

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Colección **Lo Esencial del Derecho** 35

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

ALFREDO BULLARD

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Bullard G., Alfredo, 1964-

Análisis económico del derecho / Alfredo Bullard.-- 1a ed., 1a reimp.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).

185 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 35)

Bibliografía: p. [179]-181.

D.L. 2019-10978

ISBN 978-612-317-363-0

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho y economía - Estudio y enseñanza 3. Responsabilidad extracontractual 4. Contratos I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie

Análisis económico del derecho

Alfredo Bullard

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 35

© Alfredo Bullard, 2018

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2018

Primera reimpresión: agosto de 2019

Tiraje: 600 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-363-0

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-10978

Registro del Proyecto Editorial: 31501011900830

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?	15
1. ¿Cómo decidimos?	15
2. ¿Qué es el derecho?	19
3. ¿Y por qué juntar derecho y economía?	19
4. ¿Por qué nos detenemos frente a la luz roja?	20
5. ¿Es buena idea que el violador mate a su víctima?	22
6. Preguntas	25
CAPÍTULO 2	
EFICIENCIA VS. EQUIDAD	27
1. ¿Qué es la eficiencia?	27
2. ¿Y la justicia y la equidad?	34
3. Protegiendo viudas	35
4. Preguntas	38

CAPÍTULO 3	
EL MÉTODO DEL AED	41
1. Los orígenes del AED	41
2. AED: análisis de las consecuencias del derecho	43
3. La diferencia entre el método del AED y el método jurídico: el uso de modelos	52
4. ¿Y cómo es el modelo que usa el AED?	55
5. Preguntas	59
CAPÍTULO 4	
EL IMPACTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO EN EL PERÚ	61
1. Los orígenes	61
2. Impacto académico	63
3. Influencia en los órganos del Estado	66
4. Preguntas	70
CAPÍTULO 5	
LAS CRÍTICAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	71
1. Escapando del paraíso de los conceptos jurídicos	71
2. La invasión «gringa»	75
3. «La invasión neoliberal»	78
4. «Se van a extinguir los unicornios»	79
5. «El AED es irreal»	81
6. Los «homicidas de la justicia»	83
7. Preguntas	84
CAPÍTULO 6	
EL TEOREMA DE COASE	85
1. ¿Quién es Ronald Coase?	85
2. Los costos de transacción	86
3. La naturaleza de la empresa	90
4. El teorema	93
5. Coase y la organización del sistema jurídico	97

6. Coase y el transporte público	100
7. Preguntas	111

CAPÍTULO 7

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA PROPIEDAD 113

1. ¿Por qué existe la propiedad?	113
2. ¿Es posible siempre crear derechos de propiedad?	120
2.1. La clave de la propiedad: el poder de excluir	126
2.2. ¿Cómo se transfiere la facultad de excluir?	128
3. Preguntas	135

CAPÍTULO 8

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: ¿QUIÉN DEBE PAGAR LOS PLATOS ROTOS? 137

1. ¿Por qué algunos deben pagarle daños a otros?	137
2. Y si no existiera la responsabilidad civil, ¿qué pasaría?	144
3. ¿Se debe indemnizar siempre a la víctima?	144
4. El daño	147
5. El factor de atribución	149
6. Causalidad	151
7. Preguntas	155

CAPÍTULO 9

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS: ¿CUÁNDO DEBEMOS CUMPLIR NUESTRAS PROMESAS? 157

1. ¿Por qué celebramos contratos?	157
2. ¿Qué funciones cumple el derecho de contratos?	158
2.1. Determinar que promesas son legalmente vinculantes	159
2.2. Reducir las ventajas estratégicas derivadas del intercambio no simultáneo	160
2.3. Correcta asignación de los riesgos que afecten la ejecución de los contratos	161
2.4. Reducción de costos de transacción mediante reglas supletorias	161

3. ¿Cuáles son las razones económicas para que ciertas promesas sean dejadas sin efecto?	162
4. ¿Todo puede ser objeto de un contrato?	166
5. Preguntas	177
BIBLIOGRAFÍA	179

Fondo Editorial PUCP

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

Estudiar derecho sin analizar sus consecuencias es como estudiar medicina sin saber si un medicamento matará o curará al paciente. El derecho es más que la norma. Incluso es más que su mera aplicación. El derecho es también su consecuencia.

¿Se cumplirá un contrato si cambiamos la forma de calcular los daños causados por el incumplimiento? ¿Si establecemos la regla de la culpa en lugar de la regla de responsabilidad objetiva se desarrollarán nuevos medicamentos? ¿La causalidad adecuada aumenta o reduce los accidentes de tránsito? ¿La pena de muerte desincentiva la comisión de crímenes? ¿Qué incentiva más la inversión? ¿Un sistema consensualista de transmisión de propiedad o el sistema de título y modo? ¿Tiene algo que ver el sistema jurídico con el crecimiento del producto bruto interno de un país?

Si no respondemos a estas (y a otras muchas) preguntas, el derecho estará alejado de la realidad. Siendo el derecho un sistema de regulación de conducta humana, será un derecho alejado del ser humano. Será un derecho disfuncional.

Lamentablemente, mucha de la ciencia jurídica tradicional no se hace siquiera esas preguntas y menos intenta responderlas. Así, se distrae en discusiones dogmáticas sin sentido. Con ello difícilmente podemos llamar al derecho ciencia. Y es que un sistema de regulación de conducta

que no tiene una teoría de la conducta, no sirve. El análisis económico del derecho pretende precisamente ser una teoría de conducta.

El análisis económico del derecho es un intento, entre muchos otros disponibles, para tratar de responder a esas y otras preguntas relevantes. Para ello toma prestada de la economía su método y aproximación. El usar el método y aproximación de la que es quizás la reina de las ciencias sociales, permite descubrir aspectos del derecho que, paradójicamente, no pueden ser descubiertos usando solo derecho.

Este libro contiene una primera aproximación, bastante preliminar por cierto, a la utilidad del análisis económico del derecho y pretende mostrar algunas de las numerosas preguntas que se pueden responder si miramos lo tradicional desde una perspectiva no tan tradicional. Como todo en el derecho, las premisas y las conclusiones se pueden discutir. Pero discutir las nos fuerzan a mirar lo jurídico desde otra perspectiva: una menos prejuiciada por lo formal y más concentrada en la sustancia del derecho, enfocada en aquello que lo convierte en una herramienta para lograr la convivencia humana.

El lector debe recorrer estas páginas con ilusión, pero con prudencia. La ilusión es la de encontrar perspectivas diferentes que nos hagan descubrir aristas que quizás no habíamos visto. Pero la prudencia aconseja tomar el método con cuidado y recordar siempre que toda conclusión requerirá una profundización mayor que la que nos ofrece una obra introductoria como la contenida en estas prácticas.

Si este libro llega a sembrar la curiosidad en el lector y le permite encontrar que hay en el derecho mucho más que el derecho mismo, entonces este trabajo habrá cumplido su finalidad. Y si lo motiva a seguir leyendo sobre análisis económico del derecho, la habrá excedido con creces.

CAPÍTULO 1

¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

1. ¿CÓMO DECIDIMOS?

Quizás usted esté en una librería viendo este libro. Tiene que decidir si lo compra o no. El hecho de que lo haya tomado del estante indica que tiene algún interés. Que algo llamó su atención. En su cabeza está haciendo un balance. El análisis económico del derecho (AED) puede ser interesante. Puede servirle para su actividad académica o para su actividad profesional. Quizás sea solo para saciar una curiosidad. Ve distintos beneficios en comprarlo.

Pero no todo parece bueno. Hay que pagar el precio. Es un costo. Además, va a tener que leerlo y tiene varias otras cosas que hacer. Puede no atender un asunto laboral o profesional o dejar de leer otro texto más interesante. Hay un costo de oportunidad de su tiempo.

Está usted haciendo lo que se conoce como un análisis costo-beneficio. Está colocando en su cabeza lo que le conviene y lo que no. Quizá usted lo regrese al estante y se retire. En ese caso los costos pesaron más que los beneficios.

Pero de pronto se dirige a la caja y lo compra. Ello indica que, en su análisis, el libro vale, para usted, más de lo que cuesta.

Casi cualquier decisión que tomamos pasa por un proceso similar. Con más o menos reflexión o con más o menos tiempo, calculamos mentalmente (la mayoría de veces intuitivamente) por qué hacer o no hacer algo.

A veces lo hacemos con cálculos numéricos y sofisticados. Calculamos cuánto nos cuesta centavo por centavo y cuánto ganaremos, también centavo por centavo.

Pero la mayoría de las veces no somos tan fríos y calculadores. Hacemos un cálculo grueso, casi emocional. No le ponemos valores monetarios a lo que comparamos. Solo comparamos y decidimos. Comparamos el placer que nos causa algo con las molestias que nos ocasiona. Eso también es un cálculo costo-beneficio.

¿Se ha enamorado? Si es así, quizá esté convencido de que todo viene de un sentimiento llamado amor y de que no ha hecho ningún cálculo semejante. Creerá que no hay ningún costo-beneficio involucrado. Pero se equivoca. Ese hombre o mujer le atrae porque usted encuentra beneficios. El sentirse amado es un beneficio. El tener la oportunidad de amar también. Quizá encuentre en caminar de la mano por un parque una sensación placentera o quizá la encuentre en el sexo. De pronto la familia de esa persona tiene dinero o le puede conseguir un trabajo. Todas estas cosas pueden contar a favor.

Pero, de nuevo, no todo es bueno. Esa persona puede ser insoportable cuando está de mal humor, o no le deja ver a sus amigos o amigas. O puede perder la oportunidad de encontrar una pareja mejor. O tiene que comprarle costosos regalos para su cumpleaños o el día de los enamorados. Puede ser una persona celosa o tener problemas económicos que usted tendrá que atender. O puede ser que cuando le revele su amor, lo rechace y usted pase por una situación embarazosa. La vergüenza de fracasar finalmente no es otra cosa que un costo.

En base a todo eso, pensado con más o menos orden y razonabilidad, usted tomará decisiones. Quizá le declare su amor. Y quién sabe. Quizá llegue a casarse.

Y si llega a tener una relación y se casa, con el tiempo puede descubrir que su balance inicial era incorrecto y que estar con esta persona cuesta más de lo que vale. Entonces quizá pida el divorcio (si el costo del trámite de divorciarse no es muy elevado).

No quiero que se me malinterprete. No estoy diciendo que le ponemos valores monetarios a todo o que somos máquinas calculadoras. Solo estoy diciendo que tenemos una tendencia natural a buscar más lo que nos favorece o genera placer y a evitar lo que nos perjudica o tiene costos.

Y de eso trata la economía. Parafraseando a Bernard Shaw, la economía es la ciencia que nos enseña a sacarle a la vida el mayor provecho posible (Shaw, 1950).

Este principio sencillo nos explica una de las leyes básicas de la economía: la ley de la oferta y la demanda. Cuando el precio de los zapatos sube, la cantidad demandada de zapatos baja. Y si el precio baja, la cantidad demandada sube.

Es lógico. Si los individuos buscan sacarle a la vida el mayor provecho posible, un precio más alto hace menos probable que las personas deseen adquirirlo, porque la relación costo-beneficio cambiará. Pero si usted es el productor de un bien o servicio y sube el precio, la cantidad producida subirá porque usted querrá ganar más.

En términos sencillos, la gente reacciona a incentivos y cambia sus decisiones en función a dichos incentivos. Si usted coloca una caja de rosquillas frente a un grupo de personas con un cartel que diga «rosquillas gratis» se acabarán más rápido que si el cartel dijese «rosquillas a S/ 3 cada una». Ello porque la correlación de costo-beneficio de comer rosquillas cambia cuando cambia el precio.

Si podemos entender esos incentivos, podemos predecir la conducta humana.

En general la economía nos permite entender mejor cómo funcionan esos incentivos y cómo tomamos decisiones todo el tiempo. Con ello nos da herramientas para predecir cómo nos vamos a comportar.

Cuando el ministro de Economía nos dice cuál va a ser la inflación del próximo año nos está diciendo cómo se van a mover los precios de una canasta de bienes y servicios. Pero ¿cómo sabe cuál va a ser esa variación? Los precios se forman, finalmente, por millones de decisiones descentralizadas e independientes de consumidores y proveedores. ¿Cómo sabe

el ministro que el efecto agregado de esas decisiones en los precios va a ser de, por ejemplo, 3%?

La inflación es un hecho que no depende de nadie en particular, pero sí de todos en general. Si bien el gobierno puede tomar una serie de decisiones importantes que afectan el aumento de precios, la verdad de los hechos es que la inflación depende de millones de decisiones de producción, consumo e intercambio tomadas por una multitud de personas diferentes. Cada vez que alguien decide subir o bajar un precio, afecta la inflación. Cada vez que un consumidor decide comprar o dejar de comprar a un precio dado, afecta la inflación. ¿Cómo puede predicirse cómo se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto de su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta es que los economistas han creado un modelo de predicción muy sofisticado, que basado en cómo las personas reaccionan a incentivos, les permite «adivinar» con sorprendente precisión cuáles serán los movimientos de precios. Y esos modelos se limitan a entender que si ciertos hechos se presentan, algunos estarán dispuestos a pagar más y otros a cobrar menos¹.

Para quien crea que la conducta humana no puede ser medida así, en especial en decisiones no patrimoniales, habría que recordarle la cantidad de estudios que existen para establecer relaciones entre incentivos y conducta.

Los niveles de suicidios cambian con el nivel de ingresos. La legalización del consumo de drogas puede reducir dicho consumo y la prohibición de

¹ Algún economista quizás pretenda decir que la inflación no depende de las decisiones de consumidores y proveedores sino de la emisión monetaria, es decir de si se emite dinero de manera inorgánica. En parte es cierto, pero es una visión incompleta. Cuando el Banco Central de Reserva emite demasiado dinero, la gente tiene más dinero en el bolsillo, con lo cual su propensión a pagar es mayor. Con ello los consumidores están dispuestos a aceptar precios más altos. Es así que los precios suben. Si bien la emisión monetaria es causa, son las decisiones de consumidores y proveedores las que realmente suben los precios. Al calcular la inflación, los economistas consideran el impacto del mayor dinero en la propensión a pagar y recibir un precio.

las drogas aumenta el nivel narcótico de las drogas. En Brasil, el aumento del número de mujeres en relación al número de hombres disminuye el tamaño de los bikinis en las playas. La legalización del aborto puede reducir los índices de criminalidad. Y también puede reducirla la legalización de la tenencia de armas. Podemos discutir la validez de esos u otros estudios. Pero el AED nos abre la posibilidad de usar herramientas de discusión que no son imaginables usando meramente herramientas jurídicas.

2. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

El derecho, más allá de disquisiciones filosóficas, es un sistema de regulación de conducta humana. Toda regla jurídica tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica: «el que causa un daño a otro con culpa debe indemnizarlo». Causar un daño con culpa es el supuesto de hecho. Pagar la indemnización es la consecuencia jurídica.

Pero si usted mira con cuidado las cosas, pagar la indemnización es un precio, el costo de hacer algo. Por ello si se obliga a pagar a los culpables, habrá menos actos culposos.

En otras palabras, la lógica del sistema de precios puede ser aplicada, como veremos, a virtualmente toda norma jurídica. Finalmente, las normas tratan de crear incentivos de conducta del tipo que los economistas estudian.

3. ¿Y POR QUÉ JUNTAR DERECHO Y ECONOMÍA?

Si un sistema de predicción de conductas (la economía) se junta con un sistema de regulación de conductas (el derecho) la ventaja es obvia. Si quiero regular la conducta, saber cómo las personas se comportarán me permite generar mejores normas, estén éstas contenidas en una ley, en un estatuto o en un contrato. Un abogado con capacidad de predicción será un mejor abogado.

Pero los beneficios son una carretera de doble vía. Para un economista saber cómo funciona la lógica de incentivos del derecho le permite ser un mejor economista. El derecho crea incentivos mediante un conjunto de reglas que llamamos instituciones y que no necesariamente son comprendidas en toda su dimensión por los economistas.

En términos sencillos, así nace el AED. Une la capacidad de predicción de los economistas con la capacidad de crear incentivos de conducta del derecho. Esa unión hizo nacer una herramienta muy poderosa.

El AED es una metodología que aplica el razonamiento económico al derecho y nació en los Estados Unidos aproximadamente en la década de 1960. Así como la única manera de entender cómo correr es corriendo, el AED se entiende aplicándolo. Busca explicar cómo hacemos el análisis costo-beneficio de nuestras decisiones y con ello entender cómo funciona la conducta en el mundo real.

4. ¿POR QUÉ NOS DETENEMOS FRENTE A LA LUZ ROJA?

Muchos responderán que lo hacemos porque lo contrario está prohibido por la ley. Pero eso no es completamente cierto. Muchas personas no se detienen ante el semáforo a pesar de que está prohibido. Es más, muchos de nosotros nos detenemos en ocasiones y en otras no lo hacemos.

¿Qué pasaría con los cruces en luz roja si subimos la multa? La respuesta parece obvia. La cantidad de cruces se reducirá. Es una simple aplicación de la ley de la oferta y la demanda ya comentada: si subes el precio de hacer algo, la cantidad de ese algo caerá.

Pero ¿por qué la gente se pasa menos la luz roja al mediodía que a las tres de la mañana, si la multa es la misma a toda hora?

La respuesta es que la premisa es falsa: la multa no es igual a toda hora. Ese es un espejismo creado por la norma legal pero desmentido por un análisis económico muy simple. Nominalmente la multa es la misma. Pero en términos reales es diferente.

Como es obvio, a las tres de la mañana las posibilidades de ser detectado y sancionado son menores. Hay menos policías en capacidad de identificar la infracción y menos tráfico, por lo que la posibilidad de un accidente es menor. Nosotros no calculamos el impacto de una multa en términos nominales. Lo hacemos en términos esperados. Así, todos hacemos un cálculo intuitivo que hace que cambiemos nuestra conducta en relación a la luz roja, dependiendo de la hora. Si percibimos que es poco probable que nos detecten, entonces nos comportamos como si la multa fuera menor a la que indica la ley.

Imaginemos que la multa fuera de cien soles. A las doce del día, la posibilidad de detección es alta, imaginemos que del cincuenta por ciento; es decir que se detecta y sanciona uno de cada dos cruces de luz roja. La multa esperada no es en realidad cien soles sino solo cincuenta, el 50% de posibilidades de sufrir una multa de cien soles.

Pero a las tres de la mañana las cosas son diferentes. Imaginemos que la posibilidad de detección cae a solo 10%, es decir que solo se detecta y sanciona uno de cada diez casos. En tal circunstancia la multa esperada será de solo diez soles, es decir el 10% de posibilidades de sufrir una multa de S/ 100.

Por supuesto, nadie hace ese cálculo con esa precisión. Pero lo hacemos intuitivamente, casi sin pensarlo. Por eso a las doce del día no se nos cruza por la cabeza pasarnos una luz roja y a las tres de la mañana sí lo evaluamos.

El AED nos ayuda a entender cómo funcionan esas decisiones. Es, como he dicho en otras ocasiones, sentido común entrenado. Una forma de racionalizar y entender mejor lo que parece obvio y, sobre todo, lo que no es tan obvio.

Con este razonamiento, quien redacta el reglamento de tránsito puede decidir que es mejor subir las multas en aquellas horas en las que hay menor capacidad de detección. O también dejarlas como están porque a esas horas hay menos posibilidad de accidentes, con lo que el costo de cruzar una luz roja es menor. El AED puede darte herramientas para entender mejor qué hacer o qué no hacer.

Otras áreas del derecho, como la del derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como un agravante que amerita un incremento de la pena, el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, y por consiguiente tiene un efecto de descuento en la sanción esperada.

5. ¿ES BUENA IDEA QUE EL VIOLADOR MATE A SU VÍCTIMA?

Pero incluso el AED puede ayudarnos a entender conductas sin aparente contenido patrimonial. Y es que no es, como se cree, que la economía es la ciencia que estudia la asignación eficiente de los recursos escasos. En realidad es una ciencia que estudia la conducta humana en relación a los recursos. Y no necesariamente recursos significa bienes patrimoniales. Podemos estar hablando del placer, el dolor, el sufrimiento, la felicidad o la pena.

Ya son varias las ocasiones en las que congresistas han propuesto modificar el Código Penal para que los violadores de menores de edad reciban como sanción pena de muerte o cadena perpetua.

Todos estamos de acuerdo con que la violación de un menor de edad es un hecho reprobable, que va en contra de los principios fundamentales de una sociedad civilizada. La mayoría de nosotros comparte ese sentimiento y en un primer momento podemos simpatizar con la idea de aplicar la máxima sanción imaginable.

Sin embargo, al proponer una ley hay que analizar racionalmente sus consecuencias. Para ello vamos a asumir dos cosas:

- a) Imaginemos que el delito de asesinato se castiga con veinticinco años de cárcel, pues se trata en esencia de un homicidio realizado dolosamente, para, por ejemplo, ocultar la comisión de un delito cometido con anterioridad.
- b) Cuando se cometen dos hechos independientes, que constituyen cada uno un delito independiente, solo se aplica la pena que

corresponde al delito más grave. La pena mayor absorbe a la menor, las penas no se suman ni acumulan.

Teniendo en cuenta estos datos, ¿cuál será la actitud de un violador potencial ante el proyecto, una vez que este sea convertido en ley y la pena a la violación sea pena de muerte o cadena perpetua? ¿Se verá desincentivado de cometer violaciones, dado que la pena ha aumentado, y que en consecuencia es más «caro» (se ha «subido el precio» de violar)?

Cuando un delincuente analiza la posibilidad de delinquir compara, como ya hemos visto, los beneficios y los costos de su acción. Los costos dependen principalmente de la sanción que puede esperar. La sanción que espera depende de la magnitud de la misma (por ejemplo, 25 años de pena privativa de la libertad), pero descontando la posibilidad de ser detectado y sancionado.

En países con baja posibilidad de detección, donde los delincuentes rara vez son capturados y hechos responsables, la misma pena genera una sanción menor a la que dicha pena generaría en un país con mayor capacidad de detección. Si en un país se detecta uno de cada diez delitos, y es sancionado, la pena real no es de veinticinco años, sino de dos años y medio, pues el delincuente sabe que si mata a diez personas solo lo sancionarán estadísticamente por una. Pero si la capacidad de detección es menor y solo se sanciona a uno de cada cien, la verdadera pena esperada es 0,25 años, es decir tres meses. Ese es el costo real, en pena, de delinquir.

Sin embargo, la posibilidad de ser detectado depende a su vez de dos factores. El primero es la capacidad de las autoridades —policía, fiscales y jueces— para identificar y sancionar al delincuente. El segundo es la habilidad del delincuente para evadir a la justicia. Así, los delincuentes buscarán cometer infracciones penales sin dejar pruebas o evadiendo ser vistos por alguien.

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.

En el caso de la violación siempre hay un testigo: la propia víctima. Por tanto, si se le mata se reduce la posibilidad de detección, pues ya no podrá denunciar o reconocer al que perpetró el hecho delictivo. Pero siendo que la máxima pena posible —pena de muerte o cadena perpetua— ya ha sido calificada en la ley, entonces matar a la víctima se vuelve una opción que reduce la posibilidad de ser detectado (y reduce así la sanción esperada) sin incrementar la pena establecida, pues no se le puede condenar dos veces a pena de muerte o a dos cadenas perpetuas.

El resultado final es un claro incentivo para matar a la víctima luego de perpetrada la violación. Si mato a la víctima cabe la posibilidad de detección (beneficio) sin costo porque no me pueden imponer dos penas.

Así, si se analizan las motivaciones de un delincuente en relación con el proyecto de ley, notaremos que violar a una persona termina siendo más grave que asesinar. Siguiendo la misma lógica, un delincuente que decide violar a un menor, tratará de matarlo para ocultar la violación y reducir las posibilidades de que la policía lo detecte, pues si solo comete violación (y no asesinato), existirá la posibilidad de que la víctima lo delate y que sea condenado igual a pena de muerte. En otras palabras, matar a la víctima ya no incrementa la sanción, pero sí reduce la pena esperada.

Imaginemos que cometida la violación, como hay un testigo, hay una posibilidad entre tres de ser detectado. Es decir, el costo de la violación es $1/3$ de pena de muerte. Pero si mato a la víctima la posibilidad de detección cae a una posibilidad entre cien, es decir que el costo sería de solo $1/100$ de pena de muerte. Matar a la víctima es bastante más barato que dejarla viva, dado que la sanción de pena de muerte ya está adquirida. Matarla reduce el costo de la pena al reducir sustancialmente la capacidad de detección, pero ya no se puede aumentar la magnitud de la pena. El resultado es económica y socialmente indeseable.

Como se ve, no matar a la víctima de violación es «más caro» que violar y matar seguidamente al menor. Nótese, pues, los efectos perversos de este proyecto: no cumple el objetivo de prevención general que debe tener toda ley penal, sino que más bien es un incentivo para asesinar a menores de edad víctimas de una violación.

¿Qué puede hacer un juez que sabe AED ante una ley semejante si se aprobara un proyecto como este? Puede analizar racionalmente la ley, analizar sus repercusiones en la sociedad, y aplicarla de tal manera que, al graduar la pena, el efecto perverso descrito no se dé en los hechos.

Así, el efecto de resolver un caso de violación no se agota en establecer qué sanción corresponde al delincuente. También implica analizar cuál podría ser la consecuencia de la decisión en la conducta futura de nuevos violadores que luego de cometido el delito se verían tentados a cometer un asesinato.

6. PREGUNTAS

1. ¿Cómo se relacionan el derecho y la economía?
2. Se quedó sin trabajo y tiene que vender su casa para sobrevivir. ¿Considera que esa decisión es producto de un análisis costo-beneficio? ¿Qué factores deben tenerse en cuenta para hacer esa evaluación?
3. ¿Considera que el análisis costo-beneficio se puede ver afectado o invalidado por situaciones emocionales o personales?
4. Todos los seres humanos somos distintos y tomamos decisiones de diferentes maneras. En ese contexto, ¿considera que el análisis costo-beneficio puede ser un buen método para predecir conductas y, en base a ello, emitir normas?

5. En un Estado en el que existen pocas posibilidades de detección ante sanciones, ¿considera que las multas deben siempre ser mayores para generar un desincentivo a las conductas delictivas? ¿Existe alguna otra alternativa legislativa?
6. ¿Debe ser un objetivo deseable, bajo la lógica del AED, que la sociedad consiga que nunca se comenten delitos?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 2

EFICIENCIA VS. EQUIDAD

1. ¿QUÉ ES LA EFICIENCIA?

Se suele decir que el AED busca identificar las soluciones eficientes. Ello es consistente con utilizar un análisis costo-beneficio en el que se busca que en cada situación se generen más beneficios de lo que cuesta y que esa relación sea superior a otras alternativas.

Pero ¿qué es la eficiencia? Los economistas discuten mucho sobre el significado del concepto y sus alcances. Y esa definición es medular para poder orientar el análisis hacia su objetivo.

Vamos a utilizar un concepto sencillo y bastante práctico para entenderlo. Recurriremos a las ideas propuestas por Wilfredo Pareto (1945).

Cuando uno dice «ese trabajador es eficiente» lo que está diciendo es que con la misma dotación de recursos (la misma máquina, los mismos materiales, el mismo tiempo, los mismos colaboradores, etcétera) puede hacer más que otros. Puede sacarles mayor provecho a las cosas. Este concepto lego de eficiencia no es tan distante del concepto técnico.

Pareto definió algunos criterios que han permitido identificar más técnicamente la idea de eficiencia.

Primero, busca establecer cuándo una situación posterior es mejor que una situación anterior, reflejando que nos hemos movido a una situación más eficiente. Para ello formuló lo que hoy se conoce como el criterio de

Pareto: una situación es más eficiente que la anterior cuando una persona mejora sin empeorar la situación de ninguna otra. O, en otras palabras, el mundo está mejor si al menos uno mejoró y nadie empeoró.

Una segunda idea central es definir cuándo hemos llegado a la mejor situación posible, en términos de eficiencia, dada una dotación de recursos existentes. Ello se conoce hoy como el óptimo de Pareto. Una situación será óptima en términos de Pareto si, dados los recursos existentes, no es posible que alguien mejore sin que otro empeore. Bajo esta idea, se ha llegado a una situación tan eficiente de asignación que no es posible mejorar sin privar a otro de parte de los beneficios con los que ya cuenta.

La mejor forma de entender los conceptos «criterio de Pareto» y «óptimo de Pareto» es con un ejemplo. Imaginemos un salón en el que hay cuarenta alumnos. La mitad de ellos son hombres y la otra mitad, mujeres. A su vez hay máquinas de afeitar y lápices de labios. Sumadas las unidades de estos dos tipos de bienes hay cuarenta. No existen otros bienes en este mundo imaginario. Vamos a asumir (lo que no es necesariamente cierto) que las mujeres prefieren lápices de labios y los hombres máquinas de afeitar. Pero no necesariamente el número de mujeres coincide con el número de lápices de labios, ni el de hombres con el de máquinas de afeitar. Solo se sabe que alcanza para darle una unidad de algo a cada persona en el salón.

Decidimos repartir los bienes al azar, sin ningún criterio determinado, de manera que a algunos hombres les tocan lápices de labios y a otros, máquinas de afeitar e igual ocurre con las mujeres. Hemos llegado a una distribución inicial de todos los recursos disponibles dentro del salón de clase. Según nuestro ejemplo ya no es posible obtener más bienes para satisfacer las necesidades de los ocupantes del salón.

La distribución inicial (dadas las preferencias hipotéticas que hemos definido) ha favorecido a los hombres a los que les tocaron máquinas de afeitar y a las mujeres a las que les tocó un lápiz de labios y ha perjudicado a los hombres a los que les tocó un lápiz de labios y a las mujeres a las que les tocaron máquinas de afeitar.

La pregunta es entonces, luego de esta distribución inicial ¿cómo es posible mejorar la situación del grupo?

Si usted es perspicaz ya sabe la respuesta. Si un hombre decide intercambiar su lápiz de labios con la máquina de afeitar de una mujer (una permuta) estaremos, según el criterio de Pareto, en una situación mejor, es decir más eficiente que la anterior. Ha mejorado la situación del hombre y la mujer involucrados en el intercambio (tienen bienes que cada uno puede considerar más valiosos) y no se ha perjudicado a nadie (todos los demás están igual). La situación es entonces mejor que la anterior en términos de Pareto y por tanto se cumple con el criterio definido. En consecuencia, luego de este «contrato» al que los abogados llamamos permuta, ambas partes han mejorado y nadie ha empeorado. Con ello, el salón (es decir quienes están en él), han mejorado en el agregado.

Pero aún no estamos ante una situación óptima. Aún muchos hombres y mujeres tienen en su poder bienes que les son inútiles (según su preferencia), pero están en capacidad de mejorar. Imaginemos entonces que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de intercambio (permutas) entre ellos, de manera que en un corto período varios de los hombres tienen una máquina de afeitar y varias de las mujeres tienen un lápiz de labios.

Llegada esta situación estamos ante una situación óptima. Si asumimos que todos los recursos existentes en una sociedad son los lápices de labios y las máquinas de afeitar existentes, no hay posibilidad de distribuir mejor los recursos pues la cantidad de hombres y mujeres que tienen bienes que les son útiles es la máxima posible dada la limitación en el número de bienes de cada tipo.

Nótese que no todos tienen lo que hubieran deseado. No todos están contentos. Algunos hombres se quedaron con lápices de labios o algunas mujeres con máquinas de afeitar. Si hubieran habido treinta lápices de labios y diez máquinas de afeitar, si se hubieran alcanzado todos los intercambios posibles dadas las preferencias, hay un grupo de diez hombres que se habría quedado con lápices de labios.

Presentada esa situación, la única forma de mejorar a un hombre con un lápiz de labios es quitándole a otro hombre (o forzándolo a intercambiar) una máquina de afeitar. Con ello mejora el que recibe la máquina, pero con la necesaria consecuencia de que empeore el que ya tenía esa máquina.

Alcanzada esa situación, hemos llegado a la máxima eficiencia posible dada la dotación de recursos existentes. Cualquier cambio de la situación implicaría un empeoramiento de la misma. Estamos entonces frente al óptimo de Pareto. No hay posibilidad de que alguien mejore sin empeorar la situación de otro.

Una variación importante de los conceptos de Pareto es el criterio Kaldor-Hicks. Según este criterio, una situación posterior es mejor que la anterior no solo cuando alguien mejora y nadie empeora, sino también cuando alguien mejora, otro empeora, pero el que mejora, mejora más de lo que empeora el que empeora (Kaldor, 1939).

Regresando a nuestro ejemplo anterior, si una persona necesita afeitarse con mucha frecuencia y otro es lampiño y solo se tiene que afeitarse una vez al año, si el primero le arranca la máquina de afeitar al segundo, el primero mejora y el segundo empeora, pero se puede presumir que el que mejoró valora más la máquina de afeitar que el que empeoró, por lo que se justifica que se la quite.

Es un objetivo social lograr la eficiencia porque ella genera mayor bienestar agregado, es decir mejora la situación de la sociedad en su conjunto. Al derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, es decir, contribuir con reglas que nos muevan a situaciones cada vez mejores (más eficientes) acercándonos al óptimo paretiano. Así se maximiza la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. Y basta revisar los ejemplos anteriores para apreciar la importancia del sistema jurídico.

Cuando discutíamos el criterio de Pareto, el medio a través del cual se fue mejorando la situación es el intercambio de bienes entre particulares, es decir, el sistema contractual. Cada vez que alguien se acerca con una

máquina de afeitar a ser intercambiada por un lápiz de labios se celebra un contrato. Sin un marco legal que proteja esos acuerdos, el intercambio se dificultaría tremendamente. Reglas contractuales claras y efectivas harán que existan más intercambios y que estos ocurran más rápidamente.

Con ello nos moveremos más rápido hacia el óptimo de Pareto. De hecho, el criterio de Pareto 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.

Pero no son solo contratos. También se requiere de derechos de propiedad. No habrá intercambio posible si las personas no tuvieran una titularidad asegurada sobre máquinas de afeitar y lápices de labios. Y si luego de efectuado el intercambio la titularidad no puede transferirse de manera segura (cualquiera podría quitarle su bien a otro) el intercambio tampoco sería posible.

Garantizar que no se den conductas que perjudiquen la eficiencia (como el robo) requiere la existencia de la propiedad, de un sistema civil y de uno penal que la proteja. Con ello se cumplen las condiciones para movimientos hacia situaciones más eficientes.

Así, el sistema contractual, siempre que tenga reglas adecuadas basadas en la autonomía privada, es una forma de alcanzar la eficiencia porque las dos partes celebran un contrato, porque ambas están mejorando y ninguna está empeorando. El contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior.

Por su parte, según el criterio de Pareto el cambio de una situación a otra constituye una mejora en el bienestar social, si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación de un individuo. Este criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y el

bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen.

Por el contrario, el óptimo de Pareto, como vimos, es una situación en la que ningún individuo puede mejorar su situación sin perjudicar el bienestar de alguno de los otros miembros de la sociedad. En otras palabras, el óptimo de Pareto es una situación en la que todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución o uso distinto mejoraría la situación de la sociedad. Para el modelo neoclásico, tal condición se alcanza mediante competencia perfecta, como veremos más adelante. Moverse hacia el óptimo de Pareto implica entonces moverse hacia la eficiencia absoluta.

El criterio Kaldor-Hicks funciona, en contraste, en situaciones en las que los contratos, por alguna razón, no son posibles o no funcionan adecuadamente. Podemos imaginar el caso de un vecindario donde hay dos grupos de vecinos. Al primero, al que vamos a llamar «los fiesteros», les gusta festejar hasta altas horas de la noche con música y bulla. El segundo grupo, al que vamos a llamar «los tranquilos», prefieren acostarse temprano y mantener la calma.

Las formas de vida de ambos entran en conflicto. Los fiesteros ven interrumpidas sus celebraciones por los reclamos de los tranquilos, quienes exigen poder dormir libres de alborotos. El derecho tiene que dar una solución. La pregunta es cuál.

Si nos guiamos por la eficiencia, una posibilidad es dejar que sea la autonomía privada la que resuelva el problema. Si los tranquilos aprecian su tranquilidad más de lo que los fiesteros aprecian la juerga, entonces estarán dispuestos a compensar económicamente a los fiesteros para que no tengan reuniones. Y viceversa, si los fiesteros valoran la juerga más de lo que los tranquilos valoran la tranquilidad, podrán ponerse de acuerdo en pagar una compensación (que podrá ser usada por los tranquilos para comprar vidrios anti-ruido o taponos para sus oídos) para que los dejen continuar sus celebraciones.

De hecho, ello ocurre en muchas ocasiones. En los clubes de playa que son condominios regulados privadamente, las partes (los socios) establecen o se adhieren a un reglamento que establece reglas sobre celebraciones y ruidos nocturnos. Y hay clubes más permisivos con los fiesteros y otros más restrictivos. Las personas eligen a qué club quieren pertenecer. Esto, como veremos más adelante, se entiende mejor con el llamado teorema de Coase.

Otra forma, no poco común, ocurre en los edificios donde un fiestero invita a los demás inquilinos a la fiesta, una forma de llegar a un acuerdo implícito de compensarlos para que no perturben su celebración.

Pero a veces esos acuerdos no son posibles. Por ejemplo, en un vecindario puede haber demasiadas personas para que una negociación de ese tipo sea viable. Entonces la respuesta suele ser la regulación legal. El Estado, a través del municipio, establece reglas de ruidos y horas de celebración. Algo similar ocurre con horarios para ejecutar obras que causen ruidos.

La regulación, que es muy común en el derecho en situaciones no contractuales, debería guiarse por el criterio Kaldor-Hicks. Allí una regulación eficiente que limita la hora de las fiestas, mejora a los tranquilos, empeora a los fiesteros, pero se justifica si el perjuicio a los fiesteros es menor que el beneficio que reciben los tranquilos. En ese caso la decisión eficiente significaría, en términos de eficiencia, definir qué alternativa es mejor.

Usualmente 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. De hecho, el reglamento del Congreso tiene una norma que exige realizar un análisis costo-beneficio de cualquier proyecto de ley. Ese análisis debería ser (porque casi nunca se hace en la práctica) del tipo que plantea el criterio Kaldor-Hicks.

2. ¿Y LA JUSTICIA Y LA EQUIDAD?

En todos los cursos de derecho los profesores se centran en qué es la justicia y qué es equitativo. Buena parte de la discusión es qué es justo y qué no lo es. Pero la verdad, al menos en mi experiencia, es que la mayoría de abogados no puede definir qué es realmente la justicia y qué es equitativo.

Más allá de repetir la definición griega («la justicia es dar a cada quien lo suyo») lo cierto es que no es sencillo encontrar una fórmula que nos arroje respuestas sobre qué es justo y qué no. Dar a cada quien lo suyo puede tener interpretaciones muy diferentes, dependiendo de qué es «suyo» y de qué es «dar». Tan diversas que todos los abogados dicen que defienden la justicia de los dos lados de la misma controversia.

En cambio, los economistas han sido bastante más precisos (y técnicos) en definir qué es la eficiencia y cómo esta nos guía hacia soluciones correctas. El AED ha intentado aprovechar ello para construir un derecho más eficiente, pero, como era de esperarse (y lo veremos más adelante) ello ha despertado críticas y reacciones de todo tipo.

Muchas personas no entienden bien ni los postulados ni la utilidad del AED. Como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: qué tendría que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores convertir en números el derecho.

Pero eso no es lo que persigue el AED. No se busca sustituir la justicia por la eficiencia. Uno puede (y debe) bajo el AED, buscar las soluciones justas a los problemas jurídicos. Pero si uno quiere ser responsable, parte de la solución justa es saber cuánto cuesta alcanzarla.

Como bien dice Calabresi, en una sociedad donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto (Calabresi, 1992). La eficiencia tiene que ver con evitar el desperdicio y así mejorar el bienestar de las personas. Lo que se busca es, por tanto, un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, es decir un derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para

lograr sus fines. Lo que se persigue es evitar que los sistemas jurídicos generen desperdicios. Pero quizás la mejor manera de entender esto es viendo algunos ejemplos.

3. PROTEGIENDO VIUDAS

Hace algún tiempo se hizo una encuesta en España entre un conjunto de jueces. Se les puso un caso hipotético en el que tenían que resolver sobre el desalojo de una viuda con cinco hijos que había dejado de pagar la renta como consecuencia de su precaria situación económica, y que por tanto debía desocupar el inmueble.

Había la posibilidad de declarar nulo todo lo actuado en base a un defecto procesal que, aunque discutible, admitía una interpretación que llevaba a tal consecuencia. Con ello se hubiera garantizado la permanencia de la viuda en la casa por cerca de un año más. La pregunta era si, por razones de equidad, adoptarían tal interpretación a fin de evitar que la viuda fuera desalojada.

La inmensa mayoría de los jueces fue categórica en afirmar que acogería la interpretación que le permitiera proteger a la viuda y sus hijos de la intemperie. Normalmente justificaban su decisión en la equidad que debía aplicarse a cada caso concreto y en las terribles consecuencias que ello tendría para la señora y sus hijos.

Uno de los jueces, sin embargo, contestó que no aceptaría una interpretación en tal sentido y que procedería a efectuar el desalojo. Cuando se le preguntó la razón dijo que lo hacía por equidad. Según él, si acogiera la otra interpretación lanzaría el mensaje a los arrendadores de que los jueces suelen proteger a las viudas con hijos. Esto implicaba reconocer que las viudas podrían eventualmente dejar de pagar sus obligaciones y demorar el lanzamiento más que el resto de los ciudadanos.

La consecuencia de la decisión sería entonces que los propietarios de inmuebles serían reacios a alquilar sus propiedades a viudas con hijos por temor a no poder desocupar el predio cuando incumpliese, o los

que aceptarían cobrarían rentas más altas para compensar los riesgos que asumían. Prefería una viuda en la calle por no pagar, que cien viudas en la misma calle, pero esta vez por no poder encontrar quién les arriende un techo en dónde vivir.

El juez había tenido la visión de comprender que la justicia y la equidad no se agotan en la relación del propietario con la viuda concreta, sino que favorecer a esta viuda perjudicaba a las demás. Se obligaba a las viudas sin hogar a soportar el peso de los beneficios que recibía la viuda con techo pero que no pagaba la renta.

Sin duda, esta era una decisión difícil, pero muestra la necesidad de comprender a la equidad en una dimensión mayor, más social y más enfocada hacia las necesidades generales y no solo hacia situaciones individuales. Entenderlo hace que equidad y eficiencia no sean valores contrapuestos, sino complementarios. El AED permite descubrir muchas injusticias que aparecen ocultas detrás de la aparente justicia del caso concreto.

Otro caso de viudas y decisiones difíciles se presentó en los Estados Unidos, en el caso *Williams v. Walter-Thomas Furniture Co.*

Una empresa se dedicaba a vender muebles y electrodomésticos a poblaciones de bajos ingresos. Ofrecía precios muy bajos, plazos largos para pagar y tasas de interés razonables. No exigía garantías, pues era evidente que la gente pobre no tenía muchos bienes que ofrecer para el pago.

Los contratos tenían, sin embargo, una cláusula especial. Existía un pacto de reserva de dominio, de manera tal que si el consumidor no terminaba de pagar el crédito, la tienda podía recuperar el bien de manera casi inmediata. Pero además especificaba que, si el consumidor compraba un nuevo bien antes de terminar de pagar el anterior, se recalculaba el crédito y quedaba incluido dentro de la reserva de propiedad de los bienes adquiridos anteriormente y que aún no había terminado de pagar. Así, si un consumidor compraba con un financiamiento de doce meses un juego de sala, y en el mes seis decidía comprar un juego de comedor, se refinanciaba todo el crédito por doce meses más. Pero el juego de sala seguía

incluido dentro del pacto de reserva de propiedad hasta que terminara de pagar todo el saldo (es decir por los doce meses más).

Una señora había adquirido en este local comercial, a lo largo de los años, muebles y electrodomésticos para toda su casa. Como había renovado el crédito, todo su menaje de casa estaba sujeto al pacto de reserva de propiedad. Posteriormente, la señora enviudó y no pudo terminar de pagar el crédito. La empresa retiró todos los bienes muebles en ejecución del pacto de reserva de propiedad.

La viuda demandó la invalidez de la cláusula por considerar que era leonina, pues se le estaban quitando bienes que ya había terminado de pagar. Las Cortes le dieron la razón y la empresa tuvo que devolver todos los bienes.

Este resultado, en apariencia justo, tuvo sin embargo consecuencias inesperadas en el mercado. Varios años después, un conjunto de economistas estudiaron el efecto de la decisión. La tienda había desaparecido, al igual que otras tiendas que ofrecían condiciones similares. Los pobres habían, pues, visto reducidas sus opciones a acceder a productos baratos con créditos blandos. ¿Qué había pasado?

Las empresas dedicadas a ese negocio vendían a consumidores de alto riesgo de incumplimiento. Este riesgo se traduce en mayores costos, pues las opciones que las empresas tenían no eran muchas. Si suben los precios para cubrir este costo adicional, los pobres no podrán acceder a pagarlos; si suben los intereses pasará algo parecido; si pide garantías los pobres no tendrán cómo ofrecerlas.

De esta manera, la cláusula extensiva de reserva de propiedad generaba sobre sus deudores una presión muy fuerte para cumplir que reducía la cantidad de incumplimientos y al hacerlo reducía los costos para la empresa, lo que le permitía mantener precios bajos y créditos blandos. Si a ello le sumamos el hecho de que en los Estados Unidos los bienes usados tienen precios muy bajos, entenderemos por qué rematar solo el bien objeto de cada crédito era insuficiente para recuperar la deuda.

Al declararse ilegal la cláusula, se incentivó a las empresas dedicadas a este negocio a atender segmentos más pudientes de la población o simplemente a salir del negocio. El resultado final era que los pobres (viudas con hijos incluidos) estaban peor que antes, a pesar de que un solo pobre (la viuda con hijos que obtuvo la decisión judicial favorable) sí estaba mejor.

La equidad del caso concreto no se agota en ese caso. Implica ver los efectos que el caso tiene en otros, distintos a las partes y evaluar qué pasaría si el caso se repitiera *ad infinitum*. Al hacerlo se evita que en la búsqueda de la justicia se cometan nuevas y quizás más profundas injusticias por no entender que muchas veces las decisiones aparentemente justas generan tremendos desperdicios.

La justicia es, a fin de cuentas, un medio para buscar el bienestar general. Las concepciones parciales de la justicia nos conducen a un bienestar aislado, desvinculado del bienestar de todos. Por eso evaluar el problema viendo más allá del caso concreto es una fórmula necesaria para proteger a la mayor cantidad de viudas posibles, y no únicamente a la viuda que nos toca en cada caso concreto. Para entender esto, el AED es una herramienta muy útil.

4. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la diferencia entre el criterio de Pareto y el de Kaldor-Hicks?
2. ¿Cuál de los dos criterios considera mejor? ¿por qué?
3. ¿Cree que el criterio Kaldor-Hicks tiene como premisa «el fin justifica los medios»?
4. ¿Estaría de acuerdo con la siguiente frase: «bajo una situación óptima todos estamos felices»?

5. ¿Considera que estos modelos teóricos son aplicables sin problemas a sociedades más complejas, en las que existen muchas más variables y factores que afectan el intercambio de bienes?
6. ¿Cómo definiría la justicia bajo el AED?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 3 EL MÉTODO DEL AED

1. LOS ORÍGENES DEL AED

¿Y en qué se diferencia el método del AED del método tradicional? Sin duda la respuesta tiene que ver con las herramientas que utiliza. Para el AED lo importante —más que la estructura de las normas y su lógica formal— son las consecuencias. El AED se orienta a identificar las consecuencias de las normas, sean estas constitucionales, legales, términos contractuales, estatutos, etcétera.

Es difícil saber dónde se originó esta forma de ver el derecho. Algunos lo identifican en los trabajos de Jeremy Bentham en los siglos XVIII y XIX (Posner, 2002). Otros encuentran algunas ideas en los trabajos de Adam Smith, quien, pocos saben que era profesor de la facultad de derecho (Rowley, 1998). Pero en realidad, como entendemos el AED hoy, su origen es más reciente y se encuentra en la segunda mitad del siglo XX. Dice la leyenda que alguien tuvo la idea de introducir a un profesor de economía en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago.

Desde 1946 Aaron Director (así se llamaba este profesor) se reunía con profesores de derecho y les mostraba que las decisiones legales y las leyes solían estar equivocadas desde la perspectiva de sus consecuencias económicas. Comenzando en áreas como el derecho antimonopolios y siguiendo por áreas como laboral, corporativo y virtualmente cualquier

campo jurídico, Director mostraba que la forma como se entendía el derecho conducía a resultados absurdos.

Lamentablemente publicó poco, pero tuvo una gran influencia en otros. Director no pasó a la historia como uno de los grandes fundadores del AED (aunque es posible que sea el verdadero fundador). Lo que sí es claro es que es la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago la que vio nacer al AED y que Director fue clave en su origen.

Más conocido y reconocido fue Ronald Coase, quién en 1991 obtuvo el Premio Nobel de Economía por sus trabajos en AED. Él llevó a cabo una serie de estudios entre las décadas de 1930 y 1960 que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, concepto fundamental en el AED y que explica cómo funcionan los mercados, cómo funciona el derecho en relación a los mercados, y cuándo el derecho puede solucionar un problema y cuándo no. A las ideas de Coase se atribuye el famoso teorema de Coase, uno de los principios básicos que se aplican en el AED (recogido en su más célebre artículo, «El problema del costo social») y al que, por su importancia, dedicaremos un capítulo completo en este libro.

En base a las ideas de Coase, el AED estudia por qué los contratos nos conducen a la eficiencia, y por qué hay situaciones que no pueden ser resueltas por los contratos, y por tanto necesitan de una intervención estatal para llegar a mejoras en términos paretianos, tal como se desprende del ejemplo de las máquinas de afeitar y los lápices de labios que vimos en el capítulo anterior (Coase, 1960).

Por su parte, Guido Calabresi escribió en los años sesenta, conjuntamente con Douglas Melamed, un artículo clásico en el AED, «Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la catedral». Muchas de sus ideas, escritas curiosamente en paralelo a los trabajos de Coase, son coincidentes con las de este último. Calabresi realizó un importante aporte en el AED, principalmente aplicado al área de responsabilidad civil extracontractual.

A él obedece una de las teorías más importantes de la responsabilidad civil en los Estados Unidos, recogida en su libro *El costo de los accidentes*, que conjuga la reducción de los llamados costos primarios, secundarios y terciarios de la responsabilidad civil con el concepto de *cheapest cost avoider* o «más barato evitador del costo» que es una nueva variable de la teoría objetiva que caló con bastante fuerza hace unos veinte años en los Estados Unidos. También hablaremos de Calabresi y sus aportes más adelante en este libro.

Otros académicos han aplicado el AED a otras las áreas del derecho. Destacan los trabajos de Harold Demsetz (1964, 1967) sobre propiedad o de Steven Shavell (1987) y Richard Posner (1996) sobre la responsabilidad civil. Otras líneas de pensamiento se han expandido a otras áreas. Por ejemplo, el llamado *public choice*, o «teoría de la elección pública» sirve para analizar los procesos políticos, las decisiones de los funcionarios públicos, cómo se generan las constituciones y las reglas electorales, entre otras. Virtualmente todas las ramas del derecho han sido impactadas por AED (derecho ambiental, civil, mercantil, administrativo, penal, constitucional, laboral, etcétera).

2. AED: ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DEL DERECHO

El AED utiliza básicamente herramientas de la microeconomía, al igual que la teoría del consumidor, la teoría de la empresa, la racionalidad individual, etcétera. El elemento principal es determinar qué es más eficiente, a través de un análisis costo-beneficio. Lo que se persigue con este análisis es identificar por qué los individuos actuamos de una manera u otra en base a incentivos, para saber si las reglas legales van a ayudar o no a alcanzar la eficiencia.

Por ejemplo, como vimos en el capítulo 1, las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un precio; entonces, si decimos que pasarse una luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de

que un policía esté en la esquina y detecte la infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas deberíamos aumentar la multa (como ocurre en el mercado: a mayor precio, menor cantidad demandada); con ello, bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.

Lo interesante del AED es que, contra lo que muchos creen, no es un análisis patrimonial o monetario necesariamente, pues como demuestran los trabajos de Gary Becker —quien también ganó el Premio Nobel de Economía—, uno puede analizar con análisis económico cualquier conducta. Los trabajos de Becker explican los efectos de la prohibición de las drogas (señalando que sus consecuencias son peores que la legalización de las mismas), la pena de muerte (que según él sí desincentiva delitos), las razones por las que las personas se casan o divorcian, cómo se decide cuántos hijos alguien va a tener, por qué las personas se suicidan, por qué fumar o no hacer ejercicios son en el fondo suicidios voluntarios, etcétera (Becker, 1998).

Parte del problema para entender el alcance del AED está en que la gente (y en particular los abogados a los que no les gusta las matemáticas) hace una ecuación equivocada entre costo y dinero: se entiende que costo es algo que significa dinero, y eso no es así. Por ejemplo, las relaciones amorosas cuestan tiempo, sufrimiento, y, en ciertos casos fastidio. Pero generan, a su vez, beneficios que no se relacionan con dinero: estar con mi pareja es agradable, casarme es muy bueno porque tendré hijos, una nueva vida, placer emocional y hasta sexual, etcétera.

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 hace el AED 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 cierto que en lo patrimonial es más fácil establecer la relación costo-beneficio que en lo extrapatrimonial, pero también es cierto que los estudios económicos demuestran, por ejemplo, que parejas de determinado

nivel de ingresos se divorcian más que otras. Y que si los integrantes de la pareja tienen niveles de ingreso distintos es más probable que se divorcien. La historia de la Cenicienta no parece ser muy sustentable desde el punto de vista económico. Se ha demostrado que en Brasil, por ejemplo, el tamaño de los bikinis cambia de playa en playa según el ratio hombres/mujeres. A menos hombres por mujer, el bikini se reduce.

Así, suelen existir estudios que demuestran empíricamente lo que el AED formula teóricamente. Nos permite saber, más o menos, cómo reaccionarán los individuos ante determinadas normas.

Una forma de entenderlo es usando el concepto de externalidades, que desarrollaremos con más detalle más adelante. Las externalidades son los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo, si alguien me golpea la cara y se me inflama un ojo, esta inflamación es un costo, pues debo acudir a un médico y me duele. Esos costos han sido causados por un tercero que ha externalizado un costo de su conducta (su decisión de golpearme). Cuando las fábricas contaminan o los automóviles congestionan, generan externalidades negativas, es decir, costos externos (causados a terceros distintos a quien desarrolla la conducta).

Hay también externalidades positivas (o beneficios externos). Si una heladería al costado de mi casa coloca un vigilante, esto nos genera un beneficio porque recibimos seguridad por la cual no hemos pagado. Si una mujer o un hombre se arreglan para verse mejor, generan un beneficio para alguien que los mira a pesar de que ese alguien no ha pagado por ese beneficio.

La existencia de externalidades puede generar ineficiencia, porque hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen. Estas personas generan más costos de los que deberían pues no pagan por ellos, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente porque genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma. Es un hecho que si los jueces hicieran pagar a los choferes las externalidades que causan, habría menos «combis asesinas».

Como veremos en este libro, se critica mucho el método del AED por ser inaplicable a una realidad como la nuestra. Sin embargo, como todo método, puede aplicarse a cualquier realidad si uno elige las herramientas correctamente y las ajusta a la realidad a la que pretende aplicarlas. Negar su aplicación es como decir que la ciencia económica es inaplicable al Perú. Tenemos economistas que estudian nuestra realidad. Para ello utilizan criterios de análisis distintos, como un sociólogo, un abogado o cualquier especialista en una ciencia social, adaptando la metodología de su ciencia a las necesidades de donde la aplica.

Por ejemplo, en el Perú hay un grave problema de externalidades que explica por qué hay tantos accidentes. También hay problemas de altos costos de transacción o costos de contratar. Contratar es muy difícil porque la inseguridad que la contratación trae es grande, principalmente porque la administración de justicia es ineficiente e impredecible. Ello genera incertidumbre y falta de información, como acerca de cómo fallarán los jueces en determinadas circunstancias. Esto a su vez dificulta la contratación. Si el Poder Judicial garantizara la contratación, fortalecería instituciones como la seguridad jurídica. Negar que el AED pueda ayudarnos en esa labor es cerrar los ojos.

Como ya vimos, algunos teóricos han buscado explicar en términos económicos la justicia. Calabresi es un ejemplo. Él siempre ha tratado de incorporar elementos valorativos en sus análisis para desarrollarlos desde el punto de vista económico. Es muy difícil aplicar criterios científicos sobre valores abstractos. Pero el concepto de eficiencia tiene un componente de justicia, pues, como dijimos, evitar el desperdicio es una forma de justicia.

El AED nos permite saber cuánto nos cuesta ser justos, porque si bien queremos ser justos, no siempre podemos serlo a cualquier costo porque sería un lujo que quizá no estemos dispuestos a asumir. No se puede separar totalmente el análisis de justicia de uno de eficiencia, porque no se puede llegar a la justicia, aunque suene duro, a cualquier precio. Por ello debemos al menos cumplir con el deber de saber cuánto nos ha costado ser justos. Ser justo no implica ser irresponsable.

El AED analiza la norma, pero no lo realiza en abstracto, sino en base a su consecuencia social. Se analiza la norma actuando. No podemos «abrir» el Código Civil y decir, mediante el AED, si una norma es eficiente o no. Tenemos que analizarla para decir si los individuos se van a comportar de tal o cual manera, y si ese comportamiento va a ser ineficiente o no.

A veces el nivel de cumplimiento (o incumplimiento) de una norma nos dice algo sobre su eficiencia. El típico ejemplo es el sentido de las calles: algunas veces, cuando se maneja por una calle de un solo sentido, nos damos cuenta de que pasan más automóviles contra el tráfico. Lo que se está demostrando es que la regla está equivocada, porque la gente asume el costo y el riesgo de ir contra la norma. Quiere decir que algo no está funcionando bien, esa calle no debió ser en ese sentido. El AED no es tan sencillo, pero nos demostraría que la regla es ineficiente. Parte de lo que nos indica esta realidad es que la norma es violada continuamente a pesar de que esta violación implica un costo.

Definitivamente, como los individuos buscan maximizar su utilidad, es usual que el desacato de una norma expresa se deba a la existencia de un problema en la norma misma, pero ello no siempre es así. Muchas veces la desobediencia a una norma no responde a que la norma esté mal, sino a que no existe capacidad coactiva o efectiva que la ponga en vigencia. El problema no es que la norma esté o no, sino la falta de un mecanismo que la garantice, que la institucionalice.

Que muchos roben no quiere decir que la norma que prohíba el robo sea ineficiente. Pero uno sí puede encontrar situaciones donde la gente transgrede la norma precisamente porque es ineficiente. En el Perú hay infinidad de ejemplos. Toda la sobrerregulación que hubo en la economía —que no era cumplida por nadie— originó la informalidad, demostrando que la norma tenía un esquema ineficiente, tanto que era inaplicable, tal como la han explicado Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Mario Gibellini en *El otro sendero* (1987).

Hay un trabajo de Becker muy interesante sobre la corrupción. En él muestra que la corrupción en una sociedad sobrerregulada es eficiente.

Por ejemplo, en el reglamento general de construcciones se tiene un nivel de detalle «espeluznante» de cómo deben ser construidas las casas; si no hubiera la posibilidad de corromper a los inspectores nadie construiría. En una sociedad sobrerregulada, la corrupción, aunque parezca contradictorio, y con todo lo malo que trae desde el punto de vista moral, termina siendo un mal necesario para resolver las barreras y los costos de transacción que la sobrerregulación genera en la economía (Becker & Landes, 1974).

Como dijimos, el AED no es otra cosa que sentido común entrenado y sistematizado. Muchos razonamientos parecerán formas difíciles de decir cosas obvias. Sin embargo, el AED 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.

Cuando la realidad social se encuentra desfasada en relación al derecho solemos culpar a la ley. «¡Hay que cambiar la ley!», se dice. Y entonces comienza a moverse todo el aparato legislativo para hacer cambios, discutirlos y consolidar finalmente una reforma legislativa que tendrá como resultado una nueva ley.

Pero al poco tiempo la nueva ley es acusada del mismo problema. Se le imputa estar desfasada de la realidad y entonces el proceso de reforma legislativa comienza de nuevo. El resultado de todo esto son leyes que duran poco y confusión entre los abogados y demás operadores del sistema jurídico, pero sobre todo falta de confianza de la población en el sistema como un todo.

Sin duda, las malas leyes son causa de muchos problemas, y reflejan muchas veces el desfase realidad-derecho, pero gran parte de la responsabilidad recae también en la aplicación de la ley. Quizá sea preferible una mala ley bien aplicada que una excelente ley mal aplicada.

Y es que cuando se aplica la ley se tiende el puente entre la realidad y el derecho. Es a través de la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto que esta se convierte en realidad. Al construirse este puente se puede lograr convertir una ley buena en una mala y una mala ley en una buena. El AED es una herramienta que justamente permite construir el

punto entre realidad y derecho. Sus herramientas permiten salir del texto frío de la ley y de meros ejercicios semánticos, para comprender sus efectos.

El aplicador e intérprete por excelencia es el juez. Él convierte la ley en realidad. Por lo tanto, su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante. Su responsabilidad en el devenir del mundo real es incontrovertible, pero los jueces no son aún conscientes de que son tanto o más responsables de la economía de un país que el mismo Ministerio de Economía. Por ello, el AED puede tener especial relevancia en la labor judicial y en general, en la labor de aquel operador del derecho que tiene justamente que decidir casos en base a normas.

El impacto de las decisiones judiciales sobre la economía es tan evidente que usualmente no nos damos cuenta de ello. Reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto generan confianza y, a su vez, esta confianza genera riqueza. Los jueces son una suerte de generadores de bienestar y por ello sus decisiones no solo deben considerar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que generan.

El célebre juez norteamericano Richard Posner destacaba cómo los abogados solíamos tener una percepción parcial de los problemas. El método del AED pretende sacarnos de esa visión parcial (Posner, 1996). Cuenta el caso de un cazador que, durante una jornada de caza, hiere a un parroquiano que caminaba por el bosque, al confundirlo con un venado. Como consecuencia de las heridas sufridas en el accidente, la víctima perdió un ojo. Para el abogado tradicional, el problema es entre Juan (cazador) y Pedro (víctima). Sin duda, ello es parte del problema, pero no lo es todo.

Para el abogado preocupado por las consecuencias económicas y sociales de las decisiones legales, el problema es más complejo. La pérdida del ojo ya es un capítulo cerrado en términos de bienestar social. Ya nada puede reparar realmente el daño causado. En el supuesto de que el dinero de la indemnización pudiera servir para adquirir un nuevo ojo (lo que de por sí es hoy imposible) solo compensa a la víctima, pero causa una

nueva víctima que soporta el daño: el propio causante y su familia, que al verse obligados a indemnizar a la víctima, tienen ahora menos recursos para cubrir sus necesidades.

La sociedad seguirá sufriendo, aunque el daño se haya trasladado a otro lugar. Pero un asunto de vital importancia es cómo evitar que nuevos ojos se pierdan en el futuro. Así, la decisión legal es un mensaje al resto de la sociedad que puede contribuir a mejorar la situación en el futuro.

Pero complementando el análisis de Posner, no solo debe considerarse cómo salvar más ojos. Si la responsabilidad civil lleva a que se establezcan requisitos muy difíciles de cumplir, podría ocurrir que los cazadores se sientan temerosos de salir a cazar por el solo hecho de que pueden ser considerados responsables de un hecho fortuito o accidental. Si esto es así, entonces habrá menos cazadores, lo que a su vez implica menos venados para alimentar a la población. Los accidentes en los que se pierden ojos terminan así vinculados con el precio de los alimentos o con la cantidad de alimentos disponibles.

Estándares muy exigentes para los casos de mala práctica profesional por parte de los médicos pueden generar una escasez de profesionales que se dediquen a esa actividad, lo que a su vez eleva los precios del servicio médico. Por ello, salvar vidas siendo muy estrictos en exigir una diligencia extrema de los médicos, puede curiosamente matar gente que no podrá pagar los honorarios médicos, que se incrementarán por el hecho de que será necesario para los médicos tener un fondo extra para pagar cuantiosas indemnizaciones ante el menor error.

Así, basta recordar que en los Estados Unidos un cardiólogo promedio paga por un seguro de responsabilidad civil primas de varias decenas de miles de dólares.

Algo similar pasa con las reglas sobre productos defectuosos. Parece natural que si un consumidor se hace daño por el mal funcionamiento de un producto, el fabricante sea hecho responsable. Sin embargo, si los costos de la responsabilidad no son trasladados de manera adecuada y la carga se vuelve muy onerosa para los fabricantes, los precios de los productos

suben o simplemente esos productos se dejan de fabricar, lo que afecta a los consumidores. Por ejemplo, las exigencias de responsabilidad excesiva sobre los fabricantes de medicamentos, al elevar los precios o reducir la disponibilidad de medicamentos, reducen los niveles de salud.

En países como Estados Unidos, el riesgo de pagar altas indemnizaciones en un caso de responsabilidad civil puede afectar a los propios consumidores de servicios y productos de salud. El médico o el fabricante de medicinas trasladan ese costo a sus tarifas y precios. El resultado es una de las medicinas más caras del mundo, en perjuicio de los más pobres. Y ello es consecuencia de decisiones de los jueces que establecieron responsabilidades muy altas.

Los jueces, quizá sin saberlo, influyen en cuánto cobra un médico para una operación o cuánto cuestan las medicinas en las farmacias, y con ello pueden estar optando por quiénes pueden acceder a dicha operación o a cierta medicina, y quiénes tienen que ver en riesgo su salud por no poder sufragar los costos que implica un tratamiento médico.

La demora en la entrada de ciertas medicinas al mercado en países desarrollados se explica en parte por la regulación administrativa existente y en parte por las decisiones de los jueces en establecer estándares de responsabilidad «objetivísimos» para daños causados por medicinas nuevas. El efecto positivo es que las empresas son más cuidadosas en introducir nuevos medicamentos. El efecto negativo es que la puesta a disposición del consumidor del medicamento en cuestión puede tardar cinco o seis años.

En ese período miles de personas morirán porque la medicina que hubiera podido salvar sus vidas no estará disponible por los altos costos que el riesgo de la responsabilidad civil implica para el fabricante. De esta manera, los jueces, sin dictar una pena de muerte pueden, curiosamente, decidir sin darse cuenta quiénes mueren o quiénes seguirán viviendo.

Cuando se paraliza la producción de una fábrica porque se presume que daña el medio ambiente, el juez que dicta la medida cautelar podría estar desincentivando la inversión. Quizás es una medida necesaria precisamente para reducir los costos de dañar la atmósfera y que son

soportados por todos. Pero tomar la decisión sin considerar que habrá menos empresas y trabajo es una decisión incompleta. Así, los jueces influyen en el Producto Bruto Interno (PBI) del país.

3. LA DIFERENCIA ENTRE EL MÉTODO DEL AED Y EL MÉTODO JURÍDICO: EL USO DE MODELOS

El mundo es muy complejo. De hecho, la capacidad humana para comprenderlo es muy limitada.

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 en contra de la que es precisamente la principal ventaja del AED.

Los abogados se preguntan ¿qué tan efectivo puede ser el AED si la sociedad y el derecho en sí son cuerpos vivos que se mueven y cambian? Para ellos no se puede asumir que el mundo es tan simple como los modelos de los economistas.

Ese argumento, que se usa con mucha frecuencia, es en realidad un «engaña muchachos» porque parte de la idea de que el ser humano está en capacidad de entender todas las variables que van a afectar un determinado evento y de calcular todas las consecuencias que se van a derivar de este. Todo junto y al mismo tiempo. Pero ese es justamente uno de los problemas que el AED ayuda a desmitificar. Los economistas realizan una predicción en base a la simplificación de la realidad. Eliminan factores no relevantes e identifican los factores relevantes. Es justamente así como pueden realizar predicciones a pesar de la complejidad de la conducta humana.

El buen economista sabe que tiene un margen de error. Para poder hacer predicciones el arte está en saber cuáles son los factores relevantes. Los economistas han desarrollado toda una ciencia de simplificación social muy efectiva.

Los modelos científicos han sido utilizados por otras ramas del conocimiento sin generar tanta reacción contraria.

Cuando usted va al médico, este aplica un modelo para hacer el diagnóstico y para formular un tratamiento. Ve ciertos síntomas y los identifica con una posible enfermedad, pero nunca está 100% seguro que ese sea el problema. El modelo le permite definir con una alta probabilidad (pero con un margen de error) qué es lo que tiene el paciente, y luego aplica un tratamiento que también se basa en un modelo simplificado. Cada persona es distinta y no todos responden igual al mismo tratamiento. Algunos se curan, a otros no les pasa nada y otros se mueren por un efecto secundario de la medicina que se recetó. Un modelo simplificado permite identificar ciertas premisas y aplicar un tratamiento con posibilidad de éxito.

Si los médicos hicieran análisis hasta estar 100% seguros de que el tratamiento funcionará (lo cual es casi imposible) las personas se morirían antes de recibir el tratamiento que necesitan.

El uso de modelos permite entender una realidad compleja haciéndola manejable. El riesgo es que el modelo no funcione, pero la ventaja es que permite actuar con una eficacia que sería imposible si quisiéramos contar con conocimiento perfecto.

Otro ejemplo es cuando se encarga el diseño y construcción de una casa. Usted habla con el arquitecto y le describe lo que necesita. Un buen día el arquitecto le trae una maqueta de lo que será su futura casa. Imagínese que usted le critica que no puede vivir en una casa tan pequeña, con paredes de cartón y con caños de los que no sale agua en los baños.

Por supuesto que las maquetas son sustancialmente más pequeñas que las construcciones que representan. No se hacen con concreto sino con cartón. Y nadie las prepara con cañerías ni agua sino con simulaciones

de lo que se verá. Pero sin una maqueta simplificada (que no es otra cosa que un modelo) no es posible mostrarle a alguien cómo será su casa. De lo contrario habría que construirla para mostrársela.

El arquitecto simplifica elementos de la casa (como el tamaño o los materiales) para explicar elementos como la distribución o la perspectiva. La maqueta es una simplificación de la realidad, es un simple modelo de lo que será la casa. Lo importante de la maqueta no es su identidad con la realidad, sino su capacidad explicativa: la simplificación permite explicar lo que se quiere explicar, a pesar de la imperfección del modelo usado.

Así, no es correcto tampoco decir que lo que le da valor a un modelo es necesariamente su realismo. El valor del modelo está en su capacidad explicativa. Los modelos son en principio una falsificación de la realidad. Tienen una serie de elementos no ciertos pero que se asumen como ciertos para darle esa capacidad explicativa. En una maqueta, el tamaño es falso en relación a la casa que se construirá para poder explicar mejor la perspectiva del diseño. Eso le da capacidad explicativa. Por ello, una premisa falsa puede ser necesaria sin que ello deslegitime el modelo.

Curiosamente, 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 dieciocho años, porque supone que una persona de dieciocho años tiene mayor discernimiento que una de diecisiete. Pero hay gente de 35 años que no merece tal atribución de capacidad y niños de ocho años que tienen perfecto discernimiento para celebrar contratos. No es que el día de tu cumpleaños dieciocho 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: no puede establecer un mecanismo por el cual se haga un análisis psicológico en cada ocasión concreta antes de entregarle a uno su documento de identidad y reconocerle capacidad de ejercicio. Se simplifica y falsea la realidad para que las reglas puedan funcionar de

manera efectiva. Usualmente, a los dieciocho años las personas tienen la madurez necesaria, por más que en la realidad ello no sea cierto siempre.

En ese sentido el uso de modelos, antes que una deficiencia, es una de las grandes ventajas que explica por qué los economistas entienden la realidad mejor que los abogados.

4. ¿Y CÓMO ES EL MODELO QUE USA EL AED?

Si uno entiende el uso de modelos, descubre que el AED es algo más sencillo de lo que parece. La economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de «la reina de las ciencias sociales». Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Ha logrado entender mejor el mundo real a pesar de que paradójicamente está simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo, esa definición no es aceptada pacíficamente hoy en día. En palabras de Gary Becker, el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables (Becker, 1998).

La aproximación beckeriana a la economía revolucionó lo que la economía piensa de sí misma y la vinculó con lo que tiene en común con las demás ciencias humanas: la capacidad de predecir la conducta humana.

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. Ello se basa en un presupuesto de gran capacidad explicativa: la racionalidad individual.

¿Y qué significa la racionalidad individual? En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas

que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas conductas.

Ello no indica certeza. Solo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así. La racionalidad individual no es cierta siempre, pero tiene capacidad explicativa.

Racionalidad significa que los individuos buscan maximizar sus beneficios y minimizar sus costos. Para ello actúan en consistencia con estos objetivos y buscan que sus decisiones se orienten a cumplirlos.

Y, además, sus preferencias son estables. No se puede predecir lo que hará una persona si esta cambia de gustos todo el tiempo. Por supuesto que las personas cambian. Pero no lo hacen a cada rato y cuándo lo hacen suele tomar tiempo. Por ello, si alguien suele comer pollo, racionalmente se esperará que siga comiendo pollo en el futuro.

Sobre la base de estos elementos es posible desarrollar modelos de predicción sumamente sofisticados que, con la ayuda incluso de ciencias exactas como las matemáticas, consiguen asombrosos resultados en la práctica.

La nueva definición propuesta por Becker permitió, como ya mencionamos, que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, y pueda predecir conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, los efectos de la pena de muerte en la delincuencia, procrear hijos, adoptar, etcétera.

Si uno entiende que los beneficios y costos no son solo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad), podrá ampliar el campo de la economía, casi sin límites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el

mundo real. Para ello presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre esa base, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Sin embargo, hay que tener claro, como ya dijimos, que el valor de una premisa o presupuesto no está en su realismo sino en su capacidad explicativa. Por ejemplo, el asumir que los individuos son racionales no requiere que se demuestre que es cierto para tener capacidad explicativa. Incluso si una mayoría de individuos no fueran racionales, pero el resultado agregado fuera consistente con la racionalidad, entonces el presupuesto es útil. Si la cantidad ofrecida sube, el precio debe bajar. Ello parte de que los individuos son racionales y por tanto ante el aumento de la cantidad ofrecida estarán dispuestos a pagar menos. Ello significa que las personas, racionalmente, buscan pagar lo menos posible.

En la realidad, esa premisa no es del todo exacta. No siempre las personas eligen lo más barato o incurrir en costos de búsqueda para identificarlo. Pero en el agregado (y la evidencia empírica así lo demuestra) el aumento de la cantidad ofrecida reduce los precios en el mercado. Si algo es abundante, los individuos en la realidad (y no solo en el modelo) suelen pagar precios más bajos. Entonces el presupuesto es útil y tiene capacidad explicativa.

La premisa de que los individuos son racionales es uno de los supuestos más criticados en el AED. Se dice que en el mundo real los individuos no se comportan racionalmente ni necesariamente tratan de maximizar su bienestar. Eso es como criticar la maqueta porque la mayoría de las casas no son de ese tamaño.

Incluso si se aceptara que no todos los individuos son racionales —cosa que en principio creo que es equivocada—, sigue siendo posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente.

Ni siquiera es necesario demostrar que la mayoría de los individuos son racionales para concluir que los agentes económicos no se comportan en el agregado racionalmente. Si asumiéramos que los individuos son irracionales, entonces estos tienen un comportamiento *random*, es decir aciertan o no aciertan medidos por el azar y no por la inteligencia.

Asumamos a los individuos agrupados bajo la categoría de consumidores. ¿Se puede concluir que los consumidores en el agregado se comportan irracionalmente? La experiencia parecería conducirnos a una respuesta negativa a la pregunta. Nada explicaría la continua mejora de precios y calidades de los productos en los últimos años si los consumidores se comportaran irracionalmente. Y para demostrar que el modelo de individuos racionales tiene capacidad explicativa no es necesario demostrar que la mayoría son racionales. Basta un número relativamente reducido de racionales para que el modelo de predicción sea útil.

Si los consumidores irracionales tienen un comportamiento *random*, entonces los proveedores no se preocuparían en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que sí analiza esos aspectos, sí se podrán mejorar las ventas si se hacen mejores productos a mejores precios.

Dado que hay un grupo de racionales —a los que vamos llamar *searchers* o «buscadores»— los competidores buscarán capturar sus preferencias. Como en muchos mercados no es posible diferenciar *searchers* de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los *searchers* beneficia a los irracionales que se vuelven *free riders* o se ven beneficiados por una externalidad positiva generada por un grupo reducido de racionales.

Basta pensar en una tienda de abarrotes en la que, una vez colocado el producto en el escaparate, no es posible diferenciar cuándo el que compra es irracional para venderle más caro o bajarle la calidad o condiciones. Todos los consumidores se beneficiarían de que un pequeño grupo de consumidores sean exigentes.

Si eso es así, el modelo de consumidores racionales tiene capacidad explicativa, así se demostrara que la mayoría de los consumidores no son racionales (lo que como dijimos es algo de por sí cuestionable). La observación empírica muestra que el modelo funciona. La premisa de que a mayores precios la cantidad demandada cae se basa en la idea de racionalidad individual y es consistente con el modelo explicado. La gente trata de gastar menos y trata de obtener lo más posible al menor costo posible. Si todos tratan de hacerlo, es irrelevante si la acción de un grupo reducido logra el mismo efecto en el mercado.

Cuando uno comprende que el derecho es un sistema de regulación de conducta humana que persigue orientar dicha conducta sobre la base de incentivos que solemos llamar «consecuencia jurídica», descubrirá de inmediato la utilidad de contar con una metodología para predecir la conducta. Redactar una ley, preparar una sentencia o decisión administrativa o simplemente redactar un contrato son actos respecto de los cuales los abogados necesitamos saber cómo influirán en la conducta de los involucrados. Identificar los incentivos correctos contribuirá a alcanzar o no los fines que nos proponemos.

5. PREGUNTAS

1. En base a lo expuesto en el presente capítulo, ¿considera que las decisiones judiciales afectan la economía? ¿Cómo?
2. ¿Cómo cree usted que todo puede ser analizado mediante AED? ¿Cómo considera usted que el AED podría contribuir en el estudio de las instituciones? Por ejemplo, matrimonio igualitario, eutanasia, aborto, adopción por parte de parejas homosexuales, etcétera.
3. ¿Puede mencionar alguna situación jurídica en la que el AED no sirva para entenderla?

4. ¿Qué es una externalidad?
5. Comente la siguiente frase: «Los modelos no sirven porque son irreales».
6. De acuerdo con lo señalado en el presente capítulo, el constante incumplimiento de una norma es un claro indicador de que la regla se encuentra mal diseñada. En ese sentido y en su opinión, ¿considera que debe derogarse la norma que establece que los autos no pueden estacionarse en la vía pública cuando hay una línea amarilla, siendo que, por ejemplo, en Lima todo el mundo lo hace?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 4

EL IMPACTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO EN EL PERÚ

1. LOS ORÍGENES

El Perú es quizá el país latinoamericano con mayores avances en AED. Ha tenido acogida e impacto, aunque no necesariamente la popularidad de algo habla de sus méritos.

De hecho, la difusión actual del AED en el Perú no es signo de que haya despertado consenso. Gran parte de su relativa popularidad se debe precisamente a la existencia de una serie de posiciones discrepantes que generan interés. Pero sí creo que demuestra su impacto el hecho de que, como veremos a continuación, haya dejado marcas tangibles en nuestro sistema jurídico. Por ello, incluso discrepar de sus propuestas no es excusa para no conocer y estudiar sus contenidos.

Las primeras manifestaciones identificadas de AED en el Perú se dan en la década de 1980, y se centran principalmente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), bajo el liderazgo de Hernando de Soto y Enrique Ghersi.

Los trabajos del ILD se concentraron principalmente en el análisis de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de que la economía informal incluía no solo actividad de comercio e industrias, sino además la construcción de grandes áreas urbanas en los denominados pueblos jóvenes y barrios marginales. Estos estudios del ILD evaluaron los costos de la

legalidad, los costos de transacción que la sobrerregulación y los trámites burocráticos generaban y la mala definición de derechos de propiedad.

A partir de ello se sostenía la existencia de una economía informal que desarrollaba sus propias reglas y creaba su propio mercado para superar los costos que el sistema legal generaba. Se explicaba entonces, económicamente, por qué la ley formal no funcionaba y las personas recurrían a sistemas alternativos de regulación de conductas.

El punto más importante de esta etapa fue la publicación de *El otro sendero* en 1986, cuyos autores, Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Mario Ghibellini recogieron gran parte de los estudios realizados por el ILD.

Estos trabajos del ILD influyeron también en el hecho de que a fines de la década de 1980 el Estado, bajo la asesoría del ILD, promulgara una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa que buscaba reducir los costos de la actuación de la administración pública, intentando a su vez reducir los llamados costos de transacción en la economía.

Adicionalmente, en este mismo período se dieron normas para facilitar el acceso a la llamada propiedad informal y al crédito, a través de la creación de la denominada hipoteca popular. Se trataba de un derecho de garantía que no recaía sobre la propiedad, sino sobre la posesión, recogiendo la situación generalizada de los pueblos jóvenes y asentamientos marginales cuyos ocupantes carecían de títulos de propiedad en el sentido convencional del término. Luego, ya en los años noventa se desarrollaron sistemas de titulación (sistema COFOPRI) bajo la premisa de que los títulos claros reducían los costos de transacción.

Los trabajos del ILD pueden ser definidos básicamente como «cousianos», es decir, inspirados en las teorías de Ronald Coase, principalmente en su teoría de los costos de transacción. Casi podríamos decir que los trabajos del ILD son una simple aplicación práctica de las ideas de Coase, quien, como vimos, puede ser considerado uno de los fundadores del AED.

A la publicación de varios trabajos en la década de 1980 por el ILD, se suma el trabajo de Aníbal Sierralta *Introducción a iuseconomía* en 1988, un libro bastante básico que mezcla en su contenido, en nuestra opinión de una manera bastante confusa, el AED con el llamado derecho económico. Este último constituye, más que una aproximación metodológica, una pretendida rama especial del derecho.

Pocas personas asociaban el trabajo del ILD con el AED. Recién en los últimos años de la década de 1980 y sobre todo en los primeros años de los noventas, es decir casi treinta años después de su aparición en el mundo, el AED comienza a ser reconocido como una tendencia importante en el derecho peruano.

En esta etapa, que se prolonga por toda la década de 1990, una serie de abogados jóvenes viaja a seguir estudios de maestría a los Estados Unidos, especialmente a las universidades de Yale, Chicago, Harvard y Virginia. Estos abogados concentran parte importante de sus estudios en cursos de AED.

2. IMPACTO ACADÉMICO

A inicios de la década de 1990 se publican en las principales revistas jurídicas del país —en especial en *Themis e Ius Et Veritas*— los primeros artículos que parten de esta perspectiva de análisis, seguidos de traducciones al español de importantes estudiosos de AED, especialmente norteamericanos: Guido Calabresi, Ronald Coase, Richard Posner, George Priest, Richard Epstein, entre otros.

Inicialmente se publican artículos que explican aspectos básicos de la teoría (en particular las tesis de Ronald Coase, aspecto reforzado por el interés generado con la obtención del Premio Nobel por este autor, en 1991). La mayoría de trabajos se orienta al estudio de instituciones de derecho civil, especialmente vinculadas a derechos de propiedad, responsabilidad civil y contratos.

Ya entrando a la segunda mitad de la década, aparece el interés en las regulaciones estatales y en el rol del Estado en la economía. En dicho periodo se estudian especialmente las regulaciones antimonopolios, las actividades regulatorias sectoriales (en especial telecomunicaciones) y las normas de protección al consumidor, competencia desleal y publicidad. Este fenómeno se refuerza con la creación en el Perú de organismos y agencias encargados de aplicar estas regulaciones, en especial el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en 1992.

A estos intereses se fueron sumando algunos menos convencionales como derecho penal, corporativo, mercados de valores, *public choice*, corrupción, derecho laboral, derecho administrativo, entre otros.

Las revistas de derecho se preocupan también de traducir trabajos vinculados al AED, en especial de autores norteamericanos. Es especialmente notoria la traducción de una serie de artículos de Guido Calabresi. En el año 2010 se publicó una compilación de sus artículos en español bajo el título *Un vistazo a la catedral*.

Actualmente es difícil encontrar algún número de alguna de las principales revistas de derecho que no publique algún trabajo de AED. Estos trabajos tienen un alto nivel de demanda en el mundo académico y son continuamente utilizados en tesis y trabajos de investigación. En esto hay dos hitos importantes. El primero es que en 2002 *Themis* —quizás la revista jurídica más importante del país— publicó un número cuyo eje central fue el análisis económico del derecho. Contó con artículos de autores tan destacados como Ronald Coase, Richard Posner, Gary Becker, Guido Calabresi, Richard Epstein y Eric Posner, entre otros (*Themis*, 2002). El segundo es la aparición de la *Revista de Economía y Derecho*, publicada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), que dedica sus páginas principalmente a temas de AED o vinculados a la relación entre derecho y economía.

En 1993 se publicó el libro titulado *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, editado por Luis Pizarro Aranguren, y que constituye

una recopilación de trabajos que en su mayoría parten de la perspectiva del AED. En 1996 se publicó *Estudios de análisis económico del derecho* y posteriormente, en 2003, la primera edición de *Derecho y economía*, ambos del autor del presente libro.

Como contrapartida, han aparecido artículos e incluso libros que critican al AED, reivindicando otras aproximaciones a los problemas jurídicos, en especial desde el punto de vista dogmático más tradicional. Ello ha enriquecido el debate en el Perú.

Comenzó a aparecer la influencia del AED también en diversos cursos. Curiosamente su influencia es mucho más notoria en las facultades de derecho que en las facultades de economía. Inicialmente, la presencia del AED aparece en cursos como Reales y Responsabilidad Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad de Lima (UL). En 1990 se dicta, como electivo, el primer curso de AED en la PUCP.

En dicha universidad, la influencia no se ha limitado al referido curso. Una de las secciones de Responsabilidad Civil suele dictarse usando la perspectiva del AED, a fin de contrastarla con una aproximación más dogmática en la otra sección.

En el curso de Derechos Reales, varios de sus contenidos han sido influenciados por el AED, en especial en lo referido a definición de derechos de propiedad y transferencia de titularidades. También se encuentra su influencia en otros cursos del área civil y del área mercantil. A ello, naturalmente, se añaden los cursos vinculados a regulación económica (Derecho de la Competencia, Telecomunicaciones, entre otros).

En otras universidades la evolución no ha sido muy distinta. La Universidad de Lima incorporó un curso de Derecho y Economía a su plan de estudios como curso electivo en 1994.

También se puede apreciar la influencia del AED en la Facultad de Derecho de la UPC. Todo el plan de estudios tiene una marcada influencia de AED. Tal influencia es muy clara especialmente en los cursos de Derecho Civil Patrimonial y Derecho Comercial. El plan de estudios se

ha basado en modelos curriculares norteamericanos. Por primera vez se incluye un curso de AED como curso obligatorio.

Adicionalmente a los programas curriculares, es común la organización de seminarios y congresos académicos y profesionales en los que se desarrollan temas de AED o a partir de su perspectiva. Además, en convenios con las universidades, muchas instituciones públicas y privadas han organizado cursos en los que se incluyen materias de AED. Ello ha ocurrido con instituciones como los Registros Públicos, la Superintendencia de Banca y Seguros, el INDECOPI, el OSIPTEL, entre otros.

Se han desarrollado sólidas bases académicas que han contribuido a una notable difusión del AED en el país. Su estudio y conocimiento por parte de los abogados se va tornando cada vez más en una necesidad. Hoy, muchos de los abogados que egresan de las universidades más prestigiosas del país reciben al menos un bagaje mínimo de conocimientos en AED y es posible especializarse en algunos de los programas de postgrado existentes. Y cada vez son más las universidades del país que incorporan el AED en sus currículos tanto en Lima como a lo largo de todo el país.

3. INFLUENCIA EN LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

La influencia del AED en la gestión pública ha contribuido a la identificación de algunas de las reformas económicas, en especial la privatización y apertura de la economía, y la definición del rol de las agencias estatales y los organismos reguladores.

A ello se suma la clara influencia de expertos del Banco Mundial, quienes, en base a marcos teóricos propuestos por la teoría económica neoinstitucional, propusieron paquetes de reforma que se han tendido a identificar como producto del AED.

Quizás en el área de la gestión pública en la que mayor influencia ha tenido el AED es en la administración pública, en particular en el Poder Ejecutivo.

La legislación de simplificación administrativa implementada desde finales de los años ochenta había evaluado los costos de cumplimiento de trámites burocráticos y la existencia de costos de transacción generados por estos trámites. Este proceso terminó de consolidarse con la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que tiene una marcada influencia del AED, en particular en la formulación de los principios que permiten la reducción de los costos de transacción.

Este proceso también se aprecia con la promulgación, en 1991, del decreto legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que reconoce un marco institucional básico orientado a reducir los costos de operación (costos de transacción) del sector privado en la economía, incluyendo una profundización en el proceso de simplificación administrativa.

Estos cambios pretendieron una administración pública más racional y basada en evaluaciones de costo beneficio para justificar su actuación.

En 1996 se crea la Comisión de Acceso al Mercado en el INDECOPI (hoy Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas), que puede declarar la ilegalidad e irracionalidad de las barreras burocráticas creadas por la administración pública. Este órgano funcional del INDECOPI, en base a evaluaciones costo-beneficio de la actuación de la administración pública (análisis de razonabilidad) centradas principalmente en la creación de costos de transacción por parte de entidades de la propia administración, tiene la posibilidad de corregir estos problemas, incluyendo a las entidades del ámbito regional y municipal.

En paralelo, se crean una serie de organismos cuyos marcos de actuación y gestión propios se sustentan en muchas de las herramientas conceptuales concebidas por el AED. Ejemplos de ello son el INDECOPI, encargado de la aplicación de las normas de libre competencia, competencia desleal, publicidad, protección al consumidor, reglamentos técnicos, eliminación de barreras burocráticas y paraarancelarias, *dumping* y subsidios y el sistema concursal, así como las normas de propiedad intelectual en todas sus formas; el Organismo Supervisor de Inversión

en Telecomunicaciones (OSIPTTEL), encargado de la regulación de las telecomunicaciones; el Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), encargado de la supervisión de los sectores de energía eléctrica, hidrocarburos y minería; la Superintendencia Nacional de Servicios de Agua y Saneamientos (SUNASS), a cargo de la supervisión de los servicios de agua y saneamiento; el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transportes (OSITRAN), entre otros.

Estos organismos (en especial INDECOPI, OSIPTTEL y OSITRAN) utilizan herramientas de AED en sus decisiones e incluso constituyen tribunales y órganos de decisión legal de casos compuestos tanto por abogados como economistas.

La forma de decisión de casos recoge expresamente el análisis de externalidades, costos de transacción y otras herramientas conceptuales del AED. El uso de estas herramientas se ha producido no solo en áreas como libre competencia y *dumping* y subsidios, de obvio contenido económico, sino en otras como protección al consumidor, competencia desleal, publicidad, acceso al mercado, derecho concursal e incluso en propiedad intelectual.

Otro ejemplo de una institución pública que ha utilizado herramientas de AED es la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI). Esta entidad fue creada para formalizar y entregar títulos de propiedad en asentamientos informales a fin de incorporar estas tierras al mercado inmobiliario y al mercado de créditos.

COFOPRI ha conseguido éxitos muy interesantes en su proceso de formalización, el mismo que se basa en gran parte en el diagnóstico y propuestas formuladas por el ILD a finales de la década de 1980 y durante la década de los noventa. Toda la base conceptual de COFOPRI se sustenta en la teoría de derechos de propiedad desarrollada al interior del AED y ha constituido uno de los aportes más notorios de esta teoría a la gestión pública.

En el Poder Legislativo el cambio más significativo fue el propuesto por el congresista Arturo Salazar Larraín. Se planteó la incorporación en

el reglamento del Congreso de la República de un artículo que establece como requisito de admisibilidad de un proyecto de ley que el mismo venga acompañado de un análisis costo-beneficio que determine el impacto económico de la ley.

Lamentablemente, la falta de precisión de la norma condujo a que dicho análisis se efectúe sin parámetros definidos. Ello tuvo como consecuencia que el requisito legal pueda cumplirse adjuntando simplemente un breve texto que, con variantes, dice básicamente: «El presente proyecto no irrogará gastos al Estado y generará evidentes beneficios a la población».

La superficialidad del análisis condujo a que en el año 1998, con la colaboración de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), el Instituto Apoyo publicara el trabajo de Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra García titulado *Análisis costo-beneficio de las normas* (1998), que buscaba precisamente dar herramientas adecuadas a los congresistas para cumplir con el requisito legal de análisis costo-beneficio de una mejor manera. Lamentablemente, sus propuestas tuvieron poca acogida.

En el proceso de reforma, las leyes más importantes y en las que mejor se usó el AED fueron aprobadas mediante delegación de facultades al Poder Ejecutivo. A pesar de ello, algunas leyes fueron elaboradas en el Congreso mediante la contratación de consultores que utilizaron el AED como herramienta, lo que se refleja tanto en el texto de las leyes como en las exposiciones de motivos de las mismas.

Por ejemplo, la Ley General de Tránsito y Transporte, ley 27181, recogió un cuidadoso análisis de las externalidades generadas y la forma de corregir sus efectos en el tránsito y el transporte, lo que se refleja en las regulaciones aprobadas y en la exposición de motivos de la norma.

A pesar de ello, aún hay muchos espacios en los que el AED puede aportar herramientas que mejoren los procesos de diseño, preparación y aprobación de nueva legislación. Sin duda se han dado pasos importantes, pero aún queda mucho por hacer.

Lamentablemente, la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula. Si bien se han incorporado algunas clases y lecturas en la Academia de la Magistratura —a cargo de la capacitación de los magistrados—, el uso de herramientas de AED en las sentencias es bastante reducido, aunque existen algunos casos en los que han citado a autores de AED.

4. PREGUNTAS

1. ¿Dónde se inició el AED y cómo llegó al Perú?
2. ¿Quiénes son los principales autores que desarrollaron el AED en Estados Unidos? ¿Y en el Perú?
3. ¿Por qué cree que el AED se ha desarrollado más en Perú que en el resto de América Latina?
4. ¿Cree que el AED ha tenido influencia a nivel académico y a nivel político en el Perú? ¿Considera que ha habido un cambio en la política legislativa?
5. De acuerdo con lo señalado en el presente capítulo, ¿cómo ha sido utilizado el AED como herramienta por el Estado al emitir normas o regulaciones?
6. ¿Considera que el análisis costo-beneficio que realizan actualmente nuestros legisladores se condice con el descrito en el presente libro? ¿Cómo cree usted que debería realizarse un adecuado análisis costo beneficio?

CAPÍTULO 5

LAS CRÍTICAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. ESCAPANDO DEL PARAÍSO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Jhering tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del derecho. En él uno se encontraba, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban asimismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del derecho (Von Jhering, 1987).

Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999 999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999 999 partes. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar.

En ese mundo no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, miran al abogado como

si estuviera conversando con el vacío. Son «cosas» que no se ven, que no están allí, salvo para el jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco.

Y nada asusta más al jurista conceptual y dogmático que la realidad, lo tangible, lo demostrable. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. Muchas cosas no pueden explicarse si esos conceptos son traídos a la tierra, porque en ella las «reglas de la física» rompen los conceptos elementales sobre los que se han construido.

La irrupción de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la sociología jurídica, la antropología jurídica, o el AED asusta a quien ve cuestionado su mundo imaginario.

El sueño de Jhering nos recuerda que los abogados solemos usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes. El primero es el de «ciencia jurídica». El segundo, el de «naturaleza jurídica». Estos dos conceptos son cuestionados bajo el AED, al menos como se les suele entender.

Por un lado, está la idea de que el derecho es una ciencia y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo «cosas naturales», como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especie animal o vegetal.

Entonces aparece el concepto de «naturaleza jurídica», como el descubrir un objeto nuevo en la realidad capaz de ser definido conceptualmente.

Pero el derecho no tiene un objeto que puedas encontrar en la naturaleza; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El derecho es creado por el hombre, y su «naturaleza» y la de las instituciones cambian tan pronto como el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice Kirchmann, «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura».

Así, los abogados (o los «juristas», que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un

objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de «neutralizar» esa envidia inventándonos «naturalezas jurídicas» inexistentes. A fin de cuentas, el objeto de nuestra «ciencia» no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica.

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, comentaba esos esfuerzos por encontrar naturalezas jurídicas: «El saldo es desconsolador: tales empresas —las afanosas pesquisas de ‘naturalezas jurídicas’— están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe» (citado por Hernández Gil, 1981).

Entonces el derecho se convierte en una suerte de mixtura entre una religión y una ciencia metafísica, donde los conceptos mismos son los que son objeto de estudio por otros conceptos. Como señala Félix Cohen:

Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres por que contienen un principio somnífero. Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si ‘principio somnífero’ es definido física o químicamente. De otra manera solo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

[...] Los conceptos jurídicos [...] son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe (Cohen, 1962).

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener

el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

En esta línea, Kantorowicz, citado por Cohen (1962), plantea un ejercicio mental interesante: «Preguntarse respecto de cada enunciado [...] qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas».

Como se ha podido ver en los capítulos anteriores de este libro, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el derecho, visto solo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de Cohen, «definir somnífero en base a un principio químico o físico» o, en términos de Kantorowicz, poder responder a la pregunta de qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptara precisamente el contrario. Como veremos, ello explica buena parte de las concepciones críticas al AED.

Esta presunción de que el derecho es una ciencia ni siquiera ha sido adoptada con coherencia. Las ciencias construyen una hipótesis de trabajo, la aplican y luego evalúan qué pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, cómo reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el paciente sobrevivió. De no hacerlo, nunca sabrá si su esfuerzo sirvió para algo. Pero los abogados «operamos» la realidad con nuestros nuevos conceptos y nunca visitamos a nuestro paciente para, de manera sistemática, saber qué pasó con él. No es de extrañar que con tal procedimiento haya tantas normas inaplicables y el derecho se encuentre tan desprestigiado.

Pero incluso si el «jurista» tuviera la responsabilidad de revisar al paciente, carece del bagaje de conocimientos suficientes para evaluar el resultado de su «operación». El AED no es otra cosa que tratar de poner al alcance del abogado herramientas para poder diseñar mejor su «operación»

mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de «operado el paciente», medir si tuvo o no éxito.

A pesar de que el AED no es más que eso, la dogmática (o mejor dicho algunos dogmáticos o aprendices de dogmáticos) le teme y lo considera una amenaza o en todo caso algo a lo que no se le debe hacer el menor caso. Y no es extraño que otras disciplinas que buscaban crear herramientas similares, como la sociología jurídica o la antropología jurídica, hayan sido víctimas de reacciones similares. Finalmente, no es otra cosa que el temor de ampliar nuestro conocimiento.

Esto no quiere decir que estar en contra del AED sea equivocado. De hecho, muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus principios metodológicos. La discrepancia informada no solo es aceptable, es estimulante y necesaria y empuja a perfeccionar los alcances de una idea o de una forma de pensar. Sin duda esas discrepancias serias han contribuido tanto o más al desarrollo del AED que las ideas de sus más destacados defensores. Hay críticas no solo respetables, sino que desnudan los límites que, como todo método, el AED enfrenta.

Dado que este es un libro introductorio, quizá una de las mejores formas de entender el AED es viendo sus críticas, en especial aquellas que no entienden esta forma distinta de pensar. A continuación se reseñan algunas de las categorías de esas críticas que, como veremos, guarda usualmente relación con la llamada «jurisprudencia de conceptos» de la que hablaba Jhering.

2. LA INVASIÓN «GRINGA»

Esta es quizás una de las reacciones más curiosas y anecdóticas, pero no por ello menos frecuente. El mundo está dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglosajón, más precisamente el *common law*. El AED es una creación anglosajona que es propia de un sistema de precedentes de observancia obligatoria, en el que la

jurisprudencia es la fuente del derecho por excelencia y la ley es solo un complemento. En ese contexto, el AED es inaplicable al Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano-germánica. Fin del argumento.

En sus versiones más agresivas, estas críticas ven al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, el que, al mejor estilo del colonialismo, ha sido planeado para imponer a los ciudadanos de los países del sistema romano-germánico, en especial de los menos desarrollados, una forma de pensar y de regular la vida social. Con ello han creado una suerte de «doctrina transnacional» diseñada para seducir y conquistar otros países.

Lo que digo no es una exageración. Sino veamos la siguiente cita de Eric Palacios:

Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fernando de Hinestrosa, refiriéndose al abandono de la dogmática y a la creciente negativa influencia del Análisis Económico del Derecho en nuestra realidad Latinoamericana, en el marco del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima con motivo de la discusión del Proyecto de Reforma al Código civil. Dijo el egregio autor colombiano «no abandonemos nunca nuestras propias convicciones y lógica de nuestro sistema, que es aquel romano-germánico (expresado en la dogmática), y no permitamos el infiltrar de orientaciones extrañas a nosotros mismos, porque si no puede llegar el momento en que las reglas vengan impuestas a través del Gran País del Norte. Esa es la lucha a la que los invito» (Palacios, 1995).

Así, algunos académicos dogmáticos suelen reaccionar frente al AED como los mexicanos reaccionaron en la época de la guerra con los Estados Unidos cuando gritaban: ¡*Green go home!* («Verdes, váyanse a casa», en alusión al color de sus uniformes), expresión de la que luego se derivaría la palabra «gringo». Piden así que se lleven el AED a otro lado y que dejen a la teoría del razonamiento circular vivir en paz y a la jurisprudencia de conceptos intocada.

El punto de partida de todas estas posiciones parte de un serio error de comprensión. El AED no es el sistema del *common law* y está muy lejos de serlo. Si usted evalúa qué hace un abogado norteamericano en su ejercicio profesional, descubrirá que no es un experto en AED. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados peruanos tenemos de las teorías de Santo Tomás de Aquino. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquiera de nosotros puede ir tranquilo a litigar un caso o absolver una consulta sin saber nada de lo que dijo Santo Tomás.

Si bien algunos conceptos del AED se han incorporado al sistema legal y ya gozan de cierta aceptación general, el AED está lejos de ser una aproximación extremadamente popular y mucho más lejos aún de ser la tendencia dominante. Es una forma de pensamiento con un gran valor instrumental, pero no tiene que ver con cómo se concibió el *common law*, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo siglos antes de que Coase, Calabresi y Posner comenzaran a formar las bases del AED en la década de 1960.

Es más, si alguien quisiera trasladar el pensamiento jurídico anglosajón a otro país, usar el AED para lograr ese objetivo es una muy mala idea. Y es que el AED no tiene nada que ver, al menos en su estructura, con el sistema de precedentes jurisprudenciales. Es como pretender que porque Kelsen era austriaco, el positivismo fue diseñado como un mecanismo para imponer el derecho austriaco en el mundo.

Así, que haya sido en los Estados Unidos donde se desarrolló esta línea de pensamiento solo ha implicado que los ejemplos más comunes citados en los libros de texto de AED se refieran a jurisprudencia o normas norteamericanas. Pero las herramientas conceptuales pueden ser usadas, sin perder en nada su capacidad analítica, a cualquier otra forma de sistema jurídico.

No olvidemos que el AED es, antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el derecho, una metodología para analizarlo. Como tal, no propone en sí mismo adoptar ningún esquema legal particular,

y es posible encontrar académicos que defienden con tanta fuerza la superioridad del sistema de *common law* sobre el sistema romano-germánico, como otros académicos (muchos norteamericanos) que defienden precisamente la tesis contraria.

3. «LA INVASIÓN NEOLIBERAL»

Para quienes acogen esta crítica los autores de la invasión no son precisamente (o solamente) los norteamericanos, sino un grupo de pensadores «neoliberales» que han visto en el AED la posibilidad de vender sus ideas con un esquema seductor y efectista. Es, pues, una suerte de «Caballo de Troya» lleno de contenido ideológico empaquetado en una apariencia de escuela académica. Para esta visión crítica existe una suerte de «cofradía» o «hermandad» ideológicamente determinada, que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala y que los mercados son buenos.

Pero si recordamos que, a fin de cuentas, el AED no es otra cosa que la aplicación del método económico al derecho, veremos cuan absurdo es el planteamiento esbozado. Existen economistas para todos los gustos. Los hay ortodoxos y heterodoxos, liberales y marxistas, keynesianos y austriacos. Y de la misma manera que hay gente que hace análisis económico desde todas esas diferentes perspectivas, existen posiciones marxistas o socialistas dentro de AED.

Existen incluso representantes de gran impacto en el AED y en particular en el Perú, como Guido Calabresi, que son considerados bastante alejados de las llamadas tesis neoliberales. Calabresi es considerado un académico de centro izquierda en su país y que lo califiquen como un neoliberal es algo que él no entendería.

Si bien es cierto que existen importantes representantes del AED que profesan ideas de defensa de la libertad económica, el AED es una herramienta que en su variante normativa puede ser utilizada para generar marcos regulatorias bastante intervencionistas, justificando la intervención

del Estado en la actividad económica (basta revisar el uso de la teoría de las externalidades para justificar la intervención del Estado en temas como derecho ambiental o protección al consumidor). Muchas de las agencias regulatorias, ninguna de las cuales sería defendida por un liberal, usan continua y activamente el AED.

Así, el AED, como la economía misma, se ha utilizado tanto para sustentar posiciones de liberalización y reducción de la presencia del Estado como para sostener la necesidad de una participación activa de ese mismo Estado.

No se puede negar que el AED, en la experiencia histórica peruana, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos peruanos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero también ha ocurrido lo contrario: el uso de AED para sustentar una mayor presencia estatal.

Incluso hasta el uso del término «neoliberal» tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como neoliberal. Se califican como liberales. El llamado neoliberalismo es una suerte de rebautizo del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de neonazis o neocomunistas, es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

En síntesis la invasión neoliberal no es sino una confusión de la herramienta con la ideología o percepción del mundo que puede estar detrás para dirigirla. Y, al hacerlo, se pierde la oportunidad de usar una herramienta que es útil.

4. «SE VAN A EXTINGUIR LOS UNICORNIOS»

En una época la gente creía en los unicornios. Como los demás animales, vivían en las profundidades del bosque. Se les consideraba especialmente inteligentes y era muy difícil encontrarlos. Rara vez habían sido vistos y, cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una

fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos.

De pronto, un día, la gente dejó de creer en los unicornios, lo que los convirtió en una suerte de símbolo de lo imaginario, que existían solo en leyendas y mitos. La especulación sobre ellos toma la dimensión no de lo real, sino de lo imaginario, de lo creado por la mente humana.

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de la metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en qué sentido? Es evidente que sabemos que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido, ya no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para algunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia cómo se concibió la historia, cómo se reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es solo en este aspecto que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero, según Campos, pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana (Campos, 1998).

A veces entendemos el derecho como un caballo y no como un unicornio. Pero el derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que solo existe como tal. Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que las reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, en términos de Cohen, al perder fondos en la moneda de los hechos, quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente (Cohen, 1962).

Algunos críticos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la que se mueven los conceptos, van a disparar

sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Van a extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresa en términos tales como «va contra todo lo establecido», «atenta contra toda nuestra tradición jurídica», «pretenden sustituir al derecho por instituciones económicas», entre otras. Pero la crítica no termina ahí, sino que sigue con ver al AED como un intento de cometer ese homicidio conceptual.

El AED no propone, sin embargo, acabar con el derecho ni eliminar el uso de conceptos. Solo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humana. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso, no pueden ser «matados» en el sentido en que se percibe en este tipo de críticas), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos «unicornios jurídicos» no puede ser percibido como un intento de matar al derecho, sino de acercar el derecho a los hombres y a las soluciones que esos hombres necesitan.

5. «EL AED ES IRREAL»

Casi todas las críticas tienen en común considerar al AED como poco realista. Señalan que su afán por simplificar la realidad lo aleja de ser una herramienta útil. La crítica central bajo esta perspectiva es que el uso de modelos es la debilidad principal del AED frente a las visiones más dogmáticas.

Esto ya fue analizado en el capítulo 3 de este libro. Bajo este tipo de críticas se pierde la perspectiva de que el punto de partida es aún más irreal. La dogmática parte también de modelos, es decir de esquemas que se abstraen de la realidad. Solo que al hacerlo pierden totalmente la función explicativa de un modelo.

En este tipo de críticas se trata de convertir la mayor fortaleza del AED en una debilidad, sin advertir el «efecto bumerang» de la crítica.

El «paraíso de conceptos» también se basa en «modelaje». Los conceptos jurídicos, en su supuesta pureza conceptual, son simplificaciones, aunque no me atrevería siquiera a llamarlas «simplificaciones de la realidad».

Así, lo que diferencia al AED de otras aproximaciones al derecho no es el uso o no de simplificaciones, sino la técnica de simplificación. El AED trata de identificar los elementos relevantes para explicar un problema, para a partir de ellos construir su modelo de predicción. Por el contrario otras aproximaciones simplifican sin explicar el porqué del uso de ciertas premisas.

Se suele decir que el mundo no es como lo dibuja el AED. Pero esa es precisamente su ventaja. Los modelos no se construyen para pretender que ellos reemplacen a la realidad. Los modelos se construyen para explicar un aspecto de esa realidad.

Como vimos en el capítulo 3, cuando un arquitecto hace una maqueta de una casa no pretende decir que dicha maqueta es la realidad, y quien critique la maqueta por ser muy pequeña o estar hecha de cartón y no de cemento como la casa real que se quiere construir, está perdiendo el punto central. Precisamente se simplifica el tamaño y los materiales para explicar solo algunos aspectos: la distribución y perspectiva de la casa. Permite visualizarla, siempre que se sea consciente de que no se hace la maqueta para vivir en ella.

La «trampa» en los modelos no está en su uso, sino en confundirlos con la realidad. Es evidente que un modelo es utilizado conscientemente para alejarnos de la realidad, pero con el fin de comprenderla. Cuando se quiere que el modelo sea como la realidad, le privamos de su capacidad explicativa, y con ello renunciamos a intentar comprender la realidad al menos en parte de su complejidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

6. LOS «HOMICIDAS DE LA JUSTICIA»

Una última línea de crítica que analizaremos en este capítulo es un cuestionamiento valorativo o moral: se parte de la idea de que el AED se orienta a desplazar la justicia de los ideales que inspiran al derecho.

La crítica lleva implícita una objeción moral al AED, al que acusa de sustituir valores por un concepto utilitarista al que se denomina «eficiencia». No dudo de que existen tendencias utilitaristas dentro del AED. Pero extender la crítica al AED en general es, paradójicamente para quienes levantan esa crítica, injusto.

En primer lugar, como ya vimos en el capítulo 2, el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice Calabresi, si bien se considera que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo en el que los recursos son escasos, desperdiciar es injusto (Calabresi, 1992).

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales pueden conducir a que unos ganen y otros pierdan. Y cuando los recursos se desperdician, puede ser que todos pierdan o que se pierda más de lo que se gana. Ello conduce no solo a que haya menos riqueza, sino a que haya más pobreza. Si evitar que aumente la pobreza carece de contenido valorativo, entonces la crítica podría comenzar a tener algún fundamento.

Pero el problema no culmina allí. Incluso si se asumiera que la eficiencia carece de todo contenido valorativo, ello no descalifica al AED. Incluso si uno quiere decidir sobre la base de criterios de justicia, que dicho sea de paso son casi imposibles de definir de manera pacífica, saber cuánto cuesta ser justo es un elemento central. Ello porque no se puede invertir lo que no se tiene, y medir la escasez de los recursos como un elemento a considerar pone a la justicia en contexto de realidad.

En esa línea, no tomar en cuenta que una norma que protege al deudor y que se considera justa pueda reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad, lo que a su

vez nos impide visualizar muchas otras probables injusticias que rodean una solución aparentemente justa. Descubrir y evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa es una manera de descubrir otras formas de injusticia.

En esa línea, poner las decisiones aparentemente justas en el contexto de la escasez que nos presenta el mundo real es asumir la justicia con responsabilidad. Si finalmente se opta por la decisión considerada justa a pesar de que se piensa que es ineficiente, se tomará una decisión informada y, por tanto, responsable. En cambio, una justicia irresponsable puede convertirse en la peor de las injusticias.

Nada en el AED lleva a descartar concepciones valorativas. Lejos está en la concepción del AED descartar la justicia como valor, menos aún está la intención de matarla. Por el contrario, está en su base poner al servicio de la justicia una herramienta adicional que los abogados solemos pasar por alto: aquella dirigida a evitar el desperdicio.

7. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las principales críticas que se hacen al AED? ¿Coincide con ellas?
2. Una de las críticas al AED es que es una «importación gringa» que altera las bases de la tradición romano-germánica. ¿Considera que el AED se aplicaría del mismo modo en dos países con la misma tradición jurídica; por ejemplo, Perú y Chile?
3. Además de las señaladas en el presente capítulo, ¿tiene usted críticas adicionales al AED?
4. ¿Considera que el AED busca reemplazar la justicia por la eficiencia?
5. ¿Cree que el AED pone en riesgo a la dogmática jurídica?
6. ¿Debe un juez citar AED en una sentencia? ¿Por qué?

CAPÍTULO 6 EL TEOREMA DE COASE

1. ¿QUIÉN ES RONALD COASE?

¿Por qué economías de mercado que se declaran como liberales y que critican ácidamente las formas de economía planificada desarrollan a su interior «pequeños estados socialistas» llamados empresas y donde la asignación de recursos se determina por una dirección centralizada? ¿Por qué en nuestras sociedades los accidentes de tránsito no pueden ser solucionados por el mercado? ¿Por qué los peatones (potenciales víctimas) no celebran con los conductores (potenciales causantes) contratos que asignen entre ellos la posible responsabilidad que pudiera surgir en un futuro accidente? ¿Por qué en el mercado es necesario hacer responsable a una empresa que produjo un producto defectuoso por los daños que cause a sus consumidores, así haya cumplido con incluir una advertencia en una etiqueta exculpándose de toda responsabilidad y que debió ser leída por el consumidor al comprar el producto?

En 1991, la Academia Sueca concedió el Premio Nobel de Economía a Ronald Coase, profesor emérito de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago, por haber desarrollado los instrumentos metodológicos que permiten responder estas preguntas.

Una primera inquietud que habrá asaltado a muchos consiste en cómo es que un profesor de una escuela de leyes ganó un premio

nobel de Economía. En realidad el premio se le concede no solo por sus estudios económicos, sino por sus estudios jurídicos. Ronald Coase es un pionero —quizás el más destacado— del AED. Los aportes de Coase a la comprensión del diseño institucional de la economía son solo superados por sus aportes a la comprensión del diseño de los distintos sistemas jurídicos. La genialidad de Coase radica en haber descubierto algunos factores determinantes de cómo se organiza el derecho y que, paradójicamente, resultaban demasiado obvios para ser descubiertos a simple vista.

2. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

El punto central en la teoría coasiana es el concepto de «costos de transacción». La idea es muy sencilla: celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero comprar y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta.

Luego tengo que negociar con el probable vendedor, quien también deberá invertir recursos en ubicarme y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos. Mientras nos ponemos de acuerdo puedo perder oportunidades de celebrar otros contratos, perder mi tiempo en discusiones interminables, invertir recursos en negociar y en tratar de convencer a la otra parte con mi propuesta. Luego tenemos que contratar un abogado que también invertirá tiempo y dinero en redactar un contrato y en hacer el estudio de títulos correspondientes para asegurar mi adquisición (sí, los abogados somos finalmente un «costo de transacción»).

Si mi deseo por una casa nueva y el del vendedor de recibir dinero lo justifican, estaremos dispuestos a incurrir en toda esta serie de costos, que pueden llegar a ser importantes, para perfeccionar la transferencia de la propiedad de la casa y el pago del precio. Estos costos son lo que

Coase llamó costos de transacción (1937). Como podemos apreciar, esta constatación de que contratar cuesta y el hecho de que el mercado no es otra cosa que un inmenso conglomerado de transacciones (contractuales), nos lleva a considerar que utilizar el mercado tiene un costo.

Los costos de transacción son de tres tipos: costos de búsqueda, costos de entrada y costos de ejecución:

- a) Costos de búsqueda: son los costos de identificar con quién voy a contratar y sobre qué. Por ejemplo, si quiero un televisor, tengo que identificar el modelo que quiero y pasearme por tiendas o leer folletos identificando el televisor más adecuado para mis necesidades y presupuesto, adquirir información adecuada, suficiente y confiable. Ello toma tiempo y costos. A ello se suma el costo de oportunidad de no tener el televisor durante el tiempo que estoy buscándolo.
- b) Costos de entrada: son los costos de celebrar la transacción misma. Negociar los términos del contrato, elevarlo a escritura pública o cumplir cualquier otra formalidad, costos de abogados para que me asesoren, etcétera.
- c) Costos de ejecución o monitoreo: una vez celebrado el contrato hay que ejecutarlo, monitorear el cumplimiento (revisar por ejemplo que la obra se ejecute según los planos), verificar los pagos y, en caso de incumplimiento, los costos de ejecutar las obligaciones (contratar abogados, ejecutar garantías, ir al poder judicial o a arbitraje, etcétera). Si, por ejemplo, los jueces o los árbitros no son confiables y efectivos, los costos se incrementan por la incertidumbre y el resultado es poca predictibilidad. Ello no solo incrementa el costo de los contratos celebrados, sino que si estos costos son muy elevados se celebrarán menos contratos o se celebrarán en términos más ineficientes.

Los costos de transacción pueden ser realmente significativos y dependen de una serie de condiciones. 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.

Para tener una idea de lo que significan los costos de transacción en una economía basta decir que hay industrias enteras cuya función es reducir los costos de transacción. Por ejemplo, las empresas que se dedican a la distribución de bienes reducen los costos de transacción entre los fabricantes y los consumidores. ¿Por qué el fabricante no vende directamente? Porque los costos de llegar a los consumidores son altos y prefieren contratar con una empresa especializada para esos fines. Lo mismo ocurre con los autoservicios, las bodegas o las tiendas que cumplen un fin similar.

Todos nos quejamos de los intereses que pagan y cobran los bancos. Pero le hago una pregunta. Si usted tiene dinero ahorrado bajo el colchón ¿colocaría un aviso en el periódico ofreciendo prestarlo a quién se aparezca en respuesta al aviso, a cambio de un interés menor al que cobran los bancos? Sería aparentemente muy beneficioso. Usted recibiría un interés mayor que el que le pagaría el banco por depositar ese dinero. Y la persona que recibe el préstamo le iría mejor porque pagaría menos interés que el que le cobraría el banco por prestarle el mismo dinero.

Pero ello pasa muy pocas veces. Los costos de transacción entre quienes tienen dinero y quienes lo necesitan pueden ser muy altos. Tiene que identificarlos, celebrar contratos y sobre todo evaluar si quien quiere el préstamo le va a pagar y eventualmente seguir acciones de cobranza. Esos costos son tan altos, que prefiere sacrificar mayores ingresos y confiar en que el banco se encargará de todo eso. Y es que los bancos son un costo de transacción pero a su vez alivian los costos de transacción de proceder de esa manera.

Una vez escuche decir al Premio Nobel de Economía Douglas North 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.

Cuando usted compra un libro en Amazon ahorra muchos costos de transacción. Es fácil encontrar el libro que busca sin pasearse horas por librerías. Además celebra el contrato llenando un poco de información y dando un click con el mouse. Y no se preocupa de que el libro llegue porque la marca de Amazon es confiable. Y Amazon confía en que su tarjeta de crédito será honrada gracias al sistema. Nos hemos ahorrado mucho, pero sin perjuicio de ello hay un costo de usar Amazon. Ese costo es un costo de transacción.

Bajo ciertas circunstancias, los costos de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar que este contrato pudiera ser razonable y beneficioso para ambas partes. Por ejemplo, una fábrica podría obtener beneficios por S/ 1000 pero generar daños por contaminación a sus 5000 vecinos equivalentes a un sol por cada uno, porque se ven afectados con enfermedades a las vías respiratorias. Obviamente, la sociedad estaría mejor si la fábrica cerrara, porque solo produce S/ 1000 de beneficios y S/ 5000 de pérdidas. La pérdida social sería de S/ 4000.

Asumiendo que la fábrica tiene el derecho a continuar produciendo —lo que implícitamente la autoriza a contaminar—, existe una buena razón para que los vecinos celebren un contrato con la fábrica por medio del cual, y a través de un pago, esta dejara de producir. Imaginemos que los vecinos se ponen de acuerdo para aportar cada uno S/ 0,40 (con lo que obtendrían S/ 2000 en total), con los que irían a la fábrica y le propondrían cerrar a cambio de ese pago.

Obviamente, la fábrica aceptaría, pues recibiría S/ 2000 (es decir S/ 1000 más que antes) por cerrar su fábrica. Los vecinos también estarían mejor porque si bien se gastan en total S/ 2000, se están ahorrando en la práctica S/ 3000, pues se alivian S/ 5000 en daños.

El problema en este ejemplo es que esta solución contractual es poco probable. Los costos de conseguir que se identifique a los 5000 afectados, que se pongan de acuerdo entre ellos sobre el monto de los daños que sufren y sobre cuánto están dispuestos a pagar para evitarse la contaminación pueden ser elevadísimos. Adicionalmente, cada uno de los vecinos tratará de ser «un viajero gratis» en la campaña de conseguir que la fábrica se cierre. Así cada uno intentará ocultar cuál es verdadero daño que sufre para tratar de contribuir con menos de los S/ 0,40 que les solicitan para solucionar el problema. En otras palabras, los costos de transacción hacen prácticamente inviable la solución contractual.

Las opciones son o que el Estado intervenga prohibiendo la contaminación o estableciendo un sistema de responsabilidad civil que haga que las fábricas paguen por los daños que causan. Así, por la vía de internalización de los costos que los contaminadores producen, se lograría que cierren aquellas fábricas que causan más daños sociales que beneficios. En otras palabras, el concepto de costos de transacción explica por qué no todo se puede solucionar por transacciones en el mercado.

3. LA NATURALEZA DE LA EMPRESA

El concepto de costos de transacción nos puede ayudar entender —como nos preguntábamos en el párrafo inicial de este capítulo— por qué existen las empresas en una economía de mercado.

La explicación de este punto aparece en uno de los artículos a los que se puede atribuir el Premio Nobel de Coase: *The Nature of the Firm* o, en español, *La naturaleza de la empresa*. Sin embargo, las ideas de Coase se forjaron, como él mismo reconoce, cinco años antes de la publicación de este artículo.

Así, en algún momento del verano de 1932 un joven socialista de 21 años, asistente de cátedra de la Dundee School of Economics and Commerce cristalizó en su mente la explicación de por qué existen las empresas.

Según Coase (1937) el problema principal consiste en determinar cuándo es que la asignación de recursos debe hacerse a través del mercado, mediante decisiones atomizadas y no coordinadas de ofertantes y demandantes, y cuándo debe hacerse dentro de una empresa a través de decisiones centralizadas de sus administradores. Gran parte de la solución radica en comparar el costo de organizar las decisiones centralizadas dentro de la empresa con los costos de transacción derivados de usar el mercado.

Simplifiquemos el análisis con un ejemplo sencillo. Si una compañía fabricante de cerveza necesita distribuir su producto, tiene dos posibilidades: una es contratar con una empresa distribuidora para que desarrolle esta labor. Para ello celebra un contrato, incurriendo en los costos de transacción necesarios para celebrarlo. La otra opción es desarrollar ella misma su propia oficina de distribución. Para tomar su decisión la empresa evaluará, entre otros, dos aspectos. Uno es cuánto le cuesta usar el mercado. Celebrar contratos con empresas distribuidoras tiene un costo que, en ocasiones, puede implicar un desperdicio de recursos. Por otro lado, aumentar una oficina más encargada de la distribución dentro de la estructura empresarial puede ser complicado y también tiene costos.

Su organización puede ser compleja, los costos administrativos elevados y la capacidad de control sobre los dependientes puede diluirse en una empresa demasiado grande, generando decisiones y comportamientos ineficientes. En otras palabras, podemos llegar a una «deseconomía» de escala. La decisión está influida principalmente por la incidencia de los costos de organización de las empresas frente a los costos de transacción.

Cuando Coase ganó el Premio Nobel el autor de este libro ya conocía su trabajo. Llamó mucho mi atención que en los titulares de los periódicos se decía que Coase recibió el Premio Nobel porque sus aportes ayudaron a explicar por qué se derrumbó el sistema socialista. En ese momento no

entendía qué tenía que ver eso con el trabajo de Coase. Pero hoy tengo claro que sí fue así.

Si bien el aporte de Coase no iba precisamente dirigido a explicar la caída del muro de Berlín, sí permite entender la base del problema. Imaginemos a la empresa como un pequeño Estado socialista. La decisión centralizada decide cómo se asignan los recursos a su interior sin necesidad de transacciones ni negociaciones costosas. Pero si la empresa comienza a concentrar demasiados recursos bajo su control, la posibilidad de coordinar las decisiones referidas a la correcta y eficiente asignación de recursos se tornarán cada vez más y más complejas.

La situación es similar a la de un padre de familia que, para ahorrar, decide que sean los integrantes del hogar quienes produzcan todo lo que necesitan: sembrar comida, criar animales, hacer vestidos y muebles, construir casas, etcétera. En cierto punto hacer todo eso es muy ineficiente. La mayoría de los hogares se alivian esos costos de organización y recurren al mercado para adquirir la mayoría de cosas que necesitan. La familia se especializa en producir unas pocas cosas e intercambia el resto en el mercado. Ello porque los costos de transacción de usar el mercado son menores que los costos de organización interna.

Lo mismo pasa con una empresa. Llegará un momento en el que la decisión centralizada será incapaz de manejar todos los recursos que se encuentran bajo su control. Allí estaremos frente a una diseconomía de escala. En ese caso, el costo de organización justifica que la asignación de recursos se lleve a cabo por medio del mercado, a pesar de los costos de transacción que este implica.

Ahora imaginemos al Estado socialista como una «súper empresa» que ha pretendido reunir todos (o casi todos) los recursos de la economía bajo su control. Entenderemos entonces que el problema de Estado socialista es el mismo que hace que una empresa se desintegre o quiebre cuando sus costos de organización se tornan prohibitivos. Este sistema, en términos coasianos, ha quebrado por sus elevados costos de organización. En síntesis, el Estado socialista no es otra cosa que una «diseconomía»

de escala, que por ahorrar los costos de transacción de usar el mercado, incurre en inmensos costos de organización, muy superiores a los costos de transacción que pretendía ahorrar.

4. EL TEOREMA

Guido Calabresi ha sugerido que como consecuencia del joven socialismo de Coase *The Nature of the Firm* ponía un especial énfasis en el costo de usar el mercado (es decir en los costos de transacción), y destacó que cuando las estructuras de organización distintas al mercado, jerárquicas y centralizadas, pudieran alcanzar resultados deseados a un menor costo, la gente organizaría su comportamiento económico bajo este tipo de estructuras (sean empresas o Estados) (Calabresi, 1991b).

Sin embargo, usando los mismos instrumentos conceptuales, un Coase más liberal, casi treinta años después, escribe su otro artículo cumbre: *The Problem of the Social Cost* (o en español «El problema del costo social»). Este trabajo pone énfasis en los beneficios de usar el mercado.

En *The Problem of the Social Cost* se encuentra la base del famoso teorema de Coase, que no solo nos ayuda a entender la estructura institucional de la economía, sino la propia estructura de las instituciones dentro de un sistema jurídico. Así, este trabajo de Coase destaca que cuando los costos de transacción no son prohibitivos la gente lleva a cabo transacciones generalizadas, creando así mercados, no solo para evitar caer en «ineficientes» estructuras jerárquicas y centralizadas, sino también para llenar el vacío dejado por la inexistencia de mercados o mecanismos de organización centralizada.

¿Qué dice el teorema de Coase? Este puede ser formulado de dos maneras diferentes, que en el fondo expresan exactamente la misma idea. La primera formulación sería:

«Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente».

Si regresamos a nuestro ejemplo, si no existen costos de transacción, poco importa si la fábrica tiene o no derecho a contaminar a sus vecinos. Si la fábrica tiene derecho a contaminar, pero recibe beneficios inferiores a los daños que ocasiona, los vecinos se acercarán a la fábrica, se sentarán en una mesa de negociaciones, y llegarán a determinar un precio por el cual ellos se ahorrarán los daños y la fábrica estará mejor que antes.

Por el contrario, si los vecinos tienen derecho a que no se contamine y la fábrica recibiría mayores beneficios si la dejaran contaminar, esta irá en busca de los vecinos y les pagará una cantidad para que se dejen contaminar, o les comprará sus casas para vendérselas a un menor precio a gente dispuesta a ser contaminada. El mercado, por sus propios mecanismos, tiende a acercarse a la solución más eficiente.

Debe destacarse, sin embargo, que el teorema de Coase plantea la poca importancia de la solución legal que se adopte en términos de eficiencia social. Obviamente, existen diferencias, e importantes, en cuanto a los efectos distributivos de las distintas posibles decisiones legales.

Regresando al ejemplo, si lo más eficiente es que haya contaminación, el mercado llevará a que haya contaminación. Si lo más eficiente es que el aire quede limpio, el mercado nos llevará a una atmósfera pura.

Todos podemos, sin embargo, intuir que un mundo en el que los costos de transacción son iguales a cero no existe o es irreal. Siempre hay costos vinculados a la celebración de cualquier contrato. Es válida la analogía entre el mundo coasiano y el de los físicos que hacen sus cálculos, asumiendo muchas veces que los cuerpos se mueven en un mundo en el que no existe fricción. Pero el concepto es igualmente útil, porque nos permite deducir que en aquellos casos en que los costos de transacción no son significativos, la solución de mercado puede conducirnos a la mejor alternativa.

Ello explica por qué en el sistema contractual privado las normas son principalmente supletorias a la voluntad de las partes y la intervención estatal se minimiza bajo la idea de la autonomía privada. Bajo la primera

formulación del teorema, el derecho contractual es lo que más se parece al mundo ideal de Coase.

La segunda formulación del teorema es igual de importante:

«Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente».

Nuevamente, en nuestro ejemplo, si los vecinos son demasiados como para poder sentarlos en una mesa de negociaciones que les permita a las partes llegar a la solución más eficiente, sí se justifica la existencia de una decisión legal que «simule» la solución a la que llegaría el mercado si los costos de transacción fuesen iguales a cero. Esto implica que los costos de llegar a tal decisión (o en otras palabras de organizar una burocracia capaz de tomar decisiones eficientes) son razonables en relación a los beneficios que tal decisión implica.

En el artículo que comentamos, Coase cita una serie de casos jurisprudenciales que muestran su punto. Vamos a citar un par de ellos.

En el primero, un dentista tiene problemas porque al costado de su consultorio existe una panadería. En ella hay una máquina cuyas vibraciones perturban el pulso del dentista cuando está atendiendo a sus pacientes y con ello le generan una serie de problemas para desarrollar su actividad profesional. Los jueces creen que ellos son quienes deben dar la solución eficiente al caso.

Coase nos hace notar que si no hay costos de transacción entre el dentista y el panadero, estos se pondrán de acuerdo en una solución (mudar al dentista, mudar la panadería, o comprar una máquina nueva que no genere vibraciones). Pero los jueces no advierten ello. El resultado final con bajos costos de transacción será siempre el mismo: la solución más eficiente. Si es menos costoso mudar la panadería que el dentista, las partes llegarán a un acuerdo en ese sentido, siempre que los costos de transacción sean bajos.

El segundo caso se refiere a dos casas vecinas. La chimenea de una colinda con una pared de la otra. El propietario de la primera levanta la

pared. Como consecuencia de ello cada vez que el propietario de la primera casa enciende fuego en su chimenea el humo que no llega a salir regresa, y se humea todo el interior de la casa.

El dueño de la primera casa demanda al de la segunda para que demuela la pared. Pero el dueño de la segunda dice que el daño lo causa prender la chimenea, no la pared. De nuevo, si los costos de transacción son bajos, el juez es intrascendente. Si es más eficiente demoler el muro que no prender fuego, la partes se pondrán de acuerdo para que ello se haga. La solución del juez solo es necesaria si los costos de transacción no permiten el acuerdo.

Como el lector podrá advertir, el problema es el de las externalidades que ya mencionamos antes. Una externalidad es un costo (o un beneficio) no contratado. O dicho de otra manera, un costo que uno le genera a un tercero. A veces las externalidades se internalizan mediante un contrato. El acuerdo define quién asume los costos que se causan. Pero cuando ello no es posible, es necesario que el juez internalice la externalidad. Revisitaremos el concepto de externalidad más adelante, cuando hablemos de propiedad y de responsabilidad extracontractual en otros capítulos.

Del trabajo de Coase (1960) se deriva un concepto que a los abogados nos cuesta entender. Según Coase, cuando se produce un daño, los abogados creen que el daño es causado por una persona a otra. Pero en realidad la externalidad es recíproca, es decir es causada por la conjunción de conductas de ambas partes.

Así, en el caso del panadero y el dentista, se puede decir que la máquina del panadero causa el daño al dentista. Pero también se puede decir que el dentista se causa el daño por mudarse cerca de una panadería o simplemente por no mudarse a otro lugar y seguir en cambio desarrollando su actividad en ese sitio.

O el vecino que quiere encender su chimenea puede decir que su casa se humea por el muro. Pero también se puede decir que se humea por encender la chimenea, pues si no lo hiciera no tendría el problema. Es

la conjunción de las dos conductas lo que causa la externalidad. Es decir que la causalidad es recíproca.

Bajo esa perspectiva, la pregunta no es la que nos hacemos los abogados: ¿Quién le causo el daño a quién? La pregunta es quién debe soportar los daños para lograr una solución a la externalidad de manera más eficiente.

Si usted fuma y se coloca al lado de otra persona, se puede decir que está causando la externalidad por fumar. Pero si esa persona se mueve, la externalidad desaparece. ¿No cree que es así? Si usted se fue a un lugar apartado y es la otra persona la que se acerca ¿Quién causa la externalidad? Parece que es el que se acerca. Pero si el fumador se mueve, la externalidad desaparece. Son ambas conductas las que crean la externalidad. Este es un punto central para entender la teoría coasiana y su teorema.

Acuerdos contractuales pueden resolver el problema de los fumadores: los restaurantes pueden ofrecer zonas de fumadores y de no fumadores y usted acepta estos términos cuando va al restaurante. Si usted fuma y se va a la parte de no fumadores usted rompe el acuerdo, viola el derecho de los no fumadores, y la externalidad se internaliza de su lado. Pero si usted no fuma y entra a la zona de fumadores, es el no fumador el que rompe el acuerdo y él debe cargar con la externalidad.

Pero si los acuerdos entre fumadores y no fumadores no son posibles, la respuesta va a ser regulación, es decir reglas legales que establecen cómo se internaliza la externalidad.

5. COASE Y LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

Si uno comprende correctamente los alcances de los costos de transacción como instrumento que nos ayuda a entender la realidad y su relación con las externalidades, puede descubrir su utilidad para explicar por qué el derecho se organiza de una manera o de otra. El derecho contractual se aplica a casos en los que, típicamente, los costos de transacción son

lo suficientemente bajos como para permitir a los individuos llegar a la solución más eficiente.

Por el contrario, la llamada responsabilidad civil extracontractual se refiere, normalmente, a los accidentes, situaciones en las que los costos de transacción, principalmente los costos de información, hacen inviable la solución de mercado. Así, no podemos esperar que todos los peatones se pongan de acuerdo con todos los conductores de automóviles sobre cómo se asumirán y cubrirán los daños derivados de un accidente.

En tales situaciones el juez es el llamado a «simular» el acuerdo al que hubiesen llegado las partes de haber sido posible la solución contractual, es decir la solución eficiente. Se puede entender a la culpa como una institución dirigida a la búsqueda de estándares de conducta que buscan reflejar qué comportamiento hubiesen pactado las partes como exigible dentro de un contrato.

Podemos encontrarnos incluso con situaciones mixtas, en las que, existiendo un acuerdo entre las partes, los costos de transacción han hecho imposible que determinado aspecto pueda ser resuelto por el contrato, con lo que el juez debe intervenir para llegar a la solución más eficiente. Así, una etiqueta que advierte al consumidor de que la explosión de una bebida gaseosa no genera responsabilidad para la empresa que la fabricó puede no haber asignado los recursos de manera adecuada.

Los costos de información para el consumidor sobre los riesgos implícitos en el consumo de una gaseosa pueden ser altos. Se requieren conocimientos técnicos y estadísticos para establecer cuál es el verdadero riesgo asumido, y así poder permitir que el consumidor considere si es razonable consumir la gaseosa.

Bajo esta perspectiva, si el consumidor conociera el riesgo con certeza y supiera que deberá asumir él mismo los daños porque la empresa se liberó de responsabilidad al incluir la etiqueta, estaría dispuesto a pagar un precio menor al que pagaría si la gaseosa fuese completamente segura o si la empresa estuviese dispuesta a asumir todos los costos de cualquier accidente.

Pero como transmitir dicha información puede generar costos altos, es mejor que el juez intervenga para dejar sin efecto una condición generada precisamente como consecuencia de los costos de transacción existentes entre el consumidor y la empresa. Esto nos lleva a entender las complejas discusiones en la doctrina jurídica sobre si situaciones como la responsabilidad por productos defectuosos, o la responsabilidad por accidentes de transporte de pasajeros, son casos de responsabilidad contractual o extracontractual.

El teorema de Coase nos enseña que la diferencia no radica en si hay o no contrato, sino en la capacidad que tiene el sistema contractual, dados los costos de transacción existentes, para llegar a una eficiente asignación de recursos.

Pero hay que destacar que el propio Coase (1960) señala que el mercado (y los contratos) pueden resolver más situaciones por sí solas, y sin intervención regulatoria, de lo que se cree.

En el año 1997, cuando Coase tenía 86 años, tuve la suerte de entrevistarlo. Su impresionante lucidez y su particular humor británico convertían su inteligencia en encantadora. Es el académico, de los que he conocido, que más me ha impresionado.

Le pedí que comentara un caso peruano que ocurrió en el INDECOPI. Una persona había comprado un par de zapatos a dos dólares para ir a una fiesta. Y ese día en Lima, donde nunca llueve, llovió. Los zapatos se comenzaron a poner blanditos hasta que, literalmente, se desintegraron en los pies del consumidor, quien llegó descalzo a la fiesta. Le pregunté si el INDECOPI debía o no prohibir esos zapatos. Esta fue su respuesta: «En un caso como este no vería ninguna necesidad de regulación estatal. En el agregado, las personas son muy buenos jueces de lo que es apropiado para ellas mismas. Naturalmente, si tú eres pobre, no querrás gastar la mayor parte de tu dinero en un producto de alta calidad, porque ello significará que no podrás gastar dinero en otras cosas. El significado de ser pobre es que tendrás que comprar zapatos de cartón» (Coase, 1999).

Como explica Coase, la pobreza no se arregla con regulaciones, sino aumentando la riqueza. No se hace más ricos a los pobres reduciendo sus opciones. Los costos de transacción golpean a todos, pero golpean más a quienes menos tienen. Como dijo el propio Coase: «Uno de los roles del Estado es no impedir que las cosas pasen». Y cuando el Estado regula sin sentido, impide que los pobres salgan de la pobreza.

Sin perjuicio de la razonabilidad o no de las limitaciones regulatorias, invito al lector con algunos conocimientos de derecho a examinar los límites que el propio sistema jurídico impone a la autonomía privada como mecanismo de asignación de recursos, y descubrir cómo en la mayoría de los casos están implícitos o se invocan, de una manera u otra, problemas de costos de transacción.

6. COASE Y EL TRANSPORTE PÚBLICO

El problema del transporte público ha sido una constante por años en el país. Unidades de transporte destartaladas, que no brindan la menor garantía, un parque automotor inadecuado para las necesidades del país, estándares de manejo temerarios por parte de los choferes, abundancia de unidades y descortesías constantes por parte de los cobradores, continuos accidentes de tránsito, huelgas y conflictos entre los transportistas y las entidades encargadas de regular, son solo algunas de las expresiones de un problema que todos buscan solucionar pero que nadie parece arreglar. Como el lector ya habrá advertido, todos esos problemas no son sino expresiones de lo que hemos denominado externalidades.

Como veremos, el problema del transporte público es, como muchos otros problemas de nuestra sociedad, un terreno fértil para aplicar las ideas de Ronald Coase y ver cómo el AED puede ser una herramienta útil para comprender el rol del derecho en enfrentar problemas sociales. Así, lo usaremos como ejemplo para comprender cómo el teorema puede ser una herramienta poderosa para diagnosticar problemas y sugerir soluciones a los mismos.

Recordemos las dos formulaciones del teorema de Coase. La primera de ellas dice:

«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 entre ellas, llegarán a la solución más eficiente».

Como hemos visto, el costo transaccional es el concepto medular en la concepción de Coase. Como él dice, no es posible entender las transacciones que se producen en el mercado sin tomar en consideración que en orden a llevarlas a cabo es necesario descubrir con quién desea uno tratar, informarse acerca de qué se desea intercambiar, establecer los términos en que habrán de llevarse a cabo, proceder a las negociaciones que llevarán al acuerdo, preparar los términos del contrato y comprometer la inspección necesaria para asegurar que sus términos están siendo observados, y tomar las acciones necesarias para ejecutar el cumplimiento.

Todo ello puede llevar a que existan costos importantes para celebrar un contrato, y que, en ciertos casos, pueden llevar a que no se culmine una transacción por más que su realización podría ser eficiente.

Un segundo concepto importante para el teorema de Coase es el ya mencionado de externalidad o costo no contratado. Por ejemplo, si un microbús no revisa sus frenos, incrementa las posibilidades de causar un accidente. Si el accidente ocurre y el microbusero no responde por él, está externalizando parte de los costos de actividad a la eventual víctima. Como el microbusero no asume los costos que genera, no hará las reparaciones adecuadas a sus frenos.

Imaginemos que el microbusero obtiene una utilidad de S/ 1000 por el uso de su vehículo. El hecho de no reparar los frenos hace que los potenciales daños a las víctimas se eleven en digamos, S/ 2000. Resulta que reparar los frenos solo tiene un costo de S/ 200. Los S/ 2000 son una externalidad. Son parte del costo social de la actividad de los microbuseros, pero no del costo privado de los mismos (pues estamos asumiendo que no paga el daño que genera la externalidad).

Esto crea una divergencia entre el costo social —que es el verdadero costo que una actividad genera a la sociedad— y el costo privado, que es el que toman en cuenta los individuos para decidir cómo comportarse, y que se identifica con el costo de producción de un recurso. La reparación de los frenos es socialmente deseable. Con una inversión de S/ 200 se evita una pérdida de S/ 2000 en daños. Se da pues un ahorro de S/ 1800, pero si el microbusero no tiene que pagar los daños que genera no encontrará razón lógica para gastar S/ 200, que reducen un costo que él nunca asume.

Si cambiamos la regla de no responsabilidad por una de responsabilidad, las cosas son diferentes. Si el microbusero tiene que pagar los daños que ocasiona, su utilidad de S/ 1000 se convierte en pérdida de S/ 1000. Recibe beneficios por S/ 1000, pero al tener que pagar indemnizaciones por S/ 2000 sufre una pérdida, o arregla sus frenos. Retirarse del negocio no genera ganancias pero tampoco pérdidas. Deja de ganar S/ 1000, pero también deja de causar daños por S/ 2000 que tendría que indemnizar.

La segunda opción, reparar los frenos, resulta ahora más razonable. Asumirá un costo de S/ 200, con lo que su utilidad se reduce a S/ 800. Pero elimina un costo en indemnizaciones de S/ 2000. Como ganar S/ 800 es mejor que no ganar nada, y si no existe otra actividad en la que puedan utilizarse los mismos recursos a un rendimiento mayor, el microbusero decidirá arreglar sus frenos.

¿Cómo entender la primera formulación del teorema de Coase a la luz de los dos conceptos señalados? Si los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para hacer viable una solución contractual, la existencia de una regla legal es inocua para alcanzar el resultado final. Imaginemos que los peatones, potenciales víctimas de los accidentes, pueden llegar a celebrar un acuerdo con los microbuseros. Esto implica que reunirlos a todos es posible, que la información entre las partes es perfecta, y que ningún costo es lo suficientemente alto como para impedir que este supuesto contrato se perfeccione.

Dentro de este mundo ideal, si se establece una regla que asegura la irresponsabilidad de los microbuseros, existe un incentivo en los peatones

para cambiar la situación. Ellos sufren daños por S/ 2000 y los causantes de ese daño reciben beneficios por S/ 1000. Obviamente es posible, si los costos de transacción son iguales a cero o son razonablemente bajos, que los microbuseros y los peatones se sienten en una mesa a negociar y que lleguen a un acuerdo. En dicha negociación los peatones están dispuestos a pagar más de S/ 1000 para evitarse el daño por S/ 2000. Por el contrario, los microbuseros estarán dispuestos a recibir más de S/ 1001 a fin de detener su actividad. Podrán guardar su microbús en un garaje y dedicarse a recibir una renta superior a la que producían antes o, mejor aún, arreglar los frenos a costo de los peatones y seguir ganando ingresos sin dañar peatones. En tal sentido, por un pago de S/ 1500 los microbuseros estarán dispuestos a detener su actividad (o arreglar los frenos) y los peatones se sentirán más seguros, recibiendo un beneficio de S/ 500 (los S/ 2000 de daños que sufrían menos los S/ 1500 que tienen que pagar a los microbuseros por mérito del contrato).

Pero, obviamente, esa no es la mejor solución. Si la información es perfecta y los peatones identifican que a un costo de S/ 200 el problema queda solucionado, ofrecerán a los microbuseros pagarles la reparación de sus frenos. Se eliminará la pérdida de S/ 2000 a un costo de S/ 200 para los peatones, y los microbuseros seguirán recibiendo una utilidad de S/ 1000. El problema queda solucionado.

Invirtamos la regla. Si hacemos a los microbuseros responsables por los potenciales daños que generen, internalizarán los costos de los accidentes que ocasionen. Como tienen que asumir un costo de S/ 2000, que puede ser evitado con una inversión de S/ 200, los microbuseros elegirán hacer esto, a pesar de que verán reducida su utilidad a S/ 800.

En uno y otro caso se llega a la solución más eficiente: la instalación de los frenos. Eso es lo que nos dice la primera formulación: si los costos de transacción son bajos no importa la regla legal para llegar a la solución eficiente. Las partes solas la encontrarán mediante negociaciones o acuerdos explícitos o implícitos.

Debemos destacar, sin embargo, que si bien el resultado en materia de eficiencia es indiferente a la regla legal que se adopte, no sucede lo mismo en términos de distribución del ingreso. Mientras en el primer caso son los peatones los que pagan de su propio bolsillo la reparación de los frenos, en el segundo, este costo es asumido por los microbuseros. Pero el teorema de Coase no va dirigido a destacar el efecto en términos de distribución, sino de eficiencia.

En el caso entre peatones y microbuseros, es difícil imaginar la no existencia de costos de transacción que nos lleven a soluciones como las mencionadas. El gran número de peatones y microbuseros, los costos de información, la imposibilidad de sentarlos a negociar y llegar a acuerdos a un costo razonable hacen el acuerdo impensable. Los costos de transacción hacen la solución de mercado inviable. Esto nos lleva a la segunda formulación del teorema de Coase:

«Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí interesa la regla legal que se adopte para llegar a una solución más eficiente».

Como hemos dicho, es impensable un sistema contractual que pueda solucionar el problema de las relaciones entre microbuseros y peatones. Vimos también que si no existe acuerdo, la regla de irresponsabilidad generaba una discrepancia entre el costo privado y el costo social (producido por las externalidades presentes) que llevaba a decisiones ineficientes que producen una inadecuada asignación de recursos. En cambio, el sistema de responsabilidad civil, al internalizar las externalidades, genera el incentivo en los choferes para que estos reparen sus frenos a pesar del costo que esto les signifique.

En pocas palabras, los costos de transacción hacen la diferencia y justifican que en ciertos casos, en los que los costos de transacción son elevados, el derecho intervenga para identificar la solución más eficiente. Las funciones del derecho bajo esta perspectiva son dos: reducir los costos de transacción que pudieran existir y proceder a una atribución de derechos que lleve consigo elecciones eficientes.

Dicho en otras palabras, se trata de facilitar el funcionamiento del mercado, y en los casos en que superar los impedimentos resulte demasiado difícil o imposible, el derecho debe actuar como un auténtico «mercado simulado».

En principio, desde una perspectiva cousiana pura, solo se necesitan tres instituciones básicas para el funcionamiento del sistema jurídico patrimonial privado:

- a) Un sistema de derechos de propiedad (quizás sería mejor hablar de un sistema de titularidades) que garantice una distribución inicial de los recursos. Estas titularidades deben conceder la facultad de excluir a los demás para crear los adecuados incentivos para la explotación y conservación eficiente de los recursos escasos. Esta definición reduce los costos de transacción, porque así todos saben qué se puede comprar y qué se puede vender.
- b) Un sistema de derecho de contratos que garantice el fluido intercambio de bienes entre los individuos, a fin de que estos puedan ir asignándose a sus usos más valiosos. Si asumimos que la decisión individual es el mejor mecanismo de asignación de recursos, los contratos se convierten en la expresión jurídica del sistema de mercado. Obviamente, el sistema contractual solo nos llevará a las soluciones más eficientes ahí donde los costos de transacción, en términos cousianos, no sean significativos. Incluso es función del sistema contractual la reducción de estos costos precisamente para favorecer las soluciones de mercado.
- c) Un sistema de responsabilidad civil extra contractual que garantice la simulación del mercado en aquellas circunstancias en la que los costos de transacción impidan al mercado asignar los recursos de manera eficiente.

Cuando se habla de la privatización del transporte público, de lo que se está hablando en realidad es de trasladar esta actividad dentro de un sistema de derecho patrimonial privado que se base en las tres instituciones

que hemos descrito. Se requiere una asignación inicial de derechos de propiedad sobre las unidades de transporte y la definición de titularidades sobre las rutas.

En segundo lugar, se determina que la transferencia de estos recursos debe hacerse de acuerdo a un libre intercambio. Esto implica una libre tarifa, por un lado, y una libre entrada de microbuseros al uso de las rutas, por el otro. La libertad de precios podría generar inicialmente un alza del precio del transporte si la oferta de microbuses al día de hoy es inferior a la demanda.

De alguna manera habrá inicialmente un precio no competitivo. Esta tarifa superior al precio de equilibrio en un mercado competitivo incentivará la entrada de nuevas unidades de transporte, elevando el nivel de viajes ofrecidos y, consecuentemente, reduciendo el precio del transporte.

En tercer lugar, no todos los problemas de la circulación de microbuses pueden ser resueltos por el sistema contractual. Los costos de transacción con terceros (como los peatones) son elevados, y por tanto pensar que, por ejemplo, los peatones «compre» seguridad a los microbuseros aparece como imposible. En tal virtud, el sistema de responsabilidad extracontractual puede internalizar las externalidades que el transporte público genera y con ello creará incentivos para un comportamiento eficiente, tal como señalamos antes.

Claro que algún lector suspicaz podrá cuestionar esta idea con el argumento de que los microbuseros trasladarán este costo a sus pasajeros y por tanto habrá incentivo a tomar las precauciones necesarias (como por ejemplo, reparar los frenos). Sin embargo, si tenemos en cuenta que el mercado es competitivo, descubriremos que un microbusero cuidadoso tendrá tarifas más bajas, pues tendrá menos accidentes que un microbusero descuidado, si es que la seguridad vale lo que cuesta. Ello desplazará del mercado a los microbuseros que no llegan a un nivel de seguridad eficiente. Así, el cuidadoso será más competitivo y estará en la posibilidad de desplazar al más ineficiente de su ruta, pues los pasajeros preferirán pagar menos.

Pero quizás un problema más interesante en el transporte público no está por el lado de las externalidades que sufren los terceros, sino precisamente en las que sufren los pasajeros. Si tenemos una aproximación simplista al problema diremos que, siendo bajos los costos de transacción entre el microbusero y sus pasajeros, todos los problemas pueden solucionarse desde el punto de vista del sistema contractual.

Por ejemplo, los pasajeros exigirán que el vehículo haya pasado la revisión técnica o que el microbusero tenga un seguro, con lo que un seguro obligatorio (tipo SOAT) no será necesario, pues los choferes lo contratarían voluntariamente.

La base para afirmar que los costos de transacción son bajos radica en que habiéndose celebrado un contrato de transporte queda claro que ha sido posible que las partes negocien y lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambos. Así, el pasajero, consciente de los riesgos que asume al subir a un microbús determinado, negociará con el microbusero, quien responderá por sus daños si sucede un accidente.

Las posibles soluciones son dos. Puede ser que el pasajero acuerde asumir ese riesgo. Así conseguirá un pasaje más barato, pero implícitamente añadirá al precio que paga el costo esperado de los accidentes que pudiera sufrir, dado el estado de funcionamiento del microbús, pues de suceder el accidente el pasajero tendrá que pagar sus propios daños. Es en base a estos dos costos que él decidirá si viaja o no. Así, los microbuseros no solo tratarán de ofrecer tarifas atractivas sino también unidades de transporte seguras y cómodas que hagan que el pasajero reduzca en su cálculo el monto esperado por los accidentes. Esta reducción implica que en términos reales el pasajero «paga» menos por viajar.

La segunda solución es que acuerden que sea el microbusero quien asuma el costo. Así, el microbusero «asegurará» al pasajero contra todo accidente, incluyendo una cláusula en estos términos en el contrato de transporte correspondiente. Pero obviamente por hacer esto cobrará una tarifa más elevada que le sirva para cubrir los daños que sus pasajeros pudieran sufrir, o para contratar un seguro.

¿De qué dependerá que sea el pasajero o el microbusero el que asuma el costo? Pues ello depende de quién puede neutralizar o reducir el monto del daño a menor costo. Normalmente el microbusero, principalmente por la información que dispone, puede reducir la cantidad y gravedad de los accidentes a menor costo que el pasajero. Si eso es así, se logrará una reducción de costos a través del sistema contractual.

Este hecho saldrá a relucir en la negociación, y entonces el microbusero asumirá el costo del accidente (o de las precauciones necesarias para evitarlo), beneficiando a ambas partes. El pasajero asumirá un menor costo, pues a pesar de que lo trasladen, el costo será menor porque habrá más pasajeros al ser el microbusero más competitivo.

Si el costo de las precauciones es razonable, lograremos microbuses seguros y cómodos a tarifas competitivas. En otras palabras, igual como el mercado produce un «precio de equilibrio», produce también condiciones de equilibrio en la prestación de los servicios.

El problema es que todos intuimos que tal mundo es difícil de alcanzar. Existe un costo de transacción importante: el costo de información. Estos costos en muchos casos son insuperables. Es difícil imaginar que cada vez que suba un pasajero al microbús este pueda hacer una inspección de los frenos, por ejemplo, para negociar cuál es la tarifa razonable y quién debe asumir el riesgo dado el estado operativo de la unidad de transporte.

Que exista un contrato no quiere decir que se hayan superado todos los costos de transacción. Incluso entre dos partes que han llegado a un acuerdo existen aspectos de su relación que no pueden ser solucionados por el sistema contractual, dada la existencia de costos de transacción, pues una o ambas partes pueden enfrentar costos de información sustantivos.

Como dijimos, la diferencia entre el ámbito de acción de los contratos y el de la responsabilidad extracontractual radica en la existencia o no de costos de transacción que puedan impedir una eficiente asignación de los recursos. Entenderemos que la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no radica en la existencia o no de un contrato entre las partes, sino en la posibilidad de que ante una situación

dada, en la que se considera necesaria una correcta asignación de los recursos y de los riesgos, el sistema de contratación pueda o no resolver el problema de manera idónea.

Imaginemos que sucede un accidente. Un microbús se sale de la pista, atropella a unos peatones, se vuelca y ocasiona daños a parte de sus pasajeros. No existe razón para considerar la responsabilidad contractual o extracontractual respecto a los peatones y pasajeros, debido a que, sin perjuicio de la existencia de un contrato, este no puede resolver el problema de la asignación de los riesgos por accidentes por los altos costos de información al pasajero respecto a la situación operativa del microbús y el costo esperado de los accidentes. En ambos casos se necesita una regla legal que simule la solución a la que hubiera llegado el mercado si los costos de transacción no existieran.

Obviamente, el problema de las precauciones adecuadas puede ser solucionado mediante regulación administrativa. Así, por medio de revisiones técnicas, seguros obligatorios o precauciones con estándares regulados cuyo incumplimiento implica sanciones, se podría, en teoría, llegar a que se desarrollen conductas adecuadas. Sabemos por experiencia que esto no ha funcionado hasta ahora, pero si se creara un mecanismo de control eficiente podríamos pensar en esta opción como una alternativa.

En todo caso, la liberalización de tarifas de manera paralela a una desregulación de la actividad (eliminación de controles y sanciones administrativas) implicaría creer que los costos de transacción son reducidos o que el sistema de responsabilidad civil peruano es efectivo en simular las soluciones a las que llegaría el mercado. Creo que este sería uno de los problemas principales en el caso de una desregulación total de la actividad, pero no es mi intención tratar ese problema en este trabajo.

Quizás el problema más serio esté en una mala definición de derechos de propiedad sobre uno de los bienes más importantes: la infraestructura vial. Las calles son bienes públicos, no solo en el sentido de ser propiedad estatal, sino de ser bienes cuyo uso es de todos. Por ello no tienen costo

de acceso (es decir que su acceso es gratuito) y en consecuencia hay un beneficio a pesar de que no hay costo privado.

Sin embargo, sí hay costo social. Cada unidad genera congestión, contaminación, accidentes, y otros problemas similares. Es decir, genera externalidades. Las externalidades no solo se internalizarían usando el sistema de responsabilidad civil, sino también el sistema de derechos de propiedad.

Si se privatizaran las calles, sus dueños cobrarían por el uso y con ello desincentivarían el ingreso de excesivas unidades, controlando la congestión, la contaminación y los accidentes por el sistema de precios. A horas pico las calles serían más caras, desplazando la demanda hacia horas de menos congestión. A su vez, el transporte público se volvería más atractivo en unidades más grandes porque distribuye el costo del peaje por uso de calle entre más pasajeros. Y la reducción de la congestión irá de la mano con menos accidentes y menos contaminación ambiental.

El problema es tecnológico: a primera vista parece muy difícil cobrar por uso de las calles y las colas en la entrada de cada calle generarían congestión si instaláramos peajes por toda la ciudad.

Pero hoy ello no es tan cierto. La tecnología permite usar sistemas electrónicos, códigos de barra o GPSs para registrar el paso de vehículos. Con ello se podría registrar las calles usadas por un vehículo, que recibiría a fin de mes, en su domicilio, la cuenta por todas las calles que utilizó.

El resultado sería que cada vehículo internalizaría el costo de uso de un recurso escaso (la calle) evitando las externalidades de su sobreexplotación, conduciéndonos a un resultado eficiente. Gran parte del problema se resolvería simplemente definiendo derechos de propiedad, porque esa definición reduciría los costos de transacción y permitiría que la congestión tuviera una solución de mercado, es decir una solución dentro de la primera formulación del teorema de Coase.

¿Le parece ciencia ficción? Pues no lo es. Ciudades como Londres, Singapur o, para no ir tan lejos, Santiago de Chile, han desarrollado peajes por uso de calles y avenidas urbanas con singular éxito y eficiencia.

El aporte de Coase está más en la primera que en la segunda formulación de su teorema. La segunda formulación se orienta a justificar por qué regular. Pero la primera nos arroja luces sobre cuándo dejar que el mercado se encargue de las cosas. Y para ello la primera pregunta es saber si las titularidades están bien definidas para que las partes, por acuerdos, regulen sus intereses. Ese es el punto de partida que nos solemos saltar en el análisis jurídico.

Así, ante una externalidad la pregunta no debe ser cómo regular, sino cómo reforzar las instituciones (propiedad, contratos y responsabilidad) para que sea el mercado el que se regule solo. Solamente si ello no es posible debemos pensar en regulación estatal.

7. PREGUNTAS

1. ¿En qué consiste el teorema de Coase?
2. ¿Qué son los costos de transacción y quién cree que debe asumirlos?
3. «La causalidad de un daño es siempre recíproca». ¿Está de acuerdo con esta afirmación?
4. En el presente capítulo se pone el ejemplo de los microbuseros y cómo, aun cuando los pasajeros asumieran el costo de la imprudencia de aquellos, se podría llegar a un resultado eficiente. ¿Le parece que, en ese caso, se está reemplazando justicia por eficiencia?
5. De acuerdo con lo explicado en el presente capítulo, ¿en qué ocasiones considera necesario que el Estado intervenga?
6. ¿Considera que el Estado debería dejar de intervenir en todas las situaciones que tengan costos de transacción iguales a 0, incluso cuando estas buscan proteger a grupos vulnerables; por ejemplo, comunidad LGTBI, pueblos indígenas, personas con discapacidad, etcétera?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 7

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA PROPIEDAD

A partir de este capítulo analizaremos instituciones jurídicas concretas a la luz del AED. Trataremos las tres instituciones básicas del derecho civil patrimonial: la propiedad, la responsabilidad civil extracontractual y los contratos.

1. ¿POR QUÉ EXISTE LA PROPIEDAD?

En África, en las regiones del sur del Sahara se desarrolla una verdadera tragedia. El desierto se viene expandiendo a un ritmo acelerado, amenazando, en palabras de ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kurt Waldheim, con «borrar del mapa a cuatro o cinco países africanos»¹, trayendo hambre y desolación. Una de las naciones víctimas directas de este fenómeno es Libia, cuyo territorio está compuesto en un 90% por desiertos. Esto no siempre fue así. Durante la ocupación del Imperio romano, Libia estaba cubierta de árboles y el pastoreo era productivo. No existen variaciones climáticas que puedan explicar la desertización producida desde la época romana.

Este cambio se atribuye, en realidad, a una diferente regulación jurídica del régimen de propiedad. Como producto de la organización tribal, el

¹ Kurt Waldheim, citado por Steven Cheung en el prólogo de Burton (1980).

uso de la tierra y de los pastos es común. Todos los pastores y agricultores usan este bien como un bien de todos. El efecto es el sobrepastoreo y la extinción de las escasas fuentes de agua existentes. La consecuencia final es el avance imparable del desierto.

Por el contrario, durante la ocupación romana existió un régimen de propiedad privada en el que cada titular podía excluir a los demás del uso de la porción de tierra que se le asignaba. Así, cada propietario cuidaba sus fuentes de agua y evitaba que el sobrepastoreo convirtiera su tierra en inservible.

¿Por qué la existencia o no de propiedad privada hace tanta diferencia? Para ello es preciso recurrir a un concepto económico ya analizado: la externalidad.

¿Qué son las externalidades? Algunos las llaman «efectos no contratados». Como ya vimos, en toda actividad humana hay ciertos costos y beneficios que son directamente asumidos por el agente del comportamiento específico, como cuando un agricultor cultiva la tierra y recibe a cambio el beneficio de la venta de la producción que obtiene, o como cuando alguien sale de cacería y por el mal manejo de su arma sufre un accidente y recibe los costos de su acción.

Pero no todo costo o beneficio es asumido directamente por el agente que desarrolla el comportamiento. Imaginemos una fábrica de caucho que produce llantas y que por ello contamina el ambiente, ocasionando daños directos a sus vecinos. Este costo generado no es asumido por el propio agente sino por quienes sufren los daños derivados de la contaminación. Esto es lo que se llama una externalidad negativa, pues traslada un costo a alguien distinto a quien lo causa.

Pero no todas las externalidades son costos. En algunos casos se externalizan beneficios. Imaginemos que un agricultor construye un canal para desviar un río y así irrigar sus tierras. El agua obtenida no lo beneficia solo a él sino también a sus vecinos, que no han hecho ninguna inversión para ello. El agua se va a filtrar en la napa freática y llenará los pozos de los terrenos adyacentes, que recibirán un recurso por el que no han pagado.

Esta sería una externalidad positiva, pues genera un beneficio a alguien distinto al que lo causó.

Estos costos y beneficios que no son asumidos por el agente, o que no le son compensados, son externalidades.

Nos encontramos con externalidades en virtualmente toda faceta de nuestras vidas. Mirar a una mujer bonita es una externalidad positiva pues disfrutamos de su belleza a pesar de que ella es la que invierte en cuidarse y arreglarse. Si miramos un espectáculo de fuegos artificiales organizado por el vecino, recibimos una externalidad positiva, pero si el ruido nos despierta, es una externalidad negativa. Si la empresa ubicada en mi barrio contrata vigilantes de seguridad, ello reduce los robos en la cuadra en beneficio de todos los vecinos. Otra externalidad positiva. Si pierdo tiempo en el tráfico es porque cada carro que ingresa a la vía retrasa la velocidad de circulación hasta generar congestión. Esa es una externalidad negativa. También lo es un accidente de tránsito. Casi cualquier cosa que hagamos genera beneficios y costos para terceros.

En ocasiones es conveniente eliminar la existencia de externalidades pues muchas veces nos llevan a resultados ineficientes. Así, las externalidades generan una divergencia entre el costo social y el costo privado. Ello por su propia naturaleza: quien desarrolla una actividad no asume todos los costos ni recibe todos los beneficios. Si el que realiza la conducta traslada parte de los costos a terceros, entonces tenderá a desarrollar demasiada actividad. Por ejemplo si los choferes ebrios no asumen los costos de las víctimas de los accidentes que causan, tendremos más choferes ebrios manejando. Ello porque el efecto de externalizar los daños se parece a un subsidio que las víctimas le dan a su actividad.

Por otra parte, si quien realiza la conducta no recibe todos los beneficios que genera, se producirá la tendencia a desarrollar menos de esa conducta. Por ejemplo en el caso del agricultor que construye un canal para traer agua, si no puede cobrar a los vecinos por el beneficio que les genera, habrá menos canales que los necesarios.

Pongamos el ejemplo de quien contamina con humos el ambiente para producir llantas. Este agente recibe un beneficio de su acción sin asumir el íntegro del costo en que se incurre. Al no asumir los daños que la contaminación ocasiona a terceros habrá una tendencia a producir más llantas. Podría llegarse al caso en el que el valor del daño supere el valor del beneficio que se obtiene. Imaginemos que por cada llanta producida la fábrica recibe S/ 100 en beneficios pero genera S/ 150 en daños. Lo deseable es que no se produzcan llantas, pues cada una determina una pérdida social de S/ 50.

Sin embargo, como el productor no asume las pérdidas, producirá de todos modos las llantas sin importarle que estas tengan un efecto social negativo al hacer el balance final. Gana S/ 100 con cada una sin incurrir en los costos sociales que generan. Esto es, a todas luces, ineficiente.

El derecho puede resolver este problema. Para ello bastaría hacer responsable al productor de los daños que ocasiona. Si este último recibe beneficios por S/ 100, pero paga los S/ 150 de daños que causa, lo que antes era costo social se convierte también en costo privado. Entonces el productor sufrirá pérdidas por S/ 50 por cada llanta que produzca. Ello lo llevará a tomar las medidas necesarias para que los daños no se produzcan (colocará, por ejemplo, un filtro en la chimenea que reduzca el impacto dañino de los humos. Ello siempre y cuando las medidas de prevención cuesten menos que los daños que causa), o simplemente dejará de producir las llantas.

El proceso que hemos descrito es conocido como la internalización de externalidades. La internalización lleva a los individuos a tener en consideración los efectos que generan sus actos, lo que va a derivar en un resultado finalmente eficiente si los individuos se comportan de manera racional.

Regresemos al Sahara. Uno de los efectos de la propiedad común es, precisamente, el de no permitir internalizar ciertas externalidades. Esto puede ser visto desde dos perspectivas.

La primera ha sido graficada por Garret Hardin, en un trabajo de 1968 titulado *The Tragedy of the Commons* (*La tragedia de lo común*). Nos pone el caso de una llanura abierta al uso de todos (es decir, sin propietario, o de propiedad de todos, que para estos efectos es lo mismo). Quien tiene una vaca tiene que decidir si la lleva o no a pastar a la llanura de todos. Si la lleva se beneficia (engorda, aumenta de valor, produce más leche, etcétera). El costo es cero porque al ser una pastura abierta no hay que pagar nada. Obviamente, llevara a su vaca a pastar. El problema es que todos los propietarios de vacas que tengan la oportunidad harán lo mismo.

Así, cada pastor tratará de traer a la llanura todo el ganado posible. Esto no generará problemas mientras las dimensiones de la llanura soporten todas las necesidades del nuevo ganado. Pero conforme aparezcan más pastores comenzará a saturarse la capacidad de alimentación que ofrece la llanura (es decir, los pastos y el agua se irán convirtiendo en bienes cada vez más escasos).

El pastor tratará de maximizar sus beneficios, por lo que implícita o explícitamente se preguntará cuál es la utilidad que le significa aumentar una cabeza de ganado a su rebaño. Esta utilidad tendrá un componente positivo y uno negativo. El positivo es el beneficio que obtendría de este nuevo animal (por ejemplo, el beneficio obtenido por la venta de los productos que de él deriven, como carne, leche, cuero, etcétera), y el negativo es el sobrepastoreo adicional creado, y que no es otra cosa que una externalidad. El sobrepastoreo no le representa un costo, pues se distribuye entre todos los usuarios de la tierra de pastoreo, a los cuales se externaliza.

Un sistema planteado en estos términos incentiva a incrementar los rebaños sin ningún límite, en un mundo que es por definición limitado. El destino es el desastre.

Lo que sucede es que al llevar el ganado a pastar se toma en cuenta el beneficio pero no el costo. Esto es un claro ejemplo de una externalidad. Un sistema de propiedad común (como el que existe al sur del Sahara) lleva a que los individuos usen como un bien infinito un bien que es

finito (los pastos), es decir, escaso. El comportamiento no se condice con el nivel de escasez del bien.

Hay una segunda perspectiva (y que, bien vista, no es sino la otra cara de la moneda) explicada por Richard Posner. En un mundo en el que se han abolido los derechos de propiedad, el agricultor, que siembra la tierra, la fertiliza, y fabrica espantapájaros, se encontrará que cuando el maíz está listo para ser cosechado sus vecinos vendrán y se lo llevarán sin que él pueda hacer nada para evitarlo. Obviamente, no habrá ningún incentivo para volver a sembrar y el campesino abandonará la agricultura.

Así, no se crearán los incentivos necesarios para conseguir las inversiones requeridas para la subsistencia de todos los integrantes de la sociedad. Si el beneficio de mi acción se traslada a terceros, no existe motivo para desarrollar la actividad. En este caso, el agente se abstiene de determinado comportamiento, precisamente para no generar beneficios externos (externalidades) a favor de terceros y que él no va a gozar.

Son varias las conclusiones que podemos extraer. La propiedad se presenta como una necesidad en aquellos bienes considerados escasos. Así, por ejemplo, no existe propiedad sobre el aire porque su abundancia no lo justifica. Hay tanto, que en principio su uso no genera ninguna externalidad respecto de terceros. Esto, sin embargo, ha comenzado a cambiar.

La contaminación ambiental comienza a tornar en escaso el recurso y comienza a pensarse en la necesidad de regular su uso. Ya en algunas ciudades de Japón existen casetas en las calles, en las que alguien puede «comprar», depositando algunas monedas, unas bocanadas de aire puro. Casos similares son los de la pesca o la caza, cuando la actitud predatoria pone en riesgo de extinción ciertas especies. En realidad esto es producto de no internalizar los costos de la actividad de pescadores y cazadores, pero sí sus beneficios.

Bajemos en la geografía africana —dejando por un momento el Sahara—, donde encontraremos un fenómeno de signo inverso. Los elefantes son especies en peligro de extinción. La caza furtiva, dirigida a

extraerles marfil, los puso al borde de desaparecer de la faz de la tierra. El aumento de sanciones y el mayor gasto estatal en fiscalización no resultaron.

La respuesta fue la privatización de elefantes. Los resultados en países como Namibia, Zimbabue y Sudáfrica son sorprendentes. En los últimos treinta años, estos países han dado el control de su fauna a los propietarios de la tierra en la que viven los animales, incluyendo a los elefantes.

¿Los resultados? Las poblaciones de animales de Namibia han crecido en un 80%. En Sudáfrica, las manadas de elefantes crecen a razón de 5%. En Kenia, la población de elefantes cayó de 65 000 a 19 000 entre 1979 a 1989, mientras que en Namibia, donde se admite la propiedad sobre ellos y pueden ser vendidos, la población creció de 30 000 a 43 000 en el mismo período.

¿Y cuál es el interés de los propietarios en cuidar los elefantes? Pues pueden cobrar a los turistas por tomarles fotos o, más asombroso aún, por cazarlos. Pero el propietario no permitirá la caza indiscriminada. No quiere que los elefantes se extingan porque se acabaría su negocio. Por eso solo vende derechos de caza que permiten un crecimiento sostenible de la población.

Como bien dice Demsetz (1967), la principal función de la propiedad es la internalización de los efectos beneficiosos y dañinos derivados del uso de bienes. Así, la aparición de nuevas formas de derechos de propiedad puede ser asumida como la aparición de nuevos efectos beneficiosos o dañinos.

Los derechos de propiedad aparecen, entonces, cuando la internalización de las externalidades produce beneficios superiores al costo mismo de la internalización (es decir, el costo de poner en vigencia los derechos de propiedad). La internalización es necesaria porque crea los incentivos para la utilización eficiente de los recursos. Este es, a fin de cuentas, la justificación de todo sistema de propiedad.

El problema del sur del Sahara es que el sistema de propiedad vigente (es decir la propiedad comunal) no incentiva un uso eficiente de los

recursos. Al actuar, los habitantes de estas zonas, consideran sus beneficios pero no los costos. En términos sencillos, se comportan sin tomar en consideración el nivel de escasez de los recursos que utilizan, derivándose de ello su sobreexplotación.

De lo dicho hasta aquí podría pensarse que la propiedad privada es el sistema más deseable, pero ello no es siempre cierto.

2. ¿ES POSIBLE SIEMPRE CREAR DERECHOS DE PROPIEDAD?

No. Algunos bienes podrían mantenerse como bienes públicos porque la propiedad privada no genera los incentivos adecuados para su producción. ¿Cuándo usar derechos de propiedad privada que permiten plenas facultades de excluir a los demás a su titular, y cuándo usar bienes comunes, en los que nadie tiene esa facultad de exclusión?

Las razones para encontrar la respuesta a la pregunta se encuentran en la distinta función económica que cumplen estos derechos. La propiedad civil clásica, o propiedad privada, aparece cuando se cumplen dos requisitos desde el punto de vista económico. El primero es el llamado consumo rival, es decir, la imposibilidad de que el mismo bien pueda ser consumido por dos personas al mismo tiempo.

Por ejemplo, la misma manzana no puede ser consumida por dos individuos simultáneamente (salvo que pensemos en una asquerosidad) o el mismo automóvil ser usado para ir a dos lugares diferentes y opuestos en el mismo instante. Rivalidad quiere decir que un acto de consumo excluye otro acto de consumo. Si el bien carece de rivalidad, generar derechos de propiedad parece perder sentido, por que si un uso no impide otro, carece de lógica limitar el uso a una sola persona pues no se presenta un problema de escasez.

Por ejemplo, el aire sí puede ser respirado simultáneamente por varias personas al mismo tiempo. En consecuencia, su consumo es no rival. Que yo respire no impide a otros hacer lo mismo. Otro ejemplo es la seguridad pública. Si colocamos un policía en una esquina, dando

seguridad a los vecinos de una cuadra, la seguridad de uno de ellos no excluye la seguridad a los demás. La presencia del policía desincentiva que se robe en los hogares de toda la cuadra. Darle seguridad a un vecino significa que los demás quedarán incluidos en la misma seguridad. Si analizamos el mundo, descubrimos que lo usual es que exista propiedad civil solo sobre los bienes de consumo rival.

Pero esa es solo una de las coordenadas que explican la definición de los derechos de propiedad. La segunda se refiere a la existencia de costos de exclusión. Establecer derechos de exclusión esenciales para el funcionamiento de la propiedad puede ser algo muy costoso y lo es más para determinados bienes.

Por ejemplo, es costoso excluir a los demás del uso del aire, lo que también explica su carácter de bien de uso público. Nuevamente, los costos de exclusión suelen ser bajos en los típicos bienes sujetos a la propiedad clásica, como una casa o un libro. Lo que ocurre es que en los bienes que pueden ser identificados y que tienen un límite físico identificable, crear mecanismos de exclusión como registros, acciones judiciales y defensa posesoria, es relativamente sencillo.

Pero si nos referimos a un banco de peces en el mar, la movilidad del mismo hace muy difícil que alguien que pretende ser propietario de una sardina nadando en el mar pueda conseguir que esta no sea pescada por un tercero. Los costos de exclusión altos pueden hacer ineconómico generar derechos de propiedad. Sin embargo esos costos pueden reducirse mediante tecnología o usando regímenes legales.

Por ejemplo la invención del alambre de púas hizo posible una mejor definición de los derechos de propiedad en el viejo oeste norteamericano, porque ya no era necesario cercar el terreno con costosísimas cercas de madera. Por otra parte, la invención de registros públicos redujo sustancialmente los costos de exclusión sobre ciertos bienes y permitió una más efectiva incorporación de los mismos al mercado. Ello mejoró aún más cuando se pudo definir un bien usando coordenadas satelitales.

Usualmente concedemos derechos de titularidad privada exclusiva para aquellos bienes que, teniendo consumo rival, tienen bajos costos de exclusión. Ello ocurre con una casa o un automóvil.

Por el contrario, consideramos que un bien con consumo no rival y altos costos de exclusión es un bien que debe ser público, y que, por tanto, no debería ser objeto de titularidades exclusivas. Ello ocurre, por ejemplo, con la seguridad pública, en la que el consumo es no rival y los costos de excluir a alguien de tal seguridad son altos.

Las calles podrían ser otro ejemplo, pues todos podemos usarlas a la vez, y excluir de su uso a quienes no pagan por ellas es bastante costoso. Esto es, sin embargo, relativo. La congestión de las calles a ciertas horas de mayor tráfico convierte en rival su consumo, pues no es posible que transiten por las mismas infinito número de carros. Cuando estás estancado en una avenida sin moverte por el tráfico, la calle ha adquirido rivalidad en el consumo. El uso de un auto excluye el uso de otro en el mismo espacio.

Por otro lado, ciertas vías públicas tienen costos de exclusión relativamente bajos, como las carreteras, donde basta construir una caseta de peaje para que se excluya de su uso a quienes no paguen.

Es difícil imaginar derechos de propiedad sobre esos bienes, que suelen ser producidos por el Estado, que recauda mediante impuestos los recursos necesarios para financiarlos y producirlos, porque los particulares difícilmente los proveerán. Si alguien coloca un policía privado a vigilar las calles, difícilmente podrá contratar con los beneficiarios de la seguridad que genera para cobrarles el costo, simplemente porque al no poder excluir a quienes no pagan de la seguridad generada, no habrá incentivos para pagarle.

Sin embargo, las características de rivalidad y bajos costos de exclusión pueden no darse juntas. Por ejemplo, en los bancos de peces, el consumo es rival, pues si uno se come un pez, el mismo pez no puede ser comido por otra persona. Pero dado que los bancos de peces se mueven por el océano, e identificar qué pez individual es de quién es muy costoso, el resultado es que, en principio, no hay propietarios de los peces. Por ello, para evitar la

sobrepesca usamos mecanismos alternativos a la propiedad como vedas o la asignación de cuotas de pesca, que es una especie de derecho de propiedad imperfecto ya no sobre un pez sino sobre un volumen de pesca.

Por el contrario, en una carretera el consumo puede ser no rival (la entrada de un vehículo no excluye la entrada de otro), pero tiene bajos costos de exclusión (una caseta de peaje permite que quien no paga no la use). En ese caso es posible concesionar el bien —una forma de titularidad con facultad de exclusión— a pesar de que su consumo es no rival.

El resumen del tipo de titularidades que pueden existir en base a la conjunción de rivalidad y costos de exclusión se encuentra en el siguiente cuadro:

COSTOS DE EXCLUSIÓN			
		Bajos	Altos
Rivalidad	sí	Propiedad privada (casa, automóvil)	Bienes privados imperfectos (banco de peces)
	no	Bienes públicos imperfectos (carretera no congestionada)	Bienes públicos (calle congestionada, seguridad pública)

El cuadro muestra que la existencia de derechos de propiedad privada frente a la existencia de bienes comunes no es casual y obedece a factores económicamente definibles. A su vez, la existencia de bienes privados o bienes públicos imperfectos muestra que no siempre la respuesta es fácil.

En algunos casos, como la propiedad intelectual, incluso se generan derechos de propiedad privada sobre bienes que no tienen consumo rival y tienen altos costos de exclusión, mostrando que la economía y el derecho no siempre van de la mano. Si escribo un libro, este puede ser leído simultáneamente por miles o millones de personas, pues puede ser reproducido hasta el infinito. La rivalidad solo existe respecto de un ejemplar físico de la obra, pero no sobre su contenido. De manera similar,

miles pueden estar escuchando la misma canción al mismo tiempo sin que el que uno escuche excluya a los demás de escuchar. Ni la obra literaria ni la canción tienen consumo rival.

Evitar la copia es muy costoso porque es muy sencillo usar una fotocopidora o una grabación (altos costos de exclusión) para usar el bien sin autorización del creador. Sin embargo el sistema legal ha ido contra la corriente y protege la propiedad intelectual sobre el libro y la canción para fomentar que los autores los sigan escribiendo.

La idea central en todo sistema de derechos de propiedad es determinar cómo este cumple o no la función de internalización de externalidades que ya hemos señalado, en función a la rivalidad en el consumo existente y los costos de exclusión en que habría que incurrir.

Las ideas que se aplican a la propiedad pueden trasladarse a otro tipo de titularidades que no necesariamente caen bajo la definición civil de propiedad. Los mismos principios son aplicables, al menos en parte, a nuestra titularidad sobre la fuerza de trabajo o la privacidad.

Por ejemplo, en el caso de la fuerza de trabajo, el sistema legal nos reconoce la posibilidad de excluir a los demás del uso de nuestra fuerza laboral. Así, nadie puede ser forzado a trabajar para otro en contra de su voluntad. Se asume que cada quien puede juzgar mejor si quiere o no trabajar y dónde. Desde la abolición de la esclavitud, la titularidad de ese recurso quedó claramente definida como una titularidad originaria que corresponde a cada individuo. De no ser así, el resultado sería, además de una afectación inaceptable a la dignidad humana, un uso excesivo o inadecuado del recurso.

En el caso de la privacidad ocurre algo parecido. Si uno entiende la privacidad como la capacidad de excluir a los demás del uso y disposición de nuestro espacio y nuestro tiempo, entenderá que en realidad se está creando un incentivo adecuado para el uso eficiente de los mismos.

Otros bienes, tradicionalmente excluidos del concepto clásico de propiedad, también pueden ser entendidos de mejor manera usando la perspectiva económica. Por ejemplo, en nuestro país se produjo un

intenso debate sobre si las frecuencias del espectro radioeléctrico debían ser reguladas como bienes comunes, sujetos a la decisión del Estado, o debían ser reguladas por titularidades exclusivas análogas a la propiedad.

Muchas veces se tiende a pensar que las frecuencias de espectro radioeléctrico usadas para transmitir, entre otras, señales de televisión y radio, no deben ser «demasiado privadas». Se demanda más control estatal para evitar su mal uso, exigiendo por ejemplo una televisión más cultural o menos programación basura. En pocas palabras, se busca que no existan derechos de exclusión realmente efectivos. Se busca en el fondo, «estatizar» más la televisión, convirtiendo las señales en bienes públicos o comunes.

Pero el problema parece ser precisamente el contrario. No existen derechos de propiedad claros y defendibles sobre las señales de televisión y radio. Ello por dos factores. El primero es que no hay quién defienda la propiedad. No ha sido extraño ver a los jueces repartiendo derechos y cautelares que demuestran que nadie es realmente dueño de las señales. Solo es propietario aquel al que a un juez se le ocurra proteger y solo hasta que a otro juez se le ocurra algo distinto. Así, la propiedad no existe.

El segundo, igualmente dañino, es el control político. Es evidente el rol que el Estado ha tenido en este problema y cómo la presión y el favor político han servido para que la entrega de señales sea en realidad una forma de repartir privilegios.

Si uno toma ambas coordenadas, descubre que lo que ha ocurrido no es un exceso de la propiedad privada, sino precisamente lo contrario. El sistema reparte el derecho a transmitir las señales de televisión de manera mercantilista, por lo que en el fondo no existe una verdadera propiedad.

Una señal es un bien escaso. La mejor salida es asignar derechos de propiedad sobre ella. Si se alega que es un bien especial porque sobre él se construye parte importante de nuestro derecho de información y libertad de expresión, en realidad ese es un argumento más fuerte para privatizarla más.

Bajo esa perspectiva no se entiende el argumento de que aumentar el control estatal beneficiará nuestro derecho a informarnos y a que exista

libertad de expresión. Por el contrario, la discrecionalidad del funcionario público al manejar las frecuencias es precisamente una amenaza contra una verdadera información y libertad.

2.1. La clave de la propiedad: el poder de excluir

Para que la propiedad desarrolle su función económica debe permitir excluir a los demás. Esa exclusión protege el bien de la sobreexplotación (el dueño de la pastura puede impedir que los ganaderos entren sin pagar) e incentiva, al permitirle al dueño apropiarse de los beneficios, que se invierta en el bien. Sin poder de exclusión la propiedad no existe.

El sistema ideal de propiedad es aquel que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible. Ello convertirá a la oponibilidad del derecho en un mecanismo más eficiente.

Prueba de lo dicho hasta aquí es que el grado de exclusión de la propiedad determinará que el bien adquiera un mayor valor. Si la propiedad se basara en contratos (es decir, si solo pudiera excluir a aquellos que celebren contratos conmigo) el valor de esta será determinado por la cantidad de contratos que se celebren. Así, quien tiene una propiedad que permite excluir a mil personas tiene un bien más valioso que aquel que solo puede excluir a cien. En este sentido, la propiedad más valiosa imaginable sobre un mismo bien es aquella que permite excluir a todos los demás.

También aumenta el valor del derecho de propiedad cuando este me permite excluir a los demás del ejercicio de todas las facultades. Un derecho que permita solo excluir a terceros del disfrute, pero no del uso, valdrá menos que otro que permite excluir ambos aspectos.

Por ejemplo, se pagaría más por una casa si el derecho sobre esta permite excluir la instalación en el barrio de discotecas o negocios bulliciosos.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la necesidad de reducir los costos que derivan de implementar el sistema que permita la propia exclusión. Uno de los costos principales en este sentido es el de publicitar el derecho, el de hacerlo conocible a terceros. Así, si los terceros no conocen

el derecho ni identifican al titular de la potestad de excluir, la exclusión no puede ser perfecta, y por lo tanto se torna menos eficiente.

La propiedad tiene que ser conocible precisamente por aquellos excluidos. No puede realmente existir una propiedad secreta u oculta. Dentro de esta línea, un sistema basado en el mero consenso para excluir a todos los demás es absurdo, sumamente costoso en términos de incertidumbre y por tanto indeseable.

Si Juan le vende a Pedro su propiedad en una habitación cerrada, de manera subrepticia y ocultando el contrato, ¿cómo se les puede exigir a los demás que respeten la propiedad de Pedro? Si Martín, de manera abierta y pública le compra luego el mismo bien a Juan, quien lo ha vendido dos veces, debería ser protegido contra la alegación de Pedro de que él compró primero.

Así surge como mecanismo de conocimiento de los derechos la existencia de un registro público, que si bien tiene un costo, es relativamente bajo en relación a la seguridad que puede brindar. Pero esto es operativo solo en bienes de fácil identificación y de un valor significativo (como un inmueble, por ejemplo), pues los costos de hacerlos funcionar son relativamente bajos en relación al valor del bien.

En otro tipo de bienes (como un lapicero o una camisa), pensar en un registro puede ser absurdo, pues el costo de identificación del bien y su propio valor no justifican un sistema registral. En estos casos, la posesión —que tiene una publicidad menos perfecta pero a la vez menos costosa— podría ser una solución adecuada. Como dice el refrán, lo perfecto es el peor enemigo de lo bueno.

La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos. Así se genera lo que los abogados llamarían seguridad jurídica y lo que los economistas llamarían predictibilidad.

2.2. ¿Cómo se transfiere la facultad de excluir?

Hemos visto que el *quid* de la propiedad radica en la posibilidad de excluir a los demás. Solo así el propietario internaliza de manera efectiva las externalidades. Por tanto, le corresponde al sistema jurídico, a través del diseño de la estructura del sistema de derechos de propiedad, crear los incentivos necesarios para una eficiente asignación de recursos. Aquí entra a tallar el carácter del sistema de derechos de propiedad que íbamos a relacionar con la exclusividad: la transferibilidad.

Tradicionalmente se considera que uno de los principios básicos que inspira y organiza un sistema de transferencia de propiedad es el de seguridad jurídica. Según este principio, la transmisión de la propiedad debe estar dotada de una serie de garantías que permitan al adquirente sentirse seguro de la operación de compra de un derecho, favoreciendo así el tráfico y la circulación económica de los bienes (y, en el fondo, la reasignación de los recursos a sus usos más valiosos).

En términos económicos, la seguridad en el tráfico está íntimamente vinculada con los conceptos que hemos venido desarrollando. La decisión económica de los individuos debe tener bases de racionalidad, de manera que todo efecto pueda ser previsto por el agente. Ello implica que el azar, por la irracionalidad que le es consustancial, debe ser eliminado como elemento que pueda afectar el resultado de una decisión. Siendo la transferencia de la propiedad un claro caso de decisión económica (es, en términos latos, la operación base de todo el sistema de mercado), el sistema debe estar orientado a eliminar o al menos minimizar los efectos del azar.

El riesgo que está presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquirente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos (por ejemplo, que se transmita una propiedad gravada con una hipoteca, un embargo o un usufructo que no permita excluir en ciertas circunstancias al acreedor o al usufructuario, respectivamente). Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no

comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere.

Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito en los registros públicos, pues el precio que se fije va a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble que sí estuviera registrado. La protección registral y la certeza que esta brinda son la explicación a este mayor valor.

En el fondo, lo que hace la diferencia es que quien compra siente que el registro le garantiza una posibilidad de exclusión más perfecta y, por tanto, más valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica, la posibilidad de excluir ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquirente anterior.

Estaríamos entonces ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera más clara, ante la ausencia de un auténtico derecho de propiedad.

Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquirente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquirente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reúna estas características no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. De ello se derivarán, a nuestro entender, dos consecuencias.

- a) La falta de certeza en la transmisión de la facultad de excluir determinará que muchas operaciones de intercambio que, por su naturaleza, serían eficientes —es decir, asignaran los recursos de manera correcta— no se lleven a cabo, por la incertidumbre que dicha adquisición significaría para un potencial nuevo titular, que no es otra cosa que lo que Coase llama altos costos de transacción.
- c) En los casos en los que se llegue a dar la transmisión del derecho, pero no exista certeza absoluta de la titularidad del transferente o del contenido de las facultades que confiere, los propietarios se

comportarán como si su propiedad, teóricamente exclusiva, fuese común. No se sentirán incentivados a invertir y hacer producir el bien, por lo menos en el mismo nivel en que se comportarían si su facultad de excluir fuese completamente cierta. Veamos sino el caso de un adquirente que, advertido por su abogado de la necesidad de inscribir su derecho para poder efectivamente sentirse propietario, retrasa ciertas inversiones que pensaba realizar en el bien (por ejemplo construir una edificación), a la espera del momento en que la inscripción se produzca.

Estas consecuencias de un sistema de transferencia ineficiente generan costos no deseados. Estos costos se ven a su vez maximizados por una característica típica del comportamiento económico de los individuos: la aversión al riesgo. El concepto de aversión al riesgo se contrapone con el de neutralidad al riesgo.

La aversión al riesgo significa que los individuos toman en cuenta no solo el valor esperado del riesgo sino la magnitud absoluta del mismo. Así, por ejemplo, una persona con aversión al riesgo, a diferencia de una persona neutral al mismo, no va a ser indiferente entre una pérdida cierta de S/ 5000 y el 10% de posibilidades de perder S/ 50 000. En otras palabras, prefiere desembolsar los 5000 a cambio de no correr el riesgo de que exista una posibilidad entre diez de tener que pagar 50 000.

Matemáticamente, ambas posibilidades cuestan lo mismo (pues 10% de 50 000 es 5000), pero la aversión a tener que pagar mucho dinero convierte el pago de 50 000 en un riesgo muy grande para ser asumido. Incluso puede estar dispuesto a pagar más del costo esperado (por ejemplo S/ 6000) para evitar asumir el riesgo de un costo mayor. Para el neutral al riesgo, esto es totalmente indiferente. Para él ambas posibilidades son equivalentes. Los individuos suelen tener aversión al riesgo.

Esta característica del individuo se refleja claramente en la formación y entrenamiento que recibimos los abogados. En general estamos preparados para comportarnos como si tuviésemos una exagerada aversión al riesgo cuando aconsejamos a un cliente.

Por ejemplo, cuando hacemos un estudio de títulos antes de una compraventa solemos «asustar» a nuestro cliente, mostrándole las posibles consecuencias de una imperfección en los títulos, por más que la posibilidad de que la eventualidad que pueda generar el riesgo se presente pueda casi ser reducida al absurdo. Incluso en estas circunstancias, muchas veces aconsejamos que no se realice la compra hasta que los títulos no hayan sido saneados.

Según lo que hemos visto, ¿cómo se debe transmitir la facultad de excluir? O dicho en otros términos, ¿qué requisitos debe cumplir un sistema de transferencia de derechos de propiedad? A nuestro entender deben cumplirse tres requisitos:

- a) Que la propiedad (posibilidad de excluir) esté reconocida objetivamente en el derecho positivo, de manera que su diseño le permita internalizar los costos y beneficios externos (externalidades derivadas del uso y disfrute del bien) de la manera más efectiva al menor costo posible.
- b) Que la transmisión de la propiedad traslade de manera efectiva, de un titular a otro, la posibilidad de excluir a todos. Esto significa que el derecho que se transmita sea cierto en su existencia y en su contenido. La propiedad puede cumplir su función económica y social solo a partir de que el adquirente recibe la facultad plena de exclusión.
- c) Que la transmisión de la propiedad se base en un signo de cognoscibilidad que permita a terceros identificar objetivamente quién goza de la titularidad para excluir. No olvidemos que todo adquirente, antes de tener esa condición, se comporta y siente como un tercero (en efecto lo es) y que, por tanto, su decisión debe basarse en ciertos criterios ciertos y racionales. Esto implica certeza en la apariencia del derecho, a fin de eliminar comportamientos ineficientes derivados a su vez de la aversión al riesgo que suele caracterizar a los individuos.

El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual (esto es, que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí) y que lo haga a bajo costo en relación al valor del bien cuya propiedad publica. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad (por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente). De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluyen.

Todo lo señalado no es otra cosa que entender cómo se determinan los costos de transacción en la transferencia de bienes. La buena o mala definición de los derechos y de las consecuencias de una transferencia definen qué tan altos o bajos serán los costos de transacción. Y una de las funciones del derecho es reducir dichos costos. Este es el principio que está detrás de la primera formulación del teorema de Coase, ya analizado en el capítulo 6.

Como dijimos, esto se refleja en un hecho que es fácil de constatar empíricamente: el valor de un predio sube cuando se inscribe. Su precio es mayor porque el adquirente asigna una valorización superior a la seguridad que el registro le da. Por el contrario, el bien no inscrito conduce a un castigo en el precio, es decir, al traslado de los costos de transacción al enajenante del derecho.

Ello no solo tiene relación con la cantidad de transferencias que se den (circulación de la riqueza), sino con el nivel de inversión en el predio. Si un agricultor tiene problemas de linderos con sus vecinos, es posible que siembre al centro del terreno y no en los bordes, donde el conflicto existe. Así evita que sus vecinos se queden con su inversión si el conflicto se resuelve de manera desfavorable para él. Ello reduce la productividad porque habrá menos tierras cultivadas.

En una ocasión, conversando con personal del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI, entidad encargada de entregar títulos registrados a los propietarios originalmente informales, me comentaban que era evidente que cuando entraban a titular una zona el resultado era que incrementaba el nivel de construcción. Por ejemplo, cuando se entregaban títulos debidamente inscritos comenzaban a construirse edificios de varios pisos, porque la seguridad (menos costos de transacción) motivaba la inversión. Ello sin duda genera mayor bienestar (más viviendas y más baratas).

Pero si cortáramos allí el argumento estaría incompleto. Si bien es cierto que definir un derecho reduce los costos de transacción, a su vez la propia definición del derecho tiene costos y es, paradójicamente, un costo de transacción. Esto quiere decir que se puede generar una paradoja o contradicción entre el efecto de reducir costos al definir derechos, pero a la vez incrementar los costos al definir tales derechos.

Registrar una propiedad permite definir el derecho de manera más precisa y completa, pero el propio registro tiene un costo. Este tiene que ser organizado y requiere de una infraestructura y un personal. Y alguien tiene que pagar por eso. Pero además, acceder a él tiene un costo porque hay que pagarle a abogados, notarios y tramitadores. Y esos son costos de transacción.

Esta aparente paradoja puede graficarse con un ejemplo. Hay automóviles más seguros que otros. Algunos tienen una estructura débil, materiales no muy bien ensamblados o de deficiente calidad. Un accidente los convierte en una trampa mortal. Otros automóviles en cambio pueden resistir el impacto brindando una seguridad sorprendente. Tienen aditamentos como barras de seguridad o bolsas de aire que reducen sustancialmente el riesgo de morir en un accidente de tránsito.

La seguridad automotriz reduce un costo: el costo de los accidentes. Tener mayor seguridad hace que invertamos menos en gastos médicos, en sepelios y en el costo humano que deriva de los daños a la integridad física o la vida. Pero a su vez los mecanismos de seguridad de los automóviles

también son un costo que hay que pagar. Un automóvil Tico es más barato si se mide por el precio, pero más caro si se mide por el costo de los accidentes. Por el contrario, un Volvo es barato en costos de accidentes, pero la factura que refleja su precio no está al alcance de todo bolsillo.

Así como la seguridad, la mayor precisión en la definición de un derecho reduce el costo de la inseguridad pero implica gastar en la seguridad misma. Un análisis costo-beneficio permite definir en qué casos la seguridad vale lo que cuesta. Uno puede construir un auto como un tanque de guerra a un costo muy alto, pero habría que preguntarse si la seguridad adicional que brinda justifica la inversión.

Cuanto más valioso sea un bien, mayores incentivos habrá para gastar más en asegurar su propiedad. Si un bien es muy barato (como un lapicero descartable), gastar en tenerlo en un registro podría costar más que el propio valor del bien. En esos casos incurrir en los costos de una mejor definición de derecho no se justifica en los beneficios que se obtendrían.

Por el contrario un predio, por el valor que tiene, justifica una mayor inversión en seguridad para evitar una pérdida económica importante al titular si no pudiera excluir a un tercero. Entonces gastar en un registro aparece justificado.

Este simple razonamiento explica por qué no hay registros de lapiceros y sí registros de predios.

Un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe entonces cumplir con dos objetivos. En primer lugar, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se dé el mayor número de operaciones de intercambio eficiente posible, haciendo fácil contratar. En segundo lugar, debe eliminarse o reducirse el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir, generar seguridad jurídica para los adquirentes. ¿Cuál de los objetivos debería preferirse?

Lo que se desprende de lo que hemos dicho es que la respuesta a esa pregunta no es fácil. Ambos objetivos reducen costos de transacción. Por un lado, poner pocas exigencias para transferir la propiedad facilita la contratación, pues reduce el costo de llevar a cabo la transferencia. Por

ejemplo, un documento privado es más barato que una escritura pública o que una inscripción registral. Pero, por otro lado, mayores requisitos pueden ser necesarios para crear signos de cognoscibilidad que permitan a los adquirentes saber que contratan sobre una base segura.

Esto es lo que ocurre con los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirentes y reducen los costos de transacción porque mejoran la información y reducen la incertidumbre, pero son a su vez un costo de transacción porque implican pagar al notario, al registrador o al abogado. Por ello, se produce un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

3. PREGUNTAS

1. ¿Qué otros efectos, además de asignar titularidades, tiene el derecho de propiedad?
2. ¿Cuándo es adecuado, o eficiente, crear derechos de propiedad?
3. Se ha propuesto la privatización del agua de los océanos, ¿cree que es posible? Justifique su respuesta en base a los conceptos de consumo rival y costos de exclusión explicados en el presente capítulo.
4. De la siguiente lista de bienes, ¿cuáles deben ser considerados bienes públicos y cuáles bienes privados?
 - a) Un espectáculo de fuegos artificiales
 - b) La salud
 - c) Una carretera
 - d) La educación
 - e) La seguridad
5. ¿Qué herramientas usa el sistema jurídico para que la propiedad sea un derecho que realmente excluya al resto de personas?

6. ¿Cuáles son los objetivos de un sistema de transferencia de propiedad óptimo?
7. En base a lo explicado en el presente capítulo, ¿qué opina sobre el sistema de transferencia de bienes inmuebles peruano (artículo 949 del Código Civil)?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 8

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: ¿QUIÉN DEBE PAGAR LOS PLATOS ROTOS?

1. ¿POR QUÉ ALGUNOS DEBEN PAGARLE DAÑOS A OTROS?

En un viejo caso del *common law*, un caballero venía viajando en su carroza cuando los caballos se desbocaron. Los caballos desbocados comenzaron a recorrer las calles sin control. Entonces el caballero salió por la ventana de la carroza a gritarle al cochero: «¡Golpea algo barato, golpea algo barato!».

El caso refleja la conciencia del caballero y del cochero de que hay que tratar de evitar causar daño, y si ello no es posible, hay que tratar de causar los menores daños posibles. Dicha conciencia no es producto de una actitud espontánea y desinteresada. No es que el caballero y su cochero actúan inspirados solo por un principio de solidaridad social que nace de valores o principios morales. Dicha conciencia es consecuencia de que el sistema legal, un par de siglos atrás —que es cuando ocurrió este caso— le está diciendo que causar daño no le conviene. Y no le conviene porque les generará consecuencias económicas.

Usando los términos que usa el profesor Epstein en su libro *Reglas simples para un mundo complejo* (2005), el caballero y su cochero han entendido una regla muy simple, y que es la base del sistema de responsabilidad extracontractual o *torts* en el *common law*. La regla es «no molestar», «no me toques» (*keep off*). Solo comprendiendo esa regla simple y sencilla podremos entender en su complejidad el sistema de

responsabilidad civil. Y es que la regla significa que si me tocas, y al hacerlo me dañás, entonces me pagás. Es simple y clara y hasta un descuidado caballero que viaja en una carroza podía organizar su conducta para responder a los objetivos de la regla, que es reducir los daños en la sociedad.

Imaginemos que un automóvil viene por la avenida Javier Prado en la ciudad de Lima, Perú, en pleno siglo XXI y se le vacían los frenos. El chofer toma conciencia de que tiene que golpear algo barato, como el cochero del ejemplo inicial de esta sección. En ese momento se acerca a la intersección y tiene dos opciones: un automóvil Mercedes Benz detenido en el semáforo, esperando a que cambie la luz roja, y un pobre peatón esperando para tomar su microbús en el paradero. ¿Qué es más barato de golpear? Parece más aconsejable subirse a la vereda y llevarse de encuentro al pasajero, en lugar de abollar al Mercedes Benz. Ese es el incentivo que genera un sistema de subcompensación a los daños personales.

¿Por qué se llega a un resultado tan ridículo? El problema tiene que ver con reglas complejas en el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Si uno tiene que indemnizar el daño causado a un Mercedes Benz abollado, posiblemente llegue a un monto de entre cinco y seis mil dólares. ¿Y cómo sabemos que cuesta entre cinco a seis mil dólares? Porque uno lo lleva a un taller, le dan una factura y la factura determina cuál es el valor del daño. Es decir, el cálculo del daño es un problema de solución simple gracias a la existencia de un referente de mercado para calcular el daño. Y como es un problema simple, su solución es simple: basta la factura para saber cuánto cuesta. Pero por la vida de una persona no nos dan factura. Es difícil calcular cuánto vale. Es posible que en el Perú se dé una indemnización más reducida.

Este es quizás el problema económico de la responsabilidad civil extracontractual: cómo motivar que las personas eviten causar daños y, en caso los cause, cómo lograr que estos sean lo más reducidos posible.

Todos, con más o menos suerte, hemos sufrido un accidente. Desde el común accidente de tránsito, pasando por una simple caída por un

resbalón o el corte sufrido al manejar descuidadamente un cuchillo, hasta algún daño ocasionado por un producto defectuoso o mal diseñado. Estos accidentes nos han causado daños de lo más diversos: la pérdida de un ser querido, daños a nuestros bienes, disminución de nuestro patrimonio, dolor, sufrimiento, cicatrices, gastos médicos o simplemente fastidio e incomodidad.

En la mayoría de los casos, hemos cargado con el costo de tales daños. A veces porque el accidente se debió a nuestra propia responsabilidad o descuido (me caí porque venía caminando de manera descuidada) y no tenemos a quien reclamarle. Otras veces porque no se debió a la negligencia de nadie, sino a una mala jugada del destino (mi casa se cayó porque hubo un terremoto). Pero a veces, a pesar de que otro nos causó el daño, en ocasiones de manera negligente o incluso intencional, no hemos encontrado el mecanismo para que el causante nos indemnice. ¿Por qué y cuándo pedimos que otros nos indemnicen?

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.

Parece entonces que en nuestro sistema, al igual que como lo ha sostenido Holmes para el *common law*, la regla es precisamente la contraria: «La pérdida en un accidente es soportada por la víctima». En general, si hay un accidente, es la víctima la que debe soportar el costo del daño, salvo que una norma la autorice, por alguna razón, a solicitar una indemnización a otra persona.

Este principio tiene mucha lógica. Cuando se produce un accidente ya se ha generado una pérdida social. La vida humana, el brazo inmovilizado o el automóvil dañado son pérdidas concretas e irrecuperables en términos sociales. Claro que se podrá decir que un automóvil puede ser reparado, el dolor causado por la pérdida de un bien querido aliviado con una indemnización y la rehabilitación del brazo es posible con un adecuado y costoso tratamiento. Pero ninguno de estos daños se repara sin ocasionar otro daño.

Si alguien paga la reparación del automóvil, la indemnización al pariente de la víctima o la rehabilitación del brazo del accidentado, están dejando de utilizar sus recursos en otros usos valiosos. En otras palabras, la pérdida ocasionada por un accidente nunca es reparada realmente en términos sociales. Solo es trasladada a otro, y al hacerlo se está ocasionando un nuevo daño. Entonces el daño causado no se crea ni se destruye, solo se traslada, es decir, se desviste un santo para vestir a otro.

Trasladar el costo del daño genera un costo adicional. Se requiere de un sistema burocrático, normalmente de un aparato judicial, para atribuir responsabilidad al causante. Hay que contratar abogados, mantener un sistema de jueces, actuar pruebas, perder tiempo, trabar embargos e incurrir en muchos gastos y costos adicionales para lograr que el costo del daño se transfiera de la víctima al responsable. En otras palabras, no solo no se elimina el daño al trasladarlo, sino que el propio traslado emplea recursos sociales que podemos considerar costos o, si queremos, un nuevo daño a nivel social.

Como consecuencia de lo dicho, tiene lógica que el principio sea «La pérdida queda en la víctima [...]», si es que lo completamos con la siguiente frase: «[...] salvo que haya una buena razón para incurrir en los costos de trasladarla a otra persona».

¿Cuál puede ser una buena razón? Una primera es reducir el número y gravedad de los accidentes. Ello es lo que Calabresi llama la reducción de los costos primarios, es decir de aquellos que, precisamente, se derivan de manera inmediata y obvia del accidente. Hemos dicho que, en estricto,

el costo de un accidente ya ocurrido no puede ser eliminado, sino solamente trasladado. Pero a veces ese traslado generará incentivos para que en el futuro haya menos accidentes y así se minimice la pérdida social (Coase, 1937).

Así, si Juan, que quiere manejar su auto a excesiva velocidad y sabe que cuando Pedro manejó el suyo a exceso de velocidad atropelló a alguien y lo obligaron a pagar los daños, pensará dos veces antes de violar el límite de velocidad. Esto explica, por ejemplo, la lógica de un sistema de culpa como factor atributivo de responsabilidad. Incluso algunos casos de responsabilidad objetiva (bienes riesgosos, por ejemplo) tienen esta función. Se hace responsable a los individuos que usan bienes riesgosos porque son los únicos que pueden tomar precauciones para evitar un accidente. Si decido usar armas de fuego, soy quien está en mejor posición para evitar que el arma cause un daño.

Una segunda razón para incurrir en los costos de trasladar el daño es porque aquel a quien se le traslada está en mejor aptitud para absorberlos. Esto puede ser porque se hace responsable a alguien que puede distribuir el costo del accidente entre varias personas. Tal es la lógica de la teoría de la distribución social del riesgo. La sociedad sufre menos si mil personas pagan un sol cada una que si una sola persona se ve obligada a asumir un costo de mil soles.

Un sistema de seguros obligatorios distribuye el costo de los accidentes entre todos los asegurados, o un sistema de responsabilidad por productos distribuye el costo de la responsabilidad entre los consumidores a través de un incremento en el precio de los productos, sin que el propio consumidor lo advierta.

Pero a veces se puede reducir el sufrimiento social de un accidente no distribuyendo su costo, sino simplemente haciendo pagar a quien más tiene. Así quien tiene un millón de soles sufre menos pagando mil soles que quien tiene solo mil sufre pagando el íntegro de su patrimonio. Esto dio origen a teorías como la del *deep pocket* o «bolsillo profundo» que sostiene que de las dos partes involucradas en un accidente debe pagar aquella que tiene más recursos económicos. Así se puede utilizar el sistema de responsabilidad civil como un mecanismo de distribución de ingresos.

Esta función, en sus dos variantes —distribución social del riesgo del accidente y el *deep pocket*—, se basa en una ley económica muy simple: la ley de los rendimientos decrecientes. Según esta ley, cada unidad adicional del recurso genera un incremento en el beneficio, pero llegado un punto el rendimiento de cada unidad adicional del recurso genera un beneficio menor a la unidad anterior.

El primer balde de agua, luego de cruzar el desierto, vale mucho porque sirve para calmar la sed intensa que se siente. El segundo vale, porque se usará para el aseo personal y refrescar el cuerpo, pero no tanto como el anterior. El balde número diez vale casi cero porque ya es demasiada agua para las necesidades de la persona. Quizás lo usemos para jugar carnales. El rendimiento de cada unidad adicional va cayendo conforme tengo más unidades.

Lo mismo ocurre con el dinero. Mis primeros soles valen mucho porque sirven para satisfacer las necesidades más importantes —alimentación, vestido, salud— y los últimos valen menos y son los que uso para entretenimiento o gasto suntuario. Por ello, si se afectan los últimos soles antes que los primeros, se sufre menos.

La distribución social del costo del accidente genera la tendencia a que se afecten los últimos soles de las personas, pues si concentramos toda la pérdida en una persona afectaremos tanto sus últimos como sus primeros soles. Lo mismo ocurre con el *deep pocket*: la misma cantidad pagada por un pobre o por un rico tienen un costo diferente. Al pobre se le obliga a sacrificar sus soles más valiosos (sus primeros) mientras que al rico solo se le hace sacrificar sus últimos soles, es decir los menos valiosos. A esta función Calabresi la denomina reducción de costos secundarios, es decir la reducción de los costos derivados de la forma como se asigna el costo primario de accidente (Calabresi, 1970).

Una tercera razón es reducir los llamados costos terciarios o costos administrativos del sistema, es decir el costo mismo del traslado del daño. De la misma manera como no puedo mover un escritorio de una oficina a otra sin costo (hay que contratar cargadores, un camión o perder

tiempo en hacerlo), no se puede trasladar un daño de una persona a otra sin incurrir en costos. Hay que contratar abogados, usar jueces, peritos, ejecutar la decisión, etcétera.

El sistema de culpa pueden ser más caro que el sistema objetivo, porque el análisis de la forma como se desarrolló de conducta del causante puede ser mucho más costoso que simplemente identificar al causante y hacerlo responsable. En la responsabilidad por culpa la prueba implica saber cómo venía conduciendo el automovilista, a qué velocidad iba, si el semáforo estaba o no en rojo, etcétera. Ello significa más tiempo del juez, de las partes, de los peritos, de las investigaciones. En la responsabilidad objetiva basta con demostrar que el vehículo atropelló al peatón, lo que es mucho más barato. En ese caso el uso de un sistema u otro solo puede ser una opción para reducir costos.

Finalmente podríamos querer asumir el costo de trasladar las pérdidas porque queremos proteger ciertos valores o preferencias. Así, creemos que Juan le debe pagar a Luis porque es justo que lo haga. O podemos utilizar un cierto estándar de culpa porque usar otro puede discriminar a las mujeres o atentar contra la libertad de religión. O podemos, como alguna vez explicó Guido Calabresi, bajo la lógica de ciertas reglas de responsabilidad, buscar un sistema de responsabilidad que genere suficientes juicios como para dar de comer a todos los abogados.

Así, asumimos socialmente el costo del traslado del daño simplemente porque lo consideramos justo, necesario, valioso, importante, útil, etcétera. Esta categoría puede considerarse como un gran cajón de sastre donde entran razones distintas a la desincentivación de accidentes o a la mera compensación de la víctima por alguien que está en mejor situación para soportar la pérdida o reducir los costos de hacer funcionar el sistema.

En pocas palabras, todo sistema de responsabilidad debe tener una razón de ser y desarrollar una determinada función, cualquiera que esta sea. Nada justifica el trasladar el daño por el mero hecho de trasladarlo. Si el sistema de responsabilidad carece de toda función, entonces no existe razón válida para incurrir en los costos de trasladar los daños. Bajo tal supuesto, estaríamos mejor si siempre el daño quedase en la víctima.

2. Y SI NO EXISTIERA LA RESPONSABILIDAD CIVIL, ¿QUÉ PASARÍA?

Es posible imaginar un mundo sin responsabilidad civil extracontractual solo si los costos de transacción existentes en ese mundo fueran cero. Como ya vimos en el capítulo 6, según la primera formulación del teorema de Coase todos los problemas de este mundo se resolverían por contratos en los que todas las consecuencias posibles de la interacción recíproca estuviesen previamente acordadas.

Por ejemplo, si una persona sale a caminar en la mañana, para encarar el riesgo de ser atropellado, tendría que celebrar un contrato con todas aquellas personas que lo podrían, eventualmente, atropellar en el camino a su trabajo su casa. De esa manera aseguraría una indemnización en caso de existir un accidente o un evento dañoso o simplemente para que le dejen libre la ruta por la que piensa pasar en el momento en que piensa pasar por ella.

En teoría, es concebible que todas las personas celebrasen tales negociaciones previas. Sin embargo, en la vida real, en muchos casos los altos costos de transacción impiden alcanzar esos acuerdos contractuales. Ello implicaría tener un abanico de contratos semejantes con demasiadas personas, a las que, además, se desconoce.

Son precisamente estos altos costos de transacción los que hacen que se requiera un sistema que resuelva los problemas que no se pueden solucionar con los contratos y que asigne en qué valor se van a transferir esas titularidades cuando hay un accidente, ya que es imposible que uno negocie con quien lo atropellará en la mañana porque simplemente no sabe que lo van a atropellar.

3. ¿SE DEBE INDEMNIZAR SIEMPRE A LA VÍCTIMA?

Cuando se hace responsable a alguien por el desarrollo de una actividad, se incrementan los costos del desarrollo de esa actividad. ¿Se justifica o no este incremento? Si se decide que todos los productores son responsables

por todos los daños que generen sus productos, tendremos productos más caros y menos producción. Determinar si eso es razonable o no requiere de ciertas herramientas conceptuales. Por ejemplo, reducir la cantidad de daños por medicamentos defectuosos puede llevar a que más gente muera por falta de disponibilidad de medicinas, que se volverían más caras por las demandas de daños que los productores tienen que soportar. El AED nos da las herramientas que se necesitan para lidiar con esos problemas.

El Código Civil concibe la responsabilidad civil en términos clásicos. La mayoría de países hoy en día tiene un sistema de culpa que convive con un sistema de responsabilidad objetiva.

Como ya se mencionó, se puede hablar de tres funciones o aspectos que afectan al sistema de responsabilidad civil, siguiendo la tesis de Calabresi:

- a) Desincentivar los accidentes o reducir la gravedad o cantidad de accidentes (que Calabresi llama reducción de los «costos primarios»), lo cual se logra al internalizar las externalidades que genera la conducta humana.
- b) Compensar a la víctima en aquellos casos en los que la transferencia del daño reduce el sufrimiento social o los «costos secundarios» (Calabresi, 1970). Eso se logra, teóricamente, a través de la famosa teoría de la difusión social del riesgo (Trazegnies, 1988) o a través de la teoría del *deep pocket* o bolsillo profundo, que busca que las personas con más recursos sean las que asuman el costo del accidente. Ambas teorías reflejan una idea compensatoria.
- c) Reducir los costos administrativos del sistema («costos terciarios»), es decir, intentar que el sistema de transferencia de daños no sea costoso. Básicamente me refiero al sistema judicial, al sistema de abogados: se trata de que el sistema permita transferir los daños en aquellos supuestos en los que pueda hacerse a un costo razonable.

La normatividad peruana privilegia claramente la función de desincentivación de accidentes. Contra lo que dice la mayoría de la doctrina, es decir que la función de nuestra responsabilidad civil es

compensar a la víctima, creo que la función recogida es desincentivar daños.

El Código Civil privilegia la culpa, y la culpa solo tiene relación con la desincentivación de conductas dañinas, es decir, el establecer un estándar de conducta para que la gente se comporte de manera distinta. ¿Y para qué? Para reducir la cantidad de accidentes.

La teoría de la causalidad adecuada es una teoría dirigida centralmente a abordar la previsibilidad del daño, es decir, al hecho de poder visualizar las posibles consecuencias (el daño) antes de desarrollar la conducta. Se considera causalidad adecuada aquel supuesto en el que se da una condición en la actividad que tiene determinado tipo de daño como consecuencia normal y esperable.

Nuestro Código, de acuerdo al artículo 1985, se acoge al sistema de causalidad adecuada. ¿Cómo explicar la causalidad adecuada? La mejor manera es a través de un ejemplo de la jurisprudencia norteamericana: el famoso caso del tranvía y del árbol.

Un tranvía venía circulando a exceso de velocidad y en esas circunstancias pasa al lado de una casa, con tan mala suerte que un árbol cae encima del tranvía y ocasiona una serie de daños. El dueño del tranvía demanda al dueño del árbol porque no tomó las precauciones necesarias para que la vejez del mismo no hiciera que este se cayera. ¿Cómo se defendió el dueño del árbol? Señaló que el tranvía venía a exceso de velocidad. Si no hubiera venido a esa velocidad, hubiera encontrado el árbol en la vía, hubiera frenado y no hubiera ocurrido el accidente.

Se declaró infundada la pretensión del demandado (dueño del árbol) de exonerarse de responsabilidad mediante el alegato de que el daño había sido causado por el exceso de velocidad del tranvía. Ello porque no había causalidad adecuada, es decir la causa idónea para causar determinado tipo de daños, de tal manera que los daños sean la consecuencia normal y esperada de la conducta. Ello puede derivarse de una observación empírica. El exceso de velocidad del tranvía no incrementa las posibilidades de que ocurra un accidente de ese tipo. No es consecuencia normal del exceso de

velocidad que se caigan los árboles. Será consecuencia normal del exceso de velocidad el atropello o el descarrilamiento, pero no la caída de árboles sobre los tranvías.

La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementen las posibilidades de un tipo de un accidente, y ello para desincentivar las conductas que generan cierto tipo de daños.

Esto tiene que ver con previsibilidad, y la previsibilidad no se relaciona con la compensación, sino con poder reducir la cantidad de accidentes. Por eso, nuestro sistema de responsabilidad hace que se pague cuando el daño es previsible. Bajo esa esfera, nuestro sistema es básicamente un sistema de previsión de accidentes.

Analicemos a continuación, bajo la perspectiva del AED, algunos aspectos de los elementos de la responsabilidad civil.

4. EL DAÑO

La valorización del daño es diferente dependiendo de cada país y está influida por el nivel de ingreso.

Para que se tenga una idea de lo importante que es el nivel de ingreso para determinar cómo se valoriza el daño pongamos un ejemplo clásico. No es lo mismo que me pregunten: «¿Cuánto aceptarías para que te maten?», a que me pregunten: «¿Cuánto me pagarías para que no te mate?» Demos respuesta a la primera pregunta.

¿Cuánto aceptarías para que te maten? La inmensa mayoría diría que no aceptaría nada. El precio de ello es infinito. Jamás aceptaríamos que nadie nos dé nada porque no vamos a disfrutar ese dinero.

Pero si me hacen la pregunta al revés y me dicen: «¿Cuánto pagarías para que te deje de matar?», la respuesta no sería la misma. Mi respuesta es todo lo que tengo en el bolsillo, y nada más que eso. Si no, piensen en los que han tenido la pésima experiencia de ser asaltados y les dicen:

«La cartera o la vida», y lo que dan en tal circunstancia es todo lo que tienen en la cartera, pues no pueden dar un centavo más. Esto nos demuestra que cuando uno tiene pocos recursos valora las cosas de manera distinta. De hecho, quienes tienen más recursos valorarán su vida más. Cuando les digan «la cartera o la vida», unos entregarán un millón de dólares y otros entregarán cinco soles. La valorización es distinta cuando depende del nivel de ingreso de la persona.

Los niveles de ingreso de un país cambian el sentido de las valorizaciones, y si bien se puede criticar al Poder Judicial por dar valorizaciones bajas, lo cierto es que no se le puede pedir que dé valorizaciones muy altas cuando tenemos una situación que probablemente no las soporte. Hay una razón para que las indemnizaciones sean distintas en el Perú, porque —nos guste o no nos guste— las cosas en el Perú valen distinto, valen menos.

La vida humana en el Perú, nos guste o no nos guste, termina valiendo menos porque nuestros niveles de ingresos son distintos. Si pensamos en indemnizaciones de millones de dólares podemos llegar a la sobrecompensación. Ello haría, por ejemplo, que haya muy pocos automóviles. Por el contrario, las subcompensaciones pueden hacer que haya demasiados automóviles en muy malas condiciones. Ver cómo se valorizan las cosas y ver cómo se deben valorizar los daños y perjuicios en el país implica un esfuerzo muy distinto y, probablemente, mucho más complicado que el que se tiene que hacer en un país desarrollado.

Si tenemos un Poder Judicial que tiene muy escasos recursos para resolver los casos, deberíamos tener reglas que faciliten el trabajo. Por ejemplo, en el caso de la vida humana, si es que pensamos que para desincentivar actividades contrarias a la vida se debe obligar al agresor al pago de una indemnización, sería mejor tener un sistema de daños tarifados que permitiera a los jueces no utilizar los pocos recursos que tienen en tratar de demostrar cuál fue el daño real.

5. EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN

En los Estados Unidos se dio el caso *Adams vs. Bullock*. Existía un puente. Por debajo de dicho puente pasaba un tranvía que se alimentaba de una línea eléctrica con cables suspendidos. En esas circunstancias, un menor de edad pasó sujetando un cable de manera que, sin darse cuenta, hizo contacto con los cables eléctricos que alimentaban al tranvía y sufrió una descarga como consecuencia de la cual sufrió una serie de daños.

La Corte consideró que no había responsabilidad de los propietarios del tranvía porque las precauciones que hubiera tenido que tomar el sistema de tranvías de la ciudad para evitar ese accidente eran irrazonables. No solo habría que pensar en que un niño pase por un puente llevando un cable, habría que prever también que alguien se suba al techo de un carro y agarre un cable, que alguien desde una ventana alcance y lance otro cable, etcétera. Es decir, se tendría que poner vigilantes cada dos o tres metros para poder verificar que nadie tocara los cables, incluso en circunstancias tan excepcionales y curiosas como la del caso.

El caso *Quispe vs. Electrolima* ocurrió en el Perú. Quispe, en Fiestas Patrias, decidió subir al techo de su casa a poner la bandera. En el mismo momento en el que instalaba la bandera, el mástil hizo contacto con un cable de alta tensión que pasaba por encima. Quispe sufrió una descarga eléctrica que le costó la amputación de un brazo. El caso es muy parecido al de *Adams vs. Bullock*, sin embargo aquí se declaró que la demanda era fundada (al menos en términos teóricos, porque la indemnización que se pagó fue muy baja).

El estándar que nosotros adoptemos va a determinar el incremento o no de ciertos bienes o servicios. Existe una teoría según la cual los sistemas subjetivos de culpa son utilizados como una palanca para el desarrollo, es decir, se les utiliza como una forma de hacer menos responsables a las empresas que normalmente ocasionan daños, para permitirles desarrollarse económicamente.

El «buen padre de familia» en el Perú, es un buen padre de familia de ingresos más bajos en términos relativos que los del norteamericano promedio. Su capacidad para comportarse depende también de sus ingresos. El padre de familia que tiene un vehículo, que tiene que salir a hacer taxi en la mañana para mantener a su familia sabiendo que su carro está con los frenos mal, pero sin tener dinero en el bolsillo para repararlos, enfrenta una decisión trágica. Sabe que si no sale sus hijos no comen. Se encuentra ante un dilema que quizás haga muy razonable salir a conducir, lo que puede no ser razonable para el mismo taxista ubicado en los Estados Unidos, con un nivel de vida distinto.

Tomar precauciones cuesta, y cuando uno tiene menos dinero cuesta más porque no tenemos recursos para permitir cubrir esas precauciones que, en principio, parecen razonables. Los estándares exigentes reducen la producción, encarecen los bienes, afectan a los consumidores y además son absolutamente inviables en cuanto los consumidores no pueden pagar los costos derivados de ellos.

Como hemos visto antes, hay gente que dice continuamente (y aparece en el periódico o en las noticias) que un cierto tipo de medicamentos que están prohibidos en Estados Unidos se estaban vendiendo en las farmacias del Perú. «Estamos haciendo de conejillos de indias de los laboratorios internacionales», se dice. En realidad quizás el problema es distinto en Estados Unidos, y me animo a plantear una hipótesis. Existen sustitutos de ese medicamento. Sustitutos que probablemente, como consecuencia de la prohibición de este medicamento, son ahora más caros. Pero en Estados Unidos, finalmente, se pueden dar el lujo de asumir ese sobrecosto porque el nivel de consumidor que tienen es distinto. Sin embargo, acá en el Perú la diferencia va a estar entre tomar ese medicamento —que en uno de cien mil casos genera un efecto secundario— o no tomar nada y morir.

Tenemos menos recursos para tomar precauciones, pero también tenemos menos posibilidades de causar daños porque hay menos recursos en nuestro país que afectar. Hay menos Mercedes Benz contra los que chocar. Hay menos ingresos que se pierden cuando uno mata o lesiona

a una persona en un accidente, porque los ingresos que esa persona deja de percibir son menores.

Pero además tenemos el problema de que el aparato judicial tiene escasez de recursos para afrontar el problema y es entonces que tenemos que diseñar el sistema con factores de atribución que sean más razonables y estén más de acuerdo a nuestra realidad judicial.

En esa línea puede ser que en muchas ocasiones los sistemas objetivos signifiquen menores costos de ejecución, aunque quizá nos conduzcan a menores resultados en términos de prevención.

6. CAUSALIDAD

¿Por qué si Juan es atropellado puede obtener la reparación del chofer del automóvil? ¿Acaso no es igual cobrarle al chofer del siguiente automóvil que pase por la misma calle? ¿Por qué si Luis es herido por un arma disparada por Jorge puede demandar a este último si quizás un tío de Luis tiene más dinero de donde obtener una indemnización? ¿Por qué si un médico comete negligentemente un error que le cuesta la vida a Alberto sus herederos pueden solicitarle a él la indemnización y no a la fábrica de automóviles ubicada frente al hospital? Quizás al lector le parezcan tontas las preguntas. Pero el problema de fondo no es tan tonto ni su respuesta tan obvia.

Una primera respuesta, que en realidad no es tal, sino que es producto de un razonamiento circular, es acudir al Código Civil y decir que el chofer debe responder porque, de acuerdo al artículo 1970, causó daño a otro mediante un bien riesgoso; o que, en el otro supuesto, debe responder el cazador porque de acuerdo al artículo 1985 existe una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; o que el médico, pues de acuerdo al artículo 1969, causó, por su culpa, un daño a otro. En pocas palabras, la respuesta a todas las preguntas es que debe existir un nexo causal entre el hecho y el daño.

Pero la pregunta es, en realidad, por qué el Código Civil, y en general casi todos los sistemas de responsabilidad civil extracontractual, exigen la

existencia de un vínculo causal. Por tanto, cualquier respuesta no se puede limitar a lo que dice la norma positiva.

Usualmente se suele entender que el nexo causal se define en base a una relación de causa natural (relación causa-efecto) a la que usualmente la doctrina denomina causa *sine qua non*. Bajo tal concepción, un daño es consecuencia de una acción si se puede establecer como relación lógica que «de no haberse desarrollado la acción, esta consecuencia no hubiera ocurrido».

Así, por ejemplo, afirmaciones como «si el vehículo no hubiera estado circulando, el peatón no hubiera sido atropellado» o «si no hubiera lanzado la piedra, la cabeza no se hubiera roto» reflejan esta idea. Con ello, la circulación del vehículo sería la causa del accidente y el lanzamiento de la piedra la causa de la lesión.

Pero resulta evidente que ese simple criterio es insuficiente, pues muchas causas naturales de una consecuencia no parecen relevantes como para hacer responsable a una persona. Llevando el tema al extremo, si un sastre se demora en entregar un terno, y como consecuencia de ello su cliente pierde un avión, y al verse forzado a tomar otro este se estrella y causa su muerte, podría decirse que si el sastre no hubiera omitido entregar el terno su cliente no estaría muerto.

Pero si bien es una causa natural, no parece ser la causa jurídicamente relevante. También podría decirse que si los padres del conductor no lo hubieran concebido, este no hubiera atropellado al peatón, pero no parece lógico considerar a los padres causantes del daño y obligarlos a indemnizar al afectado.

Esto conduce a que la mera causa natural o *sine qua non* no sea una herramienta suficiente para que el sistema de responsabilidad civil cumpla sus funciones económicas. Por ello, sobre este concepto la doctrina ha desarrollado diversas construcciones conceptuales de causalidad, como las de la causa preponderante, la causa inmediata o la causa próxima, todas dirigidas justamente a discriminar, de todas las causas posibles, aquellas que son relevantes para los fines del sistema. Esas teorías tratan

de diferenciar, de todas las causas naturales existentes, aquellas que pueden ser jurídicamente relevantes.

Sin duda es la teoría de la causalidad adecuada la que mejor cumple este rol y permite identificar de todas las posibles causas de un accidente las que son realmente relevantes.

Un ejemplo nos puede ayudar a entender mejor este punto. Imaginemos que en un lugar de la calle hay un cartel que prohíbe estacionarse dado lo estrecho de la vía. Este lugar es adyacente a un edificio en cuyo segundo piso opera un gimnasio. En esas circunstancias un vehículo, estacionado en la zona prohibida, recibe el impacto de una pesa, dejada negligentemente en la ventana por un instructor descuidado, causándole una serie de daños. Si bien es cierto que de no haberse estacionado en esa zona los daños al vehículo no se hubieran producido, también es cierto que el estacionar vehículos en zonas prohibidas no incrementa el número de daños por caídas de pesas. La única excepción sería que el cartel que prohíbe estacionarse dijera «Prohibido estacionar. Caen pesas». En ese caso el conductor hubiera podido establecer la relación entre estacionarse en ese lugar y los daños que pudiera sufrir.

Como el lector podrá advertir, la causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño, es decir con la capacidad del actor de identificar, al momento de llevar a cabo su conducta, cuáles pueden ser las posibles consecuencias. De no ser así y uno respondiera incluso por las consecuencias que no se pueden prever, se desincentivaría incluso el desarrollo de muchas actividades deseables para la sociedad.

Evidentemente, la causalidad adecuada guarda relación con el factor de atribución. Por ejemplo, si el factor de atribución es la culpa, la consecuencia debe estar en relación de causalidad adecuada con el tipo de daños. Si un chofer está ebrio cuando conduce y atropella a una persona, se puede decir que manejar ebrio incrementa las posibilidades de que se dé un accidente de ese tipo. Pero si el chofer ebrio está detenido en un semáforo, su culpa no está causalmente vinculada con un accidente de un vehículo que se le estrella por detrás.

Por otro lado, si estuviéramos frente a un factor de atribución objetivo (como por ejemplo el riesgo) la adecuación debe darse con el tipo de riesgo generado. Si por el desarrollo de una actividad riesgosa, como volar una cantera con dinamita, alguien recibe una piedra en la cabeza, esa es una consecuencia normal de ese tipo de riesgos.

La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementan las posibilidades de que se genere un accidente. La causalidad adecuada puede ayudarnos a manejar mejor el sistema de responsabilidad.

En la mayoría de casos de responsabilidad civil, nunca se llega a demostrar la causa concreta, es decir la causa *sine qua non*. Si un conductor está ebrio, es muy difícil demostrar en un accidente de tránsito en el que atropella a un peatón si efectivamente la ebriedad fue la causa del accidente. Solo se podrá inferir que el chofer estaba en estado de ebriedad y que muy probablemente causó el accidente. Se utiliza la causalidad adecuada de una manera distinta: se hace un «salto». Estamos en un extremo y cuando ya no nos alcanza la prueba saltamos y establecemos un vínculo causal que no podemos demostrar plenamente.

Desde una aproximación funcionalista al sistema de responsabilidad civil debemos responder cuál es la función que desarrolla la causalidad, y en específico la causalidad adecuada. Esto es, definir cuál es el efecto económico y social perseguido haciendo responsable de un daño a aquel que lo causó y no a cualquier otro.

A veces, en especial en países con bajos ingresos, la causalidad adecuada interpretada de manera exagerada puede ayudar a reducir los costos de prueba. Por ejemplo, se encontró a una persona muerta con el cuello roto al pie de una escalera. La luz de la escalera estaba malograda. Se demandó al propietario del edificio, porque si hubiera habido luz no se hubiera caído la persona. Pero, ¿cómo se sabe que no lo empujaron o que no se tropezó o que existe otra causa distinta?

La Corte lo hizo responsable porque normalmente dejar las luces malogradas produce un incremento de posibilidades de que se dé ese tipo de daño, ello aunque no estemos totalmente seguros de si esa fue la real causa. El juez encuentra que ya no puede ir más allá en su esfuerzo probatorio, pero su intuición le indica que es muy probable que esa haya sido la causa del accidente. Si lo que buscamos con la causalidad adecuada es desincentivar accidentes, conseguiremos el mismo objetivo, porque si esa conducta es la que normalmente produce este tipo de daños, al hacer pagar al causante aun cuando sea posible que en realidad no lo fuera, lo cierto es que estadísticamente sí incrementó las posibilidades de que el accidente ocurriera.

7. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles considera usted buenas razones para trasladar el costo de un accidente de la víctima al agresor?
2. De acuerdo con lo desarrollado en el capítulo 8, ¿cuál considera que es la principal función que cumple un sistema de responsabilidad civil?
3. ¿Cuál es la diferencia entre internalizar externalidades usando un sistema de propiedad o usando un sistema de responsabilidad civil?
4. ¿Considera correcto decir que la vida de una persona vale más en Suiza u Holanda por ejemplo, que en el Perú o la India porque los ciudadanos de estos últimos países tienen ingresos considerablemente menores a los primeros?
5. ¿Cómo diseñaría un sistema de cuantificación de daños en el caso de afectaciones a la vida o integridad de una persona? Por ejemplo, ¿cómo establecería el «precio» de un brazo o una pierna, o de la vida? ¿Qué criterios utilizaría?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 9

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS: ¿CUÁNDO DEBEMOS CUMPLIR NUESTRAS PROMESAS?

1. ¿POR QUÉ CELEBRAMOS CONTRATOS?

Quizá a los únicos a los que nos interesen las abstractas y conceptuales discusiones sobre el contrato como relación jurídica sea a los abogados. Para las partes el contrato es, ante todo, un mecanismo práctico de intercambio tan natural que un ciudadano de a pie ni se da cuenta de que cuando toma un microbús o compra un sándwich en un restaurante está celebrando un contrato.

Finalmente los contratos no son otra cosa que promesas. Pero no toda promesa es un contrato legalmente exigible.

El concepto central es el de autonomía privada o autonomía de la voluntad, entendida como la capacidad que tiene la voluntad de los individuos para autorregular la esfera dentro de la cual se desenvuelven sus intereses.

Si alguien vende una casa es porque el comprador la valora más que el vendedor. De lo contrario, jamás se hubiesen puesto de acuerdo sobre el precio. Si en cada operación de intercambio las partes han hecho una correcta evaluación sobre sus preferencias y el valor que le asignan a la casa, se ha producido la transferencia de un recurso de un uso menos valioso a un uso más valioso.

Volvamos a visitar las ideas de Wilfredo Pareto ya analizadas en el capítulo 2 de este libro sobre cómo se genera la eficiencia. Cuando hablamos de Pareto, usamos el ejemplo de las máquinas de afeitar y los lápices de labios y cómo los intercambios eran lógicos porque quien entregaba un lápiz de labios a cambio de una máquina de afeitar mostraba que valoraba más la máquina que el lápiz y ello nos conducía hacia situaciones cada vez más eficientes.

El lector podrá advertir que el ejemplo no es otra cosa que una simplificación del funcionamiento de un sistema de mercado o, en otros términos, del sistema de derecho de contratos. En el mercado existe una determinada cantidad de bienes y servicios disponibles que son adquiridos a cambio del pago de precios o contraprestaciones.

Es así como el mercado nos va llevando, paulatinamente, a situaciones más y más eficientes, a través de una serie de operaciones de intercambio. El resultado es una mejora paulatina en el bienestar general, consecuencia natural de la sumatoria de la mejora en los bienestar individuales de quienes contratan. Si el contrato no genera externalidades, los contratantes mejoran y nadie empeora, con lo cual nos movemos hacia la eficiencia.

Si todo funciona bien, el sistema de contratos se configura como la mejor manera de llegar al óptimo de Pareto. El rol de Estado casi se reduce a asegurar los derechos de propiedad (evitar el robo) y hacer exigibles los contratos (hacer que quienes se comprometieron a cambiar lápices de labios y máquinas de afeitar cumplan sus promesas). Bastarían intercambios libres y sin limitaciones para que todos estemos mejor, siempre, claro está, que —como dice Coase— los costos de transacción sean lo suficientemente bajos como para que los contratos se celebren y que sus términos sean eficientes.

2. ¿QUÉ FUNCIONES CUMPLE EL DERECHO DE CONTRATOS?

Si el principio de autonomía debe ser la regla, ¿Para qué deben existir reglas de contratos en los códigos civiles o de comercio? ¿Por qué no reducir

el derecho de contratos a una sola regla: «los contratos son obligatorios entre las partes»?

Cuando las prestaciones de un contrato se ejecutan simultáneamente de manera instantánea, no se vislumbran contingencias que requieran del derecho de contratos. El problema aparece cuando la idea de contrato es entendida como el cumplimiento futuro de promesas, es decir cuando no hay simultaneidad. Por ejemplo, se compra un automóvil a crédito. El carro será entregado antes de que se pague el precio.

En esa línea el derecho de contratos cumple diversas funciones:

2.1. Determinar que promesas son legalmente vinculantes

No toda promesa o expresión de voluntad genera obligaciones legalmente exigibles. Si un hijo le ofrece a su madre ir a misa todos los domingos o un profesor se ofrece a saludar la próxima vez que lo vea a un alumno que no reconoció en una ocasión anterior, es poco probable que el sistema legal les conceda acciones legales a los autores de las promesas para perseguir su cumplimiento. Ni la madre ni el alumno podrían pedir indemnizaciones por incumplimiento contractual. Más parecen promesas sujetas a un control social o moral, lejos del sistema jurídico.

Ello significa que el sistema legal debe establecer qué promesas son exigibles, sea a través de la tipicidad de contratos (queda claro que la compraventa, el arrendamiento o la locación de servicios tienen reconocimiento legal por que la tipicidad legal le da ese carácter) o con figuras más abstractas o generales, como la teoría de la causa, la patrimonialidad de la relación jurídica que se crea o la teoría de la *consideration* en el *common law*, que precisamente hace que sean contratos solo los que tienen naturaleza sinalagmática.

En otras ocasiones el reconocimiento se da solo a actos que cumplen ciertos requisitos, como la exigencia de escritura pública para ciertas donaciones, lo que significa que las promesas realizadas verbalmente no resultan vinculantes desde el punto de vista legal.

2.2. Reducir las ventajas estratégicas derivadas del intercambio no simultáneo

Si el lector va a la bodega a comprar un kilo de arroz, el tendero colocará sobre el escaparate la bolsa de manera en el mismo momento en que el cliente coloca el dinero sobre el escaparate. Las prestaciones se ejecutan de manera simultánea. Por ello, el interés de ambas partes se satisface al mismo momento y no hay incentivos ni espacio para incumplir. Se requiere de reglas que eliminen la ventaja estratégica que tiene quien cumple en segundo lugar. Esas reglas imponen costos al incumplimiento como mecanismo para lograr eliminar esa ventaja.

Si se permitiera aprovechar de la ventaja estratégica anotada, la gente se mostraría reacia a celebrar contratos y el proceso de intercambio económico se vería perjudicado. Así, por ejemplo, en un contrato de mutuo el deudor ya recibió lo que buscaba (dinero) a cambio de no entregar nada al momento de celebración del contrato. Él ve satisfecho su interés y el acreedor lo verá en un futuro. Pero como ya tiene lo que quería, ¿cuál es su incentivo para devolver el préstamo? Esta es la ventaja estratégica que tiene el primero en recibir la prestación.

Si las prestaciones se ejecutan simultáneamente, esta simultaneidad asegura que ambos cumplan. Uno pone el dinero en el escaparate para recibir en el mismo acto la bolsa de arroz. Pero si le fían y no hay contrato legal, ¿por qué cumplir con pagar lo que se debe? Una respuesta puede ser el prestigio. Si no paga la deuda, no tendrá más crédito. Ese es un buen incentivo, pero parece insuficiente. Si bien es usual que sea el incentivo principal, no siempre funciona, en especial en sociedades grandes, complejas e impersonales como la nuestra. Por ello el sistema legal responde con reglas que sancionan o hacen costoso el incumplimiento, incluso para aquellos que no se preocupan por su pérdida de prestigio.

2.3. Correcta asignación de los riesgos que afecten la ejecución de los contratos

Este carácter no instantáneo del cumplimiento crea incertidumbre respecto a las condiciones en las que se verificará el cumplimiento. Esta incertidumbre expone a las partes al riesgo de que los costos y beneficios del intercambio resulten diferentes de lo que ellos esperan por el cambio de circunstancias o la concretización de riesgos no previstos. Otra función importante es entonces hacer exigibles los acuerdos de las partes sobre la distribución de los distintos riesgos que pueden afectar la ejecución del contrato.

El sistema adecuado será aquel que asigna los riesgos a aquella parte que puede lidiar con ellos a menor costo. Así, por ejemplo, el riesgo de la pérdida de la cosa pasa al comprador con la entrega, porque antes de ella es el deudor quien está en mejor aptitud de tomar las precauciones que se estimen necesarias para evitar su pérdida.

2.4. Reducción de costos de transacción mediante reglas supletorias

Otra función, vinculada con las anteriores, es la de reducir los costos del sistema de intercambio (es decir reducir los costos de transacción) a través de la creación de un conjunto de reglas estándar (normalmente contenidas en los códigos) a ser usado por las partes sin necesidad de prever todas las contingencias en el contrato mismo, de manera expresa. Cuando las partes contratan no es necesario que acuerden todo. Cuando no exista acuerdo sobre algún punto, las reglas supletorias completan el contenido contractual, reduciendo los costos de negociar cada aspecto imaginable del contrato. Ello significa que la regla supletoria no puede ser cualquiera, sino aquella que usualmente se esperaría que pactaran las partes en circunstancias determinadas.

Como ejemplo tomemos la norma del artículo 1567 del Código Civil, que establece que en la compraventa el riesgo de pérdida del bien

pasa al comprador con la entrega. Es de esperar que la entrega de un bien (la posesión del mismo) sea el factor principal que permita controlar la posibilidad de pérdida. Ello debido a que es el poseedor quien puede impedir, a menores costos, que ello ocurra, lo que hace lógico que los costos del contrato en general disminuyan cuando el riesgo es asignado al poseedor.

Si se asignara de otra manera se incrementarían los costos, pues quien puede tomar precauciones a menor costo no tendría incentivos para tomarlas. Pactar en contra de esta norma es relativamente extraño, lo que refleja una adecuada regla supletoria que reduce los costos de transacción.

3. ¿CUÁLES SON LAS RAZONES ECONÓMICAS PARA QUE CIERTAS PROMESAS SEAN DEJADAS SIN EFECTO?

Si se cumplen los presupuestos para un adecuado funcionamiento del mercado, este lleva a una correcta y eficiente asignación de recursos que nos mueve a situaciones superiores en términos paretianos. El sistema contractual está hecho para responder a estos presupuestos. Si tales supuestos no se cumplen, la razón para que una promesa sea exigible puede no existir.

Los distintos supuestos en los que se deja sin efecto un contrato o se le hace inexigible (nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, inoponibilidad, etcétera) suelen estar ligados a la falta de alguno de los presupuestos básicos para que el sistema contractual pueda desarrollar su función de manera idónea.

Para que un sistema de mercado pueda funcionar adecuadamente deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- a) Los individuos son racionales. Comportarse de manera racional es llevar a cabo una conducta dirigida a maximizar los propios beneficios, donde los actos que uno desarrolla son coherentes con tal fin. Ello significa que los individuos saben lo que quieren, saben lo que no quieren, saben cómo conseguir lo que quieren y evitar

lo que no quieren, y se comportan de acuerdo a tal conocimiento. Los actos que el individuo desarrolla son, pues, consistentes con los fines, y tales fines han sido establecidos de una manera racional, de manera que se maximice la utilidad individual.

- b) Los contratos no generan externalidades. No causan perjuicios ni beneficios a personas distintas a las partes. Así, un tercero no podría en principio demandar al deudor por el incumplimiento de un contrato, pues dicho contrato compete únicamente a las partes. A su vez, no es posible que un contrato genere costos para terceros que no han contratado. No hay ni costos ni beneficios externos, de manera que las partes, al maximizar su utilidad privada están maximizando la utilidad social.
- c) Existe información adecuada. Se asume que los individuos conocen la información suficiente referida a la naturaleza y consecuencias de sus elecciones, de manera que saben positivamente qué es mejor para ellos.
- d) Existen suficientes compradores y vendedores como para que ninguno esté en capacidad de influenciar unilateralmente el proceso de formación de precios. No existen monopolios u oligopolios que distorsionen el mecanismo de formación de precios.
- e) No existen costos de transacción. Esto quiere decir que celebrar un contrato no tiene costo (o este es reducido en función a los beneficios) y por tanto las partes están en la capacidad de utilizar el acuerdo de voluntades como el mejor mecanismo para satisfacer sus intereses de la mejor manera posible.

Es notoria la relación que se establece entre las normas que determinan la vigencia o exigibilidad de los contratos y los requisitos que debe cumplir un mercado para funcionar adecuadamente.

Un primer caso en el que no se reúnen las condiciones para un mercado perfecto es en el de los contratos celebrados por incapaces. Bajo tales supuestos no se cumple el requisito de que los individuos se

comportan racionalmente. Así, suele considerarse incapaz a alguien cuya situación le impide decidir qué es mejor para él. Ello justifica intervenir en el contenido de los contratos que estos individuos celebran o incluso privarlos de la posibilidad de que celebren actos jurídicos.

Sin embargo, ello no ocurre con todos los incapaces. En el caso, por ejemplo, del mal gestor o del pródigo no parece ser la razón principal de la ineficacia la irracionalidad del actor, sino la existencia de externalidades. El Código Civil solo determina la ineficacia si el mal gestor o el pródigo tienen cónyuge o herederos forzosos que justamente ven perjudicada su expectativa hereditaria por un contrato. Es un caso en que el contrato se deja sin efecto porque genera externalidades.

Otro caso en el que se puede hablar de la falta de racionalidad se da en los casos de violencia o intimidación, que determinarían la anulabilidad del contrato. Quien es víctima de intimidación o violencia toma decisiones que no necesariamente pueden ser consideradas racionales.

Si bien es racional celebrar un «contrato de donación» de mi billetera cuando me están amenazando con una pistola, esa racionalidad no es la que permite el funcionamiento del mercado. En el mercado las partes aceptan los términos de los contratos porque presumen, en base a la información con la que cuentan, que lo que reciben a cambio de lo que dan vale más para ellas. Con ello los bienes se asignan a un bien más valioso. Si alguien compra un carro, el vendedor valora el precio más que el carro y el comprador valora el carro más de lo que paga.

Esto es, a fin de cuentas, que el vendedor valora el carro menos que el comprador. Pero cuando me dicen «la cartera o la vida», nada en esa transacción demuestra que el ladrón valora mi billetera más que el asaltado, con lo cual no sabemos si los bienes se están moviendo a un uso más valioso. Lo único que demuestra el consentimiento del asaltado es que valora su vida más que su billetera.

Los casos de fraude, por otra parte, son casos en los que se determina la ineficacia de un contrato porque no se cumple el segundo de los requisitos expuestos, es decir, que no haya externalidades. Cuando un

acto de disposición es preordenado para perjudicar a los acreedores de una persona, se concede a los primeros la acción pauliana precisamente para evitar los efectos externos (externalidades) del acto referido. En la misma línea se puede intervenir en el contenido de contratos cuya ejecución pueda generar perjuicio a terceros, como limitaciones de zonificación, estándares de seguridad de productos o servicios peligrosos para la vida y la salud de terceros, entre otros.

Respecto al requisito de información adecuada sucede otro tanto. Los casos de anulabilidad por dolo o por error son típicos casos en los que, como consecuencia de deficiencias en la información, se priva de eficacia a un contrato en tanto no es un canal adecuado para resolver el problema de la correcta asignación de recursos. La falta de información en alguna de las partes, o en ambas, puede llevar a soluciones ineficientes, pues las decisiones derivadas de la desinformación pueden ser irracionales en términos económicos.

Algo similar sucede con toda la teoría de la imprevisión y las figuras que se encuentran bajo su ámbito. La imposibilidad sobreviviente, la excesiva onerosidad de la prestación o la frustración del fin del contrato se refieren a eventos futuros que no fueron previstos en el contrato pero que cambian los términos que generaban el equilibrio económico original, dificultando o impidiendo su ejecución. Es, nuevamente, un problema de información imperfecta, que surge porque al momento de pactar no se tiene conocimiento de que puede ocurrir el evento que genera el cambio de circunstancias.

Por otra parte, cuando no se cumple el requisito de que existan suficientes ofertantes o demandantes, caemos en el campo de las regulaciones antimonopólicas. Así, suele haber toda una regulación especial encargada de resolver este problema y los abusos que de él derivan. En un mercado monopólico, el mecanismo de formación de precios es distorsionado, de manera que el precio resultante no conduce necesariamente a la mejor asignación de recursos.

Respecto a la existencia de costos de transacción, estos están vinculados con todos los puntos señalados con anterioridad. Adicionalmente, existen problemas vinculados especialmente con los costos de información, que generan situaciones ineficientes. Un caso son los contratos masivos, en los que es muy costoso incluir todos los términos que serían razonables. Casos como los de responsabilidad por productos defectuosos o contratos de transporte suelen recibir un tratamiento extracontractual (es decir, fuera de la esfera y reglas de la contratación) precisamente porque los costos de transacción existentes hacen difícil la solución contractual.

4. ¿TODO PUEDE SER OBJETO DE UN CONTRATO?

En New Jersey, Estados Unidos, se siguió un juicio singular. Con el esperma de un hombre casado, se había fecundado un óvulo aportado por una mujer que no era su esposa. Ella había suscrito un contrato en el que aceptaba aportar el óvulo y gestar al concebido durante todo el período del embarazo, hasta su alumbramiento. La mujer renunciaba por anticipado a todo derecho derivado de la maternidad, subrogando sus derechos en la esposa del hombre que aportaba el esperma. A cambio recibía la cantidad de diez mil dólares. Por su parte, el marido de la mujer intervino en el contrato a fin de declarar que en el caso no era de aplicación la presunción de que el hijo de una mujer casada tiene por padre al esposo.

Todo se desarrolló normalmente hasta el alumbramiento. La mujer pidió permanecer un tiempo con el bebé, a lo que los esposos accedieron. Sin embargo, se fugó con el menor y dio origen a una persecución a lo largo de todos los Estados Unidos, hasta que finalmente se logró recuperar al bebé.

Se inició un proceso judicial. La demandante pretendía que la mujer respetara el acuerdo inicialmente firmado. La demandada sostenía que el acuerdo era nulo por ir contra normas de orden público.

La Corte Superior (Chancery Division/Family Part, Bergen County, 217 N.J. Super. 313) estableció en el caso (conocido como el caso «Baby M»),

que el convenio de subrogación era perfectamente válido, por lo que la mujer carecía de los derechos derivados de la maternidad, concediendo la custodia al padre natural del menor y autorizando la adopción del mismo por su esposa.

La demandada apeló el fallo. La Corte Suprema estableció lo siguiente:

- a) El convenio de subrogación entraba en conflicto con las normas que prohibían el uso de dinero en relación a adopciones, las que exigen el cumplimiento de una serie de requisitos para determinar que los padres naturales no son aptos, a fin de dar por terminada la patria potestad y conceder la adopción; así como con las normas que permitían revocar las renunciaciones privadas a la custodia y al consentimiento para dar en adopción.
- b) El convenio de subrogación entraba en conflicto con el orden público estatal.
- c) El derecho de reproducción no concede por sí solo la titularidad al padre natural y a su esposa a tener la custodia del menor.
- d) El interés del menor, dada la inestabilidad mostrada por la madre natural, aconsejaba otorgar la custodia al padre natural y su esposa.
- e) La madre natural tenía el derecho a visitar al menor.

Las discusiones sobre la solvencia moral de los contratos de subrogación de maternidad o alquiler de vientre son, sin duda, necesarias y pueden llevarnos a diversas conclusiones a favor o en contra de admitir la subrogación de maternidad. De hecho, es difícil encontrar resoluciones judiciales, dispositivos legales o comentarios doctrinarios que no estén marcados por la inevitable posición ética del juez, del legislador o del jurista. Ello no solo es saludable, sino necesario.

Cuando decimos que algo está o no sujeto al derecho contractual, estamos en el fondo diciendo si queda sujeto a la libre determinación de las partes, esto es a la autonomía privada o, si por el contrario, ha sido sustraído a dicha libertad.

Nuevamente entramos al dilema del «desperdicio de recursos».

El AED es útil para establecer cómo evitar el desperdicio, en particular de aquellos recursos que consideramos escasos. Pero los humanos no solo tenemos necesidades materiales o patrimoniales.

Normalmente se ha tendido a entender, equivocadamente, que el AED solo es de utilidad para identificar desperdicio de recursos materiales y tangibles como el dinero, la tierra, las mercaderías; la producción, etcétera. Pero el análisis económico nos permite entender cómo evitar el desperdicio de otros recursos no necesariamente materiales y tangibles. Entre estos bienes podemos encontrar la capacidad de tener hijos.

Podría pensarse que la capacidad reproductora social, es decir la capacidad de reproducirse que tiene la sociedad en su conjunto, es consecuencia de la sumatoria de las capacidades reproductoras individuales de los miembros que la integran. En tal sentido, hay personas que nacen con capacidad de reproducirse superior a la de otras personas, lo que es determinado principalmente por factores biológicos.

Pero en realidad la capacidad reproductora social depende de otros factores adicionales, lo que ha podido apreciarse con mucha mayor claridad en las últimas décadas. Así, la tecnología médica y biológica ha permitido modificar la capacidad reproductora individual de los seres humanos, tanto mediante la creación de medios que favorecen —como la fecundación *in vitro* o los nuevos tratamientos de fertilidad— o la limitan —los métodos anticonceptivos—. Todo esto ha permitido incluir, dentro de la capacidad reproductora social, las capacidades reproductoras individuales de una serie de hombres y mujeres antes excluidos biológicamente de tal posibilidad.

Pero existe un tercer factor que podríamos considerar importante para establecer cuál es la capacidad reproductora social. Este es el derecho. La aceptación o rechazo legal de ciertos métodos es otro elemento que permite aumentar o disminuir la capacidad reproductora de los seres humanos.

Entre los beneficios del uso de la capacidad reproductora, el más evidente es la satisfacción de ser padre o madre. Sin duda, la paternidad

o la maternidad constituyen experiencias que contribuyen de manera fundamental a la realización del ser humano.

Existen también costos. El aumento de la capacidad reproductora puede afectar las tasas de crecimiento poblacional, trayendo de la mano factores como la sobrepoblación. Por otra parte, la aceptación de ciertos medios para fines reproductivos, como la subrogación de maternidad y el alquiler de vientres, puede afectar la sensibilidad moral o religiosa de ciertas personas, lo que en sí constituye un costo. Además puede, en opinión de algunos, generar otros costos como la desintegración de la familia, la afectación de los menores por su entrega a padres desalmados que abusarán de ellos, los educarán mal o los explotarán en distintos aspectos.

Por definición, existen personas que pueden tener hijos a «bajo costo». Esto quiere decir que no tienen ningún problema biológico que les impida desarrollar su capacidad en este sentido. Normalmente, estas personas tienen una capacidad reproductora superior a la que necesitan para satisfacer su necesidad paternal o maternal de tener hijos.

Por otro lado, existen personas que, por definición, no pueden tener hijos a bajo costo. Esta situación comprende casos en los que dichos costos pueden ser superables, pero altos, como ocurriría con una mujer que aunque pudiera concebir, la concepción acarrearía por alguna razón un riesgo alto para su vida. Pero también comprende situaciones en las que, dado el estado actual de la tecnología, no es posible que tengan hijos. En estos casos los «costos» son insuperables.

Si aceptáramos que el derecho contractual puede entrar a jugar en este campo, estaríamos permitiendo que un recurso escaso (capacidad reproductora individual) sea transferido vía el mercado a personas que carecen de él o que, teniéndolo, lo pueden ejercer a muy alto costo. Esta transferencia puede ocurrir solo en tanto quien cede su capacidad la valore menos de lo que quien desea tal capacidad está dispuesto a pagar.

Es lógico que quienes tienen una capacidad de reproducción humana superior a sus necesidades puedan valorar este excedente en menos de lo que valora una persona incapaz de tener hijos dicha capacidad. Es por

ello que no sería infrecuente el caso de quien está dispuesto a entregar una contraprestación a cambio de poder tener hijos.

Lo dicho permite entender por qué es posible que se desarrollen mercados de capacidad reproductiva. Ello no implica que el término «mercado» implique un efecto no deseado. No olvidemos que la consecuencia de este mercado es la satisfacción de una de las más humanas de todas las necesidades del hombre.

Se podrá argumentar que no es necesario que exista pago como contraprestación a la cesión de la capacidad reproductiva para que este tipo de intercambios. Así, al igual como ocurre con los trasplantes de órganos, puede confiarse la transferencia de este recurso solo a actos de altruismo y solidaridad humana.

Sin duda, sería deseable que todos los problemas de infertilidad se pudieran resolver por actos de solidaridad en los que, voluntariamente, los beneficiarios de «excedentes de capacidad reproductiva», acudieran en auxilio de las víctimas de «déficit en capacidad reproductiva». Lamentablemente, ello se estrella contra la realidad. Los actos de solidaridad generan, por el lado de la oferta, una escasez, al igual como ocurre con los trasplantes de órganos en los que la realidad nos trae o personas muriendo o sufriendo por años en espera de un donante, o simplemente un mercado negro con precios que alejan los órganos de la gente más pobre y ponen los trasplantes al alcance de una pequeña élite agraciada.

Pero tampoco se puede dejar de lado la evaluación de los costos de aceptar la transferencia de capacidad reproductora. Por un lado, se habla del riesgo de comercialización o explotación de las madres sustitutas por parte de los contratantes o por instituciones creadas para comercializar con este tipo de contratos y que fungen como intermediarios entre las partes. Tal explotación favorecería que las madres sustitutas sean, de ordinario, personas de menos ingresos en relación a quienes contratan sus servicios.

Pero debe considerarse que el convenio de subrogación es consecuencia de un acuerdo voluntario y que genera una serie de conductas posteriores que pueden verse afectadas por la negativa de cumplimiento de una de

las partes. Ello perjudica las legítimas expectativas que podrían tener los contratantes de la madre sustituta.

Es innegable que, tanto desde una perspectiva teórica como desde una verificación empírica, se puede concluir que las madres sustitutas, al menos las que celebran contratos a título oneroso, suelen tener necesidades económicas no satisfechas. Por otro lado, también suele ocurrir que quienes contratan sus servicios tienen una mejor situación económica.

Pero es poco probable (y la evidencia empírica lo demuestra) que las madres sustitutas provengan de los sectores más pobres de la sociedad. La pobreza puede ser sinónimo de desnutrición, menos educación y menor salud. El «arrendatario» será usualmente reacio a que quien porte al bebe no dé algunas garantías mínimas para el nacimiento de un bebé saludable. Usualmente pertenecen a la clase media. Sin embargo sí es de esperar que usualmente el arrendatario tenga mayor ingreso que la arrendadora.

Pero así como no se puede prohibir la contratación de obreros, bajo la premisa de que al permitirlo el derecho estaría tutelando una explotación económica, tampoco se puede afirmar que prohibir los convenios de subrogación es admisible bajo el mismo argumento. Finalmente, estos convenios permiten a las madres sustitutas recibir beneficios económicos reales que les pueden ayudar a cubrir necesidades básicas. Y tal beneficio económico es evaluado previamente por la candidata a fin de determinar si está dispuesta o no a asumir los costos que tal beneficio acarrea.

Lo importante es considerar que la decisión de personas adultas ha sido libre, rodeada de adecuada información y sin ningún vicio de la voluntad. Los costos derivados de tal acuerdo recaerán sobre las partes que tomaron dicho acuerdo. Eso debería ser garantía suficiente para que luego no se arrepientan de su decisión o, de hacerlo, asuman las consecuencias.

Un caso que plantea mucho más dificultades son los costos y beneficios que pueden recaer sobre los menores involucrados.

La diferencia sustancial respecto de las partes radica en el hecho de que los menores no han tenido ninguna participación voluntaria en los hechos en cuestión. Se han limitado, pasivamente, a ser concebidos, llevados en el

vientre de una mujer y, luego del período de gestación correspondiente, ser alumbrados.

Su conocimiento y conciencia de las cosas no difiere en nada de la de cualquier otro bebé concebido y alumbrado de la manera convencional. Nadie consultó su opinión y de pronto se encuentra en medio de una situación muy especial en la que la persona que lo alumbró no es su madre y en la que quizá las personas que lo educarán y cuidarán hasta la mayoría de edad no son biológicamente sus padres.

Los problemas que puede sufrir el menor comprenden el daño moral o psíquico al enterarse de cómo fue procreado, gestado y alumbrado, además de aquellos derivados de los eventuales conflictos emocionales que puedan surgir luego del alumbramiento entre la madre sustituta y los padres favorecidos con la subrogación, que tendrán obvias repercusiones en el niño.

También se consideran los riesgos de que los padres no sean idóneos desde el punto de vista social, moral, cultural y económico.

Los efectos en el menor pueden ser calificados como externalidades, es decir, los costos y beneficios que no son asumidos por aquellos que los producen, pues el menor no participa en la decisión que lo afecta. Por ejemplo, una madre sustituta que sabe que quienes la contratan son unos desalmados, está generando sobre el futuro hijo un costo que ella no asumirá, es decir, está externalizando parte de los costos del contrato a un tercero.

Respecto a lo extraño de la situación que pueda enfrentar el menor, es evidente que puede generar sentimientos extraños y contradictorios. Pero también la adopción puede hacerlo, y no por ello se prohíbe, pues se considera que los beneficios de la misma superan sus costos. Además, estaríamos midiendo las reacciones en términos actuales sin tener en cuenta que, de aceptarse y generalizarse estos métodos, puedan convertirse en una situación normal y cotidiana, que difícilmente despierte sentimientos encontrados en el menor.

La posibilidad de que los nuevos padres sean personas poco calificadas también es un argumento que preocupa. Pero esta misma discusión se ha dado y se sigue dando en torno a los requisitos legales para la adopción. Formalidades más o formalidades menos, casi todos los procedimientos de adopción previstos en las distintas legislaciones contemplan alguna forma de evaluación de las cualidades y características de los padres adoptivos.

El Estado se ha arrogado así la facultad de decidir quién puede y quién no puede ser padre o madre adoptivo y así evitar la generación de situaciones perjudiciales para el menor. Esta facultad se pretende trasladar a la evaluación de la exigibilidad de los contratos de subrogación de maternidad, por considerarse una situación análoga.

Pero normalmente el Estado comete más errores que los particulares, y dudo mucho que un juez o una asistente social contratada por el Estado puedan realmente tomar una decisión adecuada, o al menos más adecuada que la de los involucrados en el contrato. Al igual que los particulares, puede equivocarse, solo que quizá lo hace con más frecuencia.

Pero la objeción principal es que no es fácil explicar por qué se controla la decisión de tener hijos que puedan tomar personas incapacitadas de tenerlos por sus propios medios biológicos, y no se controla la decisión de tener hijos que puedan tomar personas sí capacitadas para tenerlos por sus propios medios biológicos.

No nos resulta sencillo entender por qué cuando una pareja decide tener relaciones sexuales con el fin de procrear un hijo no requiere ninguna autorización ni evaluación previa por parte del Estado y sí la requiere una persona que, queriendo tomar la misma decisión, ha sido privado por la naturaleza de tal posibilidad.

Nadie podrá negar que existen padres naturales desalmados, que maltratan a sus hijos, que los educan mal, que abusan física y sexualmente de ellos, que carecen de los medios económicos para mantenerlos y educarlos, y que, sin embargo, el Estado admite, inicialmente, que sean padres.

En el caso de los padres naturales el Estado se limita a un control *ex post* al nacimiento. Esto es, que solo sancionará a los padres si se demuestra que estos han cometido abusos. En los casos de subrogación de maternidad y alquiler de vientre, el Estado quiere, además, ejercer un control *ex ante*, cuando las consecuencias y los problemas pueden ser los mismos.

El reconocimiento del libre derecho a procrear parte de la existencia de un derecho inalienable. Todos sabemos que ello trae la probabilidad de padres irresponsables. Pero nadie se atreve a discutirlo porque también sabemos que los beneficios de dicho derecho superarán los perjuicios. Asumimos, en consecuencia, un costo de niños maltratados por padres abusivos, o educados por personas carentes de idoneidad para hacerlo, a fin de garantizar, dentro de lo posible, una serie de hogares felices. Renunciamos por tanto a la posibilidad de que el Estado evalúe previamente la capacidad de los padres para serlo y exigir autorizaciones para procrear.

Este tipo de decisiones, aunque trágicas, son adoptadas todo el tiempo, incluyendo inconscientemente dentro de nuestro análisis costo-beneficio, elementos no patrimoniales que, a fin de cuentas, comparamos con elementos sí patrimoniales. Hemos, por ejemplo, decidido que los automóviles circularán por las calles, es decir que masas de más de una tonelada de metal entrarán en movimiento a velocidades apreciables, conviviendo con peatones y otros vehículos de su misma naturaleza.

Ello ocasiona riesgos que, necesariamente (y así lo demuestra la estadística), ocasionarán muerte, invalidez o lesiones a la integridad física de las personas. Pero aceptamos tales consecuencias en base a la justificación de los beneficios (patrimoniales) de la circulación automotriz. Este análisis tira por los suelos las pretensiones de que el máximo bien jurídico es la vida humana y que debe ser protegida «a cualquier costo».

Una tercera categoría de costos a ser considerada son los causados a terceros ajenos a la relación jurídica. Socialmente puede repugnar a ciertas conciencias la admisión de este tipo de procedimientos. Dicha repulsión

tiene su origen, en la mayoría de los casos, en concepciones religiosas, morales, éticas y culturales.

Sin duda, la incomodidad moral generada debe ser vista como un costo. Mucha gente sufrirá al ver que este tipo de acuerdos son permitidos.

Por ejemplo, nuestro sistema legal no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La incomodidad que sentirían las personas por una situación como esta parece haber justificado la prohibición legal de esta práctica, prescindiendo de que las partes involucradas puedan estar perfectamente de acuerdo con tal relación. A ello contribuye que las creencias religiosas de la mayor parte de la población sean contrarias a esta práctica.

Pero no olvidemos que en otros tiempos existieron creencias morales, aún vigentes, que determinaron estándares legales hoy descartados. Por muchos años el sistema legal hizo eco del principio religioso católico de la indisolubilidad del matrimonio y prohibió el divorcio. Hoy día, cualquier intento de derogar las normas del Código Civil que admiten el divorcio estaría condenado al fracaso.

En épocas antiguas, los principios religiosos prohibieron lucrar en operaciones comerciales o cobrar intereses por préstamos. Hoy en día una prohibición de tal tipo sería impensable.

Finalmente, lo que se alega es la existencia de una externalidad en la que la decisión de los contratantes genera costos a los grupos de la sociedad disconformes con la regla que permite estos contratos. Pero como bien dice Coase, las externalidades son recíprocas, es decir que son causadas por la suma de dos o más conductas. Si un peatón es atropellado es porque el vehículo venía por la calle, pero también porque el peatón cruzó en ese momento. Si los supuestos dañados con la externalidad fueran más tolerantes, la externalidad no se produciría. Y una regla que dice que tales contratos son posibles es un incentivo para generar tolerancia (Coase, 1960).

El razonamiento seguido para el caso de la capacidad reproductiva puede aplicarse a otras áreas controvertidas. Por ejemplo, en el caso de

la venta de órganos son muy poco claras las razones para prohibirla. De hecho, a diferencia de la subrogación materna o el alquiler de vientre, no existe tercero dañado porque no hay «hijo». Es un contrato entre dos partes que sufren entre ellos los costos y beneficios de su acuerdo.

Prohibir la venta solo asegura que la demanda supere la oferta y el «mercado» no se equilibre, lo que resulta en muertes de personas que carecen, por ejemplo, de riñones. En el fondo la explicación es la misma. Algunos tienen más riñones de lo que necesitan (dos) y otros menos (ninguno). Ello genera que el valor que le da al riñón la persona a la que le sobra, sea menor que el que le da la persona a la que le falta. Las diferencias en los precios de reserva justamente permite que la transacción beneficie a ambos. Negar esa posibilidad reduce los incentivos para que existan riñones disponibles.

Incluso si la idea es fomentar la solidaridad, permitir la venta crea nuevos canales. Una persona con dinero que quiere ayudar a personas con necesidades para tener riñones para trasplante, puede comprarlos y donarlos, posibilidad que le está vedada hoy.

Cuando uno habla de la prostitución o la pornografía, el análisis no es muy distante. Las «externalidades morales» que afectan a la sociedad pueden resultar fomentando una mayor tolerancia. Prohibir la contratación es limitar lo que personas adultas y capaces pueden y desean hacer. Negarle carácter contractual a estos intercambios no es otra cosa que un exceso de paternalismo.

Finalmente quisiera tratar el problema relacionado con la prohibición de venta de drogas. La venta de droga es un delito sin víctima, porque el supuesto afectado consintió adquirirla y consumirla. El argumento que se suele usar es, sin embargo, que la venta de drogas conduce a otras actividades violentas y al crimen.

Manejar ebrio es una actividad ilícita y por tanto prohibida. Pero por ello no prohibimos el alcohol. Si lo prohibiéramos (y la prohibición fuera efectiva, lo que experiencias como la de la Ley Seca en los años treinta en los Estados Unidos demuestran, es que es poco posible que ocurra) no habrían

choferes ebrios. Se afectaría mi derecho a comportarme legalmente solo para evitar que algunos violen la ley. Lo que corresponde es sancionar a los que la violan, no perjudicar a quienes desarrollan actividades legítimas.

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.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las principales funciones que debe cumplir un sistema contractual eficiente?
2. ¿Por qué se desarrollan mercados de capacidad reproductiva?
3. De acuerdo con lo desarrollado en el presente capítulo, ¿considera eficiente que se permita la venta de órganos y la comercialización de drogas? ¿Debería admitirse que el acuerdo entre una prostituta y su cliente es un contrato de servicios válido? ¿Por qué?
4. ¿Cuándo considera que es eficiente y por lo tanto conveniente, incumplir un contrato?
5. ¿Cómo considera que debe diseñarse un sistema contractual para reducir los costos de transacción y asignar de manera eficiente los riesgos de las transacciones?
6. ¿Si alguien le promete que ganará una medalla en las Olimpiadas es un contrato exigible? ¿Cambia en algo si le dice que si no gana la medalla le pagara dos mil dólares?

Fondo Editorial PUCP

BIBLIOGRAFÍA

- Becker, Gary (1998). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Becker, Gary (1968). Crime and Punishment: an Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- Becker, Gary & Guity Nashat Becker (1998). *The Economics of Life. From Baseball to Affirmative Action to Immigration, How Real-World Issues Affect our Everyday Life*. Nueva York: McGraw-Hill.
- Becker, Gary & William M. Landes (1974). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Nueva York: NBER.
- Bulygin, Eugenio (1961). *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Burton, John (1980). *El mito del costo social. Crítica de la economía del bienestar y de sus implicaciones políticas*. Madrid: Unión Editorial.
- Calabresi, Guido (1970). *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press.
- Calabresi, Guido (1991). The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further. *Yale Law Journal*, 100, 1211-1237.

- Calabresi, Guido (1992). Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el análisis económico del derecho decirnos algo al respecto? *Ius et Veritas*, 4, 89-103.
- Calabresi, Guido & Douglas Melamed (1972). Property Rules. Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 84, 1089-1128.
- Campos, Paul (1998). *Jurismania. The Madness of American Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Coase, Ronald (1937). The Nature of the Firm. *Económica*, 4(16), 386-405.
- Coase, Ronald (1960). The Problem of the Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coase, Ronald (1999). Interview with Ronald Coase. *Newletter of the International Society of New Institutional Economics*, 2(1). Conferencia inaugural, 17 de setiembre de 1999.
- Cohen, Félix (1962). *El método funcional en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Demsetz, Harold (1964). The Exchange and Enforcement of Property Rights. *Journal of Law and Economics*, 7, 11-26.
- Demsetz, Harold (1967). Toward a Theory of Property Rights. *The American Economic Review*, 57(2), 347-359.
- Hardin, Garret (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162(3859), 1243-1248.
- Hernández Gil, Antonio (1981). *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas.
- Kaldor, Nicholas (1939). Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal*, 49(145), 549-552.
- Ortiz de Zevallos, Gabriel & Gustavo Guerra García (1998). *Introducción al análisis costo-beneficio de las normas*. Lima: Apoyo.

- Palacios, Eric (1995). «La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos». Tesis para optar por el título de abogado. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP.
- Pareto, Wilfredo (1945). *Manual de economía política*. Buenos Aires: Atalaya.
- Posner, Richard (1996). *Overcoming Law*. 3ª edición. Cambridge: Harvard University Press.
- Posner, Richard (2002). El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. *Themis*, 44, 37-53.
- Rowley, Charles (1998). Law-and-Economics from the Perspective of Economics. En *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 2. Nueva York: Palgrave-McMillan.
- Shavell, Steven (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Shaw, Bernard (1950). *Hombre y superhombre*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Soto, Hernando de; Enrique Ghersi & Mario Ghibellini (1987). *El otro sendero*. Lima: Instituto Libertad y Democracia.
- Themis (2002). Número dedicado al análisis económico del derecho. *Themis*, 44.
- Trazegnies, Fernando de (1988). *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Von Jhering, Rudolf (1987). *Bromas y veras de la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas.

Fondo Editorial PUCP

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.* Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.* Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado
42. *El proceso y la tutela de los derechos.* Giovanni F. Priori Posada
43. *El proceso contencioso-administrativo.* Ramón Huapaya Tapia

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
agosto 2019 Lima - Perú

Fondo Educativo PUCP

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP