

## CAPÍTULO 20

# ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ENTRE EL FUNCIONALISMO Y LA ESQUIZOFRENIA JURÍDICA

Alfredo BULLARD\*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *¿Qué realmente el AED?* III. *Los tipos de esquizofrenia jurídica frente AED*. IV. *Conclusión* V. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Ihering tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En el se encontraba uno, 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 así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. 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.<sup>1</sup>

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, mira al abogado como si

\* Profesor de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú

<sup>1</sup> Citado por Cohen, Felix, *El Método Funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, pp. 11-12.

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.

Este mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de “esquizofrenia jurídica”, un mirar a un vacío en el que se mueven visiones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia solo consigo mismos.

Y nada asusta más al esquizofrénico 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 realidad atormenta al esquizofrénico. De la misma manera como traer al mundo real a quien se cree Napoleón lo lleva a descubrir que este murió en el siglo XIX o a quien cree que lo persiguen espías rusos en la época de la guerra fría lo lleva a descubrir que eso no está ocurriendo y le crea una crisis existencial, el jurista de conceptos, traído a la tierra, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, pasa por un proceso similar.

Los esquizofrénicos tratan de negar la realidad como una forma de defender su propia “realidad”, esa realidad perfecta que solo ellos ven y que defienden como si fuera la única existente. Muchos juristas, o abogados “aprendices de mago”, pasan por el mismo proceso.

La irrupción de formas de ver el mundo de lo jurídico desde una perspectiva más real, como la SOCIOLOGÍA JURÍDICA, la antropología jurídica, o más recientemente, el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), agudiza la esquizofrenia y asusta a quien ve cuestionado su “mundo imaginario”.

El sueño de Ihering nos recuerda que los abogados solemos usar dos conceptos que son una suerte de lugares comunes de nuestra esquizofrenia. El primero es el de “ciencia jurídica”. El segundo, el de “naturaleza jurídica”.

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho, una que como veremos, es bastante irreal. 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 natural; 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 cambia tan pronto el legislador cambia la ley que la regula. Como bien dice Kirchmann, “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”.<sup>2</sup>

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, verdaderas “alucinaciones”, porque 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. Como expresión de esa “locura”, el jurista piensa que la realidad cambia por que él “descubre” un concepto nuevo.

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, “[l]a 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”.<sup>3</sup>

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 si creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del medico 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.

<sup>2</sup> Citado por Hernández Gil, Antonio, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1981, p. 17.

<sup>3</sup> Bulygin, Eugenio, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Abeledo Perrot, 1961. p. 7.

...Los conceptos jurídicos... son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.<sup>4</sup>

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.

Un ejemplo claro es el concepto de acto o negocio jurídico. Una vez traté de explicar a un profesor en Estados Unidos de qué se trataba ese concepto que, creía yo en ese entonces, le ayudaría a entender el difícil problema de la *consideration* que se había discutido en clase. Como sabemos, el acto o negocio jurídico es toda una compleja y muy apreciada doctrina de nuestro sistema legal que trata de encontrar conceptos comunes a todos los casos en los que la expresión de voluntad de una persona crea una obligación o relación jurídica. Bajo ese concepto están los contratos, los testamentos, el matrimonio, las promesas unilaterales, el reconocimiento de un hijo, la adopción y, por aplicación supletoria del Código civil, los actos administrativos del gobierno y hasta las sentencias de los jueces. Se busca una sola teoría que explique todo.

Al terminar mi explicación el profesor me dijo “*Muy interesante. ¿Para que sirve?*”. Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un “supra-concepto”, es decir un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas que, a su vez, no tienen existencia verificable. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica. El abogado se vuelve entonces una suerte de mago, cuya magia radica en su capacidad de usar palabras que nadie entiende para describir una realidad que nadie ve. En esta línea, Kantorowicz 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

<sup>4</sup> Cohen, Felix, *El Método Funcional en el Derecho*, op. cit., pp 46-48.

cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas.<sup>5</sup>

Como veremos, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto sólo 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 adoptará precisamente el contrario.

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 que pasó. Si un médico diseña una nueva operación quirúrgica, una vez operado el paciente irá a verlo al hospital y evaluará sus síntomas, como reaccionó, si la operación sirvió de algo y si el pariente 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 que 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 temer a ampliar nuestro conocimiento.

Como trataré de demostrar en este trabajo, gran parte de la resistencia que muchos abogados y profesores de Derecho muestran hacia el AED no es otra cosa que síntomas de una suerte de esquizofrenia. No quiero que se me malinterprete. No pretendo decir que estar en contra del AED es ser un esquizofrénico. De hecho muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus

<sup>5</sup> Citado por Cohen, Felix. *Ob. cit.*, pp. 131-132.

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 toda forma de pensamiento, el AED tiene para ayudarnos a comprender cómo funciona el Derecho.

Pero debajo de estas críticas inteligentes, se encuentran una inmensidad de reacciones esquizofrénicas parecidas a la del loco al que le dicen que no es Napoleón y asume desde una argumentación circular y sin sentido hasta la reacción agresiva para demostrar que sí es Napoleón y que su mundo es el real por más que la realidad le demuestre todo lo contrario.

## II. ¿QUÉ ES REALMENTE EL AED?

De la misma manera como los esquizofrénicos crean leyendas sobre la realidad, algunos “juristas” crean leyendas sobre el AED. Sin embargo el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método económico para entender a las instituciones jurídicas.

Sin duda la economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de ser 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. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente estén 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 el día de hoy. Así, en palabras de Gary Becker,<sup>6</sup> el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

<sup>6</sup> Becker, Gary, “El enfoque económico del comportamiento humano”, *Información Comercial Española*, vol. 557, 1980.

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. 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, sin embargo, 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.

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. Un ejemplo nos demuestra este punto.

Que el Ministro de Economía nos diga que la inflación al final del año será de 3.5% parece no asombrar a nadie. Sin perjuicio de que muchas veces se equivoca, especialmente cuando es un Ministro poco serio, lo cierto es que puede acercarse a la cifra final con un asombroso nivel de precisión. ¿Somos consientes de qué significa eso?

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 predecirse como se van a comportar millones de personas distintas en un futuro respecto a su propensión a vender y comprar a determinados precios?

La respuesta sólo puede encontrarse si uno comprende el nivel de sofisticación que ha alcanzado la ciencia económica. Las técnicas de predicción desarrolladas por esta ciencia permite predecir cómo un número elevado de personas va a tender a comportarse a partir de ciertas premisas dadas (liquidez y volumen de masa monetaria, comportamiento de las importaciones y exportaciones, niveles de inversión, etc.).

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. 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.

¿Cómo ha desarrollado la economía esta capacidad de predicción sobre algo tan complejo como la conducta humana, que depende de tantos factores, la mayoría totalmente subjetivos y hasta arbitrarios? La respuesta está en el uso de modelos. Cuando algo es muy complejo, el arte de comprenderlo está en simplificarlo. Cuando muchas variables afectan un resultado, identificar un conjunto de variables relevantes y dejar de lado las que no lo son es una forma de avanzar en la comprensión del problema. Eso es lo que hace la economía: simplificar la realidad para comprenderla mejor en su complejidad.

El uso de modelos, a pesar de ser una de las fortalezas más claras del análisis económico, es también la fuente de las críticas más duras. La simplificación es, sin embargo, la única forma de acercarnos a la comprensión de algo, a pesar de que, paradójicamente, implica alejar ese algo de la realidad.

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 la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

Sin embargo hay que tener claro 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 que los individuos son racionales y por tanto ante un 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 incurren en los 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.

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 con alcanzar o no los fines que nos proponemos.

Una predicción simple es aquella que indica que si se sube la multa por cruzar una luz roja debería disminuir el número de personas que cruzan una luz roja. Es una simple aplicación de la regla que a mayor el precio menor la cantidad demandada. Subir la multa equivale a subir el precio de cruzarse una luz roja, con lo que el incremento de costo llevará a que menos personas “demanden” cruzar una luz roja.

Pero el análisis es aún más sofisticado. El costo de cruzar la luz roja no es igual a todas horas. Los individuos, para tomar la decisión de cruzar una luz roja, no toman en cuenta la magnitud total de la sanción, sino la magnitud esperada. La magnitud esperada depende no sólo de la multa establecida, sino de la posibilidad de ser detectado cometiendo la infracción, lo que depende a su vez de la capacidad de las autoridades y de la habilidad del infractor.

Este presupuesto de análisis tiene sólido sustento en la evidencia empírica. Los cruces de luces rojas son más frecuentes a las tres de la mañana que a mediodía. La razón es obvia. A mediodía la posibilidad de detección crece. Hay más policías en las calles y las posibilidades de un accidente se incrementan por el tráfico, con lo que en la realidad la multa es mayor que a las tres de la mañana, donde la posibilidad de ser detectado es sustancialmente menor. Así, si bien nominalmente la multa es la misma a ambas horas del día, es menor a las tres de la mañana porque la menor posibilidad de ser detectado genera que el infractor descuenta de la sanción dicha posibilidad.

Una alternativa es subir las multas en circunstancias en que la posibilidad de detección cae. Así, para ser consistentes, la multa a las tres de la mañana debería ser mayor que la del mediodía. Otras áreas del derecho, como la del derecho penal, incorporan ese factor. Por ejemplo, es común encontrar en los códigos penales como una agravante que amerita un incremento de la pena el cometer el delito en la oscuridad. Ello porque la oscuridad dificulta la detección del delito, teniendo un efecto de descuento en la sanción esperada.

Quizás lo que ocurre y explica por qué no se incrementa la sanción a los cruces de luz roja en la madrugada es que si bien la pena es menor a las tres de la mañana por efecto de la menor capacidad de detección, también lo es la posibilidad de causar daño, porque hay menos carros circulando a esa hora, con lo que la sociedad está dispuesta a tolerar un número mayor de cruces de luz roja a esas horas.

Habrán quienes cuestionarán el análisis diciendo que no todos los conductores actúan así. De hecho, habrán siempre conductores que se crucen la luz roja así se incrementen las penas y la posibilidad de detección a niveles óptimos. Pero en todo caso ello no deslegitima el análisis efectuado, pues es evidente que, al menos en el caso de quienes actúan con esa racionalidad, el resultado será el señalado.

La metodología seguida por el AED es incómoda para mantener la insania mental de los juristas esquizofrénicos. La metodología permite incorporar al análisis cómo se comportan seres de carne y hueso y cuáles son las consecuencias de la decisión que se tome. Ello puede conducir a perder consistencia conceptual, como si lo que importara es la consistencia entre dos conceptos y no la consistencia entre el concepto y la realidad.

Cuando alguien queda en capacidad de demostrar que la aplicación de la naturaleza jurídica de una institución conduce a que los individuos se comporten de una manera inadecuada, la “alucinación conceptual” queda en evidencia como tal y el jurista queda “mirando al vacío” frente a los ojos de los demás.

Como veremos más adelante, esto se refleja en distintos tipos de “esquizofrenia jurídica” que cuestionan un método por ser “demasiado realista”.

El AED es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los '60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo realmente es corriendo o viendo a una persona correr. El AED es parecido.

La única forma de entenderlo es aplicándolo, y viendo como funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas.

Como se dijo, lo que se consigue a través del AED es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar formulas que permiten predecir (al menos presumir) como los individuos actuaran ante tales incentivos.

Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad.

Los dos precursores más importantes del AED, que podrían ser considerados los fundadores: Ronald Coase y Guido Calabresi. Algunos, sin embargo, querrán incluir a Richard Posner en la lista.

Ronald Coase llevó a cabo una serie de estudios entre los años 30 y 60 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, como funciona el Derecho en relación a los mercados, y cuando el Derecho puede solucionar un problema y cuando no. A las ideas de Coase se atribuye el famoso Teorema de Coase, uno de los principios básicos que se aplican en el AED según el cual la relevancia de las reglas jurídicas y su asignación dependen de los costos de transacción, para poder definir si podrán las partes, por medio de acuerdos, determinar como se resuelve un problema de derechos y su asignación.

Por su parte Guido Calabresi escribió conjuntamente con Douglas Melamed, en los años 60 un artículo clásico en el AED, “Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral”.<sup>7</sup> Muchas de sus ideas son coincidentes (y escritas curiosamente casi en paralelo, con el trabajo de Coase *El problema del costo social*).<sup>8</sup> Calabresi realizó un

<sup>7</sup> Calabresi, Guido andy Melamed, Douglas. “Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 84, 1972, p. 1089 [version en castellano *Themis*, núm. 21, PUCP, Lima, 1992, pp. 63 y ss.]

<sup>8</sup> Coase, Ronald, “The Problem of the Social Cost”. *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.

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 EE.UU., recogida en su libro *El Costo de los Accidentes*<sup>9</sup> 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 hace unos 20 años en los EE.UU. con bastante fuerza (véase, FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL).

Existen quienes han aplicado el AED a ciertas áreas por ejemplo destacan los trabajos de Harold Demsetz en propiedad, o Steven Shavell y Richard Posner 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, etc. Virtualmente todas las ramas del Derecho han sido impactadas por AED (Derecho Ambiental, Civil, Mercantil, Administrativo, Penal, Constitucional, Laboral etc.).

La mayoría de gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del AED. En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice Calabresi, desperdiciar; en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. 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.

Para definir que se entiende por eficiencia se usa como punto de partida las ideas de Wilfredo Pareto. El busca establecer cuando una situación es más eficiente que la anterior, y esto es: cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Por ejemplo, el sistema contractual es una forma de alcanzar la eficiencia porque, en un contrato, si las dos partes lo celebran es porque ambas están mejorando y ninguna está empeorando; el contrato nos ha conducido a una situación más eficiente que la anterior. Una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos

<sup>9</sup> Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Approach*, New Haven and London, Yale University Press, 1970.

existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. A eso se le llama el Óptimo de Pareto.

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. Como dice Torres López, 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.<sup>10</sup>

Por el contrario el Óptimo de Pareto, como vimos, es una situación en 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 donde todos los recursos existentes han sido distribuidos y usados de una manera tan adecuada, que ya es imposible pensar en que una distribución distinta mejoraría la situación de la sociedad. Para el modelo neoclásico, tal condición se alcanza bajo condiciones de competencia perfecta, cuyos requisitos veremos más adelante. Moverse hacia el Óptimo de Pareto implica entonces moverse hacia la eficiencia absoluta.

La mejor forma de entender estos conceptos de “Criterio de Pareto” y “Óptimo de Pareto” es con ejemplos. Imaginemos un salón de clase en el que hay cuarenta alumnos. La mitad de ellos son hombres y la otra mitad mujeres. A su vez tengo 20 latas de crema de afeitar y 20 lápices de labios. Decido repartirlos sin ningún criterio, de manera que a algunos hombres les tocan lápices de labios y a algunas mujeres les tocan cremas de afeitar. He llegado a una distribución inicial de todos los recursos disponibles dentro del salón de clase.

La distribución inicial ha favorecido a los hombres a los que les toco una crema 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 tocó una lata de crema de afeitar.

Si un hombre decide intercambiar su lápiz de labios con la crema de afeitar de una mujer 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 nadie. Estamos pues en una situación mejor a la anterior en términos de Pareto.

Pero aún no estamos ante una situación óptima. Aún muchos hombres y mujeres tienen en su poder bienes que les son inútiles para su uso perso-

<sup>10</sup> Torres López, Juan, *El Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, 1987, p. 32.

nal. Sin embargo, imaginemos que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de cambio entre ellos de manera que en un corto período de tiempo todos los hombres tienen una crema de afeitar y todas 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 cremas de afeitar, 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 y que cualquier cambio de la situación implicaría un empeoramiento de la misma. Estamos frente al Óptimo de Pareto. No hay posibilidad de que alguien mejore sin empeorar la situación de otro. Un hombre le puede robar a otro su crema de afeitar. Su situación ha mejorado respecto a la anterior. Tiene dos cremas en lugar de una. Pero la situación de su víctima ha empeorado.

Al Derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, es decir, llegar al óptimo paretiano, maximizar la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. Así basta apreciar en los ejemplos anteriores la importancia del sistema jurídico. El medio a través del cual se fue mejorando la situación en términos de Pareto es el intercambio de bienes entre particulares, es decir el sistema contractual. Por otro lado la forma de garantizar que no se den conductas que perjudiquen la eficiencia (como el robo) debe requerir la existencia de la propiedad y de un sistema civil y un sistema penal que la proteja.

En base a las ideas de Coase, el AED estudia el 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 cremas de afeitar y los lápices de labio.

Así, el Teorema de Coase tiene 2 formulaciones. Según la primera, si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegará a la más eficiente. Lo que Coase quería decir es que, cuando vivimos en un mercado donde existen contratos, el sistema contractual nos llevará a la eficiencia. El típico ejemplo de la contaminación: si una Industria contamina a un vecindario, y los daños que les causa son mayores a los beneficios que obtiene, posiblemente los vecinos se acercarán a la fábrica a pagarle una cantidad para que deje de contaminarlos. Por el contrario, si los beneficios para la industria son mayores que los daños, probablemente ésta les pagará a los vecinos para que se dejen conta-

minar. Haya o no responsabilidad, las partes llegarán a la solución más eficiente, que será cerrar la fábrica o mantenerla abierta según convenga.

En cambio, según la segunda formulación, si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una solución eficiente. En el ejemplo de la contaminación, si en vez de contaminar a un vecindario, se contamina a miles o millones de personas, es casi imposible que estos lleguen a un acuerdo para acercarse a la fábrica para comprarle la posibilidad de que cierre, pues los costos de transacción son muy elevados:<sup>11</sup> identificar a todas las partes, informarlas de esta posibilidad, ponerlas de acuerdo, etc. Ahí sí será el Estado quien decida si la industria debe o no contaminar, en función a si es eficiente o no que siga operando y en que condiciones. Ahí sí importa la regla legal porque el mercado no podrá solucionar el problema.

El AED utiliza básicamente herramientas de la microeconomía: como la teoría del consumidor, teoría de la empresa, racionalidad individual, etc.. 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, para saber si las reglas legales van a ayudar a no a alcanzar la eficiencia. Como ya vimos 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 este en la esquina y detecte nuestra Infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad demandada), bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.

Como ya se menciono (al citar a Becker) no se trata necesariamente de una análisis que se reduce a relaciones de naturaleza patrimonial o monetaria. Quizá el problema está en que la gente hace una ecuación equivocada entre costo y dinero: se entiende que costo es algo que cuesta dinero, y eso no es así. Por ejemplo, las relaciones amorosas cuestan tiempo, sufrimiento, y, en ciertos casos fastidio. Tengo también, 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, etc.

Cuando uno habla de un 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

<sup>11</sup> Llamados costos prohibitivos; es decir, cuando es casi imposible que las partes puedan llegar a una transacción.

que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos.

Es cierto que en lo patrimonial es más fácil establecer la relación costo-beneficio que en la extrapatrimonial, pero también es cierto que los estudios económicos demuestran que parejas de determinado nivel de ingresos se divorcian más que otras. Existen elementos que demuestran empíricamente lo que el AED formula teóricamente. Nos permite saber, más o menos, como reaccionarán los individuos a determinadas normas.

Otro concepto importante es el de externalidades. Las externalidades son los costos o los beneficios no contratados. Por ejemplo, si alguien me golpea la cara y me inflama un ojo, esta inflamación es un costo; en términos que debo acudir a un médico, y en términos que 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 a terceros. Hay también externalidades positivas. 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.

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, y los trasladan, lo que es una conducta ineficiente por que genera una discrepancia entre el costo (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.

Existen algunos teóricos que 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, en ciertos casos con algún éxito. 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 cuanto 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 el análisis de justicia totalmente 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.

Hay un trabajo de Becker<sup>12</sup> muy interesante, sobre la corrupción. En el 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 como 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.

El AED se puede aplicar tanto antes de la entrada en vigencia de una norma como durante su aplicación. Cuando se analiza la norma antes de su entrada en vigencia lo que pasa es que tiene que hacerse desde el punto de vista teórico; no puedes determinar la consecuencia económica y social de la norma, cuando aún no está vigente. Sólo se podría especular teóricamente sobre cuales serán sus consecuencias. Podríamos tomar como referencia otras normas que se han aplicado en el país o en otros lugares, pero definitivamente no puedes medir las consecuencias directamente. Recién cuando entre en vigencia la norma podrán medirse las consecuencias de la misma.

El AED no es otra cosa que sentido común entrenado y sistematizado. Muchos razonamientos parecerán formas difíciles de decir cosas obvias. Pero a su vez permite sistematizar mejor el análisis, lo que contribuye a poder ver el Derecho desde otra perspectiva, una más realista y orientada hacia la realidad.

### III. LOS TIPOS DE ESQUIZOFRENIA JURÍDICA FRENTE AL AED

Como en la autentica esquizofrenia, los “jurídicamente esquizofrénicos” no pertenecen a una sola categoría. Los hay de diferentes tipos y experimentan síntomas distintos.

<sup>12</sup> Becker, Gary, “Crime and Punishment: an economic approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 272-297.

La mayoría parte de una o más “alucinaciones”. Por un lado, suelen ver en el AED algo que el AED no es. A partir de allí, tejen toda una historia sobre los riesgos, peligros o problemas que consideran el AED tiene. Por otra parte, suelen asumir una visión incompleta o, en el mejor de los casos extraña, de lo que es el Derecho en sí mismo. La más común de estas alucinaciones es creer que los conceptos jurídicos tienen existencia real, tienen “naturaleza”, y su rol de abogados es ser “científicos” entrenados en el difícil arte de descubrir sus misterios.

Los distintos tipos de esquizofrenia pueden también ser objeto de clasificaciones. Algunos “esquizofrénicos” reaccionan agresivamente y de manera vehemente, usando fuertes calificativos contra el AED. Otros, en cambio, reaccionan con calma, casi con desinterés, como si la cosa no fuera con ellos, usando frases como: “Es otra locura a la que no hay que prestar mayor atención. Ya pasará la moda”.

En el medio, los puntos son infinitos. Pero lo que es común en estos casos y que diferencia la esquizofrenia de las críticas serias al AED, es el nivel de conocimiento y comprensión que se tiene de esta forma de razonamiento.

A continuación, vamos a “diagnosticar” algunas de las diferentes reacciones esquizofrénicas detectadas.

### 1. “*La Invasión Gringa*”

Esta es quizás una de las reacciones más curiosas y anecdóticas, pero no por ello menos frecuente. El argumento que se arma es relativamente simple, al menos en su base.

El mundo esta dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglo-sajón, 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 (que llega a generar “esquizofrénicos peligrosos”) se ve al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, en el que, al mejor estilo de la guerra fría, 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 trasnacional” diseñada para seducir y conquistar otros países.

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

Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fernando de Hinesrosa, 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 sino 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.<sup>13</sup>

Estas reacciones me recuerdan a las de John Nash en la película “Una Mente Brillante”, cuando ve en todo, hasta en las publicaciones más inofensivas, actos del espionaje ruso dirigidos a atentar contra su país. Sólo que en este caso, las alucinaciones hacen ver “espías norteamericanos”.

Existe incluso una versión más curiosa, en la que no solo se le acusa de imperialismo, sino de “imperialismo pirata” o simple copia de lo que algún europeo ya había descubierto antes. Así, según esta posición, los norteamericanos han copiado algo que se llama “método estímulo respuesta” y han ocultado su copia bajo el nombre de AED para ocultar su acto de piratería. Así como en las películas de espías estos se roban los planos de las armas para usarlas contra los países que las inventaron, los anglosajones han hecho lo mismo y nos están dando una “sopa de nuestra propia medicina”.

Tampoco exagero. Basta revisar la siguiente cita:

Como se ha demostrado, los verdaderos y auténticos creadores del método de investigación “estímulo-respuesta” han sido los juristas alemanes Ihering y Heck, quienes sentaron las bases; y fue perfeccionado finalmente por juristas hispanos: Manuel García Amigo, Luis Recasens Siches y Jaime Guasp. Esto es necesario recalcarlo bien porque este método ha sido copiado y rebautizado por los anglosajones como “Análisis Funcional”. Dicha copia pretende disfrazar su supuesta originalidad en el fundamento de “Law and Economics” en el que se exagera el aspecto económico de la realidad social”.<sup>14</sup>

La cita es curiosa por que, si bien identifica los orígenes del AED en el llamado Análisis Funcional, pierde la perspectiva de cuales son sus aportes.

<sup>13</sup> Palacios, Eric, “La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos”, Tesis para optar por el título de Abogado, Lima, 1995.

<sup>14</sup> Torres Méndez, Miguel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*, Grijley, Lima, 1993, p. xii.

Desconozco a que se refieren con el llamado “método estímulo-respuesta”. Nunca he oído hablar de ese método como una corriente de pensamiento. Pero sí queda claro que los fundadores y cultivadores del AED ya han obtenido varios Premios Nobel de Economía (Coase, Becker, Buckanam, entre otros) y los que no lo han obtenido han logrado reconocimiento mundial como Calabresi, Posner, Epstein o Demzet y dudo mucho que los autores de un acto de piratería privada de originalidad pudieran haber merecido un galardón o reconocimiento atribuible a los juristas alemanes. En todo caso lo que puedan tener en común con otras posiciones basadas en concepciones realistas o funcionalistas, no privan al AED de su originalidad y del reconocimiento que merece por el aporte que ha hecho al pensamiento jurídico y al pensamiento económico.

Lo que queda claro es que bajo este tipo de esquizofrenia, los 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 y que está además muy lejos de serlo. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados latinoamericanos tenemos de las teorías de Santo Tomás de Aquino. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquier 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 como se concibió el *common law*, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo literalmente siglos antes de que Coase, Calabresi y Posner comenzaran a formar las bases del AED en la década de los sesentas.

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 desarrollo esta línea de pensamiento sólo 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.

## 2. “*La Invasión Neoliberal*”

En esta versión de la esquizofrenia 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. La alucinación, en este caso, es la existencia de una suerte de “cofradía” o “hermandad” ideológicamente determinada que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala.

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 hay gente que hace análisis económico desde todas esas diferentes perspectivas. Así, existen posiciones marxistas o socialistas dentro de AED.

Existen incluso representantes de gran impacto en el AED, 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 sin duda que lo califiquen como un “neoliberal” es algo que el 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 (sino 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 han 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, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero 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”, es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

En síntesis, la “alucinación” de 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.

### 3. *“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 animales 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 esta metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en que 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 como se concibió, como se reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo 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 pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana.<sup>15</sup>

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 sólo existe como tal.<sup>16</sup> Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

Pero algunos creen que el Derecho es como los caballos y temen que nuevas ideas “los extingan” y convierta a las instituciones jurídicas en una suerte de “pájaros Dodos prehistóricos”.

Algunos esquizofrénicos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la 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 los unicornios no existen en la forma que se ven en este tipo de esquizofrenia. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo,

<sup>15</sup> Campos, Paul, *Jurismania. The Madness of American Law*, Oxford University Press, 1998, pp. 104-107.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

cómo se imaginan al derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir.

Pero la alucinación 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 que se percibe en este tipo de esquizofrenia), 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.

Es posible que quienes investigaban y estudiaban los unicornios cuando se creía que ellos existían, se hayan escandalizado de manera parecida a como cuando a alguien se le ocurrió la idea de que los unicornios eran solo creación del hombre y que, como tales, debían ser estudiados en esa limitada percepción de la realidad. Quizás hayan criticado el realismo de considerar que los unicornios dejaron de pertenecer a la categoría de los caballos, para pasar a la categoría del producto de la imaginación humana. Pero esos esquizofrénicos no le temen al AED, le temen a la realidad, porque se sienten más seguros en su paraíso de conceptos.

#### 4. *“Todo es Irreal”*

Casi todas las esquizofrenias tienen en común considerar al AED como irreal. 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.

Bajo este tipo de esquizofrenia se pierde la perspectiva 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 que un modelo.

En este tipo de esquizofrenia 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 por que del uso de ciertas premisas.

Se suele decir que el mundo no es como lo dibuja el AED. Pero es esa 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.

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 un aspecto: 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 crítica así formulada cae por su propio peso, y sólo muestra la desesperación por cuestionar algo sin darse cuenta que lo mismo se puede decir de la propia concepción conceptual del Derecho, con el agravante de que en ella no se considera siquiera cuáles son las variables relevantes.

Todo modelo se basa en ciertos presupuestos cuyo valor no esta en su realismo, sino en su capacidad explicativa. Uno de los más criticados es el que los seres humanos actúan racionalmente para maximizar beneficios. Se contesta que el mundo real los individuos no se comportan racionalmente ni necesariamente tratan de maximizar su bienestar. Pero ello es como criticar la maqueta por que la mayoría de las casas no son de ese tamaño.

Incluso si se aceptara (cosa que en principio creo que es equivocada) que no todos los individuos son racionales, si es 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 se comportan “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 actúan “random”, entonces los proveedores no se preocuparían en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Si deciden en base al azar, entonces nada se consigue ofreciendo mejores términos a ellos. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que sí analiza esos aspectos, sí se podrá 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. Pero dado que en muchos mercados no es posible diferenciar “*searchers*” de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los racionales beneficia a los irracionales que se vuelven *free riders* o 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 (que como dijimos es algo de por sí cuestionable). Y 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 hacer ello, es irrelevante si es que la acción de un grupo reducido logra el mismo efecto en el mercado.

Lo que ocurre es que este tipo de esquizofrenia ve fantasmas donde no existen. Confunde al modelo con la realidad, quizás guiado por el hecho de que confunde conceptos (alucinaciones) con realidades. Al no distinguir una cosa de la otra no es de extrañar que se critique aquello que es precisamente la debilidad principal de su forma de pensar: convertir conceptos en realidades, es decir, creer en sus alucinaciones.

La “trampa” en los modelos no esta 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 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. A veces para saber hay que renunciar a ser como Dios, y asumir que nuestra imperfecta naturaleza humana no nos permite entender todo, sino solo una parte mínima de la realidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

### 5. *Los “Homicidas de la Justicia”*

Finalmente, y aunque consideramos que pueden aún hacerse más caracterizaciones de las esquizofrenias vinculadas al AED, trataremos una última referida a la idea de que esta tendencia del pensamiento se orienta a desplazar la justicia de los ideales que inspiran al Derecho.

La crítica, además de su contenido esquizofrénico, lleva implícita una objeción moral al AED, al que acusa de sustituir valores por un concepto utilitarista al que se denomina “eficiencia”.

No dudó 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 el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice Calabresi, si bien se dice que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto.<sup>17</sup>

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales conducen 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 tema 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

<sup>17</sup> Calabresi, Guido, “Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?”, *Ius et Veritas*, vol. 4, 1992, p. 90.

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. No toda solución deseable es posible. Si uno considera que es justo que todos tengan una casa con piscina, menudo favor haríamos a la humanidad si creemos que dar una Ley que diga eso conseguirá por sí sola el efecto deseado. Construir casas con piscina tiene un costo evidente que el mero texto de la Ley no puede solventar.

En esa línea, no considerar 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 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.

Así, como en otros casos, los esquizofrénicos ven en el AED algo que el AED no es. 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.

#### IV. CONCLUSIÓN

Como en la física, la Ley de la Inercia está presente en la vida del Derecho. Cambiar el *status quo* implica enfrentar la energía estática y se requiere una fuerza dinámica mayor para impulsar el cambio. La resistencia al cambio toma muchas formas. Y así, nada llamado a tener un impacto está libre de controversia. En ocasiones esa resistencia es el ejercicio legítimo de quienes creen en lo que existe luego de haber comprendido lo nuevo. Pero en ocasiones la resistencia es consecuencia de una suerte de flojera intelectual que rechaza lo nuevo sólo por no darse el trabajo de comprenderlo y estudiarlo. Finalmente quedarse con lo existente termina siendo más cómodo y enfren-

tar el cambio implica un esfuerzo que no necesariamente se está dispuesto a emprender.

Pero rechazar lo nuevo sin conocerlo implica dar razones para rechazar lo que no se conoce. Y como no se conoce y algo hay que decir, se viven alucinaciones que explican lo inexplicable. En esas alucinaciones se recrea el AED para hacerlo parecer como algo que no es.

Pero esa esquizofrenia no es atribuible solo al AED. En realidad, la locura no está tanto en la percepción de lo nuevo, sino en cómo se percibe lo antiguo, es decir cómo se percibe el Derecho desde la perspectiva tradicional. La verdadera locura está en la “jurisprudencia de conceptos”, en su irrealismo y en su incapacidad de renunciar a ser lo que es.

Alguna vez un médico formado en medicina oriental me comentó que toda enfermedad no era otra cosa que un desequilibrio entre lo que el cuerpo o la mente necesitan y lo que tienen. Salud es entonces equilibrio, desequilibrio es enfermedad. La esquizofrenia jurídica puede también ser calificada como una enfermedad de la vida social, aquella generada por un desequilibrio entre la dosis de realidad que la sociedad necesita del Derecho y la realidad que el Derecho, tal como lo hemos concebido, está en capacidad de darle. La cura a esta esquizofrenia no está en aceptar o no el AED. Está en aceptar que el Derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido siempre. Quizás eso sea lo único por lo que el AED debe ser estudiado y aprendido: el ayudarnos a pensar el Derecho de otra manera a aquella a la que estamos acostumbrados.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Bibliografía Citada*

- BECKER, Gary, “El enfoque económico del comportamiento humano”, *Información Comercial Española*, vol. 557, enero 1980.
- BECKER, Gary. “Crime and Punishment: an economic approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.
- BULYGIN, Eugenio. *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Abeledo Perrot, 1961.
- CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas, “Property Rules. Liability Rules and Inalienability: A view of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 84, 1972.
- CALABRESI, Guido, “Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?”, *Ius et Veritas*, vol. 4, 1992

- CALABRESI, Guido, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Approach*, New Haven and London, Yale University Press. 1970.
- CAMPOS, Paul. *Jurismania. The Madness of American Law*, Oxford University Press, 1998.
- COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol.,3, 1960.
- COHEN, Felix., *El Método Funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abelado-Perrot.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1981.
- PALACIOS, Eric, "La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos", Tesis para optar por el título de Abogado, Lima, 1995.
- TORRES LÓPEZ, Juan, *El Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, 1987.
- TORRES Méndez, Miguel, *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*, Grijley, Lima, 1993.

## 2. Bibliografía Recomendada

- BULLARD, Alfredo, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, Lima, Palestra, 2003.
- CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961.
- GUESTRIN, Andrés, *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Abacom, 2004
- LANDES, William y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mas: Harvard University, 1987.
- POLINSKY, Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 3rd ed., Aspen Publishers, New York, 2003
- POSNER, Richard A., "A Theory of Negligence," *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972.
- \_\_\_\_\_, *Economic Analysis of Law*, 8th ed., Aspen Publishing, New York Press, 2010.
- ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1994
- SPECTOR, Horacio, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires: Rubinzal y Asociados Editores, 2004.
- TORRES LÓPEZ, Juan, *El Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, 1987.