó el café entre las piernas y pretendió abrir la tapa del envase descartable. Ello llevó a que el café se derramara y le causara serias quemaduras.

Stella demandó a McDonald's. Su argumento: el café estaba demasiado caliente. McDonald's demostró que la temperatura del café era la deseada por los consumidores. Pero los argumentos de la empresa no pesaron. Un jurado le reconoció a Stella una indemnización de US\$ 200,000 en daños compensatorios y US\$ 2,7M en daños punitivos, monto que, en esa fecha representaba apenas el producto de 2 días de café por parte del establecimiento. McDonald's había enfrentado más de 700 reclamos de

personas que habían sufrido quemaduras por el café de 1982 a 1992. McDonald's admitió que mantuvieron su temperatura del café entre 82.22°C y 87.77°C, basándose en el consejo de un consultor pues era el rango necesario para el mejor sabor.

¿Debería Mc Donald's bajar la temperatura del café que vende en sus establecimientos? La respuesta aquí es diferente pues, de hecho, Mc Donald's no bajó la temperatura del café -que, como referíamos según sus estudios era la adecuada para obtener los mejores sabores y aromas del café-, lo cual representa una venta superior a 2 billones de cafés al año, frente a un promedio de US\$ 5M que paga anualmente por indemnizaciones por quemaduras. Sin embargo ello explica el por qué hoy, cuando compramos un café caliente en un establecimiento como Mc Donald's, Starbucks u otro parecido, le colocan al envase una suerte de aro de cartón que dice "*cuidado, bebida caliente*".

Todo lo manifestado hasta ahora tiene claramente implicancias jurídicas y son de indispensable conocimiento por parte de los estudiantes de Derecho, sin embargo, la dogmática jurídica es incapaz por sí misma de ofrecer explicación, más aún con otros temas que tienen que hacer con algunos aspectos conexos que tienen que hacer con la forma en que se deben resolver casos de responsabilidad extracontractual y cómo debería encontrarse el fundamento para un sistema coherente y eficiente.

Una herramienta especialmente valiosa a la luz del método económico es la conocida Fórmula de Hand, llamada así pues fue aplicada por primera vez el juez Learned Hand (United States v. Carrol Towing Co. 1947). El Juez Hand consideró que la responsabilidad civil estaba ligada o se debía analizar en función de tres variables: la probabilidad del daño (P, del inglés, *probability* o probabilidad); la cantidad del daño si ocurriese (L, del inglés, *losses* o pérdidas); y el costo de prevención (B, del inglés *burden* o, en este caso, costo). Entonces: existe culpa en la generación de un hecho dañoso, cuando el causante pudo prevenirlo invirtiendo en precaución menos que el valor esperado de los costos de ese evento dañoso, y no lo hizo.

B < P x L

Teóricamente los actores tienen la alternativa de tomar medidas para evitar o no un accidente. La Fórmula de Hand informa los actores sobre el precio de cada alternativa. Cuando se comparan los precios, se supone que un actor racional seleccionará la alternativa menos costosa. El resultado de una selección equivocada es que el autor del daño deberá entonces pagar los daños ocasionados. Hugo Acciarri, probablemente uno de los principales expertos en Derecho de Daños desde un enfoque económico documenta un caso argentino (2007) en el que un juez otorgó a una mujer una indemnización por caer de las escaleras de un edificio que habitaba, responsabilizando a la administración de éste por no haber tomado las medidas adecuadas para dotar de iluminación las escaleras. Aquí la aplicación de la Fórmula de Han se advierte con notoriedad: Los costos de la prevención del accidente (vale decir, colocar iluminación a las escaleras) era menor que la magnitud del daño (caerse de las escaleras no es un accidente menor) por la probabilidad de que ocurra (que se incrementa exponencialmente si se hace en penumbras. Así, se condenó a quien pudo prevenir el accidente a un menor costo y no lo hizo, vista la magnitud del accidente ponderada por su magnitud. Un caso ejemplar de la Economía al servicio de la eficiencia en las decisiones judiciales.

Ahora volvamos al caso que puse al inicio de este acápite, referido al vecino que pone su maceta en el borde de su balcón, ésta se cae y hiere a un transeúnte. ¿Quién debería ser responsable del accidente? Si aplicamos el criterio de Hand, la responsabilidad recae nítidamente en el vecino propietario de la maceta, pues el costo de evitar el accidente -esto es, poner la maceta en un lugar más estable y seguro- es infinitamente menor que el daño que puede ocasionar que a una persona le caiga un macetazo desde altura, ponderado por la probabilidad que se acentúa por el hecho de encontrarse al borde del balcón. El tema es ciertamente apasionante y la casuística a veces nos toca a nosotros mismos. Mi madre, estando en un suburbio de Nueva York caminaba apresuradamente pues veía que se avecinaba una tormenta. Siendo una persona mayor y portando una pequeña bolsa con cosas que había adquirido en el autoservicio, tropezó por casualidad con un pequeño desnivel de la

vereda ocasionado por las raíces del árbol de una persona del vecindario, lo cual produjo que se atascara el taco de su zapato. Mi madre cayó de rodillas, lacerándose superficialmente éstas. La vecina propietaria del árbol salió de inmediato y luego de ayudarla a recoger sus cosas y limpiarle las pequeñas heridas en sus rodillas, le entregó a mi madre un sobre que al llegar a casa abrió, encontrándose con una importante cantidad de dinero (impensable en un supuesto de indemnización en el Perú). Mi madre no entendía nada, hasta que mi hermana, residente en la zona, le explicó que, a pesar de la cuantiosa suma, el caso le había resultado “barato” a la vecina de haber llevado este caso a las Cortes. ¿Ocurriría en el Perú lo mismo? La respuesta cae por su propio peso y permite ver las deficiencias de un sistema de responsabilidad contractual lento, ineficiente, desfasado y maltratador.

Otro medio paradigmático para determinar la responsabilidad en un accidente y que ha sido recreado a través de la Economía para el servicio del Derecho es la noción del *Cheapest Cost Avoider* o, forzando una traducción, podríamos hacerla como “*el más barato evitador del daño*”. En este caso no estamos ante una creación jurisprudencial sino ante un criterio teórico que propone Calabresi y que debe ser tomado como una meta deseable para orientar y afinar los elementos necesarios tendientes al cumplimiento de los fines de la Responsabilidad Civil. Puede resumirse en la aspiración normativa que indica que debe evitar los costos derivados de los daños, la parte que esté en condiciones de hacerlo a menor costo.

La idea implicada en el término *cheapest* no se resume al menor costo monetario explícito, sino que, al contrario, se relaciona frecuentemente con esfuerzos, aún sin una valuación monetaria directa. Aquello que es más fácil, en términos económicos puede describirse como más barato, lo cual ya ha sido ampliamente explicado al momento de describir la noción de costo.

Vemos pues que el problema de la responsabilidad civil es mucho más elaborado y exige un tratamiento responsable, mucho más que aquella perniciosa costumbre de nuestros países consistente en creer que el riesgo

cero existe y de lo que se trata es de legislar “para la tribuna”, prohibir por prohibir.

He dejado para el final un tema no menos importante y es el relacionado con la cuantificación de los daños por parte de los jueces y tribunales. Nuestro Código Civil en su artículo 1985° solo dice los componentes de la indemnización y el tipo de causalidad por el que ha optado el legislador. Pero ¿Cómo calcular el *quantum* indemnizatorio? Una vez más, tenemos un problema que el Derecho no nos da ninguna explicación.

A modo de cuestión previa hay que señalar que, consistentemente con la regla según la cual quien alega un hecho debe de probarlo, de ello no escapa la indemnización. En consecuencia quien pide un monto indemnizatorio, debe probar de dónde sale dicha cantidad. Existen algunos conceptos que son relativamente fácil ser traducidos en términos monetarios, como el daño emergente y el lucro cesante; sin embargo hay otros casos en los que el tema es muy complicado cuantificarlos como el daño moral y el daño al proyecto de vida, en los cuales los jueces deciden “a ojo de buen cubero”, lo cual atenta contra la predictibilidad de un sistema de justicia.

Convengamos que la cuestión bajo análisis es muy compleja y el enfoque económico trabaja especialmente encontrando alternativas más predecibles que la sola valoración subjetiva de un juez, algo de lo cual nos referiremos a continuación. Iniciaría el tema con una pregunta que hago en clase ¿si se muriera mi madre por un accidente, tendría derecho a una indemnización por daño moral? La clase al unísono responde afirmativa. Retrucando pregunto ¿y si la fallecida en vez de ser mi madre, fuera mi suegra, igual tendría ese derecho? La clase se queda sin respuesta. El tema es ciertamente muy difícil. Nuestro Código Civil contribuye a esa nebulosa con un artículo 1984° que dice que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia. Esto trae como primer efecto que abogados inescrupulosos demanden montos obscenamente altos sin justificación alguna y bajo la única premisa del menoscabo de la pérdida.

No hay uniformidad sobre el concepto de daño moral siendo imposible ingresar en este debate en esta tesis, asumiremos que se trata de la aflicción, el menoscabo, o el dolo que se ocasiona a los afectos de otra persona. Podría subsumirse en *el precio del dolor*, pese a que esta afirmación igualmente está sujeta a discusión.

Daño moral puede haber en el ámbito contractual como en el extracontractual y no se limita a daños o pérdidas personales. En el primer caso, la frustración de unas vacaciones por la cancelación de un vuelo, por un tratamiento médico negligente, por la frustración unilateral de una boda, entre miles de ejemplos, pueden dar lugar a la indemnización. En lo extracontractual, la discriminación, las lesiones y muerte, el desprestigio de una marca, el acoso sexual, pueden derivar también en indemnizaciones por daño moral. Se ha ensayado distintas opciones, sobre todo en el Derecho Anglosajón para alcanzar algún criterio unívoco, pero es de muy compleja realización. Un criterio usado por Shavell (2004) está asociado a la disponibilidad que tendrían los individuos de tomar un seguro para compensar dichos perjuicios, ajustando la indemnización a dichos montos; en otros casos, se recurre a un sistema de baremos, es decir, una suerte de tarifario en función a la pérdida de la que se trate, tal cual funciona, por ejemplo el sistema de seguros por accidentes laborales. Así se determina un valor en función a la naturaleza de la pérdida, lo cual no está exento de un sesgo populista de cargo de los legisladores, pues si bien es un mecanismo homogéneo, no menos cierto también es que es un mecanismo ciego. Finalmente, tenemos el desarrollo jurisprudencial que en base a la construcción de criterios consistentes, pueda asistir a los jueces en esta difícil tarea. Aún este es un desafío pendiente que sigue siendo un foco fundamental de estudio a través del método económico.

En cuanto a la indemnización del proyecto de vida o el menoscabo de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, que en el artículo 1985° del Código Civil se identifica al daño a la persona, el tema es menos abstracto pues existen algunas variables de referencia, como la edad de la víctima, el ingreso económico de ésta, su horizonte probable de productividad, la tasa de descuento que sirve para

obtener el valor presente del ingreso (que no es otra cosa que, “traer” el valor actual de un flujo de dinero que recibiríamos en el futuro) e inclusive un reajuste en el tiempo de dicho tiempo, bien sea incrementándolo o reduciéndolo. Otros países, no solo de tradición anglosajona, sino también romano germánica, nos llevan una distancia sideral en la materia y recurren al uso de fórmulas para determinar el daño a la persona. El novísimo Código Civil y Comercial Argentino en su artículo 1746° refiere:

*ARTICULO 1746.- Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, **la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.** Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado. (el subrayado es propio).*

Para calcular el monto resaltado, la doctrina argentina -apoyada en herramientas económicas y matemáticas, ha desarrollado distintas formas, reconocidas por sus autores, así tenemos la fórmula Vuoto, la fórmula Méndez, la fórmula Marshall, la fórmula Las Heras-Requena y más recientemente, la fórmula Acciarri (2016) que se expresa como sigue:

$$\frac{A_1}{(1+i)} + \frac{(1-p_2)A_1 + p_2A_2}{(1+i)^{e_2-e_1+1}} + \dots + \frac{(1-p_k)[(1-p_{k-1})A_{k-2} + p_{k-1}A_{k-1}] + p_kA_k}{(1+i)^{e_k-e_1+1}} + \dots$$

$$\dots + \frac{(1-p_n)[(1-p_{n-1})A_{n-2} + p_{n-1}A_{n-1}] + p_nA_n}{(1+i)^{e_n-e_1+1}}$$

$A_1 \dots A_n$	= ingreso implicado para el período anual 1...n = ingreso x % de incapacidad.
i	= tasa de descuento para cada período anual computado
$e_1 \dots e_n$	= edad al momento en que debería percibirse cada suma correspondiente el ingreso anual $A_1 \dots A_n$
p	= probabilidad de que en el período A (de A_2 hasta A_n) se perciba un ingreso incrementado (positiva o negativamente) respecto del ingreso del período precedente (A_{n-1})

Probablemente muchos se asustarán de una fórmula de estas características pero es más fácil de lo que parece, de modo tal que puede ser aplicado por los jueces o los órganos de auxilio judicial, para lo cual inclusive hay un tutorial <https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2016/10/Instrucciones-de-uso-Planilla-indemnizaciones-ingresos-variables-probables-Acciarri-2015.pdf> pero cualquier persona medianamente conocedora de un programa tan difundido como Excel, puede utilizar este recurso.

Obviamente la dogmática jurídica tendrá una fuerte resistencia al uso de recursos matemáticos para la aplicación de la justicia pero es objetivamente verificable que siempre será mejor un cálculo que, cuando menos, utiliza un conjunto de variables con carácter técnico comparado con el solo criterio subjetivo de un juez. Esta afirmación es indiscutible.

Hemos hecho un apretadísimo resumen de la aplicación del método económico en el Derecho de Daños. Como se ha podido advertir, este auxilio es de principal relevancia al tiempo de proponer un conjunto de desafío para esta importante disciplina.

3.2. El Derecho Penal y el Método Económico

He tenido la oportunidad de dictar en varias oportunidades el curso de Análisis Económico del Derecho Penal y cada vez que lo he hecho, he mencionado en

primer lugar que no soy penalista. Los alumnos se muestran desconcertados pues consideran que un no-penalista no cuenta con las destrezas para dictar un curso de estas características. El error estriba en la confusión respecto del contenido del curso, pues los alumnos asumen que el término “económico” los conduce necesariamente al estudio de los delitos monetarios y económicos, cuando nada de eso es lo que se pretende con el uso de esta metodología, sino transustanciar los fenómenos jurídicos -en este caso, las diversas cuestiones relacionadas al crimen y el castigo- como si fueran fenómenos económicos.

Paradójicamente, los primeros estudios donde encontramos aplicaciones del método económico a cuestiones relacionadas al Derecho los encontramos en el Derecho Penal y la Criminología. En el siglo XVII el famoso jurista, filósofo y economista italiano Cesare Beccaria escribió en 1764 su libro “De los Delitos de las Penas” donde muchas de sus reflexiones se mantienen vigente en el razonamiento aplicado al crimen y el castigo. Por su parte en Inglaterra, el filósofo y economista Jeremy Bentham, reconocido como el padre del utilitarismo, publicó en 1780 su libro “An Introducción to the Principles of Morals and Legislation” de referencia obligatoria para entender las interacciones entre el Derecho y la Economía. Siglos después la genialidad del Premio Nobel de Economía Gary Becker y su trabajo publicado en 1968 “Crime and Punishment: An Economic Approach” publicado en el Journal of Political Economy de la Universidad de Chicago, traería consigo la atención a explicar muchas consideraciones relacionadas al Derecho Penal, algunas de las cuales no son susceptibles de ser explicadas con el uso exclusivo de las herramientas propias de esta disciplina o la criminología.

La primera cuestión que intentaremos hacer es absolver la pregunta ¿Cuáles son las justificaciones económicas del Derecho Penal? Aquí encontramos una serie de aspectos que debemos tener en cuenta.

El delito genera costos sociales que superan a los costos privados. Por ejemplo, si roban la casa de mi vecino, si bien mi vecino ha sufrido un daño en la medida que ha sido desposeído de bienes de su propiedad sin su

consentimiento (pero que en términos económicos es una transferencia de utilidad, pues los bienes simplemente han cambiado de manos) si se generan otros costos para la propia víctima, asociados a la aflicción de la sustracción, las limitaciones derivadas del robo y demás efectos colaterales. Pero además el daño se irradia a la sociedad que, como consecuencia del robo, vive más insegura y por ello tiene incentivos en incrementar las medidas de protección y seguridad, todo lo cual se incrementa el costo social.

Aún más, si asumiéramos que no existiera Derecho Penal y utilizáramos los medios disponibles para disuadir y compensar a las víctimas de conductas dañosas, sería imposible alcanzar la compensación perfecta, toda vez que, como hemos señalado, el costo derivado del delito se extiende más allá de la propia víctima. Entonces se plantea un dilema, pues la eventual compensación no garantiza necesariamente el nivel de *deterrence* o disuasión suficiente, por lo que debe recurrirse a otros medios más eficaces que permitan cumplir esa misión, en tanto tampoco es posible en todos los casos que el criminal internalice la externalidad que genera con su conducta.

Hemos visto hace un momento que el Derecho de Daños apunta entre otras cosas, a disuadir conductas generadoras de daños, pero hay casos que esto no alcanza, además de claras diferencias respecto de la lógica detrás del Derecho de Daños respecto al Derecho Penal. En efecto, el nivel de prueba en el proceso penal es mayor y ello está en directa correspondencia con el nivel de las sanciones. Pero quizás la diferencia más grande está respecto de la distinta naturaleza de la indemnización respecto del castigo:

- La indemnización trata de restablecer el bienestar anterior al daño.

- El castigo empeora la situación del victimario sin beneficiar a la víctima.

Todo lo explicado, de paso, sirve para justificar también el por qué el Derecho Penal corresponde al ámbito del Derecho Público, mientras que el Derecho de Daños forme parte del Derecho Privado.

En este extremo, podemos concluir que el enfoque económico aplicado a la política criminal y el Derecho Penal consiste en el estudio de la decisión de delinquir y sobre la forma en que esta decisión puede ser afectada por los incentivos, positivos o negativos, creados por la sociedad a través del Sistema Jurídico Penal.

Partimos de la premisa fundamental que los individuos son racionales (en el sentido económico) dentro de las limitaciones en las que se mueven. Esa racionalidad los lleva a responder de diferente manera en función de los estímulos presentes en cada caso, pudiendo ser modificados por la conducta jurídica. Una vez más, ponemos en evidencia la naturaleza y mecánica inherente al método económico cual es el de partir de axiomas para llegar a conclusiones de carácter general, siendo uno de ellos la racionalidad del individuo y que, por extensión no escapa a la conducta criminal. A continuación pasaremos a analizar algunos tópicos especialmente significativos de aplicaciones concretas del método económico a la conducta criminal y al cumplimiento de la finalidad del Derecho Penal. Como en todos los casos anteriores, es materialmente imposible abarcar todas las materias porque haremos referencia a las bases conceptuales que pueden extenderse luego a cada situación o delito en concreto. Pero, en correspondencia con lo que ha sido la línea matriz de esta tesis, pretendo demostrar que hay muchas situaciones que “parecen” bien encaminadas, pero que una vez que se analizan desde los ojos del método económico, encontramos que es todo lo contrario. Trataré de abundar en estos ejemplos, sin perjuicio de lo cual quisiera adelantar una conclusión en este tema cual es la irresponsabilidad con la cual se ha legislado históricamente en materia penal, lo que yo llamo “legislar para la tribuna” cuando un delito “se pone de moda”. Esto ya se entenderá más adelante una vez que manejemos los instrumentos adecuados para su comprensión. Tan solo una anécdota muy significativa: alguna vez en un evento internacional y en una conversación informal con un jurista extranjero, le comenté que nuestro Código Penal tenía cerca de 600 modificaciones. La respuesta de mi interlocutor fue muy justa “mira amigo, aquí hay dos posibilidades: o tu Código Penal es perfecto porque de tantas modificaciones

se ha alcanzado casi un nivel de perfección, o es un Frankenstein, una suerte de andamiaje de piezas inconexas e incoherentes” como veremos más adelante, la realidad nos acerca más a la segunda perspectiva que refería mi amigo, en la que hemos llegado a una suerte de mescolanza que genera una distorsión en términos relativos en cuanto a las sanciones, generando efectos y consecuencias perversas.

3.2.1. La Teoría económica del Crimen y el Castigo

Como mencionáramos en párrafos precedentes, fueron los aportes de Gary Becker los que permitieron construir una teoría económica que explique el crimen y el castigo. De lo que se trata es de determinar mediante el método económico de qué depende la decisión de delinquir y cuales es el castigo más eficiente, todo ello en base a la finalidad del Derecho Penal. Para fines puramente metodológicos, comenzaremos a partir de este último aspecto.

Visto desde una perspectiva económica, El delito impone diversos costos sociales, pero pueden reducirse a dos niveles:

- a) El daño a las personas (víctimas) o a sus propiedades y que se traduce en la pérdida neta del valor. Todo esto es el **daño neto causado**.
- b) Los costos derivados de la protección contra el delito. Esto es el **costo de prevención**.

Queda claro que estamos haciendo una simplificación del modelo pues, de acuerdo a la complejidad de la materia, los costos se pueden diversificar tal como veremos más adelante.

De todo ello podemos inferir que la meta del Derecho Penal debe ser la de minimizar el costo social del delito, el que es igual a la suma del daño que se causa y el costo de su prevención. En forma parecida a la problemática referida en el caso del Derecho de Daños, es imposible eliminar por completo la ocurrencia de delitos, puesto que ello implicaría un costo exponencial de

recursos que la sociedad no está dispuesta a asumir, razón por la cual debemos tratar de ponderar cual es el nivel de *enforcement* que debe aplicarse para maximizar el resultado. El término *enforcement* es muy utilizado en el enfoque económico del Derecho Penal y, si bien no tiene una traducción literal exacta, podemos aproximarla a la idea de implantación; nivel de intervención legal; exigencia al sometimiento u observancia a la ley; hacer cumplir la disciplina, dar vigor a; reforzar.

Así las cosas, Becker mediante su trabajo en la materia muestra cuántos recursos y cuánto castigo debieran ser utilizados para obligar a obedecer los diferentes tipos de legislación. De esta forma el modelo formula una medida de la pérdida social que resulta del crimen y calcula aquellos gastos en recursos y castigos que minimizan dicha pérdida. En ese extremo Becker (1968) sostiene que a cantidad óptima de implantación “enforcement” depende, entre otras cosas, del costo de capturar y condenar a los criminales, de la naturaleza de los castigos y de la respuestas de los criminales a los cambios en la implantación.

Como hemos explicado al inicio de este acápite, el método económico utiliza el supuesto de racionalidad como presupuesto para construir un modelo que nos permita el porqué de la decisión de delinquir. Sobre el particular el gran Andres Roemer, autor del libro más representativo del análisis económico aplicado al crimen (2010) y una de las mentes más brillantes que conozco, afirma con acierto:

Racionalidad no quiere decir que un ladrón hace un detenido análisis elaborado con calculadora sobre los costos y beneficios de robar una casa o no. Un asaltante a mano armada no hace un análisis preciso sobre una esperanza matemática de cómo matar a su víctima afecta las probabilidades de ser capturado. Pero lo que sí queda claro que si matar a su víctima reduce el riesgo de ser capturado sin aumentar el castigo (incluyendo los costos morales) entonces es muy probable que el delincuente jalará el gatillo.

Más gráficamente, Bullard (2017) nos recuerda que “Si usted va a matar a alguien, no lo hace a plena luz del día y delante de cien testigos. Nunca verán a un ladrón arranchando carteras si pesa 150 kilos, porque no podría escapar por las calles. Al igual que en toda actividad humana, para ser delincuente hay que tener ventajas competitivas para delinquir, lo que está muy ligado a la capacidad de evadir la aplicación de la Ley. Tampoco verá un asesino a sueldo que se desmaya cuando ve sangre”

Entonces, siguiendo el axioma de la racionalidad, el delincuente sopesa los costos y beneficios que están implicados en su decisión futura. Podemos detenernos en cada uno de estos tópicos.

Los beneficios que espera el delincuente son de distinta naturaleza, algunos tienen una traducción monetaria y otros no. El principal beneficio es el producto obtenido del delito, que puede expresarse en la ganancia obtenida o el botín conseguido. Pero otro beneficio o ganancia no menos importante está relacionada a aquellas de naturaleza psicológica. La propensión al peligro, el desafío a la autoridad, la sensación de venganza y, hasta un aspecto reputacional al interior de un determinado grupo. Generan una propensión a delinquir. Aunque parezca poco recurrente este tipo de “ganancias”, es más frecuente que sea la motivación principal del delito y en algunos casos, excede al beneficio económico esperado. Los crímenes pasionales, por ejemplo, son un buen caso en el que el elemento dominante es el ánimo de reivindicación, un malentendido resarcimiento del honor, o la venganza. De igual modo, a nivel de bandas organizadas, una conducta criminal audaz o de extrema crueldad o riesgo, genera un reconocimiento o ascenso posicional en la estructura de la misma banda.

El tema de los costos de delinquir merece nuestra principal atención, pues está relacionada con el concepto de *enforcement* del cual referíamos en párrafos anteriores. Así tenemos:

- Costos materiales y de planificación: todo delito exige no sólo cierto nivel de planificación sino también la inversión en ciertos recursos materiales, así tenemos, por ejemplo, armas, vehículos, y otros instrumentos. Pero este concepto también involucra el tiempo invertido en la planificación previa para la comisión de un delito, esto debe analizarse en cada concreto, pero puede comprender reglajes, la determinación de áreas vulnerables, el estudio de los posibles escenarios que pueden presentarse en el acto mismo del crimen, entre otros. Cabe señalar que existe todo un mercado de suministros para la comisión de delitos y que se especializan en el aprovisionamiento de insumos, armas y demás recursos necesarios para consumir crímenes de cualquier naturaleza.

- Costos de tiempo y de “una segunda mejor alternativa” (*second best*): Lugar de cometer un acto ilegal en lugar de hacer otra cosa. Los delincuentes en la medida que realizan una actividad al margen de la ley, representan en términos sociales una pérdida en términos agregados pues, dentro de la legalidad podrían ser productivos. Como han seguido el curso de acción de inclinarse hacia la delincuencia, el costo que ello representa es lo dejado de hacer y que, económicamente, se traduce en un costo de oportunidad.

- Costo psicológico: Lo que en algunos casos para el comportamiento criminal puede resultar una ganancia, en otros casos puede representar un costo; a modo de ejemplo podemos mencionar el miedo, la ansiedad, la aversión por el riesgo, el sentimiento de culpa o el remordimiento, entre otros aspectos.

- Costo del castigo esperado: Este concepto es la base del aporte económico a la Teoría del Crimen y el Castigo. No es otra cosa que aplicar la teoría de precios a este tópico. Entonces el “precio” de delinquir, es la pena. No en vano, popularmente la gente suele referirse a quien comete un delito y es aprehendido, que “le resultó caro su conducta” o que “pagará su delito”.

Detengámonos sobre este último punto: cuando hablamos que la pena es el precio de delinquir que el costo mayor que asume el delincuente está constituido por la pena, debe entenderse ello no en términos nominales sino en términos probabilísticos. Este concepto es clave. Las sanciones penales deben estimarse en base a lo que la Economía y la Estadística denominan “Valor Esperado” o Esperanza Matemática que es el producto de la probabilidad de un suceso multiplicado por su valor. En el caso del Derecho Penal el castigo es probabilístico, es un valor esperado.

Con las premisas antes reseñadas ya podemos construir un modelo de la conducta criminal. Así podemos explicar el comportamiento delictivo racional como aquella circunstancia según la cual el objetivo del delincuente es maximizar su utilidad teniendo en consideración tanto los beneficios como los costos esperados traídos a valor presente de la actividad criminal. Entonces el criminal delinquirá cuando su utilidad neta sea positiva, esto es la diferencia entre la ganancia menos el castigo esperado. Lo podemos sintetizar en la siguiente ecuación:

$$Ud \geq S (pS)$$

Donde:

$$S (pS)$$

$$S (pD + pC + pE)$$

Trataremos de explicar cada variable: “*Ud*” hace alusión a la utilidad del delincuente, mientras que “*S (pS)*” es la sanción, multiplicada por la probabilidad de la sanción, lo que hemos indicado que es el Valor Esperado de la sanción. Ahora bien, si descomponemos “*(pS)*”, es decir, la probabilidad de la sanción, esta será el resultado de sumar la probabilidad de ser detectado “*pD*”, más la probabilidad de ser capturado “*pC*”. Hasta aquí es el modelo desarrollado por la literatura económica y, principalmente, el modelo de Becker. No obstante, yo me he permitido introducir al modelo una variable adicional que es “*pE*” que está referida a la probabilidad de efectivamente cumplir la sanción. Este agregado -en cualquier caso, un atrevimiento de mi parte- obedece al

hecho que, en nuestro país muchas veces, se detecta a una persona cometiendo una infracción, se le sanciona, pero la sanción cae “en saco roto”, es decir, nunca se cumple, lo cual es mucho más frecuente de lo que imaginamos y la evidencia empírica está a la vista.

Todo lo expuesto precedentemente podemos ejemplificarlo copiosamente: El primer día de clases en mi curso de Análisis Económico del Derecho, le pregunto a mis alumnos sobre cuántos de ellos han cruzado en las últimas 24 horas con cruzar la calzada por el medio de ésta, vale decir, sin observar los senderos peatonales señalados en las esquinas. Como es obvio, todos los alumnos aceptan haberlo hecho. Entonces les pregunto si conocen que dicha conducta constituye una infracción que se sanciona con una multa de S/ 83.00. La mayoría, sino todos los alumnos saben de la existencia de la norma. La siguiente pregunta cae por su propio peso: Si lo saben ¿por qué lo hacen? Y la respuesta que comúnmente recibo es “porque no me va a pasar nada”. Y no les falta razón: si la multa es de S/ 83.00 pero la probabilidad de que te detecten es nula, esto es 0, el resultado es 0. No necesito siquiera incorporar otras variables para concluir que la norma, así planteada, no se cumple y, si no se cumple, es como si no existiera.

La explicación del por qué no se respetan las luces rojas de los semáforos durante la madrugada, se explica por esta norma; la probabilidad de ser detectado y/o ser sancionado es muy baja sino nula, por lo que, dentro de la lógica del conductor será eficiente ignorar la señal del semáforo pues eso le generará un beneficio marginal, a saber, llegar más rápido: si el tiempo un costo, llegar más pronto a casa importa un ahorro.

Esta sola variable nos lleva a una reflexión central respecto de la forma en que se legisla y se ha venido legislando en materia penal en los últimos años. Creemos que incrementando nominalmente las penas, resolvemos el problema, pero eso es un espejismo y una política torpe e inútil, aunque políticamente atractiva. Y se pierde de vista el objetivo central y las finalidades del Derecho Penal antes comentadas. Si, como política pública se pretende incrementar la eficacia de una sanción, no es necesario incrementarla en

términos nominales; debería bastar con incrementar la probabilidad de detección y/o la probabilidad de sanción y/o de efectivo cumplimiento y se alcanzará un resultado igual o mejor. Recuerdo que, hace algún tiempo se incrementó significativamente una modalidad de robo a los estudiantes en el paradero de una universidad, aprovechándose la oscuridad de la zona. Hecha pública la denuncia, se redobló la vigilancia por parte de la policía y se mejoró la iluminación de la zona lo que, de acuerdo a nuestro modelo, incrementó la probabilidad de detección y, correlativamente elevó el “precio” de delinquir, lo cual a su vez, reportó una significativa reducción en la ocurrencia de este tipo de delitos.

Siguiendo con los ejemplos, hace unos años me tocó dirigir una investigación de unos alumnos sobre la correlación entre las noticias y los cambios normativos relacionados con el incremento de sanciones. Se utilizó un caso concreto: el robo agravado. La evidencia demostró que cada vez que la prensa destacaba un robo especialmente llamativo o relevante, inmediatamente surgían iniciativas legislativas que luego se plasmaban en leyes que incrementaban las penas por la comisión de este delito. Lo curioso era que pese a que, dentro del lapso objeto de análisis se modificó hasta 4 veces la norma incrementando sucesivamente las penas, la curva del delito se mantuvo horizontal, esto es, la cantidad de robos se mantenía constante. A la luz del experimento, era claro que se había producido el fenómeno que denomino “legislar para la tribuna” y que es práctica cotidiana de los congresistas en nuestro país donde el análisis costo beneficio de las normas no existe y lo único que se busca es obtener el aplauso de la gente pues la norma “suena bien” pero vista desde los ojos de la Economía, es absolutamente inútil o en algunos casos, peor aún, genera efectos perversos como se verá más adelante.

Es menester llamar la atención que, el modelo de Becker bajo análisis, parte de algunas suposiciones axiomáticas, conforme al método económico:

- Suponemos un delincuente informado, esto es, que conoce los costos, beneficios y las probabilidades asociadas al delito.

- Suponemos un delincuente neutral al riesgo.
- Suponemos que todos los costos y beneficios del delincuente son monetarios.

Como ha sido expuesto a lo largo de esta tesis, la asunción de determinados supuestos (así no sean una verdad absoluta en todos y cada uno de los individuos) permiten establecer conclusiones de carácter general, lo cual es consistente con el método axiomático deductivo de la Economía. Por tanto, esa aparente simplificación de la realidad -que reprochan algunos detractores de este método- tiene una finalidad práctica que se condice con la evidencia posterior, de allí que desdoblemos en estudio de la economía en forma positiva y normativa, lo cual ha sido expuesto extensamente. Por lo mismo podemos concluir que, aun cuando estas premisas, no son apreciables en todos los casos, ello no invalida el modelo económico desde el punto cualitativo, lo que quiere decir es que no afecta el nivel de las predicciones. Sin embargo puede afectar cuantitativamente las predicciones, lo cual exige profundizar el análisis y las variables que se incorporen para el análisis empírico.

A partir del modelo en cuestión podemos concluir de modo categórico que el cumplimiento de las metas económicas del Derecho Penal dependerá de dos variables: La disuasión óptima y el castigo eficiente.

3.2.2. La disuasión óptima y el castigo eficiente

En este acápite vamos a desbrozar el modelo descrito en el acápite precedente y entender cuáles son los parámetros mínimos a los que debe apuntarse con el objetivo de alcanzar un adecuado resultado en términos de bienestar social.

El diseño de una política pública exige un trabajo de cierta complejidad. Ello porque la criminalidad tiene dos características ampliamente estudiadas. La primera es que el crimen debe ser entendido como un fenómeno organizado y no aislado, esto es, que un determinado tipo delictivo, conlleva la comisión de

otros delitos porque en la mayoría de los casos se retroalimentan. Probablemente quien más ha estudiado en el tema es el investigador argentino y profesor de la Universidad de Columbia, Edgardo Buscaglia (2015), quien a partir de una disciplina que él denomina “jurimetría” ha establecido un stock de delitos en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional -conocida como Convención de Palermo, y estudia la articulación entre el poder y la penetración del crimen en éste. En efecto, pongamos un ejemplo, el narcotráfico es un delito que, a su vez, es fuente generadora ex ante y ex post de otros delitos, como el contrabando, la trata de personas, el suministro de productos prohibidos, el lavado de dinero, la extorsión, el sicariato, entre tantos otros. La segunda característica es que el crimen muchas veces no desaparece sino que muta en sus modalidades y ello tiene que hacer, por el incremento en el costo de un determinado delito -entiéndase, el incremento del valor esperado de la sanción- frente a otro que reporta un menor costo para el criminal en los mismos términos. A eso me refería cuando decía en párrafos precedentes que ciertos delitos “se ponen de moda” pues se incrementa ostensiblemente su frecuencia hasta que, a partir de la variación positiva de algunas de las variables del modelo antes estudiado (bien sea por el incremento de la pena, pero en mayor medida, el incremento de la probabilidad de detección, de castigo, o de efectivo cumplimiento) el fenómeno que opera es que la criminalidad se traslada a otro tipo de delito. Si antes los secuestros al paso eran los que llamaban la atención de la población a partir de las noticias (el fenómeno de la prensa y su influencia en las políticas públicas de combate del crimen es un tema que amerita una tesis), luego fueron los marcajes de la gente que salía de los bancos; cuando se alteró positivamente alguna de las variables del modelo -en este caso concreto, la detección- pasamos a la figura del “raqueto” que hoy ocupa portadas, hasta que otro delito “se ponga a la moda”.

El problema de fondo está, como señalaba antes, en la forma en que diseñamos las políticas públicas para enfrentar el crimen. Abordamos los delitos como “islas” y no entendemos la racionalidad detrás del crimen, por lo que el modelo es indispensable para repensar el tratamiento legislativo de esta materia. Un ejemplo positivo acaso fue el del uso de los cinturones de

seguridad en Lima: 20 años atrás era imposible ver a alguien utilizarlo y hasta era socialmente visto como algo fuera de lugar, no obstante que la norma de tránsito exigía su uso. Se hicieron 3 cosas bien pensadas: Se incrementó significativamente la probabilidad de detección y castigo -con lo cual se encareció la inobservancia de la norma-, se delegó esta función en la policía femenina que, estadísticamente, es menos corrompible que la policía masculina (con lo cual se incrementaron los costos de eludir la sanción mediante una coima) y se intensificó la información respecto de las ventajas del uso de los cinturones de los cinturones de seguridad. Hoy podemos decir que el uso de este accesorio está internalizado plenamente en los conductores y hasta se ha producido un fenómeno conductual muy curioso -digno de estudio por parte del Behavioral Economics- que hay un efecto reputacional que origina que quien no observa la regla del uso del cinturón de seguridad es reprochado socialmente. Lamentablemente este saludable ejemplo no es la regla en el cumplimiento de las normas legales, sino penas una excepción. Ya que hablamos de tránsito, otro ejemplo significativo puede ser el análisis comparativo de accidentes de tránsito entre dos localidades colindantes, Lima y Callao. Esta última no registró ninguna muerte como consecuencia de accidentes de tránsito, mientras que la estadística en Lima es obscena. No es difícil determinar las razones de tamaña diferencia, ambas tienen controles de velocidad, pero mientras en un caso (Callao) esto se hace a través de medios electrónicos -imposible de ser sobornados-, en el otro (Lima) el control lo hacen los policías. La corrupción es pues, un factor que incide directamente en los costos asociados a la decisión de delinquir en la medida que reducen el costo de detección del castigo para el delincuente y, con ello, el valor esperado de la pena. Una evidencia categórica más es el hecho que, cuando se incrementan las multas de tránsito, éste no mejora en absoluto y los únicos que ganan son los policías toda vez que éstos incrementan los costos de evitar la sanción a través de dádivas que aún, en términos comparativos, resulta más conveniente para el conductor que el hecho de cumplir la sanción.

De esto trata el fenómeno de la disuasión, es necesario buscar un equilibrio - en términos económicos- que maximice la inversión de recursos para mitigar y reducir el efecto de las conductas delictivas.

Lo expuesto, puede subsumirse en una premisa general; La eficiencia requiere que se escojan los gastos de disuasión de tal modo que minimicen los costos sociales netos esperados siendo que:

$$\text{Costo social neto esperado} = \text{Daño neto esperado} + \text{Disuasión}$$

Visto así, el tema no resulta complejo, pero si lo es si incorporamos algunas variables, como la elasticidad, la distorsión en términos relativos de la disuasión y los efectos no pretendidos o perversos.

No todos los delitos reaccionan de la misma forma ante un incremento o reducción de los costos de delinquir, conforme al modelo que hemos venido empleando para explicar la teoría económica del crimen y el castigo. En efecto, hay algunos casos en los que un incremento del valor esperado del castigo trae consigo una disminución de la cantidad de delitos, hay otros en los que, cualquiera sea el castigo esperado, el nivel de ocurrencia de un determinado delito será el mismo. Este concepto lo hemos explicado ampliamente en el Capítulo anterior y está referido a la elasticidad-precio. Así, algunos casos ciertos delitos serán elásticos a una variación en el “precio” (entiéndase que nos referimos a la sanción) como, por ejemplo, la evasión tributaria. Hay otros casos, sin embargo en los que la variación de la sanción no apareja una disminución del delito, como es el caso de los crímenes pasionales, esto es, son inelásticos a una modificación del castigo. En este último caso, cualquiera sea la sanción que se imponga, el nivel de crimen se mantendrá constante.

Así las cosas ¿cuál es la pena óptima en el caso de los delitos inelásticos cuando sabemos que, sea cual sea, siempre la curva será horizontal? Económicamente, la sanción óptima es 0, pues cualquier otra representa un uso ineficiente de recursos en la medida que la inversión no altera marginalmente la curva de crímenes. Cuando digo esto en caso, suele ocurrir que la reacción del grupo es inmediata pues interpretan que lo que estaría sugiriendo es que a los feminicidas (una modalidad predominantemente pasional) hay que soltarlos a la calle. Nada más lejano a ello, lo que estamos afirmando

es que hay que privilegiar el uso de los recursos a la prevención, más que al castigo; en otras palabras, el método apropiado para disuadir el delito lo constituye atacar las causas básicas ex ante del delito: educación, empleo, pobreza, marginalidad, exclusión familiar, salud mental, etc.

El otro problema, está relacionado con la forma en que nuestros legisladores abordan la prevención y castigo del crimen. Cuando un delito toma notoriedad, inmediatamente suben las penas sin ningún criterio técnico y, al hacer esto de modo repetitivo, lo que se genera al final es una distorsión en términos relativos. En Economía, los indicadores absolutos expresan cantidad numérica y los relativos se obtienen de una relación de cálculo entre una variable respecto a otra de diferente magnitud. Aplicado al caso concreto, resulta que delitos que ocasionan un mayor costo social, tienen una pena benigna, mientras que delitos que ocasionan un menor costo social, se le aplica una sanción más severa. Este efecto se produce como consecuencia de modificar aisladamente las sanciones según “lo pida la gente” y sin ningún criterio proporcional ni, mucho menos con un análisis costo-beneficio previo.

La tercera cuestión por abordar es el efecto perverso de la adopción de determinadas penas. Muchas veces se ha propuesto la pena de muerte para los violadores de menores. Un crimen tan execrable como este, genera una reacción unánime de repudio que queremos remediar con la aplicación de la pena más grave, la pena de muerte -sobre su pertinencia nos referiremos más adelante- como un clamor popular. El método económico nos permite corroborar que, implantar la pena de muerte para estos delitos es contraproducente pues, por un lado, no va a reducir el número de violaciones -delito que tiene tendencia inelástica- y, por el contrario, va a incrementar el número de homicidios. Si partimos de la premisa del comportamiento racional, el violador, tiene incentivos para reducir el costo probabilístico del crimen, siendo una de sus variables, la posibilidad de ser detectado. Y la mejor forma de hacerlo es eliminando la evidencia, es decir, no solo violar sino también matar al niño, máxime si el costo marginal de hacerlo es igual a 0, toda vez que, en tanto que la violación le supone la pena máxima, no se puede matar

dos veces a una misma persona. En otras palabras, peor no le puede ir si viola a la criatura, pero sí le podría ir mejor, si es que la mata. El Derecho al revés. Pasemos ahora a analizar el otro tópico de este acápite y es el relacionado al castigo eficiente. Llamamos castigo eficiente a aquella política pública de sanción que permite, a un menor costo, cumplir la finalidad principal del Derecho Penal desde la perspectiva económica.

Se formulan 2 grandes grupos:

- Penas no monetarias (cárcel)
- Penas Monetarias (multa¹⁵)

Ambos castigos, tienen ventajas y desventajas: trataremos de analizarlas brevemente en esta tesis para lo cual el método económico es especialmente útil.

Veamos en primer lugar las penas privativas de la libertad, puntualmente, la cárcel. Por el lado de los beneficios tenemos que genera, teóricamente, 4 beneficios sociales, a saber:

- Disuasión
- Retribución (*absolver al inocente y castigar al culpable*)
- Incapacitación
- Rehabilitación

Alcanzar los beneficios antes descritos dependerá en gran medida del sistema carcelario de cada país. Por ejemplo, la disuasión, esto es la pérdida de libertad

¹⁵ Utilizaremos este término para fines puramente metodológico, pero que se entienda que no nos estamos refiriendo a la multa en el sentido administrativo del término, sino a la pena pecuniaria.

que, inherentemente, supone un alto costo para el criminal, no lo es tanto si no tiene mayores alternativas de resocialización o reinserción social. Es frecuente ver presos que han establecido negocios al interior del propio centro carcelario (cuando éste lo permite) por lo que se diluye su interés de salir de la cárcel. La incapacitación también es muy relativa, pues en países con sistemas carcelarios precarios como el nuestro es frecuente que los criminales sigan delinquiendo desde la cárcel, dirigiendo sus operaciones con el uso de celulares, emisarios, etc. Las labores de inteligencia y seguridad en nuestras cárceles constituyen una de sus principales falencias. Por último, la rehabilitación es poco probable en cárceles donde no se desarrollan actividades que propicien este objetivo en forma masiva y, muchos casos la evidencia revela que los ratios de reincidencia son muy superiores a los de rehabilitación.

La cárcel es probablemente el más costoso de los castigos para la sociedad, pues supone mantener a una persona que, en otras circunstancias, podría ser económicamente productiva. En tales circunstancias el costo de oportunidad se eleva, lo cual se agrava con el hacinamiento y la escasez de programas de rehabilitación, pues conduce inexorablemente a la reincidencia y sobrepoblación penitenciaria. Se ha planteado muchas veces la posibilidad de privatizar las cárceles -que en algunos países ya existe- sin embargo en algunos casos se ha cuestionado que ello podría suponer una claudicación del poder coercitivo del Estado a favor de los privados -lo cual estimo que no es tal-, pero lo más relevante es el presupuesto per cápita que el Estado asigna a cada prisionero que en países como el nuestro es muy limitado, lo cual hace poco rentable y atractiva la inversión privada.

Frente a las penas privativas de la libertad, la teoría estudia la eficiencia de las penas pecuniarias. Comparativamente con las cárceles, el costo social es significativamente más bajo, sino nulo pues operan como un mecanismo de transferencia de utilidad y entonces no irrogan "teóricamente" gasto, al tiempo que pueden permitir la compensación perfecta a las víctimas restituyendo el statu quo, como en el caso de los denominados crímenes de cuello blanco pues se cree que podrían operar como mecanismo de mayor disuasión para quienes

tienen dinero toda vez que se les estaría “golpeando donde más les duele, el bolsillo”. No obstante, este tipo de sanciones también tiene problemas, Si las multas solo quedan a nivel de transferencia de utilidad, entonces existe en términos reales una pérdida social neta y el criminal, técnicamente, vuelve a su estado anterior a la comisión del crimen sin más. Probablemente la principal objeción es que muchos las consideran inmorales, pues constituyen un “precio” para delinquir. Es más, en muchos casos serían totalmente inocuas si el criminal no tiene patrimonio alguno -con lo cual se pueden sustraer fácilmente del cumplimiento- y, en muchos delitos no patrimoniales, su efecto es prácticamente nulo.

Entre estos dos extremos, la cárcel y las penas monetarias, tenemos un sinnúmero de formas intermedias, como por ejemplo la prisión domiciliaria -de un alto costo de oportunidad para la sociedad por la inversión de recursos de vigilancia- los trabajos comunitarios, los grilletes electrónicos, etc. deberá sopesarse en cada caso en particular la mejor opción en atención a los fines perseguidos.

Un párrafo aparte quiero dedicarlo a la pena de muerte. Debo advertir que este enfoque está despojado de consideraciones morales o constitucionales. Desde una perspectiva estrictamente económica, deberíamos considerar los costos y los beneficios implicados en la decisión de aplicar la pena de muerte y si ello impacta en la disuasión óptima del delito. Partimos de la premisa que la pena de muerte está reservada para aquellos delitos de mayor gravedad o lesividad para la sociedad. Siendo así, es especialmente relevante analizar el tema relacionado al *deterrence* antes comentado. La literatura económica no se ha puesto de acuerdo respecto al efecto disuasivo de la pena de muerte: De hecho, la mayoría de los estudios se inclinan a establecer que la disuasión es muy baja. Si a ello confrontamos dos variables significativas, esto es, el altísimo costo de la pena -pues contrariamente a lo que se piensa la pena de muerte es altamente costosa por el despliegue de recursos para la prueba- y la irreversibilidad del error judicial, me inclino por considerar que debe optarse por otras penas menos radicales si, a todo ello, le sumamos los efectos perversos que en algunos casos puede ocasionar, además de un sesgo que revela la

evidencia empírica según la cual, una vez tolerada la pena de muerte, hay una propensión a extenderla cada vez a más tipos criminales, elevándose los costos ya expuestos.

Hemos hecho una sumarísima presentación del enfoque económico aplicado al crimen y el castigo. Hay mucho que decir, pues este enfoque es útil para analizar todos los delitos, uno por uno, incluso aquellos denominados “delitos sin víctimas” como la prostitución, proxenetismo o eutanasia. Sin embargo el tema puede ser abordado por muchos trabajos académicos.

Por último quiero referirme a un tema paralelo pero no menos importante que tiene que hacer con la posibilidad de autodefensa a través del mecanismo de posesión de armas. El tema es muy polémico, sin embargo son especialmente brillantes los estudios de John Lott Jr. en un famoso y provocador libro “More Guns, Less Crime” (2010). Partimos de la premisa que si bien es cierto que la labor de la policía es plausible en la persecución del crimen, lo cierto es que en la mayoría de los casos llegan después de consumado el delito a la escena del crimen. Los tiempos de respuesta pueden variar, pero esta premisa es indiscutible. En consecuencia ¿las potenciales víctimas deberían actuar pasivamente o tener un rol más activo incrementado los costos del delito para el criminal? El hecho que las víctimas puedan defenderse a través de la tenencia legal de armas puede coadyuvar a la disuasión. Lott Jr. demuestra que en todos los lugares donde se han prohibidos las armas el crimen se incrementa y para ello hace uso de métodos rigurosamente económicos que tienen incidencia directa en el Derecho. Probablemente, si salimos a hacer una encuesta en la calle y preguntamos a la gente si está de acuerdo o no en flexibilizar la posesión de armas, la respuesta probable será negativa, pues creerán que se incrementarán los crímenes. Para esto sirve el razonamiento interdisciplinario del Derecho y la Economía. Es objetivamente demostrable todo lo contrario: En primer lugar porque más armas no implica que haya más criminales armados, pues éstos no compran armas legales, sino en mercados paralelos o mercados negros. Y porque la evidencia revela que aun en los casos que se han reportado en los últimos años de tiroteos con un gran número

de víctimas, éstos se produjeron en estados donde estaba prohibida la posesión de armas.

He querido dejar para el final este ejemplo para corroborar lo que ya decía Bastiat en 1850 a propósito de su famosa Falacia del Cristal Roto "*Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*" (Lo que vemos y lo que no vemos). Por eso el método económico tiene un valor instrumental tan significativo.

3.3. El sistema de Justicia y el Método Económico

Recuerdo con afecto y gratitud las clases que dictaba en la Universidad Complutense de Madrid el recordado maestro Santos Pastor Prieto. Él iniciaba su primera clase sobre el Análisis Económico de la Justicia con una pregunta ¿cuál crees que es el problema más grande del sistema judicial de tu país. Como la mayoría de los alumnos proveníamos de Latinoamérica, surgían respuestas comunes que el gran Santos Pastor anotaba en la pizarra: corrupción, limitación de recursos, sobrecarga procesal, falta de predictibilidad, abuso de recursos dilatorios, costos elevados, falta de preparación de los operadores de justicia, burocracia, procesos engorrosos, etc. Luego de ver la lista en la pizarra, todos nos sentíamos identificados con lo escrito allí, de modo tal que, probablemente, la respuesta más ajustada era "todas las anteriores".

En mi experiencia docente he tratado siempre de replicar esta dinámica propuesta por el desaparecido maestro español. Y los resultados que dan mis alumnos, son prácticamente idénticos. Está claro que la Justicia no anda bien y los medios que tiene el Derecho para poder resolverlos a partir de su propia dogmática es totalmente limitada ante la ausencia de indicadores y explicaciones que solamente pueden ser observables a partir del método económico.

Los aspectos que tienen que hacer con la Administración de Justicia son de distinta naturaleza y respecto de cada uno de ellos existen indicadores y metodologías muy rigurosas para medirlos. Probablemente el primer problema que existe en la problemática de la Justicia es la ausencia de una data

confiable, aun cuando hay que reconocer que hay esfuerzos por parte del sistema judicial de nuestro país para mejorar la información. Sin información no es posible implementar reforma alguna.

Sin embargo, como veremos en este acápite, el problema no compromete únicamente al Estado -y con ello nos referimos a todos quienes están relacionados con el aparato judicial, lo cual comprende a Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial y demás órganos- sino también alcanza protagónicamente a abogados y a los propios litigantes. Por ello, Santos Pastor -probablemente quien, en vida, fuera el más importante investigador del enfoque económico de la justicia en Iberoamérica-, consignaba una relación de tópicos que debían medirse para efectos de efectuar las acciones pertinentes destinadas a corregir los defectos encontrados, proponiendo para cada uno de estos extremos, una metodología específica de indicadores, a saber:

- Independencia institucional e individual, imparcialidad.
- Ausencia de sesgos e igualdad.
- Competencia profesional e idoneidad moral.
- Transparencia y ausencia de corrupción.
- Acceso de todos y en especial de los desfavorecidos; decisiones inteligibles.
- Eficiencia de la oferta y demanda.
- Eficacia general y de la ejecución.
- Agilidad, que causa dilación y congestión.
- Calidad de trato, de las resoluciones, los insumos y procesos.

- Previsibilidad o seguridad jurídica.
- Responsabilidad, rendición de cuentas.
- Legitimidad.

No es objeto de este trabajo detenerse en cada uno de los rubros antes detallados; a partir de la constatación de que los problemas son de distinta naturaleza y los sistemas procesales son de diversa lógica y estructura, el análisis económico del proceso en su esencia es válido para todos los esquemas. Es por ello por lo que el enfoque económico que efectuaremos tiene que hacer básicamente con resolver la interrogante ¿Cuándo conviene litigar?, lo cual tendrá que estar en función a los costos del proceso frente a los valores esperados del resultado. A ello le agregaremos algunos modelos adicionales que explican la realidad del sistema de Justicia en países como el nuestro y que solamente pueden ser observados con el auxilio de herramientas económicas.

Sin embargo y como telón de fondo a todo el desarrollo que viene a continuación debemos tener como premisa de base que la función social de la Justicia es hacer real el valor nominal del derecho al menor costo social. ello supone rapidez, certidumbre y sobre todo, debe dar señales claras de garantizar la vigencia de los derechos y libertades, a fin de que los agentes lo tengan presentes en sus decisiones futuras.

3.3.1. La decisión de ir a juicio

No es difícil comprobar que la gente litiga más de lo que debiera. Sin embargo el Derecho no alcanza para explicar el porqué de este fenómeno.

De ordinario, los individuos acudimos al sistema de Justicia en busca de tutela jurisdiccional (ya veremos algunas desviaciones del modelo). En términos más

simples, recurrimos a un juez para que y porque queremos que ampare nuestro derecho, que nos dé la razón. Y ello ocurre porque creemos que tenemos la razón y entonces tiene sentido invertir un determinado nivel de recursos (entiéndase como tal, los costos inherentes al proceso, tasas y aranceles, conciliación extrajudicial como condición previa en algunos casos, abogados, tiempo y, en algunos casos otros costos al margen de la ley, como por ejemplo, pagar a ciertos auxiliares de justicia para acelerar nuestro proceso, entre otros) pues estimamos que los beneficios de ganar el juicio son superiores. Así las cosas, tenemos como primera variable que el resultado del proceso es un Valor Probabilístico esto es, la ganancia esperada del proceso ponderado por la probabilidad de ganarlo. Ya conocemos este concepto y se llama Valor Esperado.

Podemos explicar el comportamiento litigioso racional como aquella circunstancia según la cual el objetivo del individuo es maximizar su utilidad teniendo en consideración tanto los beneficios como los costos esperados traídos a valor presente de la actividad procesal. Entonces el individuo “pleiteará” cuando su utilidad neta sea positiva, esto es, como hemos dicho, la diferencia entre el valor esperado del derecho legal menos el costo del proceso (Cooter y Ulen, 2008). La Justicia en muchos casos es probabilística: En el Derecho Procesal es el valor de la pretensión multiplicada por la probabilidad de ser efectivamente amparada.

En base a estas nociones preliminares y recurriendo al método económico ya podemos construir un modelo:

La gente litiga en función a 2 variables:

La ganancia esperada

La pérdida probable

Si la situación es:

$$P1Q - C1 \leq P2Q + C2 \leftarrow \text{No debería haber litigio}$$

Donde:

P1: Probabilidad que el Demandante 1 gane el caso

P2: Probabilidad que el Demandante 2 pierda el caso

Q: Cantidad en juego
C1: costo de litigar para 1
C2: Costo de litigar para 2

Estamos asumiendo que el costo es el mismo para cualquiera de las partes

El pleito se produce cuando $Q(P1 - P2) \leq 2C$

De lo expuesto concluimos que, cuando mayor es la divergencia sobre el resultado probable que cada uno piensa sobre el resultado del proceso, se incrementa el ratio de juicios. El problema es que, normalmente, en sociedades como las nuestras, ambas partes creen tener la razón, por lo que, se litigará más de lo que la realidad ordena. La Teoría de los Juegos nos lo podría explicar igualmente teniendo como estructura del proceso la de un Juego No Cooperativo -toda vez que ninguno de los agentes quiere compartir información- con información imperfecta, donde cada jugador busca obtener una ganancia y maximizar ésta a costa de su contraparte, en muchos casos, teniendo las características de un Juego de Suma Cero¹⁶.

Aterricemos el modelo a situaciones concretas que se dan cotidianamente en nuestra realidad. Lo que ocurre generalmente es que, en un conflicto determinado, ambas partes creen tener la razón, a pesar de que es evidente que, cuando los intereses son opuestos, ello no es posible. Sin embargo, ambas partes recurren al litigio y activan todo el aparato de Justicia. Aquí se hace palpable uno de los problemas más relevantes del sistema de Justicia y es la falta de predictibilidad.

Anticipar el resultado de un proceso en el Perú es un albur. Vemos que en unos casos los jueces fallan en un sentido, mientras que en casos idénticos, otros fallan en sentido diferente. La ausencia de un criterio unívoco genera incentivos

¹⁶ Un juego de suma cero es aquel en el que la ganancia de una de las partes es correspondiente o equivalente a la pérdida de la otra parte. Un ejemplo simple podría ser el regateo con un taxista, el ahorro del pasajero es equivalente a lo dejado de percibir por el taxista. Esto se reproduce mutatis mutandi en muchos procesos judiciales.

para que cualquier potencial litigante tenga incentivos para acudir al sistema de Justicia. Una medida que puede reducir la incertidumbre respecto del resultado del proceso es la formulación de precedentes vinculantes y plenos casatorios, no obstante, éstos son poquísimos respecto de la gran variedad de temas controvertidos y que son justiciables.

Retomando la idea del modelo, éste presenta una realidad concreta, si la parte A considera que va a tener un resultado favorable y si la parte B también piensa que va a ganar y, en consecuencia hay una sustancial divergencia respecto de la proyección sobre el resultado del proceso, habrá juicio. Contrariamente, si A sabe que va a ganar el Juicio y B sabe que va a perder, en otras palabras, ambos coinciden respecto del resultado probable del proceso, existen incentivos para evitar el juicio, pues B, preferirá promover un arreglo que, en términos de costos, es más atractivo para A comparativamente con acudir indefectiblemente a un proceso judicial. Encuentra fundamento aquí para A la frase *“más vale un mal arreglo, que un buen juicio”* lo cual se traduce en un ahorro respecto del costo de oportunidad y de impredecibilidad del resultado.

Hay casos sin embargo en los cuales este modelo parecería fallar pues, aún bajo la certeza que una de las partes sabe que va a merecer un fallo desfavorable, tiene interés en ir a juicio. Un buen ejemplo lo encontramos cada día en miles de casos de arrendatarios que, ante el vencimiento del contrato y la obligación de devolver el inmueble, prefieren quedarse hasta que sean desalojados y lanzados judicialmente, por lo que el proceso les cae bien, pues les representa en promedio 2 o 3 años de vivir en un inmueble sin pagar renta, hasta que haya una resolución definitiva.

El problema no está en el modelo, sino en externalidades originadas por comportamientos oportunistas de los litigantes que, en la medida que no son internalizados por quienes lo hacen o promueven, maximizan su beneficio en detrimento del sistema de Justicia. Porque no solamente es el hecho que el arrendador se ve privado de disponer de su propiedad, sino que la judicialización del caso afecta a los demás litigantes que sufren de la sobrecarga procesal y los mayores costos de sus respectivos casos. Esto es

fácilmente observable a través de un ejemplo real: un arrendatario que paga una renta de, por ejemplo US\$ 500.00, debe entregar el inmueble al vencimiento, pero un amigo le avisa que conoce un abogado que “le hace durar el proceso” 3 años. Recurre al inescrupuloso letrado y este le propone un honorario mensual de US\$ 200.00 y le garantiza “3 años de estabilidad”. El arrendatario incumplidor hace su análisis costo beneficio y calcula “si antes pagaba US\$ 500.00 ahora pagaré US\$ 200.00 lo que me representa un ahorro de US\$ 300.00”. Negocio redondo. Mientras tanto, el abogado se encarga de empapelar el proceso mediante variaciones de domicilio, devoluciones de cédulas, interposición de nulidades y demás artificios. Cuando ya es inminente el lanzamiento luego de varios años de un engorroso camino, el arrendatario incumplidor se retira voluntariamente, siendo inubicable para que se le demande por la renta devengada y, como ocurre con mucha frecuencia, el inmueble es abandonado en condiciones desastrosas. Este caso que es cosa de todos los días, genera un conjunto de externalidades: sobrecarga procesal, una menor oferta de inmuebles destinados a arrendamiento o un incremento en el valor de las rentas que se fijan en el mercado e inclusive una distorsión en la modalidad de contratación. Sobre esto último, mucha gente que arrienda inmuebles no hace contratos de arrendamiento sino que recurre a Centros de Conciliación para celebrar acuerdos que, en tanto están incorporados en un acta que tiene la naturaleza de cosa juzgado, es ejecutable a un menor plazo que lo que representa un proceso de desalojo, con lo cual se encarece los costos de transacción y desvirtúa el sentido de un sistema -la Conciliación Extrajudicial- que, por lo demás, sirve para poco o nada como veremos más adelante.

He dejado para el final de esta descripción el hecho que, detrás de todo este despropósito, hay un personaje protagónico. El abogado. Esto merece un estudio mucho más detenido.

3.3.2. El rol de los abogados en el proceso.

Hace algunos años, un amigo me contó un chiste relacionado a mi profesión. *¿En qué se diferencia un abogado a un cuervo? En que uno es rapaz, ladrón y traicionero, y si puede te saca los ojos, y el otro es un inocente pajarito negro.* La broma, obviamente no me hizo tanta gracia, pero es una de tantas que se hacen en relación a los abogados. Somos herederos de una nefasta fama de ser inescrupulosos, desleales, ineficientes y pleitistas. Para la mayoría de la gente, los abogados lejos de resolver los problemas, los complican aún más. Y muchas veces no les falta razón. Trataré de explicar a través del método económico el porqué de tan mala reputación que a todos los que actualmente estamos en el ejercicio de la profesión nos toca revertir. Mas grave aún es que existe evidencia empírica del efecto negativo de los abogados en la sociedad Tanzi y Davoodi (2000) concluyen en un estudio que una sociedad es desarrollada o no, comparando el número de abogados con el de ingenieros. cuando hay más abogados que ingenieros, la riqueza recircula, se busca renta. Cuando abundan los ingenieros, se genera más valor agregado y por tanto más riqueza.

A propósito del ejemplo del acápite anterior referido al arrendatario incumplidor, quiero contar una experiencia personal: Una vez acudió a mi despacho una persona cuyo contrato de arrendamiento del inmueble que venía ocupado estaba próximo a vencer. Fue directo a la pregunta *“¿Cuánto me cobra por hacer durar el proceso de desalojo, cuando menos 3 años?* Obviamente, mandé desalojar al sinvergüenza de inmediato, no sin antes oír de él que me dijera que no me ofenda, que ya tenía 2 propuestas y quería tener otra más para tomar una decisión.

El abogado es un actor central en el sistema de Justicia y, por lo mismo, gran parte de los problemas que hemos descrito precedentemente, son de su exclusiva responsabilidad, algunos de los cuales son los que pasaremos a exponer en este acápite.

A modo de cuestión previa y aunque resulte ocioso decirlo, soy abogado. Y pensé que mi habilidad profesional me la había dado invertir 10 años de mi vida en pregrado, post grado y estudios en el exterior, en todos los casos, en

universidades con un nivel de prestigio y exigencia alto, todo lo cual ha representado un alto costo que se traduce no solo en lo económico, sino en tiempo invertido, muchas privaciones y sacrificio. Hasta que un día me di cuenta de que, nada de eso, en mi país, servía para demostrar mi habilidad profesional, sino que el único determinante para ello era pagar S/ 18.00 todos los meses que corresponde a mis cotizaciones al Colegio de Abogados, (autodenominado “ilustre”, por alguna razón que hasta ahora no llego a explicar). Entonces tenemos que, frente a un abogado de aquellos que pululan en el mercado, que han estudiado en universidades que no tiene el más mínimo nivel de calidad educativa -muchas de ellas, hoy condenadas al cierre definitivo por no haber cumplido estándares mínimos- resulta que él es “hábil” para ejercer la profesión y yo no, siendo la diferencia que él pagó su cotización y yo no. El mundo al revés. Mas adelante me ocuparé de los colegios profesionales.

En el acápite anterior describimos el modelo que explica, a partir del método económico, la decisión de ir a juicio, en el que la probabilidad en el resultado era determinante. En principio, los abogados tenemos un rol determinante en la asignación de la probabilidad en el resultado pues, en tanto que tenemos un sistema de defensa cautiva, el cliente no puede prescindir de un abogado al momento de litigar. La explicación a este fenómeno es que la relación entre un abogado y su cliente es lo que en Capítulos y acápite precedentes hemos denominado una relación de agencia o relación agente-principal.

Como sabemos, en una relación agente-principal, las decisiones del principal - el cliente- dependerán de la información suministrada por el agente -el abogado- en tanto hay una asimetría de información, puesto que el abogado, en teoría, sabe más sobre los aspectos legales de una situación fáctica determinada, que el cliente. En términos más simples, muchas veces, sino en la mayoría de los casos, la decisión de ir a juicio depende de la recomendación que haga el abogado al cliente, siendo que, en muchos casos, los intereses del abogado no están alineados con los intereses del cliente y, por tanto puede recomendar la alternativa de ir a juicio -que le resulta más provechosa en términos de honorarios- que la de manejar otras opciones menos onerosas

para el cliente, lo que en Economía denominamos riesgo moral. Cuanto más juicios, mejor.

Esta situación es más frecuente de lo que pensamos: Me ha tocado entrevistarme con muchísimos clientes que, influenciados por inescrupulosos abogados, tomaron la decisión equivocada de ir a juicio, cuando las alternativas de solución eran otras. Esto no hace sino alimentar más la nefasta opinión que merecemos los abogados.

La explicación -además del *moral hazard*- se explica en un problema originado en la falta de alineamiento entre los intereses de los abogados y los clientes y ello transita por la forma cómo se pactan los honorarios. Si partimos idea puramente maximizadora y considerando que en muchos casos, el abogado gana más cuando más dura el litigio, tendrá una propensión a judicializar cualquier caso. Esto se agrava aún más si se le agregan otros incentivos perversos más extremos como el cobro de una suma fija mensual por llevar un juicio -muy usada en el país pero que es, sin duda alguna, la forma más inmoral de pactar honorarios- pues el abogado, lejos de buscar una solución rápida y eficiente para el cliente, tratará de dilatar infinitamente el proceso en detrimento de su patrocinado, pues ello implicaría dejar de cobrar. En el otro extremo está la famosa *quota litis* o compartir el resultado del proceso entre abogado y cliente. Esta forma es igualmente ineficiente, pues además de no estar exenta del riesgo moral, plantea una fórmula que genera un efecto perverso, pero esta vez, en detrimento del abogado. En mi experiencia como abogado he tenido muchos casos de clientes que me han propuesto asumir la defensa de un caso, bajo el esquema de *quota litis*, lo cual he rechazado, aun cuando el porcentaje ofrecido del resultado esperado pudiera ser atractivo. La explicación es simple: Si ganamos, gana el cliente y gana el abogado. Si perdemos, el cliente queda igual como estaba antes de iniciar el proceso y el único que pierde es el abogado. En otras palabras, el abogado ha subsidiado al cliente asumiendo un riesgo ajeno, lo cual no resulta admisible. Alguien podría cuestionar esta perspectiva alegando que, si el abogado no acepta este esquema de honorarios entonces, con mayor razón no hay que contratarlo ni pagarle bajo otra modalidad por sus servicios profesionales, pues ni él mismo confía en que

se va a obtener un resultado favorable, toda vez que de creerlo, no tendría por qué negarse a la cuota litis. Suena crudo decirlo, pero es la verdad: En el Perú nadie puede asegurar el resultado de un proceso, aun cuando tenga objetivamente fundados argumentos de la procedencia de su pretensión pues, como dijéramos al inicio de este acápite, nuestros sistemas de Justicia son totalmente impredecibles. Los abogados estamos acostumbrados a escuchar de nuestros clientes esta reiterada pregunta *¿Doctor; usted me asegura que vamos a ganar?* Y creo que cualquier respuesta es válida menos decir un “sí”, lo cual no solo es falso sino ilusorio, pues nadie puede asegurar algo que no depende exclusivamente de uno mismo. Suelo en clase decirles a mis alumnos que, el día que encuentren a un abogado que les asegure que va a ganar un juicio, a ese no lo contraten pues sencillamente, está mintiendo.

Como se aprecia hay una distorsión muy grave en el mercado de servicios legales. En otros casos, para la mayoría de la gente, el servicio de los abogados es medido en función puramente al tiempo invertido o la cantidad de hojas escritas. Suena raro pero es cierto. Alguna vez, una persona acudió a mi despacho a buscar asesoría profesional. Luego de evaluar el caso, decidimos que la solución transitaba por ir a un proceso judicial, siendo una condición previa acudir a la Conciliación Extrajudicial. Previamente alcanzamos un acuerdo de honorarios. En esa diligencia me encontré con un abogado joven, brillante y honesto a quien había tenido el gusto de enseñarle en pregrado; visto el problema exploramos posibles escenarios de solución y luego de un breve plazo de algunos días alcanzamos una transacción que puso fin a la controversia y satisfizo plenamente tanto a mi cliente como a la otra parte sin necesidad de ir a un tortuoso proceso. Era momento de hacer efectivo el cobro de mis honorarios, por lo que emití el recibo correspondiente pero mi cliente reaccionó indignado y me dijo *¿cómo me va a cobrar esto por 4 hojitas que ha escrito!* ¿cómo explicarle a un cliente que, rigurosamente hablando, no debería cobrarle lo mismo, sino inclusive cobrarle más, pues gracias a la intercesión de los abogados había tenido un ahorro significativo en costos que no son, de ordinario, tangibles, como la incertidumbre y el tiempo? Esta distorsión hace que justamente mucha gente piense que los abogados brindamos servicios “a granel” como si fuera que se debe cobrar “al peso” y no por la reducción de

costos para el cliente (término que no se llega a entender en verdadera acepción) o la eficiencia en el servicio. Desarraigar esta costumbre es harto complicado puesto que está muy interiorizada en la gente. Por ello no sorprende que, sobre todo en provincias, los abogados tengan en un cuadro colgado en la cabecera de su escritorio un tarifario en el cual le ponen precio a cada acto procesal, sea un escrito, una apelación, un informe oral o una audiencia, independientemente de la materia y el caso. Se forma una larga fila en la puerta del despacho del abogado de clientes que esperan su escrito mientras el abogado solo produce recursos a escala y por cualquier cosa, atosigando el Poder Judicial de escritos ociosos e inútiles, generando dilación y sobrecarga.

El tema de los abogados parece inacabable: Otros han visto en la figura de los abogados una suerte de vengadores o mercenarios, fama a la que han contribuido muchos abogados. Lo más indignante es que eso les reporta fama y prosperidad, pues son diestros en el arte de dilatar, entorpecer o usar la ley para fines subalternos. La realidad sobrepasa la ficción: Una vez un cliente a quien patrocinaba, me escribió diciéndome que había tomado la decisión de prescindir de mis servicios. Como tengo por costumbre hacer contratos que no “amarran” al cliente -pues considero que la clave del contrato es la confianza y la cooperación conforme se explicó en un acápite anterior- me allané a la decisión, pese a lo cual quedó dentro de mí la intriga sobre las motivaciones de la decisión de mi cliente, pues entendía que se había hecho un trabajo diligente. Al momento de devolver los antecedentes del caso al cliente me permití preguntarle el motivo de su decisión para saber cuál había sido mi error, sorprendiéndome su respuesta “*el problema Doctor, es que usted es muy sano*” ese día entendí que muchas veces los clientes no buscan abogados, sino sicarios cuya principal arma es el uso desleal y artero de las malas artes que el Derecho puede ofrecer. Cuánta razón tenía el gran jurista uruguayo Eduardo Couture cuando decía que “*la abogacía puede ser la más noble de las profesiones o el más vil de los oficios*”.

Quienes estamos en el mercado de servicios legales conocemos claramente quienes son los buenos y los malos: Y sabemos además que, paradójicamente,

los malos abogados -entendiendo como tales a los que despliegan un ejercicio inmoral de la profesión- son más buscados y hasta gozan de una reputación basada en que son eficaces (independientemente de las malas artes con la que logran sus resultados, y según el concepto de eficacia que se quiera utilizar). Lo que no es tangible es el inmenso costo que estos malos abogados representan para el sistema de Justicia, pues son los causantes de infinidad de externalidades que pagamos todos los demás actores: Corrupción, ausencia de predictibilidad, sobrecarga y demás. Y los mecanismos que, supuestamente, apuntan a disuadir dichas inconductas son, por decir lo menos, risibles, el primero de ellos alude a los colegios profesionales.

Los colegios profesionales y, puntualmente los Colegios de Abogados, no son ni más ni menos que organizaciones que operan como cárteles, entendiendo por este término a instituciones que restringen la competencia encareciendo los costos de acceso al mercado de servicios legales y e influenciando como un medio de búsqueda de rentas o *rent seeking*. En el Perú la colegiatura es un requisito previo para litigar y la incorporación a la "Orden" es altamente costosa al punto que ha debido ser reprimida como barrera burocrática. Los colegios profesionales influyen en el incremento de los costos de la Justicia cuando imponen requisitos tan absurdos y obsoletos como la Papeleta de Habilitación del Abogado para presentar una demanda cuando hoy ello, además de inútil, podría hacerse electrónicamente y sin mayor costo para el litigante.

En teoría, los colegios profesionales serían los llamados a tutelar que los abogados actúen correctamente, pero esa labor se ha convertido en una quimera. Me tocó asesorar un trabajo de investigación de mis estudiantes sobre la inutilidad de los colegios profesionales en la internalización de las externalidades derivadas de la actividad judicial. La estadística provoca llorar: el número de abogados sancionados es insignificante y, en un año, de un universo de cerca de 80,000 abogados se había expulsado solo a 1. Lo más probable es que ese único sancionado haya ido a otro colegio de abogados y continúe trabajando, porque el hecho de que un colegio de abogados sancione a un abogado, no impide que éste se inscriba en otro y siga actuando

delincuencialmente. La ley, muchas veces, contribuye a agudizar estos problemas, como en el caso de la intervención obligatoria de los abogados en los procesos, mediante la autorización de todo escrito que ingresa al sistema de Justicia. En teoría, la intervención del abogado en la elaboración del escrito -que se expresa a través de su firma y sello- tiene una explicación plausible, cual es la de hacer una suerte de control previo de la “legalidad” del documento, reduciendo los costos de transacción en la medida que se le ayudaría al Juez a no tener que detenerse en cuestiones adjetivas y evitar dilaciones innecesarias. Pero el sistema está totalmente pervertido y la realidad es rocambolesca: En los alrededores del Palacio de Justicia encontramos un sinnúmero de improvisados que, sin ninguna preparación ni título académico elaboran los escritos y, a falta letrados, estos se consiguen en la propia puerta de esta oficina gubernamental donde decenas de abogados “venden” su sello y firma por precios que oscilan los S/ 10.00, esto es, algo de US\$ 3.00, lo que no vale ni una hamburguesa. Contar esto en cualquier parte del mundo es un escándalo vergonzoso. Ni que decir de las distorsiones que genera esta “sacada de vuelta” al sistema. Se encarece la Justicia, desde el lado de la demanda -esto es, para los litigantes- y también de la oferta -los jueces reciben escritos y recursos ininteligibles elaborados por aprendices retrasando su trabajo- y el sistema se ve afectado en todos sus niveles. Y que a nadie se le ocurra siquiera proponer que se elimine la intervención obligatoria de los abogados -como se ha logrado con éxito en varios procesos administrativos- pues no faltará quien salga con la conocida cantaleta que se está atentando contra la “seguridad jurídica”.

Las normas procesales han pretendido de alguna forma sancionar las inconductas de los abogados y el Código Procesal Civil contempla algunas sanciones¹⁷ pero su eficacia es nula, siendo aplicables a ésta el razonamiento

¹⁷ Artículo 109.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.-

Son deberes de las partes, Abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;
2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;
3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;
4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;
5. Concurrir ante el Juez cuando este los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y

económico relacionado al valor esperado de las sanciones, según el cual, una norma cuando su probabilidad de cumplimiento es baja o nula, es como si no existiera.

En la medida que no alcancemos que los abogados internalicen las externalidades que originan, el problema seguirá: La solución transita por decisiones drásticas que van desde la eliminación de los colegios profesionales, para adoptar modelos similares a los de la American Bar Association que en algunos Estados de los Estados Unidos de América es condición obligatoria para ejercer, pero sobre todo porque tiene un valor reputacional según se trate el Estado donde se rindió un examen previo uniforme. La estadística revela que, por ejemplo en New York, un porcentaje cercano al 70% de americanos aprueba el examen y apenas un 31% de extranjeros acceden a este privilegio que tiene un régimen muy estricto desde el punto de vista ético.

3.3.3. El costo de los procesos judiciales

6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Artículo 110.- Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados.-

Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.

Artículo 111.- Responsabilidad de los Abogados.-

Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

Artículo 112.- Temeridad o mala fe.-

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; y
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso.
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

El acápite anterior nos ha servido como antesala para ver que los abogados somos fuente generadores de muchos costos que encarecen la justicia, sin embargo no son los únicos y toca analizarlos en forma integrada. Los costos del proceso pueden ser divididos en públicos y privados:

- Públicos: Tienen que hacer con la puesta en funcionamiento del aparato judicial. En este caso el gran problema está en la ausencia de datos empíricos: ¿Cuánto cuesta para el Estado un juicio? ¿Cuánto cuesta poner operativa la maquinaria de la justicia por las pretensión de una persona? ¿Quién debería pagarlos?
- Privados: Tienen que hacer con la defensa y patrocinio de los intereses particulares y están relacionados con los honorarios, la incertidumbre, la ausencia de predictibilidad, el tiempo, entre otros, y que ya fueron previamente abordados.

El problema se origina con la definición de quién es el que debe asumir los costos del proceso, cuando estos se convierten en costos no contratados (“externalidades”) y como se minimizan los costos sociales. Trataremos de encontrar algunas respuestas desde el lado del método económico.

La primera alternativa es la que se expresa en las tasas judiciales aplicables fundamentalmente en los procesos civiles. Este tema debería estar en correspondencia con los costos implicados en el funcionamiento del aparato judicial, pero en la realidad ello no es así. Los criterios para la fijación de las tasas son imperfectos, pues se basan principalmente en la cuantía involucrada del proceso y ello no tiene relación alguna con los costos que puede demandar un proceso para el Estado. De hecho, puede haber procesos de cuantía baja que demanden una copiosa actividad procesal, mientras otros, por ejemplo, los procesos de ejecución, que pueden tener una mayor cuantía pero comparativamente una menor actividad procesal. Opera aquí una suerte de subsidio cruzado que puede generar efectos perversos que se traducen en sobrecarga procesal. En otros casos, las tasas operan como mecanismos para

encarecer o disuadir el abuso de ciertas actuaciones procesales como los recursos impugnatorios y las medidas cautelares. Así las cosas, las tasas no transmiten necesariamente el valor de los costos del proceso y parecería que ella no es su función principal, pues la actividad procesal, también genera en algún modo un beneficio estatal desde el momento que, operando adecuadamente, puede expresar criterios o jurisprudencia constante que profile la demanda de justicia por parte de los eventuales litigantes.

Vimos en el acápite anterior el tema de las multas que establece el Código Procesal civil como forma de compensar los sobrecostos que genera una conducta litigiosa impropia. Pero como decíamos precedentemente, la eficacia de este mecanismo está subordinado a elevar la probabilidad de detección, castigo y efectivo cumplimiento; de lo contrario, quedará como hasta ahora, como letra muerta.

La cosa juzgada es también un medio a través de lo cual se reduce el costo de la litigiosidad, mediante la limitación a reincidir en la discusión de un asunto que ya cuenta con un pronunciamiento firme e inmutable. Por ello resulta peligroso abrir espacios para filtrar indirectamente la discusión de temas que han pasado a la autoridad de la cosa juzgada, toda vez que dicha “resurrección” se traduce en la activación redundante del aparato judicial en un tema ya resuelto.

Otro costo asociado al proceso es el error judicial, lo cual es ignorado en sistemas como el nuestro. En el ámbito penal, error es especialmente grave pues genera un alto costo social, muchas veces irreversible, mientras que en el ámbito civil, aun cuando potencialmente tiene carácter simétrico (recordemos el concepto de juegos de suma cero) ello no implica que genere un efecto perverso respecto de los criterios para futuros casos, alterando el sentido jurisprudencial.

Por último quisiera referirme muy sucintamente a la Conciliación Extrajudicial como costo, pues es un tema que da lugar a un estudio mucho más profundo. En principio cabe indicar que los métodos conciliatorios surgen como una respuesta a la insatisfacción originada por los fallos judiciales y el fracaso de

las reformas tendientes a incrementar su eficiencia, al tiempo que buscan alternativamente generar una denominada “cultura de paz” tal como refieren en la Exposición de Motivos de sus textos normativos. En el caso particular de nuestra realidad, la Conciliación Extrajudicial se ha convertido en una suerte de *sunk cost* o costo hundido¹⁸ desde el momento que se le ha dado carácter obligatorio, cuando hay múltiples circunstancias en las que no hay posibilidad alguna de acuerdo dadas las posiciones de las partes o la materia controvertida. Siendo así, forzar a sentar a las partes a una mesa -lo cual en la mayoría de los casos ni siquiera ocurre- a negociar, es la peor estrategia para un acuerdo donde la libertad es el eje fundamental. A ello hay que asumir el costo de oportunidad y la dilación ociosa que supone, originando que en muchos casos sea pura y simplemente una barrera de entrada al sistema de Justicia.

3.3.4. Las Medidas Cautelares

El Artículo II del Título Preliminar del Código Civil refiere que la Ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva del Derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso. En Derecho, la doctrina interpreta por abuso (del latín *abusus*, de “*ab*”, en sentido de perversión y “*usus*”, uso) como el mal uso o el empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de una posición; en definitiva como todo acto que, saliendo fuera de los límites impuestos por la razón o la justicia ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general o de un particular en situación manifiestamente asimétrica. De la misma forma, el Código Procesal Civil, dispone que todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

¹⁸ Se define como “costo hundido” en términos muy generales a aquel costo no recuperable.

A partir de estas dos normas, surge el problema de las medidas cautelares y la idea de estas líneas es la de analizar si a partir del método económico es posible encontrar algunas refinaciones que permitan evitar algunos efectos perversos que estas medidas pueden conllevar.

Como telón de fondo de esta reflexión tenemos que la finalidad de la prevención se encuentra estampada en diversas formas de la ley. Puntualmente el Derecho objetivo le confiere a cada persona el derecho subjetivo de prevención que, antes que hacer cesar la violación de un derecho o restablecer el equilibrio patrimonial, pretende impedir y ahorrar la comisión de un daño eventual inminente e irreparable. Esta aspiración se plasma por excelencia en el Proceso Cautelar, el cual existe cuando, al margen de ser intrínsecamente autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso definitivo. En efecto, las medidas cautelares son la modalidad de la actividad judicial que tiene por finalidad el resguardo de los bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica los cuales por falta de custodia, podrían frustrar la eficacia de la sentencia o laudo a expedirse. Diversos autores coinciden en señalar que de nada serviría a los fines del proceso, expedir una sentencia correcta, si ella no se pudiera concretizar. Ello es consistente con el espíritu mismo del enfoque económico de la Justicia visto anteriormente.

Por todo lo antedicho, debemos concluir que el Poder Cautelar es el poder-deber de los tribunales y jueces para evitar infracciones al ordenamiento jurídico de un pueblo y la merma del Estado de Derecho. Si pensamos que el Estado de Derecho es el sistema de protección diseñado para la defensa de los derechos y las libertades de los ciudadanos y si, por otra parte, las medidas cautelares son una de las principales maneras de defender ese Estado de Derecho entonces puede afirmarse que una de las principales funciones y deberes de los jueces es evitar que se infrinja el sistema de derechos y libertades de los ciudadanos y la propia majestad de la Justicia.

No obstante hemos visto en la práctica que la actividad cautelar se ha convertido en una cuestión casi totalmente discrecional del Juez, sin más, afectando la predictibilidad del Derecho que es lo que hemos venido

destacando en este enfoque, bien sea rechazando medidas cautelares sin mayor expresión de causa o, al contrario, otorgándolas sin un examen objetivo previo, espacio que genera un claro incentivo para el incremento de la corrupción, pervirtiendo el sentido mismo de la prevención.

La doctrina y la legislación coinciden que toda medida cautelar, importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable. Así, la provisionalidad tiene que ver con la forma de tutela al interior del proceso con lo que tenemos que los efectos de la medida cautelar, terminarán en el supuesto más prolongado, cuando se expide sentencia o auto que ponga fin a la relación procesal. Por su parte, la instrumentalidad, se refiere al hecho que el proceso cautelar carece de autonomía funcional, por cuanto su finalidad consiste en asegurar la eficacia practica de la sentencia o laudo, con lo cual, la medida cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla vinculada a la sentencia o laudo que pueda dictarse en el proceso principal. Finalmente, la variabilidad se relaciona con la provisionalidad cautelar, y permite tanto a las partes como al juez, pedir y ordenar respectivamente, la modificación o revocación de la medida durante la tramitación del proceso.

Muy sumariamente, nuestro sistema procesal contempla una suerte de *checklist* que debe seguir un juez para conceder una medida cautelar:

- Verosimilitud del derecho invocado.
- Peligro en la demora.
- Razonabilidad
- Contracautela.

Rápidamente, un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero pues la certeza de éste se configurará cuando se adquiera convicción de su existencia en el proceso principal. El peligro en la demora es aquél requisito de la medida cautelar consistente en el riesgo de ineficacia de la sentencia o laudo,

en caso de no expedirse en forma inmediata el auto de cautela que asegure el cumplimiento o ejecutabilidad de aquella. La razonabilidad está asociada a la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad de la medida lo cual implica que el grado de realización del objetivo de la medida debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del Derecho; mientras que la contracautela no es más que una garantía que se otorga ante el eventual perjuicio que se pudiera ocasionar de una medida cautelar que no se condice con el fallo final.

Tal como es objetivamente verificable, estos presupuestos no son analizados exhaustivamente por los jueces, mucho menos el impacto de sus decisiones, en realidades como la nuestra y generan distorsiones al sistema cautelar.

El enfoque económico no difiere demasiado en este *checklist*, pero plantea una regla más simple y predecible que toma en cuenta las siguientes variables:

- Verosimilitud del derecho invocado.
- Peligro en la demora (supuesto que por lo general no es susceptible de ser indemnizado adecuadamente).
- Balance entre los daños al solicitante de no dictarse o mantenerse la cautelar en relación a los daños al afectado con la cautelar de dictarse dicha medida.

El talento de un gran jurista y ex juez americano Richard Posner (2013) permitió formular un modelo para el otorgamiento de una medida cautelar (*American Hospital Supply Corp. v. Hospital Products Ltd.* 780 F.2d 589, 594- 7th Cir. 1986) propuesto antes en un trabajo de Leubsdorf (1978) y que puede describirse de la siguiente forma.

$$P \times D_s > (1 - P) \times D_d$$

Donde:

P: Posibilidad de que la demanda sea fundada

Ds: Daños que se generan al demandante si la medida cautelar no se concede

Dd: Daño que se genera al demandado si la medida cautelar se concede

La fórmula significa que si la probabilidad de que la demanda sea fundada, multiplicada por el daño que sufriría el solicitante es mayor que la probabilidad de que la demanda sea declarada infundada (que es la inversa de la probabilidad de que sea fundada, es decir $(1-P)$), multiplicada por el daño que sufriría el afectado por la medida cautelar, entonces corresponde dictar la cautelar.

Este razonamiento en términos comparativos con un criterio puramente argumentativo y subjetivo tiene claras ventajas y no es de difícil aplicación. De la misma forma, reduce los incentivos para la solicitud de medidas cautelares antojadizas y manifiestamente arbitrarias o casos de comportamientos impropios por parte de los abogados tal y como hemos analizado largamente en un acápite anterior.

El modelo, como todo, no es perfecto, pero al igual que en el caso de, por ejemplo, la cuantificación del daño al proyecto de vida, es preferible tener “algo” objetivo para conceder una medida cautelar, que dejarlo al mero arbitrio subjetivo del juez. Los problemas presentados están asociados en primer lugar al hecho que podrían existir algunos aspectos no fácilmente monetarizables, pero sobre todo a cuestiones que tienen que hacer con el Behavioral Law & Economics en el cual incorporamos algunas variables psicológicas al modelo.

En efecto, como comentáramos en el Capítulo anterior, cuando incorporamos herramientas psicológicas al enfoque económico, advertimos que los individuos tienen sesgos cognitivos (la literatura especializada identifica más de 200 sesgos) y los jueces y árbitros no son la excepción, pues no son robots sino personas como todos nosotros. Entonces si los jueces y árbitros invierten energía en elaborar la decisión cautelar, si esa decisión es revertida, la

inversión original puede ser percibida como un costo hundido (*sunk cost*). En este sentido, los jueces y árbitros –como cualquier ser humano- tienden a interpretar la nueva información (que obtendrán durante el proceso) a favor de su elección original (la decisión cautelar). Este fenómeno es muy conocido y estudiado y se denomina “sesgo de confirmación”. Si las personas tienen una idea preconcebida o una hipótesis sobre un tema determinado, tienden a favorecer la información que corresponde con sus creencias anteriores y no tienen en cuenta la evidencia que apunta a lo contrario. Este sesgo de confirmación hace que las personas busquen, codifiquen e interpreten información de una manera consistente con sus suposiciones, lo que los lleva a juicios y decisiones parciales. El sesgo de confirmación también puede afectar a los jueces y árbitros cuando escuchan y evalúan las pruebas presentadas ante ellos. Específicamente, los jueces y árbitros pueden estar sesgados a favor de la evidencia que confirma sus hipótesis anteriores y pueden ignorar la evidencia que no se corresponde con sus supuestos anteriores.

Pese a lo expresado anteriormente, los sesgos pueden mitigarse, para lo cual lo primero que hay que hacer es darse cuenta de que existen y plantear opciones antes de seguir precipitadamente un determinado curso de acción.

3.3.5. El Modelo de Justicia como un mecanismo de asignación de recursos.

En el Capítulo anterior estudiamos la lógica del mercado y sus implicaciones metodológicas de cara al Derecho, y es por eso por lo que, además del modelo de la decisión de ir a juicio que hemos presentado, me parece importante referirme en el modelo de Justicia como mecanismo de asignación de recursos. Cabrillo y Fitzpatrick (2011) parten de la noción axiomática que, de ordinario, existen dos formas regulares de asignación de recursos:

- El Mercado

- El Estado

No obstante, existen ciertas circunstancias en las que estos mecanismos no dejan las cosas claras. Es así como surge un nuevo mecanismo de acción: El Juez. En consistencia con el método económico y todo lo trabajado en esta tesis relacionada a los criterios de eficiencia, intuitivamente, la forma más eficiente para resolver del Juez debería ser la forma en que las partes hubieran pactado el tema de haberse puesto a pensar en ello y estar en la posibilidad de alcanzar un acuerdo. El juez debería buscar una solución eficiente, intentando suplir lo que las partes hubieran hecho.

En este orden de ideas, un juicio es un mecanismo sustitutivo del mercado y del Estado para determinar la asignación de los recursos. Ahí donde el mercado ha sido incapaz de determinar quién debe recibir una titularidad sobre ellos, o la regulación no se ha expresado de modo eficiente, el juicio se convierte en una alternativa para resolver esa asignación. Por eso se dice en la teoría económica que, siendo el principio de maximización de utilidad la guía racional del mercado, tenderá a ganar un juicio la parte que le asigne el mayor valor a los bienes en disputa. En el mercado eso se decide mediante el mecanismo de los precios. En un juicio, mediante sentencias. Ésa es la lógica económica implícita en la decisión judicial. Esta situación empero, dista de la realidad, pues parte de la idea de un mercado en condiciones de información perfecta, lo cual como hemos visto puede ser tomado como un modelo paradigmático, frente a lo cual hay que agregar las correcciones y mecanismos de las fallas del mercado (asimetría informativa, externalidades, principalmente) para validar el resultado.

3.4. Otras aplicaciones del Método Económico al Derecho

En los acápites precedentes he realizado un estudio de lo que, suelo llamar en mis cursos de Análisis Económico del Derecho como “las 6 patas de la mesa del AED”, vale decir, las titularidades, los contratos, la familia, los daños, el crimen y castigo y la Justicia. Pero estos no son ni por asomo, los tópicos que pueden ser visto desde los ojos del método económico. Los prolijos trabajos

compilatorios de Polinsky y Shavell (2007) demuestran que no existe rama del Derecho que no pueda ser estudiada incorporando el concurso de la metodología económica. Insistimos que no se trata de afirmar que el método económico es el mejor o el único recurso para estudiar el Derecho; queremos demostrar que ofrece nuevas perspectivas para analizar las consecuencias de las normas legales en la estructura de incentivos de los individuos. Es por eso por lo que, ante la imposibilidad de abarcar o presentar en esta tesis todas las ramas del Derecho y comentar la forma en que el aporte económico se manifiesta, he optado deliberadamente por escoger algunas disciplinas en las que, este enfoque incorpora algunos alcances especialmente provocadores y llamativos. Por eso he elegido tres complejas disciplinas que hoy en día tiene autonomía propia como especialidades del Derecho. Me refiero al Derecho Laboral, el Derecho de Sociedades y el Derecho de Protección al Consumidor. Dada la amplitud de cada una de estas materias, es imposible abordarlas en su integridad, por lo que me limitaré a explicar desde el enfoque económico su racionalidad y justificación -si la hubiere- los problemas que plantea y, selectivamente, algunos tópicos específicos de dichas ramas del Derecho en las que el método propuesto se hace especialmente indispensable o genera mayores contraste con el *mainstream* del pensamiento jurídico.

3.4.1. Derecho Laboral y Método Económico

Abordar el Derecho Laboral desde una perspectiva económica es probablemente uno de los desafíos más complejos en cuanto al abordaje de sus instituciones por múltiples razones. Desde el lado del Derecho, la discusión sobre muchas de sus normas está polarizada entre sectores que tienen un enfoque pro trabajador, mientras que otros lo hacen desde el lado pro empleador. Esta dicotomía histórica y cambiante en el tiempo pues el Derecho del Trabajo como ningún otro, se ve influenciado por cuestiones políticas e ideológicas. Desde el lado de la Economía, la dificultad estriba que el estudio del trabajo puede analizarse no solo desde el lado de la Microeconomía (que, como hemos dicho estudia las decisiones de los unidades individualmente) sino también de la Macroeconomía (es decir la evaluación en términos agregados de las cuestiones relacionadas al trabajo, lo que involucra las políticas públicas

entorno al empleo) al punto que existe toda una rama de esta ciencia social que aborda este fenómeno y es la Economía Laboral o Economía del Trabajo.

Así las cosas, es muy difícil hacer un estudio del Derecho Laboral en forma rigurosamente objetiva, pues es inevitable el sesgo que se pueda tener en relación a las bases que sustentan esta rama del Derecho. Recuerdo a modo de anécdota que, durante mi formación universitaria, los alumnos de antemano conocíamos la posición del docente en relación a esta disciplina: así, rotulábamos a los profesores como pro trabajador -la mayoría en esos años- o pro empleador, según el caso. Esa suerte de división se trasladaban en el aula misma y, por ejemplo, como yo practicaba en un estudio de abogados orientado principalmente a la asesoría empresarial, formaba parte con un compañero mío -hoy uno de los más destacados laboristas del país- de los llamados practicantes pro empleador, mientras que otros compañeros que formaban parte del grupo de investigación de la Casa de Estudios donde me formé, estaban claramente identificados con la posición opuesta, es decir eran los practicantes pro trabajador. Muchos de ellos hoy permanecen en la cátedra bajo su mismo enfoque en la universidad.

Esta aparentemente irresoluble polarización hace también más compleja la introducción del método económico al estudio del Derecho Laboral, pues al interior de la Economía hemos tenido posiciones diversas, desde las más liberales lideradas por la Escuela de Chicago y renombrados representantes como Gary Becker y George Stigler, hasta las más intervencionistas o estatistas con los postulados de John Maynard Keynes y hasta Joseph Stiglitz, todo lo cual supone, a la vez, un nivel de conocimiento mayor en materia económica. En este orden de cosas, trataré de hacer un ejercicio en el cual presentaré algunos aspectos relacionados a las bases del Derecho del Trabajo desde una perspectiva estrictamente exegética y tradicional -como se imparte esta materia regularmente según los contenidos temáticos en la gran mayoría de universidades- para luego confrontarlo con el uso de las herramientas propias del método económico (en estricto, desde una perspectiva microeconómica) para finalmente analizar algunos ejemplos puntuales de legislación laboral, visto desde los ojos del Análisis Económico del Derecho.

A modo introductorio, conviene hacerse la pregunta ¿por qué un estudiante de Derecho debería estudiar las cuestiones económicas ligadas al trabajo? Y en esto quiero ser enfático en señalar que las ventajas son claramente identificables. Por un lado, se entiende la “lógica” que está detrás de la existencia de una normatividad tan especial como la del Derecho del Trabajo que tiene principios y funciones singulares; y, sobre todo, se desarrolla el sentido crítico del estudiante para ver que en muchos casos -más de los que imaginamos- la regulación vigente carece de bases económicas y lejos de producir un incremento de bienestar social, genera exactamente lo contrario.

Otra premisa previa a este brevísimo resumen del enfoque económico aplicado al Derecho Laboral es que hay, intrínsecamente, un conflicto entre consideraciones redistributivas y de eficiencia, que provienen del fuerte componente ideológico que impregna inevitablemente esta rama del Derecho. Eficiencia vs equidad ha sido un debate en el seno de la Economía que lleva siglos y que se ha puesto de manifiesto inclusive matemáticamente: si buscamos la equidad, ello inexorablemente traería pérdida de eficiencia y, al revés si privilegiamos la eficiencia, podemos caer en condiciones de desigualdad. La discusión, empero, en los últimos años ha tenido algunos progresos en la búsqueda de desanudar este “nudo gordiano” y se ha avanzado en estudios que apuntan a demostrar que eficiencia y equidad no arrojan necesariamente un resultado negativo sino que pueden coexistir y tener un resultado positivo agregadamente. Ostry, Berg y Tsangarides (2014) señalan que:

“Encontramos evidencia mixta de que redistribuciones muy grandes pueden tener efectos negativos directos en la duración del crecimiento, de modo que el efecto global sobre el crecimiento – incluido el efecto positivo a través de la menor desigualdad– puede ser casi neutral. Pero para redistribuciones no extremas, no hay evidencia de ningún efecto adverso directo. La redistribución promedio y la reducción asociada de la desigualdad están entonces asociadas con un crecimiento mayor y más duradero”. p.78.

La última cuestión previa que quiero resaltar como presupuesto de este análisis es el eje respecto del cual gira todo esta materia y es la naturaleza contractual (y, por ende, voluntaria) del vínculo laboral pues, en estricto, es una relación jurídico patrimonial de prestaciones recíprocas entre dos sujetos, por una parte, el trabajador que se obliga a prestar un servicio o fuerza de trabajo (ello bajo condiciones particulares de naturaleza personal y subordinada) y, por otra, el empleador, quien se obliga a retribuir esta prestación mediante el pago de una contraprestación que denominaremos genéricamente como remuneración. En consonancia con esa definición y tal como fluye de la historia misma del Derecho Laboral, sus bases originarias las encontramos en el Derecho Civil.

Queda claro sin embargo que el contrato de trabajo tiene rasgos particulares, como hemos dicho anteriormente, relacionados con sus características de subordinación jurídica, la ajenidad de los frutos derivados de la actividad del trabajador que pertenecen al empleador, y la retribución económica. Pero la nota más relevante que servirá para introducir el enfoque económico en párrafos posteriores, es el elemento definitorio de la voluntariedad.

El Desarrollo del Derecho Laboral en el tiempo es relativamente reciente, pues se identifica como tal, con la ocurrencia de dos eventos históricos que cambiaron el mundo; la revolución francesa -que reivindicó el individualismo- y la revolución industrial del siglo XIX que supuso la aparición de las corporaciones, la reorganización de la propiedad de los medios de producción que antes se manejaba a través de los talleres y la industrialización de la producción, y como señala Boza (2014) el trabajador pasa a convertirse en un elemento funcional dentro de una realidad productiva que se caracteriza por ser masiva y encadenada (p. 17). Dentro de esa evolución, muchos autores encuentran en esa verticalidad del modelo que se generen actos de explotación atentatorios de la dignidad y la vida de los trabajadores en jornadas de trabajo extenuantes y en condiciones impropias, que se extendía a mujeres y niños, lo que generó, por una parte, la intervención estatal para frenar dichos abusos - que se expresa en el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo- y por otro lado la rebeldía y consecuente organización de los trabajadores para defender sus

fueros -que se traduciría posteriormente en la irrupción de los sindicatos- modelándose así esta disciplina dentro del quehacer jurídico.

No deja de ser un hito importante en la construcción ideológica del Derecho del Trabajo, la influencia de los trabajos de Marx y con ello la irrupción de la lucha de clases, entre la burguesía propietaria de los medios de producción y el proletariado que es expropiado de la plusvalía, justificando así el rol de un Estado centralizado y detentador de los bienes producción y mediatizando el concepto de la propiedad privada. Estas bases con una carga ideológica radical, aún están latentes en muchos países y/o en algunas regulaciones, pese a que la evidencia empírica ha demostrado rotundamente en la mayoría de los casos, sino en todos, que este modelo está condenado inexorablemente al fracaso.

La evolución posterior del Derecho del Trabajo y su avance progresivo es conocido por todos. Desde las primeras normas vinculadas a la seguridad y accidentes de trabajo, pasamos a su progresiva regulación, hasta su reconocimiento en el ámbito constitucional en México (Constitución de Querétaro de 1917), Alemania (Constitución de Weimar de 1919) y en el Perú, en la Constitución de 1920, aun cuando las escasas normas laborales tenían como fuente el Código Civil de 1852. De la mano de su incorporación en los distintos ordenamientos nacionales, el Derecho del Trabajo se internacionalizó con el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo que aglutina a representantes de trabajadores, empleadores y Estados para la producción de reglas generales que son incorporadas en los ordenamientos nacionales.

La evolución del Derecho del Trabajo en el Perú en las últimas décadas ha sido fluctuante, desde regímenes altamente protectores de los derechos de los trabajadores hasta una normatividad más laxa -lo que algunos llaman flexibilización del Derecho del Trabajo, referencia que considero impropia- como la contenida en la Constitución actual de 1993 pero que, en el tiempo, se ha visto radicalmente afectada a través del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Hasta aquí, muy sucintamente, lo que aprendemos en las aulas al introducirnos en el Derecho Laboral y por ahora, en ningún caso hemos visto que se incorporen cuestiones asociadas a la eficiencia o a la maximización del interés global, sino casi exclusivamente consideraciones de orden social. He reseñado especialmente algunos aspectos que el método económico puede explicar y/o rebatir de forma objetiva y técnica, con énfasis en algunos presupuestos implícitos en la retórica que subyace en muchas de sus normas. Quiero centrarme en 3 cuestiones:

- El rasgo tuitivo del Derecho del Trabajo, parte de la premisa de una desigualdad que se pretende resolver o mitigar. Al respecto Boza anota:

“es ya un lugar común señalar que el Derecho del Trabajo parte de la constatación fáctica de una relación desigual o asimétrica entre trabajador y empresario por lo que se busca, por diversos medios, restablecer el equilibrio o, por lo menos, atenuar la desigualdad existente” (p.18)

- La incorporación del Derecho del Trabajo a nivel constitucional que ha sido interpretada como una suerte de “territorio liberado”, intangible, privilegiado y no susceptible de ser legislado regresivamente.
- La categorización de los derechos laborales como Derechos Fundamentales en Tratados Internacionales, que ha llevado a una vorágine de desarrollos normativos, ajenos a toda consideración de eficiencia -por el solo mérito de este nuevo status- y cuya eficacia es relativa o hasta contraproducente. Esta problemática es abordada por Eric Posner (2008) cuando sostiene que el esfuerzo jurídico masivo a nivel internacional para obligar a los países a proteger los Derechos Humanos ha fracasado y, por tanto, es momento de pensar en nuevas formas de avanzar en el bienestar de la gente en todo el mundo. Abundaré en ello más adelante.

Como mencionamos al inicio de este acápite, el enfoque económico del trabajo es complejo, pero ello no debería ser óbice para ser considerado como un insumo para la enseñanza del Derecho.

Podemos decir que la Escuela de Chicago, cuyo sesgo liberal es por todos conocido, ha tenido un rol fundamental en el estudio del trabajo a partir de la teoría económica. No quiero decir con ello que sean los únicos, pues ya desde tiempos de Adam Smith, Stuart Mill o Thomas Malthus había una preocupación al respecto. Sin embargo, es especialmente relevante el trabajo de Gary Becker (1983) quien hace un análisis integral de este fenómeno.

Las premisas iniciales que tomamos como referencia, no son ajenas a lo visto precedentemente: asumimos que tanto los empleadores como trabajadores buscan maximizar la utilidad resultante de la relación laboral, lo que, en buena cuenta, es consistente con el modelo de la racionalidad del individuo; asimismo, asumimos que, como todo, la mano de obra es un recurso productivo escaso. A partir de estos axiomas, comenzamos a hacer un análisis del mercado del trabajo: El análisis de dicho mercado es análogo al de un mercado de bienes, pero reconociéndole características particulares, tanto desde el lado de la demanda, como desde la oferta. Dicha complejidad dificulta intrínsecamente que haya un *perfect match* entre ambas fuerzas dadas las especiales características y perfiles en el modelo.

Como en todo mercado, la interacción entre la oferta y la demanda determinará el “precio de equilibrio” que, en el caso particular, es el salario de mercado. De ello podemos perfilar que, en un modelo teórico de competencia perfecta (concepto que hemos explicado extensivamente también en el Capítulo 2 y que, entre otras características, no se verifican fallas) y bajo un supuesto que provisionalmente llamaremos “flexibilidad” (en su dimensión económica, que supone la ausencia de interferencia del Estado, tanto desde el lado de la oferta como de la demanda) el mercado alcanzará el salario de equilibrio. Ello supone:

- Si hay un exceso de oferta de trabajo, baja el salario por la competencia entre trabajadores.

- Si baja la oferta de trabajo, crece la demanda de trabajo
- Si hay un exceso de demanda de trabajo, sube el salario por la competencia entre empresas.
- Si baja la demanda de trabajo, crece la oferta de trabajo.

Lo expuesto anteriormente nos permite concluir preliminarmente algunas premisas que, en contextos de emergencia como el que ha tocado vivir al mundo en este año 2021, no se llega a entender: *Ceteris paribus*, los salarios subirían cuando las empresas compitan entre sí por captar mano de obra y bajarían cuando la oferta de trabajo disponible para trabajar sea superior a la demanda, es decir, cuando exista desempleo. Además, dado que el salario es, en esencia, un costo de producción, debería situarse en un nivel que permitiese que la empresa obtenga un nivel de beneficios suficiente. Dicho esto y en atención a su naturaleza, la evolución de los salarios va a tener impacto en el precio final de los productos pues internalizan los mayores costos. Hasta aquí, un ejercicio básico y preliminar de Economía que nos permite entender cómo funciona este mercado que es indispensable para perfilar el rol del Estado y los efectos que puede tener la regulación.

No obstante, es importante detenerse a definir oferta y demanda porque tienen características particulares en el mercado de trabajo. La **oferta de trabajo** de una economía está constituida por el número de personas que están dispuestas a trabajar y número de horas que están dispuestas a trabajar. Consistentemente con la Ley de la Oferta ya estudiada, se considera que la oferta de trabajo es creciente, es decir, a medida que aumenta el nivel salarial, las personas están dispuestas a trabajar más horas. Sin embargo, a partir de cierto nivel salarial, las personas pueden querer trabajar menos y disfrutar de más tiempo de ocio con lo cual la curva puede tener pendiente decreciente, lo cual se entenderá mejor cuando veamos la Teoría del Capital Humano de Becker. Por cierto, existe un cierto salario por debajo del cual la persona no

está dispuesta a trabajar, o lo que conocemos como salario de reserva. Por su parte, la **demanda de trabajo** de las empresas está conformada por la mano de obra que requieren éstas para la producción de bienes y servicios y tiene en concordancia con la Ley de la Demanda, pendiente decreciente. Además, el sector público también es fuente de demanda de trabajo, puesto que necesita en mayor o menor medida del personal para suministrar bienes y servicios públicos. Para que haya demanda de mano de obra, por tanto, es preciso que haya producción.

Sin embargo, al igual que cuando estudiamos las características generales de las curvas de oferta y demanda, su variación -lo que llamamos “desplazamiento de la curva”- está afectada por distintas determinantes. El mercado de trabajo no es la excepción y hay muchas variables que afectan su comportamiento.

Desde el lado de la oferta (mano de obra) podemos encontrar las siguientes determinantes singulares:

- Las estrategias laborales de la familia. Me explico: Por su propia naturaleza, las familias asignan roles distintos al interior de su seno, de modo tal que uno de ellos trabaja en busca de una remuneración y otro se encarga del hogar y la prole, lo cual es consistente con el enfoque económico de la familia (vista como una unidad que apunta al aprovechamiento de la especialización y la división en el trabajo) ya desarrollado en acápites precedentes. Estos roles mutan en el tiempo o se alternan o complementan, conforme se diluyen las diferenciaciones de género en el plano laboral. En otros casos se diversifican o movilizan en base a las necesidades familiares.
- Factores diferenciadores de la mano de obra, que pueden estar asociados a cuestiones de género (brecha que cada día es más reducida) consideraciones formativas relacionadas con el nivel de especialidad (grado de instrucción, experiencia, meritocracia) y

cuestiones sociales (expectativas, grado de aceptación a determinadas labores).

- Segmentación de la gestión de la mano de obra por parte de las empresas, que está referido a las condiciones de empleo, incentivos al desarrollo personal, calidad de ambiente laboral, sistema de ascensos.

De la misma forma, la demanda de trabajo (empleo) se ve afectada por múltiples razones.

- La situación de cada mercado específico, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, situación íntimamente ligada con la demanda de productos o servicios de los que se trate. Pocos mercados son estables en el tiempo (únicamente los de demanda estrictamente inelástica) pues como he explicado en acápites anteriores, pueden verse afectados por expectativas, factores estacionales, coyunturas extraordinarias, políticas públicas, entre otros. El mejor ejemplo lo tenemos en estas épocas de pandemia donde la demanda de médicos y personal de salud se ha incrementado sustancialmente.
- La tecnología es un factor especialmente relevante. En escenarios de alta tecnología, la demanda de mano de obra baja y se incrementa productividad. En escenarios de baja tecnología, la demanda de mano de obra se incrementa y baja la productividad.
- La competencia. Ello hace que los actores en el mercado apunten hacia la maximización de la productividad a fin reducir el costo marginal de producción. Pero no solo eso, la competencia también permite la innovación y la diferenciación para general valor, lo cual tiene un impacto decisivo en el mercado de trabajo.
- El tamaño de las empresas y su contextualización en mercados competitivos u oligopólicas.

- La flexibilidad laboral en la acepción que le hemos dado desde una perspectiva económica, a saber, el nivel de injerencia estatal o de actividad sindical.

Todo lo anterior nos permite contextualizar el Derecho del Trabajo, y definirlo como **una institución** que influye determinantemente en el mercado de trabajo.

De acuerdo al enfoque institucional, las instituciones no son algo diseñado, sino que son el resultado de un proceso evolutivo. Van adoptando diferentes formas a lo largo del tiempo en la búsqueda de una finalidad plausible -en este caso, coadyuvar a la expansión en términos macroeconómicos del mercado de trabajo y, correlativamente, el incremento marginal del bienestar social- y cuyo resultado debe ser auscultado necesariamente con el uso de herramientas económicas, de allí la necesidad de aportar este enfoque al Derecho. Cuando las instituciones existentes dejan de cumplir sus funciones, evolucionan o incluso desaparecen. Pero como en todo, y el Derecho del Trabajo no escapa de ello, no existen instituciones inmutables o perfectas y deben adaptarse de acuerdo a un entorno y un momento concretos.

En esta línea, el Derecho del Trabajo tiene como objetivo regular las relaciones laborales, que son intrínsecamente conflictivas, dado que capital y trabajo compiten por el reparto del valor generado en el proceso productivo. Sus funciones son las siguientes:

- Actuar como soluciones que permiten compatibilizar intereses individuales y colectivos. Ello se plasma no solo en la legislación sino en otros actores institucionales como los sindicatos y las políticas macroeconómicas de empleo.
- Favorecer la confianza, la cohesión social y la cooperación entre agentes económicos, de manera que se reduzcan y los conflictos, evitando que se radicalicen.

Ahora que ya tenemos el enfoque económico como telón de fondo para explicar el Derecho del Trabajo, quiero volver a aquellos 3 tópicos que en párrafos precedentes resalté como cuestiones medulares a analizar.

La primera de ellas es aquella que reivindica el carácter tuitivo del Derecho del trabajo por el solo hecho de una asimetría o relación desigual entre trabajador y empleador. Es indiscutible que tal conflicto estructural existe también desde una visión económica como ya se ha dicho, pero el problema no estriba tanto en ello sino en cuanto al rol que puede cumplir el Derecho del Trabajo para coadyuvar en mitigar sus efectos. Y aquí se plantea un problema central que, muchas veces, se usa este argumento como excusa para legislar con un criterio meramente populista y sin la más mínima consideración de cuestiones de eficiencia, productividad o, peor aún sin advertir los efectos perversos que traen normas supuestamente “tuitivas” que ocasionan más subempleo y desempleo. Si, como hemos visto, la mano de obra es un costo productivo que asumen las empresas, el incremento de los costos adicionales a las remuneraciones, encarece agregadamente el costo del empleo e impacta en la demanda de trabajo. Ejemplos de esta distorsión tenemos en cantidad en nuestra legislación laboral, como en el caso de las gratificaciones. La normatividad peruana ha previsto 2 gratificaciones obligatorias, en Fiestas Patrias y Navidad. Es más, el desarrollo jurisprudencial ha interpretado que si voluntariamente el empleador otorga una gratificación extraordinaria en 2 periodos anuales consecutivos, ésta se convierte en ordinaria. Por su propia naturaleza, las gratificaciones eran actos de liberalidad (de allí su nombre, del latín *grātia* que significa “benevolencia”), pero, sin ningún criterio basado en consideraciones de productividad o eficiencia, se impuso su obligatoriedad. La consecuencia natural es que ese carácter tuitivo destinado a cerrar la brecha de desigualdad, genera un efecto perverso que trae consigo que se genere mayor informalidad y subempleo para eludir dicho pago obligatorio. Peor aún la interpretación jurisprudencial antes comentada porque disuade a aquellos empleadores a otorgar beneficios voluntarios aún bajo el supuesto que tuvieran capacidad y voluntad de otorgarlos, pues ello implicaría el riesgo de convertirlo después en un sobre costo permanente. El impacto de una regulación de este tipo en

términos macroeconómicos es descomunal. El criterio tuitivo del Derecho del Trabajo, así visto, no puede ser un mecanismo ciego -muchas veces basado en consideraciones puramente, populistas, redistributivas o sesgadas ideológicamente-, pues redundaría en perjuicio de quienes justamente se pretende proteger, vale decir, los trabajadores.

La segunda cuestión que revisar a la luz del enfoque económico esbozado es lo relacionado a la constitucionalización del Derecho del Trabajo lo cual forma parte del desarrollo y posicionamiento de esta disciplina a nivel global. El problema está en el contenido constitucional de los derechos reconocidos y, sobre todo, la interpretación constitucional que se ha dado en el ámbito del Tribunal Constitucional. Es por todos conocido que la Constitución de 1993 relajó relativamente el contenido de los derechos laborales respecto de la Constitución de 1979. Este hecho, visto por algunos, significó una desprotección de la clase trabajadora por una supuesta flexibilización que desconocía el contenido social de estos derechos y desarmaba las “conquistas” obtenidas en el tiempo, dejándolos desguarnecidos. Este discurso por cierto, no resiste una evaluación desde el tamiz de la eficiencia y obedece a un sesgo claramente ideológico que no admitiría en absoluto un debate basado en evidencias empíricas. Sanguinetti (2007), citado por Boza, llega a afirmar que *“ello obedeció a una “errada” convicción que el Derecho del Trabajo obstaculizaba el desarrollo de la Economía, al encarecer la contratación de trabajadores”*.

Nada más errado que tal afirmación. Por supuesto que el Derecho del Trabajo en países como el Perú puede ser -y de hecho lo es en gran medida- un freno para el crecimiento económico pero, aún más, un mecanismo perverso que atenta contra el trabajador mismo.

Desafortunadamente, el activismo político detrás del Derecho del Trabajo -inspirado en argumentos marxistas decimonónicos- desarmó lo que pudo ser una oportunidad de encontrar un marco regulatorio adecuado y promotor del empleo sin descuidar su rol tutelar, ello a través de la interpretación del Tribunal Constitucional. Y así, por ejemplo, la estabilidad laboral que había sido

atenuada mediante un criterio de estabilidad relativa (que tiene como remedio frente al despido, la indemnización) -por lo demás, el parámetro dominante en el mundo- poco a poco fue distorsionado (no cabe otra palabra para definir el progresivo manejo del Tribunal Constitucional) al punto de retomar en términos prácticos a la estabilidad absoluta en varios supuestos adicionales al que excepcionalmente permitía la legislación (despido nulo). Así, el modelo de estabilidad laboral que nuestros jueces vienen aplicando actualmente no surge de la Constitución vigente sino del particular razonamiento de antiguos integrantes del TC, el cual no solo se aparta de los postulados básicos de la Constitución sino que además contradice tratados internacionales ratificados por el Perú, aproximándonos así, cada vez más, a la estabilidad laboral absoluta que rigió durante el gobierno militar. Sostener que ello no tiene un negativo efecto en las variables del mercado de trabajo, evidencia no entender nada de Economía. Probablemente habrá quien considere que antes de la Economía hay que privilegiar al individuo y ello es así; lo que no se entiende es que afectando de esa forma el mercado de trabajo, se perjudica principalmente a quienes se pretende proteger.

Lo más alarmante en lo que algunos llaman la “reconstrucción” del Derecho del Trabajo es la tendenciosa interpretación de la redacción de algunos instrumentos internacionales como el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que:

*“(…) cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*

Por otro lado, el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

*“Artículo 26°. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”* (el subrayado es propio).

He resaltado deliberadamente el término “progresivamente” (contenido también en el artículo 10° de la Constitución) pues, a partir de ello la interpretación que ha surgido es que, de la inclusión de ese término se infiere, por una mera oposición antinómica, la intangibilidad, irreversibilidad o lo que algunos llaman el Principio de No Regresividad del Derecho del Trabajo, según el cual, en términos simples, “solo se puede legislar para adelante -esto es, incrementando el derecho de los trabajadores-, nunca en menoscabo o reducción del derecho de éstos”. Esta interpretación sesgada y antojadiza desde mi punto de vista es, cuando menos, absurda y lo más grave es que ya ha tenido eco en la jurisprudencia nacional del Tribunal Constitucional. La irrupción de este principio niega la propia lógica de todo sistema legal en el tiempo: más derecho no es mejor derecho. Todo esta elucubración se sostiene en base a un fundamento ideológico y ajeno a la realidad. Recuerdo el debate relacionado con la Ley N° 30288 que implementaba un régimen especial de promoción al empleo juvenil y que fue caricaturizado como la famosa “Ley Pulpín” que reducía los costos asociados al acceso al primer empleo para jóvenes entre 18 y 24 años. El objetivo era claro: promover la formalización de un sector que no tiene ningún derecho de índole laboral y proveerle cierto nivel de protección legal, pero de modo excepcional, comparativamente menor con

el régimen legal ordinario. La protesta y presión de los sindicatos y movimientos estudiantiles de izquierda fue descomunal: protestas, desmanes e incidentes precedieron a la derogatoria de una norma que no perjudicaba a nadie y mejoraba a algunos. “O todo o nada” parecería el razonamiento detrás de tan escandalosa reacción. El criterio de eficiencia de Pareto puede probar lo contrario. La evidencia indica que el sector informal, lejos de reducirse, se incrementó.

El tercer punto está relacionado con la categorización de los derechos laborales como Derechos Fundamentales en los instrumentos internacionales y citábamos la crítica de Eric Posner: La evidencia empírica demuestra que los países que ratifican los tratados de los Derechos Humanos **no** mejoran su desempeño en esta materia. Sin embargo, no podemos generalizar y seguramente muchos países sí respetan algunos de los Derechos Humanos, y, a menudo, hacen esfuerzos sinceros, aunque limitados, por mejorar los derechos en otros lugares. Entonces, desde una perspectiva económica, el verdadero problema con el régimen de los Derechos Humanos es la cantidad espantosa de derechos. Existen unos 400, y a menudo son bastante imprecisos y abarcan una amplia gama de intereses humanos. Ningún país, y sobre todo ningún país pobre, podría realmente respetar todos los derechos en su totalidad aunque quisiera hacerlo. La idea original de las leyes de los derechos humanos era identificar una pequeña cantidad de los intereses humanos más fuertes, para ponerse de acuerdo sobre ellos, Lamentablemente, el problema se ha desbocado llegando a un punto similar a lo que el padre del utilitarismo Jeremy Bentham llamaría *nonsense upon stilts* o “tonterías sobre zancos” para referirse a los Derechos Naturales, predecesores de los hoy llamados Derechos Humanos pues lo que hay que asumir como premisa es que los Derechos Humanos no son otra cosa que una creación social y no de un estado de naturaleza.

No pretendo ni por asomo convencer a nadie con el enfoque antes descrito y aplicado, sino enfatizar que sólo se puede tener actitud crítica en el Derecho del Trabajo si este se contextualiza como una pieza relevante en la Economía. Derecho y Economía indisolublemente ligados en la búsqueda del bienestar

social enriqueciéndose el aprendizaje y perspectiva integral del mercado del trabajo.

Finalmente, quisiera describir brevemente la Teoría Económica del Capital Humano elaborada por Gary Becker y que explica las decisiones del individuo frente al trabajo. Esto es de crucial importancia pues volvemos a articular la microeconomía pura en el enfoque económico para explicar algo que el Derecho del Trabajo relacionado a la decisión de trabajar. Partiendo del axioma del individuo racional y maximizador, éste en función a sus preferencias optará entre percibir una renta (trabajar) o el ocio (no trabajar). Aquí se hace tangible el concepto esencial del costo de oportunidad que, en el caso concreto se explicaría en la renta dejada de percibir por preferir el ocio. Siguiendo este razonamiento, también el individuo tenderá a trabajar más cuando mayor sea el salario y viceversa, pero hasta cierto punto, pues llegado a éste, pensará en trabajar menos toda vez que el salario percibido le resulta suficiente o puede conseguir lo mismo, a un menor esfuerzo.

Un eje fundamental en la teoría de Becker es la formación del individuo y su relación con el mercado del trabajo. La formación es un proceso racional de inversión de recursos (tiempo y dinero) que el individuo hace en la evaluación costo-beneficio que hace en la expectativa de obtener un mejor salario en el futuro. Ello explica por qué los estudiantes y padres invierten en los estudios de sus hijos y éstos sacrifican tiempo y la posibilidad de seguir otros cursos de acción, en la proyección de un futuro que los encuentre comparativamente en mejor posición que otros.

Estos últimos aspectos no han estado exentos de algunos cuestionamientos o limitaciones.

- Una vez más, nos encontramos con un problema de información que no garantiza que las decisiones de los individuos en la inversión de recursos en su formación sean las mejores. Un ejemplo de ello puede ser una errónea elección de un centro de estudios o una determinada profesión que luego no tiene mayor demanda en el mercado.

- Problemas asociados a lo que el Premio Nobel de Economía Michael Spence llamaría *signaling* o señalización. En el modelo de señalización del mercado laboral de Spence, los trabajadores (potenciales) envían una señal sobre su nivel de habilidad al empleador mediante la adquisición de credenciales educativas, sus títulos universitarios y capacitaciones llevadas. El valor informativo de la credencial proviene del hecho de que el empleador cree que la credencial se correlaciona positivamente con tener la mayor capacidad y dificultad para que los empleados de baja capacidad obtengan. Por lo tanto, la credencial permite al empleador distinguir confiablemente a los trabajadores de baja capacidad de los trabajadores de alta capacidad.

Quiero concluir este acápite ratificando lo expresado al inicio. Entender el Derecho del Trabajo no puede agotarse en el estudio de la legislación y principios, sino que debe contextualizarse en la lógica del mercado laboral, emprendimiento harto complejo, pero comparativamente más integrador como metodología de enseñanza.

3.4.2. Derecho Societario y Método Económico

Tradicionalmente el Derecho Societario ha sido estudiado como una parte del Derecho Mercantil o Comercial, de la mano con el estudio de los Títulos Valores. Puntualmente en el caso del Derecho de Sociedades, lo que se presenta al alumno es el concepto de sociedad, para distinguirlo de otras personas jurídicas no societarias reguladas en el Código Civil u otros textos normativos y, a partir de ello se introduce al alumno en el análisis puramente normativo de la Ley General de Sociedades, artículo por artículo, en el que se reconoce los tipos societarios que la ley permite y los requisitos que tienen desde su forma de constitución, su funcionamiento o su extinción. Finalmente se estudian algunas particularidades relacionadas a las formas de reestructuración societaria, fusiones y escisiones o reorganización. Es probable que la gran mayoría, sino la totalidad de sílabos de las facultades de Derecho del país tienen este esquema de estudio.

Lo descrito precedentemente es peligroso pues, ante un cambio normativo - como uno que en nuestro país se avecina- los alumnos regresan nuevamente a su punto de partida toda vez que poco o nada de lo aprendido habrá servido. A ello se suma la rigidez de la normatividad de sociedades atosigada de requisitos formales que hacen especialmente compleja y atentan contra la fluidez con la cual deberían poder articularse las sociedades. A mayor abundamiento, la evidencia demuestra que, bajo el pretexto de otorgar mayor “seguridad jurídica” -pretexto recurrente del cual hemos hablado en varios casos a lo largo de la presente tesis- se incrementan más y más requisitos formales que no hacen sino encarecer el funcionamiento de las sociedades. Ejemplos de estas exigencias tenemos por todos lados, desde el, a mi modo absurdo, requisito que el Gerente General tiene que legalizar su firma en las actas para certificar que, “*los que están son los que son*” o la complejidad para abrir un libro de actas y hasta la exigencia de declaración jurada con firma legalizada en los casos de nombramiento de directores. Cuando uno hace la pregunta obvia que nadie se atreve a hacer, es decir ¿por qué? la respuesta es que se han detectado muchos casos de fraude o falsificaciones. Esta es la peor excusa pues tiene un efecto bilateral: por un lado asume que todos somos potenciales “delincuentes” pues de otra forma no se nos exigiría un mayor rigor y más requisitos en vez de orientar los esfuerzos a detectar y castigar ejemplarmente a los que cometen estos delitos, y por otro, se incrementan exponencialmente los costos de transacción. En este último caso y, como reza el dicho “*a rio revuelto, ganancia de pescadores*”, los notarios inflan más sus cuentas bancarias a costa de una normatividad perversa que le hace perder dinero y tiempo a todos. El tema se puede resumir en pocas palabras: Es más fácil prohibir y establecer regulaciones costosas, absurdas y ociosas aplicables a todos (con lo cual el efecto lo distribuyen en toda la sociedad en su conjunto) que detenerse en ver y averiguar por donde el modelo “hace agua” para identificar a los responsables de inconductas punibles y sancionarlos con severidad. Esta explicación opera *mutatis mutandi* en muchas especialidades del Derecho, fenómeno inherente de países subdesarrollados como el nuestro. La expresión más fidedigna del subdesarrollo -y muchas veces la causa de ello- es la regulación fácil, a la ligera, irresponsablemente. Prohibir por prohibir o

poner barreras y sobrecostos, siendo el principal la vulneración de nuestras libertades.

En el caso del Derecho de Sociedades, este esquema pernicioso no es la excepción: Soy particularmente crítico con la forma como se enseña esta materia: La ley y nada más que la ley. Y existe una resistencia natural al cambio y a la innovación de parte de los legisladores y quienes se arrogan autoridad académica en este campo. No se explica de otra forma por qué sobreviven tipos societarios absolutamente obsoletos, imperfectos y onerosos como la sociedad de responsabilidad limitada o las sociedades en comandita o cual es la razón por la que contratos no societarios -la asociación en participación y el consorcio- estén en una ley que regula a las sociedades. Me he permitido indagar este tema y la respuesta es, siempre la misma, “*mientras no molesten, hay que dejarlos allí*”. Esta disfunción también está presente en los cambios normativos que se han propuesto a la Ley de Sociedades y, cuando he preguntado por qué se insiste en modelos tan desfasados, la respuesta ha sido idéntica, “si no te gusta, no la uses”. De mal en peor.

Debo reconocer que, cuando veo la evolución del Derecho Societario en países vecinos como Colombia, siento una sana envidia. Hace algunos años un visionario -y probablemente el jurista más notable en la aplicación del método económico a las sociedades en Iberoamérica- Francisco Reyes Villamizar, propuso en el 2008 la creación de un nuevo modelo de sociedades, la llamada Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) en la que el elemento dominante era la voluntad de los socios quienes podían adoptar el modelo operativo a sus necesidades sin la necesidad de la observancia de infinidad de requisitos o contenidos obligatorios como en nuestra legislación. La libertad contractual en su máxima expresión sin más límite que 3 parámetros:

- La responsabilidad limitada.
- La personería jurídica.
- El carácter constitutivo del registro (en forma virtual)

Conversando con el autor de esta iniciativa, me comentó de toda la resistencia que tuvo la iniciativa de parte de los sectores tradicionales del Derecho Societario y, como no, de los notarios que decían que era una amenaza a la bendita seguridad jurídica (Reyes Villamizar, 2014). Al final y pese a la oposición de todos estos sectores, la SAS nació. Al primer mes, solo se constituyeron 13 sociedades de ese tipo. Hoy, el 98% de las sociedades colombianas son SAS. En Perú se ha promulgado un remedo de SAS hace algunos pocos meses que, si bien significaría un avance, aún mantiene muchas limitaciones en el modelo y está pendiente su reglamentación.

Retomando nuestro objeto de estudio, el enfoque económico esta indefectiblemente ligado al Derecho de Sociedades. No hay forma de estudiarlo en forma aislada de una visión económica pues de otra forma nos quedamos en una visión parcial y meramente legalista.

La primera pregunta que resolver es ¿por qué existen las sociedades? Para ello debemos recurrir al gran Ronald Coase (1937) que plantea como punto de partida que existe siempre, de ordinario, la forma de organización de la producción a través del mecanismo de mercado; es decir, por medio de la coordinación que ocurre a través del sistema de precios de las acciones de individuos que operan separadamente (cada quien por su cuenta). Dicho en otras palabras los individuos a través de los mecanismos del mercado y en base a la especialización y la división en el trabajo pueden conseguir bienes y servicios. Pero en las empresas, a diferencia de los mercados, los recursos se coordinan (asignan) mediante la autoridad (del planificador central), en lugar de sucesivos cambios en los precios relativos. Por supuesto, que el contexto externo (no interno) en el cual opera la empresa es un contexto de mercado. Ello marca una ventaja que se traduce en menores costos de transacción.

De esa forma Coase concibe la noción de empresa, como un mecanismo de organización (o coordinación social) de la producción debido a las ventajas que sobre el mercado tienen las empresas debido a los costos asociados al uso del mecanismo de mercado o, dicho de otra forma, debido a la presencia de

fricciones o costos transaccionales que las empresas, coordinando la producción, pueden ahorrarle a la sociedad.

Estos costos son de distinta naturaleza; tenemos:

- Los costos asociados a la adquisición de información acerca de los precios y términos de los contratos bajo los cuales tienen lugar los intercambios (ausencia de información perfecta y simétrica).
- Las incertidumbres acerca de las condiciones futuras de los mercados (ausencia de información perfecta y simétrica).
- Los costos de negociar, redactar y verificar frecuentemente la ejecución de los contratos, las relaciones con los proveedores y los empleados, las condiciones bajo las cuales se prestan estos servicios, y demás situaciones que se organizan al interior de la empresa.

En suma, las sociedades son, antes que todo, un mecanismo de coordinación de la producción que ofrece ventajas comparativas con la actuación para dichos fines en forma aislada dentro de los mecanismos propios del mercado, reduciendo así los costos de transacción. Permítanme un ejemplo: Imaginemos un mundo sin empresas; quien quisiera producir o realizar un emprendimiento, debería estar en permanente interacción cada vez que tuviera que ponerse de acuerdo si el emprendimiento es conjunto, negociar con terceros cada vez que requiriese mano de obra, negociar cada vez que requiera de insumos, negociar cada vez que haga una venta y así en cada caso en que interactúa en el medio en el cual obtiene todos estos recursos, es decir el mercado. Y hemos dicho que los costos de transacción son, en términos muy simples, los costos de interactuar en el mercado. Así, un mecanismo centralizado y organizado que reduzca estos costos es comparativamente eficiente y justifica su existencia. Surge así el concepto económico de empresa que, jurídicamente, hace referencia a las sociedades en cuanto a la finalidad última que es la maximización del beneficio, o lo que es lo mismo, la finalidad de lucro.

Tener un sistema centralizado de coordinación, es decir, una empresa, no está exento de imperfecciones o fallas, tal como sucede en el mercado. Los trabajos de Easterbrook y Fischel (1998) y de Kraakman et al. (2009) han desarrollado ampliamente la anatomía del derecho corporativo y ello nos permite advertir su problemática. Esta se concentra, específicamente, en el concepto económico antes estudiado y aplicado a otros tópicos que está referido a la relación de agencia o relación agente-principal.

Tanto el concepto de empresa desde la perspectiva económica como las fallas o imperfecciones que pueden precederle constituyen el marco teórico dentro del cual el legislador debería construir la normativa en cuestiones societaria. El gran problema es que esto no se estudia regularmente en los cursos de sociedades en las facultades de Derecho y entonces el texto normativo podrá tener bases exegéticas pero, en ningún caso, presupuestos basados en la eficiencia.

Como hemos señalado precedentemente, se identifica como relación de agencia a una relación jurídica en la cual una o más personas (mandante o *principal*) le encargan a otra persona (el mandatario o *agent*) la prestación de un servicio en su nombre. Esta relación implica la delegación de cierto grado de autonomía en la toma de decisión para el mandatario. Este concepto será capital para entender la forma como se organizan las sociedades, según el modelo del que se trate.

La principal característica del problema de agencia es que la obtención de beneficios económicos del principal, dependerá de las actuaciones del agente en una relación contractual. Pero es imposible para el mandante o principal garantizar que el agente adoptará decisiones óptimas en interés del mandante, sin incurrir en costos adicionales que le aseguren un alineamiento en los intereses entre principal y agente. Los costos que se pueden identificar son muy diversos y en consecuencia, el mandante o principal puede perder utilidades (o, lo que es lo mismo, incurrir en costos de agencia) debido a:

- Oportunismo del agente (riesgo moral o *Moral Hazard* ex ante)
- Gastos que implica la supervisión, es decir, tener que contratar a otra persona para vigilar la conducta del agente y evitar que éste actúe en interés propio y se aparte del interés del principal (problemática que justifica en otros campos del Derecho no abordados en esta tesis -como el ámbito administrativo- la existencia de tanta burocracia)
- Dificultades para elegir eficientemente entre diferentes opciones ante un problema de asimetría informativa entre agente y principal (la llamada “selección adversa” de la que hicimos referencia en el Capítulo 2 y que, en este caso se expresa en la desconfianza o ignorancia del principal respecto de la certidumbre de la información que le pudiera ser suministrada por el agente)}
- Actuaciones abusivas y propensión al oportunismo del agente (riesgo moral o *Moral Hazard* ex post).

De lo expuesto, podemos graficar una ecuación para determinar los costos de agencia en el ámbito de las sociedades:

$$CA = \Sigma (GV + GRD + PR)$$

Donde:

CA: Costos de agencia.

GV: Gastos de vigilancia

GRD: Gastos de reducción de la discrecionalidad del agente.

PR: Pérdida residual del comportamiento del agente

En este orden de ideas, podemos concluir preliminarmente que el Derecho Societario tiene dentro de sus funciones atenuar estos problemas de agencia a través de un sistema de organización funcional y eficiente. Sin embargo, los costos de agencia varían según el modelo de participación societaria que prevalezca en un determinado sistema jurídico.

De una u otra forma, la gran mayoría de sistemas societarios tienen dos grandes modelos de estructuras societarias -más allá de los diferentes subtipos o nombres que las distintas legislaciones les dan. Así tenemos sistemas de dispersión de capital -lo que vendría a ser en nuestro país la sociedad anónima abierta- y sistemas de concentración de capital -como en el caso de la sociedad anónima cerrada- y en cada uno de ellos los efectos de la relación de agencia o relación agente-principal es completamente diferente. Trataremos de ver cada uno de estos casos.

En los sistemas de dispersión de capital, como su nombre la indica, la titularidad de las acciones está diseminada en muchas personas e inversionistas y normalmente los mecanismos de transferencia de acciones son a través de mercados de valores, por lo que también se les denomina sociedades de capital. Siendo así, el principal problema de agencia se plantea entre accionistas (principal) y administradores (agente). Los problemas pueden ser de distinto tipo como veremos más adelante:

- Comportamiento oportunista de los administradores
- Remuneraciones exorbitantes
- Usurpación de oportunidades societarias
- Resistencia al reemplazo
- Resistencia a la fusión o a la liquidación
- Tomas de riesgos excesivos
- Conflictos de poder entre los administradores

Frente a los riesgos antes descritos, es relevante un marco regulatorio que garantice la transparencia en la información, la agilidad de las transferencias,

de modo tal de ser un pivote del desarrollo económico. En esa medida, regulaciones bien diseñadas promueven la inversión, generan valor, brindan liquidez para el crecimiento económico, pero sobre todo, coadyuvan a la valoración de activos y la asignación eficiente de recursos, todo lo cual exige, necesariamente el conocimiento de bases y herramientas económicas.

Los sistemas de concentración de capital, es decir aquellas sociedades donde la titularidad de las acciones está reducida a un grupo pequeño, los problemas de agencia son de naturaleza completamente distinta, pues ésta se da entre accionistas mayoritarios y minoritarios, Así tenemos:

- Oportunismo por parte de mayoritarios
- Posibilidad de expropiación o, lo que llamamos, “licuar” la participación accionaria.
- Información restringida
- Desvío de recursos (private benefits by block-holders)

En el caso que nos ocupa, la solución debe inclinarse a mecanismos de seguridad pactados en el estatuto o regulación mínimamente garantista del derecho de las minorías, además de la posibilidad de celebrar acuerdos parasocietarios que determinen la conducta de los socios al interior de la sociedad y que sean oponibles a ésta. La literatura en materia de sociedades cita en especial algunas soluciones específicas:

- Voto proporcional en la elección de administradores (*Appointment Rights strategy*)
- Miembros independientes en los órganos de administración y buen Gobierno Corporativo (*Trusteeship strategy*)

- Limitación en los derechos de voto de los accionistas mayoritarios (*Decision rights strategy*)
- Repartición proporcional de utilidades, deberes fiduciarios, prevención de abuso del derecho (*Rewards, constraints and affiliation rights strategy*)

Nótese que muchos de los términos empleados responden a instituciones y herramientas provenientes del Common Law. Ello se explica naturalmente en el hecho que esta disciplina ha tenido un desarrollo exponencialmente mayor en países de dicha tradición jurídica que en el Derecho de tradición romano-germánica. Sin embargo, como se verá en el Capítulo siguiente existe una plena compatibilidad en materias como el Derecho Societario y constituye propiamente su marco teórico sin el cual, otro modo de aprendizaje basado en el mero análisis del articulado de una Ley de Sociedades es parcial y susceptible de devenir inútil frente un cambio normativo.

3.4.3. Derecho de Protección al Consumidor y Método Económico

Pocas ramas del Derecho son tan polémicas como la protección al consumidor: Esta disciplina está polarizada como ninguna otra, entre buenos y malos (distinción que cuestiono categóricamente) o, en otras palabras entre los que para algunos son “pro-consumidor” y otros, -los malos- que son “pro-proveedor”. Nada de eso es cierto y es solo una fallida forma de explicar dos formas de ver el Derecho, pero sobre todo una clara expresión de intolerancia de quienes se arrogan la defensa de los consumidores y descalifican cualquier opinión diferente, personajes populistas que abundan con discursos para la tribuna y gozan, obviamente, del aplauso popular de la gente que no ve o no quiere ver, la realidad de las cosas. Y aquí surge el enfoque económico para demostrárselo. Puede sonar pretenciosa esta afirmación, pero aquí el método de la Economía demuestra más que nunca que la evidencia prima sobre la demagogia y que es muy fácil engañar a la gente en temas tan domésticos como el consumo.

La realidad es otra, los mal autodenominados “defensores de los consumidores” no lo son y lo demostraré en las siguientes líneas. Paradójicamente a quienes tildan de ser los “defensores de los intereses de las grandes empresas” (porque siempre está el agravio y la zancadilla artera en este debate) son, en muchos casos, los verdaderos defensores de los consumidores. Y en este grupo, me enorgullezco de pertenecer, a riesgo de ser una minoría estigmatizada y que genera una fuerte resistencia, simplemente porque algunos son incapaces de ver más allá de sus propias narices o, quien sabe, si acaso tiene el temor de estrellarse contra la pared de la verdad que desmiente un discurso que, por lo demás, es la “gallina de los huevos de oro” que genera pingües ganancias a estos grupúsculos maliciosamente sesgados.

Quiero iniciar contando una anécdota que hasta ahora recuerdo con mucho gusto: hace algunos años, fui invitado a un evento para conmemorar el primer año de la promulgación de la Ley 29571 que aprobó el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Me antecedieron varios oradores que no hesitaban en deshacerse en elogios a este cuerpo legal y todas sus aparentes bondades. Tocó el turno del Dr. Gustavo Rodríguez García -a quien considero como una de las mentes más lúcidas en este tópico en nuestro país- y el mío y, literalmente, hicimos pedazos el referido Código ante la desesperación de los organizadores que no sabían cómo callarnos pues era como “hablar mal del cumpleaños”.

Y es que el referido Código de Protección y Defensa del Consumidor parece ser muy bonito y a simple vista pareciera que es un ordenamiento destinado a proteger adecuadamente a los pobres consumidores de los abusos de los malvados proveedores. Sin embargo, con un análisis un poco más reposado, menos apasionado y con el apoyo imprescindible de las herramientas económicas llegaremos a la conclusión que es, literalmente, un mamarracho que le hace la vida más costosa a los consumidores.

No voy a hacer un estudio de todo el articulado de todo el Código en cuestión sino de algunos de sus presupuestos que, si bien no están taxativamente desarrollados en la norma, impregnan todo su contenido.

La primera cuestión que advertimos como presupuesto de esta disciplina es que el consumidor es la parte débil de la relación de consumo y en tanto que el proveedor es la parte fuerte, tiene una tendencia natural a abusar del débil, por lo que hay que protegerlo a través del sistema legal. Esto es un mito que, en la realidad actual hay que comenzar a desterrar.

Los autodenominados defensores de los consumidores, con especialidad locuacidad, instigan a denunciar los abusos de los proveedores como si existiera un ánimo perverso de éstos en dañar a los consumidores. Esto es charlatanería barata que no resiste análisis económico alguno: Los proveedores tiene incentivos naturales para asistir a sus consumidores y resolver cualquier diferencia que pudiera suscitarse como por ejemplo un defecto o una mala atención, puesto que ello afecta un concepto que, en el mercado representa un gran valor y que es la reputación. Construir una buena reputación puede demorar años e inversiones millonarias; destruir una reputación puede ocurrir en un segundo. Siendo tan elevado el costo reputacional del proveedor, parece ocioso que se incite a que un tercero implemente mecanismos por demás inútiles y onerosos (el famoso Libro de Reclamaciones obligatorio, es una “perla” de este ordenamiento absurdo) cuando el propio proveedor tiene incentivos para brindar un buen servicio u ofrecer garantías aún por encima de los estándares que puedan exigirse con una norma legal, ello en virtud del proceso competitivo mismo. Si la puerta de escape de cualquier problema entre consumidores y proveedores va a ser el mecanismo de la denuncia administrativa, lo que va a ocurrir -y esto no lo va a entender jamás un falso defensor de los consumidores, por pura ignorancia- es que los proveedores trasladarán a través del sistema de precios las potenciales multas que les puedan imponer las agencias estatales como INDECOPI, con lo cual se produce un subsidio que asumen todos los consumidores. Hay formas más simples y menos costosas de resolver los problemas y, los primeros interesados en resolverlos son los proveedores. Este argumento,

económicamente indiscutible, se hace más palpable en las sociedades modernas gobernadas por la comunicación y las redes sociales. Podemos citar un ejemplo conocido por todos: Bastó la publicación de una foto en Facebook de una pizza en la que se encontraba una cucaracha -lo cual translucía un problema de salubridad- por parte de un usuario, para que ello significara el cierre y la salida del mercado peruano de la segunda cadena de pizzerías más grande del mundo, que tiene 14,966 locales en 89 países del mundo y solo ese hecho ocasionó una caída significativa en el valor de las acciones de la compañía en la Bolsa de New York. El consumidor premia al proveedor con su fidelidad y ello se traduce para este último en un incremento de sus ingresos. Siendo así, ¿Cómo sostener lo contrario?

Vamos a otro ejemplo: Estando en Boston con ocasión de mis estudios de post grado en Harvard hace varios años, quise tomar una foto y no pude hacerlo pues se había agotado la batería de la cámara y había olvidado el cargador (estoy hablando de tiempos en los que la única forma de tomar fotos era a través de cámaras fotográficas, no como ahora que los *smartphones* han sustituido estos equipos). Naturalmente fui a una tienda muy conocida donde venden artículos electrónicos y demás y adquirí un cable en la creencia que me serviría para cargar la batería. Al llegar a mi hotel y, dada mi ignorancia en estos menesteres, en vez de comprar un cable para cargar baterías, había comprado un cable de transmisión de datos que no me servía para el fin para el cual había sido comprado. No me quedó más remedio que comprar una cámara descartable. Tiempo después y en otro Estado de los Estados Unidos de América entré a una tienda de la misma cadena y encontré el cable que, por error, había adquirido. Viendo mi interés se acercó un empleado de la tienda y me preguntó si necesitaba ayuda. Le expliqué lo que me había ocurrido y, ante mi sorpresa, me preguntó si tenía el cable en ese momento. Como lo tenía en mi mochila se lo entregué (obviamente sin el empaque original ni el recibo respectivo) y el empleado en su sistema constató la fecha de compra y me dio la posibilidad de cambiarlo por cualquier otro producto de la tienda. Para mí, cualquier cosa que comprara me sería más útil que el consabido cable y eso fue lo que hice. Resolví un problema que confieso jamás pensé resolver y ya lo había dado por perdido, y no necesité de ningún INDECOPI para ello.

Cuando pienso en comprar un producto de esta naturaleza, inmediatamente recorro a esta cadena de tiendas. Alguien me dirá que eso solo pasa en algunos países y no en el Perú, lo cual no es necesariamente cierto. Vivimos en un mundo globalizado y la tendencia mundial se orienta en este sentido inexorablemente pues ya lo he experimentado personalmente.

Por cierto, los amigos de las asociaciones de consumidores -hablo de la mayoría pues hay probablemente 1 o 2 que son honrosas excepciones- jamás entenderán esto o, mejor dicho, jamás lo querrán ver pues ello mermaría sus reclamos y la parte proporcional de la eventual multa que va a incrementar sus arcas, generando más incentivos para una seguidilla interminable de denuncias. Peor aún si tenemos gobiernos de corte populista, pues apañan esta perspectiva “para la tribuna”. Ello explica también el fallido Principio Pro Consumidor consagrado en numeral 2) del artículo V del Título Preliminar del código de marras.

La segunda cuestión está relacionada a otro mito según el cual, los consumidores están mejor cuando más información hay, por lo que hay que obligar a los proveedores a que les den toda, repito, toda la información. En efecto, el artículo 2° del Código de Protección y Defensa del Consumidor dice:

Artículo 2.- Información relevante

*2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor **toda** la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.*

*2.2 La información debe ser **veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible**, debiendo ser brindada en idioma castellano.*

*2.3 Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a **toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo** o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos.*

Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

*2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de **información excesiva o sumamente compleja**, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado.*

(El subrayado es propio)

La norma en cuestión es costosa, contraproducente y contradictoria, y el problema se agrava por ser una de las cuestiones más relevantes de las que se habla cuando nos involucramos en el estudio de la protección al consumidor.

El tema detrás de esta norma que es un eje central del tema es la llamada asimetría informativa, de la cual ya nos hemos referido como una falla del mercado y que significa que una de las partes de la relación tiene más información que la otra. En este caso, los proveedores tienen más información sobre los productos que comercializan, que los consumidores. Esto es real y no podría ser de otra forma. Es más, se trata de una consecuencia inherente a la división en el trabajo y la especialización que es un rasgo característico del mercado. Pero, ¿Cuál es la solución? Nuestra norma ha optado por la peor de todas.

Hay importantes trabajos académicos que demuestran empíricamente que mayor información no es mejor información y como refieren Ben Shahr O. y Schneider C. (2014) muchas veces los consumidores no requieren de dicha información, simplemente porque no les interesa o bien porque existen otras opciones de obtener la misma información a un menor costo. La regla sin embargo impone a los proveedores a dar toda la información. Lo que no se entiende -y para eso no se necesita ser un PhD en Economía- es que la información es un bien como cualquier otro y además no es gratis -como nada en la vida- de modo tal que cuando la ley obliga a los proveedores a dar toda la información, le está imponiendo un costo a todos los consumidores, a aquellos que quieren dicha información y a aquellos otros -la mayoría- que no le interesa o que la ha obtenido por otros medios. Al final, como alguien tiene

que pagar la cuenta, esa la pagarán todos los consumidores a través del sistema de precios.

Grafiquemos el tema con casos que, aunque no se crean son reales. A una señora se le ocurrió un día bañar a su gato y, para secarlo, no tuvo mejor idea que meterlo en un microondas. El final ya lo deben suponer. Si vamos a leer ahora nuestros manuales al momento de comprar un microondas seguramente leerá una advertencia “*no introducir animales vivos al artefacto*”. En otro caso, un caballero compró un disfraz de Superman y pensó que al ponérselo tendría por ese solo hecho, la aptitud para poder volar. El resto es historia. Pero hoy es frecuente ver en los disfraces, la indicación “*este implemento no sirve para volar*”. La pregunta cae por su propio peso ¿necesitamos esa información? La respuesta rotunda es negativa, sin embargo, gracias a normas como la que tiene nuestro inefable Código, pagamos por dicha información.

Los consumidores tenemos distintas formas de obtener información, en algunos casos recurrimos a la recomendación de otros, en otras simplemente nos dejamos llevar por la reputación de la marca (con lo cual se reivindica la función de las marcas como mecanismos transmisores de información) o, sencillamente, simplemente actuamos por nuestra propia intuición a través del ensayo-error. Somos deliberadamente ignorantes porque el costo de informarnos es superior al beneficio de hacerlo, lo que Downs (1957) llamaba “ignorancia racional”. Hagamos un ejercicio: Cuántos de nosotros hacemos un análisis comparativo de la composición de los detergentes antes de ir al supermercado para nuestras compras semanales? Seguramente nadie. Y ello ocurre porque lo peor que nos podría pasar es que el detergente no satisfaga nuestras expectativas en cuyo caso optaremos por otro, o nos dejaremos guiar por los precios, o los consejos, o las ofertas, y muchas opciones más.

La asimetría es una realidad y eliminarla en una relación de consumo es imposible. Vemos que hay un universo de opciones para mitigarlo, pero una opción ciega de trasladar dicha responsabilidad en los proveedores como lo hace la norma antes reseñada, es la más costosa de todas.

Hace muy poco surgió toda una controversia respecto de la información sobre el porcentaje de cacao que tenían los chocolates que se expendían en el mercado. Se armó todo un escándalo sobre el tema y finalmente se obligó a las empresas a suministrar en sus productos la cantidad de cacao que contenían los chocolates. ¿Interesa esa información? Probablemente para algunos, para otros no. Imponerla como obligación es trasladar el costo a todos cuando solo interesa a algunos. Y esos pocos a quien le interesa, tiene la forma de acceder a dicha información, sin necesidad de la existencia de una norma imperativa, lo cual es objetivamente verificable visitando cualquier supermercado.

Algo parecido ocurre con la información relativa a los contratos con cláusulas predispuestas, como cuando sacamos una tarjeta de crédito o instalamos en nuestro computador un programa. Inmediatamente tenemos a la vista larguísimos contratos que, conforme se ha comprobado empíricamente, son leídos por menos del 0.01% de los usuarios, sin embargo se exige legalmente más y más información que todos pagamos, hay que decirlo, por gusto.

Por si todo ello fuera insuficiente, normas de este tipo, generan incentivos perversos pues, en tanto que trasladan toda la obligación de informar a los proveedores, promueve consumidores más irresponsables y desinformados en vista que no tienen incentivo alguno para proveerse de algún tipo de información en la medida que todos los demás consumidores pagamos por ella. Aquí cae muy bien aquel viejo dicho “el muerto se hace más pesado cuando tiene quien lo cargue”.

No siendo posible desbrozar todos los desatinos del Código bajo análisis ni la jurisprudencia del órgano competente que tiende a ser cada vez más populista, quiero limitarme a enumerar algunos desaciertos que generan efectos no deseados, a modo ilustrativo. Algunos están referidos a la calidad de los productos.

En el mercado coexisten productos de buena y mala calidad. Pretender eliminar los productos de mala calidad es restringir las opciones a los consumidores que

no pueden adquirir productos de buena calidad, toda vez que normalmente esta cualidad está asociada al precio. Sobre este tema se ha discutido mucho pues, los que supuestamente pretenden defender a los consumidores, promueven la injerencia del Estado en lo que es un mecanismo que el mercado puede solucionar.

De la mano con el componente relacionado a la información, la protección al consumidor introduce el concepto de idoneidad que, grosso modo, define la correspondencia entre lo que un consumidor espera de un producto o un servicio y lo que efectivamente recibe. Esta definición da un amplio rango interpretativo cuyos resultados son dispares. Y ello porque no podemos asumir ex ante que todos los consumidores esperen lo mismo de un determinado bien. Ello implicaría establecer un estándar de consumidor, para establecer ciertos parámetros que puedan tener aplicación general lo cual es consistente con tantas premisas del método económico ya expuestas. Antes de la dación del Código de Protección y Defensa del Consumidor la jurisprudencia había construido un estándar de “consumidor razonable” que podría describirse como aquél que entiende el proceso económico y se informa valorando las ventajas y desventajas de su decisión. De esa forma se trataba de promover consumidores más diligentes y castigar a los consumidores más irresponsables. Con la promulgación del Código, se obvió la definición de un estándar bajo el argumento que en el Perú pocos superaban el estándar anterior, por lo que era mejor proteger a todos, al consumidor ordinario. Este argumento es totalmente deleznable pues se protegía a los consumidores razonables no porque fueran la mayoría sino porque se quería promover hábitos más responsables de consumo que redunden en beneficio de todos, tanto consumidores como proveedores.

La consecuencia la explica Bullard (2007) de forma meridianamente clara:

“Dicho en términos más claros, si el consumidor ordinario o medio se comporta como un idiota, es digno de protección así haya cometido idioteces. El proveedor tendrá entonces que encontrar mecanismos que protejan a los consumidores de su propia idiotez.

La ley no podría exigirle al consumidor que deje de comportarse como un idiota. Bajo tal regla resulta claro que no habría incentivos para corregir la conducta del consumidor” .

El resultado de una norma que protege consumidores ordinarios, al margen de su razonabilidad, es que renuncia a crear incentivos para una conducta responsable tanto de proveedores como de consumidores, en especial en aquellas situaciones en las que la cultura de consumo responsable aún no se ha desarrollado. Y, más grave aún es el hecho que, como consecuencia de una norma de este tipo, los buenos consumidores, terminamos pagando los mayores costos que ocasionan los malos consumidores; opera un subsidio cruzado que se expresa en el incremento de los precios. Aún más, el mercado se verá afectado como consecuencia de más operaciones realizadas en contextos de desinformación e ineficiencia.

Debo concluir en que el método económico es imprescindible para entender el Derecho de Protección al Consumidor. De otra forma, estamos haciendo legalismo a ciegas, populismo barato a costos exponenciales. El tema es alarmante toda vez que, al ser políticamente redituable proteger a ultranza a cualquier consumidor (sobre todo a los malos), nos encontramos con una escalada de despropósitos que van desde disposiciones que interfieren la estructura de costos de las empresas y la libertad económica -como cuando se autoriza a que los consumidores lleven comida adquirida fuera del cine en vez de comprarla al interior de dichos establecimientos con lo que se distorsiona el subsidio que la venta de estos productos tiene respecto del valor de las entradas, encareciendo éstas y, por tanto, promoviendo la demanda de sustitutos, como por ejemplo, la piratería- o el suministro de más información ociosa y contraproducente -como la incorporación de los famosos octógonos o alertas respecto de del nivel de ciertos componentes de los productos que, en estricto, no informa ni disuade, sino distorsiona la información y el consumo- y la lista es interminable. Es por ello por lo que nuestros defensores a los consumidores, lejos de defendernos, muchas veces nos hacen un gran daño.

.....

CAPITULO 4.- LA NECESIDAD DE INCORPORAR EL MÉTODO ECONÓMICO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

La hipótesis principal de la presente tesis es demostrar cómo el enfoque económico aplicado transversalmente en la enseñanza del Derecho coadyuva a un mejor entendimiento de este por parte de los estudiantes de Derecho desde una perspectiva integral y multidisciplinaria. En esa línea en primer término hemos explicado las características del método económico y sus ventajas comparativas respecto de otras ciencias sociales. Acto seguido hemos visto desde este método, las áreas del Derecho donde esta perspectiva es más relevante como en el caso de los derechos de propiedad, el Derecho de Contratos, el Derecho de Familia, el Derecho de Daños, el Derecho Penal y el sistema de Administración de Justicia y que normalmente son materias que son abordadas, en forma por demás superficial por razones de tiempo, en un curso mínimamente adecuado de Análisis Económico del Derecho en las facultades de Derecho.

Pero este intento no ha estado exento de críticas que van desde la deshumanización del Derecho, hasta la pura observación de los fenómenos jurídicos con criterios de eficiencia o análisis costo-beneficio, despojándolos de toda consideración relativa a la justicia y la finalidad redistributiva del Estado. Algunos inclusive han llegado a considerar que el enfoque económico está asociado a una ideología y que está intrínsecamente ligada al capitalismo. No quiero dejar de lado la opinión de algunos juristas ortodoxos que consideran poco menos que una herejía explicar el Derecho a través de medios exógenos, cuando las bases del Derecho desde su concepción histórica son autosuficientes para explicar cómo administrar la conducta de los individuos en sociedad, como en el caso del Derecho Romano.

A modo introductorio de este último capítulo cabe enfatizar que la propuesta de introducir el método económico para el estudio de las instituciones del Derecho no pretende, ni por asomo, sustituir o descartar otras perspectivas. Probablemente allí estriba el error principal de los detractores de este enfoque. Muchas veces me ha tocado debatir con respetados juristas que relativizan el uso de la Economía como una disciplina que puede complementar adecuadamente el estudio del Derecho y, en la mayoría de los casos, he llegado a la conclusión que esa aparente oposición o renuencia obedece más a un tema de ignorancia de la potencialidad del enfoque. Estos estudiosos creen que si se permite el ingreso de la Economía para “ver” cuestiones que son abordadas por el Derecho hay una suerte de invasión de sus fueros y por ende una usurpación de su objeto de estudio. Y no se dan cuenta que, si un sistema de predicción de conductas (la Economía) se junta con un sistema de regulación de conductas (el Derecho) la ventaja es obvia.

Contra intuitivamente, pienso que la idea que transita por la mente de estos juristas ortodoxos y reacios a entender interdisciplinariamente el Derecho, es porque hacen una sobreestimación de las pretensiones de quienes postulamos este enfoque. En ningún caso esta tesis postula la idea de “apartar al Derecho del Derecho”: todo lo contrario, buscamos la complementariedad del Derecho con otras disciplinas a partir de la convicción que, de esa forma, podemos alcanzar a plenitud de los fines relacionados con el orden social y la Justicia. En esa línea, este capítulo describe la forma y medios para hacer posible este desafío.

Probablemente se genere más de una controversia en algunas materias donde, a primera vista, pareciera que usar la Economía resulta impertinente, pero luego comprobamos que no lo es. Trataremos de dar algunas justificaciones de este fenómeno.

Como colofón quiero recordar una enseñanza de un magnífico profesor fallecido tempranamente y que ha sido mi línea de formación y, al mismo tiempo, aquella que quiero proyectar a mis estudiantes: “*Ser abogado no es*

*saberse las leyes de memoria; es saber pensar **en el Derecho***". El mensaje que subyace en esta frase es muy importante. Cuando salimos al mercado laboral, lo que nos distinguirá será la forma como abordamos el Derecho y en ese escenario, un abogado debe estar en la capacidad de razonar jurídicamente, lo cual no se adiestra únicamente con el manejo de las leyes -que finalmente cumplen una finalidad instrumental- toda vez que, en buena cuenta, siempre las tendremos a la mano para acudir a ellas. El desafío de "pensar en el Derecho" es abordar el fenómeno jurídico con un enfoque interdisciplinario e integrador, en la búsqueda del bienestar social: de otra forma, estaremos condenados a una visión parcial e incompleta de la realidad jurídica. Como aporte a este ejercicio, el Análisis Económico del Derecho no es otra cosa que sentido común entrenado y sistematizado. Muchos razonamientos parecerán formas difíciles de decir cosas obvias. Sin embargo, el Análisis Económico del Derecho permite sistematizar mejor el análisis, lo que contribuye a poder ver el Derecho desde otra perspectiva, una más realista y orientada hacia sus consecuencias en la realidad.

4.1. El método económico como complemento del análisis integral del Derecho.

Hemos explicado en el acápite precedente que la presunta incompatibilidad entre el Derecho visto tradicionalmente y la incorporación del método económico no es modo alguno real. Es hora de explicar las ventajas comparativas de hacer un estudio multidisciplinario del Derecho.

La enseñanza tradicional del Derecho se asocia a analizar las condiciones ex ante que justifican las instituciones de esta disciplina y, a continuación, revisar la legislación vigente. Considero que, por una parte, esta modalidad extendida históricamente en todas las facultades de Derecho, es incompleta y peca de ser coyuntural. Pero si pudiéramos enfatizar un aspecto ausente de esta forma de preparar nuevos abogados es que dejamos en un segundo plano la actitud crítica que solo es posible si vemos el fenómeno en su integridad.

En efecto, durante décadas la enseñanza del Derecho está estructurada en dos grandes núcleos. Un primer segmento en el que se exponen los presupuestos y principios de la disciplina de la que se trate y, a continuación, un segundo tramo en el cual se estudia la legislación vigente.

Este modelo se replica en la gran mayoría de cursos de las mallas curriculares de la carrera de Derecho. Veamos algunos ejemplos siguiendo la línea de las materias abordadas transversalmente en la presente tesis.

La propiedad se estudia dentro del curso de Derechos Reales. Su tratamiento es como “uno más” de los 5 derechos reales principales que aborda el Código Civil. En dicho curso se hace una introducción sobre el significado de un derecho real y, sin más, se pasa a estudiar la extensa normativa del Libro V de nuestro Código Civil, artículo por artículo. Ante la circunstancia de que se haga una modificación integral de este cuerpo legal -sobre lo cual ya hay un proyecto presentado por la comisión a quien se encargó este trabajo- parecería que esta forma de enfocar la enseñanza es meramente coyuntural y que, en circunstancias de un cambio normativo sustancial, será necesario volver a las aulas, a través de seminarios o foros para un *update* de la materia. De lo visto se advierte que nada de lo que hemos explicado desde el método económico en relación a los derechos de propiedad se encuentra dentro de los contenidos temáticos de la materia. No hay mayor reflexión sobre la importancia de la expansión de la propiedad, las características que debería tener un sistema eficaz de derechos de propiedad y el impacto de la ausencia o sobrecostos implicados en la definición de estas titularidades. Aún si la hubiera, la referencia que se hace sobre la materia se reduce a una cuestión meramente enunciativa, sin mayor comprobación o evidencia empírica, lo cual hace que el estudio del Derecho -al igual que en muchos otros campos- se convierta en un “acto de fe”. Más grave es el hecho que, al no adiestrarse adecuadamente el razonamiento jurídico, se restringe el sentido crítico del estudiante de cara a normas o proyectos que afectan las titularidades, toda vez que se ha formado a un mero operador de la ley, no un abogado. Como he presentado en el Capítulo anterior, el estudio de las consecuencias de un sistema robusto y

expansivo de titularidades a partir de la evidencia, coadyuva al crecimiento individual y, agregadamente, al bienestar general. Dicho esto, el enfoque económico cubre las falencias de una materia especialmente relevante en la formación jurídica.

En el caso del Derecho de Contratos, el protagonismo del enfoque económico es especial. La enseñanza tradicional del Derecho dedica un gran espacio a la dogmática de las relaciones jurídico patrimoniales, establecer sus diferencias, estructura y patologías. Desafortunadamente, poco o nada se dice sobre el contexto en el que operan los contratos ni la razón de su existencia: ¿por qué contratamos? ¿para qué contratamos? ¿por qué es bueno que haya más contratos? ¿qué rol le ocupa al Derecho de Contratos en este contexto? Estas reflexiones son fundamentales para pasar al estudio de la regulación de los contratos en tanto fuente de obligaciones de acuerdo al Código Civil. Y este abordaje necesariamente requiere del auxilio de herramientas económicas; de otra forma no es posible recorrer la normativa e internalizarla en el contexto en el cual se insertan, alcanzándose resultados comparativamente más ambiciosos.

Quiero detenerme especialmente en el ámbito de los contratos pues, como explicábamos en el Capítulo anterior, la noción de eficiencia es fundamental y desconocerla nos lleva a resultados ineficientes que no son percibidos desde la dogmática jurídica. Permítanme tan solo un ejemplo: Es frecuente que las partes pacten en los contratos cláusulas penales en el supuesto de un incumplimiento por alguna de las partes; de esa forma, han sido las propias partes las que, voluntariamente han dimensionado “el tamaño del daño” ante el incumplimiento, lo cual es consistente con el enfoque económico y en particular, con los postulados del Teorema de Coase. Hasta allí, todo bien. Sin embargo tenemos una norma como el artículo 1227° que reza:

“Artículo 1227: El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Durante muchos años he investigado sobre los fundamentos desde el Derecho para explicar esta norma y la literatura que he encontrado es de contenido puramente exegético y, finalmente, recalca en una cuestión axiológica: El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir a la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad. Ello sin embargo, analizado interdisciplinariamente con el auxilio del método económico, es totalmente erróneo. La norma es defectuosa y perversa por varias cuestiones que enumero rápidamente:

- ¿Qué significa “equitativamente”?
- ¿Qué significa “excesivo”?
- ¿Quién está en mejor posibilidad de cuantificar la magnitud del daño derivado del incumplimiento? ¿un sujeto ajeno a la relación obligatoria - el Juez- o las propias partes?

No perdamos de vista que estamos ante un acuerdo voluntario, siendo así, ¿acaso permitir la injerencia ajena no genera un efecto indeseable? Pero aún más, ¿Cuál es la lógica detrás de la cláusula penal? ¿no cumple acaso una finalidad doble, a saber, compensatoria y disuasiva? Si esto es así, ¿no estamos neutralizando el efecto real de la cláusula penal y, al contrario, promoviendo el incumplimiento en tanto que, el incumplidor siempre tendrá la posibilidad de recurrir a un tercero que no tiene forma alguna de cuantificar el daño derivado de la conducta infiel al contrato -el Juez- para que reduzca “equitativamente” la cláusula penal por ser “excesiva”? La contundencia del razonamiento me releva de más comentarios: llegar a él no puede hacerse si no se comprende que, finalmente, el Derecho es un sistema destinado a alterar la estructura de incentivos de los individuos, lo cual es consistente con el método económico.

Ejemplos como el descrito podemos aplicarlo intensivamente para repensar muchos temas relacionados al ámbito contractual: el método económico es especialmente significativo para advertir gruesos defectos normativos en

tópicos como el error, la formalidad de los actos, la tipicidad de los contratos, el consentimiento, la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, entre otros tantos. Una visión solo desde el Derecho no hace posible advertir el costo social de estos defectos y la necesidad de una adecuada normatividad, sino, en algunos casos, su desregulación, razón por la cual la Economía va al encuentro en la búsqueda de un enfoque integrador.

Cuando nos referimos al Derecho de Familia y postulábamos el enfoque económico de esta rama de la formación jurídica decíamos que podíamos “herir susceptibilidades” pues parecería una deshumanización de la unidad básica de la sociedad. En este extremo, la teoría económica relacionada a la familia no pretende en ningún caso sustituir el enfoque jurídico tradicional pero sí abrir el pensamiento en relación a los aspectos que son materia de estudio en las aulas de las facultades de Derecho. Sabemos que el Derecho de Familia está claramente influenciado por sesgos religiosos en sociedades conservadoras como la nuestra. Por ello es por lo que el Análisis Económico de la Familia procura objetivizar muchos conceptos de base para introducirse al estudio de la normatividad. Reconozco que es especialmente delicado el tema, sin perjuicio de lo cual el aporte es invaluable para comprender el tema. El tiempo actual de globalización del conocimiento nos obliga a incorporar diversas perspectivas dentro de las cuales la Economía no podría estar al margen.

El Derecho de Daños es enseñado en las facultades de Derecho restringiéndolo a la responsabilidad extracontractual que es una de las fuentes de las obligaciones previstas en el Código Civil. No cabe duda de que, la dogmática de esta materia es especialmente atrayente y copiosa, no sólo en el Perú, sino en todos los países del *Civil Law*. El debate, sin embargo, es parcial pues son 2 unidades temáticas las que merecen principal atención: Por una parte, las cuestiones relacionadas a la responsabilidad subjetiva y objetiva y, en segundo lugar, los aspectos relacionados con la indemnización.

En este caso, la perspectiva económica toda vez, en principio, explica las razones que justifican la responsabilidad civil a tiempo que dota de herramientas más predecibles para fijar las reglas de asignación de

responsabilidad (*Fórmula de Hand, Cheapest Cost Avoider, Deep Pocket*) para reducir el costo social de los accidentes que no solo están asociados a los daños ocasionados a la víctima, sino además a los costos de prevención. La Economía además desvirtúa algunas premisas que son asumidas sin ningún rigor científico, como por ejemplo la posibilidad de alcanzar el riesgo cero, o que “a más precaución, siempre estaremos mejor” lo cual es susceptible de ser rebatido contundentemente. A mayor abundamiento, el uso de las herramientas económicas permite ajustar las indemnizaciones con criterios más objetivos y predecibles que la sola estimación judicial a través del uso de fórmulas polinómicas que sin ser exactas son comparativamente más eficientes -y consistentes inclusive con un criterio axiológico de Justicia-, siendo éste quizás uno de los aportes más importantes de la visión económica del Derecho de Daños.

No es casualidad que el método económico haya sido empleado históricamente en el Derecho Penal: su especial utilidad se refleja en múltiples aspectos entre los cuales está la asunción metodológica del comportamiento racional del delincuente para de ello determinar rasgos de su conducta delictiva. El modelo de Gary Becker relativo al valor esperado de las penas y la utilización de la teoría de precios para analizar el comportamiento delictivo, es determinante para demostrar que muchas veces se legisla “para la tribuna” y más penas no garantizan en modo alguno que el nivel de ocurrencia de un delito vaya a reducir, pudiendo inclusive, en algunos casos incrementar su frecuencia. La Economía aplicada al crimen y castigo nos revela además que todos los delitos no pueden ser abordados de la misma forma y hay que analizar cada uno, caso por caso, para determinar cómo reaccionan ante una variación de las penas o, en su defecto, cual es la mejor política pública para reducir los costos sociales asociados al delito. Finalmente, el método económico concurre positivamente en la formulación de las distintas alternativas para escoger el castigo que cumpla las finalidades plausibles del Derecho Penal. Pese a que, a primera vista, Derecho Penal y Economía no parecen encontrar puntos de contacto, en el Capítulo anterior se ha demostrado todo lo contrario, concluyéndose que hay una perfecta complementariedad metodológica entre ambas disciplinas.

En el caso del sistema de Justicia, la formación académica se reduce a la Teoría General del Proceso y a los cursos de Derecho Procesal. Sin embargo hay un abismo entre la realidad y lo que nos dicen en las aulas. Peor aún, existe una distancia sideral entre el texto normativo y lo que ocurre en el día a día de los órganos jurisdiccionales. Todos coincidimos en el diagnóstico relacionado a los problemas de la administración de Justicia, pero el Derecho no se detiene a determinar las causas ni, mucho menos, a medir la magnitud de estas fallas o proponer soluciones. Y la respuesta es simple: los abogados somos protagonistas del problema y si no se asume que somos parte del problema, no podemos ser capaces de ser parte de la solución. Esto, como es obvio, no se enseña en las aulas universitarias y, muy por el contrario, se idealiza el rol del abogado. La Economía nos aterriza y, por qué no, nos hace tocar fondo. El tema es estar dispuestos a aceptarlos y a proponer un cambio. Ello plantea una reingeniería total del modo tradicional de la enseñanza del Derecho Procesal en la universidad en general. De qué sirve aprender de memoria como funciona un mecanismo social en los libros, si ello es una fantasía de cara a la realidad que vemos cotidianamente.

El Capítulo anterior nos ha servido para revisar más profundamente distintas áreas del Derecho, no solo las comentadas en este acápite, sino algunas otras en las que la Economía puede aportar mucho más en la formación de un conocimiento global e integrado. Y es así como la transversalidad de la que hablamos y ha sido el eje de nuestra tesis, asume distintas formas según se trate de la materia jurídica a la que nos referimos; en algunos casos complementar el conocimiento, en otros contextualizarlo y hasta reformularlo si es menester.

Debo llamar la atención que la versatilidad de la metodología económica no se agota en las ramas del Derecho abordadas: No hay una sola materia inherente al Derecho que no pueda ser vista desde los ojos de la Economía y, con certeza, aportará en mayor o menor medida, pero sin duda robustecerá la formación de los estudiantes, ampliará los horizontes del conocimiento, provocará el cuestionamiento y la discusión sobre la eficiencia y pertinencia de

muchas regulaciones y fomentará el debate y la discusión académica que, finalmente, enriquece a estudiantes y docentes, de lo cual puedo dar fe.

4.2. Una propuesta audaz

He denominado de esa forma este último acápite de la tesis pues, vista la ventaja que ofrece el enfoque interdisciplinario del Derecho, es necesario repensar la forma como se debe enseñar el Derecho y esto afecta directamente a las mallas curriculares y sílabos de los cursos que se imparten en las facultades de Derecho.

Tradicionalmente, en las poquísimas universidades que tiene en cuenta este enfoque -y que en el Perú, a nivel de pregrado, son apenas 8, algunas de las cuales lo abordan electivamente y, de todas ellas, por lo menos 3 lo hacen en forma paupérrima pues sus contenidos no tienen nada que hacer con todo lo visto en la presente tesis- lo hacen a través del curso de Análisis Económico del Derecho que toma de 2 a 3 horas lectivas semanales. Quienes enseñamos esta materia debemos hacer un ejercicio descomunal por abordar transversalmente algunas de las ramas del Derecho en forma extremadamente superficial, con lo cual el curso se convierte en muchos casos en una señal indicadora de la existencia de esta forma de ver el Derecho y más nada.

Una dificultad adicional que se adiciona a esta problemática es el hecho que, en la mayoría de las facultades en las que se imparte esta asignatura, ésta se dicta en los últimos ciclos de la carrera lo cual acarrea una serie de consecuencias:

- Las facultades que dictan el curso de Análisis Económico del Derecho también suelen tener en su malla curricular un curso introductorio de conceptos básicos de Economía, pero éste se dicta en los primeros ciclos de la carrera, de tal suerte que entre uno y otro curso hay un intervalo de cuando menos 6 ciclos, lo cual hace indispensable que se tenga que distraer parte del curso de Análisis Económico del Derecho para repasar conceptos supuestamente aprendidos por los estudiantes.

De hecho, normalmente las 3 a 4 primera semanas de clase de cada ciclo de Análisis Económico del Derecho se utiliza para “refrescar” las nociones de Economía adquiridas años antes.

- Como quiera que los alumnos recién conocen el enfoque económico luego de haber estudiado las bases teóricas de la mayoría de las ramas del Derecho que se abordan en el curso de Análisis Económico del Derecho, les es muy difícil desarraigar conceptos previamente adquiridos e internalizados. Este problema lo he advertido con singular notoriedad en los casos de los derechos de propiedad, contratos, daños y procesal civil en los que los alumnos ya tienen una dogmática preconcebida que les dificulta abrirse a otras perspectivas de lo ya aprendido, sin perjuicio que muchos le restan importancia. Cuando he hecho una suerte de *focus group* para entender este último fenómeno, la respuesta mayoritaria es que, a esa altura de su formación “ya no les sirve”, pues muchos ya practican o trabajan y para tales fines y la labor que realizan en esa primera etapa de su formación de abogados, saber la ley “les sobra y les basta”.
- Al dictarse el curso de Análisis Económico del Derecho en la etapa final de la formación del alumno, se limita la posibilidad de emprender investigaciones de mediano plazo con los estudiantes en el Centro de Estudios de Derecho y Economía. En efecto, si consideramos que los alumnos estudian el curso recién en la última parte de su carrera y luego están orientando su formación a la especialidad escogida, el horizonte promedio de desarrollo en el campo de la investigación no supera a 2 o 3 ciclos en el mejor de los casos, lo cual restringe significativamente las posibilidades de hacer emprendimientos más ambiciosos. Se ha hecho el ensayo de acoger alumnos de ciclos tempranos en proyectos de investigación emprendidos en el Centro de Estudios de Derecho y Economía y, salvo contadas excepciones, los resultados no han sido auspiciosos pues, al no tener los estudiantes ningún conocimiento previo de trabajo interdisciplinario, su labor se reduce a “adelantarles” un poco lo que verán formalmente en el curso de Análisis Económico del

Derecho a futuro, desnaturalizando así, la labor principal que debe tener un Centro de Estudios y que se expresa no en organizar eventos ni participar en concursos, sino principalmente en producir investigación, lo cual es consistente con la línea matriz de las Escuelas de Derecho más importantes del mundo y que es tomada como un indicador especialmente relevante para todos los procesos de homologación y acreditación internacional al más alto nivel.

- Finalmente, el hecho que el curso de Análisis Económico del Derecho se dicte en forma tardía pone a este enfoque en clara desventaja con relación a otras materias que los alumnos conocen y se adiestran en forma temprana, con lo que muchos de los mejores cuadros de estudiantes ya han sido captados tempranamente por otras materias y cuando recién “descubren” las características de este trabajo multidisciplinario, o bien ya pertenecen a otros Centros de Estudios que los acogieron tempranamente (DD HH, Constitucional, Familia, entre otros) o ya están trabajando o practicando, con lo que su disponibilidad de tiempo es escasa o nula.

Yo debo contar mi experiencia personal al respecto pues tengo el privilegio de tener a mi cargo el Centro de Estudios de Derecho y Economía hace algunos años. Durante este tiempo hemos emprendido varias investigaciones que han sido presentadas en foros internacionales, pero estamos muy lejos de las metas y objetivos que queremos alcanzar. Las dificultades, además de las acotadas precedentemente, estriban en la escasez de recursos, principalmente, tiempo y fuentes bibliográficas.

Como se ha explicado en el Capítulo 2, al momento de hacer uso del método económico debemos optar si queremos hacer un enfoque de corte positivo o normativo. El primero de ellos, por su naturaleza, exige un mayor adiestramiento en Economía y, por tanto, de fuentes bibliográficas. El segundo en cambio, en tanto que es metodológicamente empírico, supone el levantamiento de data y trabajo de campo que exige tiempo y, a la vez, un costo monetario. Como sabemos, el tiempo es un recurso que, como refería al

maestro Roberto Keil Rojas, es valioso, inexorable e irrecuperable: en esa dimensión esta dificultad la hemos sorteado mediante reuniones virtuales y presenciales los domingos fuera de la Facultad y redes sociales. Pero convengamos que no son las mejores condiciones para emprender proyectos de cierta complejidad estructural que pueden significar un aporte de la Facultad de Derecho a la sociedad.

El otro obstáculo que se tiene es la dificultad en acceder a las fuentes de información y bibliografía relacionada al enfoque económico aplicado a las distintas disciplinas del Derecho. Si bien es cierto que la producción de libros o tratados de Derecho y Economía en lengua española es aún escasa a escala mundial, es indispensable contar con libros en otras lenguas sobre la materia - inglés principalmente- y, sobre todo, el acceso a repositorios virtuales de investigaciones y *papers*, donde se encuentra probablemente la mayor producción sobre este enfoque interdisciplinario, lo cual supone además suscribirse a las revistas virtuales más importantes en el campo. Esta dificultad ha sido sorteada por los alumnos integrantes del Centro mediante el acceso a bibliotecas y suscripciones privadas.

Hace algunos años, en un conversatorio, un jurista amigo y estudioso de este enfoque me dijo con total autoridad *“el día que en el Perú verdaderamente se incorpore el enfoque económico al Derecho, será el día que desaparezca el curso de Análisis Económico del Derecho de sus mallas curriculares”*. A primera vista, la frase puede aparentar ser contradictoria, pero recoge una verdad: El Análisis Económico del Derecho no es una rama del Derecho, y no se le puede dar forzosamente ese tratamiento.

Y es que la frase comentada anteriormente revela algo muy significativo: verdaderamente entenderemos la utilidad del enfoque económico para entender las consecuencias de los fenómenos legales en los individuos, cuando lo incorporemos como una de las perspectivas desde la cual se estudien las distintas materias que conforman la malla curricular de la Facultad. Así, por ejemplo, cursos como Teoría General del Derecho, Derechos Reales, Derecho de Contratos, Derecho de Daños, Teoría General del Proceso,

Derecho de Familia, Derecho Ambiental, Derecho de Sociedades y Bases del Derecho Penal, entre otros, debería asignar cuando menos una sesión para presentar este enfoque, como otra forma de ver los contenidos del curso y, por qué no, usarlo activamente para comprender mejor el impacto de las normas legales en los incentivos individuales y colectivos y, como consecuencia, cumplen una función plausible en la sociedad.

Propongo entonces una visión más integradora del Derecho que no excluya el enfoque económico del estudio de cada materia, como una perspectiva adicional, lo cual se condice con la transversalidad que he intentado demostrar en esta tesis. Las ventajas son múltiples:

- Se permite que el alumno desarrolle un sentido crítico y pueda, con mayor consistencia, explicar el porqué de las instituciones del Derecho con el auxilio de herramientas comparativamente más certeras que los enfoques tradicionales empleados en las aulas universitarias.
- Logramos calzar y encontrarle un sentido al curso de Fundamentos de Economía, pues lejos de verse como una materia ajena al Derecho, la utilizamos como un *input* indispensable para entender estudios posteriores de los cursos directamente referidos a la profesión. Visto como está ahora -y con la distancia temporal que lo separa del curso de Análisis Económico de Derecho- perdemos una valiosa oportunidad de acoplar el enfoque transversalmente en la formación de nuestros estudiantes.
- Permitimos que, tempranamente, surja la inquietud académica en los estudiantes para la investigación jurídica desde un enfoque económico con un horizonte suficientemente amplio que permita proyectos más ambiciosos de la mano con el Centro de Estudios de Derecho y Economía.
- Es posible maximizar el resultado de eventos y actividades complementarias para analizar las consecuencias de las normas legales

en los individuos desde los primeros ciclos y como decíamos en el Capítulo anterior, estudiar el Derecho efectivo (*Law in action*) y no el Derecho de los códigos (*Law on the books*)

La propuesta planteada precedentemente, no significaría necesariamente -a diferencia de la opinión de mi colega y amigo- la desaparición del curso de Análisis Económico del Derecho, sino su reestructuración como lo que pedagógicamente se denomina, un curso integrador, esto es, aquel que está destinado a comprobar las competencias adquiridas por los estudiantes transversalmente en su formación a través del enfoque interdisciplinario, lo cual es consistente con las tendencias actuales de la enseñanza. En este caso, el modelo absorbe las diversas aportaciones adquiridas durante los ciclos precedentes, para hacer una reflexión crítica de determinados tópicos puntuales de especial interés y vigencia.

Esta forma de replantear el curso de Análisis Económico del Derecho, en tanto que, ya no es necesario repasar el método económico -pues ya se estudió tempranamente y se ha visto su aplicación a lo largo de las distintas materias- explora competencias novedosas y promueve la investigación y el sentido crítico a partir de la evidencia empírica, todo lo cual permite alcanzar resultados comparativamente más satisfactorios, en consonancia con el enfoque de las principales Escuelas de Derecho del mundo.

Un esfuerzo de este tipo, ciertamente audaz y ambiciosa pero altamente productivo, exige un cambio de paradigmas respecto del modelo tradicional de la enseñanza del Derecho, lo cual va de la mano con la dotación de profesores con las habilidades y apertura necesarias para este emprendimiento o, alternativamente, la capacitación docente en el uso de este enfoque para incorporarlos a la cátedra. No obstante el beneficio que puede alcanzarse supera largamente el esfuerzo que implica un cambio de este tipo, bajo una propuesta moderna de aprender el Derecho desde una perspectiva interdisciplinaria que proyecte una imagen integradora del conocimiento, insoslayable en un mundo globalizado.

Ha transcurrido más de un siglo desde que uno de los juristas más prestigiosos de los Estados Unidos, el juez Oliver Wendel Holmes escribiera “*en el estudio racional del Derecho, el hombre de letras es, seguramente el hombre del presente; pero el hombre del futuro será aquél que domine la economía y la estadística*”. Parece claro, sin embargo, que a nuestros futuros abogados se les sigue formando mucho más para ser hombres del siglo XIX que parece ser hombres del mundo actual del siglo XXI de los que hablaba Holmes. Es tiempo de cambiar el rumbo.

.....

CONCLUSIONES

1. La enseñanza del Derecho, de la forma como ha venido sido estructurada en la gran mayoría de países de tradición romano germánica, pretende explicar sus instituciones a partir de criterios dogmáticos, axiológicos y exegéticos, esto es, a partir del propio Derecho, lo cual resulta insuficiente pues, en todos los casos esa valoración no considera el impacto que tienen las normas en el comportamiento de conductas.
2. Siendo el Derecho, por definición, un sistema de conceptos y normas destinadas a regular la conducta de los individuos en sociedad e inspirada en valores como el orden y la Justicia, hacer una aproximación limitada a esta profesión, es una perspectiva incompleta. Aún más, una justicia irresponsable puede convertirse en la peor de las injusticias.
3. Existen herramientas metodológicas que pueden coadyuvar a enriquecer y construir un enfoque multidisciplinario que pueden auxiliar al Derecho al cumplimiento de sus finalidades, siendo la Economía una de ellas.
4. El enfoque económico tiene ventajas comparativas en relación a los medios tradicionales que se emplean el Derecho, en la medida que es más predecible, con lo cual permite medir y valorar las consecuencias del sistema legal en la conducta de los individuos en sociedad.
5. Así las cosas, el enfoque económico, en tanto que tiene por naturaleza características axiomáticas-deductivas asume que los individuos responden a incentivos, sean estos positivos o negativos (recompensan

o castigos) lo cual es consistente con la naturaleza misma del sistema legal. De ello se infiere que un cambio normativo importa un cambio en la estructura de incentivo de los individuos.

6. Por lo expuesto, el enfoque económico de la mano del Derecho aporta una visión integral del fenómeno jurídico y que puede ponerse en evidencia en las distintas ramas de esta disciplina.
7. La transversalidad del método económico en la enseñanza del Derecho implica que debe hacerse una transustanciación de los fenómenos jurídicos para ser vistos como fenómenos económicos siendo el resultado alcanzar resultados y conclusiones que el Derecho no puede obtener a partir de sus propios medios.
8. No existe rama del Derecho que no pueda ser vista “desde los ojos del método económico”. No obstante son particularmente relevantes algunos campos donde se hace indispensable este ejercicio interdisciplinario como es el caso de los derechos de propiedad, los contratos, el Derecho de familia, la responsabilidad civil, el crimen y el castigo y el sistema de justicia. En todos estos casos, el enfoque económico “completa” las perspectivas tradicionales con las que hemos abordado el Derecho, alcanzando una formación integral y crítica de los futuros abogados.
9. Lo expresado anteriormente, no excluye la visión económica de otras materias como el Derecho Laboral, el Derecho Societario y la Protección al Consumidor, entre tantas otras, donde los resultados de este enfoque pueden permitir alcanzar conclusiones sorprendentemente llamativas en relación al efecto de muchas normas que, lejos de alcanzar resultados plausibles, produce consecuencias no deseadas o efectos perversos.
10. Incorporar el enfoque económico a los contenidos curriculares y sílabos de las materias en las que su aporte puede ser especialmente relevante -como en los casos antes descritos- es, comparativamente, más

eficiente que incorporar un curso de Análisis Económico del Derecho como se ha venido haciendo en pocas universidades del Perú con carácter obligatorio. Ello encuentra justificación en el hecho que, al utilizar el método económico al interior de los contenidos específicos de cada materia, se alcanza un resultado más integrador del estudio de los fenómenos jurídicos, comparativamente con un solo curso que abarque el enfoque económico en forma exclusiva para revisar transversalmente todas las ramas más relevantes del Derecho, esfuerzo que es valioso, pero insuficiente, dadas las limitaciones de tiempo y recursos materiales.

11. Es importante incorporar a las fuentes de información de acceso de los estudiantes, textos que utilicen el método económico para el abordaje de las instituciones del Derecho. Pero aún más es imperativo en un mundo globalizado incorporar los criterios de eficiencia en la formación de futuros abogados, para cumplir a cabalidad las finalidades del Derecho.

.....

RECOMENDACIONES

1. Incorporar el método económico como “una más” de las formas de ver el Derecho y medir sus consecuencias no es imposible. Esta idea es consistente con una perspectiva multidisciplinaria del conocimiento en un mundo globalizado, donde ya es inadmisibles el abordaje de los fenómenos sociales en forma aislada o segmentada, de lo cual no escapa el Derecho.
2. Progresivamente debe incluirse en los sílabos de un stock de cursos donde el enfoque económico es especialmente útil, una unidad temática que aborde este análisis, para mejorar la visión integral de Derecho y motivar la actitud crítica de los estudiantes sobre las consecuencias legales de las normas en el cumplimiento de sus finalidades.
3. Siendo el enfoque multidisciplinario del Derecho una perspectiva moderna y ajustada a lo que se imparte actualmente en las universidades más importantes del mundo, la Facultad de Derecho debe alinearse a esta tendencia mediante la promoción y difusión de la investigación jurídica en estos campos, a fin de estar en pocos años a la vanguardia de la formación integral de futuros abogados.
4. La Facultad de Derecho de la USMP ha sido pionera a nivel nacional y latinoamericano en muchos aspectos relacionados con la enseñanza del Derecho, lo que le ha merecido el reconocimiento internacional, entre ellos, uno que está relacionado al enfoque económico como es el curso de Teoría de los juegos aplicada al Derecho, siendo la primera Escuela de Derecho en impartirlo en este continente, entre otros hitos en otras

ramas del aprendizaje. En esta línea la incorporación del enfoque económico en los sílabos de las materias donde esta perspectiva es especialmente necesaria, representa un nuevo desafío en una realidad tan competitiva en el campo de la educación superior.

5. Todo lo anterior no es posible sin considerar dos aspectos, a saber. el aspecto formativo de los docentes a fin de que tengan los recursos didácticos necesarios para este emprendimiento; y, la dotación de fuentes de información, libros y publicaciones en general relacionadas a las distintas ramas del Derecho desde una mirada económica.
6. Por último, es importante la inducción desde los primeros ciclos de formación en pregrado, del método económico en forma concatenada y progresiva, para que el esfuerzo no quede reducido a materias aisladas e inconexas que desvirtúen y relativicen los resultados del esfuerzo desplegado. Ello debe ir acompañado con la realización permanente de eventos que presenten los fenómenos jurídicos desde distintas perspectivas -incluyendo la que ha sido objeto de esta tesis- con la participación de invitados nacionales e internacionales del más alto nivel.
7. Robustecer el trabajo del Centro de Estudios de Derecho y Economía de la Facultad, dotándola de los recursos logísticos y humanos necesarios para ampliar su posicionamiento a nivel nacional e internacional por intermedio de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE).

.....

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Acciarri, H. (2009). La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Acciarri, H. (2009). Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños. Buenos Aires. ALACDE.
- Acciarri H y Romero M. La Fórmula de Hand y el Cheapest Cost Avoider en el Derecho de Daños Argentino. En La Ley Buenos Aires, año 14, número 5 -junio 2007-, p. 517 a 526.
- Adler, M y Posner, E. (2006). New Foundations of Cost-Benefit Analysis. Massachusetts. Harvard College.
- Aguado Franco, J. (2011). Curso Fundamental de Microeconomía. Madrid. Delta Publicaciones.
- Aguado Franco, J. (2014). Guía para comprender la Microeconomía. Madrid. Pirámide.
- Akerlof, G. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism (1970) en The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3, pp. 488-500 Massachusetts. The MIT Press.
- Araujo, F. (2007). Teoría Económica Do Contrato. Lisboa. Edições Almedina, SA.
- Armour, J., Hansmann, H., & Kraakman, R. (2016). Los Elementos Esenciales del Derecho Corporativo ¿Qué es el Derecho Corporativo? IUS ET VERITAS, 24(53), 182-212. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16543>
- Arruñada, B. (2004). Sistemas de Titulación de la Propiedad. Lima. Palestra.

- Ayau Cordón, M. (2006). Un juego que no suma cero. Guatemala. Centro de Estudios Económico Sociales.
- Ayau Cordón, M. (2013). El Proceso Económico. Guatemala. Centro de Estudios Económicos-Sociales (CEES).
- Battesini, E. (2011). Direito e Economia. Sao Paulo. LTR Editora.
- Bazán, V y Fuchs, Marie. (2019). Constitución y Economía. Colombia. Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Ben Shahr O. y Schneider C. (2014) More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure. New Jersey. Princeton University Press.
- Benegas Lynch, A. (1994). Fundamentos de Análisis Económico. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Becker, G. (1981). Tratado sobre la familia. Madrid. Alianza Editorial.
- Becker G. (1983) El Capital Humano; Un Análisis Teórico y empírico. Madrid. Alianza Universidad.
- Becker, G. (1990). The Economic Approach to Human Behavior. Chicago. The University of Chicago.
- Becker, G. y Posner, R. (2009). Uncommon Sense. Chicago. The University of Chicago Press.
- Boza G. (2014) Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo. En Themis 65 13-26 Lima. PUCP.
- Buchanan J. / Tullock G. (2010) The Calculus of Consent. New Haven. Liberty Fund Inc
- Bullard A. 2020/03/2020El Virus Empático. en *Peru 21*. p. 3.
- Bullard A. Reivindicando a Los Piratas. ¿Es La Propiedad Intelectual Un Robo? (2008). Buenos Aires. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 57.
- Bullard A. ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario.(2017) Recuperado de <http://www.ipde.org.py/wp-content/uploads/2017/07/Es-el-consumidor-un-idiota-Alfredo-Bullard.pdf>
- Bullard A. Derecho y Economía (2006) Lima. Palestra.

- Bullard A. Análisis Económico del Derecho (2018) Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bullard A. Cecilia Mac Lean A, La Enseñanza del Derecho: ¿Cofradía o Archicofradía? Buenos Aires, Academia – Revista sobre Enseñanza del Derecho. Universidad de Buenos Aires. Año 7 N°13 pp. 21-47
- Buscaglia, E. (2015). Lavado de Dinero y Corrupción Política. México. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Cabrillo, F. (1996). Matrimonio Familia y Economía. Madrid. Minerva Ediciones.
- Cabrillo, F; Albert, R y Biazzi, R. (2011). Principios de Economía y Hacienda. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Cabrillo, F y Fitzpatrick. (2011). La Economía de la Administración de Justicia. Madrid. Thomson Reuters.
- Calabresi, G y Bobbitt, P. (2017). Elecciones Trágicas –Los conflictos que afronta la sociedad al asignar recursos trágicamente escasos-. Lima, Perú. Fogueras Editores SAC.
- Calabresi G. y Melamed D. (1972) Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral en Harvard Law Review, Vol.85, p. 1089, April. Massachusetts.
- Carrasco Delgado, N. (2012). Análisis Económico de las Medidas Cautelares Civiles. Chile. Abeledo Perrot.
- Carvalho, C. (2011). El Análisis Económico del Derecho Tributario. Lima, Perú. Grijley.
- Castillo Freyre, M y Vásquez Kunze, R. (2004). Analizando el Análisis: Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho civil. Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Chiassoni, P. (2013). El Análisis Económico de Derecho. Lima, Perú. Palestra Editores.
- Coase, R. (1988). The Firm the Market and the Law. Chicago. The University of Chicago Press Chicago and London.
- Coloma, G. (2001). Análisis Económico del Derecho. Argentina. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura.

- Cooter, R y Acciarri, H. (2012). Introducción al Análisis Económico del Derecho. Santiago, Chile. Thomson Reuters.
- Cooter, R y Ulen, T. (2008). Law & Economics. Boston, United States of America. Pearson Addison Wesley.
- De Soto H. El Misterio del Capital. 1980. Lima Empresa Editora El Comercio.
- Denozza, F. (2002). Norme Efficienti. Milano, Italia. Giuffrè Editore.
- Demsetz H. (1967) Toward a Theory of Property Rights. En The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association.
- Doménech G. (2013) Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. En Revista de Administración Pública N° 195, Madrid, septiembre-diciembre (2014), págs. 99-133.
- Downs A. (1957), An Economic Theory of Democracy. New York: Harper & Brothers.
- Dnes, A y Rowthorn, R. (2002). The Law and Economics of Marriage & Divorce. Massachusetts. Cambridge University Press.
- Duran y Lalaguna, P. (1992). Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho. España. Comares Editorial.
- Easterbrook, F y Fischel, D. (1998). The Economic Structure of Corporate Law. Massachusetts. Harvard College.
- Escamilla Castillo, M. (2004). John Stuart Mill y Las Fronteras del Liberalismo. Granada. Universidad de Granada.
- Epstein, R. (1995) Simple Rules for a Complex World. Massachusetts, Harvard University Press
- Escobar Rozas, F y O'Neill de la Fuente, C. (2013). Ensayos de Derecho Contractual Financiero. Lima. Universidad del Pacifico.
- Flores Padilla C.(comp.) Martinez Coll J.C. y Padilla A. La Economía, Virtudes e Inconvenientes (2006) Santiago. RiL Editores.
- Forte, F. (2005). Analisi Economica del Diritto. Reggio Calabria. Iiriti Editore.

- Franzoni, L. (2003). *Introduzione All' Economia del Diritto*. Bologna. Il Mulino.
- Franzoni, L y Marchesi, D. (2006). *Economia e Politica Economica del Diritto*. Bologna. Il Mulino.
- Friedman, M y Friedman, R. (1980). *Libertad de Elegir*. Madrid. Ediciones Grijalbo.
- Friedman, M (1954) *Essays on Positive Economics*. Chicago. University of Chicago Press.
- Friedman, D. (2000). *Delincuentes racionales y policía maximizadora de beneficios. Análisis económico de las leyes y de su cumplimiento*. En Tomassi, Mariano y Ierulli, Kathryn (editores). (2000). *Economía y Sociedad*. Madrid. Cambridge University Press
- Furubotn E. y Pejovich S. *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature (1972)* en *Journal of Economic Literature*, Vol. 10, No. 4. Nashville.
- Gherzi. E. "¿Por qué no se extinguen las gallinas? Bienes públicos y privados" en *New Media Universidad Francisco Marroquín* (2008) Guatemala.
- González Nieves, I. (2008). *Análisis Económico del Derecho Ambiental*. Buenos Aires. Editorial Heliasta
- Guestrin, S. (2004). *Fundamentos para un Nuevo Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma
- Gwartney, James D; Stroup, Richard; Sobel, Rusell y Macpherson, David. (2007). *Economics Private and Public Choice*. Ohio, United States of America. South Western Cengage Learning.
- Hardin. G. *The Tragedy of de Commons* en *Science*, Vol. 162, No. 3859 (December 13, 1968), pp. 1243-1248.
- Harrison, Jeffrey. (1998). *Law and Economics*. United States of America. West Publishing Co.
- Kraakman, R; Armour, J; Davies, P; Enriques, L; Hertig, G; Hopt, K; Kanda; Hansmann, H y Rock, E. (2009). *The Anatomy of Corporate Law*. Oxford. Oxford University Press.

- Korobkin, R. (2005). Possibility and Plausibility in Law and Economics. En Florida State University Law Review, Vol. 32.
- Kluger, V. (2006) (comp.). Análisis Económico del Derecho. Buenos Aires, Argentina. Heliasta.
- Kornhauser, L. Derecho de los Contratos. En Spector, H. Elementos del Análisis Económico del Derecho. 2004. Buenos Aires Rubinzal-Culzoni.
- Landes W. y Posner R (2006) La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial. Madrid. Consejo General del Notariado.
- Leubsdorf, J. (1978) The Standard for Preliminary Injunctions. En Harvard Law Review, 91: 525p.
- Levitt, S y Dubner, S. (2006). Freakonomics. Argentina. Ediciones B.
- Levitt, S y Dubner, S. (2010). Superfreakonomics. Argentina. Editorial Suramericana.
- Lott, John. (2007). Freedomnomics. United States of America. New Jersey. Regnery Publishing.
- Lott, John. (2010). More Guns Less Crime. Chicago. The University of Chicago Press.
- Luciani, D. (2011). Criminalidad Organizada y Trata de Personas. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mackaay, E. (2013). Law and Economics for Civil Law Systems. Northampton. Edward Elgar Publishing.
- Malloy, R. (1990). Law and Economics – A Comparative Approach to Theory and Practice. Minnesota. West Publishing.
- Mankiw, G. (2007). Principios de Economía. Madrid, España. Thompson Editores.
- Mendoza Bremautz, E (coord.). (2006). Teoría Económica. México DF, México. Iure Editores.
- Mercurio, N. (1989). Derecho y Economía. España. Instituto de Estudios Fiscales.
- Mercurio, N y Medema, S. (1997). Economics and the Law. New Jersey. Princeton University Press.

- Miranda, S. (2014). Si Cupido Supiera de Economía. Bogotá. Editorial Planeta Colombiana.
- Montero Soler, Alberto y Torres López, J. (1998). La Economía del Delito y de las Penas. España. Comares Editorial.
- Napolitano, G y Abrescia, M. (2009). Analisi Economica del Diritto Pubblico. Bolonia, Italia. Il Mulino Editrice.
- Nicholson, T. (2005). Teoría Microeconómica. Principios Económicos y Aplicaciones. México D.F, México. Cengage Learning Editores S.A.
- North D. (2006) Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. México D.F, México. Fondo de Cultura Económica
- Ostrom, E. (1980) El Gobierno de los Bienes Comunes. México D.F. Fondo de Cultura Económica.
- Ostry, J. D.; B. Andrew y C. G. Tsangarides. “Redistribución, desigualdad y crecimiento”, Revista de Economía Institucional 16, 30, 2014, pp. 53-81 Bogotá. Universidad Externado.
- Paccès, A y Visscher, L. (2011). Methodology of Law and Economics. Bart van Klink and Sanne Taekema (Eds.), Law and Method. Interdisciplinary research into Law (Series Politika, nr 4), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Papayannis, D. (2009). Fundamentos Económicos de la Responsabilidad Extracontractual. Buenos Aires, Argentina. Ad-Hoc.
- Pardolesi, R y Tassone, B. (2003). I Giudici e l’analisi Economica del Diritto Privato. Roma. Il Mulino.
- Parisi, F y Rowley, C. (2005). The Origins of Law and Economics. Massachusetts, United States of America. Edward Elgar Publishing.
- Parisi, F. (2013). The language of Law and Economics. Cambridge. Cambridge University Press.
- Pastor Prieto, S (2016) Análisis Económico de la Justicia y la Reforma Judicial. Madrid. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Paulsen, A. (1959). Teoría General de la Economía Tomo II. México. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Pindyck, R y Rubinfeld, D. (2009). Microeconomía. Madrid, España. Pearson Prentice Hall.

- Pinzón Camargo, M. (2010). Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Polinsky, M. (1985). Introducción al Análisis Económico del Derecho. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A.
- Polinsky, A y Shavell, S. (2007). Handbook of Law and Economics Volume I. Netherlands. North- Holland.
- Polinsky, A y Shavell, S. (2007). Handbook of Law and Economics Volume II. Netherlands. North- Holland.
- Posner E. (2008) Human Welfare, not Human Rights. En John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 394. Chicago. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105209
- Posner, R. (1976). Antitrust Law. Chicago. The University of Chicago.
- Posner, R. (1983). The Economics of Justice. United States of America. Harvard College.
- Posner, R. (2008). How Judges Think. Massachusetts. Harvard College.
- Posner, R. (2013). El Análisis Económico del Derecho. México. Fondo de Cultura Económica.
- Pyle, D. (1983). The Economics of Crime and Law Enforcement. New York. St. Martin's Press.
- Querol Aragón, N. (2007). Análisis Económico del Derecho. España. Ediciones FIEC.
- Reich, N. (1985). Mercado y Derecho. Madrid, España. Editorial Ariel S.A.
- Reyes Villamizar, F. (2012). Análisis Económico del Derecho Societario. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.
- Reyes Villamizar, F. (2014). La Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá. Legis.
- Risso, I. (2002). Economía y Derecho. Buenos Aires, Argentina. Editorial García Alonso.
- Roemer, A. (2002). Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura. México. Fondo de Cultura Económica.
- Roemer, A. (2010). Economía del Crimen. México. Noriega Editores.

- Rojas, R. (2004). Análisis Económico e Institucional del orden jurídico. Buenos Aires. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- Ruhl, G. (2006). Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective en Berkeley Journal of International Law, Vol. 24, Berkeley.
- Rubio, M. (2007). Economía Jurídica. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Saavedra Velazco, R. (2016). Análisis Económico y Comparado del Derecho Privado. Una Introducción. Lima, Perú. Fontana Editores SAC.
- Sala I Martín, X. (2001). Economía Liberal. Para no economistas y no liberales. Madrid, España. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Sala I Martín, X. (2016). Economía en Colores. Colombia. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Salvador Coderch P. y Gomez Ligüerre C. El Derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes. En Indret N° 274, Barcelona, 2005.
- Samuelson, P y Nordhaus, W. (1996). Economía. Madrid, España. Mc Graw-Hill.
- Sánchez Pereyra, Adolfo. (2008). Economía y Derecho. México DF. Ediciones Coyoacán.
- Sen, A. (2009). La Idea de la Justicia. Buenos Aires, Argentina. Taurus Ediciones.
- Shavell, S. (2004). Fundamentos del Análisis Económico del Derecho. Madrid, España. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Shavell, S. (2004). Foundations of Economic Analysis of Law. Massachusetts. Harvard College.
- Shavell, S. (2007). Economic Analysis of Accident Law. Massachusetts. Harvard College.
- Schumpeter, J. (2012). Historia del Análisis Económico. Massachusetts. Harvard College.
- Simon, H. (1957). "A Behavioral Model of Rational Choice", en Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting. New York: Wiley

- Sola, J. (2004). Constitución y Economía. Argentina. Abeledo-Perrot.
- Sowell, T. (2013). Economía Básica. Madrid, España. Deusto.
- Sumar Albújar, O. (2018). Más Allá del Análisis Económico de la Regulación. Lima. Asociación Civil Themis.
- Sunstein, C. (2007). Behavioral Law & Economics. United States of America. Cambridge University Press.
- Sunstein, C. y Thaler, R. Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron, en University of Chicago Law Review 70 (4), (2003): 1159-1202.
- Sunstein, C. y Thaler, R. Nudge. (2008) New Haven, Yale University Press
- Szuchman, P y Anderson, J. (2011). El Negocio del Matrimonio. Madrid. Ediciones Urano.
- Tabarrok A. The Law of Unintended Consequences. (2008) recuperado de Marginal Revolution: Small steps toward a much better world. <https://marginalrevolution.com/marginalrevolution/2008/01/the-law-of-unin.html>
- Tanzi, V. y Davoodi, H. Corruption, Growth, and Public Finances (2000) recuperado de International Monetary Fund (IMF). Recuperado de https://books.google.com.pe/books?id=0PWVYLJ7Qa0C&printsec=copyright&hl=es&source=gbs_pub_info_r#v=onepage&q&f=false
- Thaler, R. (2017) Portarse Mal. El Comportamiento Irracional en la vida Económica. Barcelona. Paidós.
- Thiel P. (2014) Zero to One: Notes on Startups, or How to Build the Future. New York. Penguin Random House.
- Torres Lopez, J. (1987). Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal. Madrid, España. Tecnos.
- Turchi, F. (2002). Elementi di economia per l'amalisi costi-benefici. Milano, Italia. Franco Angeli.
- Ulen, T. (2003). A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law. En University of Illinois Law Review, Vol. 2002, No. 4.
- Veljanovski, C. (2006). Economía del Derecho. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Diego Portales.

- Wiener Katz, A. (2006). Foundations of the Economic Approach to Law. New York. Lexis Nexis.
- Wilson, J y Herrnstein, R. (1998). Crime & Human Nature. Massachusetts. Free Press.