

EL DERECHO EN ACCIÓN

PERSPECTIVAS ECONÓMICAS
PARA LA PRÁCTICA JURÍDICA

Lenin Domingo Alvarado Vara
Agustín Vizcarra Ramírez
Iván Milton Campuzano Cabello
Nory Huaccha Sánchez

Primera Edición Digital



IN
Ho. Nexus
EDITORIAL

EL DERECHO EN ACCIÓN

PERSPECTIVAS ECONÓMICAS
PARA LA PRÁCTICA JURÍDICA

Lenin Domingo Alvarado Vara
Agustin Vizcarra Ramirez
Iván Milton Campuzano Cabello
Nory Huaccha Sánchez

Primera Edición Digital



HN

HoNexus

EDITORIAL

EL DERECHO EN ACCIÓN: PERSPECTIVAS ECONÓMICAS PARA LA PRÁCTICA JURÍDICA

© Lenin Domingo Alvarado Vara
© Agustín Vizcarra Ramírez
© Iván Milton Campuzano Cabello
© Nory Huaccha Sánchez

Editor de contenido: Daniel Erick Ruiz Balcázar
Diseño de cubierta: Ho Nexus

1ª edición digital, octubre 2025

Editado por:

© HO NEXUS E.I.R.L.
Dirección legal: Urb. Paseo del Mar Mz L4, Lt 33
Nuevo Chimbote, Santa, Ancash - Perú
Correo electrónico; ed.honexus@gmail.com
teléfono: 978 653 152
<https://books.honexus.org>
DOI: <https://doi.org/10.70504/978-612-99189-4-5>

Reservados todos los derechos de publicación en cualquier idioma; siendo su contenido protegido por la Ley vigente que establece penas de prisión y/o multas a quienes intencionadamente reprodujeran o plagiaren, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica.

Depósito Legal: 2025-11918
ISBN: 978-612-99189-4-5

Revisión por pares:

Este libro (o monografía) fue sometido a evaluación de pares mediante el sistema de doble ciego (doubleblinded review), garantizando la calidad, pertinencia, ética y rigor académico de la obra, conforme a los estándares internacionales de revisión científica y las políticas editoriales de Ho Nexus.

Publicación respaldada por Ho Nexus
bajo su sello editorial Ho Nexus

INDICE GENERAL

Página

CAPÍTULO I EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

1.1. La naturaleza del razonamiento Económico	3
1.2. Las directrices del orden público económico	20
1.3. La iniciativa privada y la libertad económica	26
1.4. La conmutatividad del comercio jurídico.....	29
1.5. La buena fe y la moralización de las relaciones Económicas	32

CAPITULO II REGULACIÓN ECONÓMICA

2.1. Monopolios naturales	38
2.2. Relaciones laborales	47

CAPITULO III FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

3.1. Historia de una idea.....	56
3.2. Ideales distributivos.....	64
3.3. ¿Por qué no utilitarismo?.....	67

CAPITULO IV EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL PERÚ: IMPACTO E IMPLICANCIAS

4.1 Impacto Académico	78
4.2. Influencia en los órganos del Estado	82
4.3. Sistematización, Consolidación y Difusión del AED en el Perú.....	87

CAPITULO V
CRÍTICA AL ANÁLISIS ECOÓMICO DEL DERECHO

5.1 Crítica general o global	100
5.2 Crítica nacional.....	112
CONCLUSIONES	118
RECOMENDACIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	122

INTRODUCCIÓN

El Análisis Económico del Derecho (AED) constituye una disciplina que busca comprender el funcionamiento del sistema jurídico a partir de los principios y métodos de la ciencia económica. Su propósito esencial es examinar cómo las normas, instituciones y decisiones judiciales influyen en la asignación eficiente de los recursos y en el comportamiento racional de los individuos dentro de la sociedad. En este sentido, el AED se presenta como un puente entre dos campos tradicionalmente diferenciados: el Derecho, centrado en la justicia y la normatividad, y la Economía, enfocada en la eficiencia y el bienestar social. Desde su origen con autores como Jeremy Bentham, Gary Becker y Richard Posner, esta corriente ha evolucionado hasta convertirse en una herramienta indispensable para el análisis jurídico contemporáneo. Su aporte radica en ofrecer un marco racional que permite evaluar los efectos reales de las leyes y políticas públicas, priorizando aquellas que maximizan el bienestar general y minimizan los costos sociales. Así, el Derecho deja de concebirse como un conjunto estático de normas, para entenderse como un sistema dinámico que incide directamente en las decisiones y en los incentivos de los agentes económicos. El presente libro aborda el Análisis Económico del Derecho desde una perspectiva integral y contextualizada, examinando tanto sus fundamentos teóricos como su aplicación práctica en el ámbito latinoamericano. A lo largo de sus capítulos, se estudian los principios del orden público económico, la intervención estatal en los mercados, la libertad económica, la buena fe en las relaciones contractuales, los monopolios naturales y las relaciones laborales; además, se reflexiona sobre los fundamentos axiológicos y las críticas nacionales e internacionales a esta

corriente. De esta manera, el texto invita a una reflexión interdisciplinaria, donde la economía no sustituye al Derecho, sino que lo complementa y fortalece como instrumento de justicia social. En el contexto peruano y latinoamericano, el AED adquiere especial relevancia al ofrecer criterios objetivos para la formulación de políticas públicas más transparentes y eficientes, capaces de equilibrar los intereses individuales con el bienestar colectivo. Este enfoque resulta particularmente útil en sociedades que buscan consolidar un Estado social y democrático de derecho, en el que la racionalidad económica se oriente hacia fines éticos y de equidad.

Capítulo I

El Orden Público Económico

Es del entender de toda la comunidad jurídico – científica, que una sociedad correcta y provechosa para el desarrollo de su ciudadanía, es precisamente aquella en la que el orden es el distintivo que rige cada una de sus ocupaciones. Dicho orden por supuesto, deberá de estar presente también en la organización económica de dicha sociedad, requiriéndose en todo momento de la intervención estatal a través de sus disposiciones jurídicas. De ello trataremos en el presente capítulo. No obstante, en primer lugar, me gustaría mencionar aquí algunas líneas de Pensamiento de (Posner, 1998), quien en su libro “El análisis Económico del Derecho” nos refiere:

1.1. La naturaleza del razonamiento Económico

Una considerable cantidad de abogados aún piensan que se asocia a la economía como el análisis de los fenómenos como la inflación, fluctuaciones periódicas en la actividad económica, desempleo y entre otros procesos generales de la economía que parecen distantes de los asuntos prácticos del derecho. Cuando en verdad abarca un espectro mucho más amplio, de modo que, en el presente libro, se enfoca en el estudio de cómo las personas toman decisiones racionales, frente a la escasez de recursos y

abundantes necesidades.¹ Teniendo como propósito esencial, analizar las consecuencias derivadas de asumir que los individuos buscan, de forma razonada, optimizar sus objetivos y alcanzar el mayor nivel posible de satisfacción personal, lo que denomina su beneficio o “interés propio”. La idea de actuar racionalmente no implica que cada decisión se tome de manera muy consciente o totalmente calculada. La economía no busca explicar la mente humana, sino cuales son los patrones de elección. Un comportamiento se considera racional cuando se sigue los principios del modelo de elección racional, es decir, sin importar el estado psicológico de quien decide. Además, actuar por interés propio no equivale a ser egoísta, ya que el bienestar o sufrimiento de los demás también puede influir en nuestras propias satisfacciones. Para evitar malentendidos, los economistas suelen emplear el término “utilidad” (tema que se abordará más adelante en este capítulo) en lugar de “interés propio”. En este enfoque, se asume además que al ser humano busca optimizar de forma racional su nivel de utilidad en todos los ámbitos de su existencia, y no únicamente en lo referente a cuestiones económicas o en las transacciones de compra y venta que ocurren en los mercados. Esta corriente de pensamiento tiene su origen en Jeremy Bentham en el siglo XVII, aunque con un mayor impacto en los economistas con la obra de Gary Becker en los decenios de 1950 y 1960.

La idea de concebir al ser humano como un ente racional orientado a maximizar su propio beneficio supone que las personas reaccionan ante los incentivos. En otras palabras, cuando las condiciones que las rodean cambian de tal modo que pueden

obtener mayor satisfacción modificando su conducta, tenderán a hacerlo, generándose tres pilares esenciales de la teoría económica a partir de esta noción.

El primer principio establece una conexión inversa entre el valor asignado a un bien y el volumen que las personas están dispuestas a comprar, que se conoce como la “ley de la demanda”. Como, por ejemplo, si el costo de la carne de res se incrementa en 10 centavos por libra y los demás precios permanecen sin algún tipo de cambio, el consumidor percibirá que dicho alimento se ha vuelto relativamente más caro. Dado que actúa de forma racional y busca su propio beneficio, intentará sustituir la carne por otros productos que antes no prefería, pero que ahora resultan más convenientes por ser relativamente más económicos. Sin embargo, habrá quienes mantengan su mismo nivel de consumo, ya que para ellos los productos alternativos no ofrecen una sustitución adecuada, aun cuando tengan un menor precio relativo. No obstante, una parte de los consumidores optará por disminuir su consumo de carne de res, reemplazándola por otros tipos de carne (como otros alimentos distintos o incluso productos de naturaleza diferente), como consecuencia de este cambio en las preferencias, la demanda total de carne de res se reducirá, lo que a su vez provocará una disminución en su producción.

Este razonamiento parte del supuesto de que la única variación dentro del sistema es la del precio relativo o la cantidad. Sin embargo, si simultáneamente se produjera un incremento en la demanda junto con el alza del precio, podría ocurrir que la cantidad demandada y ofrecida no disminuya; de hecho, en ciertos casos, ambas podrían llegar a incrementarse.

El razonamiento también deja de lado el posible efecto que una variación en los precios relativos puede generar sobre los ingresos. Dicho fenómeno podría influir de manera indirecta en la cantidad demandada. Como, por ejemplo, si una persona ve reducido su ingreso, esta situación podría llevarla a incrementar el consumo de ciertos productos específicos.

Cuando el precio de un producto aumenta, los consumidores experimentan dos efectos principales: 1) Los bienes sustitutos se vuelven más atractivos; 2) El poder adquisitivo de los consumidores se reduce, ya que con el mismo ingreso pueden comprar menos cantidad de bienes. El primer efecto tiende a disminuir la demanda del producto en cuestión, mientras que el segundo (si es que se trata de un bien inferior) puede incrementarla e incluso, sin muchas posibilidades, superar el efecto inicial. Sin embargo, es poco probable que la variación del precio de un solo bien genere un cambio tan grande en la riqueza como para afectar de manera significativa la demanda. En términos generales, los efectos de sustitución suelen ser más relevantes que los derivados del ingreso o la riqueza, por lo que estos últimos pueden considerarse mínimos o despreciables en la mayoría de los casos.

La “ley de la demanda” no se limita únicamente a lo que se le conoce como bienes con costes monetarios visibles. Por ejemplo, algunos docentes con baja popularidad intentan atraer más estudiantes incrementando las notas promedio de sus cursos, lo que equivale a reducir el “costo” académico percibido por los alumnos. De manera similar, cuando se afirma que un delincuente que ha cumplido su condena “ha saldado su deuda con la sociedad”, la expresión encaja perfectamente desde la

perspectiva económica: el castigo funciona como el precio que la sociedad impone por cometer un delito. Según esta lógica, un aumento en la severidad o en la probabilidad de aplicación del castigo eleva el “precio” del crimen, reduciendo así su frecuencia. Ante ello, el infractor se verá motivado a dedicarse a otras actividades alternativas. A estos costos no monetarios, los economistas los denominan “precios sombra”.

En el ejemplo de la carne de res al igual que en el caso del delincuente se asume que los individuos buscan maximizar su nivel de utilidad (placer, satisfacción personal o felicidad). De manera similar, los productores también persiguen un objetivo de optimización, aunque en su caso suele hablarse específicamente de la maximización del beneficio económico, más que del incremento directo de su utilidad. Los vendedores buscan maximizar la brecha entre los ingresos obtenidos por sus ventas y los costos asociados a su actividad, no obstante, en este análisis se pone énfasis únicamente en identificar el precio mínimo que un vendedor racional, guiado por su propio interés, estaría dispuesto a aceptar. Dicho valor mínimo corresponde al costo que tendrían los recursos utilizados en la producción (y comercialización) del producto, si fueran destinados a su mejor alternativa de uso: el precio alternativo. Este concepto representa, para los economistas, la verdadera naturaleza del costo de un bien y explica el por qué (salvo ciertas excepciones que no se abordarán aquí) un productor racional evitaría vender por debajo de dicho valor. Por ejemplo, el costo de producir una cortadora de césped está determinado por los pagos que el fabricante realiza por el uso del capital, los insumos básicos, el personal y entre otros recursos empleados durante el proceso de elaboración. El valor pagado por dichos recursos debe ser superior al que

habrían alcanzado si se hubiesen vendido a otro comprador dispuesto a ofrecer un precio ligeramente menor. De no haber aceptado pagar esa cantidad, el fabricante no habría sido el mejor postor y, por tanto, no habría conseguido los recursos necesarios para la producción. Más adelante se abordará la complejidad que surge cuando los vendedores de un recurso fijan un precio superior a su costo o valor alternativo. Un principio derivado del concepto de costo entendido como precio alternativo establece que solo existe un costo cuando el uso de un recurso excluye su utilización por parte de otra persona. Por ejemplo, el aire no posee valor económico alguno, ya que cualquier individuo puede respirarlo libremente sin impedir que otros hagan lo mismo; por lo tanto, nadie estaría dispuesto a pagar por ceder su porción de aire a otro. La misma lógica se aplica a los bienes que poseen un único uso posible. (¿Puede entender por qué?). Desde la perspectiva económica, el costo se define como el “costo de oportunidad”, es decir, el valor del beneficio que se deja de obtener al destinar un recurso a una finalidad que excluye otras alternativas, ósea que nadie más lo emplee. A continuación, se presentan dos ejemplos ilustrativos de este principio:

1) En el caso de la educación universitaria, el gasto más significativo no corresponde al pago de la matrícula, sino a los ingresos que el estudiante deja de percibir al optar por continuar sus estudios en lugar de incorporarse al mercado laboral de manera temprana. 2) Consideremos el caso del petróleo: aunque actualmente los precios de la producción, incluidos el personal, el capital y un barril; ascienden apenas a dos dólares, el progresivo agotamiento de los yacimientos de extracción económica hace prever que, en una década, el costo de producir ese mismo barril podría elevarse

hasta los 20 dólares. Un productor que decida mantener su reserva de petróleo durante ese periodo podrá venderla posteriormente a un precio de veinte dólares por barril. Dicho valor representa el costo de oportunidad de realizar la venta en el presente. Sin embargo, no se trata de un costo de oportunidad neto, ya que, al postergar la transacción, el productor renuncia al interés o rendimiento que habría obtenido si vendiera ahora e invirtiera los ingresos de inmediato. Ahora bien, si el precio vigente del petróleo fuera de apenas cuatro dólares por barril, el productor obtendría una ganancia de solo dos dólares en caso de venderlo en el presente. No obstante, incluso si decidiera invertir esa utilidad, es poco probable que dicha cantidad crezca hasta alcanzar los veinte dólares (descontando los costos de producción futuros) en un plazo de diez años. En consecuencia, al productor le resulta más ventajoso mantener el petróleo sin extraerlo. Cuanto mayor sea la expectativa de escasez del recurso en el futuro, más elevado será su precio proyectado, lo que incrementa la probabilidad de que los productores opten por conservarlo en el subsuelo. Esta decisión, además, contribuye indirectamente a mitigar la escasez que podría presentarse en los años venideros.

Este análisis sobre el concepto de costo permite aclarar una de las confusiones más persistentes respecto a la economía: la idea de que su objeto principal es el dinero. En realidad, la economía se centra en el empleo y la asignación de los recursos, mientras que el dinero funciona únicamente como un medio de intercambio o un derecho que otorga acceso a dichos recursos. El economista diferencia las operaciones que modifican la utilización de los recursos, sin importar si implican o no un intercambio monetario, de aquellas que son exclusivamente financieras: conocidas como pagos de

transferencia. Las labores del hogar también constituyen una actividad económica, aun cuando quien las realiza, por ejemplo, un cónyuge no reciba remuneración monetaria alguna. Esto se debe a que dicha actividad implica un costo de oportunidad, representado principalmente por el valor del tiempo que la persona dedica a las tareas domésticas en lugar de emplearlo en otras actividades productivas. Las relaciones sexuales también pueden analizarse desde una perspectiva económica. Tanto la búsqueda de una pareja (incluso la actividad sexual en sí) requieren tiempo, lo que implica un costo de oportunidad, dado por el valor del tiempo que podría haberse destinado a otra actividad. Además, los riesgos asociados, como contraer una enfermedad de transmisión sexual o enfrentar un embarazo no planificado, representan costos reales, aunque no necesariamente de carácter monetario. Por otro lado, una transferencia de 1000 dólares mediante el pago de impuestos, destinada a una persona de bajos o altos ingresos, no constituye un costo en sí misma. Esto significa que, dejando de lado los posibles efectos indirectos sobre los incentivos de ambas partes, los costos administrativos del proceso o las variaciones en el valor que cada uno asigna al dinero, dicha transferencia no implica un gasto económico real por sí sola. Esa transferencia no reduce la cantidad total de recursos disponibles en la economía. Si bien limita mi capacidad de adquisición, incrementa en igual medida la del beneficiario. En otras palabras, se trata de un costo privado, no de un costo social. Mientras el costo social implica una disminución en la riqueza total de la sociedad, el costo privado simplemente redistribuye dicha riqueza entre los individuos.

La competencia genera con frecuencia externalidades de tipo “pecuniario”, en contraste con las externalidades “tecnológicas”. Estas primeras se refieren a transferencias de riqueza entre individuos sin su consentimiento, mientras que las segundas implican la imposición directa de un costo sobre terceros. Por ejemplo, si un empresario A tiene una gasolinera de servicio frente al negocio de B que es del mismo tipo, es probable que atraiga parte de los ingresos que antes obtenía este último. Sin embargo, como la pérdida de B equivale a la ganancia de A, no se produce una reducción en la riqueza total de la sociedad. Por lo tanto, no existe un costo social, aunque B experimente una afectación económica individual, es decir, un costo privado derivado de la competencia.

La diferencia entre los costos de oportunidad y los pagos de transferencia, o dicho de otro modo, entre los costos económicos y los costos contables, permite comprender que, para la economía, el concepto de costo está vinculado principalmente a la toma de decisiones racionales en torno al precio y la cantidad de los bienes o servicios. Imaginemos que la producción de un elefante de porcelana blanca, a escala real, requiere una inversión de 1000 dólares (valor que representa el costo de oportunidad de los recursos empleados en su elaboración), una vez terminado, el mercado solo estaría dispuesto a pagar alrededor de 10 dólares por dicho objeto. El hecho de haber “invertido” 1000 dólares en la elaboración del elefante no influirá en el precio al que pueda venderse, siempre que el vendedor actúe de manera racional. Si el productor insiste en no aceptar un valor inferior al costo de fabricación, lo único que

logrará será aumentar su pérdida: en lugar de recuperar parte de la inversión, en lugar de perder 990 dólares, perderá la totalidad de los 1000 dólares.

El análisis de los costos irre recuperables (sunk costs) permite comprender por qué los economistas priorizan una visión ex ante (previa a la acción) en lugar de una ex post (posterior al hecho consumado). Las decisiones racionales se fundamentan en la anticipación de los resultados futuros, no en el arrepentimiento por los recursos ya perdidos. Las personas racionales aceptan los hechos pasados como irreversibles. Si las decisiones pudieran modificarse por arrepentimiento o pesar, se limitaría la capacidad humana para dirigir su propio porvenir. Del mismo modo, si se admitiera que una de las partes que obtuvo un resultado desfavorable en un contrato libremente acordado pudiera alterar sus condiciones después de firmado, la confianza en los acuerdos disminuiría y se reduciría la celebración de contratos.

Una de las aplicaciones más conocidas del concepto de costo de oportunidad para el Análisis Económico de Derecho, a quien nos referiremos como el “AED”, es el conocido teorema de Coase. De forma simplificada, este principio establece que, si realizar transacciones no implicara ningún costo, la disposición inicial de los títulos y potestades de propiedad, no alteraría el uso final que se haga de esos bienes. Imaginemos que un agricultor es dueño de su terreno y posee el derecho legal de evitar que las chispas de un tren cercano dañen sus cosechas, las cuales tienen para él un valor de 100 dólares. Por su parte, el ferrocarril obtiene un beneficio considerablemente mayor al mantener libre su vía, pero podría instalar dispositivos para detener las chispas por un costo de 110 dólares, eliminando así el riesgo de incendios y permitiendo operar

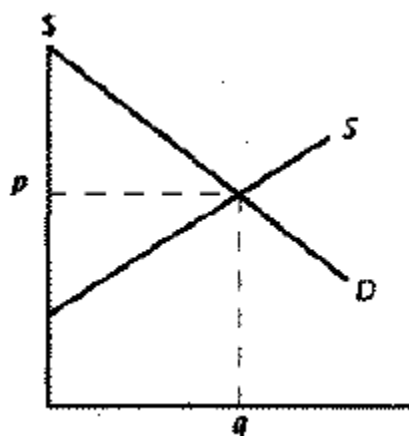
sin perjudicar al agricultor. En este escenario, el valor efectivo de la cosecha para el agricultor no se limita a 100 dólares, sino que se sitúa entre 100 y 110 dólares; esto se debe a que el ferrocarril, antes que gastar 110 dólares en instalar bloqueadores de chispas, preferiría pagar cualquier monto menor para comprarle al agricultor su derecho de propiedad. Así, el agricultor maximizaría su beneficio vendiendo ese derecho, y el terreno se destinaría a un uso que no se vea afectado por el fuego, como ocurriría si el ferrocarril fuera dueño desde el inicio, de manera análoga, si el ferrocarril posee desde el inicio el derecho a operar libremente en su vía, pero el cultivo del agricultor genera un beneficio superior al gasto que implicaría instalar los bloqueadores de chispas, el propio agricultor optará por adquirir el derecho de mantener su terreno protegido del fuego, en consecuencia, el terreno terminará utilizándose de la forma más eficiente y rentable, sin importar quién haya tenido originalmente los derechos de propiedad.

En un mercado competitivo, las dinámicas del intercambio tienden a fijar el costo de oportunidad como el límite tanto superior como inferior del precio. (¿Puedes ver por qué el caso del agricultor y el ferrocarril constituye una excepción a esta regla?). Cuando el precio supera el costo de oportunidad, se genera un incentivo para que más productores dirijan sus recursos hacia la elaboración de ese bien, lo que eventualmente incrementa la oferta y hace que el precio disminuya, según la ley de la demanda, hasta equipararse con el costo. (¿Por qué la competencia no lograría que el precio caiga por debajo del costo de oportunidad?). Este fenómeno puede visualizarse mediante la gráfica 1.2. En ella, la línea D representa cómo varía la cantidad demandada del bien a diferentes precios, mientras que la línea S refleja el costo de oportunidad asociado a

producir una unidad adicional del producto en distintos niveles de producción. A esta última también se le conoce como la curva del costo marginal de la industria. El costo marginal expresa cuánto varían el incremento en el gasto total derivado de producir una unidad adicional; dicho de otro modo, indica el gasto que se ahorraría si se redujera la producción en una unidad. (Los capítulos DC y x profundizan en el análisis del costo marginal). Esta definición permite comprender por qué el punto donde las curvas D y S se cruzan determina el nivel de precios y el volumen de intercambio que se estabilizan en condiciones de competencia. El “equilibrio” se refiere a una situación estable, en la que, si las condiciones de oferta y demanda permanecen constantes, no existe motivo alguno para que los productores modifiquen ni el precio ni el nivel de producción. ¿Por qué cualquier posición que se encuentre a uno u otro lado del punto donde se cruzan ambas curvas reflejaría una situación inestable, es decir, una condición de desequilibrio entre el precio y la cantidad del bien?

Figura 1.

Gráfica 1.2



Incluso en una situación de equilibrio competitivo a largo plazo, no puede garantizarse que todas las transacciones se realicen a precios exactamente iguales a los costos de oportunidad de los bienes vendidos, esta idea se desprende de la inclinación ascendente de la curva de oferta en la gráfica 1.2. El aumento del costo de producción conforme crece la cantidad elaborada indica que existe al menos un recurso esencial cuya disponibilidad es limitada frente a la demanda, como sucede con los terrenos fértiles o estratégicamente ubicados, lo que eleva progresivamente los costos; imaginemos, por ejemplo, que las tierras más productivas permiten cultivar maíz a un costo de un dólar por bushel, este costo total incluiría tanto los gastos directos para producir (como el personal de obra, fertilizantes, entre otros insumos) y el valor que tendría esa tierra si se destinara a su segundo mejor uso en tal escenario, si no se incrementara la producción de maíz, el precio de mercado alcanzaría los 10 dólares por bushel para el grano cultivado en esas tierras de mayor calidad. Resulta evidente que existirán estímulos para aumentar la producción, pero dado que la cantidad de tierra de alta calidad es limitada, se incorporarán terrenos de menor fertilidad al cultivo de maíz, estas tierras menos favorables demandarán un uso mayor de recursos como trabajo, fertilizantes y otros insumos; para obtener la misma cantidad de grano que se logra en las tierras más productivas.

Este proceso de ajuste y redistribución de los recursos continuará hasta alcanzar el punto en que el precio se iguale con el costo marginal, tal como se representa en la gráfica 1.2. En ese equilibrio, el precio del mercado corresponderá exactamente al costo del productor que opera en el margen. Supongamos que dicho costo asciende a 2.50

dólares por bushel. Todos los agricultores venderán su maíz a ese mismo precio, aunque aquellos que cultivan en tierras más fértiles afrontarán un costo de oportunidad (social) de solo un dólar, obteniendo así un beneficio adicional respecto a los demás productores.

La brecha entre los ingresos totales de la industria, representados en la gráfica 1.2 como el producto de $(p \times q)$ y la suma de los costos de oportunidad de producción (el área situada bajo la curva S hasta el punto q, conocida como renta económica) no debe interpretarse como la renta efectivamente pagada. En este contexto, el término renta hace referencia a la diferencia (positiva) entre los ingresos obtenidos y el total de los costos de oportunidad. Surge entonces la pregunta: ¿Quién es el beneficiario de esas rentas mostradas en la gráfica 1? Los beneficiarios no son los cultivadores de maíz, sino los dueños de las tierras más productivas (aunque en algunos casos ambas funciones coincidan en una sola persona, conviene distinguir entre el papel del propietario y el del productor): la competencia entre los agricultores terminará por eliminar cualquier ganancia extraordinaria derivada de la producción, transfiriendo íntegramente las rentas económicas a los propietarios de los recursos que las originan. Si fuera posible ampliar la superficie de tierra óptima sin incurrir en costos adicionales, la competencia acabaría con la escasez que da origen a las rentas y, en consecuencia, estas desaparecerían, por lo tanto, en un mercado competitivo, únicamente obtienen rentas aquellos propietarios de recursos cuya disponibilidad no puede incrementarse con rapidez ni a bajo costo para responder al aumento en la demanda de los bienes que dependen de dichos recursos. Los altos ingresos que perciben ciertos artistas,

deportistas y abogados exitosos incluyen rentas económicas originadas por la escasez natural de los talentos o capacidades que poseen: una voz excepcional, destrezas físicas sobresalientes o una notable capacidad analítica y argumentativa. Estas personas pueden obtener ganancias muy superiores a las que recibirían en cualquier otra profesión, aun cuando ofrezcan sus servicios dentro de un mercado completamente competitivo. Existe, sin embargo, otro tipo de renta económica analizada en el capítulo IX, que corresponde a los monopolistas que generan escasez de manera artificial para aumentar el valor de su producto.

Retomando el concepto de equilibrio, pensemos que el gobierno fija un precio máximo para el bien mostrado en la gráfica 1.2, colocándolo por debajo del nivel de equilibrio (ya que, si se ubicara por encima, no tendría efecto alguno). Esta intervención desplaza la línea de precios representada por los guiones hacia un punto inferior. Como resultado, el nuevo precio corta la curva de oferta en una posición situada a la izquierda de la curva de demanda, lo que refleja que la cantidad ofrecida será menor que la demandada. Esto ocurre porque el precio reducido disminuye la motivación de los productores para fabricar el bien, mientras que, simultáneamente, incrementa el interés de los consumidores por adquirirlo. El resultado de esta intervención es una escasez del bien. ¿De qué manera puede restablecerse el equilibrio? Recurriendo a mecanismos distintos al precio para distribuir la oferta limitada entre los consumidores. Por ejemplo, podría exigirse que los compradores esperen en largas filas para adquirir el producto; en tal caso, el valor del tiempo perdido funcionaría como un costo adicional que regula la extensión de la cola. Este tipo de situaciones es frecuente en los mercados donde los

precios se mantienen bajo control estatal, y a lo largo del libro se presentarán diversos ejemplos. Cuando se eliminan estas restricciones sobre los precios, las colas tienden a disminuir drásticamente o incluso a desaparecer, como lo demuestra la experiencia contemporánea de las naciones que anteriormente formaron parte del bloque comunista en Europa Central y Oriental. (Como ejercicio, trace una gráfica que muestre un exceso de oferta generado por un precio mínimo y analice sus efectos.)

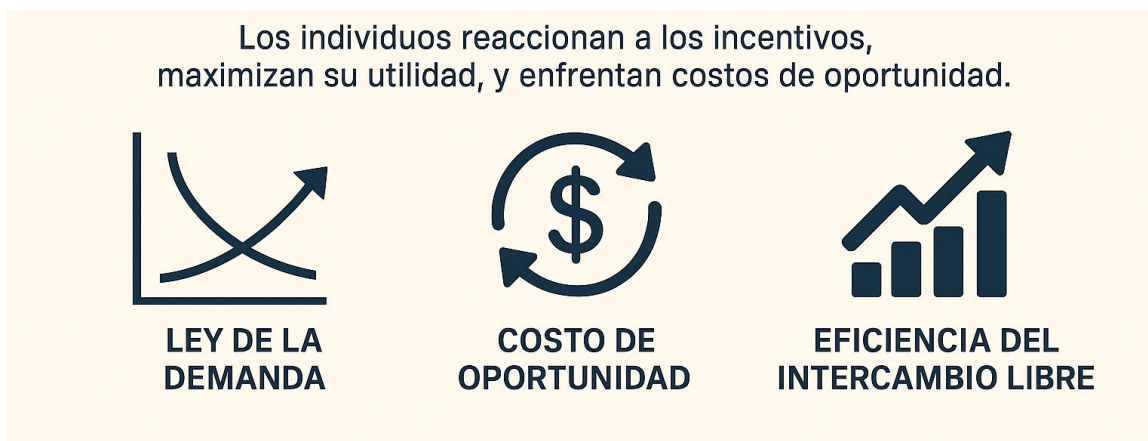
El tercer principio fundamental de la economía sostiene que, cuando se permite el intercambio libre entre las personas, es decir, en un mercado, los recursos tienden a orientarse hacia aquellos usos donde generan mayor valor. ¿Por qué, en el ejemplo anterior, el fabricante de cortadoras de césped ofrece pagar más por la mano de obra y los materiales que otros posibles compradores? Porque espera que, al emplear esos recursos, podrá vender su producto final a un precio más alto que el que lograrían los competidores; en otras palabras, esos recursos tienen para él un valor superior. De manera análoga, si un agricultor A ofrece comprar la finca de B a un precio más alto del que B estaría dispuesto a aceptar, es porque A puede aprovecharla de un modo que genera bienes de mayor valor para los consumidores, medido por lo que están dispuestos a pagar. Así, mediante el intercambio voluntario, los recursos fluyen hacia los usos donde su contribución al bienestar del consumidor es máxima. Cuando los recursos ya no pueden reasignarse para aumentar su valor, se considera que están siendo utilizados de manera eficiente.

Un supuesto comúnmente empleado en el análisis económico, aunque no del todo realista, es que no existen oportunidades de ganancia (entendidas como rentas, no

como rendimiento del capital) que permanezcan sin aprovechar. Estas oportunidades actúan como un imán que atrae recursos hacia actividades más rentables. Si ese imán no logra cumplir su función, el economista no concluye que las personas sean irracionales o que carezcan de interés en maximizar sus beneficios, sino que asume la presencia de obstáculos que impiden el libre movimiento de los recursos. Dichas barreras pueden incluir altos costos para obtener información, la existencia de externalidades, limitaciones naturales como la escasez de tierras fértiles, o cualquier otra condición estructural del sistema económico que se analiza en el presente libro.

Cuando no existen obstáculos al libre movimiento de los recursos, cada productor en el mercado, como el representado en la gráfica 1.2, se enfrenta a una curva de demanda perfectamente elástica, es decir, una línea horizontal al nivel del precio de mercado p , aunque el mercado total exhiba una curva de demanda descendente (esta puede entenderse como la suma de muchas curvas individuales casi planas de diferentes empresas, cuya agregación da lugar a una pendiente claramente negativa). La interpretación de una curva de demanda horizontal es clara: si un productor decide elevar su precio, incluso ligeramente, por encima del nivel de mercado, perderá inmediatamente a todos sus compradores, esto ocurre porque al incrementar su precio y generar así una diferencia entre el precio y el costo marginal, estaría dejando espacio para que otro competidor aproveche esa brecha y capte toda la demanda disponible. (pp 2535)

Figura 2.

La naturaleza del razonamiento económico**1.2. Las directrices del orden público económico**

Observado el punto anterior, ahora sí nos corresponde desarrollar propiamente la temática del presente capítulo. Lo cual precisamente haremos desde la precisa y pertinente información que al respecto nos brinda (Diez-Picazo, 1996), catedrático de Derecho Civil, quien en su obra titulada “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” señala lo siguiente:

El concepto de orden público económico es de aparición relativamente reciente y surge como una aplicación específica de la noción general de orden público al ámbito de la actividad económica, por ello, su delimitación enfrenta las mismas dificultades conceptuales que el orden público en sentido amplio. Buena parte de la doctrina considera que el orden público actúa como una restricción a la libertad individual, la cual se presume como principio general en las relaciones entre particulares. En consecuencia, el orden público marca los límites entre el ejercicio de esa libertad privada y la intervención del poder público. Trasladando esta idea al campo económico, se

entiende por orden público económico la intervención del Estado o de la Administración orientada a estructurar o regular la organización económica de la sociedad. En este sentido, Farjat lo define como “el conjunto de reglas imperativas aplicables a las relaciones contractuales que inciden en la organización económica, las relaciones sociales y la economía interna de los contratos”.

Desde nuestra perspectiva, el concepto de orden público económico posee un alcance más amplio que el de la mera intervención estatal en la economía. No se limita únicamente a las acciones del Estado destinadas a estructurar o dirigir el sistema económico de la sociedad. También forman parte del orden público económico aquellas directrices fundamentales que, en un momento histórico determinado, sustentan la organización y el funcionamiento del sistema económico vigente, independientemente del grado de intervención estatal. De este modo, el orden público económico puede incluso expresarse en la ausencia de intervención del Estado, como ocurre bajo el principio del *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* (“dejen hacer, dejen pasar, el mundo se gobierna por sí mismo”), que refleja una concepción de libertad económica plena.

Desde esta perspectiva, el orden público económico puede concebirse como el sistema de principios y disposiciones esenciales que integran el marco jurídico general y que, en un momento histórico determinado, decretan y estructuran la organización del sistema económico de una sociedad.

El concepto de orden público económico es una noción relativamente reciente dentro del derecho privado. Muy pocos especialistas del ámbito jurídico se han

ocupado de examinar este tema, intentando desarrollar una interpretación global que explique cómo se vinculan el Derecho privado y el sistema económico. En el marco del Derecho positivo, la noción surgió por primera vez en la Exposición de Motivos de la Ley promulgada el 27 de julio de 1963, sobre la represión de las prácticas restrictivas de la competencia. En dicha exposición, el legislador destacó que una de las particularidades de esa ley era su vinculación con el “orden económico”, y explicó que el “orden público” tradicional, entendido como una cláusula general protegida por el Código Civil, el Código Penal y las normas administrativas, era un concepto abierto o en blanco, que debía ser definido y concretado por la legislación según las circunstancias históricas. De acuerdo con la intención del legislador de esa época, dicha ley representaba un esfuerzo por delimitar un ámbito específico del orden público, orientado a la configuración de un orden público económico.

El concepto de orden público económico fue reconocido por F. de Castro en (Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad <<ADC>>, 1982). Según este autor, el término —aunque en apariencia neutro— puede entenderse desde dos perspectivas complementarias. La primera se refiere a la participación del Estado dentro de la actividad económica, lo que implica la existencia de mecanismos de regulación y de límites impuestos a la autonomía individual y a la libertad contractual, como consecuencia del accionar intervencionista de la administración pública en el ámbito económico. Desde una segunda aproximación, se recurre al concepto clásico de orden público reconocido por el artículo 1255 del Código Civil, específicamente al ámbito económico, que, según Castro interpreta este orden público como un conjunto

de normas no escritas o extralegales, cuya finalidad es impedir que, bajo el amparo de la libertad contractual, se puedan establecer acuerdos contrarios a los principios de justicia y moralidad. (op. Loc. cit. Pag.1948)

Se pueden distinguir, en efecto, dos ámbitos distintos. En el primero se ubican las acciones del Estado sobre la economía, las cuales generan reglas obligatorias que limitan la libertad de decisión de los individuos. Sin embargo, no todas las normas imperativas se pueden equiparar automáticamente con el orden público. Las disposiciones que reflejan la intervención estatal o administrativa en la actividad económica pueden constituir derecho legislado o regulaciones específicas, pero no deben considerarse, de manera esencial, como parte del orden público.

Desde otra perspectiva, resulta evidente que es posible referirse a lo que ciertos autores denominan la base económica de una sociedad, entendida como el conjunto de normas jurídicas que sirven de soporte al funcionamiento de la actividad económica o, en otras palabras, la organización del proceso económico. Desde esta perspectiva, existe una estructura económica que se encuentra integrada dentro de la constitución política. Dicho concepto se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 38 de la Constitución, así como en la mención a la libertad de empresa dentro del modelo de economía social de mercado. Sin embargo, también puede reconocerse la existencia de una constitución económica en un sentido más profundo, que no necesariamente se encuentra expresada de forma explícita en la carta política, pero que incorpora los principios y lineamientos que orientan el desarrollo económico de la sociedad. A este conjunto de principios se le denomina, de manera estricta, orden público económico.

Si entendemos al orden público económico como un conjunto de normas fundamentales, este debe concebirse jurídicamente como los principios del Derecho que rigen la actividad económica. Existen, entonces, principios legales de carácter general que orientan y estructuran la economía de cada nación en distintos momentos históricos. No se trata de normas fijas o eternas; por el contrario, surgen como producto de múltiples condicionantes, derivados de factores sociales, culturales y políticos. Además, su configuración puede depender también de las decisiones adoptadas por quienes detentan el poder en un determinado periodo.

Los principios legales que dan forma al orden económico tienen la misma validez y fuerza que los principios jurídicos generales que los sustentan. De este modo, funcionan como pautas fundamentales a partir de las cuales debe entenderse e implementarse todo el sistema jurídico.

Un desafío inicial para toda sociedad y para cualquier sistema legal consiste en determinar cómo se asignan los recursos de valor económico, especialmente cuando estos son limitados por su propia naturaleza.

De esta manera, es posible concebir un modelo en el que los recursos económicos sean propiedad de la comunidad y estén administrados por sus representantes, o bien por distintos colectivos u organizaciones sociales. Alternativamente, puede existir un esquema en el que dichos recursos se asignen directamente a individuos o personas particulares.

En la Constitución, el artículo 33 reconoce la propiedad privada como un derecho de los ciudadanos, pero establece que su ejercicio está condicionado por su

función social. Este artículo también protege la posibilidad de expropiación, dando a entender que nadie puede ser despojado de sus bienes o derechos salvo por razones de utilidad pública o interés social, siempre con la indemnización correspondiente y respetando lo que determinen las leyes.

Más allá del límite general impuesto por la función social en el artículo 33, la Constitución protege ciertos bienes económicos de manera especial y promueve la idea de que la riqueza debe orientarse al interés común. En este marco, el artículo 128 se entiende que toda la riqueza del país, sin importar su titularidad, está supeditada al bien general. Además, la ley puede reservar recursos y servicios esenciales para el sector público (art. 128.2), y se reconocen bienes de dominio público y comunales (art. 132), incluyendo zonas marítimas y costeras, así como los recursos naturales ubicados en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental. Además, se establece que las autoridades tienen la obligación de asegurar un aprovechamiento racional de dichos recursos (art. 45.2) y de proteger, fomentar y preservar el patrimonio histórico, cultural y artístico de la nación, independientemente de su régimen jurídico o de quién ostente su titularidad.

Figura 3.

Directrices del orden público económico**1.3. La iniciativa privada y la libertad económica**

Entre los fundamentos centrales que sostienen el actual sistema económico se encuentra el postulado de libre iniciativa en materia económica, el cual posee reconocimiento y respaldo dentro del marco jurídico nacional. Su efecto más relevante se refleja en las normas que garantizan la libertad de mercado, la iniciativa empresarial, la competencia económica y la posibilidad de contratar libremente. En esencia, esto implica que la producción, el intercambio y los contratos de bienes y servicios se llevan a cabo de manera autónoma y voluntaria por los individuos, actuando según su propia

decisión. En términos generales, se reconoce una dinámica social espontánea que el Estado no obstaculiza.

El artículo 38 de nuestra Constitución protege la libertad de emprender dentro del sistema de economía de mercado. Esto abarca tanto la posibilidad de crear empresas como la autonomía para dirigir las, gestionarlas y tomar decisiones sobre su funcionamiento. La libertad empresarial reconocida en este artículo está íntimamente ligada al fomento de la iniciativa privada en la economía. De este vínculo surge, como consecuencia natural, el derecho a contratar libremente.

Los contratos se constituyen a partir de la libre decisión de las partes que los suscriben, de modo que ninguna persona puede ser obligada a celebrar un acuerdo sin su consentimiento. Este fundamento esencial se encuentra reconocido en el artículo 1.255 del Código Civil, el cual consagra lo que doctrinalmente se denomina principio de autonomía privada o libertad de contratación dentro de las relaciones jurídicas.

No obstante, incluso en este ámbito, la concepción jurídica ha tenido que incorporar limitaciones claras a la libertad económica, incluyendo la libertad para celebrar contratos. Estas limitaciones pueden adoptar diversas modalidades. En el caso de una economía planificada, la organización de la producción y la distribución de bienes y servicios se rige de manera estricta por las orientaciones establecidas en el plan estatal. En cambio, dentro de un modelo de economía regulada o dirigida, la intervención del Estado busca corregir desequilibrios estructurales o alcanzar metas concretas, tales como incrementar la eficiencia productiva o promover una distribución más justa de los ingresos. Como resultado, surgen contratos obligatorios, contratos

impuestos por autoridades administrativas, acuerdos con cláusulas determinadas por la ley, obligaciones contractuales derivadas de monopolios o de bienes de primera necesidad (como agua o electricidad), así como regulaciones sobre precios, cuotas de suministro y otras restricciones administrativas.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 128 de la Constitución reconoce la participación del Estado en la economía y autoriza que ciertos recursos o servicios esenciales se asignen al sector público. Por su parte, el artículo 131 faculta al Estado, mediante ley, a planificar la actividad económica a nivel general, coordinar el desarrollo regional y promover tanto el crecimiento de la renta y la riqueza como su distribución más equitativa. En coherencia con estos principios, el artículo 38 garantiza la libertad de empresa, pero la equilibra con el rol del Estado de supervisar y proteger el ejercicio de esa libertad, de acuerdo con las demandas globales del sistema económico y con las metas trazadas dentro del proceso de planificación.

Figura 4.

Iniciativa privada y la libertad económica



1.4. La conmutatividad del comercio jurídico

El orden económico puede concebirse como una estructura organizada que abarca las dinámicas mediante las cuales se generan, intercambian y hacen llegar los bienes y servicios a la sociedad. Cuando se hace referencia a los bienes económicos, se comprende tanto a los bienes tangibles como a los servicios. En los casos en que la producción está a cargo de empresas, sean estas públicas o privadas, resulta necesaria la existencia de relaciones jurídicas de carácter privado que regulen el intercambio de dichos bienes y la prestación de servicios, entendida esta última como la realización de trabajo en favor de terceros. Desde esta perspectiva, se infiere que la circulación de bienes y servicios entre las personas debe fundamentarse en el principio de conmutatividad. Generalmente, el “intercambio” constituye la norma, mientras que los actos gratuitos son excepcionales. Sociológicamente, MAUSS y otros autores han señalado que los intercambios primitivos se originaron en la práctica de la donación: en sociedades antiguas, los bienes se ofrecían con la expectativa de recibir algo a cambio, incluso entre grupos que no tenían vínculos cercanos. Hoy en día, la noción de reciprocidad sigue influyendo en nuestra conducta, pero, desde un punto de vista económico, la gratuidad sigue siendo un fenómeno marginal. Está motivada más por razones morales, sociales o religiosas que por la lógica económica. En esencia, el sistema económico se fundamenta en el intercambio, y la regla de la conmutatividad del comercio jurídico se despliega siguiendo distintas pautas y estructuras.

El primer principio establece que ningún traspaso de bienes de un patrimonio a otro, ningún aumento de riqueza ni asignación de bienes puede considerarse válido o

efectivo sin que exista una causa reconocida por el ordenamiento jurídico que lo justifique. Esta idea constituye la base del denominado principio del «enriquecimiento injustificado» o «enriquecimiento sin causa», según el cual, cuando se produce un traslado o asignación de bienes sin la existencia de esa causa legalmente aceptada, quien recibe el beneficio está obligado a devolverlo. En otras palabras, los bienes deben retornar a su situación original. El segundo principio plantea que en toda transacción de bienes y servicios debe procurarse un equilibrio razonable entre lo que una parte ofrece y lo que la otra recibe. A este postulado se le denomina principio de equilibrio de las prestaciones. Dentro del contexto de una economía liberal, no se reconoce la existencia de un precio objetivamente justo, puesto que los valores se determinan en función de la interacción entre la oferta y la demanda en el mercado. Por este motivo, el Código Civil actual ha eliminado el antiguo recurso de rescisión por lesión, que permitía a quien sufría un desequilibrio en las prestaciones reclamar su corrección (cfr. art. 1.293 CC). La tradición del liberalismo jurídico consolidó el principio de *pacta sunt servanda*, exigiendo que los contratos se cumplan según su redacción literal. No obstante, el artículo 1.289 de nuestro Código Civil incorpora el principio de equilibrio entre las prestaciones como parámetro interpretativo para aclarar posibles dudas o ambigüedades dentro de los contratos. De este modo, cuando el acuerdo tiene carácter oneroso, las interpretaciones deben orientarse hacia una mayor correspondencia entre las obligaciones e intereses de las partes; en cambio, si se trata de un contrato gratuito, las incertidumbres se resuelven atendiendo a la menor transferencia de derechos, procurando en todo caso preservar la equidad y la reciprocidad.

En la jurisprudencia, ha tenido gran relevancia la alteración inesperada de las circunstancias, que puede afectar de manera profunda o incluso destruir los elementos objetivos sobre los cuales se basó un contrato, generando desequilibrios que exceden lo que razonablemente cada parte debía soportar según el riesgo asumido al celebrar el acuerdo. En estos casos, siguiendo la doctrina conocida como cláusula rebus sic stantibus o teoría de la base del negocio, los tribunales reconocen la posibilidad de revisar judicialmente el contrato para restaurar su equilibrio o, en última instancia, resolverlo. La justificación principal para estas medidas radica en que la carga sobrevenida resulta desproporcionada o en que se ha perdido la base del negocio debido a la ruptura del equilibrio de las prestaciones.

Figura 5.

La conmutatividad del comercio jurídico



1.5. La buena fe y la moralización de las relaciones

Económicas

El enfoque tradicional de las relaciones económicas se basaba en la premisa de que los contratos deben cumplirse siempre según lo pactado (*pacta sunt servanda*), prestando especial atención a la literalidad de sus términos. Esta postura responde a la necesidad de garantizar certidumbre y seguridad en el ámbito de los negocios. Siguiendo esta lógica, los acuerdos entre particulares, entendidos como negocios jurídicos, se regulan por normas legales, más allá de consideraciones morales o éticas. A partir de la segunda década de este siglo, se ha identificado en el Derecho privado una tendencia que, al mismo tiempo que cuestiona la visión liberal tradicional, propone incorporar principios morales en los negocios jurídicos. El objetivo de esta corriente es evitar resultados que se perciban como contrarios a los principios de justicia. Fue en ese contexto que G. RIPERT publicó su obra clásica sobre «La regla moral en las obligaciones civiles».

Existen diversas formas en que el Derecho, ya sea legal o contractual, incorpora principios morales o refleja una tendencia a moralizar las relaciones sociales. En primer lugar, la moral funciona como un límite a la autonomía de la voluntad, tal como lo establece el artículo 1.255 del Código Civil: los contratantes pueden pactar las cláusulas o condiciones que consideren, y estos acuerdos son obligatorios siempre que no contravengan la ley, la moral o el orden público. La segunda vía de esta influencia moral se manifiesta en el fortalecimiento del papel del requisito de la causa en los contratos.

Figura 6.

La buena fe y la moralización de las relaciones económicas

La tendencia a moralizar el Derecho se refleja en los esfuerzos por limitar o restringir la aplicación de los negocios jurídicos abstractos, de manera que se pueda evaluar la situación real detrás de ellos y no se proteja jurídicamente a quienes no lo merezcan. Un ejemplo de esto es la noción de causa torpe, mencionada en el artículo 1.275, que considera inválida toda causa contraria a la ley o a la moral. De manera similar, el principio general de buena fe contribuye a alcanzar estos mismos objetivos.

En su sentido más básico, la buena fe (*bona fide*) representa la confianza o expectativa de que otra persona actuará de manera correcta. Se manifiesta en la honestidad en las relaciones y en la fidelidad a lo prometido. Sin embargo, su alcance es mucho mayor: constituye un patrón de conducta que no puede codificarse completamente en la ley, sino que se encuentra en las creencias y la conciencia social, orientando el comportamiento individual. Aplicar la buena fe implica que los derechos

económicos deben ejercerse de manera honesta y que las obligaciones contractuales deben cumplirse con lealtad y rectitud.

No corresponde en este espacio desarrollar un estudio exhaustivo sobre la noción de la buena fe, la cual integra la teoría general del Derecho y, en el contexto nacional, constituye un elemento esencial de la parte general del Derecho Civil. La buena fe puede entenderse como el entorno en el que deben desarrollarse las relaciones jurídicas, especialmente las patrimoniales. Tras la Reforma de 1974, este principio quedó explícitamente reflejado en el artículo 7.1 del Código Civil, que establece que «los derechos deberán ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe». Aunque el Código no lo menciona de forma literal, este principio también aplica a las obligaciones, que representan la contraparte de los derechos.

El principio de buena fe se reconoce como fundamento central de todo el Derecho patrimonial en los principales sistemas jurídicos modernos. Por ejemplo, el artículo 242 del Código Civil alemán establece que el deudor debe cumplir su obligación según lo que demanden la buena fe (*Treu un Graben*) y las prácticas habituales del comercio (*Verkehrssitte*). Según Larenz, al comentar esta norma, tanto el deber del deudor como la conducta general de las partes en la relación contractual deben guiarse por los criterios de buena fe, tomando en cuenta las costumbres del tráfico jurídico. De manera similar, en el Derecho italiano, el artículo 1.175 del Código Civil dispone que deudor y acreedor deben actuar conforme a las normas de corrección y buena conducta.

En nuestro Código Civil, el artículo 7.1 es fundamental, ya que establece que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», lo que implica tanto un patrón de conducta en el ejercicio de los derechos como un límite a los mismos. Aunque el artículo 7 no lo indique de forma explícita, las exigencias de la buena fe también se aplican a las obligaciones, siguiendo la regla del artículo 1.258 para las obligaciones contractuales, que por la misma razón se extiende a cualquier tipo de obligación. Según lo dispuesto, el deudor debe cumplir todo lo que, según la naturaleza de su obligación, corresponda a los principios de buena fe. Además de estos dos artículos clave, 7 y 1.258, existen numerosas disposiciones en el Código que desarrollan y aplican este principio general. Por ejemplo, el artículo 1.478, inciso 5º, sanciona la mala fe del vendedor, y el artículo 1.705 establece que ciertas facultades del socio en una sociedad civil deben ejercerse de buena fe. (pp. 4250)

Capítulo II

Regulación Económica

Este capítulo nos llevará a examinar detenidamente cómo la economía, como elemento esencial de toda estructura gubernamental, demanda una participación estrecha del Estado (o gobierno) en su diseño y funcionamiento.

En este contexto, nos referiremos nuevamente al libro *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino* (Coloma, 1999), donde se explica lo siguiente: En un enfoque amplio, la regulación económica se entiende como la intervención del Estado en los mercados, modificando así el funcionamiento que tendrían de manera espontánea. En un sentido más limitado, se refiere únicamente a aquellas acciones permanentes del Estado que implican decisiones que, de otro modo, corresponderían directamente a los agentes económicos privados. De esta manera, dentro de lo que se denomina “regulación directa” (es decir, en su sentido restringido) se incluyen acciones como el establecimiento y control de precios y condiciones de los servicios públicos, los límites a las emisiones contaminantes y los requisitos de liquidez y solvencia para las instituciones financieras. Por otro lado, se consideran ejemplos de “regulación indirecta” (esto es, regulación en sentido amplio, pero no restringido)

aquellas disposiciones que prohíben prácticas anticompetitivas, que regulan mecanismos de negociación colectiva en materia laboral o que establecen procedimientos legales en casos de insolvencia o quiebra.

Algunos autores estadounidenses (por ejemplo, Viscusi, Vernon y Harrington, 1995) diferencian entre lo que llaman regulación económica y “regulación social”. La regulación económica se centra en corregir problemas derivados del poder de mercado e incluye la supervisión de monopolios naturales (especialmente en servicios públicos), así como las normas destinadas a proteger la competencia (como el control de fusiones y adquisiciones). Por su parte, la regulación social busca abordar otros tipos de fallas de mercado, como externalidades o información asimétrica, abarcando aspectos como la regulación de emisiones contaminantes, la seguridad de productos y servicios, y las condiciones higiénicas de locales comerciales e industriales, etc.

Como se señaló en el capítulo 1, la idea de regulación económica está estrechamente vinculada con el concepto de derecho económico propuesto por Olivera (1980). Según este autor, toda norma de derecho económico implica que el Estado distribuye recursos en situaciones de competencia, (es decir, cuando múltiples agentes reclaman un mismo bien y este resulta insuficiente para satisfacer todas las demandas).

En muchos casos, esta competencia se resuelve mediante procedimientos administrativos que dan “permisos de asignación” a los agentes económicos privados (como licencias de operación o controles sobre precios y características de los productos); en otros casos, la regulación se aplica a través de mecanismos de

prevención y sanción frente a infracciones, incluyendo multas, suspensión de actividades, la prohibición de ciertas prácticas, etc.

Otro concepto jurídico vinculado a la regulación económica es el de “poder de policía”. Aunque algunos autores consideran que no constituye una categoría jurídica independiente de las facultades generales del Estado (véase Gordillo, 1991), en la práctica se entiende como el conjunto de restricciones que una autoridad impone a las actividades privadas en defensa del interés general. En este sentido, el poder de policía abarca todas las acciones del Estado orientadas a regular y supervisar el comportamiento de los agentes privados, en contraste con aquellas situaciones en las que el Estado interviene directamente proporcionando bienes o servicios. Bajo esta perspectiva, la regulación económica constituye un componente del poder de policía, centrado en limitar o condicionar el funcionamiento de los mercados. El objetivo es proteger el interés público, entendido como el interés social en resolver problemas derivados del poder de mercado, las externalidades y la información asimétrica.

2.1. Monopolios naturales

Un monopolio natural ocurre cuando la forma más eficiente de suministrar un bien o servicio es mediante un único proveedor. Esto sucede porque los costos totales de producción son menores cuando una sola empresa atiende la demanda, en comparación con una situación en la que operan múltiples empresas, debido a la existencia de economías de escala y de alcance. Las economías de escala se refieren a las reducciones de costo por unidad que se logran al aumentar la cantidad producida; es decir, mientras más se produce, menor es el costo promedio. Por su parte, las

economías de alcance son las ventajas que surgen al producir simultáneamente varios bienes distintos, de modo que resulta más eficiente ofrecerlos juntos que concentrarse en la producción de un solo bien.

La presencia de monopolios naturales genera un desafío de política económica, ya que implica equilibrar la eficiencia en costos con los posibles efectos negativos sobre el intercambio. Por un lado, concentrar la producción en una sola empresa resulta más económico; por otro, esto puede reducir el bienestar de los consumidores si la empresa explota su posición dominante. Una solución común a este problema es la creación de monopolios regulados: el Estado garantiza a una empresa ser el único proveedor en un mercado específico, pero controla aspectos como el precio, la calidad del servicio, la obligación de atender a todos los clientes o la diferenciación entre ellos, con el fin de evitar abusos de su poder de mercado.

Desde la perspectiva de la eficiencia económica, la regulación de un monopolio natural debería basarse en la fijación de precios al nivel del costo marginal. Esto significa que el monopolista establecería un precio y una cantidad de producción tales que el valor adicional que los consumidores asignan al producto coincida con el costo de producir una unidad más. El objetivo es replicar, de manera artificial, el comportamiento que surgiría en un mercado perfectamente competitivo, buscando maximizar el bienestar social.

No obstante, en un monopolio natural resulta complicado aplicar la regla de fijación de precios al costo marginal, ya que esto podría generar pérdidas para la empresa. Esto ocurre porque, si el costo por unidad disminuye a medida que aumenta

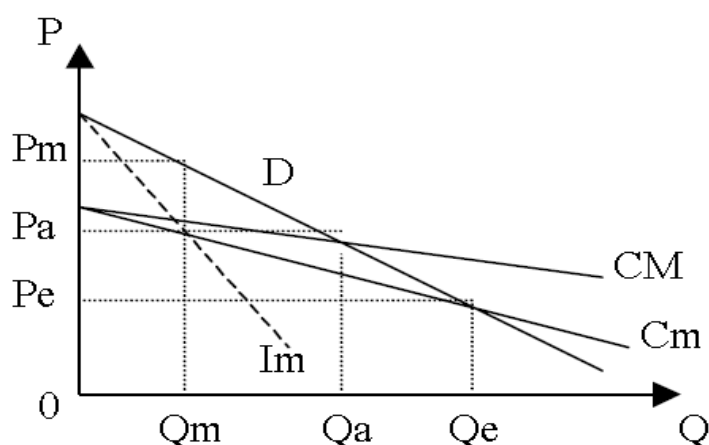
la producción, un precio igual al costo marginal estaría por debajo del costo promedio de producir el bien. Por lo tanto, si un regulador decide establecer precios siguiendo esta regla, debe implementar simultáneamente un sistema de subsidios para que la empresa pueda cubrir sus costos totales y, de ser necesario, obtener un retorno adecuado por el riesgo asumido.

La dificultad de implementar subsidios directos ha llevado a que la teoría económica proponga alternativas a la fijación de precios basada en el costo marginal para los monopolios naturales regulados. Una de las más sencillas es la fijación de precios al costo promedio, que permite que la empresa ofrezca su producto al precio más bajo posible sin incurrir en pérdidas. Para empresas que producen varios bienes, esta regla puede ajustarse, de manera que algunos productos (o clientes) paguen precios por encima del costo promedio, mientras que otros lo hagan por debajo, equilibrando así la rentabilidad general de la empresa.

Este principio se denomina “regla de Ramsey” y se fundamenta en la noción de que, en ciertas situaciones, aplicar precios diferenciados puede ser eficiente: permite aumentar la venta de productos con demanda más sensible al precio, compensando con una disminución relativamente menor en las ventas de aquellos bienes cuya demanda es más rígida.

Figura 7.

Gráfico 6.1



Esto se ilustra en el gráfico 6.1, donde se representa un monopolio natural generado por economías de escala. En dicho gráfico, el costo medio (CM) del bien “Q” disminuye continuamente a medida que aumenta la producción, lo que provoca que el costo marginal (Cm) también sea decreciente y se sitúe por debajo de “CM”. En este escenario, un monopolista sin regulación que busque maximizar su beneficio produciría “Qm” y fijaría un precio “Pm” (que corresponden al punto donde Cm se iguala con el ingreso marginal “Im”), en contraste, la situación eficiente sería ofrecer una cantidad “Qe” al precio “Pe” (igualando este último al costo marginal “Cm”).

Sin embargo, establecer el precio “Pe” significaría vender por debajo del costo medio, lo que ocasionaría pérdidas para la empresa que deberían cubrirse de alguna manera, por ejemplo, mediante un subsidio. Una opción alternativa es fijar un precio “Pa” igual al costo medio, lo que lleva a que la empresa suministre una cantidad menor a la óptima ($Q_a < Q_e$), pero que representa la solución más adecuada dentro de las que permiten mantener beneficios no negativos.

Otra estrategia común para establecer precios regulados es la aplicación de las llamadas “tarifas en dos partes”, que consisten en cobrar a cada cliente un cargo fijo o de conexión y un cargo variable por cada unidad consumida. Si el componente variable se ajusta al costo marginal de producción, el cargo fijo puede cubrir la brecha entre los ingresos obtenidos por el consumo y los costos totales de la empresa, de esta manera, se conservan las ventajas de la fijación de precios al costo marginal sin necesidad de otorgar subsidios al proveedor del bien o servicio. No obstante, este esquema requiere que el bien o servicio ofrecido sea tal que se pueda evitar el arbitraje entre los consumidores (es decir, que un cliente no pueda pagar solo el cargo fijo y luego revender las unidades adquiridas), por esta razón, su aplicación se limita principalmente a servicios públicos que se suministran mediante redes (electricidad, telefonía, gas natural o agua potable).

La implementación de las reglas de precios mencionadas previamente enfrenta varios obstáculos prácticos, principalmente porque requiere que el regulador conozca las funciones de costos (y, en ocasiones, las funciones de demanda) de la empresa. Este conocimiento suele ser difícil de obtener o muy costoso para el organismo estatal encargado de supervisar un monopolio natural. Además, genera efectos contraproducentes desde el punto de vista de la estrategia empresarial: por un lado, desincentiva a la empresa a mejorar su eficiencia (ya que cualquier reducción de costos se reflejaría en menores precios); por otro, fomenta que la empresa oculte sus verdaderos costos para obtener precios más altos y mayores beneficios.

Para enfrentar los problemas de incentivos asociados con la regulación basada en costos, los economistas han desarrollado distintos enfoques que se alejan gradualmente de las reglas tradicionales para monopolios naturales. Entre estos se encuentra la regulación por límites de precio (*pricecap regulation*), que consiste en establecer un precio inicial vinculado a un criterio de costo y luego aplicar una fórmula de ajuste que no dependa directamente de las variaciones en la eficiencia productiva de la empresa. De este modo, cualquier ahorro de costos que la empresa logre por encima de lo previsto en la fórmula de ajuste se traduce directamente en ganancias adicionales, mientras que cualquier incremento de costos no contemplado representa una pérdida de oportunidad. La principal desventaja de este enfoque es que aumenta considerablemente el riesgo empresarial ligado a la regulación y fomenta que las compañías intenten renegociar sus términos contractuales con el Estado. Para mitigar estos problemas, en la práctica se implementan esquemas híbridos que combinan techos de precios con la posibilidad de trasladar ciertos incrementos en el costo de insumos (*passthrough*), además de establecer revisiones tarifarias periódicas que ajustan los precios en función de los costos reales. Un ejemplo de este enfoque se encuentra en Argentina, donde se aplica para la regulación del servicio telefónico (Decreto 62/90) y para la distribución de electricidad y gas natural (Leyes 24.065 y 24.076).

Otra estrategia para abordar los problemas asociados con la regulación basada en costos es la llamada “regulación comparativa” (*yardstick regulation*), que consiste en aplicar un mismo esquema tarifario a varias empresas, utilizando como referencia los costos promedio de toda la industria. Esta metodología requiere cumplir con dos

condiciones que no siempre se dan: que cada compañía controle un monopolio natural sobre un segmento específico del mercado y que sus costos sean relativamente similares de antemano. Un ejemplo en Argentina de esta práctica es el transporte colectivo de pasajeros, donde cada empresa tiene la concesión exclusiva de un recorrido, pero las tarifas tienden a mantenerse uniformes dentro de la misma área urbana. Asimismo, la noción de regulación comparativa se refleja en la privatización de las empresas nacionales de telecomunicaciones, electricidad y gas natural, que fueron segmentadas por zonas y asignadas a distintas compañías. En muchos de estos casos, varios grupos de empresas operan bajo el mismo marco de tarifas reguladas (por ejemplo, Telefónica y Telecom en telecomunicaciones, y Edenor y Edesur en la distribución de electricidad).

La complejidad de fijar tarifas basadas en costos ha llevado a algunos economistas a sugerir que los reguladores permitan que los precios se determinen de manera competitiva al momento de otorgar la concesión del servicio regulado. Este enfoque, denominado “competencia por el monopolio” (franchise bidding), plantea que las empresas interesadas en operar un monopolio natural pujen ofreciendo el precio más bajo posible que aún les garantice un beneficio no negativo, incentivando así una gestión orientada a la reducción de costos.

El inconveniente de este tipo de esquemas es que su éxito depende de una definición extremadamente precisa de todas las condiciones de la licitación, incluyendo calidad del servicio, cobertura e inversiones requeridas. Además, genera incentivos para que la empresa adjudicataria busque renegociar posteriormente esos términos. En

Argentina, este mecanismo se aplicó en la concesión del servicio de agua potable y saneamiento para la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires a Aguas Argentinas S.A., regulado mediante los decretos 1443/91 y 2408/91.

Recientemente, se ha incorporado la competencia como herramienta para abordar problemas propios de la regulación en sectores que históricamente funcionaban como monopolios naturales integrados. En algunos de estos casos, se permite que varias empresas operen en los segmentos donde la competencia es viable, mientras que solo se regulan los tramos donde persisten claras ventajas monopolísticas. Esta estrategia facilita la determinación de costos y precios regulados, ya que gran parte de ellos queda reflejada directamente en precios de mercado resultantes de procesos competitivos. No obstante, la combinación de regulación y competencia puede generar al menos dos dificultades cuando las empresas compiten en ciertos segmentos, pero no en otros. Por un lado, el monopolista de la sección regulada podría usar su posición dominante para obstaculizar o encarecer la entrada de sus rivales en los segmentos competitivos. Por otro lado, surge el riesgo contrario: que los competidores no regulados se concentren únicamente en los tramos más rentables del mercado (creamskimming), dejando al monopolista regulado la carga de atender los segmentos menos lucrativos.

Figura 8.

Monopolios naturales

Para minimizar la probabilidad de que se den los comportamientos estratégicos antes mencionados, la combinación de competencia y regulación suele implementarse mediante una desintegración vertical completa. Esto implica que la entidad que administra un monopolio natural en un ámbito particular no puede intervenir en los espacios del mercado sujetos a competencia, ni las empresas competidoras pueden hacerlo en el área monopolizada. En el caso argentino, este marco se observa, por ejemplo, en los sectores eléctrico y de gas: la generación es competitiva, mientras que el transporte y la distribución se mantienen regulados como monopolios naturales, según lo dispuesto por las (leyes 24.065 y 24.076). No obstante, un posible inconveniente de este tipo de sistemas consiste en que, bajo determinadas

circunstancias, se corre el riesgo de perder los beneficios derivados de la integración vertical, lo que genera un aumento en los costos de transacción entre las compañías que operan en diferentes fases del proceso productivo y de distribución. Por ejemplo, en el mercado argentino de telecomunicaciones, la introducción de competencia no ha obligado a las compañías que administran el servicio de telefonía fija local, bajo un régimen de monopolio controlado, eviten intervenir en el ámbito de la telefonía de larga distancia, caracterizado por una competencia más intensa y una liberalización progresiva. En estos escenarios, las dificultades vinculadas al bloqueo de nuevos actores, descremación y situaciones similares deben abordarse según surjan, aplicando las normas generales de defensa de la competencia.

2.2. Relaciones laborales

En Argentina (como en muchos otros países) el derecho laboral se configura como una rama autónoma del sistema jurídico, con normas, tribunales y procedimientos propios, diferenciándose del derecho civil y comercial. Sin embargo, desde una perspectiva conceptual, puede considerarse una prolongación del derecho privado, ya que establece reglas generales para las relaciones entre agentes económicos privados (especialmente entre empleadores y trabajadores) abarcando tanto los contratos laborales como la responsabilidad de los empleadores.

Figura 9.

Relaciones laborales

Algunas normas laborales funcionan como mecanismos de regulación económica, porque requieren que el Estado intervenga en los mercados de trabajo no solo para organizar jurídicamente las relaciones, sino también para modificar cómo operarían de manera espontánea. Entre estas destacan las disposiciones sobre salario mínimo y las relativas a la negociación colectiva. El salario mínimo constituye una regulación directa, ya que el Estado establece un precio que reemplaza al que determinaría el mercado; mientras que la negociación colectiva representa una regulación indirecta, porque la intervención estatal altera el equilibrio que se formaría en ausencia de regulación.

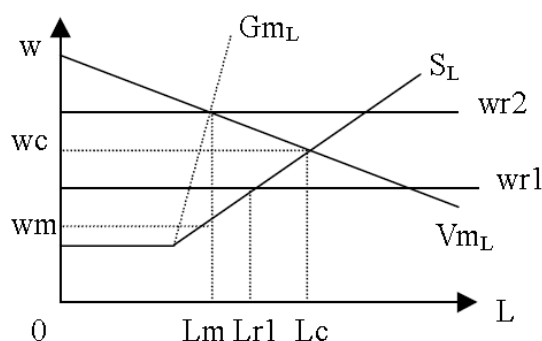
La justificación económica de estas regulaciones laborales se basa en las imperfecciones de los mercados de trabajo, especialmente por el poder que poseen los empleadores (quienes pueden actuar de manera monopsónica). Este poder puede hacer

que, sin intervención estatal, los salarios y el nivel de empleo sean más bajos que los que surgirían en un mercado competitivo, generando una pérdida de eficiencia al reducirse la cantidad de trabajo intercambiado. En este contexto, establecer un salario mínimo por encima del nivel monopsoníaco (pero sin superar el salario competitivo) puede aumentar el empleo, forzando a los empleadores a comportarse como tomadores de precios.

El gráfico 6.3 ilustra un mercado laboral en equilibrio monopsoníaco, con salario W_m y empleo L_m y muestra cómo un salario mínimo puede modificar esta situación. Si el salario mínimo se sitúa entre el nivel monopsonio y el salariocompetitivo ($W_m < W_r1 < W_c$), la regulación aumenta el empleo ($L_{r1} > L_m$), acercándolo al nivel eficiente de un mercado competitivo (L_c). En cambio, si se fija un salario mínimo por encima del salario competitivo ($W_{r2} > W_c$), cuando el mercado ya opera eficientemente, la regulación reduce el empleo ($L_{r2} = L_m < L_c$) en lugar de aumentarlo.

Figura 10.

Gráfico 6.3

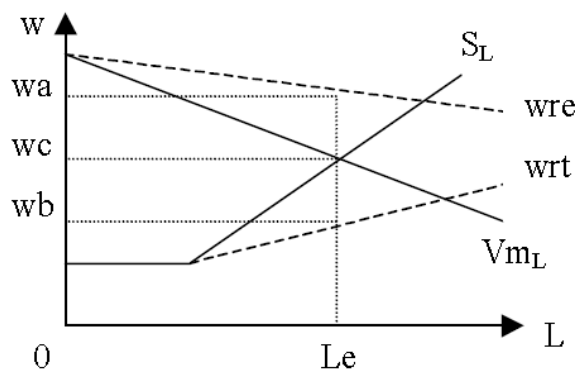


Otra forma de modificar el equilibrio en los mercados laborales es equilibrar el poder de los empleadores mediante la creación de un poder equivalente para los

trabajadores. Para ello, se promueven leyes que apoyan la formación de sindicatos y establecen la negociación colectiva de salarios y condiciones laborales (lo que también influye indirectamente en el nivel de empleo). Estas normas sustituyen parte del sistema de contratación individual (en el que cada trabajador acuerda directamente con su empleador), por un esquema colectivo, en este sistema, negocian grupos de empleadores (por ejemplo, a través de cámaras o asociaciones) y representantes de los trabajadores de un sector específico. Cuando los costos de transacción son bajos, esta negociación colectiva puede generar un resultado eficiente, alcanzando un nivel de empleo (cercano al que se lograría en un mercado laboral competitivo). El salario que se acuerda no se define únicamente por las fuerzas de un mercado competitivo (en el que ni los trabajadores ni los empleadores poseen poder de negociación), en cambio, depende principalmente de las opciones externas disponibles para cada parte, del procedimiento utilizado en la negociación y del costo relativo que representa para cada grupo prolongar el proceso negociador.

Figura 11.

Gráfico 6.4



El gráfico 6.4 muestra un escenario de negociación colectiva entre empleadores y trabajadores que permite alcanzar un nivel de empleo eficiente (L_e). Este nivel se determina cuando el precio teórico de oferta de trabajo (SL) se iguala con el valor marginal de la productividad laboral (VmL), no obstante, el salario acordado no necesariamente coincide con el salario de equilibrio competitivo (w_c), ya que ambos grupos poseen poder de mercado y no son tomadores de precios. En consecuencia, el salario resultante de la negociación puede situarse en cualquier punto entre “ w_a ” y “ w_b ”, que representan los límites entre los cuales los empleadores están dispuestos a contratar y los trabajadores a trabajar (es decir, los salarios de reserva “ w_{re} ” y “ w_{rt} ” correspondientes al nivel de empleo L_e).

En Argentina, el salario mínimo se encuentra regulado por los artículos 116 a 120 de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744). Su propósito principal es garantizar que todos los trabajadores reciban una remuneración que les permita cubrir necesidades básicas como alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión”.

En este sentido, se puede suponer que, en general, el salario mínimo debería ubicarse por debajo del nivel de equilibrio competitivo en la mayoría de los mercados laborales, sin embargo, los criterios utilizados para su determinación no aseguran necesariamente esta situación, pues no consideran el valor de la productividad del trabajo que se remunera. Probablemente por esta razón, la Ley 24.013 (conocida como “Ley de Empleo”), estableció disposiciones complementarias indicando que el salario mínimo debe fijarse también teniendo en cuenta “los datos de la situación socioeconómica”

(artículo 139), lo cual permite incorporar de manera indirecta aspectos relacionados con la productividad. En la práctica, dichas disposiciones han ayudado a reducir de forma considerable los impactos (tanto favorables como desfavorables) que la regulación laboral genera en la mayoría de los mercados de trabajo de la economía argentina.

En cuanto a la legislación sobre convenciones colectivas de trabajo, la normativa vigente es la Ley 14.250, modificada en 1988 por la Ley 23.545. Esta ley tiene como objetivo que las convenciones colectivas establezcan condiciones de empleo y niveles salariales obligatorios para todo un sector, resultantes de la negociación entre una asociación de empleadores y un sindicato con personería gremial. El convenio alcanzado debe ser homologado por la autoridad laboral (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) y, en caso de disputas, puede ser interpretado por una comisión paritaria compuesta por representantes de empleadores y trabajadores, presidida por un funcionario de dicha autoridad. Estas disposiciones buscan facilitar la negociación, otorgando mayor seguridad sobre la aplicación efectiva de lo acordado y reduciendo la probabilidad de comportamientos oportunistas posteriores.

De manera similar a lo que ocurre con las disposiciones sobre salario mínimo, las normas que regulan las convenciones colectivas de trabajo han ido perdiendo relevancia en las últimas décadas debido a una tendencia creciente hacia la desregulación laboral. En Argentina, esta tendencia se refleja parcialmente en la Ley 24.467 (flexibilización laboral para pequeñas y medianas empresas) y la Ley 25.013 (reforma laboral). Desde un enfoque económico, la desregulación se fundamenta en la

idea de que, en un contexto de mayor competencia entre empresas, ciertas regulaciones generan un costo social superior al que implicaría un funcionamiento espontáneo del mercado, por ello, se considera más eficiente fomentar esquemas de contratación competitiva que mantener sistemas de negociación colectiva sectoriales. (pp 94107).

Capítulo III

Fundamentos Axiológicos del Análisis Económico del Derecho

Siguiendo con el estudio del Análisis Económico del Derecho “AED”, nos centraremos ahora en identificar los fundamentos axiológicos que se vinculan con esta disciplina. Para ello, recurriremos al trabajo de (Cooter, 2000) titulado “Las mejores leyes correctas: Fundamentos axiológicos del análisis económico del Derecho”, en el cual se aborda esta temática de la siguiente manera:

Como una esfinge en el desierto, aparece en el ámbito jurídico, desafiando con su enigma a quienes buscan respuestas filosóficas: ¿Es utilitarismo, ciencia, materialismo o ideología? Los economistas, en general, parecen mostrarse indiferentes o incluso condescendientes ante estas interrogantes, de manera similar a como un compositor percibe las críticas musicales. Para ellos, predecir precios de mercado constituye una forma más práctica de abordar la realidad; a diferencia de los precios, las leyes surgen tras debates y deliberaciones profundas, en los cuales los valores y significados juegan un papel central. La teoría jurídica y la filosofía se entrelazan de manera sutil, y un entendimiento filosófico resulta crucial para que la economía se

conecte con la teoría jurídica y sea incorporada más fácilmente en el derecho y en los tribunales.

Un primer modo de abordar el Análisis Económico del Derecho “AED consiste en situarlo dentro de una tradición filosófica más amplia y antigua, considerándolo una versión moderna del utilitarismo, del materialismo o incluso una nueva ciencia. Sin embargo, este no es el enfoque adoptado en el presente trabajo. En lugar de vincular al AED con otras corrientes, se busca explicarlo desde su propia lógica. El concepto central para lograrlo es el de eficiencia. En el lenguaje común, “eficiencia” suele entenderse como “sin desperdicio”. Los economistas, no obstante, han refinado esta noción, concentrándose en la idea de evitar el desperdicio de recursos monetarios. Como meta de la política económica, esta definición resulta particularmente convincente, ¿Quién aboga públicamente por el desperdicio de dinero?

Entre los diversos tipos de eficiencia que los economistas aplican al ámbito jurídico, uno de los más valorados es el de eficiencia de Pareto. Este concepto tiene su origen en el utilitarismo, aunque, como un “hijo rebelde”, mantiene una postura crítica frente a él. Pese a su cercanía con la ciencia económica, no puede considerarse parte directa de su núcleo teórico. Además, aunque se comporta de manera ejemplar en contextos teóricos sólidos, puede verse influido por sesgos propios del materialismo y la ideología. Por ello, la eficiencia de Pareto se considera un concepto híbrido o “mixto”, ya que trasciende las categorías tradicionales de las disciplinas filosóficas y económicas clásicas.

Las leyes que son eficientes en el sentido de Pareto logran satisfacer las preferencias individuales de manera superior a las alternativas posibles. En este marco, el Análisis Económico del Derecho (AED) ofrece una guía práctica para diseñar normas jurídicas más adecuadas. No obstante, dentro del Estado coexisten distintas corrientes y grupos que promueven concepciones diversas sobre lo que se considera correcto o incorrecto. Así, las leyes que reflejan tales concepciones se entienden como “correctas” en relación con cada una de ellas. El enfoque económico sobre las “mejores leyes” resulta compatible con múltiples visiones de justicia y corrección jurídica. La relación entre la eficiencia de Pareto y los valores fundamentales del derecho se resume en la idea de las “mejores leyes correctas”, noción central en el desarrollo teórico del autor.

3.1. Historia de una idea

Un repaso histórico de las ideas que dieron origen al concepto de eficiencia de Pareto permite comprender mejor su alcance y relevancia. La teoría económica moderna comenzó a consolidarse hacia finales del siglo XIX, cuando la teoría de la utilidad se combinó con el cálculo matemático. La noción fundamental emergió al advertirse que el conjunto óptimo de bienes que adquiere un consumidor no podía expresarse como el punto en el cual la utilidad marginal se iguala al precio. Este cambio de enfoque (centrarse en la utilidad marginal en lugar de la utilidad total) permitió aclarar antiguos enigmas sobre la formación de precios. Un ejemplo clásico es la paradoja del valor, que cuestionaba ¿Por qué los diamantes tienen un precio superior al del agua?, pese a que ésta posee una mayor utilidad total. La respuesta radica en su

escasez relativa, ya que la utilidad marginal de los diamantes supera a la del agua. Este nuevo enfoque dio lugar a una serie de avances teóricos tan significativos que fueron denominados la revolución marginalista.

A comienzos del siglo XX, los economistas aún se enfrentaban a una cuestión no resuelta: la relación entre el concepto de utilidad marginal, empleado en la teoría de precios, y la noción de utilidad propuesta por Jeremy Bentham, quien utilizaba indistintamente los términos “utilidad”, “placer” y “felicidad”. Bentham desarrolló un sistema filosófico completo sustentado en la idea de que las políticas públicas debían orientarse a maximizar la suma de las utilidades individuales. Este principio implicaba que las utilidades de las distintas personas podían agregarse y compararse sin distinción, una suposición que Bentham aceptó, aunque nunca formuló una teoría general ni ofreció métodos concretos para medir dichas utilidades de manera práctica.

Los economistas marginalistas advirtieron que, al tomar decisiones sobre qué combinación de bienes adquirir, un consumidor se guía principalmente por valores subjetivos, es decir, por sus preferencias individuales. No obstante, la propuesta de Bentham de agregar los valores de distintas personas requería la existencia de un criterio de comparación interpersonal. Además, para que tal enfoque tuviera validez en el ámbito de las políticas públicas, debía sustentarse en una base objetiva, que trascendiera las meras preferencias personales de los individuos.

Las diferencias entre las utilidades objetivas y subjetivas pueden ilustrarse mediante un ejemplo propuesto por Vilfredo Pareto. Este autor observó que, aunque las personas valoran las papas como un bien deseable, una dependencia excesiva de

ellas puede generar consecuencias negativas, tal como se evidenció durante la hambruna irlandesa. A partir de esta reflexión, Pareto distinguió dos acepciones del término “utilidad”. En primer lugar, la utilidad puede entenderse como la valoración subjetiva que las personas otorgan a los bienes según el grado en que estos contribuyen a su placer o felicidad, por ejemplo, el precio de mercado de las papas refleja su utilidad marginal subjetiva para los consumidores. Sin embargo, este valor subjetivo no siempre coincide con la contribución objetiva que un bien realiza efectivamente al bienestar. De ahí que, según Pareto, muchos agricultores irlandeses sobreestimaran el valor de las papas. Para evitar esta confusión conceptual, propuso utilizar el término “ofelinidad” para referirse a los valores subjetivos, reservando el término “utilidad” exclusivamente para los valores objetivos.

Aunque los términos propuestos por Pareto no lograron una amplia aceptación, la distinción entre utilidad subjetiva y objetiva sí adquirió relevancia en la teoría económica. Décadas después, esta diferenciación cobró especial importancia con los acontecimientos de la década de 1930, periodo conocido como la revolución ordinalista. Para comprender dicho cambio teórico, es necesario establecer una distinción técnica entre utilidad cardinal y utilidad ordinal. Imaginemos, por ejemplo, que los estudiantes de una clase son ordenados según su peso, de menor a mayor. Este orden permite conocer la posición relativa de cada persona, pero no ofrece información sobre las diferencias cuantitativas entre ellas. Así, el estudiante que ocupa el cuarto lugar no necesariamente pesa el doble que el del segundo, ni es posible determinar la suma total de sus pesos únicamente a partir del orden establecido. En consecuencia, clasificar

a las personas proporciona información ordinal, pero para sumar o comparar magnitudes se requiere una escala de medición cardinal que permita cuantificar con precisión los valores.

Imaginemos que es posible ordenar los distintos estados del mundo desde los más favorables hasta los menos deseables. De manera análoga, los números reales pueden organizarse de menor a mayor, lo que permite asociar un número a cada estado, de modo que los valores más altos representen los estados considerados mejores. Esta correspondencia constituye una función de utilidad ordinal (del término “ordinal”, que alude al “orden”). Dicha función únicamente proporciona información sobre el orden de preferencia de los estados según el individuo, pero no permite cuantificar las diferencias entre ellos ni comparar o sumar utilidades entre distintas personas. Para lograr esto último, sería necesario contar con una escala más precisa, denominada escala de utilidad cardinal interpersonalmente comparable, o simplemente una función de utilidad cardinal.

Cuando se dispone de las funciones de utilidad ordinal, estas ofrecen información suficiente sobre el comportamiento de los consumidores para predecir qué combinaciones de bienes adquirirán ante distintos niveles de precios. De forma inversa, si se conoce qué combinaciones de bienes eligen las personas a diferentes precios, también es posible inferir sus funciones de utilidad ordinal. No obstante, las utilidades cardinales no resultan necesarias para explicar las decisiones de consumo, ni pueden derivarse directamente de ellas. Esta distinción entre lo ordinal y lo cardinal evidencia

que el concepto de utilidad empleado en la teoría de los precios difiere significativamente del propuesto por Bentham en su teoría.

La revolución ordinalista de la década de 1930 marcó un punto crucial al reformular de manera más precisa y matemática la diferencia entre utilidad ordinal y utilidad cardinal, dotándola además de un significado metodológico profundo. Durante este periodo de la historia intelectual, existía un marcado interés por distinguir los enfoques científicos de aquellos que no lo eran. En este contexto, la distinción ordinal cardinal se incorporó a dicho debate, especialmente a partir del aporte de Robbins, quien argumentaba que las utilidades ordinales reflejan el comportamiento observable (objeto legítimo de la ciencia), mientras que las utilidades cardinales se relacionan con juicios de valor, los cuales trascienden el ámbito científico. De acuerdo con Robbins, no solo resulta imposible deducir utilidades cardinales a partir del comportamiento del mercado, sino que tampoco es factible hacerlo mediante la observación de cualquier otro tipo de conducta humana. La incapacidad de los economistas y filósofos de generaciones anteriores para distinguir de forma precisa entre utilidad ordinal y cardinal fue interpretada como un fracaso en la diferenciación entre hechos y valores, o entre lo que es científico y lo que no lo es. Esta perspectiva teórica, que cobró amplia aceptación entre los economistas de las universidades estadounidenses a partir de la década de 1950, sostiene que no existen fundamentos científicos que permitan sumar las utilidades de distintas personas, tal como lo proponían las teorías utilitaristas de Bentham.

En el ámbito de las políticas públicas, Pareto propuso una solución al problema de la asignación de recursos que resultó ser más influyente de lo que él mismo anticipó. Su análisis, posteriormente perfeccionado por diversas generaciones de economistas, parte del supuesto de que existe una distribución inicial de recursos determinada fuera del modelo. A partir de dicha distribución, el enfoque paretiano evalúa si es posible realizar una reasignación que mejore la situación de al menos una persona sin perjudicar a otra. Si tal mejora es factible, se considera una mejora paretiana; si no lo es, se entiende que la distribución inicial es eficiente en el sentido de Pareto (o también llamado óptimo de Pareto). De esta forma, la eficiencia paretiana se alcanza mediante sucesivas reasignaciones hasta que ya no existan oportunidades adicionales para generar mejoras sin causar perjuicios.

Es importante destacar que las mejoras paretianas se evalúan conforme a la valoración subjetiva que cada individuo otorga a los recursos que le son asignados. Para determinar si un cambio representa una mejora para una persona (según sus propias preferencias), sin que otra resulte perjudicada, basta con conocer su ordenamiento subjetivo de los resultados de la política aplicada. En consecuencia, para establecer si una economía o un país es eficiente en el sentido de Pareto, es suficiente contar con información sobre las utilidades ordinales de los individuos involucrados, sin necesidad de recurrir a mediciones cardinales. Por tanto, la eficiencia paretiana actúa como una referencia para la formulación de políticas basadas exclusivamente en valores subjetivos, sin requerir comparaciones o agregaciones de utilidades entre diferentes personas.

Resulta pertinente observar cómo este concepto se aplica dentro del Análisis Económico del Derecho (AED). En este enfoque, un análisis económico típico, conocido en su forma más desarrollada como teoría general del equilibrio, modela matemáticamente el comportamiento de diversos agentes económicos y evalúa si sus interacciones conducen a una situación de equilibrio. Una vez demostrada su existencia, se examinan sus características, como la unicidad, estabilidad y eficiencia en el sentido de Pareto. Este tipo de análisis, o al menos una parte de él, se aplica con frecuencia en el campo del AED. Asimismo, una variante especialmente relevante denominada estática comparativa permite identificar los equilibrios generados por distintas normas jurídicas y contrastar su nivel de eficiencia.

A modo de ejemplo, uno de los primeros resultados significativos que aplicó la teoría del equilibrio al derecho consuetudinario fue el estudio clásico de John Brown sobre la responsabilidad objetiva. En dicho trabajo, el autor evaluó la eficiencia del comportamiento preventivo frente a distintas normas sobre responsabilidad por daños. Un hallazgo relevante de su análisis fue que, en contextos donde la eficiencia exige que tanto los causantes del daño como las víctimas actúen con diligencia y prudencia, la responsabilidad objetiva no siempre promueve tal resultado. En tales circunstancias, de acuerdo con el modelo de Brown, una transición normativa desde la responsabilidad objetiva hacia un régimen basado en la negligencia podría, en principio, generar mejoras para algunos actores sin perjudicar a otros.

Una economía eficiente en términos de Pareto puede entenderse como aquella que maximiza el valor de los recursos de los que las personas disfrutan. Esta misma

lógica de razonamiento caracteriza al Análisis Económico del Derecho “AED”, en la medida en que la eficiencia de Pareto constituye su principio central. Desde esta perspectiva, los derechos, obligaciones, privilegios, poderes y responsabilidades que la ley asigna a las personas pueden considerarse recursos cuya distribución inicial es determinada de forma exógena. El AED, entonces, examina si es posible reajustar esta asignación legal de manera que al menos una persona resulte beneficiada sin que ninguna otra se vea perjudicada. En consecuencia, el objetivo es maximizar el valor de los recursos jurídicos para quienes los ejercen. Bajo esta lógica, cualquier norma ineficiente podría ser reemplazada por otra más eficiente, redistribuyendo sus beneficios de modo que se mejore la situación de algunos sin empeorar la de nadie. De esta manera, el desperdicio se concibe como una forma de irracionalidad que debe ser eliminada del derecho y de las políticas públicas.

Un modelo económico suele concentrarse en un conjunto limitado de leyes o prácticas jurídicas, mientras mantiene otras constantes en el trasfondo del análisis. Dentro del modelo, las normas seleccionadas como variables endógenas se modifican para comparar sus niveles de eficiencia relativa. No obstante, no existen restricciones intrínsecas sobre qué disposiciones deben considerarse variables o cuáles deben permanecer fijas. La aplicación reiterada del principio paretiano permite someter todas las reglas a examen, conservando únicamente aquellas que mejoran la situación de algunas personas sin perjudicar a otras. Aunque este proceso propuesto por Pareto es gradual y continuo, en el largo plazo todas las leyes pueden transformarse o

reemplazarse, del mismo modo que un carpintero sustituye, poco a poco, los tablones de un barco mientras este sigue navegando sin hundirse.

Al evaluar si un cambio constituye una mejora, el análisis paretiano no impone los valores de una persona sobre otra, manteniéndose así coherente con la relatividad del valor y el escepticismo moral. En este sentido, el modelo de Brown parte de una asignación inicial de derechos legales semejante a la existente en la actualidad, pero introduce la posibilidad de modificar la regla de responsabilidad objetiva. El análisis demuestra que, bajo determinadas condiciones, la adopción de una norma basada en la negligencia puede generar una situación de mejora para algunos sin perjudicar a otros, al menos de manera teórica, a diferencia de lo que ocurriría bajo un régimen de responsabilidad estricta. Esta demostración no implica adhesión a ningún ideal distributivo específico, como se expondrá más adelante.

3.2. Ideales distributivos

La evaluación de los cambios en las políticas públicas tomando como referencia el statu quo constituye uno de los enfoques más comunes entre los economistas, quienes suelen preferir dejar los aspectos políticos y filosóficos a otras disciplinas. Sin embargo, aplicar el análisis paretiano al statu quo es más bien un hábito metodológico que una exigencia del propio modelo. En efecto, el marco distributivo de derechos que se asume como constante dentro del análisis paretiano no necesariamente debe corresponder al statu quo, sino que puede derivarse de una determinada política pública o teoría moral. Un ejemplo de esta perspectiva se encuentra en el trabajo de Rawls, *A Theory of Justice* (1971), quien plantea un principio de distribución igualitaria radical

conocido como “el maximin”, según el cual las desigualdades solo se justifican si contribuyen a mejorar la situación de los sectores más desfavorecidos. Asimismo, Rawls sostiene que los resultados de los acuerdos sociales deben ser Paretoeficientes. De este modo, la combinación entre una distribución equitativa del ingreso y la eficiencia de Pareto constituye, para Rawls, el acuerdo social más justo.

En un contexto inicial de marcada desigualdad, alejado del ideal propuesto por Rawls, avanzar hacia el principio del maximin implica una redistribución del ingreso desde los sectores más acomodados hacia los menos favorecidos, lo cual necesariamente genera una pérdida para algunos individuos. Desde la perspectiva de la eficiencia de Pareto, este tipo de redistribución no constituye una mejora, dado que no todos los agentes resultan beneficiados. No obstante, una vez alcanzado el maximin, cualquier cambio adicional que mejore la situación de algunos sin perjudicar a otros dejaría de ser necesario para lograr el denominado “acuerdo más justo”. En términos generales, las mejoras paretianas por sí solas no garantizan una distribución equitativa del bienestar, aunque el ideal de justicia rawlsiano exige, como condición esencial, la eficiencia de Pareto.

El ideal distributivo planteado por Rawls representa solo una de las múltiples posibilidades que pueden articularse con el análisis paretiano. Esta diversidad de enfoques ya había sido anticipada por Aristóteles, quien sostenía que las distintas formas de organización social adoptan principios distributivos acordes a su naturaleza política: las democracias, por ejemplo, tienden a promover una distribución equitativa entre todos los ciudadanos, mientras que las aristocracias privilegian una mayor

asignación de recursos a los considerados más virtuosos o meritorios. En cualquier caso, sin importar el principio distributivo adoptado, el acuerdo más justo debe orientarse siempre a la eliminación del desperdicio, garantizando así la eficiencia en la utilización de los recursos sociales.

La búsqueda de la eficiencia de Pareto resulta compatible con diversas perspectivas acerca de los objetivos redistributivos de una sociedad, pudiendo extenderse desde posturas escépticas hasta visiones de igualitarismo radical. Cuando la eficiencia paretiana se vincula con una posición escéptica, el punto de referencia para evaluar las mejoras se sitúa en el presente histórico tal como está configurado. En cambio, cuando se integra con teorías normativas o ideales de justicia, la situación inicial desde la cual se miden las mejoras paretianas se define conforme a los principios de justicia social adoptados por dichas teorías. En este sentido, el análisis paretiano, como fundamento del Análisis Económico del Derecho (AED), puede considerarse neutral, al menos en términos teóricos, frente a la mayoría de los principios distributivos.

Figura 12.

Ideales distributivos



3.3. ¿Por qué no utilitarismo?

Como se ha mencionado anteriormente, la teoría económica moderna se configuró a partir de la unión entre el utilitarismo y el cálculo matemático. El análisis económico mantiene aún elementos característicos del pensamiento utilitarista, los cuales resultan esenciales para su aplicación en el ámbito jurídico. Uno de estos rasgos es la concepción del tiempo, que coincide con los principios del utilitarismo, según los cuales la bondad moral se encuentra en determinados estados mentales o “sentimientos deseables”, como los denominó Sidgwick. Desde esta perspectiva, la posibilidad de experimentar tales estados mentales se sitúa en el presente y el futuro, mientras que el pasado solo adquiere relevancia en la medida en que influye causalmente sobre el presente, particularmente en su capacidad de sostener o favorecer la aparición de esos sentimientos deseables; por lo que, una promesa no debe cumplirse únicamente por el hecho de haber sido formulada, ni un delincuente debe ser castigado solo por haber cometido un crimen. En cambio, tanto el cumplimiento de la promesa como la imposición del castigo deben justificarse únicamente si contribuyen a maximizar las utilidades presentes y futuras. En este sentido, el pasado actúa como un condicionante de las posibilidades de acción, pero su valor moral o deseabilidad, conforme a la visión utilitarista, depende de los efectos futuros que genere, incluidos los resultados derivados de mantener una promesa o de aplicar un castigo.

De manera similar, el criterio de eficiencia de Pareto se orienta hacia la satisfacción de las preferencias individuales, cuya posibilidad de realización, al igual que los estados mentales deseables del utilitarismo, se encuentra en el presente y en el

futuro. La toma de decisiones futuras depende directamente de las oportunidades disponibles y de la experiencia acumulada, mientras que el pasado influye solo de forma indirecta, al modificar los gustos y las posibilidades actuales. Este enfoque crítico respecto al pasado, característico de la tradición utilitarista en la jurisprudencia, fue heredado por el AED. En este marco, los economistas analizan las leyes y las decisiones judiciales desde una perspectiva ex ante, centrada en cómo dichas decisiones influirán en el comportamiento futuro. Esta postura representa una aplicación rigurosa del principio “lo pasado, pasado”, donde la suma de utilidades y el criterio de eficiencia de Pareto se orientan estrictamente hacia la formulación racional de criterios de decisión.

Una segunda característica esencial del utilitarismo es su marcado individualismo en la concepción del valor, dado que éste se fundamenta en los sentimientos de placer o satisfacción experimentados por los individuos. En esta perspectiva, las tradiciones culturales, las virtudes morales y la vida comunitaria solo adquieren relevancia en la medida en que contribuyen al bienestar individual. De forma análoga, el criterio paretiano también se caracteriza por su profundo individualismo, puesto que el valor se define exclusivamente por la satisfacción de las preferencias personales de cada individuo.

La atomización social propia de la economía, evidente en el análisis de los mercados competitivos, también se proyecta en la comprensión de la ley y la política. Para ilustrarlo, puede considerarse la forma en que los economistas conceptualizan los bienes públicos. Estos se distinguen técnicamente por su imposibilidad de ser divididos en diferentes cantidades entre los consumidores, ya que proveerlos a unos sin beneficiar

a otros resulta costoso o incluso imposible. Por ejemplo, el Estado no puede garantizarme protección frente a una invasión extranjera sin ofrecer esa misma seguridad a mis vecinos, además, el consumo de un bien público por parte de una persona no reduce la disponibilidad del mismo para los demás; así, mi seguridad ante una amenaza militar no disminuye la seguridad de otros ciudadanos. En síntesis, los bienes públicos se caracterizan por la no exclusión y la no rivalidad, a diferencia de los bienes privados, como una barra de pan, cuya posesión y consumo son excluyentes y rivales, ya que impedir el acceso de otros es técnicamente viable y su consumo por un individuo reduce lo disponible para los demás.

El valor de los bienes públicos, desde la perspectiva económica, radica en la satisfacción individual que generan, del mismo modo que ocurre con los bienes privados. Así, por ejemplo, el valor económico de mantener fuerzas armadas proviene de la utilidad o satisfacción que las personas obtienen de su existencia. En consecuencia, la diferencia entre bienes públicos y privados no reside en valores sociales o colectivos, sino en las características técnicas de su provisión, es decir, en su no exclusión y no rivalidad. Los intentos de incorporar una noción más social del valor en la teoría económica, como la idea de los “bienes de mérito”, que reconoce valor intrínseco a las tradiciones o comunidades culturales más allá de la valoración individual, no han tenido una aceptación generalizada entre los economistas.

Aunque la mayoría de los sistemas normativos que respetan los valores individuales tienden a salvaguardar la libertad de elección, pueden imponer ciertas restricciones a las preferencias irracionales o autodestructivas, especialmente aquellas

de corto plazo que comprometen la capacidad del individuo para alcanzar sus metas a largo plazo. Un ejemplo clásico de ello es la venta voluntaria de una persona como esclava. Desde una perspectiva paretiana modificada, el criterio de mejora se aplicaría en función de los intereses a largo plazo del individuo, de modo que una acción se consideraría beneficiosa si mejora su bienestar futuro sin perjudicar a otros, aun cuando restrinja su libertad inmediata. Bajo este enfoque, el análisis paretiano respalda la existencia de leyes que limitan la libertad de elección, ya sea mediante la aceptación de compromisos previos o la imposición de la inalienabilidad de ciertos derechos fundamentales.

Una característica compartida tanto por el utilitarismo como por la economía es la centralidad del interés propio. La tradición utilitarista de Bentham y la economía moderna suelen concebir a las personas como agentes que actúan guiados por su propio beneficio, entendiendo este interés en un sentido restringido y centrado en el individuo como fuente de placer y dolor, dejando de lado concepciones más amplias de autosatisfacción o realización personal. Sin embargo, el comportamiento motivado por el interés propio no constituye un requisito lógico ni para el criterio de la suma de las utilidades, ni para el principio de eficiencia de Pareto.

Cuando la satisfacción de las personas está interconectada, como ocurre en los vínculos familiares o afectivos, el nivel de utilidad de un individuo influye directamente en el de otro, lo que diluye la distinción tradicional del interés propio. Estas utilidades interdependientes, consideradas una forma de externalidad dentro del análisis económico, pueden examinarse bajo los criterios de eficiencia de Pareto. La

incorporación de las externalidades a la teoría económica representa, sin duda, una contribución valiosa y relativamente reciente. Sin embargo, dichas externalidades complejizan el análisis económico y ponen en cuestión algunos de sus teoremas fundamentales. Por ejemplo, el modelo de competencia perfecta deja de ser válido cuando las utilidades de los individuos no pueden separarse. En consecuencia, aunque la noción de interés propio no sea un requisito lógico del principio paretiano, su adopción aumenta la aplicabilidad y consistencia del análisis económico.

He analizado tres similitudes estructurales entre el utilitarismo y el Análisis Económico del Derecho (AED). Sin embargo, el utilitarismo posee una característica fundamental que lo distingue de la economía: la suposición de que las utilidades son cardinales y mensurables, una idea que pocos economistas contemporáneos aceptan. El principal punto de desacuerdo entre ambas corrientes radica en la distribución del ingreso. Mientras que la teoría de la utilidad cardinal incorpora una concepción de valor que permite identificar una distribución ideal del ingreso, dicho ideal es rechazado por la mayoría de los economistas, quienes consideran inviable o inapropiada la medición y comparación directa de las utilidades individuales.

Para ilustrar esta diferencia, los utilitaristas sostienen que los bienes superfluos, como el vino o los calcetines, poseen un valor decreciente para quienes los reciben. Bajo esta premisa, transferir un dólar de una persona rica a una pobre equivale a trasladar recursos desde quien les asigna un menor valor hacia quien les otorga uno mayor. Si dicha transferencia se realizara sin costos, la suma total de las utilidades aumentaría. No obstante, en la práctica, una parte del dinero transferido se disipa en

costos administrativos, y otra se pierde debido a los efectos desincentivadores que los impuestos o los programas de bienestar social pueden generar sobre el esfuerzo laboral y los ahorros. La política distributiva de los ingresos es óptima desde la perspectiva utilitarista cuando los beneficios y costos derivados de la transferencia de riqueza se encuentran en equilibrio. En términos específicos, la suma total de las utilidades alcanza su máximo punto cuando la utilidad obtenida por el pobre al recibir una transferencia monetaria adicional se compensa exactamente con la pérdida de utilidad que implica el costo de realizar dicha transferencia para el rico.

La creencia en las utilidades cardinales interpersonalmente comparables, junto con su implicación para definir una distribución ideal del ingreso, deja poco margen para el escepticismo moral y el relativismo. En cambio, la economía moderna, que representa un refugio intelectual para escépticos y relativistas, ha procurado mantener distancia frente a tales compromisos normativos. En este sentido, el modelo de eficiencia de Pareto permite a los economistas analizar y opinar sobre cuestiones políticas sin necesidad de tomar posición en debates moralmente controvertidos acerca de la distribución ideal del ingreso.

Una forma útil de comprender la profunda diferencia entre la economía y el utilitarismo es a través del fundamento matemático de sus ideas. Los economistas modernos tienden a analizar el comportamiento humano como el resultado de un equilibrio que surge de la interacción entre múltiples decisiones individuales de maximización. Según esta perspectiva, cada individuo ajusta su conducta hasta llegar al punto en que no encuentra una alternativa mejor para actuar, y el equilibrio se alcanza

cuando todos los individuos se encuentran simultáneamente en esa situación. Este enfoque revela dos conceptos matemáticamente distintos: el máximo y el equilibrio.

Pueden presentarse obstáculos que impidan alcanzar el equilibrio o que eviten que los intercambios del mercado sean eficientes, como sucede con la congestión (la llamada “tragedia de los comunes”) o con la contaminación. Incluso en ausencia de estos problemas, cuando los intercambios del mercado son eficientes, no se logra necesariamente un ideal distributivo, como la suma de las utilidades, salvo de manera fortuita. Alcanzar un ideal distributivo requiere de una intervención estatal orientada a redistribuir el ingreso. En este sentido, la economía moderna reconoce que el equilibrio de mercado no implica necesariamente un óptimo social. Bentham, en cambio, escribía como si la interacción de las decisiones individuales de maximización condujera automáticamente a dicho óptimo, sin explicar el mecanismo que lo hacía posible. De este modo, confundió dos ideas distintas: la de óptimo social y la de equilibrio.

Estas diferencias entre el utilitarismo y la economía se manifiestan con especial fuerza en el debate sobre la regulación. Los economistas han observado que muchas formas de regulación se diseñan principalmente para redistribuir la riqueza, no necesariamente del rico al pobre, sino de los grupos políticamente favorecidos hacia los desfavorecidos o viceversa, dependiendo de los intereses en juego. Este tipo de comportamiento, conocido como búsqueda de rentas, se orienta a obtener beneficios mediante la transferencia de derechos o privilegios, más que a generar nueva riqueza. En consecuencia, raramente coincide con la maximización de la suma de las utilidades o con cualquier otro objetivo socialmente deseable. En este contexto, los equilibrios

políticos, incluyendo la política regulatoria, tienden, en el mejor de los casos, hacia la eficiencia de Pareto, pero no necesariamente hacia la maximización del bienestar total o la suma de utilidades. (pp. 133–143)

Capítulo IV

El Análisis Económico del Derecho en el Perú: Impacto e Implicancias

Como se ha demostrado en los capítulos anteriores, el Análisis Económico del Derecho “AED” es una disciplina estrechamente vinculada con diversas ramas del Derecho, lo que la convierte en una disciplina jurídica con amplio alcance e importancia práctica. En consecuencia, también posee una presencia significativa dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país.

Este análisis se realizará nuevamente a partir del desarrollo planteado por el catedrático (Bullard, 2019) en su obra titulada “Análisis Económico del Derecho”. En ella, el autor señala que:

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

En efecto, la actual difusión del Análisis Económico del Derecho “AED” en el Perú no necesariamente refleja la existencia de un consenso en torno a sus postulados. Su relativa popularidad se debe, en gran medida, a la presencia de diversas posiciones

discrepantes que han despertado un notable interés en el ámbito jurídico. No obstante, su impacto resulta evidente, pues (como se analizará más adelante) ha dejado huellas tangibles en nuestro sistema jurídico. Por ello, incluso discrepar de sus planteamientos no constituye una razón válida para desconocer o dejar de estudiar sus contenidos.

Las primeras manifestaciones del Análisis Económico del Derecho “AED” en el Perú se remontan a la década de 1980, y se encuentran principalmente en los trabajos desarrollados por el Instituto Libertad y Democracia (ILD), bajo el liderazgo de Hernando de Soto y Enrique Ghersi. Las investigaciones del ILD se centraron en el estudio de la informalidad en el país, destacando que esta no se limitaba únicamente a las actividades comerciales e industriales, sino que también comprendía la construcción y expansión de extensas zonas urbanas, especialmente en los llamados pueblos jóvenes y barrios marginales. Dichos estudios evaluaron los costos de la legalidad, los costos de transacción derivados de la excesiva regulación y de los trámites burocráticos, así como los efectos de la inadecuada definición de los derechos de propiedad.

A partir de ello, se sostenía la existencia de una economía informal que desarrollaba sus propias reglas y creaba un mercado paralelo para superar los altos costos impuestos por el sistema legal formal. De esta manera, se ofrecía una explicación económica de por qué la ley formal resultaba ineficaz en ciertos contextos y por qué las personas optaban por sistemas alternativos de regulación de conductas.

El punto culminante de esta etapa fue la publicación de (*El otro sendero* en 1986), cuyos autores, Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Mario Ghibellini,

recopilaron gran parte de los estudios desarrollados por el Instituto Libertad y Democracia (ILD).

Estos trabajos del Instituto Libertad y Democracia “ILD” también influyeron en que, hacia finales de la década de 1980, el Estado peruano, bajo la asesoría del ILD, promulgara una serie de normas orientadas a promover un proceso de simplificación administrativa, con el propósito de reducir los costos de actuación de la administración pública y, a su vez, disminuir los denominados costos de transacción en la economía.

Adicionalmente, durante este mismo período se promulgaron normas destinadas a facilitar el acceso a la denominada propiedad informal y al crédito, mediante la creación de la llamada hipoteca popular. Este mecanismo consistía en un derecho de garantía que recaía sobre la posesión y no sobre la propiedad, reflejando la situación generalizada en los pueblos jóvenes y asentamientos marginales, cuyos ocupantes carecían de títulos de propiedad en el sentido convencional del término. Posteriormente, ya en la década de 1990, se implementaron sistemas de titulación (como el sistema COFOPRI) bajo la premisa de que la claridad en los títulos de propiedad contribuía a reducir los costos de transacción.

Los trabajos desarrollados por el Instituto Libertad y Democracia “ILD” pueden definirse, en términos generales, como “coasianos”, es decir, inspirados en las teorías de Ronald Coase, particularmente en su teoría de los costos de transacción. En efecto, podría afirmarse que las investigaciones del ILD constituyen una aplicación práctica de las ideas de Coase, quien, como se ha mencionado anteriormente, es considerado uno de los fundadores del AED.

A la publicación de diversos trabajos realizados por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) durante la década de 1980, se suma el aporte de Aníbal Sierralta con su obra “Introducción a Ius Economía” 1988. Este libro, de carácter introductorio, presenta una mezcla entre el AED y el denominado derecho Económico, aunque, en nuestra opinión, lo hace de manera algo confusa. Cabe señalar que el Derecho Económico no representa una aproximación metodológica, sino más bien una supuesta rama especializada del Derecho.

En sus primeros años, pocas personas relacionaban el trabajo del ILD con el AED. Recién hacia finales de la década de 1980 y, sobre todo, en los primeros años de los noventa, es decir, casi treinta años después de su aparición en el mundo, el AED comienza a ser reconocido como una tendencia relevante dentro del derecho peruano.

Durante esta etapa, que se extiende a lo largo de toda la década de 1990, varios abogados jóvenes viajan a Estados Unidos para realizar estudios de maestría, especialmente en las universidades de Yale, Chicago, Harvard y Virginia. Estos profesionales dedican una parte importante de su formación a cursos de AED.

4.1 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.

4.2. 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 costobeneficio 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 costobeneficio 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 costobeneficio de las normas (1998), que buscaba precisamente

dar herramientas adecuadas a los congresistas para cumplir con el requisito legal de análisis costobeneficio 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. (pp. 6170)

4.3. Sistematización, Consolidación y Difusión del AED en el Perú

Continuando con el análisis de las implicancias e impacto del AED en el Perú. Ahora miraremos el aporte del Abogado peruano, Magister en Derecho por la Universidad de Yale, (Nuñez del Prado, 2023) quien en su artículo titulado “La historia del Análisis Económico del Derecho en el Perú” señala:

La Escuela de Derecho de la Universidad de Yale cumplió un rol fundamental en la difusión del AED en el Perú. En 1988 Beatriz Boza estudió su LL.M. en Yale en que llevó el curso de “Torts” con Guido Calabresi, uno de los fundadores del AED. Al culminar su LL.M., Beatriz Boza fue muy insistente con Alfredo Bullard quien en realidad tenía pensado ir a hacer su maestría a España en que tenía que hacer su LL.M. en Estados Unidos y, concretamente, en la Escuela de Derecho de Yale. Para lograr persuadirlo, le empezó a enviar artículos de Guido Calabresi que ella había leído en su clase de “Torts” como, por ejemplo, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”.

En su contacto inicial al AED, Alfredo Bullard, se sintió cautivado, por lo que reviso obras como “The Cost of Accidents” y “The Problem of Social Cost”, los cuales le hizo profundizar en el estudio del Análisis Económico del Derecho. Bullard siempre mostró una vocación e interés por lo multidisciplinario; además, previo a empezar con el estudio de Derecho, en ciertos momentos de su vida, pensó en dedicarse a la

literatura o la antropología. Por ello, las obras de Calabresi y Coase, causaron un impacto particularmente significativo.

La combinación de dichas circunstancias influyó en la decisión de Alfredo Bullard de cursar estudios de posgrado en los Estados Unidos, postulando a la beca Fulbright con una propuesta enfocada específicamente en el AED. El propio Bullard, cuando preparaba su postulación, tras salir de comer con varios docentes, hizo una solicitud hacia Jorge Avendaño —quien en ese momento era Decano en la Facultad de Derecho de la PUCP— su apoyo para dictar un curso sobre AED antes de viajar a cursar su maestría, con el propósito de adquirir una base previa que luego pudiera adaptar conforme a las asignaturas que llevara en su programa de LL.M. Según cuenta Bullard, Avendaño le brindó un respaldo absoluto, demostrando así su confianza en la iniciativa y su interés en fomentar nuevas perspectivas de enseñanza jurídica dentro de la facultad.

De esta manera, en 1990, Alfredo Bullard ofreció por primera vez un curso titulado “Temas de Derecho Civil”, que representó el inicio de la enseñanza del Análisis Económico del Derecho (AED) en el país. Aquel curso inicial era considerablemente más simple que las versiones que desarrollaría posteriormente, tras culminar su LL.M., y que continúa impartiendo en la actualidad. En ese primer intento, Bullard aún no había explorado en profundidad la literatura del AED, por lo que la estructura del curso se apoyó principalmente en las obras de Guido Calabresi, Ronald Coase y Mitchell Polinsky.

Mientras Alfredo Bullard se preparaba para postular a la beca Fulbright y a programas de posgrado en Estados Unidos, Fernando Cantuarias cursaba su LL.M. en Yale en 1989. Aunque de manera más discreta, también ejerció una influencia importante en el desarrollo del AED en el Perú. Luego de obtener su grado en 1990, regresó al país y comenzó a dictar el curso “Nuevas Tendencias del Derecho de Persona y Familia”, donde introdujo las ideas de Gary Becker sobre el análisis económico aplicado a las relaciones familiares. Asimismo, publicó diversos artículos, entre ellos “Retracto: Réquiem de un Derecho Económico y Social” y “La Función Económica del Derecho: A Propósito de los Derechos de Prenda e Hipoteca”, en los que empleó un enfoque funcional apoyándose en los planteamientos de Posner, Coase y otros referentes del AED. Años más tarde, presentó su obra “Arbitraje Comercial y de las Inversiones” (2007), inspirada en las ideas de distintos economistas, aspecto que fue resaltado por Nicolas Ulmer en la reseña publicada en la revista *Arbitration International* de la Universidad de Oxford.

En agosto de 1990, Alfredo Bullard comenzó sus estudios de maestría (LL.M.) en la Facultad de Derecho de Yale, donde asistió a diversas asignaturas dictadas por docentes que incorporaban de manera intensiva el AED en su enseñanza. Entre las materias más relevantes se encontraban Torts con Guido Calabresi, Contracts con Alan Schwartz, Antitrust con George Priest, Law and Economics con Susan RoseAckerman, Corporations con Henry Hansmann y Democracy and Capitalism con George Priest y Owen Fiss. Bullard ha señalado que la influencia de estos académicos fue determinante,

al punto de que varios de sus posteriores trabajos sobre AED surgieron a partir de los temas abordados en aquellos cursos.

Al regresar a Lima en 1991, Alfredo Bullard se consolidó como el principal promotor del AED en el Perú. Retomó la enseñanza del curso de AED y, desde entonces, lo ha dictado de manera ininterrumpida cada año, permitiendo que cientos de estudiantes comprendan el Derecho desde una perspectiva más funcional y analítica. Durante varios años, también impartió cursos de Derecho Civil, como Responsabilidad Civil y Contratos, los cuales desarrolló bajo un enfoque inspirado en el AED. Su labor docente trascendió las fronteras peruanas, ya que fue profesor de AED en diversas universidades latinoamericanas, entre ellas la Escuela Superior de Economía y Negocios en El Salvador. Asimismo, ha participado en numerosas conferencias a lo largo de América Latina, aprovechando cada espacio académico para difundir y consolidar las ideas del Análisis Económico del Derecho en la región.

Luego de completar su LL.M., Alfredo Bullard empezó a publicar numerosos artículos inspirados en el Análisis Económico del Derecho, entre los que destacan “Un Mundo sin Propiedad” 1991, “Ronald Coase y el Sistema Jurídico” 1991, “Causalidad Probabilística” 1992, “Al Fondo Hay Sitio” 1992 y “¿Hay Algo Imprevisible?” 1993, junto con otros que ha continuado publicando hasta hoy. La producción de más de veinte artículos sobre el tema hasta 2003 fue la base para su libro *Derecho y Economía: El Análisis Económico de las Instituciones Legales*, considerado uno de los textos más influyentes y citados en el ámbito jurídico peruano y latinoamericano.

Si bien escritores de “El Otro Sendero”, y en particularmente Ghersi, sembraron las bases iniciales del AED en el Perú, Alfredo Bullard fue quién lideró su organización, fortalecimiento y proyección. Varios juristas reconocidos del país recibieron su enseñanza y la perspectiva práctica con la que muchos de ellos abordan actualmente el Derecho tiene una marcada influencia de su pensamiento. Las obras de Alfredo son estudiados en todas las Facultades de Derecho del Perú y son frecuentemente referidas por abogados, jueces y árbitros en procesos administrativos, litigios y arbitrajes tanto nacionales como internacionales. Su trayectoria académica también goza de reconocimiento y análisis en otros países de América Latina y Europa.

Sea a través de sus clases o de su producción académica, el impacto de Alfredo Bullard en el desarrollo del AED en el Perú ha sido —y sigue siendo— enorme. Tal es así que ha recibido los premios “Robert Cooter” y “Andrés Roemer”, otorgados por la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE), en reconocimiento a su dedicación a la investigación y difusión del AED en la región. Enrique Ghersi sostiene que Alfredo Bullard fue “el gran impulsor de la recepción del AED en las Facultades de Derecho del Perú”, y que “se debe a él la enorme popularidad del AED entre los estudiantes de Derecho”. Por su parte, el historiador Carlos Ramos Núñez señala que Alfredo Bullard es “el exponente peruano más llamativo de law and economics”.

Además de haber sembrado las primeras bases del AED en el Perú con “El Otro Sendero”, Enrique Ghersi desempeñó también una labor titánica en la sistematización, consolidación y difusión del AED tanto en el Perú como en América

Latina. Durante varios años dictó el curso de AED en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, la Universidad de Lima, la Universidad Francisco Marroquín, entre otras universidades latinoamericanas. Además de El Otro Sendero, Enrique Ghersi ha escrito tres libros y más de una veintena de artículos inspirados en el Análisis Económico del Derecho (AED). Entre sus obras más destacadas se encuentran: El Costo de la Legalidad (1991), “La Privatización del Mar” (1998), “La Regulación de Mejoras desde el Punto de Vista Económico” (2004), “Una Introducción al Análisis Económico del Derecho” (2002), “Diálogo entre el Juez y el Profesor” (2005), “El Problema de la Equivalencia de las Prestaciones” (2005), “El Carácter Competitivo de las Fuentes del Derecho” (2007) y “Barras Bravas”: Teoría Económica y Fútbol (2011), entre otros.

Enrique Ghersi ha difundido ampliamente las ideas del Análisis Económico del Derecho (AED) mediante su participación en diversas iniciativas internacionales, en las cuales ha desempeñado un papel destacado. Entre ellas, resalta su labor como Vicepresidente de la Mont Pelerin Society, Adjunct Scholar del Cato Institute, Adjunct Scholar del Independent Institute y Director de CITEEL. En 2011, fue reconocido con el Doctorado Honoris Causa por la Universidad Francisco Marroquín, en mérito a su “dedicación y entrega a la noble causa de la libertad y al imperio de la razón”. Asimismo, en 2012, recibió el Premio Andrés Roemer, otorgado por la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE), en reconocimiento a sus valiosas contribuciones al desarrollo del AED.

Tuve el privilegio de cursar el Análisis Económico del Derecho (AED) con Alfredo Bullard y Enrique Ghersi en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Me matriculé formalmente en el curso de uno de ellos y asistí como alumno libre al del otro durante el mismo semestre. Aunque ambos cursos llevaban el mismo nombre, sus enfoques eran sustancialmente distintos. El curso de Alfredo Bullard constituía un estudio sistemático del AED (tal como se había desarrollado en Norteamérica), con el propósito de analizar sus posibles aplicaciones dentro del sistema jurídico peruano. Su contenido se centraba en el derecho civil patrimonial (particularmente en materia de propiedad, contratos y responsabilidad), dedicando algunas sesiones finales a temas como el Public Choice, las relaciones familiares, el derecho procesal y el derecho penal. En mi opinión, este curso reflejaba una clara influencia de las Escuelas de Chicago y Yale, tanto en su enfoque analítico como en su orientación interdisciplinaria.

El curso de Enrique Ghersi bien podría haberse denominado “Filosofía Liberal del Derecho”. Si bien Enrique profundizaba también en los aportes de autores fundamentales como Coase, Calabresi, Posner, Polinsky y Buchanan, entre otros; desde el inicio de sus clases establecía una distinción conceptual entre dos escuelas de pensamiento que habían sido determinantes para el desarrollo del AED: (i) la Escuela de Chicago y (ii) la Escuela Austriaca de Economía. Enrique siempre se ha definido a sí mismo como seguidor de la Escuela Austriaca de Economía, y probablemente esa sea la razón por la cual, además de estudiar un curso como “The Problem of Social Cost” de Coase, “The Cost of Accidents” de Calabresi, o “The Economics of Justice”

de Posner, también incorporaba en sus clases un amplio recorrido por la Escuela Austriaca de Economía y la Escuela Escocesa del pensamiento económico. Dentro de estas corrientes destacaba los aportes de autores como Friedrich Hayek, Ludwig von Mises, Carl Menger, Adam Smith, David Hume y Adam Ferguson, entre otros. Si bien estos pensadores no son considerados tradicionalmente como representantes del AED, Enrique sostenía que sus contribuciones fueron de gran relevancia para su desarrollo teórico. Los cursos de Alfredo y Enrique resultaban sumamente enriquecedores y, aunque compartían pocos puntos de intersección y lecturas comunes, se complementaban de manera admirable, ofreciendo dos perspectivas distintas, pero igualmente valiosas sobre la relación entre el Derecho y la Economía.

Introducir una corriente de pensamiento en el Perú y defenderla con firmeza tanto en artículos y libros como en las aulas universitarias, constituye una acción capaz de generar un profundo impacto en los estudiantes y, a la vez, un efecto dominó a lo largo del tiempo. Precisamente eso ocurrió en el caso del Análisis Económico del Derecho (AED), pues gracias a las enseñanzas y publicaciones de Alfredo Bullard y Enrique Ghersi, muchos de sus alumnos (hoy también docentes) comenzaron a identificarse con los principios y enfoques del AED. Si bien resulta difícil determinar con exactitud el nivel de influencia ejercido sobre cada uno de ellos, existen casos en los que se evidencian huellas directas de esa inspiración. Tal es el caso de Domingo Rivarola, quien coescribió con Alfredo Bullard el artículo “Viendo Más Allá del Expediente” en 1998, o el de Guillermo Cabieses, discípulo de Enrique Ghersi, quien

ha impartido cursos de AED durante muchos años en la Universidad de Lima y en la Universidad del Pacífico.

En definitiva, tanto Alfredo Bullard como Enrique Gherzi desempeñaron un papel fundamental en la introducción y consolidación del AED en el Perú. Su mayor aporte radica en haber enseñado a sus estudiantes a comprender el Derecho desde una perspectiva funcional, promoviendo una visión más dinámica y analítica de las normas jurídicas. Además, lograron despertar en ellos el interés por profundizar en el estudio del AED, generando así una nueva generación de juristas influenciados por este enfoque interdisciplinario. Esta semilla intelectual impulsó a muchos juristas peruanos a continuar sus estudios “AED en el extranjero. Un ejemplo destacado es Mario Reggiardo, quien realizó un Máster en Derecho y Economía en la Universidad de Hamburgo en 2004, donde tuvo la oportunidad de estudiar con HansBernd Schäfer, uno de los más reconocidos exponentes del AED en Europa. Desde su regreso al Perú, Reggiardo ha impartido cursos de AED y de análisis económico del derecho procesal en diversas instituciones, como la PUCP, la Universidad del Pacífico, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador. Asimismo, participó en la traducción del artículo de Schäfer titulado “Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital”, texto de gran relevancia por demostrar cómo el Derecho puede actuar como un motor para el desarrollo humano.

Sin lugar a duda, las maestrías cursadas en Estados Unidos desempeñaron un papel crucial en la consolidación del AED en el Perú. Numerosos estudiantes destacados realizaron sus LL.M. en universidades de gran prestigio como Yale,

Harvard, Chicago, Virginia, entre otras, donde tuvieron la oportunidad de llevar cursos con reconocidas figuras del AED como Richard Posner, Guido Calabresi, Alan Schwartz, Susan RoseAckerman, Henry Hansmann, Ian Ayres, Mitchell Polinsky, Richard Epstein, Eric Posner, Robert Cooter, Thomas Ulen y Steven Shavell. Al regresar al Perú, muchos de estos juristas incorporaron los contenidos y enfoques del AED en los sílabos de los cursos que dictaban en distintas facultades de Derecho. Un ejemplo representativo es Freddy Escobar, quien cursó su LL.M. en la Universidad de Harvard y, desde hace varios años, enseña un curso de contratos que integra de manera notable tanto teoría filosófica como análisis económico. Huáscar Ezcurra, quien obtuvo su LL.M. en la Universidad de Yale, dictó durante varios años un curso de Derecho Concursal inspirado en el AED, e incluso llegó a impartir un curso específico sobre esta materia. Del mismo modo, Christian Chávez, tras realizar su LL.M. en la Universidad de Chicago, enseñó por varios años un curso de Contratos completamente basado en los principios del AED. Por su parte, Carlos Patrón utilizó materiales de casos muy similares a los empleados por Guido Calabresi en Yale, mientras que Enrique Pasquel, también egresado del LL.M. en Yale, dictó durante varios años un curso de Derecho Administrativo Económico en el que aplicaba de manera constante los enfoques y herramientas del AED.

En cuanto al impacto de las maestrías, resulta relevante destacar la cercanía que varios profesores de la Escuela de Derecho de Yale mantuvieron con sus estudiantes. Guido Calabresi ha conservado una relación extraordinariamente cercana con muchos de sus exalumnos, quienes lo visitan con frecuencia; además, mantiene vínculos

académicos sólidos con diversos profesores de Derecho Civil, incluso con aquellos que no fueron sus alumnos directos. No obstante, la relación más estrecha fue, sin duda, la que George Priest estableció con varios de sus estudiantes, entre los que destacan Alfredo Bullard, Beatriz Boza, Carlos Patrón, Fernando Cantuarias, Huáscar Ezcurra y Enrique Pasquel, entre otros. De alguna manera, George Priest se convirtió en un verdadero mentor para varios de los juristas peruanos que realizaron sus estudios de LL.M. en la Escuela de Derecho de Yale. George siempre mostró un profundo interés por el Perú y tuvo una notable influencia en diversas reformas económicas implementadas a partir de la década de 1990, particularmente en el desarrollo institucional de INDECOPI. La gratitud de sus discípulos ha sido inmensa; muestra de ello es la publicación, en el año 2011, del libro “Reconstruyendo la Libertad”, elaborado en su honor.

Los propios estudiantes han desempeñado un papel fundamental en la difusión del AED. En este contexto, destaca de manera especial la labor de las revistas jurídicas, como *Advocatus*. Estas publicaciones no solo han dedicado ediciones completas al estudio del AED, sino que también han contribuido significativamente a su expansión mediante la traducción de textos clave de autores influyentes como Guido Calabresi, Richard Epstein, Gary Becker, Richard Posner, Susan RoseAckerman y Pietro Trimarchi, entre otros. Asimismo, han organizado numerosos congresos y debates académicos que han tenido un notable impacto en el ámbito jurídico peruano.

Finalmente, un gran número de estudiantes ha desarrollado tesis de pregrado y posgrado aplicando la metodología del AED, muchos de los cuales han generado un eco considerable dentro del medio académico y profesional.

El desarrollo del AED en el Perú constituye un fenómeno inédito y sin parangón en el ámbito hispanohablante. En efecto, al comparar la realidad peruana con la de otros países de habla española, se advierte que el conocimiento del AED entre los juristas de dichos contextos es aún incipiente. Así, por ejemplo, durante una experiencia profesional en el estudio Uría Menéndez, en España, al intentar incorporar en un escrito un argumento basado en el AED con una cita de Coase, fue evidente que los abogados españoles desconocían por completo a dicho autor. Este hecho pone de manifiesto que el AED, en el contexto jurídico español, permanece prácticamente ausente y sin desarrollo significativo.

Resulta complejo explicar por qué el impacto del AED en el Perú ha sido tan significativo y profundo. Como bien señala Alfredo Bullard, este tipo de fenómenos responden a una conjunción de personas que coincidieron en el momento y contexto adecuados. En efecto, el desarrollo del AED en el Perú puede entenderse como un proceso de orden espontáneo, en el que su evolución fue impulsada por el esfuerzo conjunto de cientos de individuos comprometidos con una nueva forma de concebir el Derecho. No obstante, también es cierto que este cambio trascendental en la manera de aproximarse al estudio y la práctica jurídica fue promovido inicialmente por un reducido grupo de personas que desempeñaron un papel decisivo en dicho proceso. Entre ellas, destaca la figura de Jorge Avendaño, a quien (como reconoce el propio

Bullard) se debe parte fundamental de este movimiento intelectual y académico, junto con otros juristas y académicos debidamente reseñados en las páginas precedentes. (pp. 23–27)

Capítulo V

Crítica Al Análisis Económico Del Derecho

Como toda corriente del conocimiento, el AED no está exento de observaciones ni de cuestionamientos. Existen aspectos dentro de esta disciplina que pueden y deben ser objeto de crítica, los cuales serán abordados en el presente capítulo, que constituye, además, el último del presente trabajo. En tal sentido, las críticas al AED serán clasificadas en dos grandes grupos: por un lado, la crítica general o global, referida a los cuestionamientos de carácter teórico y metodológico que se le han formulado en el ámbito internacional; y, por otro lado, la crítica con énfasis nacional, enfocada en los señalamientos y debates surgidos en el contexto jurídico y académico del Perú.

5.1 Crítica general o global

Para el desarrollo de este primer apartado, se tomará como referencia el artículo elaborado por Doménech Pascual (2014), profesor de la Universidad de Valencia, cuyo contenido aborda una crítica sustancial al modelo racional del comportamiento humano asumido por el AED.

En dicho trabajo, el autor señala que, durante las últimas décadas, se han desarrollado numerosos estudios empíricos, inicialmente por psicólogos y posteriormente también por economistas, que demuestran que las personas, bajo determinadas condiciones, actúan de manera sistemáticamente distinta a la prevista por el modelo teórico tradicional de la elección racional.

En efecto, las personas presentan una racionalidad limitada (*bounded rationality*), lo que implica que incurren reiteradamente en numerosos errores e inconsistencias al momento de procesar y valorar la información disponible. Esto se manifiesta particularmente al formular juicios sobre los costos y beneficios asociados a sus posibles cursos de acción, así como al estimar la probabilidad de que determinados resultados lleguen a producirse.

En segundo lugar, las personas suelen evidenciar una fuerza de voluntad limitada (*bounded willpower*). Esto las conduce a tomar decisiones temporalmente inconsistentes, ya que sus preferencias tienden a ser cambiantes e inestables. La valoración que los individuos realizan en el presente respecto de los resultados futuros de sus decisiones suele diferir de la valoración que efectuarán en el futuro sobre esos mismos resultados. Como consecuencia, el “yo” futuro, al hacerse presente, con frecuencia se arrepiente de las decisiones adoptadas por el “yo” pasado.

Finalmente, las personas no siempre actúan buscando maximizar su propio interés (*bounded selfinterest*). En determinadas circunstancias, los individuos asumen conscientemente costes personales al tomar decisiones que consideran justas o moralmente correctas. Dichas decisiones pueden beneficiar a otras personas como

ocurre cuando alguien respeta una norma cuya infracción sería indetectable o, por el contrario, perjudicarlas, como en el caso del individuo que decide dejar de consumir un producto para boicotear a la empresa que lo fabrica.

Todo ello plantea un problema significativo, ya que el modelo teórico sobre el cual se ha sustentado la gran mayoría de los estudios de AED no logra describir ni predecir adecuadamente el comportamiento real de las personas. En consecuencia, tampoco puede anticipar con precisión sus reacciones frente a las normas jurídicas.

Sin embargo, esto no le resta utilidad ni validez al AED; por el contrario, refuerza su importancia. En efecto, si las anomalías conductuales son predecibles y tienen un impacto significativo en el comportamiento humano, como sucede en muchos casos, resulta necesario ajustar los modelos teóricos del AED para que reflejen dichas irregularidades. De este modo, se podrá describir y predecir con mayor precisión cómo las personas reaccionan frente a las normas jurídicas, o bien, qué factores sociales explican su contenido. En consecuencia, ello permitirá diseñar normas más efectivas, orientadas a inducir a los individuos a comportarse de una manera determinada.

Figura 13.

Crítica general o global



En efecto, el AED no ha sucumbido ante las críticas derivadas de los estudios mencionados. Por el contrario, de dicha controversia ha emergido una nueva rama dentro del mismo campo: el Behavioral Law and Economics (Derecho y Economía del Comportamiento). Esta vertiente busca analizar el Derecho desde una perspectiva económica, pero incorporando los hallazgos de la psicología conductual. Utiliza, en esencia, las mismas herramientas analíticas tradicionales del AED, con el propósito de comprender, explicar y predecir cómo las normas jurídicas influyen en la conducta humana y, asimismo, determinar la forma óptima de diseñarlas para orientar el comportamiento de las personas hacia fines socialmente deseados. La diferencia esencial entre esta nueva corriente y el AED tradicional radica en que el Behavioral Law and Economics parte de premisas más realistas sobre el comportamiento humano, lo que permite formular predicciones más precisas y recomendaciones más adecuadas que las derivadas del modelo clásico, al menos en ciertos contextos. Además, al sustituir supuestos simples, pero poco realistas por otros más complejos y ajustados a la realidad, esta corriente demanda una mayor aplicación de métodos empíricos y una sofisticación matemática más elevada para modelar teóricamente la conducta humana. En definitiva, el Derecho y Economía del Comportamiento no reemplaza al AED, sino que lo complementa, fortalece y perfecciona, aunque ello implique un incremento en su complejidad analítica.

a) La cuestión de los fines

Se ha argumentado que el Derecho no puede ser objeto de un análisis económico, dado que tanto las personas como el propio ordenamiento jurídico

persiguen fines que no son exclusivamente económicos y que, por tanto, no son considerados adecuadamente por la ciencia económica. En esta línea, algunos juristas oponen los intereses económicos a otros de distinta naturaleza, sosteniendo incluso que estos últimos deben tener prioridad. Un ejemplo ilustrativo es la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha reconocido la existencia de un principio general según el cual la protección de la salud pública debe prevalecer indiscutiblemente sobre las consideraciones económicas.

No obstante, la economía es completamente neutral respecto de los fines. No existen fines “económicos” ni “extraeconómicos”; afirmar lo contrario implica un malentendido conceptual. La economía busca explicar cómo actúan las personas cuando los recursos disponibles son limitados en relación con los fines que desean alcanzar, y analiza qué decisiones deberían tomarse o cómo deberían emplearse esos recursos para maximizar la satisfacción de dichos fines, cualesquiera que estos sean. En consecuencia, la economía no prescribe los objetivos últimos que deben perseguirse, sino que se limita a ofrecer un marco analítico para comprender cómo las personas eligen entre alternativas cuando enfrentan la escasez.

b) La eficiencia no lo es todo

Al AED se le ha cuestionado por postular que la eficiencia debe ser el principal, e incluso único, objetivo de las normas jurídicas, pues, según los críticos, existe un conflicto entre eficiencia y justicia distributiva. No obstante, esta crítica se dirige a una versión particular del AED, la cual no necesariamente representa a toda la corriente. En efecto, Richard Posner planteó en sus primeros trabajos que el sistema jurídico no

debía orientarse a maximizar la utilidad entendida como felicidad, sino la riqueza, entendida aproximadamente como la cantidad que las personas estarían dispuestas a pagar por los bienes existentes. Esta concepción, centrada en la maximización de la riqueza como criterio de eficiencia, se convirtió en uno de los postulados más debatidos dentro del AED. Cabe destacar que, según este criterio, lo esencial es incrementar la riqueza total, asignando los recursos a quienes estén dispuestos a pagar más por ellos, sin importar si dicha riqueza queda concentrada o distribuida equitativamente. Bajo esta lógica, un sistema que genere diez billones de dólares concentrados en pocas manos sería preferible a otro que produzca nueve billones equitativamente repartidos, ya que el primero se considera más eficiente. Este enfoque coincide con el criterio de eficiencia de KaldorHicks, según el cual una situación es más eficiente que otra si los beneficiados podrían compensar hipotéticamente a los perjudicados de manera que nadie resulte peor que antes, aunque dicha compensación no se realice efectivamente.

No obstante, esta es una postura que ni siquiera el propio Richard Posner sostiene en la actualidad. Hoy en día, existe un consenso más amplio entre los juristas y economistas en torno a que las cuestiones distributivas sí importan. El Derecho, por tanto, no debería enfocarse únicamente en maximizar la riqueza, sino en promover el bienestar social, el cual también depende de la forma en que dicha riqueza se distribuye. La distribución de la riqueza resulta relevante, al menos, por dos razones fundamentales: Primero, debido a la utilidad marginal decreciente del ingreso, según la cual cada unidad adicional de renta genera un mayor bienestar en los pobres que en los ricos. Por ello, transferir recursos de los más ricos a los más pobres aumenta "ceteris

paribus" el bienestar agregado de la sociedad. Segundo, porque el bienestar de algunas personas depende directamente de la distribución de la riqueza, ya que pueden experimentar malestar o sufrimiento al saber que existen otros en situación de pobreza.

Ahora bien, en muchos casos resulta razonable dejar de lado las cuestiones distributivas al momento de analizar económicamente problemas jurídicos específicos. En la práctica, esto ocurre con frecuencia. En primer lugar, porque, como ya se mencionó, el AED suele formular modelos simplificados de la realidad, que buscan estudiar solo ciertos aspectos parciales de un fenómeno con el propósito de comprenderlo con mayor claridad. Por ejemplo, es perfectamente legítimo construir un modelo que analice el impacto de una regulación determinada, como una norma tributaria, sobre el comportamiento de las personas, sin considerar sus efectos distributivos. De manera análoga, también es válido enfocarse únicamente en los efectos distributivos de una norma o política, dejando de lado, para no complicar innecesariamente el análisis, su posible impacto disuasorio o incentivador sobre ciertas conductas. En segundo lugar, en ciertos casos los efectos distributivos de las normas jurídicas resultan prácticamente irrelevantes, por lo que no tiene sentido incluirlos en el análisis. Esto ocurre, por ejemplo, con numerosas reglas del Derecho societario o con aquellas que regulan operaciones comerciales entre empresarios, donde las diferencias en la distribución de la riqueza no tienen un impacto significativo en los resultados o en la eficiencia del sistema jurídico.

Finalmente, existen diversos medios para alcanzar una determinada distribución de la riqueza, y no necesariamente el más eficiente consiste en diseñar todas las normas

jurídicas con ese propósito. Por el contrario, los instrumentos más adecuados para corregir desigualdades suelen ser el sistema tributario y las políticas de protección social. Por ejemplo, las normas sobre el justiprecio en los procesos de expropiación no se elaboran con criterios distributivos: la cuantía del justiprecio no depende de la riqueza del expropiado ni del beneficiario. Si existen desigualdades entre propietarios, no deben corregirse pagando más a los más pobres, sino haciendo que los más ricos contribuyan más mediante impuestos o reforzando la ayuda social hacia quienes más lo necesitan.

Los sistemas tributarios y de protección social ofrecen claras ventajas en la corrección de desigualdades. En primer lugar, poseen un alcance general y consideran directamente la riqueza de todos los ciudadanos, lo que permite corregir las desigualdades de manera más amplia y precisa. Por el contrario, otras normas jurídicas, como las que regulan el justiprecio, solo se aplican a un grupo reducido de individuos, limitando así su capacidad redistributiva. Además, en muchos casos no se basan en la riqueza real de cada destinatario, sino en la del afectado “típico”. Por ejemplo, una norma que concede beneficios a los arrendatarios frente a los arrendadores parte del supuesto de que los primeros suelen ser más pobres, aunque esto no siempre sea cierto. En consecuencia, puede ocurrir que tales normas terminen transfiriendo renta desde los más pobres hacia los más ricos, generando el efecto opuesto al buscado.

Una segunda ventaja de los sistemas tributario y de protección social es que generan una menor distorsión en los incentivos que motivan a las personas a realizar conductas socialmente valiosas, como trabajar, arrendar propiedades, invertir,

producir, conservar o mejorar bienes. Cuanto más específica e intensa es una medida redistributiva y cuanto menor es el número de personas que asumen su costo o reciben sus beneficios, mayor es la distorsión que se produce en los incentivos para comportarse adecuadamente. En tercer lugar, los efectos redistributivos de ciertas normas pueden ser difíciles de prever y, en ocasiones, neutralizados por el propio mercado. Por ejemplo, si se establece un régimen de responsabilidad objetiva para los fabricantes por los daños que sufran los consumidores al usar sus productos, es posible que los fabricantes trasladen el costo adicional al precio de venta. En ese caso, la renta no se transferiría de los fabricantes a los consumidores, como pretendía el legislador, sino de unos consumidores (los que no sufren daños) a otros (los que sí resultan perjudicados).

c) Hay esferas de la actividad humana no susceptibles de análisis económico

Se ha sostenido que el análisis económico del Derecho es una metodología adecuada para ciertas ramas jurídicas, pero no para todas. Por ejemplo, Gaspar ARIÑO propone su aplicación al conjunto normativo que regula la intervención del Estado en las actividades de producción de bienes y servicios, es decir, al Derecho administrativo económico. Sin embargo, considera inapropiado su uso en ámbitos jurídicos sin una dimensión económica evidente, como el Derecho de familia o los derechos fundamentales, donde las relaciones y decisiones no se rigen principalmente por criterios de eficiencia o maximización de recursos.

Esta postura se basa en una antigua y ya desacreditada concepción según la cual la economía se ocupa únicamente de ciertos ámbitos específicos de la actividad

humana, como los negocios, la agricultura, el comercio, la industria, los tributos o la producción, distribución y consumo de la riqueza. Sin embargo, esta visión es limitada, pues reduce injustificadamente el campo de estudio económico a lo meramente material, ignorando su capacidad de analizar cualquier situación donde existan recursos escasos y decisiones humanas.

En la actualidad, se reconoce de manera general que la economía no restringe su campo de estudio a determinadas áreas del comportamiento humano. Si, como se ha señalado, el objeto de estudio de la economía radica en la gestión eficiente de medios escasos frente a demandas múltiples., entonces todas las decisiones humanas pueden ser objeto de análisis económico, pues en la mayoría de los casos surge la dificultad de contar con recursos limitados para lograr determinados objetivos. En las últimas cinco décadas, esta disciplina ha expandido de manera considerable el alcance de sus estudios y campos de aplicación. Numerosos investigadores han examinado, desde una perspectiva económica, una gran variedad de conductas y fenómenos que antes se consideraban completamente ajenos a su estudio. Resulta sorprendente pensar que, hace un siglo, resultaría impensado, en otro tiempo, que la economía pudiera aportar interpretaciones significativas respecto de asuntos tan variados como las conductas de los piratas, la dependencia al tabaco o las manifestaciones religiosas.

En este marco, resulta evidente que cualquier rama del Derecho puede ser examinada a través del enfoque económico, empleando los instrumentos analíticos que proporciona dicha disciplina. En cualquier rama del Derecho, los individuos buscan satisfacer diversas necesidades, pero cuentan con recursos limitados que pueden

emplearse de diferentes maneras. De hecho, uno de los rasgos distintivos del “nuevo” AED, surgido en la segunda mitad del siglo XX, es precisamente la extensión del enfoque económico más allá de las normas que regulan los mercados explícitos — campo en el que ya se había aplicado anteriormente—, abarcando todos los sectores del sistema jurídico. Así, la economía comenzó a aplicarse al estudio de las normas sobre daños, contratos, propiedad, delitos y penas, procesos judiciales, relaciones familiares, e incluso la organización y funcionamiento de los poderes públicos, etc. Es cierto que la atención de los modernos exponentes del AED se ha concentrado principalmente en algunos ámbitos, como el Derecho patrimonial privado, el Derecho penal y el Derecho procesal. Sin embargo, cada vez se observa un creciente interés por aplicar este enfoque a otras ramas jurídicas, dando lugar a un número cada vez mayor de estudios y publicaciones sobre materias como el Derecho internacional público, el Derecho constitucional, el Derecho de la Unión Europea, la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial del Estado, el procedimiento administrativo y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, entre otros.

Evidentemente, el AED no ha tenido la misma acogida en todas las disciplinas jurídicas, ni en todos los países. Su relevancia teórica y práctica ha sido mucho mayor en ámbitos como el Derecho de la competencia o el Derecho de la responsabilidad civil, en comparación con áreas como el Derecho de familia. Esto puede deberse, en parte, a que el modelo de elección racional —base inicial y aún predominante del AED— describe mejor la conducta humana en ciertos contextos que en otros. Es razonable pensar que las personas no actúan del mismo modo en todas las

circunstancias: el funcionamiento de una empresa privada, por ejemplo, difiere significativamente del de una entidad pública. Así, un modelo puede predecir adecuadamente el comportamiento humano en determinadas condiciones, pero no en otras. Sin embargo, esto no significa que el AED pierda validez o utilidad en algunas ramas del Derecho. Más bien indica que es necesario desarrollar modelos teóricos ajustados a las particularidades de cada contexto, capaces de explicar y predecir con razonable precisión las diferencias en la conducta humana según el ámbito jurídico en que se manifiesten.

d) El análisis económico del Derecho está ideológicamente sesgado

Al AED se le ha criticado por mantener un sesgo ideológico de corte conservador, evidenciado en su preferencia por el mercado como principal mecanismo para resolver los problemas sociales, en su defensa del principio de maximización de la riqueza y en su escasa atención a las cuestiones relacionadas con la distribución equitativa de dicha riqueza.

También ha sido fuertemente criticado por pensadores vinculados a corrientes conservadoras, como el iusnaturalismo católico. Estas críticas surgen porque el AED no busca imponer un ideal moral o teleológico del Derecho, sino que se limita a maximizar la satisfacción de las preferencias individuales, sin establecer jerarquías previas entre los fines. En este enfoque, todas las preferencias tienen el mismo valor, y el AED no juzga si unas metas son intrínsecamente mejores o más justas que otras.

Es cierto que la ideología de algunos de los principales exponentes del AED, (especialmente de los miembros o simpatizantes de la Escuela de Chicago), puede

considerarse en términos generales como neoliberal. Asimismo, en la rápida expansión del AED dentro de las universidades estadounidenses de élite, influyó significativamente el apoyo de fundaciones con una orientación conservadora. Sin embargo, reducir el AED únicamente a POSNER o a la Escuela de Chicago de las décadas de 1970 y 1980 sería un error. En la actualidad, el Análisis Económico del Derecho constituye una disciplina plural, en la que coexisten perspectivas ideológicas diversas y, en muchos casos, contrapuestas. De hecho, también existe un AED con orientación progresista, que busca integrar los principios de eficiencia económica con consideraciones de equidad y justicia social.

En definitiva, no puede sostenerse que la economía constituya una perspectiva inherentemente inclinada hacia determinadas posturas políticas o ideológicas. Existen economistas de todas las tendencias de izquierda y de derecha, conservadores y progresistas, nacionalistas y no nacionalistas. Sin embargo, la economía, como disciplina científica, mantiene una naturaleza ideológicamente neutral, ya que su finalidad no es promover una corriente política específica, sino analizar y comprender el comportamiento humano frente a la escasez y la asignación eficiente de recursos.

(pp. 124–133)

5.2 Crítica nacional

Para abordar este segundo punto, se tomará como referencia el trabajo desarrollado por (Anglas Castañeda, 2008), abogado egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Magíster en Derecho Civil y Comercial, quien en su artículo titulado “Teoría del Análisis Económico del Derecho” expone lo siguiente:

En noviembre de 2004 se publica la obra *Analizando el Análisis* de Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, en la cual los autores formulan una crítica severa a los fundamentos del Análisis Económico del Derecho. Según sostienen, “la literatura disponible sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú, es decir, los casos concretos de instituciones jurídicas que se pretende analizar económicamente y que dan sentido a esta corriente teórica en nuestro país no superan una veintena de supuestos contenidos en normas del Código Civil, los cuales son absolutamente accesorios y, cuantitativamente, no tienen ninguna repercusión práctica en los litigios que se ventilan ante los tribunales de justicia”. En esa línea, afirman que “si se realizara un estudio sobre el número de causas en el Poder Judicial basadas en las instituciones civiles que los defensores del Análisis Económico del Derecho han criticado, se constataría que no representan ni siquiera el uno por mil”. En ese sentido, los autores se preguntan cuál sería el verdadero sentido de convertir una cuestión meramente anecdótica o pintoresca en el eje central de una crítica a todo el Derecho Civil, presentando así un problema académico y social que, en realidad, no existe, pues los objetos de dicha crítica no tienen ninguna relevancia práctica en el contexto jurídico nacional. Señalan, además, que resulta irónico que esta situación se presente precisamente en una teoría cuya premisa fundamental es el costo social de un Derecho ineficiente. En sus palabras, “uno en mil casos no representa, en términos de análisis económico del Derecho, costo social alguno; pero dedicar tiempo y recursos a examinar los argumentos que sustentan el único caso cuestionable entre mil demuestra, por el

contrario, un costo social muy elevado y, por ende, la ineficiencia de un Derecho así concebido”.

Asimismo, los autores añaden que, aunque toda crítica académica podría ser válida si se sustenta en un método riguroso, en el caso peruano las objeciones formuladas desde el Análisis Económico del Derecho carecen de verdadera base científica. Señalan que, al intentar encontrar una crítica genuinamente económica, sustentada en variables de costo y beneficio o en un análisis empírico verificable, el resultado suele ser decepcionante. Expresan, en este sentido, que “lo económico de la crítica se reduce a rendir tributo nominal a la ciencia económica, repitiendo insistentemente términos como ‘costos de transacción’, ‘costo social’ o ‘externalidades’, como si fueran fórmulas mágicas que justifican el uso de tinta y papel ante los lectores incautos”. Por ello, concluyen que, en la mayoría de los trabajos realizados en el Perú bajo la bandera del AED, existe muy poco o casi nada de verdadero análisis económico aplicado a las instituciones jurídicas. Nos encontramos únicamente con una serie de objeciones básicas que, al carecer tanto de sustento económico como de una base doctrinal sólida, se reducen —en el mejor de los casos— a simples apelaciones al sentido común. Por ello, desprovistas de fundamentos teóricos y jurídicos, las vehementes críticas del análisis económico del derecho hacia el Derecho Civil y su respectivo Código resultan poco persuasivas. Entre esas observaciones infundadas destaca la dirigida al concepto de propiedad privada, como se verá más adelante; un aspecto esencial dentro del Derecho Civil cuya centralidad evidencia la fragilidad de tales cuestionamientos y anticipa la poca solidez de las críticas formuladas respecto de

instituciones jurídicas de menor relevancia. Asimismo, los autores añaden que, aunque toda crítica académica podría ser válida si se sustenta en un método riguroso, en el caso peruano las objeciones formuladas desde el Análisis Económico del Derecho carecen de verdadera base científica. Señalan que, al intentar encontrar una crítica genuinamente económica, sustentada en variables de costo y beneficio o en un análisis empírico verificable, el resultado suele ser decepcionante. Expresan, en este sentido, que “lo económico de la crítica se reduce a rendir tributo nominal a la ciencia económica, repitiendo insistentemente términos como ‘costos de transacción’, ‘costo social’ o ‘externalidades’, como si fueran fórmulas mágicas que justifican el uso de tinta y papel ante los lectores incautos”. Por tal motivo, afirman que la mayoría de las investigaciones peruanas que se presentan como parte del Análisis Económico del Derecho muestran una escasa, o casi nula, aplicación real de herramientas económicas al estudio de las estructuras jurídicas.

a) Crítica al relativismo de la propiedad privada

El análisis económico del derecho en el Perú critica el relativismo del derecho de propiedad. Así, se sostiene que “una primera constatación importante es que la propiedad es una relación jurídica que no solo le concede al propietario poderes, sino que le impone obligaciones. No solo es sujeto activo de su derecho, sino sujeto pasivo de los derechos que los demás tienen en cuenta o a su comportamiento a propósito del bien (ejercicio en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley)”.

Agrega el mismo autor: “Otro de los principios que el Código Civil no comprende de manera adecuada es el derecho de propiedad y lo importante que es

considerar que lo uno es de uno, y de nadie más. Por el contrario, el Código pretende una concepción de propiedad relativa, de una propiedad ambigua que debe ser limitada por las normas legales”.

Ante este cuestionamiento los autores de analizando el análisis señalan: “La primera pregunta que salta a la vista sobre estas objeciones del “Análisis” al relativismo del ejercicio del derecho de propiedad en el Código Civil de 1984 es la que se refiere a la existencia de algún país del mundo en el que la propiedad no este limitada por normas legales. Y la respuesta es obvia. Ninguno. No hay ningún país en el mundo donde la propiedad privada no sea ejercida de forma relativa. Y por una razón muy sencilla: nos guste o no, ninguna persona, al menos en un estado capitalista moderno, ejerce sus derechos de propiedad solo. Ejercemos nuestro derecho de propiedad en comunidad. Soy dueño de una casa, pero tengo vecinos; soy dueño de un fundo, pero hay parcelas que lo delimitan; soy dueño de un automóvil pero tengo que transitar por las calles y tengo que guardar respeto hacia los demás.

Esto justifica que nos encontremos, como ya habíamos adelantado al inicio de este capítulo, con una de esas afirmaciones carentes de sustento real a las que nos tiene acostumbrado el Análisis Económico del Derecho en el Perú, a una de esas críticas sin sentido, que, por lo tanto, no pueden ser más que superficiales o gratuitas.”.

Por último, cerrando su crítica, los autores citados afirman “queda demostrado entonces que a los analistas económicos del derecho les ha sido necesario, para justificar su crítica al artículo 923 del Código Civil, levantar un fantasma, el fantasma de los horribles conceptos retrógrados y peligros que constituyen una espada de Damocles

sobre el desarrollo de la economía y de la inversión privada en el Perú. Sobre este particular, amén de lo que ya hemos dicho hasta aquí, habría que preguntar a esos críticos cuántas inversiones han dejado de venir al país o no se han consumado por los propios nacionales por temor al “ambiguo concepto de propiedad” que sanciona el artículo 923 del Código Civil en los veinte años que tiene de vigencia. Y ello para demostrar la “ineficiencia” de las normas en cuestión y, por ende, la necesidad de la modificación exigida por los seguidores criollos del Análisis Económico del Derecho. La verdad es que no puede haber respuesta porque ninguno de estos críticos se ha tomado el trabajo de hacer un solo estudio que demuestre económicamente el perjuicio –o como ellos gustan llamar, el enorme costo social que significa para la sociedad peruana no creer, como ellos, en que los fantasmas existen.” (pp.1719)

Conclusiones

El estudio del Análisis Económico del Derecho (AED) permite comprender que las normas jurídicas y las decisiones del Estado no solo deben evaluarse desde una perspectiva formal o moral, sino también desde su eficiencia económica y su impacto real en el bienestar social. A lo largo de los capítulos anteriores se ha evidenciado que el derecho y la economía son disciplinas interdependientes, orientadas a garantizar un orden público económico que combine la libertad individual con la función social de la propiedad y la intervención del Estado cuando sea necesaria para equilibrar los mercados.

En este contexto, la regulación económica se configura como un instrumento esencial para corregir las fallas del mercado y evitar abusos derivados del poder monopólico, las externalidades o la asimetría de información. La participación del Estado no debe entenderse como una negación de la libertad económica, sino como una condición indispensable para asegurar que los recursos se asignen de manera justa y eficiente.

El principio de libertad económica y la iniciativa privada se mantienen como ejes fundamentales de la economía social de mercado, siempre bajo la guía de la buena

fe, la equidad y la moralización de las relaciones jurídicas, que son pilares de toda convivencia democrática y del ejercicio responsable de los derechos patrimoniales.

El análisis de los monopolios naturales y de las relaciones laborales demuestra que las intervenciones regulatorias deben buscar un equilibrio entre la eficiencia productiva y la justicia distributiva, promoviendo tanto la competitividad como la protección de los trabajadores. En definitiva, el AED ofrece una herramienta analítica que integra racionalidad económica y valores jurídicos, aportando criterios para la formulación de leyes más justas, sostenibles y coherentes con el interés público.

Recomendaciones

Se recomienda que las facultades de Derecho y Economía promuevan espacios académicos conjuntos para fomentar una comprensión integral del AED. Esto permitirá que los futuros profesionales evalúen las normas jurídicas no solo desde su validez formal, sino también desde su eficiencia, equidad y sostenibilidad.

Los legisladores y autoridades deben considerar los principios del AED al momento de diseñar leyes o políticas, analizando sus costos, beneficios y externalidades. Esto contribuirá a que las decisiones públicas sean más racionales, equitativas y alineadas con el bienestar general.

Aunque la eficiencia es una meta del AED, debe armonizarse con valores fundamentales como la justicia, la moral y la equidad. Se aconseja que toda evaluación económica de las normas tenga en cuenta los derechos humanos y los principios éticos del orden jurídico.

Es esencial que los procesos regulatorios y las políticas de control de monopolios, precios y mercados laborales sean transparentes y participativos, evitando concentraciones de poder y favoreciendo la competencia leal.

Se sugiere incentivar estudios empíricos en el contexto peruano y latinoamericano que permitan medir el impacto real de las normas jurídicas sobre la

eficiencia económica, la productividad y la equidad social. Estos estudios deben servir de base para la mejora continua de la legislación.

Los operadores jurídicos, empresarios y funcionarios públicos deben guiar sus actuaciones por el principio de buena fe, garantizando confianza, cumplimiento y moralidad en los contratos y transacciones.

Se recomienda la creación de programas de actualización para jueces, abogados y economistas en temas de análisis económico del derecho, derecho regulatorio, eficiencia del mercado y políticas públicas.

Bibliografía

Coloma, G. (Noviembre de 1999). *Apuntes para el Análisis Económico del Derecho Privado Argentino*.

Obtenido de <https://www.researchgate.net/publication/4806381>

Cooter, R. D. (2000). Las Mejores Leyes correctas: Fundamentos Axionológicos del Derecho.

En G. Becker, R. Brenner, J. M. Buchanan, G. Calabresi, R. Coase, R. D. Cooter, . . .

O. E. Williamson, *Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura* (págs. 133152). México

D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, A.C.

DiezPicazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Civitas.

Posner, R. A. (1998). El Derecho y la Economía: Introducción. En *El Análisis Económico del*

Derecho (págs. 2363). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.



Dirección legal: Urb. Paseo del Mar Mz L4
Lt 33 Nuevo Chimbote. Santa, Ancash-Perú
Correo electrónico: edhonexus@gmail.com
Teléfono: 978 653 152
<https://books.honexus.org>

