

ECONOMÍA Y JUSTICIA

Fundamentos para un nuevo derecho



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



HN
Ho Nexus
EDITORIAL

Primera edición digital

ECONOMÍA Y JUSTICIA

Fundamentos para un nuevo derecho



HN
HoNexus
EDITORIAL

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

Primera edición digital

ECONOMÍA Y JUSTICIA

Fundamentos para un nuevo derecho

© Lenin Domingo, Alvarado Vara.

© Iván Milton, Campuzano Cabello.

© Nory, Huaccha Sánchez.

© Agustín, Vizcarra Ramírez.

Editor de contenido: Daniel Erick Ruiz Balcázar

Diseño de cubierta: Ho Nexus

1ª edición digital, noviembre 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//10.70504/978-612-99189-7-6>

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 reprodujeren o plagiaran, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica.

Depósito Legal: 2025-12909

ISBN: 978-612-99189-7-6

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.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	7
Capítulo I: Nociones y Conceptos Básicos Del Análisis Económico Del Derecho	9
1.2. Objeto de estudio del Análisis Económico del Derecho	14
1.3. Orígenes del Análisis Económico del Derecho.	17
1.4. Sistemas Económicos y Normas Jurídicas	19
1.5. El mercado Como Institución Jurídica	22
1.6. De la Economía al Derecho y del Derecho a la Economía	23
1.7. El Derecho Económico, Disciplina Jurídica Nueva	28
1.8. Supuestos Filosóficos Del Análisis Económico Del Derecho	29
1.9. Principales Aplicaciones del Análisis Económico del Derecho	33
Capítulo II: Principales Escuelas Del Análisis Económico Del Derecho	37
2.1. El Homus Economicus y el Behavioral Law and Economics	37
2.2. Escuelas del AED para Arjona Trujillo y Rubio Pardo	41
2.3. Escuelas del AED para Francesco Parisi	50
2.4. Aporte sobre las escuelas del AED por Méndez Reátegui	52
Capítulo III: Análisis Económico Del Derecho De Propiedad	62
3.1. ¿Qué entendemos por derecho de Propiedad?	63
3.2. Tipos de propiedad	65
3.3. ¿Por qué existe la propiedad?	69
3.4. Origen de la propiedad	70

3.5. Evolución del Derecho de Propiedad	72
3.6. Argumentos Económicos y justificación del Derecho de Propiedad	75
3.7. Beneficios sociales de la propiedad bajo un análisis microeconómico de utilidad	77
3.8. El teorema de Coase	79
Capítulo IV: Análisis Económico Del Derecho Penal	85
4.1. La conducta y la gravedad del daño	88
4.2. Teoría económica del crimen	90
4.3. ¿El castigo desalienta el crimen?	95
4.4. ¿Cuál es el castigo óptimo?	97
4.5. La prisión	100
Capítulo V: Análisis Económico De Los Contratos	103
5.1. ¿Qué funciones cumple el derecho de contratos?	105
5.2. ¿Cuáles son las razones económicas para que ciertas promesas sean dejadas sin efecto?	108
5.3. ¿Todo puede ser objeto de un contrato?	110
Capítulo VI: Análisis Económico De La Responsabilidad Civil Extra Contractual	114
6.1. Y si no existiera la responsabilidad civil ¿Qué pasaría?	116
6.2. ¿Se debe indemnizar siempre a la víctima?	117
6.3. El daño	119
6.4. El factor de atribución	120
6.5. Causalidad	121
Bibliografía	124

Introducción

El Análisis Económico del Derecho (AED), aunque todavía no goza de aceptación general en todos los ámbitos jurídicos, se ha consolidado como una disciplina esencial en la intersección del derecho y la economía, al ofrecer herramientas analíticas para comprender cómo las normas legales influyen en la conducta humana y cómo pueden optimizarse para mejorar la eficiencia del sistema legal. Esta disciplina comenzó a tomar forma formal en la década de 1960 en los Estados Unidos y parte de la premisa de que los individuos toman decisiones racionales basadas en un análisis de costos y beneficios. Este enfoque permite prever cómo reaccionarán las personas ante distintas leyes y políticas, considerando los incentivos y las consecuencias económicas de sus acciones.

El AED no se limita exclusivamente a las leyes que regulan la actividad económica. También se aplica a áreas como la responsabilidad civil extracontractual, donde se analiza cómo los estándares de conducta, los factores de atribución y la valoración económica de los daños influyen en los incentivos de los individuos para evitar causar perjuicios o reducir sus efectos. Por ejemplo, conceptos como la causalidad adecuada, la teoría de la distribución social del riesgo y la lógica del “deep pocket” permiten comprender por qué la ley establece que ciertas personas deben responder por los daños ocasionados y cómo estas reglas buscan desincentivar comportamientos perjudiciales para la sociedad.

Asimismo, el AED ayuda a identificar la función económica de la responsabilidad civil: reducir la cantidad y gravedad de los accidentes, compensar a las víctimas en la medida de lo posible y minimizar los costos administrativos del sistema judicial. Esta perspectiva también muestra cómo los niveles de ingreso y los recursos disponibles en un país determinan la valoración de los daños y condicionan la viabilidad de aplicar estándares exigentes de cuidado, reflejando que la responsabilidad civil debe adaptarse a la realidad económica y social de cada jurisdicción.

De esta manera, el presente trabajo busca desarrollar, a lo largo de sus capítulos, una visión integral de cómo los principios del AED pueden aplicarse al estudio del derecho para comprender mejor la asignación de responsabilidades, la prevención de daños y la eficiencia del sistema legal. Se analizan los incentivos que generan las normas, la previsibilidad de los resultados y las herramientas conceptuales que permiten evaluar y optimizar el funcionamiento de la responsabilidad civil extracontractual, proporcionando así un marco que combina eficiencia económica con objetivos sociales y jurídicos coherentes con la realidad de cada contexto.

Capítulo I

Nociones y Conceptos Básicos del Análisis Económico Del Derecho

Poder comprender esta trascendental disciplina de estudio dentro del campo del Derecho, implicará en primer lugar conocer algunos aspectos elementales del mismo. Los cuáles serán desarrollados en el presente capítulo bajo los siguientes puntos:

1.1. ¿Qué entender por el Análisis Económico del Derecho?

Dicha interrogante, puede ser respondida con precisión en primer lugar por (Bullard, 2019), Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien en su libro titulado “Análisis Económico del Derecho” precisa:

Tal vez se encuentre en una librería hojeando este libro, tratando de decidir si comprarlo o no. El simple hecho de haberlo tomado del estante muestra que despertó su interés; algo en él captó su atención. En su mente comienza a hacer un balance: el análisis económico del derecho (AED) podría resultarle atractivo, útil para su trabajo académico o profesional, o tal vez simplemente saciaría su curiosidad. Percibe varios beneficios en adquirirlo. Sin embargo, también identifica aspectos negativos: debe pagar un precio, lo que representa un costo. Además, leerlo requerirá tiempo, y usted tiene otras ocupaciones. Podría

posponer tareas laborales o no leer otra cosa más interesante. Ese es el costo oportunidad/tiempo. En este momento realiza un análisis costo-beneficio, sopesando ventajas y desventajas. Si decide devolver el libro al estante y marcharse, será porque los costos superaron los beneficios. Pero realiza la compra, significará que, según su evaluación, el libro vale más de lo que cuesta.

Casi todas las decisiones que se toman siguen un proceso parecido. Con mayor o menor grado de reflexión o dedicación de tiempo, solemos evaluar mentalmente la mayoría de las veces de manera intuitiva las razones para hacer o no hacer algo. En ocasiones, realizamos un análisis más preciso y elaborado, cuantificando los costos hasta el último centavo y estimando con igual detalle las posibles ganancias.

Sin embargo, la mayoría de las veces no actuamos de forma tan racional ni calculadora. Nuestros juicios suelen ser aproximados, casi emocionales. No asignamos valores monetarios exactos a nuestras comparaciones; simplemente las hacemos y tomamos una decisión. Evaluamos el placer que algo nos produce frente a las incomodidades o sacrificios que implica. Ese proceso también constituye un análisis costo-beneficio.

¿Alguna vez se ha enamorado? Si su respuesta es afirmativa, probablemente que piense de que todo surge de un sentimiento genuino, el amor, y que no existe ningún tipo de cálculo detrás. Quizá piense que en las cuestiones del corazón no interviene ningún análisis de beneficios y costos. Pero, en realidad, sí lo hay. La atracción hacia una persona surge porque percibimos beneficios en esa relación. Sentirse amado, por ejemplo, es un beneficio; tener la oportunidad de amar también lo es. Tal vez disfrute de pasear de la mano por un parque o de compartir la intimidad sexual. A veces, incluso, influyen factores materiales o sociales, como que la familia de esa persona tenga recursos o conexiones laborales. Todos estos elementos pueden inclinar la balanza a favor.

No obstante, no todo resulta positivo. Esa persona podría tener mal carácter, impedirle compartir tiempo con sus amistades o hacerle perder la oportunidad de conocer a alguien más compatible. Tal vez deba gastar dinero en regalos costosos para ocasiones especiales, o asumir problemas económicos ajenos. También cabe la posibilidad de que, al confesar su amor, sea rechazado y deba afrontar la incomodidad o la vergüenza del rechazo. Esa frustración, al fin y al cabo, constituye un costo. Sobre la base de estos factores —evaluados con mayor o menor racionalidad— uno toma decisiones: declarar su amor, iniciar una relación o incluso casarse.

Y si con el tiempo esa relación se formaliza y termina en matrimonio, podría descubrir que el cálculo inicial fue equivocado, que la convivencia cuesta más de lo que vale. Entonces puede optar por separarse o divorciarse, siempre que el costo de hacerlo no resulte demasiado alto. No se trata de afirmar que todo lo medimos en dinero o que las personas son máquinas que solo calculan. Lo que se plantea es que existe una inclinación natural a buscar aquello que nos brinda mayor satisfacción y a evadir lo que nos causa un costo.

Precisamente, la economía trata de eso. Parafraseando a Bernard Shaw, la economía es la ciencia que nos enseña a sacar el máximo provecho posible de la vida (Shaw, 1950). Este principio elemental expone una de las leyes más conocidas de la disciplina: la ley de la oferta y la demanda. Cuando el precio de un producto, como el calzado, aumenta, la cantidad que la gente desea comprar disminuye; en cambio, cuando el precio baja, la demanda crece. Es lógico: si las personas buscan obtener el mayor beneficio posible, un precio más alto reduce la conveniencia de adquirir un bien, porque altera su relación costo-beneficio. Por el contrario, si usted es quien produce ese bien, un aumento del precio lo motivará a fabricar más, pues ello le generará mayores ganancias.

En resumen, los individuos responden a incentivos y modifican sus decisiones según estos. Si se coloca una caja de rosquillas con un anuncio que diga “rosquillas gratis”, se agotarán con más velocidad que si el anuncio que indica “rosquillas a S/ 3 cada una”. Esto ocurre debido el cambio en el precio modifica el balance entre costos y beneficios.

Comprender esos incentivos permite anticipar el comportamiento humano. Generalmente la economía ayuda a comprender el funcionamiento de esos estímulos y cómo influyen nuestras decisiones cotidianas, brindándonos herramientas para prever nuestro comportamiento futuro.

Cuando el ministro de Economía anuncia la inflación proyectada para el próximo año, está anticipando cómo variarán los precios de los bienes y servicios. Pero ¿cómo puede saberlo? Los precios surgen de millones de decisiones no relacionadas entre los consumidores y productores. ¿Cómo se puede prever cual conjunto de esas decisiones provocará, por ejemplo, una inflación del 3%?

La inflación no depende de una sola persona, sino del comportamiento agregado de toda la sociedad. Aunque el gobierno adopte medidas que influyan en el nivel general de precios, la realidad es que la inflación resulta del conjunto de decisiones de compra, venta y producción tomadas por millones de individuos. Cada vez que alguien ajusta un precio o decide adquirir o no un producto, influye, aunque mínimamente, en la inflación.

Predecir el comportamiento de millones de personas parece imposible, pero los economistas han desarrollado modelos que, basándose en la forma en que las personas reaccionan ante distintos incentivos, permiten estimar con notable precisión los movimientos de precios. Estos modelos parten de una idea simple: frente a determinadas condiciones, algunas personas estarán dispuestas a pagar más, y otras a cobrar menos.

A quienes creen que el comportamiento humano no puede analizarse de esa manera, especialmente en decisiones no económicas, bastaría recordar la gran cantidad de estudios que relacionan los incentivos con la conducta. Por ejemplo, los índices de suicidio varían según la posición económica del individuo; el legalizar ciertas drogas reducen su consumo, mientras que el prohibirlas tiende a incrementar la potencia de las sustancias; en Brasil, el aumento del número de mujeres respecto al de hombres se ha asociado con la disminución del tamaño de

los bikinis en las playas; y la legitimación del aborto o de la tenencia de armas puede incidir en la reducción de la criminalidad. Podrá debatirse la validez de estos estudios, pero lo cierto es que el Análisis Económico del Derecho (AED) abre la puerta a examinar estos temas mediante herramientas distintas a las puramente jurídicas.

¿Y qué es el Derecho? Además de las investigaciones filosóficas, el derecho constituye un sistema destinado a regular la conducta humana. Toda norma jurídica contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica: Por ejemplo, una norma podría establecer: “Quien construya una edificación sin respetar las normas de seguridad será responsable de los daños que esta pueda causar”. En este caso, el supuesto de hecho es construir sin cumplir con las normas de seguridad, y la consecuencia jurídica es la obligación de responder por los daños ocasionados.

Si se observa con atención, la obligación de responder por los daños funciona como un precio, el costo de actuar de manera negligente. En consecuencia, si la ley impone esta responsabilidad a quienes construyen sin cumplir las normas de seguridad, se reducirá la ocurrencia de construcciones peligrosas.

En otras palabras, la lógica del sistema de costos puede aplicarse, como veremos, prácticamente a cualquier norma jurídica, pues las reglas buscan generar incentivos de conducta, del mismo modo que lo hace la economía.

¿Y por qué unir derecho y economía? Si la economía proporciona un sistema para predecir el comportamiento humano y el derecho uno para regularlas, la combinación de ambos resulta sumamente ventajosa. Comprender cómo las personas reaccionan permite diseñar normas más efectivas, ya sea en leyes, estatutos o contratos. Un abogado capaz de anticipar comportamientos será un mejor profesional. Y del mismo modo, un economista que entienda la lógica de los incentivos legales podrá interpretar con mayor profundidad el funcionamiento de los mercados. El derecho establece incentivos mediante las reglas e instituciones que lo conforman, y los economistas no siempre perciben toda su dimensión.

Así surge el Análisis Económico del Derecho (AED): la fusión entre la capacidad predictiva de la economía y la capacidad normativa del derecho. De esa unión nació una herramienta poderosa que aplica el razonamiento económico al campo jurídico.

El AED, desarrollado en Estados Unidos hacia la década de 1960, se comprende mejor practicándolo que estudiándolo de forma teórica. Su objetivo es explicar cómo las personas realizan análisis costo-beneficio en sus decisiones y, a partir de ello, entender el comportamiento real en la sociedad.

En este sentido, resulta pertinente lo que afirma Cachanosky (1998): el derecho y la economía no son disciplinas independientes, sino dos caras de una misma moneda. El mercado se basa, fundamentalmente, en el intercambio de derechos de propiedad, lo que implica la existencia de contratos y, por consiguiente, un marco legal que facilite o limite estas transacciones. Las normas jurídicas afectan los incentivos y las decisiones de las personas, incidiendo en el funcionamiento del mercado y, en última instancia, en el bienestar económico.

Un jurista que desconozca el funcionamiento del mercado no comprenderá el impacto de las leyes sobre la economía, del mismo modo que un economista que ignore los fundamentos jurídicos carecerá de noción sobre el marco legal que condiciona sus teorías. No resulta sorprendente que, durante largos períodos, la economía se impartiera en las facultades de derecho; probablemente por ello los antiguos juristas entendían el funcionamiento del mercado mejor que muchos economistas contemporáneos enfocados exclusivamente en la matemática. La gran paradoja de la economía matemática es que, en su búsqueda de rigor, generó teorías formalmente exactas, pero, en muchos casos, vacías o inconsistentes en su contenido.

1.2. Objeto de estudio del Análisis Económico del Derecho

Si bien alcanzar un consenso absoluto e indiscutible sobre el objeto de estudio del tema que nos ocupa resulta técnicamente imposible, considero oportuno ofrecer algunas precisiones

que ayuden a esclarecerlo. Para ello, comenzaré citando lo señalado por González Amuchástegui (1994), quien advierte que:

No debe considerarse como análisis económico del Derecho cualquier intento de aproximación económica al fenómeno jurídico, ni toda reivindicación de la importancia del enfoque económico para comprender el Derecho en su totalidad. Tampoco parece correcto entender el análisis económico del Derecho como una escuela o corriente filosófico-jurídica específica, ya que carece de una homogeneidad teórica marcada.

Siguiendo a Posner, dentro del análisis económico del Derecho se distinguen dos enfoques. Por un lado, la corriente clásica, que se centra en el estudio de normas que regulan directamente la actividad económica —como las leyes antimonopolio, el sistema tributario o el comercio internacional— y cuyos orígenes se remontan a los análisis de Adam Smith sobre los efectos económicos de la legislación mercantilista. Por otro lado, existe una corriente más moderna, surgida de los trabajos pioneros de Ronald Coase y Guido Calabresi, caracterizada por dos rasgos principales: primero, la extensión del análisis económico a áreas del derecho que no regulan actividades de mercado; y segundo, la formulación de un doble propósito del Derecho: proporcionar las condiciones necesarias para el funcionamiento del mercado y, cuando esto no sea posible, replicar su lógica de eficiencia (pp. 934-935).

A partir de lo anterior, es posible estructurar con mayor precisión el objeto de estudio de esta disciplina. Para ello, resulta pertinente acudir a lo expuesto por Paolinelli y Oglietti (2020) en su obra *Introducción al análisis económico del Derecho*, quienes definen que:

El análisis económico del Derecho examina la interacción entre la ley y la economía, empleando para ello las herramientas propias de la ciencia económica —especialmente la microeconomía—. Este enfoque se sustenta en dos premisas fundamentales:

- Las leyes generan un precio, ya sea de manera explícita o implícita.
- Los agentes económicos —consumidores y empresas— asumen esas leyes (y los precios resultantes) como condiciones dadas, buscando a partir de ellas maximizar su utilidad y beneficio, respectivamente.

El “precio” generado por una norma puede ser claro o tácito. Es claro cuando su valor está expresado en unidades monetarias concretas. Por ejemplo, una multa de \$300 por mal estacionamiento representa un precio claro, y si se eleva a \$500, se reducirá el número de transgresiones, de la misma manera en que un acrecentamiento de precio en cualquier bien reduce su demanda. En cambio, un precio tácito se presenta cuando, aunque exista certeza de que habrá una sanción o costo, su magnitud es incierta. Casos de este tipo se observan en sanciones por contaminación o negligencia médica: se sabe que habrá un costo, pero no su cuantía exacta, lo que introduce un elemento de incertidumbre disuasoria.

Toda legislación, regulación, norma o decisión judicial persigue —de manera consciente o inconsciente— dos fines: la eficiencia y la justicia. En ocasiones, una misma norma puede satisfacer ambos objetivos, demostrando que no necesariamente existe contradicción entre ellos. Sin embargo, en muchos casos estos principios se contraponen: una ley eficiente desde el punto de vista económico puede no ser considerada justa, y aquello que se percibe como justo puede no resultar eficiente.

En principio, la labor del legislador al crear una norma o la del juez al emitir una sentencia debe orientarse a lograr la justicia posible en un momento histórico determinado. No obstante, esa justicia debe articularse con criterios mínimos de eficiencia, de modo que no se impongan a la comunidad costos excesivos derivados de decisiones ineficientes. En última instancia, lo que define si una decisión jurídica es verdaderamente justa o injusta radica en si contribuye al óptimo de bienestar social o, por el contrario, se aparta de él.

Este planteamiento nos lleva a un dilema clásico del Derecho: ¿es posible que una sentencia o una norma sean contrarias a la justicia y, aun así, formen parte del orden jurídico de un Estado de derecho? O, expresado de otro modo, ¿una norma injusta puede considerarse parte del Derecho o constituye simplemente una manifestación del poder, ajena y contradictoria con la esencia misma de lo jurídico? (pp. 40-41)

1.3. Orígenes del Análisis Económico del Derecho.

Toda disciplina que aspire a ser comprendida en su totalidad debe analizarse en función de sus orígenes. Por ello, a continuación, se abordarán los antecedentes históricos del tema, tomando como referencia lo expuesto por Bullard (2019), quien explica lo siguiente:

Resulta complejo determinar con exactitud el punto de partida de esta forma de entender el Derecho. Algunos autores sitúan su origen en los trabajos de Jeremy Bentham, desarrollados entre los siglos XVIII y XIX (Posner, 2002). Otros, en cambio, reconocen la influencia de Adam Smith, quien —dato poco conocido— fue profesor en una facultad de Derecho (Rowley, 1998). No obstante, la versión del Análisis Económico del Derecho (AED) tal como la entendemos en la actualidad tiene un origen reciente, que se ubica en la segunda mitad del siglo XX.

Cuenta la anécdota que todo comenzó cuando se decidió incorporar a un profesor de economía en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago. Ese profesor era Aaron director, quien desde 1946 mantenía reuniones con juristas para demostrarles que muchas decisiones legales y normativas eran erróneas cuando se evaluaban desde la perspectiva de sus consecuencias económicas. Empezó aplicando este razonamiento en el ámbito del derecho antimonopolio, y posteriormente lo extendió al derecho laboral, corporativo y prácticamente a todas las áreas jurídicas. Director sostenía que la interpretación tradicional del derecho generaba resultados irracionales o ineficientes.

Aunque publicó poco durante su carrera, su influencia sobre otros académicos fue notable. A pesar de no haber pasado a la historia como uno de los constituyentes más reconocidos del AED —aunque muchos consideran que realmente lo fue—, su papel en el surgimiento de esta corriente fue decisivo. En consecuencia, puede afirmarse que fue en la Universidad de Chicago donde nació el AED, y que director fue una figura clave en dicho proceso.

Entre los nombres más reconocidos del campo se encuentra Ronald Coase, recibió el Premio Nobel de Economía en 1991 consecuencia de sus importantes aportes al Análisis Económico del Derecho. Entre las décadas de 1930 y 1960, Coase desarrolló una serie de investigaciones que le permitieron formular el concepto de costos de transacción, noción central para el AED, pues explica el funcionamiento de los mercados, su relación con el derecho y los límites de la intervención jurídica para resolver determinados problemas. De sus planteamientos surge el célebre teorema de Coase, uno de los pilares fundamentales del AED, presentado en su influyente artículo “El problema del costo social”, al cual se dedica un capítulo completo en la obra de Bullard.

A partir de las opiniones de Coase, el AED busca comprender por qué los contratos tienden a generar eficiencia económica, y por qué existen situaciones que escapan a esa lógica contractual, requiriendo por tanto la intervención del Estado para alcanzar una mejora en términos paretianos. Esto se ilustra con ejemplos como el de las máquinas de afeitar y los lápices de labios mencionado en capítulos previos (Coase, 1960).

Por su parte, Guido Calabresi, en colaboración con Douglas Melamed, publicó en la década de 1960 un trabajo clásico del AED titulado “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la catedral”. Muchas de las ideas desarrolladas por Calabresi coinciden con las de Coase, aunque fueron elaboradas de manera independiente. Sus aportes se centralizaron en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, donde

introdujo conceptos fundamentales que revolucionaron el enfoque jurídico en Estados Unidos.

En su libro “El costo de los accidentes”, Calabresi propuso una teoría que relaciona la disminución de los costos primarios, secundarios y terciarios de la responsabilidad civil con la figura del “cheapest cost avoider” o “agente que puede evitar el costo de la forma más económica”. Este enfoque supuso una nueva perspectiva dentro de la teoría objetiva de la responsabilidad, la cual tuvo una gran influencia en la doctrina estadounidense en las últimas décadas. Más adelante en el texto se profundiza en sus contribuciones.

Además de estos autores, otros académicos han ampliado la aplicación del AED a diversos campos del Derecho. Entre ellos destacan los estudios de Harold Demsetz (1964, 1967) sobre la propiedad, y los de Steven Shavell (1987) y Richard Posner (1996) sobre responsabilidad civil. Paralelamente, se han desarrollado nuevas corrientes que extienden el análisis económico a otras áreas, como la teoría de la elección pública (public choice), la cual examina los procesos políticos, las decisiones de los funcionarios públicos, la formación de constituciones y las reglas electorales, entre otros aspectos.

Hoy en día, prácticamente todas las ramas del Derecho han sido influenciadas por el AED: derecho ambiental, civil, mercantil, administrativo, penal, constitucional, laboral, entre otras. (pp. 41–43)

1.4. Sistemas Económicos y Normas Jurídicas

En la continuidad de este primer capítulo, abordaremos ahora un nuevo apartado, desarrollado conforme a lo expuesto por Coloma (1999), quien posee un doctorado en Economía por la Universidad de California. En su obra titulada “Apuntes para el análisis económico del Derecho Privado Argentino”, el autor sostiene lo siguiente:

Desde la óptica del análisis económico, el propósito fundamental de las normas jurídicas dentro de una sociedad es establecer el sistema económico que esta adoptará. Los sistemas económicos constituyen los distintos modos de organización de una economía, especialmente en lo referente al rol del Estado y de los agentes privados en las actividades y decisiones económicas.

Según la clasificación propuesta por Fischer, Dornbusch y Schmalensee (1989), los sistemas económicos pueden distinguirse según dos criterios principales: la propiedad de los medios de producción y el mecanismo de asignación de los recursos. En relación con el primer criterio, existen dos alternativas básicas: propiedad privada y propiedad estatal. En relación al segundo, las principales opciones son el mercado o la planificación centralizada. Generalmente, la elección de una opción en uno de estos criterios conlleva una consecuencia lógica en el otro. De este modo, el capitalismo puro se caracteriza por la propiedad privada de los medios de producción y la asignación de recursos mediante el mercado, mientras que el socialismo puro implica la propiedad estatal de los medios de producción y una planificación centralizada de los recursos.

Existen, sin embargo, dos combinaciones intermedias: el socialismo de mercado donde los medios de producción pertenecen al Estado, pero los recursos se distribuyen a través del mercado y el capitalismo planificado, en el que los medios de producción son privados, aunque la asignación de recursos se encuentra regulada mediante planificación estatal.

El socialismo y el capitalismo puros representan formas extremas de organización económica en cuanto al grado de intervención estatal o privada. No obstante, es posible concebir modelos aún más extremos: uno en el que el Estado controle absolutamente todas las decisiones económicas, y otro donde el Estado no intervenga en absoluto. El primer caso describiría un sistema totalmente autoritario, en el que tanto los bienes de producción como los de consumo serían de propiedad estatal, y todas las decisiones de producción, intercambio y consumo estarían centralizadas. En el extremo opuesto se ubicaría un sistema

completamente anárquico, donde el Estado no existiría y los mercados funcionarían de forma totalmente autónoma, con relaciones económicas limitadas y circunstanciales entre los agentes.

En la práctica, la mayoría de los sistemas económicos reales constituyen formas mixtas, que combinan en diversos grados elementos de los modelos teóricos mencionados. En ellos coexisten la propiedad privada, la propiedad estatal, el mercado y la planificación centralizada.

El papel que desempeña cada uno de estos componentes depende esencialmente de las normas jurídicas vigentes en cada país.

Las economías mixtas más próximas al modelo capitalista se sustentan en un sistema jurídico que asume que la mayor parte de las actividades económicas son desarrolladas por entidades privadas y reguladas por el mercado. Para garantizar el correcto funcionamiento de dichos mercados y resolver los conflictos que puedan surgir, el Estado provee un conjunto de normas e instituciones jurídicas que establecen criterios generales de aplicación e interpretación, conformando así el Derecho Privado del país.

En determinadas actividades, como la salud, educación, seguros o banca, el Estado participa de manera directa mediante entidades públicas que actúan dentro del mercado bajo regulaciones jurídicas específicas, lo que constituye parte esencial del Derecho Administrativo. Asimismo, existe un conjunto de normas destinadas a planificar o regular ciertas actividades económicas, sustituyendo o complementando la acción del mercado; estas corresponden a lo que previamente se ha identificado como Derecho Económico.

Además de las ramas jurídicas mencionadas, otras áreas del Derecho también contribuyen a definir el sistema económico de una sociedad. Por ejemplo, el Derecho Penal complementa al Derecho Privado al proteger los mercados de conductas que obstaculizan su funcionamiento como el robo o el fraude, mientras que el Derecho Procesal constituye un soporte indispensable para la aplicación efectiva de las normas privadas, penales y regulatorias. Por su parte, el Derecho Laboral puede considerarse, en gran medida, una extensión del

Derecho Privado, ya que busca garantizar el funcionamiento descentralizado de los mercados de trabajo, aunque también incluye disposiciones regulatorias que permiten la intervención estatal en dichos mercados. (pp. 4–5)

1.5. El mercado Como Institución Jurídica

Continuando con el desarrollo de los principios fundamentales que configuran el Análisis Económico del Derecho (AED), abordaremos ahora cómo la institución jurídica puede ser comprendida desde una perspectiva mercantil. Para ello, recurrimos nuevamente al jurista y economista argentino Coloma (1999), quien señala lo siguiente:

lo expuesto en los apartados anteriores, se desprende que el mecanismo de asignación de recursos conocido como mercado es, en esencia, una construcción jurídica. Este radica en un conjunto de normas, más o menos generales, que admiten que los potenciales compradores y vendedores de bienes o servicios puedan interactuar y llevar a cabo transacciones comerciales.

En su sentido más amplio, dichas normas comprenden principalmente las que precisan los derechos de propiedad sobre los activos tangibles e intangibles, es decir, los derechos reales y los derechos de propiedad intelectual, así como las que regulan la celebración de contratos y las obligaciones que de ellos derivan. A ello se suman las normas de responsabilidad civil extracontractual, que actúan como complemento en los casos donde surgen relaciones entre agentes económicos fuera del marco contractual.

Este conjunto conformado por propiedad, contratos y responsabilidad civil constituye el núcleo esencial del trabajo de todo mercado desregulado. Mediante los derechos de propiedad, se determina quién está legitimado para usar o disponer de determinados bienes y servicios. Las normas contractuales, por su parte, permiten el intercambio de esos derechos de propiedad y hacen posible que otros agentes utilicen los recursos disponibles para generar nuevos bienes y servicios. Finalmente, las normas de responsabilidad civil extracontractual

proporcionan los criterios mediante los cuales los agentes económicos pueden valorar los riesgos de participar en actividades económicas que no derivan directamente de un contrato.

En algunos mercados específicos existen, además, normas específicas que complementan las disposiciones generales sobre propiedad, contratos y responsabilidad. Muchas de estas se enmarcan en la regulación económica, entendida como la intervención del Estado para modificar o sustituir el funcionamiento espontáneo del mercado.

Por lo tanto, las normas regulatorias representan limitaciones o ajustes a las reglas generales que constituyen la institución jurídica del mercado, e introducen, en mayor o menor medida, elementos de planificación centralizada como mecanismo alternativo o complementario de asignación de recursos. (pp. 5–6)

1.6. De la Economía al Derecho y del Derecho a la Economía

Otro aspecto relevante que conviene analizar es este, y para ello recurriremos a lo que plantea Bejarano (1999), economista de la Universidad Nacional de Colombia, en su obra “Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos”:

Se ha sugerido que la economía ha transformado profundamente los estudios jurídicos, el entendimiento común sobre las reglas e instituciones legales e incluso la práctica del derecho en sí misma. El impacto de esta disciplina no se limita únicamente a la esfera académica; trasciende a la práctica profesional y a la definición y ejecución de políticas públicas. De hecho, la economía suministró los fundamentos conceptuales detrás de la corriente de desregulación en la década de 1980, y sus efectos son perceptibles en políticas públicas jurídicas, tales como la reforma del régimen de sentencias penales dentro del sistema judicial estadounidense.

En su fase inicial, prevaleció la dirección de la Escuela de Chicago, cuyo mayor exponente ha sido Richard Posner. Paralelamente, se identificaron otras corrientes, como la tendencia liberal reformista, liderada por Calabresi, que agrupa a diversos autores como A. M.

Polinsky, B. Ackerman y otros. Finalmente, existe una tercera línea, denominada por Veljanovski como neo-institucionalismo, con figuras representativas como Warren, J. Samuels y Nicolas Mercurio, entre otros. Este grupo se considera heredero del institucionalismo económico estadounidense, en especial de pensadores como Veblen y Commons, tanto en su concepción de la ciencia económica como en su interpretación de las relaciones entre el sistema económico y el jurídico.

El eje central de este acercamiento, que aplica la teoría económica al análisis del derecho, reside en que la economía promete una teoría científica capaz de predecir los efectos de las normas jurídicas sobre la conducta humana. Para los economistas, las sanciones funcionan de manera análoga a los precios: se supone que los individuos reaccionan a ellas como lo harían ante variaciones en los precios, es decir, disminuyendo la realización de la actividad sancionada conforme aumenta la penalidad. De esta manera, la ley opera más como un sistema de incentivos que como un mero instrumento punitivo, y la economía proporciona un marco para anticipar cómo responderán los individuos ante modificaciones legales. Según Cooter y Ulen, esta teoría supera la intuición de los juristas, así como la ciencia trasciende al sentido común.

Asimismo, ofrece una teoría de la conducta, la economía proporciona un criterio normativo útil para la aplicación del derecho en las políticas públicas. Los instrumentos económicos permiten anticipar los efectos de las políticas sobre la eficiencia, y este criterio resulta relevante para la elaboración de leyes, dado que siempre es preferible alcanzar un objetivo a un costo menor.

De este modo, la economía dota al derecho de una perspectiva más cimentada y con mayor capacidad de predicción. Mientras que tradicionalmente se considera al derecho únicamente como proveedor de justicia, el análisis económico del derecho permite comprender las leyes como incentivos para modificar conductas individuales y como herramientas para alcanzar objetivos de política pública, incluyendo eficiencia y distribución

de recursos. La renovación de la ciencia jurídica mediante una perspectiva interdisciplinaria, la utilización de técnicas como el análisis costo-beneficio en políticas legales y la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico son algunos de los signos evidentes de la contribución del análisis económico al derecho.

El núcleo teórico compartido por todos los juristas-economistas, como se mencionó anteriormente, sostiene que la teoría económica puede predecir la conducta de los individuos ante reglas jurídicas. Las normas legales actúan como una especie de precio asignado a ciertas conductas, como ocurre con las multas por infracciones de tránsito. Según esta perspectiva, los individuos, motivados principalmente por su propio interés, ajustan su conducta conforme a estos precios. Esto permite examinar ámbitos como la responsabilidad civil, los criterios de imputación, los incentivos a la inseguridad y los costos de administrar el sistema de responsabilidad civil.

Asimismo, la teoría económica se aplica al derecho penal, abarcando delitos, carácter disuasorio de las sanciones y costos judiciales, incluyendo juicios y acuerdos. Cooter y Ulen han desarrollado extensas aplicaciones de la economía a distintos aspectos del derecho, por ejemplo, los ilícitos culposos. Según ellos, en lugar de definir los ilícitos por sus elementos esenciales, el análisis económico modela los efectos de diferentes reglas de responsabilidad, lo que explica mucho más que la dogmática jurídica tradicional. La aplicación de esta teoría permite que los victimarios internalicen los costos impuestos a otros, minimizando así los costos sociales de los accidentes y creando incentivos de precaución ajustados a las reglas de responsabilidad estricta, ausencia de responsabilidad o negligencia. En un mercado de seguros completo y competitivo, las reglas de responsabilidad civil deberían estructurarse para minimizar la suma de los costos de precaución y de seguro.

Cooter y Ulen también aplican la teoría económica al proceso legal, evaluando reglas y prácticas procesales y midiendo los costos sociales para decidir si ciertos procedimientos son innecesariamente complejos o costosos. Analizan, entre otros aspectos, que la mayoría de las

disputas privadas no llega a los tribunales, los costos de presentar reclamaciones y su valor esperado, la oferta de servicios legales, la eficacia en la administración de justicia y el mercado de abogados como juego de agencia, considerando incentivos y esfuerzos. Examina también la etapa previa al juicio, la distribución de costos del perdedor, responsabilidad conjunta y opción carga de la prueba, corrección de errores y eficacia del mercado de litigantes.

Evidentemente, los costos sociales del proceso legal varían según el país, y es difícil cuantificarlos con precisión. No obstante, Cooter y Ulen desarrollan una teoría de la eficiencia del proceso legal, distinguiendo etapas y modelando incentivos, proporcionando la base para estudios empíricos que critiquen la eficiencia judicial.

Otro capítulo importante en su obra aborda la teoría económica del delito y del castigo. Tras diferenciar delitos de ofensas civiles y revisar estadísticas criminales, aplican modelos económicos para analizar la conducta de los delincuentes y las sentencias, considerando temas como pena de muerte, control de armas, drogas ilegales y efecto disuasorio de sanciones. La teoría económica del delito ofrece un enfoque predictivo, permitiendo plantear como meta que el derecho penal minimice el costo social del delito, entendido como la suma del daño causado y los costos de prevención. La base de esta teoría sostiene que los delincuentes racionales comparan beneficios del delito con el castigo esperado, permitiendo determinar un nivel óptimo de disuasión y asignar recursos de manera eficiente. Extensiones como las de Floriano Corrales aplican la teoría a casos como el tráfico de drogas.

Se ha señalado previamente que el fenómeno del imperialismo de las ciencias económicas su extensión a campos ajenos, como derecho o ciencia política se desarrolló paralelo a la incorporación de conceptos de otras disciplinas dentro del análisis económico para contextualizar decisiones económicas. En consecuencia, instituciones jurídicas y políticas se incluyen progresivamente como variables en el análisis económico. Mercurio y Medema trazan la evolución histórica del enfoque institucional, con raíces en economistas como Henry Carter Adams, T. Richard Ely, John R. Commons, Wesley Mitchell y Veblen, así como el

revolucionario artículo de Coase (1960), que introdujo un nuevo enfoque para tratar las externalidades en la economía y el derecho.

La tesis central de Coase sostiene que los agentes involucrados en un problema de externalidades negociarían entre sí hasta alcanzar una solución óptima que beneficie a todas las partes. Esta solución es posible solo bajo dos condiciones fundamentales:

Definición clara de derechos sobre recursos, determinando la titularidad y los usos permitidos, de manera que se pueda negociar efectivamente.

Costos de transacción nulos, incluyendo todos los gastos necesarios para negociar, informar, redactar contratos y garantizar cumplimiento.

Si se cumplen estas condiciones, la externalidad se internaliza mediante la negociación, reasignando derechos de manera eficiente. Extendiendo esto al mercado, se concluye que los recursos se asignan óptimamente cuando los derechos de propiedad están bien determinados y los costos de transacción son nulos.

Estas ideas refutan la noción del costo social como justificación automática para la intervención estatal, y sostienen que el mercado, respaldado por instituciones de derecho privado, es eficaz para resolver conflictos. La falla no está en el mercado, sino en la estructura institucional del Estado y los costos de transacción que genera.

La relación entre derecho y función económica de la ley, orientada a reducir costos sociales y maximizar la producción, se refleja en el Teorema de Coase, que afirma que, con costos de transacción nulos, las externalidades se resuelven eficientemente mediante negociación entre todas las partes involucradas. Si los costos de transacción son positivos como ocurre en la mayoría de los casos, la eficiencia depende de la norma jurídica que delimite los derechos sobre los recursos.

Por tanto, es necesario incorporar en el análisis técnicas del derecho privado tradicional propiedad, contrato y responsabilidad civil para diseñar estructuras de negociación y resolución de conflictos que reflejen fielmente la decisión eficiente del mercado. (pp. 158–163)

1.7. El Derecho Económico, Disciplina Jurídica Nueva

En este apartado, presentamos la cita de (Cuadra, 1980) quien, en su obra titulada “Reflexiones sobre el Derecho Económico”, sostiene:

Quienes defienden la existencia de una nueva disciplina jurídica parten de una observación para llegar a una sistematización. La observación consiste en identificar reglas del Derecho con un objetivo económico. La sistematización, en cambio, implica deducir de dicha constatación la existencia de un cuerpo jurídico autónomo.

En prácticamente todas las ramas del Derecho, desde hace varias décadas, se observan normas (cada vez más frecuentes) orientadas a fines económicos. Estas normas constituyen, de algún modo, un estrato superpuesto al conjunto preexistente. Por ejemplo, el derecho constitucional regula aspectos de la organización económica del Estado y de sus funciones socioeconómicas. El derecho administrativo se ha enriquecido con disposiciones relativas a la intervención administrativa en la actividad económica. En el derecho civil, especialmente en el ámbito contractual, se incorporan normas recientes que regulan la actividad económica de los particulares. La libertad contractual, antes limitada únicamente por el respeto al orden público, ahora se encuentra condicionada por consideraciones de tipo económico, lo que algunos autores denominan el orden público económico. El derecho penal, por su parte, reconoce infracciones económicas cuya sanción se rige por normas específicas.

La penetración de la economía en el derecho, fenómeno que se intensifica con el desarrollo de la sociedad industrial, es tan profunda que podría percibirse como la emergencia de un nuevo orden jurídico.

Todos estos factores han llevado a numerosos estudiosos a declarar el surgimiento de un derecho nuevo: el derecho económico.

Como se ha señalado, el concepto de derecho económico surgió en Alemania (Wirtschaftsrecht) inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, alcanzando rápidamente un grado significativo de autonomía. En la Unión Soviética, debido a la colectivización de los bienes de producción y la obligatoriedad de la planificación, el derecho económico se consolidó como una de las disciplinas jurídicas principales. En los demás países europeos, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, el derecho económico comenzó a ser objeto de estudios sistemáticos. Italia, Bélgica, Francia y los países anglosajones desarrollaron estudios, coloquios y cursos sobre esta materia. De todos estos contextos se desprende un consenso generalizado sobre la existencia del derecho económico, aunque la doctrina aún muestra gran diversidad al intentar definir con precisión su concepto. (p. 15-17)

1.8. Supuestos Filosóficos Del Análisis Económico Del Derecho

En este octavo apartado de nuestro primer capítulo, procederemos a examinar algunos de los supuestos filosóficos que comúnmente se asocian con el Análisis Económico del Derecho (AED). Para esta tarea, nos basaremos en lo expuesto por (Vásquez, 2000) en su obra “Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura”, donde señala:

En su obra Introducción al análisis económico del derecho, Andrés Roemer resalta las diferencias de actitud entre abogados y economistas frente a la adopción del AED en países con tradición de derecho estatutario. Mientras que los economistas muestran simpatía por el análisis económico, los abogados suelen observarlo con escepticismo e incluso hostilidad: "la mayoría de los abogados en los países de derecho escrito cito a Roemer ven al derecho primordialmente como un proveedor de justicia y contemplan los aspectos económicos de la ley con escepticismo, si no con hostilidad". Roemer identifica dos obstáculos centrales que han dificultado un diálogo provechoso entre juristas y economistas:

La percepción de que los juristas consideran que la justicia no interesa a los economistas, mientras que estos estiman que los juristas no valoran la eficiencia. La falta de dominio del inglés como idioma y de las matemáticas como herramienta básica del AED, lo que genera temor entre los juristas sobre la posible pérdida de la autonomía del derecho y, con ello, de su poder intelectual.

Pese a estas barreras, Roemer concluye con un optimismo notable para el AED, apoyándose en Richard Posner: "el mundo del derecho ha reconocido que el campo jurídico como disciplina autónoma murió por necesidad propia". Al igual que el Ave Fénix, todo parece indicar que un derecho más sólido emergerá de sus propias cenizas, tarea que correspondería al análisis económico del derecho.

A continuación, se comentarán algunas reflexiones de Roemer y las propuestas del AED, delimitando el análisis al terreno tradicional: a) sin considerar las perspectivas institucionales, de elección pública y de crítica jurídica, que han surgido y evolucionado de manera relativamente independiente; y b) centrándonos en la filosofía del derecho, es decir, en los supuestos epistemológicos y éticos de la teoría, y no en su aplicación práctica en distintas áreas del derecho. En otras palabras, nos ubicaremos en el contexto de justificación y no en el de descubrimiento, siguiendo la distinción clásica de Reichenbach. Con este objetivo, la presentación se dividirá en dos secciones: 1) algunos supuestos epistemológicos del AED, y 2) la relación entre equidad y eficiencia, o más específicamente, entre justicia y mercado. Espero que esta aproximación esté a la altura del entusiasmo provocador y la empresa intelectual ejemplar de Andrés Roemer. A fin de cuentas, ambos coincidimos en que no hay nada más estimulante que un debate académico.

Según el presidente de la AEDE, Roger van den Bergh: "El movimiento del derecho y la economía representa el mayor reto intelectual dentro del saber jurídico en las últimas décadas. Los conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales, no sólo respecto al derecho mercantil, la ley antimonopólica y el derecho fiscal, en los que la

relación entre derecho y economía es evidente, sino también en una amplia gama de actividades ajenas al mercado, desde la responsabilidad civil hasta asuntos familiares y penales”.

Si este es el objetivo del AED, poco queda por discutir. Tarde o temprano, todo jurista deberá dominar economía y matemáticas, así como política empírica, informática y psicología, si pretende "explicar y esclarecer los asuntos legales". La interdisciplinariedad comenzó hace décadas y hoy la ausencia de estas disciplinas en los planes de estudio de derecho revela la pobreza académica de la institución que la permite. El derecho, sin duda, se estanca si persiste en la soledad de su estudio.

Sin embargo, las aspiraciones del AED van más allá de un llamado a la interdisciplinariedad. Su pretensión epistemológica es consolidarse como teoría autónoma, con un marco conceptual propio y una metodología específica que le otorgue una capacidad heurística superior a otras teorías, y por ende, la posibilidad de ser refutada.

En un esfuerzo de síntesis, siguiendo a Edmund Kitch, Roemer resume la metodología del AED en nueve puntos que reflejan la epistemología de la escuela. No los reproduciremos aquí; solo comentaré dos supuestos fundamentales: 1) el objeto de estudio se entiende como "un sistema de restricciones y recompensas que interactúa con los individuos [...] con el fin de determinar los efectos de dichas normas", y 2) "los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico".

En relación con el primer punto, Roemer vincula el AED con la tradición del realismo jurídico americano, que sostenía que los estudiosos del derecho debían analizar la ley tal como funciona en la práctica, utilizando ciencias sociales, entre ellas la economía. Para reforzar esta idea, Roemer añade, con cierta exageración, que: "Tanto los economistas como los abogados creen en los modelos conductuales" y que "los abogados consideran que el derecho contribuye a modelar la conducta humana al prescribir o permitir determinadas actividades". Esta afirmación, sin embargo, ignora la relevancia de otras corrientes del positivismo jurídico y la

filosofía del derecho, representadas por autores como Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Herbert Hart, Joseph Raz y Ulises Schmill, quienes fundamentan el derecho en la validez de las normas y la distinción entre ser y deber ser. Asimismo, quienes siguen la tradición de John Rawls o Jurgen Habermas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Ernesto Garzón Valdés y Carlos Nino, sostienen que existe un vínculo conceptual entre derecho y moral, posibilitando una fundamentación objetiva de la justicia.

Para el AED, en cambio, la exigencia de incluir conocimiento empírico lleva a definir el derecho en relación con hechos sociales, excluyendo propiedades como la validez o la justicia, que se consideran "metafísicas" y no verificables rigurosamente. Esto no significa que el AED ignore la justicia; en la vertiente abierta por Calabresi y Cooter, sí se consideran aspectos normativos. Pero en términos conceptuales, ni la validez ni la justicia son esenciales.

Considerar que economistas y juristas comparten la creencia en modelos conductuales y que el derecho se reduce a modelar conductas humanas, desconoce la importancia que otras corrientes positivistas y normativistas asignan a la validez y la justicia. Una razón de esta perspectiva del AED es asumir al "hombre malo", es decir, al individuo que solo se preocupa por evitar consecuencias negativas y desea conocer qué actos pueden ejecutarse impunemente y cuáles serán castigados. Carlos Nino sugiere cuestionar también al "hombre bueno", quien obedece el derecho por convicción y no por temor a sanciones, siguiendo la distinción de Herbert Hart entre perspectiva interna y externa. Este debate refleja la clásica confrontación entre consecuencialismo y deontologismo.

Respecto al segundo supuesto, "los actos privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico", el AED sigue la tradición analítica anglosajona, desde Jeremías Bentham hasta Hobbes, sosteniendo un "individualismo metodológico" (según Steven Lukes), que explica los fenómenos sociales únicamente en términos de acciones individuales. Los individuos se conciben como esencialmente autónomos, con necesidades e intereses separados o incluso opuestos a los de otros, y las

relaciones interpersonales se interpretan como instrumentales. La interpretación más extrema de este individualismo ignora derechos privados protegidos por el Estado; hoy ningún representante del AED sostiene tal postura. Aun reconociendo la esfera privada, esta puede ser limitada si el beneficio público supera el daño a las expectativas individuales.

En la síntesis de Roemer sobre Posner, se enfatiza el rechazo del utilitarismo de actos, al no aceptar el criterio de Pareto y optar por la maximización de la riqueza bajo el criterio de Kaldor-Hicks. Este utilitarismo de reglas exige obedecer normas aun si ignorarlas pudiera generar mejores consecuencias, salvo que estas sean desproporcionadamente positivas. Roemer interpreta a Posner: “los individuos convendrían en la maximización de la riqueza como criterio para establecer las reglas del derecho consuetudinario con miras a la adjudicación, siempre que exista una probabilidad suficiente de beneficio a largo plazo, aun cuando haya perdedores en la aplicación de una regla particular”.

Aunque Kaldor-Hicks supera a Pareto, no elimina la crítica deontologista: la posibilidad de justificar violaciones a derechos de minorías o individuos concretos, como los “perdedores” aludidos por Posner. Esta crítica es central en Rawls (*A Theory of Justice*), Dworkin (*Taking Rights Seriously*), y Williams y Sen (*Utilitarianism and Beyond*). Para avanzar hacia una sociedad igualitaria, es necesario recordar el Imperativo kantiano: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio"; la dignidad humana no tiene precio. (p. 201-205)

1.9. Principales Aplicaciones del Análisis Económico del Derecho

Finalmente, para cerrar el primer capítulo de este material de estudio, abordaremos este apartado, que se basa en lo expuesto por (Cracogna, 1992) en su artículo “Aproximación al análisis económico del Derecho”, donde indica:

Posner recuerda que, hace algunas décadas, el Análisis Económico del Derecho se asociaba casi exclusivamente con el estudio económico de las leyes antitrust, aunque ya existían

algunos trabajos sobre impuestos, sociedades y servicios públicos. En todos esos casos, el objetivo era explicar el comportamiento de mercados específicamente económicos. Sin embargo, el nuevo Análisis Económico del Derecho, tal como surge a comienzos de la década de 1960, se define como "la aplicación de las teorías y métodos empíricos de la ciencia económica a todo el sistema jurídico: áreas del Common Law como responsabilidad civil, contratos, indemnizaciones y propiedad; teoría y práctica del castigo; procedimiento civil, penal y administrativo; teoría de la legislación y regulación; administración judicial y ejecución; e incluso derecho constitucional, derecho primitivo y teoría general del derecho".

Por otro lado, existe una abundante producción de libros y ensayos sobre aplicaciones muy diversas del AED en campos como matrimonio, familia, divorcio, aborto, suicidio, política, discriminación racial, asignación del tiempo, religión, crimen, pobreza, deportes, medios de comunicación, libertad de prensa, prostitución, drogadicción, usura, educación, entre otros.

Así, no hay área o problema jurídico al que no se haya aplicado, o no pueda aplicarse, el AED, demostrando el alcance universal de este enfoque, hecho corroborado por la creciente bibliografía. No obstante, las contribuciones más profundas y valiosas se concentran en los principales campos del Common Law: property, contracts, torts, donde se consolidó una literatura extensa y significativa. La regulación del mercado, el derecho empresarial y la administración de justicia también han recibido atención, reflejada en un corpus bibliográfico rico y sistemático.

En particular, los property rights motivaron uno de los estudios cardinales del nuevo AED: El problema del coste social de Coase, cuyo famoso teorema sostiene que, en ausencia de costos de transacción (es decir, si fueran nulos), la asignación inicial de los derechos de propiedad no determina el uso final de los recursos. En síntesis, el sistema de propiedad privada permite lograr la asignación más eficiente de los recursos, sustentado en tres características clave que garantizan eficiencia: universalidad (todos los recursos deben tener

propietario, salvo los extremadamente abundantes); exclusividad (posibilidad de excluir a otros de su disfrute); y transferibilidad (capacidad de traspasarlos mediante intercambios voluntarios de usos menos eficientes a más eficientes). Si el derecho asigna los recursos con criterio de eficiencia, el mercado funcionará de manera óptima, eliminando externalidades.

El teorema de Coase sostiene que, mientras los costos de transacción sean nulos, la asignación de los derechos de propiedad será indiferente en términos de resultados. Es decir, los costos sociales pueden internalizarse sin necesidad de intervención estatal, mediante negociación entre las partes. Como sostiene Calabresi, dentro de este enfoque del AED, "la escasa o nula intervención del Estado es generalmente la mejor regla".

En cuanto a los contratos, momento central de la actividad económica, su existencia presupone un sistema de asignación (property rights) que permita la apropiación de los recursos. De este modo, propiedad y contrato están interrelacionados: los contratos dependen de la propiedad, y la propiedad requiere reconocimiento de los contratos. Los contratos facilitan la maximización del valor de los recursos mediante transacciones que transfieren derechos y obligaciones, permitiendo que los recursos pasen de usos menos eficientes a más eficientes.

El derecho contractual cumple funciones esenciales: garantiza el cumplimiento mediante sanciones y disuasión, y aporta información mediante condiciones generales que reducen los costos de intercambio. Así, el derecho contractual contribuye a la eficiencia, asegurando que los recursos se destinen a usos más valiosos.

Los torts (ilícitos civiles) representan, desde la perspectiva del AED, externalidades generadas por acciones que causan daños no intencionados, creando costos que deben internalizarse para lograr una asignación eficiente de recursos. Constituyen, por tanto, un elemento que distorsiona el mercado, y la hipótesis económica sostiene que los jueces, al

decidir sobre ellos y crear precedentes, "trataban de promover una eficiente asignación de recursos".

El sistema de responsabilidad civil cumple una función preventiva y compensatoria frente a los torts, minimizando costos al reducir la frecuencia y gravedad de los accidentes, evitando paralizaciones por exceso de disuasión, y controlando los costos derivados de daños, equilibrando riesgos y medidas de seguridad.

Según Landes y Posner, el análisis de costos sociales aplicado a la responsabilidad civil comenzó con Calabresi y Coase, quienes mostraron que los tribunales ingleses habían demostrado "una mejor comprensión intuitiva de los aspectos económicos del problema que muchos economistas de la tradición pigouviana". Estos autores responden a quienes consideran que el derecho de daños debería priorizar justicia sobre eficiencia: "en este campo, justicia es igual a eficiencia".

Un capítulo especial lo constituye el análisis económico del Accident Law, que se define como "estudio teórico sistemático del derecho de accidentes que procura identificar los efectos del derecho sobre las conductas". De esta rama deriva el derecho de seguros, que también ha despertado un creciente interés dentro del Análisis Económico del Derecho. (p. 264-267).

Capítulo II

Principales Escuelas del Análisis Económico del Derecho

(En el Mundo y en el Perú)

Continuando con el desarrollo del tema que atañe al presente material de estudio, ahora nos toca contemplar cuáles fueron aquellas escuelas que se gestaron en tanto que dicha disciplina venía siendo estructurada.

Sin embargo, antes de adentrarnos a ellas, me gustaría llevar al lector por un momento al siguiente punto que desarrolla (Alarcón Peña, 2018) en su artículo titulado “Análisis Económico del Derecho: Principales Antecedentes Metodológicos”, donde indica:

2.1. El *Homus Economicus* y el Behavioral Law and Economics

Según Posner, si los individuos actúan con racionalidad para maximizar su riqueza, la función principal de la ley es modificar los incentivos. De este modo, el legislador puede diseñar estructuras sociales ajustando los “precios” implícitos en el sistema normativo. Asimismo, si se busca reducir la frecuencia de determinadas conductas, será necesario incrementar el costo legal asociado a ellas, con el objetivo de inducir cambios en el comportamiento de los individuos. Por esta razón, se considera –aunque no siempre de

manera acertada— que un aumento en una multa o sanción conllevará a una disminución notable de la conducta que la origina (Posner, 2000).

Esta nueva concepción del individuo implica asumir tres características fundamentales: racionalidad, tendencia a maximizar beneficios y egoísmo. Se trata del denominado *homo economicus*, un individuo que busca optimizar su utilidad en todos los contextos, ya sean de mercado o no. La lógica subyacente es lograr el mayor beneficio posible con el mínimo esfuerzo, colocando la eficiencia como prioridad. No obstante, esta descripción no representa un sujeto real, sino un modelo teórico de comportamiento. Como señala de Querol Aragón (2007), a partir de esta “sencilla hipótesis” se pueden derivar varias conclusiones:

a) Hipótesis de maximización y racionalidad: los individuos, sujetos a sus restricciones presupuestales, buscan maximizar su bienestar organizando sus preferencias de acuerdo con la satisfacción que estas les proporcionan.

b) Hipótesis de estabilidad: las elecciones y el ordenamiento de preferencias de los individuos son estables y no se ven afectados por factores externos, ya sea del Estado o de cualquier otro agente.

c) Supuesto de soberanía del consumidor: cada persona conoce mejor que nadie sus propias preferencias, deseos y necesidades.

d) Principio del equilibrio: cuando un individuo detecta la posibilidad de mejorar su situación, tendrá incentivos para modificar su orden de preferencias.

Aunque este modelo parece simple, ha recibido múltiples críticas. Una de las primeras provino de Herbert Simon, quien señaló la racionalidad limitada de los individuos debido, entre otras causas, a restricciones cognitivas (1955). Estas limitaciones generan errores en la interpretación de los hechos y en la toma de decisiones. Esta visión se contrapone al

conductismo clásico del AED y dio origen a una de las corrientes más debatidas de esta metodología: el behavioral law and economics, que cuestiona la teoría clásica basada en la búsqueda del propio interés por parte de los agentes económicos.

Como señalan Albrillo y López-Ibrot: “No se trata solo de explicar comportamientos altruistas, los cuales la teoría ortodoxa de maximización de utilidad ha incorporado sin mayores problemas. Se considera que, así como la racionalidad es limitada, también lo es la búsqueda del propio interés. Esto conduce a que muchas personas actúen guiadas por criterios de equidad y soluciones que consideran ‘justas’, incluso en contra de su interés personal” (2011, pp. 209-210).

En la misma línea, Adams advierte que “las personas son complejas y multidimensionales [...] tienen motivaciones diversas según la época y las circunstancias, y están imperfectamente informadas” (1998, p. 255). Esta consideración rompe con el paradigma de homo economicus, que surgió como reacción a los planteamientos teóricos de Stuart Mill (aunque él nunca propuso tal categoría) y sirvió como base para los primeros estudios de AED (Persky, 1995). Para Mill, la economía política estudia al hombre como un ser que desea acumular riqueza y puede evaluar la eficacia de los medios empleados para alcanzarla.

Otros autores, como Baurmann, sitúan los orígenes de esta tradición teórica en Hobbes, Mandeville, Hume y Ferguson, complementada posteriormente por Weber, von Mises, Menger, Hayek, Popper y Buchanan, quienes consideran que un homo economicus actúa oportunistamente, priorizando sus intereses sobre los de otros y sobre las normas morales y legales (Baurmann, 1998, p. 47).

No obstante, esta teoría debe analizarse junto a la propuesta de Adam Smith, quien en *La teoría de los sentimientos morales* sostiene que los individuos se interesan por el bienestar de otros y actúan con benevolencia, contraponiéndose a la visión de *La riqueza de las naciones*,

en la que describe al individuo egoísta (Hurtado y Mesa, 2010, pp. 282-285; D'Elia, 2009). Gary Becker matiza la postura de Mill, indicando que el comportamiento humano “no está motivado únicamente por egoísmo o ganancias materiales. Es un método de análisis, no un supuesto sobre motivaciones particulares. Junto con otros, he buscado alejar a los economistas de los estrechos supuestos sobre egoísmo. El comportamiento se guía por un conjunto amplio de valores y preferencias, y se supone que los individuos maximizan su bienestar tal como lo perciben, sean egoístas, altruistas, leales, rencorosos o masoquistas, actuando de manera coherente en el tiempo” (1993, p. 385).

Así, queda claro que la aparente racionalidad egoísta no basta para explicar las decisiones de los individuos, quienes maximizan su bienestar según lo perciben. Polanyi también advierte que “el hombre actúa en gran medida por motivaciones ‘mixtas’, incluyendo el deber hacia sí mismo y hacia otros, y puede incluso disfrutar del trabajo por sí mismo” (2013, p. 95).

Desde la perspectiva del AED, es evidente que el sistema legal influye significativamente en la conducta humana, ya que las normas jurídicas funcionan como incentivos que condicionan comportamientos. Esta influencia es predecible y explicable: las normas jurídicas afectan la conducta de manera similar –y en ocasiones tan predecible– como los precios en el mercado.

En consecuencia, la teoría económica puede emplearse para explicar y predecir cómo los individuos reaccionarán ante diferentes alternativas regulatorias propuestas por el legislador, evaluando los costos y beneficios de cada opción, y determinando cuál maximiza el bienestar social, la eficiencia económica y la equidad (p. 142-144).

Con este análisis, podemos pasar al estudio de las principales escuelas surgidas en torno al Análisis Económico del Derecho, considerando a dos autores de manera independiente, y

señalando al final del capítulo una tercera escuela desarrollada por otro autor. Estos autores y sus propuestas serán abordados a continuación.

2.2. Escuelas del AED para Arjona Trujillo y Rubio Pardo

Según (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002):

Mercuro y Medema (1997) señalan que tan sólo en el ámbito norteamericano son al menos cuatro las escuelas de pensamiento que compiten en la actualidad por colonizar el amplio mercado de ideas del AED: la escuela de Chicago, el institucionalismo, el neo-institucionalismo y la escuela de New Haven.

a. El law and economics ortodoxo

La corriente ortodoxa del Análisis Económico del Derecho (AED), también conocida como la escuela de Chicago, es la predominante en la literatura sobre esta disciplina. En un repaso histórico del desarrollo del Law and Economics en Estados Unidos, Richard Posner identifica tres grandes etapas. La primera, hasta la década de los sesenta, se centró casi exclusivamente en el análisis de casos relacionados con leyes antimonopolio (antitrust). La amplia información legal contenida en estos expedientes fue aprovechada por economistas interesados en el fenómeno del monopolio, quienes estudiaron y analizaron las prácticas comerciales corrientes, perfeccionando la teoría sobre el comportamiento de la empresa en contextos no competitivos. Según Mercuro y Medema (1997), la colaboración académica entre abogados y economistas comenzó incluso antes, cuando en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago se instauró un programa interdisciplinario que incluía cursos de economía y contabilidad, y se designó a dos economistas, Henry Simons y Aaron Director, como profesores. Un proyecto de investigación orientado a “estudiar el marco legal e institucional apropiado para un sistema efectivo de competencia” (Ibid), junto con el establecimiento del primer programa formal de estudios en economía y derecho y la creación del Journal of Law and Economics, consolidaron esta disciplina emergente en el centro académico. Como apunta Posner, la influencia de esta escuela fue especialmente notable en el

ámbito antimonopolio. Siguiendo la tradición de Chicago en defensa de los mercados, se percibía al monopolio como un fenómeno ocasional, inestable y transitorio, una desviación que la competencia corregiría de manera natural. En este marco, la aplicación estricta de las leyes antimonopolio se consideraba innecesaria, e incluso se pensaba que las intervenciones oficiales podían ser más perjudiciales que el problema mismo, dada la ineficiencia gubernamental.

La segunda etapa del AED surge con los aportes de Ronald Coase y Guido Calabresi, quienes establecieron un marco analítico para estudiar la asignación de derechos de propiedad y los problemas de responsabilidad civil. Nuevamente, el enfoque consistió en analizar información legal desde una perspectiva económica. Como en la etapa antitrust, el centro de atención era la empresa. El entorno típico del teorema de Coase, la contribución más representativa de esta fase, siempre ha sido la firma, cuya meta, según la economía neoclásica, es maximizar beneficios. Tanto en los casos antimonopolio como en los análisis de Coase, el objetivo de política económica, la eficiencia, era claro y compatible con el marco legal estadounidense.

La tercera influencia importante en el AED, según Posner, se da con la publicación, a fines de los años sesenta, del influyente trabajo de Gary Becker sobre comportamiento criminal. Esta fase presenta dos diferencias fundamentales respecto a las anteriores. Primero, el objeto de estudio deja de ser exclusivamente la empresa y comienza a centrarse en el individuo. Mientras que la economía considera universal la maximización de beneficios en las empresas, en el caso de los individuos el objetivo es la maximización de la utilidad o de la utilidad esperada. Esto obligó al AED a adoptar supuestos más arriesgados, ya que debía lidiar con la utilidad individual, desconocida e incuantificable, a diferencia de los beneficios de la empresa, medibles en términos monetarios. Además, la existencia de modelos alternativos de comportamiento en las ciencias sociales y el derecho, junto con la diversidad de funciones de utilidad entre individuos, complicaba la aplicación de herramientas como el análisis costo-

beneficio, útiles para cambios en riqueza pero no necesariamente adecuadas para analizar la utilidad de las personas (Hovenkamp, 1995).

La segunda característica relevante del enfoque abierto por Becker tiene que ver con la propuesta de objetivos de política pública, en particular la eficiencia y la reducción de los costos sociales del sistema penal. A diferencia de etapas anteriores, estos objetivos no surgían del análisis de la legislación o la jurisprudencia, sino que los economistas los planteaban de manera proactiva, sin consulta previa con juristas. Aunque trabajos posteriores, como los de Posner, intentaron comprender la lógica económica del sistema penal, el planteamiento inicial de Becker persistió y fue adoptado progresivamente, sin un análisis positivo previo de los objetivos manifiestos o implícitos del derecho penal y la política criminal.

Resumiendo, las principales características de este enfoque, la escuela ortodoxa del AED se define por la aplicación directa de la microeconomía, particularmente de la teoría de precios neoclásica, al estudio del sistema jurídico. De acuerdo con Mercurio y Medema (1997), este enfoque parte de tres premisas: primero, los individuos son racionales y buscan maximizar su utilidad en contextos de mercado y fuera de él; segundo, responden a incentivos de precios en mercados y a incentivos legales, que se asemejan a precios, en situaciones no de mercado; y tercero, el sistema jurídico y sus efectos deben analizarse según el criterio de eficiencia, promoviendo esta como objetivo principal.

La noción de racionalidad se vincula con el comportamiento como respuesta a incentivos, en particular los del sistema de precios. Las leyes y normas establecen sanciones que funcionan como incentivos para los individuos, que el AED asimila a precios. Según Posner, en un sistema económico orientado a la maximización de la riqueza, la función principal de la ley es modificar estos incentivos. En este marco, se pueden ajustar las actividades agregadas mediante la regulación de los precios implícitos en las normas. Para reducir la incidencia de determinadas conductas, basta con aumentar su “precio legal” el monto necesario para inducir cambios de comportamiento. Por ejemplo, establecer

responsabilidad para empresas contaminantes equivale a elevar el costo de esa actividad, incentivando la reducción de la polución. De igual manera, multas más altas o sanciones penales más severas modifican el comportamiento frente a infracciones y delitos.

b. La escuela de New Haven

La escuela de New Haven aborda como objeto de estudio todo el espectro de la regulación del Estado moderno y fundamenta su análisis, desde la perspectiva económica, en las escuelas de análisis de políticas públicas y en la teoría de la elección social, conocida como social choice. En consecuencia, esta escuela plantea como objetivos del AED: (I) “definir la justificación económica para la acción pública”, (II) “analizar las instituciones políticas y burocráticas de manera realista” y (III) “determinar roles útiles para el sistema judicial dentro de este marco de política pública”.

El fundamento de este enfoque se encuentra en la creciente importancia reguladora del Estado moderno, incluso en países con una tradición sólida de mercado, como Estados Unidos. Según la escuela de New Haven, esto ha obligado tanto a jueces como a académicos del derecho a reexaminar la función del Congreso, de las agencias estatales y del sistema judicial.

En marcado contraste con la escuela de Chicago, New Haven sostiene que el problema no es exceso, sino escasez de regulación. Si bien reconoce las ventajas del mercado como mecanismo de asignación de recursos, enfatiza que existen múltiples fuentes de fallas de mercado que requieren algún tipo de intervención estatal. Esta intervención debe justificarse como correctora de fallas existentes, considerando no solo la eficiencia, sino también la distribución y ciertas nociones de justicia. Las políticas de corrección deben basarse, en lo posible, en un análisis integral de los costos y beneficios sociales.

Los orígenes de esta corriente se remontan a los trabajos de Guido Calabresi, quien por un lado analiza la relación entre las liability rules y la distribución de pérdidas, y por otro retoma

los estudios de Coase sobre el problema del costo social para examinar la elección de remedios en litigios sobre usos incompatibles de la propiedad.

El principal legado de estos trabajos para la escuela de New Haven radica en su preocupación no solo por la eficiencia de las reglas de responsabilidad, sino también por la justicia y la distribución. Como señala Calabresi, todo sistema de accidentes debe cumplir dos objetivos esenciales: “Primero, debe ser justo y segundo, debe reducir el costo de los accidentes (...) ningún sistema legal de daños puede funcionar si no considera qué acciones se consideran buenas, malas o neutras. Cualquier sistema que incentive acciones perjudiciales resultará injusto ante la opinión pública, aun cuando desde un punto de vista económico sea eficiente”.

En síntesis, frente al AED ortodoxo, la contribución de Calabresi consiste en cuestionar la primacía absoluta de la eficiencia como criterio para asignar pérdidas por daños, y en subrayar la importancia de distinguir entre eficiencia, distribución y justicia. Según este enfoque, el AED debe ocuparse de identificar qué distribuciones son deseables desde la perspectiva distributiva y generar definiciones de justicia tanto teóricas como empíricas.

A diferencia del AED ortodoxo, la escuela de New Haven concede mayor relevancia a leyes, estatutos y reglamentos que a las decisiones judiciales. Por ello, recomienda estudiar detenidamente el funcionamiento de las instituciones oficiales y emplear herramientas de evaluación de políticas públicas. Esto implica adoptar un modelo de comportamiento gubernamental basado en el concepto del actor racional.

Finalmente, esta escuela descarta el supuesto normativo, frecuentemente implícito en otros enfoques, que tiende a favorecer el statu quo en la distribución de la riqueza y de la propiedad.

c. El AED institucional

Unas dos décadas antes de los estudios sobre casos antitrust en Chicago, que como se mencionó darían origen a la versión predominante del AED, a comienzos del siglo XX ya se habían realizado en Estados Unidos avances significativos para examinar la interacción entre economía y derecho. Entre estos trabajos pioneros, destacan aquellos desarrollados por economistas denominados institucionalistas, quienes colaboraron estrechamente con juristas.

La economía institucional constituye un conjunto heterogéneo de enfoques cuyo denominador común, como su nombre indica, es la importancia atribuida a las instituciones en el funcionamiento económico. Para Commons, las instituciones eran “la acción colectiva que controla la acción individual... o la acción colectiva que restringe, libera y expande la acción individual”. Veblen, por su parte, las concebía como “hábitos de pensamiento ampliamente aceptados y prácticas predominantes en un periodo determinado”. Estas definiciones reflejan, ante todo, un marcado escepticismo frente a la racionalidad individual como único criterio explicativo del comportamiento humano. Otro rasgo de los institucionalistas fue su crítica al formalismo que predominaba a comienzos de siglo en la historia, el derecho y las ciencias sociales. En economía, sus críticas se dirigían principalmente a la teoría formal, abstracta y deductiva de la época, que subrayaba la universalidad de la razón, la racionalidad del comportamiento y el equilibrio en los análisis de estática comparativa. En contraste, los institucionalistas promovían análisis inductivos centrados en aspectos específicos de la realidad económica.

Thornstein Veblen, uno de sus representantes más destacados, rechazaba la visión mecánica de la sociedad implícita en el análisis de equilibrio estático y proponía un enfoque evolutivo. Sostenía que el entorno material, la tecnología y ciertas características humanas condicionaban el surgimiento y evolución de las instituciones, y enfatizaba la necesidad de examinar críticamente las instituciones del capitalismo. En su obra *La clase ociosa*, diferenciaba entre la clase productiva, con intereses industriales y beneficiosos para la sociedad, y la clase ociosa, motivada por la acumulación de riqueza y el poder económico.

Clarence Ayres aplicó el pensamiento institucional al análisis del desarrollo económico, identificando factores que lo impulsan y aquellos que lo inhiben. Para él, la actividad humana reflejaba dos fuerzas contrapuestas: el comportamiento tecnológico, productivo y progresivo, y el comportamiento ceremonial, que obstaculiza el crecimiento.

Robert Lee Hales, jurista de la tradición del realismo legal, describía la economía como un entramado de relaciones y arreglos basados en el poder coercitivo. Así, si la estructura de ingresos derivaba de un sistema coercitivo, respaldado activa o pasivamente por el Estado, los intentos de modificar esa distribución no debían ser condenados.

John Commons concebía el institucionalismo como la economía de los derechos, deberes, libertades y riesgos. Rechazaba tanto el individualismo metodológico de la teoría ortodoxa como la idea de armonía permanente de intereses, centrando su análisis en los conflictos inherentes a la economía moderna.

A partir de los trabajos de estos pioneros y sus discípulos, la economía institucional emergió como un enfoque heterodoxo para estudiar la actividad económica, basado en principios como: (I) el comportamiento económico está condicionado por el entorno y, a su vez, lo afecta; (II) la interacción entre instituciones y comportamiento individual es un proceso evolutivo; (III) el foco del análisis debe ser el conflicto económico, no un supuesto orden armonioso; (IV) es necesario canalizar este conflicto mediante instituciones que establezcan control social sobre la actividad económica; (V) se requiere un enfoque interdisciplinario que considere aportes de psicología, sociología, antropología y derecho para comprender el comportamiento de los agentes económicos.

Bajo estas premisas, el AED institucionalista se orienta al estudio de la relación mutua entre procesos legales y económicos, y no únicamente a la aplicación de la microeconomía al derecho. Esta relación se analiza en dos niveles: cómo el sistema jurídico afecta y es afectado por los agentes de una economía mixta, y cómo estos comportamientos impactan y se ven influidos por el desempeño económico. No se hace gran distinción entre jurisprudencia,

legislación, burocracia o regulación, considerándolas manifestaciones de la interacción entre gobierno y economía.

Los representantes contemporáneos de esta escuela se definen como estudiosos de una disciplina fundamentalmente positiva, centrada en comprender lo que ocurre en tres niveles: (I) el escenario constitucional de la elección, es decir, el contrato social que vincula a los miembros de una comunidad; (II) el escenario institucional de la elección, que analiza cómo se estructuran y modifican las relaciones legales; y (III) el escenario del impacto económico de la elección.

d. El AED Neo-institucional

La nueva economía institucional (NEI), al igual que el institucionalismo clásico, parte de la premisa fundamental de que las instituciones son elementos esenciales que influyen en la estructura económica de una sociedad y en su desempeño. Dentro de este enfoque se pueden distinguir dos áreas principales de análisis. La primera se centra en la racionalidad de los individuos, entendida como la búsqueda de satisfacer sus intereses personales dentro de ciertas restricciones. Estas limitaciones son más amplias y significativas que las consideradas en la economía neoclásica, ya que incluyen los derechos de propiedad, los costos de transacción y los límites en la capacidad de cálculo del agente. El segundo ámbito analiza la relación entre la estructura institucional de las sociedades y su desempeño económico, con un enfoque más descriptivo que normativo, intentando explicar las diferencias de resultados a partir del papel de distintas estructuras institucionales.

Para la NEI, los planteamientos neoclásicos resultan insuficientes para justificar la permanencia de instituciones económicamente ineficientes en algunas sociedades. Por ello, North (1990) enfatiza la necesidad de distinguir entre organizaciones (los actores) e instituciones (las reglas del juego). La interacción entre ambos determina el sendero institucional, es decir, cómo se configuran las instituciones dentro de una sociedad. Bajo este esquema de reglas endógenas, que dependen de los intereses y del poder relativo de los actores

exitosos, y no necesariamente del interés público, se rechaza la idea de que las reglas del juego estén siempre orientadas a la eficiencia económica.

La endogeneidad y la dependencia histórica de las instituciones repercuten en la dificultad de modificarlas. El cambio institucional es un proceso lento y evolutivo por dos motivos: primero, porque junto a las reglas formales existen reglas informales con raíces culturales, históricas e ideológicas que no se transforman de manera abrupta; segundo, porque hay un sesgo natural hacia el statu quo, dado que los cambios bruscos generan resistencia por parte de los agentes que se han adaptado al conjunto previo de reglas. Las tensiones entre normas formales e informales suelen resolverse mediante ajustes que llevan ambas hacia un punto intermedio. Los cambios en las reglas formales requieren aprendizaje y adaptación, lo que implica costos, aunque los cambios legislativos formales siguen siendo una fuente recurrente de modificación institucional.

El análisis de la NEI se concentra en tres elementos fundamentales: derechos de propiedad, contratos y costos de transacción. Al igual que la economía clásica, reconoce las ventajas de la división del trabajo, la especialización y el intercambio como motores de generación de riqueza. Sin embargo, al ampliarse los mercados, las transacciones aumentan casi exponencialmente, y la NEI, a diferencia de la neoclásica, pone el énfasis en los costos asociados a la realización de los intercambios.

El intercambio resulta costoso principalmente por dos razones: información y reglas del juego. La información es necesaria para que los individuos puedan evaluar los atributos de lo que se intercambia, ya que cualquier operación implica transferir derechos de propiedad. Los agentes buscan conocer y medir estos atributos, tarea que implica un costo. El segundo elemento se relaciona con la forma en que se establecen y cumplen los acuerdos o contratos, que rodean el intercambio. La especificación de los derechos y la medición de los atributos del bien o servicio hacen que las reglas del juego sean determinantes. La economía neoclásica tradicional asume que el marco legal, las costumbres y la cultura son homogéneos y eficientes

para minimizar costos, pero la NEI cuestiona esta universalidad, señalando que no siempre las partes tienen incentivos suficientes para cumplir los acuerdos.

Entre los factores que determinan los costos de transacción, la NEI identifica: (I) la definición de los derechos de propiedad; (II) el tamaño del mercado, que condiciona la impersonalidad del intercambio; (III) la capacidad de hacer cumplir la ley; y (IV) las actitudes ideológicas, ya que las percepciones sobre la legitimidad de las reglas del juego influyen en la disposición a intercambiar y en los costos de hacerlo.

2.3. Escuelas del AED para Francesco Parisi

La segunda propuesta que se analiza en este capítulo es la presentada por Parisi (2010), profesor de la Universidad de Minnesota, en su artículo “Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho”. Parisi indica que la mayoría de los especialistas en AED coinciden en un principio fundamental: todos buscan nuevas aproximaciones al Derecho mediante la aplicación de conceptos y teorías económicas. No obstante, dentro de esta disciplina es posible distinguir varias escuelas, cada una con su propio programa de investigación y metodología particular.

a) Escuelas de Chicago y Yale: enfoques positivos frente a enfoques normativos

Durante los primeros años del AED, la producción académica se clasificaba como perteneciente a la escuela de Chicago o a la de Yale, en referencia a sus enfoques positivos o normativos, respectivamente. Los orígenes de estas escuelas se remontan a los trabajos iniciales de Ronald Coase y Guido Calabresi en la década de 1960.

Las diferencias metodológicas entre ambas se reflejaron también en la práctica. La escuela de Chicago se consolidó principalmente con los estudios de Richard Posner en la década de 1970. Su premisa central sostiene que el Common Law busca, consciente o inconscientemente, generar resultados eficientes, conocida como la hipótesis de eficiencia del Common Law. Según esta hipótesis, profundizada por Coase y ampliada por Ehrlich, Posner,

Rubin y Priest, las reglas del Common Law tienden a asignar recursos de manera eficiente, ya sea bajo criterios de Pareto o de Kaldor-Hicks. Además, se argumenta que el Common Law es más eficaz que la legislación para cumplir este propósito, debido a la selección evolutiva de normas a través de las decisiones judiciales. Sin embargo, los académicos que defienden esta hipótesis difieren sobre sus fundamentos conceptuales.

La premisa central del AED positivo es que la eficiencia es el criterio que da forma a las reglas, procedimientos e instituciones del Common Law. Posner sostiene que este enfoque es defendible porque el concepto de “justicia” es ambiguo y carece de consenso, lo que introduciría incertidumbre en la toma de decisiones judiciales. Aunque no rechaza el análisis normativo, reconoce que la principal contribución de los economistas reside en evaluar la eficiencia de las normas y los efectos de alternativas legales en la distribución de ingresos, pero no necesariamente en proponer reformas jurídicas.

En contraste, la escuela de Yale, considerada normativa, promueve una mayor intervención legal para corregir fallas de mercado. La distribución justa es un tema central en su literatura y se enfoca en valores y políticas que buscan corregir desigualdades, incorporando la metodología de Chicago, pero con un enfoque normativo sobre cómo debería ser el Derecho. Desde esta perspectiva, la eficiencia no puede ser el objetivo principal del sistema jurídico, dado que la justicia distributiva es prioritaria.

b) Escuela de Virginia: enfoque funcional y retorno al individualismo normativo
Más recientemente, una nueva generación de estudios, situada en la intersección del Derecho, la Economía y la teoría de la elección pública, ha desarrollado un enfoque funcional del AED. Este enfoque busca superar la división entre perspectivas positivas y normativas, identificando fallas en la formación de normas y enfatizando mecanismos análogos al mercado en la creación y selección de reglas jurídicas.

Aunque todavía en desarrollo, el enfoque funcional plantea cuestiones clave sobre la relación entre preferencias individuales y resultados sociales, prestando atención al diseño de mecanismos institucionales y a la elección individual. Este enfoque es escéptico tanto de la eficiencia general propuesta por la escuela positiva como de las soluciones normativas, reconociendo que no siempre la ley es efectiva en todas las áreas del Derecho, excepto quizá en el Common Law. También critica las soluciones normativas ad hoc, señalando que los modelos económicos son representaciones simplificadas de la realidad y que su aplicación directa para diseñar políticas correctivas puede generar consecuencias imprevistas.

El funcionalismo se basa en el individualismo metodológico, considerando que solo los individuos eligen y actúan, y que el análisis de la sociedad debe entenderse como el resultado de sus decisiones y acciones. Este enfoque reconoce que los jueces y legisladores no siempre pueden evaluar directamente la eficiencia de las normas, por lo que se requiere un análisis funcional que estudie los incentivos detrás de las estructuras legales o sociales que generaron las normas. Así, el funcionalismo amplía el ámbito del AED tradicional, incluyendo la influencia de instituciones de mercado y no mercado, y evaluando las ventajas comparativas de fuentes legales centralizadas o descentralizadas en la provisión de reglas eficientes.

2.4. Aporte sobre las escuelas del AED por Méndez Reátegui

(Méndez Reátegui, 2008) en su Tesis para optar el Título Profesional de Abogado en la Universidad Mayor de San Marcos; la cual lleva por nombre “Análisis Económico del Derecho: Principales Escuelas que han influenciado en el Perú, aportes y su contraposición conceptual”, nos habla también de la siguiente escuela:

a) La escuela de la elección pública

La Escuela de la Elección Pública (EEP), cuyos principios serán el eje central de este capítulo, surgió a partir de los trabajos de los profesores de la Universidad de Virginia, James Buchanan y Gordon Tullock, conocidos por ser los coautores de El Cálculo del Consenso.

Los estudios desarrollados por los seguidores de esta corriente alcanzaron un reconocimiento significativo, evidenciado en la concesión del Premio Nobel de Economía a Buchanan en 1986, en reconocimiento a sus aportes fundamentales.

A partir de los postulados de la EEP, se impulsó la Teoría Económica de la Política, definida como la aplicación del análisis económico al estudio de las relaciones políticas. La EEP sostiene que la política posee una lógica económica subyacente, planteando analogías con el mercado: así como en este existen precios, en la política hay votos; así como en el mercado hay empresarios, en la política hay políticos; así como existen empresas, en política existen partidos; y, en todos los casos, los agentes del mercado político actúan guiados por un criterio de maximización, entendido en un sentido subjetivo.

En este marco, los modelos que utiliza la EEP para explicar el comportamiento de los actores en el mercado político se dividen en dos categorías:

Aquellos que consideran que los legisladores buscan maximizar su aceptación y posibilidades frente a los electores.

Aquellos que otorgan un papel central a los grupos de poder, cuyo respaldo financiero influye en la política, especialmente en contextos donde los votantes poseen información limitada.

Cabe señalar que, dado que la contribución de cada individuo a la acción colectiva del grupo es relativamente pequeña, su retiro no necesariamente afecta de manera significativa el éxito o fracaso esperado de la empresa colectiva. Esta idea se basa en la diferencia entre los intereses individuales y los intereses colectivos de los miembros de un grupo.

Además, una meta compartida presenta características de bien público, especialmente la imposibilidad de exclusión, lo que genera el problema conocido como free rider. Aplicando

este razonamiento, se entiende que la existencia de free riders puede dificultar seriamente la expansión de los grupos de interés. Por ello, como ocurre en el caso del Perú, el escenario político suele estar dominado por grupos de interés especial enfocados en la obtención de rentas, sin que esto necesariamente implique un costo directo para las finanzas del país.

Desarrollos Teóricos Aplicados.

Uno de los desafíos más complejos en una sociedad consiste en encontrar el método más adecuado para consolidar las diversas preferencias de sus miembros en una sola decisión colectiva.

En este contexto, uno de los mecanismos utilizados para conocer las preferencias individuales es el sistema de votación por mayoría. Bajo este esquema, se adoptan las propuestas o ideas respaldadas por la mayoría de los integrantes de un Estado, lo que contribuye a reducir los costos de transacción. Esta votación puede realizarse mediante un referéndum directo, a través de representantes elegidos o cualquier otro procedimiento alternativo que siga este principio de mayoría.

No obstante, en los últimos años se ha puesto especial atención en que la votación por mayoría puede generar intransitividad en el ordenamiento de las opciones de los individuos. Para ilustrar mejor esta idea, se presenta el siguiente ejemplo.

Supongamos que el Estado Turístico del Cuzco (ETC) está compuesto por tres ciudadanos: Raúl, Rosa y Lourdes, quienes tienen una ordenación completa, transitiva y reflexiva de tres partidos políticos distintos: Socialista, Nacionalista y Liberal.

Raúl prioriza al partido Socialista, seguido del Nacionalista y finalmente del Liberal.

Rosa prefiere primero al Nacionalista, luego al Liberal y finalmente al Socialista.

Por su parte, Lourdes se identifica más con el partido Liberal, después con el Socialista y por último con el Nacionalista.

Tabla 1

Preferencias que generan elecciones intransitivas en un sistema de votación por mayoría

	Raúl	María	Lourdes
Primero	P. Socialista	P. Nacionalista	P. Liberal
Segundo	P. Nacionalista	P. Liberal	P. Socialista
Tercero	P. Liberal	P. Socialista	P. Nacionalista

La tabla muestra lo que ocurre al someter a votación cada uno de los tres pares posibles de opciones. Al decidir entre dos alternativas, cada votante elegirá primero la opción que más le simpatice. Según esto, en una votación entre el partido Socialista y el Nacionalista, el Socialista recibiría dos votos (Raúl y Lourdes) y el Nacionalista uno (María). Entre el Nacionalista y el Liberal, el Nacionalista obtendría dos votos (Raúl y María) y el Liberal uno (Lourdes). Finalmente, en la votación entre Socialista y Liberal, el Liberal alcanzaría dos votos (Lourdes y María) frente a uno para el Socialista (Raúl).

A partir de este escenario, se observa que el Socialista vence al Nacionalista; el Nacionalista, a su vez, supera al Liberal; pero finalmente el Liberal termina derrotando al Socialista. Esto demuestra que, aun cuando las preferencias individuales sean transitivas, la votación por mayoría puede generar intransitividad.

En síntesis, este ejemplo evidencia que la incoherencia puede aparecer de manera latente en los sistemas de votación por mayoría, lo que incluso puede cuestionar su eficacia. Tal como señala Tullock: “Parece claro que el sistema de votación mayoritaria no es de modo alguno un método óptimo de asignación de recursos. Este hecho debería tomarse en cuenta al considerar si algún aspecto de nuestra economía sería manejado mejor por técnicas gubernamentales o de mercado”.

El ejemplo presentado se basa en un esquema descubierto a fines del siglo XVIII por el marqués de Condorcet, y es reconocido en la literatura especializada como la Paradoja de

Arrow, en honor a Kenneth Arrow, quien demostró que resulta prácticamente imposible diseñar reglas de decisión social que agreguen las preferencias individuales de manera consistente y cumpliendo un conjunto de condiciones razonables. Arrow planteó: “(...) lo que se afirma es que hay patrones de preferencias que, al ser adoptados por los miembros individuales de la sociedad, originarán un patrón incompatible de elección social”.

En el supuesto de una votación por parejas, el sistema de mayoría no garantiza una elección consistente, es decir, una opción que prevalezca de manera clara. Al extender este análisis, se concluye que ningún método de decisión social está completamente libre de resultados paradójicos.

Por otro lado, si se considera que las preferencias son homogéneas en un factor fundamental, las diferencias entre individuos se reducen a aspectos secundarios.

A pesar de las complejidades del mundo real, el ejemplo permite plantear un enfoque teórico que evita los resultados paradójicos. Para ello, se puede limitar la regla de la mayoría mediante una agenda establecida, lo que permite manipular el orden de las votaciones y, por consiguiente, los resultados electorales, tema que se desarrollará en el siguiente capítulo. Además, si las alternativas son unidimensionales y las preferencias de los votantes tienen un punto ideal que en el agregado se refleja en la mediana de esos puntos (como plantea el Teorema del Votante Mediano), la opción más cercana a dicha mediana será la que resulte ganadora.

La Manipulación del orden Votación

La posibilidad de que surjan intransitividads en la votación por mayoría hace que el orden en que se someten las distintas opciones sea crucial para lograr un proceso electoral que sea teóricamente coherente.

Supongamos que Raúl es el encargado de supervisar el orden de las votaciones. Al representar al partido socialista, su interés principal será evitar un enfrentamiento directo entre su partido (el Socialista) y el Liberal, sabiendo que en una votación por mayoría el Liberal derrotaría al Socialista.

Para asegurar el éxito de su partido, Raúl buscará manipular el orden de las votaciones: primero organizará un enfrentamiento entre el partido Liberal y el Nacionalista, y después enfrentará al ganador de esa ronda contra su propio partido.

Como era de esperar, en la primera votación triunfará el Nacionalista, quien luego será derrotado por el Socialista de Raúl en la segunda votación.

Si se concede la facultad de establecer el orden de votación, Rosa y Lourdes intentarán aplicar estrategias similares para lograr la victoria de los partidos que defienden: el Nacionalista en el caso de Rosa y el Liberal en el caso de Lourdes.

El teorema del Votante Mediano

La posibilidad de que surjan intransitividads en la votación por mayoría hace que el orden en que se presentan las distintas opciones sea determinante para que el proceso electoral resulte coherente desde un punto de vista teórico.

Supongamos que Raúl es el encargado de organizar la secuencia de votaciones. Al representar al partido Socialista, su objetivo principal será evitar un enfrentamiento directo entre su partido y el Liberal, ya que sabe que en una votación por mayoría el partido Liberal superaría al Socialista.

Para favorecer a su partido, Raúl intentará manipular el orden de las votaciones: primero enfrentará al partido Liberal contra el Nacionalista y, posteriormente, enfrentará al ganador de esa ronda contra su propio partido.

Como se esperaba, en la primera votación vencerá el Nacionalista, quien luego será derrotado por el Socialista de Raúl en la segunda votación.

Si se concede la facultad de fijar el orden de votación, Rosa y Lourdes intentarán emplear estrategias semejantes para asegurar la victoria de los partidos que apoyan: Rosa con el Nacionalista y Lourdes con el Liberal.

Figura 1

El poder del Votante Mediano

	Rosa	Lourdes		Raúl	
0	9	15		60	100

Porcentaje del PN
que debe asignarse
a la consolidación
del sistema judicial, %

Las preferencias que evitan las intransitividads en el ejemplo relacionado con el gasto para la consolidación del sistema democrático son unimodales. Contar con una preferencia unimodal respecto a la proporción del presupuesto nacional destinado a fortalecer el sistema de justicia implica tener un resultado claramente preferido y organizar todas las demás opciones según la cercanía que tengan con ese resultado principal. Una preferencia unimodal impide mostrar una mayor afinidad por una alternativa como el 15%.

Cabe destacar que, en otros contextos, como el de los partidos políticos, las preferencias no necesariamente poseen esta característica. De hecho, existen múltiples ejemplos prácticos donde la votación por mayoría genera ordenaciones intransitivas. Dicho de otro modo, tener la capacidad de establecer el orden de votación se traduce en poder determinar el resultado final.

b) La Teoría de la Elección Pública y El Análisis Económico del Derecho Tradicional: Diferencias

Existen diferencias significativas entre el Análisis Económico del Derecho (AED) tradicional y aquel basado en la Teoría de la Elección Pública (EEP).

Un ejemplo de estas diferencias se observa en la concepción del poder judicial. El AED considera al poder judicial y a sus operadores como independientes de cualquier tipo de presión externa. Para este enfoque, conceptos como la separación de poderes son componentes fundamentales que garantizan la autonomía del sistema judicial. En contraste, la EEP entiende al Poder Judicial como un órgano vulnerable a la influencia de los otros poderes del Estado. Los modelos desarrollados por los seguidores de la EEP en el contexto latinoamericano concluyen que, en la práctica, es el Poder Ejecutivo quien posee mayores oportunidades de consolidarse como dominante, alterando el equilibrio de poderes; observación respaldada por la larga tradición presidencialista, caudillista y, en algunos casos, dictatorial de estos países.

Dentro del marco constitucional, el AED tradicional mantiene la idea de un poder judicial independiente, interpretando esta independencia como una concesión del legislador para consolidar los acuerdos legislativos alcanzados en un sistema político dominado por grupos de interés. Para que el legislativo pueda asignar valor presente a compromisos a largo plazo en beneficio de ciertos grupos, debe minimizarse la probabilidad de intervenciones posteriores. En este sentido, un Poder Judicial independiente respalda los acuerdos del Congreso, facilitando la maximización de los resultados dentro de la legislatura.

Por su parte, la EEP cuestiona tanto la independencia del sistema judicial como la supuesta motivación de eficiencia que impulsaría a los individuos a ocupar cargos en el Poder Judicial y al Estado a generar las plazas correspondientes.

Tabla 2

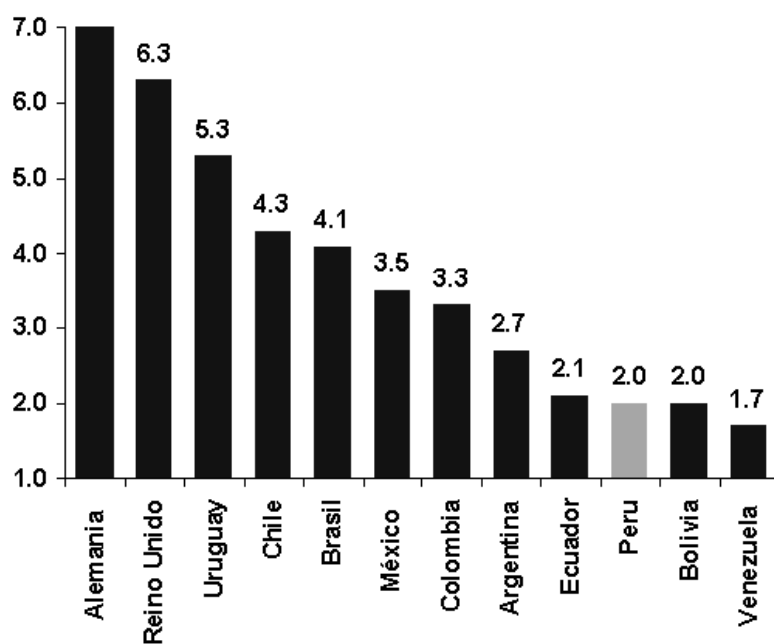
Magistrado del Poder Judicial a nivel Nacional, según condición (1997-2002)

Horizonte Temporal	Agosto 1997	de Mayo 1999	de Agosto 2002
Total de magistrados	1445	1512	1525
Provisionales y suplentes	1053	1188	663
Titulares	392	324	872
Porcentaje de Titulares	27%	21%	67%

Según la perspectiva de la Escuela de la Elección Pública (EEP), las presiones provenientes del mercado político que afectan a los poderes legislativo y ejecutivo también ejercen influencia sobre el poder judicial. Este planteamiento teórico fue examinado durante el Foro Económico Mundial de 2002, como se muestra en el cuadro siguiente:

Figura 2

Nivel de Independencia judicial



El concepto de eficiencia económica también representa un punto de divergencia. Para los defensores del AED tradicional, la eficiencia se evalúa en función de los resultados finales, partiendo de una distribución inicial de derechos y suponiendo que observadores externos pueden realizar una evaluación objetiva. En cambio, para la EEP, la eficiencia tiene un carácter contractualista y procesal, considerando relevante únicamente la elección que impacta en el costo percibido por las partes ante un cambio potencial o real.

Así, la eficiencia desde la perspectiva de la EEP no se considera una verdad absoluta, dado que existen oportunidades para la reforma institucional tanto a nivel del proceso político como en el marco constitucional superior. Dentro de esta línea de pensamiento, el enfoque tradicional del AED resulta sólido desde la teoría económica neoclásica, pero limitado al aplicarse a cuestiones políticas e institucionales.

A partir de lo expuesto, se puede afirmar que la aplicación de métodos económicos al ámbito político ha generado avances teóricos; sin embargo, su desarrollo en nuestro país aún es incipiente. A pesar de la existencia de una cátedra electiva en la UPC, este enfoque no se ha difundido ampliamente, y son pocos los autores nacionales que han incorporado sus postulados teóricos.

No obstante, aunque las formulaciones de la elección pública aún no son definitivas, su impacto institucional y organizacional, aunque actualmente casi nulo, muestra un potencial considerable que sugiere la posibilidad de una mayor implementación práctica en los próximos años.

Capítulo III

Análisis Económico Del Derecho De Propiedad

Si existe una rama del Derecho que merece ser analizada desde la perspectiva económica, esa es, sin duda, la del Derecho de Propiedad. Esto será precisamente el objetivo de este capítulo, siguiendo las pautas de Paolinelli y Oglietti (2020) en su obra *Introducción al Análisis Económico del Derecho*.

La propiedad ha sido históricamente uno de los temas más polémicos dentro de las ciencias sociales y jurídicas. Para Pierre-Joseph Proudhon, por ejemplo, constituye el origen de todos los males sociales, llegando a afirmar sin rodeos que «la propiedad es un robo» y que «las posesiones de los ricos son propiedad robada». En su obra *¿Qué es la propiedad?*, Proudhon argumenta: «Si al responder a la pregunta ¿qué es la esclavitud? dijera simplemente que es asesinato, se entendería mi pensamiento. ¿Por qué no podría, entonces, responder a la pregunta ¿qué es la propiedad?, diciendo claramente: La propiedad es un robo?» Continúa señalando la contradicción histórica del pueblo, que consagró la propiedad sin comprender plenamente sus implicaciones, cayendo así nuevamente en privilegios y servidumbre mientras buscaba libertad e igualdad.

Proudhon también examina la definición romana de propiedad como el derecho de usar y abusar de los bienes, ejemplificando con acciones que pueden considerarse abusivas: permitir que los frutos se pudran, arruinar tierras cultivables, o convertir viñas en eriales. Según él, el uso y el abuso se confunden inevitablemente en materia de propiedad. De forma similar, el Código de Napoleón (art. 544) establece que la propiedad implica el derecho a disfrutar y disponer de los bienes de manera absoluta, salvo que se incurra en un uso prohibido por leyes y reglamentos. Tanto la definición romana como la napoleónica reconocen un derecho absoluto del propietario, limitándose únicamente para asegurar que su dominio no obstaculice los derechos de otros.

Por el contrario, Friedrich August von Hayek considera la propiedad como fuente de virtudes y garantía de libertad, no solo para los propietarios sino también, en buena medida, para quienes no poseen bienes (1945).

En definitiva, la propiedad es un concepto que ha generado históricamente debates apasionados, atrayendo tanto defensores como críticos. Esto requiere un análisis detallado que precise su definición, explore su origen, examine la evolución del derecho que la regula y su justificación desde la perspectiva económica.

3.1. ¿Qué entendemos por derecho de Propiedad?

Antes de profundizar en el origen de la propiedad, es necesario analizar qué entendemos por derecho de propiedad y cuáles son sus implicancias económicas, recordando que este derecho ha evolucionado y sigue transformándose, reflejando la creciente complejidad de nuestra sociedad. La concepción más básica y antigua del derecho de propiedad incluye los siguientes derechos:

- A usar el bien.
- A percibir los frutos que genera.
- A excluir a otros del disfrute de esos frutos.

Estos derechos tienen gran relevancia económica, ya que recompensan al propietario por su esfuerzo e impiden que terceros se apropien de los beneficios generados. Además, fomentan incentivos para producir y desalientan conductas parasitarias al impedir que otros se beneficien sin contribuir.

Una etapa posterior en la evolución del derecho de propiedad fue la incorporación del derecho a transferir los bienes. Este derecho es clave para la economía porque promueve el intercambio y la especialización, recompensa la creatividad humana y permite que los recursos se asignen eficientemente a quienes más los valoran. Una transacción voluntaria, por ejemplo, al vender o intercambiar una bicicleta, asegura que al menos uno de los participantes mejora su situación, ya que cada parte recibe algo que valora igual o más que lo que entrega. Según Horan, Bulte y Shogren (2005), la capacidad de intercambiar bienes es una característica única del Homo sapiens, que le otorgó ventajas evolutivas sobre otras especies y homínidos como el Homo neanderthalensis.

Otro paso importante en la evolución del derecho de propiedad fue el derecho a heredar, que permite la transmisión de bienes entre generaciones. Este derecho fomenta el ahorro y la acumulación, pero también perpetúa la desigualdad y limita la movilidad social, ya que la riqueza de una generación se transfiere a la siguiente, acumulándose con el tiempo. Antes de esta institución, cada generación comenzaba de nuevo la lucha por la distribución de la riqueza, mientras que la herencia reduce los conflictos distributivos aunque también consolida la desigualdad.

No todas las transformaciones del derecho de propiedad han favorecido al propietario. Un ejemplo antiguo es el derecho de expropiación, que permite al Estado transferir forzosamente la propiedad privada mediante compensación, para fines de utilidad pública o interés social. Esto representa un límite concreto al derecho de propiedad absoluto y refleja la necesidad de equilibrar el interés individual con el bien común.

En la actualidad, los propietarios enfrentan múltiples restricciones que buscan proteger un bien mayor, como el derecho a un medio ambiente sano, la protección del consumidor frente a monopolios o incluso la consideración ética hacia los animales, la cual se traduce en obligaciones para las personas. Estas limitaciones impiden el uso arbitrario de la propiedad y buscan preservar intereses colectivos.

Un ejemplo claro de restricción es la regulación de la edificabilidad mediante planes de ordenamiento urbano, que establecen parámetros como la superficie máxima construible, retiros mínimos y estilos arquitectónicos. La propiedad de un terreno no garantiza libertad total para construir; la regulación busca proteger el bienestar común, evitando problemas como la segregación social, la violencia urbana o la pérdida de calidad de vida.

En el derecho argentino, el artículo 1.071 del Código Civil (Ley 17.711) afirmaba que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”. El Código Civil y Comercial actual regula el abuso del derecho en los artículos 9 a 11, estableciendo principios de buena fe, limitaciones al ejercicio abusivo de derechos y control sobre posiciones dominantes en el mercado. Asimismo, la Constitución Nacional reconoce el derecho a “usar y disponer de la propiedad, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”.

En síntesis, el derecho de propiedad nunca es absoluto. Su ejercicio está limitado por la moral, la convivencia social, el interés público y las normas que buscan el bienestar colectivo. A medida que las sociedades se urbanizan y se vuelven más complejas, estas restricciones tienden a aumentar, reflejando la necesidad de equilibrar los derechos individuales con los intereses de la comunidad.

3.2. Tipos de propiedad

Se distinguen fundamentalmente cuatro tipos de propiedad, definidos a partir de la capacidad de exclusión que se deriva del ejercicio del derecho de propiedad, dado que esta capacidad constituye un atributo esencial: sin ella, no puede hablarse de propiedad.

El primer tipo, y quizá el más primitivo, corresponde a la propiedad comunal sin regulación o *res nullius*, en la cual los bienes son accesibles para cualquiera.

El segundo tipo es la propiedad comunal propiamente dicha, en la que los bienes pertenecen a todos los integrantes de la comunidad, de modo que nadie queda excluido de su uso o disfrute. Un ejemplo histórico lo constituyen los animales salvajes, que eran considerados bienes comunales y podían ser cazados por cualquier miembro del grupo.

El tercer tipo es la propiedad estatal, en la que el Estado ostenta la titularidad y puede excluir del uso y disfrute de los bienes tanto a los ciudadanos como a otros Estados.

El cuarto tipo es la propiedad privada, que puede ser individual o colectiva. En la propiedad individual, el titular puede excluir a cualquier tercero; mientras que, en la propiedad colectiva, los miembros del grupo no se excluyen entre sí, pero sí pueden excluir a quienes no pertenecen al grupo. Esta forma de propiedad combina rasgos de la propiedad comunal (dentro del grupo) y de la individual (respecto de terceros). Ejemplos claros son los cotos de caza municipales, que otorgan a los residentes el derecho exclusivo de caza, excluyendo a quienes no residen en la localidad.

Desde la perspectiva del derecho de exclusión, la propiedad estatal se asemeja a la propiedad individual porque el Estado regula y controla el uso de sus bienes según su conveniencia, al igual que lo haría un propietario particular. No obstante, también presenta atributos de propiedad colectiva, ya que en sistemas democráticos los ciudadanos ejercen cierto control sobre las acciones estatales y, por ende, sobre sus bienes. A diferencia de los bienes comunales sin regulación, la propiedad estatal excluye a otros Estados y sus ciudadanos. Un ejemplo es la distinción entre los mares abiertos, que son bienes comunales sin regulación y están disponibles para cualquier persona o Estado —lo que puede llevar a la sobreexplotación— y las aguas territoriales de un país, que son propiedad estatal: el Estado actúa como propietario individual, excluye a terceros y regula la explotación mediante concesiones o derechos de uso (Paolinelli & Oglietti, 2020).

Así, tomando en cuenta la capacidad de exclusión, puede imaginarse un continuo que va desde la propiedad individual o estatal —donde un único titular puede excluir a todos los demás—, pasando por la propiedad colectiva —que se aproxima a la individual cuanto menor es el número de propietarios y se asemeja a la comunal cuanto mayor es el grupo—, hasta la propiedad comunal sin regulación o *res nullius*, donde no existe exclusión alguna (Paolinelli & Oglietti, 2020).

Figura 3

Propiedad y derecho de exclusión

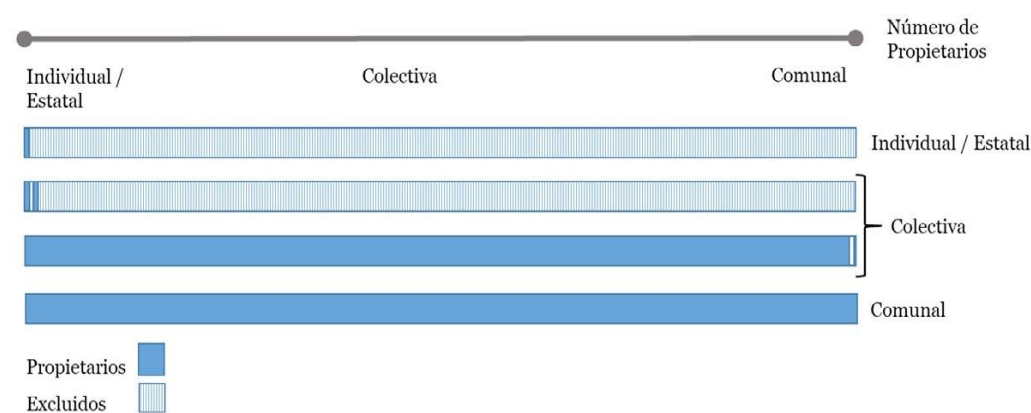


Tabla 3

Tipos de propiedad

	Estatal	Privada		Comunal
		Individual	Colectiva	
Propietario	El gobierno	Un individuo	solo Varios individuos	Nadie
Usufructo	Directo del estado, indirecto de todos los ciudadanos	Del individuo	De los propietarios	De todos los ciudadanos
	Mar territorial	Inmueble/ empresa/ vehículo	Inmueble/ empresa/ vehículo	Tierras comunales

Es importante diferenciar entre los conceptos de *res nullius* y *res comunes*. Los bienes *res nullius* corresponden a recursos comunes sin regulación, es decir, aquellos que cualquier persona puede apropiarse en cualquier momento sin limitaciones actuales o potenciales, como sucede con la pesca en alta mar —aunque hoy en día tanto el consenso internacional como el derecho regulan la explotación de ciertas especies, como las ballenas. Por el contrario, los bienes *res comunes* representan una forma de propiedad en la que el titular no es un individuo físico o jurídico en sentido tradicional, sino un grupo de personas —familia, clan, tribu, comunidad u otro tipo de colectivo— que distribuye entre sus miembros las cuotas correspondientes de ese derecho, manteniendo la facultad de excluir a terceros ajenos al grupo. Este tipo de propiedad se relaciona con los conceptos de propiedad estatal o de propiedad privada colectiva que hemos discutido anteriormente.

Además, el concepto moderno de dominio público del Estado puede entenderse, de manera elemental, como aquellos bienes que pertenecen a todos y que están destinados al uso general. Sin embargo, estos bienes no deben confundirse con los *res nullius*, ya que poseen un propietario —el Estado— y su uso y explotación están rigurosamente regulados. El Estado tiene la autoridad legítima para establecer, por ejemplo, períodos de pesca y vedas, cuotas de recursos pesqueros, regulaciones sobre la extracción de leña en bosques públicos, concesionar actividades turísticas en determinadas playas o exigir equipamiento y guías habilitados para escalar en parques nacionales.

En consecuencia, incluso los bienes públicos por excelencia, como las playas, cuentan con regulaciones estrictas para su uso y explotación. Por ello, en estos casos no se trata de *res nullius*, sino de *res comunes*, lo que implica la existencia de un derecho de propiedad con alcance y contenido específico y regulado. (Paolinelli & Oglietti, 2020)

3.3. ¿Por qué existe la propiedad?

La propiedad encuentra su justificación en la conveniencia colectiva. Thomas Hobbes (1651), filósofo del siglo XVII, expuso esta idea con claridad. Según Hobbes, en ausencia de propiedad privada y de cualquier forma de organización comunitaria como el Estado, cualquier persona que intentase apropiarse o hacer uso de los bienes comunes estaría obligada a defenderlos frente a las reclamaciones de otros. La alternativa sería la existencia de bienes comunales sin regulación, o *res nullius*, como lo fueron en tiempos remotos los animales salvajes, los recursos de ríos y mares, los bosques y campos, y que actualmente se reflejan en las aguas abiertas, es decir, los océanos sobre los cuales ninguna jurisdicción territorial reclama control. Se trata de bienes de acceso libre, de los que cualquiera puede servirse sin que nadie sea excluido.

La hipótesis de Hobbes parte de la premisa de que la propiedad individual ofrece ventajas significativas sobre la *res nullius*, pues permite que quienes han trabajado la propiedad cosechen sus frutos, protegiéndolos de la violencia de otros y fomentando así un uso más productivo de los recursos. La propiedad, por tanto, no solo beneficia al propietario, sino que genera bienestar para la sociedad en su conjunto. Sin embargo, cuanto más valiosa sea la propiedad, mayor será la tentación para los no propietarios de disputarla, incluso recurriendo a la violencia. Para Hobbes, cuanto más prospera una sociedad gracias a la propiedad, más incentivos existen para disputar los bienes, aumentando el riesgo de que la sociedad vuelva al estado de salvajismo. De esta manera, Hobbes justifica la existencia del Estado: solo el Estado protege la propiedad y garantiza la paz social, actuando como defensor del bien común y asegurando que la sociedad pueda prosperar sin caer en conflictos violentos.

En una perspectiva económica, Demsetz (1967) planteó una hipótesis sobre la existencia del derecho de propiedad. Mediante un análisis de tipo costo-beneficio, sostuvo que los derechos de propiedad surgen cuando los beneficios derivados de la propiedad superan los costos de mantenerla. Propuso además que: “los derechos de propiedad se desarrollan para internalizar externalidades cuando las ganancias de la internalización superan los costos de

internalización, principalmente ante cambios económicos o nuevas tecnologías para las cuales los derechos previos eran insuficientes.”

Internalizar externalidades significa que el propietario puede apropiarse de los efectos productivos que antes, en un sistema de propiedad común, beneficiaban a otros. Por ejemplo, si un individuo cultiva un terreno sin poseer derechos sobre él, su esfuerzo genera externalidades que otros podrían aprovechar. La propiedad pone fin a estas externalidades, haciendo que los beneficios y costos asociados a la acción productiva sean asumidos por el propio propietario.

Este argumento puede aplicarse a la revolución neolítica, ocurrida entre 11 000 y 9 000 años atrás, cuando la humanidad pasó gradualmente de la caza y recolección a actividades sedentarias como la agricultura y la ganadería. Este cambio tecnológico alteró la relación costo-beneficio, haciendo necesario un derecho de propiedad más estructurado. La valorización de la tierra y la rentabilidad de las inversiones productivas superaban los costos asociados a la protección de la propiedad, como vigilancia o defensa. La nueva estructura productiva requería un derecho de propiedad más sofisticado que el simple derecho territorial aplicado en sociedades de recolectores y cazadores.

A medida que evolucionó la producción agrícola y ganadera, se consolidaron nuevos derechos de propiedad que incentivaban inversiones esenciales, como sistemas de riego, almacenamiento y transporte, necesarios para el éxito del nuevo modelo económico. (Hobbes, 1651; Demsetz, 1967)

3.4. Origen de la propiedad

La propiedad es una institución jurídica de gran antigüedad, incluso prehistórica, pues sus atributos más básicos preceden a la escritura misma. De hecho, no solo es prehistórica sino que también existía antes de la humanidad. Es erróneo afirmar que la propiedad es

exclusiva del ser humano, ya que muchos animales e incluso ciertos insectos y arañas muestran elementos rudimentarios de propiedad. Estas especies son altamente territoriales y tienden a defender agresivamente su territorio, mientras que son menos combativos al invadir territorios ajenos. Esta conducta de defensa del propio espacio y respeto por el ajeno coincide estrechamente con los elementos más elementales del derecho de propiedad (Alcock, 2005).

Aunque es imposible verificar con certeza cómo se originó la propiedad —ya que no se pueden obtener datos del pasado remoto para contrastar hipótesis—, existen dos explicaciones lógicas y plausibles que no necesariamente se excluyen entre sí (Krier, 2009). La primera, conocida como hipótesis del diseño inteligente, sostiene que la propiedad fue creada deliberadamente por los humanos para su propio beneficio. La segunda, denominada hipótesis de la conducta emergente, plantea que la propiedad surgió de manera espontánea, evolucionando sin un diseño consciente de la humanidad.

La hipótesis del diseño inteligente, que respalda la idea de que solo las sociedades humanas poseen el concepto de propiedad, enfrenta un problema fundamental: el origen del diseñador. Si la propiedad fue creada intencionalmente, ¿quién diseñó al diseñador? Aunque se podría argumentar que los individuos cooperaron conscientemente o eligieron una autoridad para definir los derechos de propiedad, esto lleva a un problema de regresión: ¿cómo se logró coordinar esa cooperación? En sociedades primitivas, donde abundaban los recursos y no existía un sistema político formal, la propiedad no habría sido necesaria ni conveniente (siguiendo a Demsetz). La propiedad confiere ventajas a quienes la poseen, pero surge la pregunta: ¿cómo comenzaron los grupos humanos a cooperar para establecer, respetar y defender los derechos de propiedad?

Por ello, los rudimentos del derecho de propiedad probablemente surgieron de manera evolutiva y espontánea. La hipótesis de la conducta emergente permite explicar cómo se superaron los costos de transacción necesarios para lograr un acuerdo colectivo que definiera y protegiera la propiedad. Establecer derechos de propiedad requiere consenso, y cuanto

mayor es la comunidad involucrada, mayores son los costos de transacción para negociar y acordar dichos derechos. Una explicación es que pequeños grupos tribales, unidos por lazos de parentesco y con interacciones frecuentes, pudieron superar estos obstáculos y delimitar derechos o delegar la autoridad de definición y defensa a un líder central (Krier, 2009).

Otra explicación, inspirada en la biología aplicada a las relaciones humanas, se basa en las convenciones sociales: prácticas aceptadas por la mayoría, motivadas por la expectativa de que otros también las cumplirán. David Hume sostenía que estas convenciones surgirían espontáneamente por interés mutuo; respecto a la propiedad, consideraba que era conveniente “dejar a otros en la posesión de sus bienes, dado que actuarían de la misma manera con los propios” (Hume, 1965 [1740], p. 490). Sugden (1986), utilizando teoría de juegos, mostró que la repetición de interacciones entre individuos conduce naturalmente a una convención de respeto por la propiedad. Además, la evidencia biológica sugiere que los humanos, al igual que otros animales, tienen un sentido innato de territorio y posesión.

No obstante, si bien la teoría evolutiva explica los rudimentos de la propiedad, no alcanza a justificar la complejidad del derecho de propiedad moderno, que sí es resultado del diseño consciente de las ciencias jurídicas aplicadas al desarrollo legislativo. En conclusión, la hipótesis del diseño inteligente no explica los orígenes primarios de la propiedad, que sí se comprende mediante la conducta emergente; y esta última no explica la sofisticación de la propiedad actual. Así, ambas hipótesis no son contradictorias, sino complementarias, abordando diferentes etapas de la evolución de los derechos de propiedad: emergente en sus orígenes y diseñada en sus formas modernas (Krier, 2009).

3.5. Evolución del Derecho de Propiedad

El antropólogo Lewis Morgan (1877) desarrolló a fines del siglo XIX un trabajo influyente que inspiró la perspectiva marxista sobre el origen de la propiedad. Su obra constituyó, junto con las notas póstumas de Carlos Marx, la base del famoso libro de Federico Engels “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado” (1884). Morgan propuso una

teoría basada en distintos períodos étnicos o etapas evolutivas de la humanidad, acompañados de cambios tecnológicos que impulsaron la evolución del derecho de propiedad. Según Morgan, la forma más antigua de propiedad de la tierra era la posesión tribal; posteriormente, con la agricultura a gran escala, parte de las tierras tribales se asignó a los linajes y, finalmente, a individuos, dando lugar a la propiedad individual.

Durante el estadio del salvajismo, la etapa más primitiva y extensa de la humanidad, los bienes eran escasos. Predominaban utensilios, tejidos, armas rudimentarias y objetos de adorno, mientras que la tierra y las viviendas pertenecían a la tribu en conjunto: «La pasión por su posesión [de los bienes] apenas si se había formado en su mente, porque los bienes mismos apenas existían» (Morgan, 1976 [1877], p. 63). En el estado inferior de la barbarie, que abarca desde la invención de la alfarería hasta la domesticación de animales y el cultivo irrigado, la variedad y cantidad de bienes apenas aumentó. La tierra seguía siendo propiedad comunal, aunque se reconocía el derecho posesorio y la transmisión hereditaria dentro del grupo consanguíneo.

En el estado medio de la barbarie, marcado por la domesticación y el cultivo irrigado, la sociedad adquirió mayor complejidad y aumentó notablemente la propiedad personal. La propiedad territorial permanecía en manos de la tribu, aunque parte se destinaba a actividades públicas como gobierno y culto. La tierra era compartida por familias emparentadas, lo que impedía la propiedad individual de casas o parcelas. La venta a extraños habría destruido este régimen.

En el estadio superior de la barbarie, con el surgimiento de la agricultura, manufactura y comercio, la propiedad individual avanzó gradualmente. Surgió la esclavitud como forma de propiedad, y la cantidad de posesiones individuales se incrementó. La familia monógama transformó las reglas de sucesión, pasando del clan a la línea masculina. Así, tierras, viviendas, rebaños y mercancías se consolidaron como propiedad individual, con derecho a herencia. Los animales domesticados se convirtieron en una primera fuente de acumulación de riqueza

individual, seguida por el cultivo y la identificación familiar con la tierra. La labranza mostró que toda la tierra podía ser propiedad individual, consolidando la autoridad del jefe familiar y marcando una nueva etapa hacia la propiedad individual.

Posteriormente, la aristocracia y nobleza profundizaron la propiedad individual. La propiedad moderna, heredera del liberalismo, se consolidó sobre las ruinas del feudalismo y la influencia económica de la aristocracia. Garantizar la propiedad como derecho frente al poder del monarca o del clero significaba una conquista extraordinaria, afianzando la incipiente idea de libertad igualitaria. En este contexto, la propiedad debía ser absoluta para proteger al individuo del autoritarismo. Sin embargo, esta libertad permitió también abusos: la acumulación favoreció a unos pocos y generó miseria para la mayoría. El socialismo, al analizar estos efectos del capitalismo, sostiene que la apropiación de bienes es artificial, siendo la fuerza de trabajo lo que el hombre posee realmente. La venta de trabajo genera alienación y concentración de capital a través de la plusvalía y la explotación del trabajador por parte del propietario de los medios de producción.

La Iglesia también intervino en la cuestión. A fines del siglo XIX, la encíclica *Rerum Novarum* (León XIII, 1891) abordó la situación de los obreros, justificando la propiedad privada pero estableciendo límites basados en la solidaridad y el bien común, desarrollando así el concepto de función social de la propiedad:

«[...] poco a poco ha sucedido hallarse los obreros entregados solos e indefensos, por la condición de los tiempos, a la inhumanidad de sus amos y a la desenfrenada codicia de sus competidores [...] defraudar a uno del salario que se le debe es un gran crimen, que clama al cielo venganza.»

En *Gaudium et Spes* (Concilio Vaticano II, 1965), se establece que la actividad económica debe ejercerse conforme al orden moral y que los bienes creados deben llegar

equitativamente a todos, considerando la propiedad privada como una extensión de la libertad humana, siempre dentro de los límites del bien común:

«Dios destinó la tierra con todo lo que ella contiene al uso de todos los hombres y pueblos, de manera que los bienes creados deben equitativamente llegar a cada uno... el hombre, al usar esos bienes, no debe considerarlos únicamente como propios, sino también como comunes» (párr. 69).

En la encíclica *Populorum Progressio* (Paulo VI, 1967), se refuerza la idea de que la tierra y sus frutos deben ser aprovechados por todos mediante el trabajo humano, buscando el bien común y combatiendo la miseria:

«Combatir la miseria y luchar contra la injusticia es promover... el bien común de la humanidad... La paz se construye día a día, en la instauración de un orden querido por Dios» (párr. 76).

Finalmente, Juan Pablo II en *Sollicitudo Rei Socialis* (1987) alerta sobre los extremos del desarrollo: tanto la pobreza como el “súper desarrollo” material generan injusticias, siendo el consumismo un peligro que convierte la abundancia en esclavitud del goce inmediato:

«El mal no consiste en tener como tal, sino en el poseer que no respeta la calidad y la ordenada jerarquía de los bienes que se tienen» (párr. 28).

3.6. Argumentos Económicos y justificación del Derecho de Propiedad

Existen argumentos económicos sólidos que respaldan la existencia de la propiedad, ya sea estatal, privada individual o colectiva. La institución de la propiedad se justifica frente a la alternativa de su ausencia o frente a la propiedad comunal sin regulación (*res nullius*), principalmente por sus efectos sobre la eficiencia. En un bien común, nadie posee ni el recurso ni los frutos que genera; como consecuencia, no se generan incentivos para producir o invertir

lo necesario, y además se desencadena la denominada tragedia de los bienes comunes, según la cual todos los individuos, actuando racionalmente en busca de su propio beneficio, inevitablemente sobreexplotarán el recurso (Hardin, 1968). Cuando existe un propietario — ya sea uno o varios individuos (sociedad anónima, cooperativa, asociación civil, grupo, tribu, clan, entre otros) o el propio Estado—, este controla el bien, posee los frutos que genera y tiene la potestad de excluir a otros de su uso.

En palabras de Schmidtz:

“En el mundo tal como es, si los cazadores-recolectores quieren que sus hijos puedan vivir como tales, necesitan reclamar un derecho sobre el territorio en el que desean preservar esa opción. Deben afirmar que, como propietarios legítimos, tienen derecho a regular el acceso al mismo. Si aspiran a una civilización estática, deben reconocer que no la hallarán en un sistema de bienes comunes no regulado. Necesitan sostener que pueden excluir, por ejemplo, a compañías petroleras que buscarían tratar el norte de Canadá como un sistema de bienes comunes sin regulación” (Schmidtz, citado por Spector, 2004, p. 38).

El derecho de propiedad genera incentivos para el trabajo y la inversión. Quienes no están seguros de poder apropiarse de los frutos de su esfuerzo tenderán a trabajar menos. Un agricultor, por ejemplo, no construirá un canal, sembrará o invertirá si duda que podrá quedarse con la cosecha. De manera similar, la propiedad fomenta un uso más racional de los recursos, ya que el propietario tiene interés en mantener en buen estado bienes durables o de inversión, como aguadas, equipos productivos o la fertilidad del suelo.

El propietario protege el recurso de la sobreexplotación que atente contra sus propios intereses, aunque la propiedad no garantiza necesariamente su sostenibilidad social. Dependiendo del tipo de activo, la propiedad puede conducir a un nivel de explotación que, aunque racional para el propietario, puede ser irracional para la sociedad. Un ejemplo claro son los recursos naturales no renovables, como el petróleo o los minerales, donde los

propietarios privados ajustan la explotación a sus propias necesidades o a las del mercado, sin considerar las preferencias de las futuras generaciones por conservar parte del recurso. Así, bajo la propiedad privada capitalista, las decisiones de los propietarios tienden a un ritmo de explotación que no es sostenible ni respeta intereses estratégicos o necesidades futuras.

Lo mismo aplica a recursos renovables, como la agricultura. Esta actividad puede considerarse similar a la minería, ya que las plantas extraen minerales del suelo de forma indirecta. En Argentina, por ejemplo, las cosechas anuales extraen alrededor de cuatro millones de toneladas de minerales del suelo, mientras que la fertilización repone menos de un tercio, evidenciando una sobreexplotación significativa y confirmando el argumento mediante un caso local.

Otro beneficio de la propiedad es que estimula el mercado de crédito, al poder utilizarse como garantía para el pago de deudas. El análisis económico del derecho aporta un respaldo adicional, especialmente respecto de las externalidades.

Finalmente, la propiedad también mejora la eficiencia desde el punto de vista de los costos: la ausencia de derechos claramente delimitados exige esfuerzos elevados de vigilancia para proteger los frutos del trabajo y frecuentemente genera conflictos que dificultan que el esfuerzo propio sea retribuido. En este contexto, el Estado actúa como garante de los derechos de propiedad, obligando a todos a respetarlos y asumiendo los costos asociados. Así, el derecho de propiedad reduce los costos de vigilancia, disminuye el riesgo de perderlo todo y, en consecuencia, aumenta los incentivos para producir e invertir.

3.7. Beneficios sociales de la propiedad bajo un análisis microeconómico de utilidad

Desde otra perspectiva, puede sostenerse que la existencia del derecho de propiedad facilita la transferencia de bienes y servicios, permitiendo que los recursos lleguen a quienes los valoran más. Cuando estas transacciones se realizan de manera libre y voluntaria, se

garantiza que ninguna de las partes quedará en peor situación (pues de lo contrario no se efectuaría la operación); por el contrario, al menos una o ambas partes saldrán beneficiadas.

En cada transacción existe un excedente potencial que se distribuye entre las partes. Por ejemplo, si el vendedor solicita un precio superior al valor que asigna el comprador, la operación no se realizará; de igual manera, si el comprador ofrece menos de lo que el vendedor considera aceptable. Así, toda transacción voluntaria ocurre a un precio que, como máximo, corresponde al monto que el comprador está dispuesto a pagar y, como mínimo, al que el vendedor exige para desprenderse del bien. La diferencia entre estos valores constituye un excedente que puede repartirse, lo que asegura que al menos uno o ambos participantes se beneficien. De esta forma, la transacción conduce a un resultado eficiente en el sentido de Pareto, siempre que las partes actúen voluntariamente y no existan fallas de mercado.

Este punto es relevante porque, en presencia de fallas de mercado (como monopolios o asimetrías de información) o condiciones jurídicas adversas (como poder coercitivo, necesidad o explotación), la transacción no necesariamente resultará en eficiencia paretiana. Por ejemplo, muchos autores consideran que el desempleo y la pobreza son fallas de mercado; bajo estas circunstancias, las transacciones realizadas por individuos en situación de extrema necesidad o precariedad laboral podrían no ser eficientes. En tales casos, alguien podría “malvender” un bien —como su fuerza de trabajo— aceptando un precio mucho menor del que normalmente exigiría en condiciones normales. Así, las preferencias individuales no son estables, variando según empleo y pobreza, lo que significa que el marco jurídico puede no garantizar el pleno ejercicio de la voluntad y, por ende, la transacción no siempre producirá mejoras paretianas.

Respecto de la distribución del excedente, existe una visión optimista, defendida por Ronald Coase (1960), que sostiene que las partes negociarán hasta llegar a un acuerdo. En cambio, la perspectiva pesimista de Hobbes indica que la lucha por el excedente podría impedir la realización de la transacción.

Por lo tanto, en este tipo de operaciones puede ser necesario un Estado fuerte que intervenga para garantizar transacciones que de otro modo no ocurrirían. Desde la visión optimista, en cambio, bastaría un Estado débil que supervise el sistema de propiedad y asegure la claridad de los derechos.

Coase señala que la probabilidad de que una transacción no se lleve a cabo aumenta conforme lo hagan sus costos. Los costos de transacción (CT) incluyen, principalmente:

- Costos de búsqueda: identificar quiénes ofrecen y demandan.
- Costos de negociación: definir el precio adecuado.
- Costos de monitoreo: asegurar que se cumpla el contrato.
- Asimetrías de información.

En general, cualquier gasto o dificultad que obstaculice o impida la transacción se considera un costo de transacción (pp. 57-76).

3.8. El teorema de Coase

En este capítulo resulta necesario abordar de manera independiente este importante teorema, para lo cual recurriremos nuevamente al análisis especializado de Coloma (1999), quien lo desarrolla de manera magistral:

Los efectos de la creación de derechos de propiedad sobre los bienes y recursos económicos, analizados en los apartados previos, constituyen la base de uno de los resultados más relevantes de la teoría económica aplicada al derecho, conocido comúnmente como el “teorema de Coase”, en honor a Ronald Coase (1960), autor de la obra que lo originó.

El teorema de Coase postula que, si los derechos de propiedad están claramente definidos y no existen costos de transacción, el equilibrio de mercado alcanza la eficiencia. Por “derechos de propiedad bien definidos” se entiende que cada bien o recurso económico tiene un propietario identificado, con claras limitaciones sobre su uso y con mecanismos para modificar dichas restricciones. Por “ausencia de costos de transacción” se entiende que no existen gastos para negociar la transferencia de derechos entre las partes ni para supervisar el cumplimiento de los acuerdos.

La idea central del teorema es que la definición completa de los derechos de propiedad permite resolver prácticamente todos los problemas derivados de las externalidades. Esto se debe a que toda externalidad puede interpretarse como una indefinición acerca de los derechos del agente que la origina para apropiarse de los beneficios o asumir los costos, así como de los derechos del agente que recibe la externalidad para compensar o cobrar por estos efectos.

Lo notable del teorema es que no solo garantiza que existe alguna asignación de derechos que conduce a la eficiencia, sino que cualquier asignación de derechos de propiedad bien definida asegura dicho resultado. Por ejemplo, si quien realiza una inversión no posee el bien producido, pero el propietario está claramente identificado, éste puede garantizar la inversión ofreciendo una compensación. De manera similar, si el dueño de un recurso no desea explotarlo, otro interesado puede negociar la adquisición o alquiler de una porción del mismo. En ambos casos, la externalidad desaparece y los beneficios y costos sociales son considerados por los agentes responsables.

Una característica esencial del teorema es que la eficiencia del resultado no depende de cómo se asignen inicialmente los derechos de propiedad, sino únicamente de que estén claramente definidos. La distribución del ingreso, sin embargo, sí se ve afectada por la asignación original. Por ejemplo, si todos los copropietarios de un recurso reciben una fracción, podrán explotarla sin pagar y obtener ingresos al vender o alquilar; si un solo individuo posee todos los derechos, los demás deberán pagar para usarlo. Lo que se mantiene

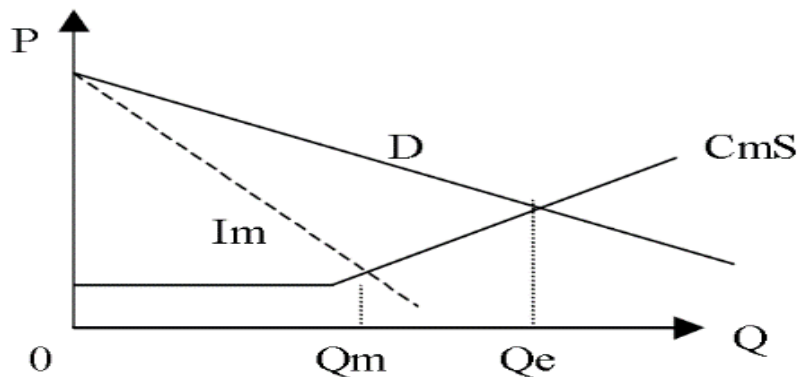
constante es que el mercado alcanzará un uso eficiente del recurso, ya sea concentrado en una sola persona o distribuido entre varios.

La eficiencia del equilibrio de mercado depende, además, de la condición de ausencia de costos de transacción, cuya interpretación resulta más compleja que la de derechos bien definidos. Esta condición implica que los costos de realizar transacciones —como transporte, negociación o monitoreo de contratos— puedan internalizarse o compensarse mediante pagos entre los agentes. Por ejemplo, el costo de transporte puede considerarse un pago por un servicio, mientras que los gastos asociados a negociar un contrato representan recursos que o benefician a ninguna de las partes, constituyendo verdaderos costos de transacción según Coase.

Sin embargo, interpretar la ausencia de costos de transacción como una garantía absoluta de eficiencia es incorrecto. Esta condición elimina una fuente de ineficiencia (externalidades), pero no resuelve los problemas derivados del poder de mercado. Por ejemplo, en la tragedia de los comunes, aunque los derechos y los bienes puedan ser comerciados libremente, si la asignación inicial genera un monopolio capaz de influir en los precios, la eficiencia del equilibrio no será neutral.

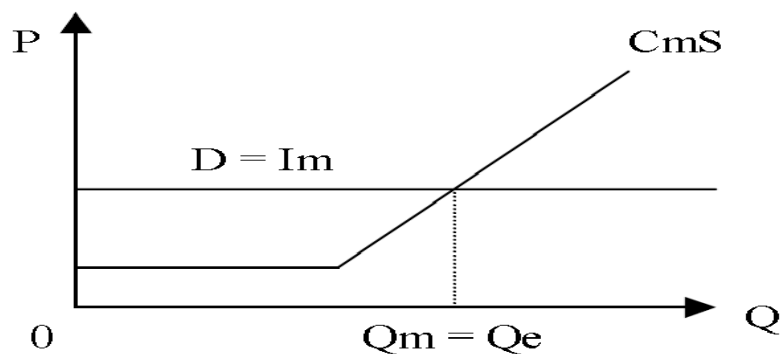
En síntesis, el teorema de Coase muestra cómo la claridad en los derechos de propiedad y la reducción de costos de transacción permiten que el mercado alcance la eficiencia, aunque no elimina las distorsiones que puedan surgir por concentración de poder o monopolio.

Figura 4



Lo anterior se ilustra en el gráfico 3.3, donde se muestra el efecto de asignar los derechos de propiedad sobre un recurso común a un único individuo, quien se convierte en monopolista del mercado del bien extraído de dicho recurso. En esta situación, el propietario único enfrenta toda la demanda del bien (D) y, para maximizar sus beneficios, igualará el ingreso marginal (Im) con el costo marginal social del uso del recurso. Esto da lugar a una subexplotación del recurso monopolizado, con un nivel de producción (Q_m) inferior al óptimo social (Q_e). Por el contrario, si los derechos de propiedad hubieran sido distribuidos entre varios propietarios, no se habría producido esta situación de monopolio, y el equilibrio de mercado se habría alcanzado donde el precio de demanda coincide con el costo marginal social, logrando así un nivel de producción eficiente.

Figura 5



La diferencia entre monopolio y competencia (una vez resuelta la tragedia de los comunes) desaparece en situaciones como la representada en el gráfico 3.4, donde otorgar el recurso a un único propietario no le confiere poder suficiente en el mercado de “Q” para influir en el precio del bien. En tales circunstancias, tanto un propietario único como varios propietarios con derechos bien definidos terminan igualando el precio de demanda con el costo marginal social, logrando así la cantidad eficiente del bien ($Q_m = Q_e$).

Para interpretar el teorema de Coase como una afirmación que garantiza la eficiencia del equilibrio de mercado en cualquier situación, es necesario entender de manera más estricta qué significa “ausencia de costos de transacción”. Según esta interpretación, los costos de transacción son nulos cuando la negociación es tan perfecta que permite que alguien pueda apropiarse de todos los excedentes generados por el mercado. Esto implica que, aun cuando la asignación de derechos de propiedad genere poder de mercado, este no ocasiona pérdida de eficiencia en el equilibrio. Así, un monopolio simple representa un escenario con costos de transacción no nulos, ya que el monopolista no puede negociar individualmente con cada comprador y debe establecer un precio único para todos.

Por el contrario, los costos de transacción serían nulos en un monopolio con discriminación perfecta, donde el monopolista captura todo el excedente del consumidor, o en un equilibrio eficiente de monopolio bilateral, en el que las ganancias del comercio se maximizan y se distribuyen según la preferencia intertemporal y la aversión al riesgo de las partes. Esta definición amplia también sugiere que la información asimétrica no afecta la eficiencia, dado que en una negociación sin costos obtener información sería completamente gratuita.

La inclusión de tantos elementos en el concepto de costos de transacción limita la aplicación práctica del teorema de Coase como principio de economía positiva, aunque al mismo tiempo potencia su utilidad para evaluar normas jurídicas. Si los costos de transacción

no son nulos, el teorema indica que una correcta asignación de los derechos de propiedad puede: a) reducir dichos costos y b) hacer innecesarias ciertas transacciones costosas.

El primer corolario, denominado “teorema normativo de Coase” por Cooter y Ulen (1997), sostiene que el derecho debe organizarse para eliminar obstáculos a los acuerdos privados. Por ejemplo, en conflictos sobre el uso de una pared medianera, si los derechos sobre la misma están bien definidos, la construcción solo implicará ejercer un derecho originario o negociar un pago compensatorio.

El segundo corolario, llamado “teorema normativo de Hobbes”, establece que el derecho debe asignar los recursos a quien probablemente los valore más, minimizando el impacto de fallas en los acuerdos privados. Así, los costos de transacción tienen menor relevancia para alcanzar una asignación eficiente de los recursos, ya que dependen menos de las negociaciones. Siguiendo el ejemplo de la pared medianera, si la obra es muy valiosa para un vecino y genera poco perjuicio al otro, otorgarle el derecho directo a construir reduce los costos de transacción a nivel social; si, en cambio, la obra genera un gran daño y poca utilidad, conviene que el derecho recaiga sobre el vecino afectado.

Capítulo IV

Análisis Económico Del Derecho Penal

Habiendo analizado en los capítulos previos la importancia del enfoque económico dentro del ordenamiento jurídico, no resulta sorprendente que esta perspectiva también tenga un papel relevante en el Derecho Penal. De hecho, existe un vínculo estrecho entre ambos ámbitos, que es el que se aborda en este capítulo, apoyándonos en la obra de Paolinelli y Oglietti (2020), *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, desde la perspectiva del marco legal argentino.

En la literatura anglosajona, el análisis económico del derecho penal se aborda bajo el término general de “crimen”. Sin embargo, su alcance no se limita a delitos con consecuencias penales graves, como el robo, el homicidio o la violación, sino que se extiende a todo tipo de infracciones legales, incluyendo corrupción, evasión fiscal, infracciones de tránsito o contravenciones menores.

Las conductas criminales representan un problema social de gran magnitud, afectando tanto a sociedades desarrolladas como en vías de desarrollo. En Estados Unidos, el rápido aumento de la criminalidad violenta desde la década de 1930 impulsó el interés por este tipo de análisis. Además, tras la Gran Depresión, la expansión de la regulación estatal en todos los

ámbitos económicos y sociales contribuyó al crecimiento de delitos no violentos. Por ello, es lógico que este tipo de delitos haya crecido incluso más que los delitos penales tradicionales.

En las sociedades modernas, el aparato jurídico es amplio y complejo; el Estado regula gran parte de nuestras actividades diarias, incluso de manera imperceptible. Protege a las personas frente a la violencia y las violaciones a la propiedad, pero también regula la discriminación, el uso del suelo, los monopolios, los derechos del consumidor, el medio ambiente, la información asimétrica, entre otros aspectos. Es decir, pocos ámbitos de la vida individual o colectiva quedan sin alguna regulación legal. La judicialización de la vida cotidiana es, por tanto, una consecuencia inevitable del desarrollo social.

Esto genera innumerables conductas que infringen la ley: estacionar en lugares prohibidos, exceder normas urbanísticas, participar en apuestas clandestinas, comprar divisas fuera del circuito oficial o pescar sin permiso, entre otros. En los países emergentes, el AED se centra en delitos relevantes para el desarrollo económico, como la corrupción burocrática y la evasión fiscal.

La urbanización y la globalización han traído consigo un aumento de la delincuencia y los costos de su control. La globalización ha homogenizado los objetivos de consumo, pero no los ingresos, incrementando la brecha entre aspiraciones y posibilidades materiales. La urbanización, además, aumenta la complejidad social y los desafíos para disuadir la delincuencia, ya que favorece tanto la capacidad represora del Estado como la organización delictiva.

El economista Gary Becker, en su artículo de 1968 Crimen y castigo, sentó las bases del AED aplicado al delito, planteando que los individuos actúan racionalmente y comparan los beneficios esperados de la actividad criminal con los de la actividad legal. Así, la delincuencia disminuye si se incrementa la probabilidad de castigo y si la economía ofrece oportunidades legales bien remuneradas, elevando el costo de oportunidad de delinquir. Desde

esta perspectiva, la criminalidad se entiende como una actividad productiva racional, aunque sin contribuir al bienestar social.

No es necesario eliminar todos los crímenes, lo cual sería costoso; basta con hacerlos poco rentables, siguiendo el principio de que “el crimen no paga”. El AED aborda preguntas como la cantidad de recursos que deben asignarse para disuadir la criminalidad, considerando costos económicos y sociales. Por ejemplo, reducir la criminalidad a cero podría implicar encarcelar a un gran porcentaje de la población, lo que sería inaceptable socialmente.

La existencia de la ley no asegura su cumplimiento; tanto el Estado como los particulares deben destinar recursos a prevenir delitos, capturar delincuentes y aplicar sanciones proporcionales. Desde la óptica económica, acciones como las de Robin Hood, que redistribuyen ingresos sin respetar la ley, no aumentan el bienestar social bajo criterios estrictos de Pareto, aunque podrían generar efectos positivos si se consideran criterios menos estrictos. Sin embargo, cualquier redistribución al margen de la ley, como la realizada por Pablo Escobar con el narcotráfico, no contribuye al bienestar porque transgrede el marco legal.

Platón, en *Critón*, ilustra la importancia de respetar la ley: Sócrates rechaza fugarse incluso ante su condena a muerte, argumentando que huir sería violar los acuerdos y compromisos con las leyes que lo formaron y lo protegieron como ciudadano.

Finalmente, se observa un conflicto intrínseco entre dos funciones básicas del Estado: la defensa del derecho de propiedad y la redistribución del ingreso. Redistribuir implica gravar la propiedad mediante impuestos, lo que afecta los derechos de los contribuyentes. La legislación tributaria refleja un acuerdo social sobre el nivel de exacción permitido y establece límites a la violación del derecho de propiedad, demostrando que la redistribución necesariamente afecta la eficiencia de Pareto. Cuando el nivel de redistribución no es adecuado, el Estado pierde legitimidad, facilitando la aparición de organizaciones que desafían su autoridad, como la mafia siciliana.

Incluso delitos como el saqueo de tumbas han cumplido funciones sociales históricas: los faraones acumulaban riqueza en tumbas y los saqueadores redistribuían ese oro, generando empleo y aliviando la presión fiscal intergeneracional en épocas de escasez agrícola.

4.1. La conducta y la gravedad del daño

Un individuo prudente evita conductas riesgosas y es poco probable que cause daño a terceros, por lo que normalmente queda exento de responsabilidad. Conforme la conducta se deteriora, se llega al límite que marca el estándar mínimo legal (ML); a partir de este punto, quienes actúan con menor cuidado que el exigido legalmente incurrir en negligencia, con distintos grados de gravedad. A medida que aumenta la negligencia, crece la probabilidad de causar daños, así como la responsabilidad y la culpa, alcanzando en un extremo la llamada culpa negligente. Luego se distingue entre faltas o contravenciones, que sancionan conductas negligentes, y delitos, que requieren intencionalidad de causar daño (dolo). Dentro de la criminalidad, la crueldad representa el extremo en que se disfruta del sufrimiento ajeno. Así, existe un continuo en la gradación moral del delito, relacionado con la certeza y gravedad del daño.

El Análisis Económico del Derecho (AED) aplicado al derecho penal estudia tanto la conducta dolosa como la culposa, es decir, aquella en la que el daño ocurre sin intención, sino por negligencia, imprudencia o falta de habilidad. En términos prácticos, el capítulo abarca tanto delitos culposos como dolosos.

Otro elemento que define un crimen es la naturaleza del perjuicio. En derecho civil, los daños patrimoniales generan perjuicio privado; en derecho penal, el daño es público. Por ello, la acción penal la inicia el fiscal, representante de la comunidad, y no la víctima directa, ya que el delito afecta la paz y seguridad públicas, bienes públicos por excelencia.

La acción penal consiste en activar el poder punitivo del Estado mediante un proceso penal para sancionar al autor de la conducta ilícita. Su origen se remonta a cuando el Estado

asumió la función de garantizar la paz y seguridad públicas, reemplazando la venganza privada y la ley del talión, y monopolizando el uso de la fuerza. Como la comisión de un delito afecta a toda la comunidad, el Estado tiene la responsabilidad principal de perseguir y castigar al infractor, independientemente de la voluntad de la víctima.

Por ejemplo, si un narcotraficante vende drogas a un consumidor y ambos son arrestados, aunque el intercambio haya sido voluntario, la sociedad se ve perjudicada. Este tipo de crímenes varía según época y cultura: la venta de alcohol durante la Ley Seca en EE. UU. o ciertas vestimentas en la Edad Media eran delitos, mientras que hoy no lo son; otros, como la homosexualidad o la prostitución, aún se consideran delitos en algunos contextos.

Otro elemento de un delito es su consecuencia: quien lo comete enfrenta la posibilidad de castigo, que puede incluir prisión, libertad condicional o multas superiores a la compensación del daño, e incluso la pena de muerte en ciertos países. A diferencia del derecho civil, cuyo objetivo es compensar a la víctima, el castigo penal busca sancionar al culpable. Por ello, suelen existir dos demandas: civil, para resarcir a la víctima, y penal, impulsada por el Ministerio Público, para mantener la seguridad. Por ejemplo, si un policía dispara accidentalmente a un transeúnte, habrá una acción penal por lesiones culposas y otra civil para reparar el daño.

En un caso donde A mata accidentalmente a B y ya compensó a los herederos de la víctima, el fiscal no puede archivar el caso, ya que la sociedad es también víctima; el proceso penal persigue el castigo del culpable, no la satisfacción de la víctima.

El cuarto elemento de un delito es el estándar de prueba. La carga recae en el acusador el titular de la acción penal, quien debe demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. El acusado se presume inocente, conforme al art. 18 de la Constitución Nacional (CN).

Otra característica del derecho penal es la tipicidad: solo se sancionan conductas descritas como delitos por la ley. Así, un delito se define por: culpa (negligencia, impericia,

imprudencia) o dolo (intencionalidad), tipicidad (adecuación de la conducta al tipo penal) y presunción de inocencia (prueba más allá de la duda). Algunos delitos no requieren intención, como ciertos accidentes de tránsito.

El aumento de la complejidad social en los siglos XX y XXI ha generado más regulaciones y delitos sin dolo, denominados strict liability crimes en la literatura anglosajona. Ejemplos incluyen violaciones a códigos de construcción, adulteración involuntaria de alimentos o venta de medicamentos sin conocimiento de efectos secundarios, todos derivados de ignorancia, imprudencia o negligencia.

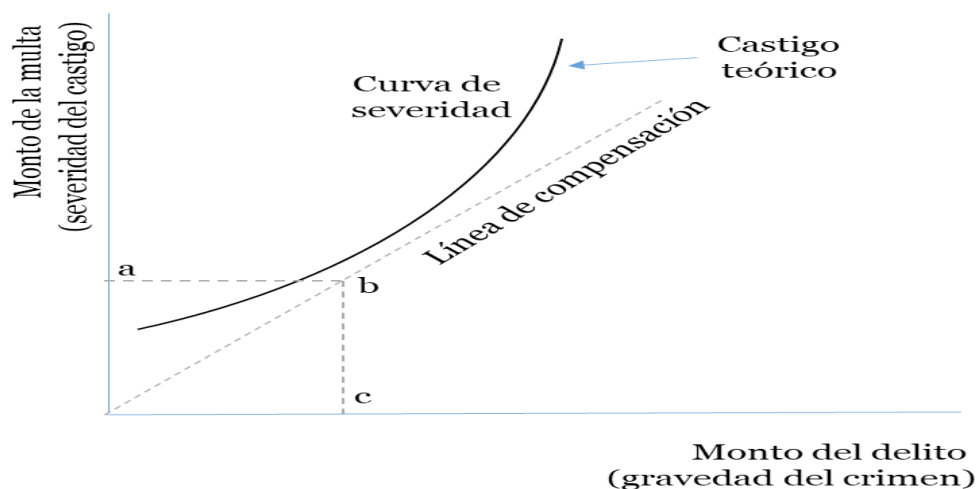
4.2. Teoría económica del crimen

Al igual que en la teoría económica, este análisis parte del supuesto de que los agentes en este caso, los delincuentes actúan de manera racional (¿qué ocurriría si no lo fueran?).

Para ilustrar la exposición, se presenta un ejemplo de delito económico, motivado por intereses materiales; sin embargo, el razonamiento puede aplicarse con facilidad a otros tipos de delitos. Estos últimos pueden clasificarse según su gravedad y los castigos correspondientes, de manera que mientras más grave sea el delito, más severa será la sanción impuesta.

Figura 4

Relación gravedad del crimen-severidad del castigo



En la figura 4, el eje horizontal representa la gravedad del crimen y el eje vertical la severidad del castigo. Por ejemplo, en un delito económico como la malversación, la gravedad se mide por el monto defraudado, mientras que la severidad se mide por el valor de la multa. La curva de castigo es exponencial, lo que indica que la severidad aumenta proporcionalmente con la gravedad. Esta curva refleja que las penalizaciones no siempre crecen de forma continua respecto al delito, sino que existen umbrales que, al superarse, incrementan la sanción.

Se observa que el valor de la multa siempre es mayor al monto defraudado. La curva de compensación, representada por la bisectriz de 45° (línea punteada), divide el área en dos partes iguales; cualquier punto sobre ella indica que la sanción iguala exactamente la gravedad del delito. Proyectando un punto sobre el eje horizontal hacia la línea de compensación y luego al eje vertical se obtiene un segmento de igual longitud, es decir, $ab = bc$. En términos monetarios, esta curva indica los niveles de multa equivalentes al monto del delito.

La curva de severidad se sitúa por encima de la de compensación, mostrando que el castigo debe superar al daño causado para disuadir efectivamente la conducta delictiva. Además, cruza el eje vertical por encima de cero, reflejando la existencia de sanciones incluso cuando no hay gravedad, como ocurre en casos de condenas injustas.

Sin embargo, un delincuente racional considera no solo la gravedad de la multa teórica, sino también la probabilidad de ser atrapado y condenado. En la figura 5.3 se incorpora una curva de severidad esperada, situada por debajo de la curva teórica, que refleja que la probabilidad de captura y condena es menor a uno.

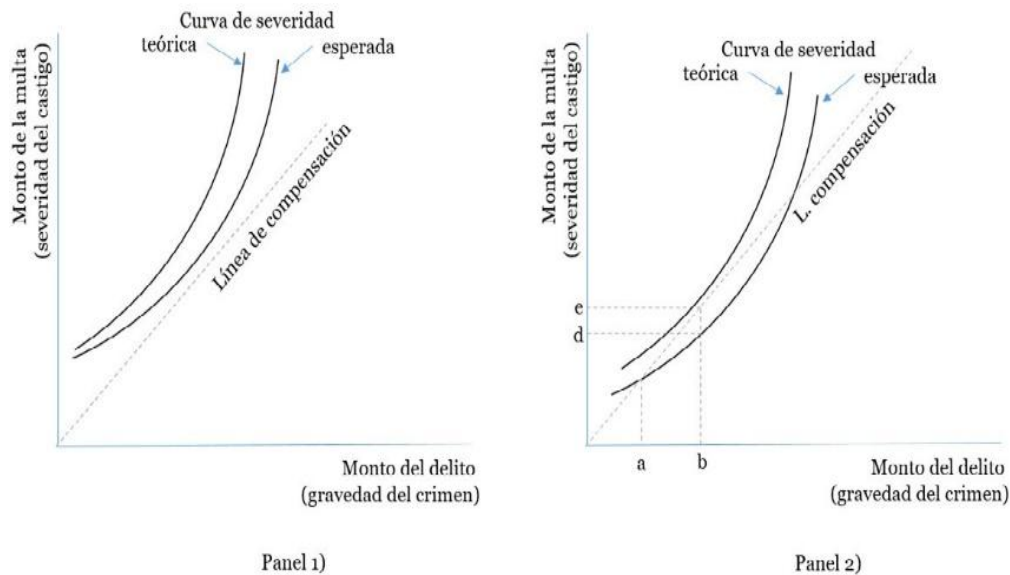
Gary S. Becker señaló que la población puede dividirse en tres grupos: un porcentaje de ciudadanos estrictamente morales que nunca delinquiría, otro de personas que cometería el delito sin importar la sanción, y un grupo intermedio de individuos racionalmente amorales, cuya conducta depende de los incentivos. El análisis se centra en este último grupo.

El ciudadano racional y amoral evalúa primero el beneficio de cada nivel de malversación comparándolo con los costos esperados. Su beneficio neto esperado es la diferencia entre ambos; si es positivo, decidirá delinquir.

Cabe destacar que la penalización no es segura, sino probabilística. La ley se percibe como una variable aleatoria cuyo valor esperado depende de la probabilidad de aplicación, que nunca alcanza la unidad. El delincuente considera que puede no ser atrapado y, si lo es, puede no ser condenado. Por ello, calcula el valor esperado del crimen ajustando la ganancia potencial por la probabilidad de ser detectado y sancionado.

Figura 5

Distintas curvas de severidad esperada



En la figura 5, se observa que la línea del castigo esperado se sitúa por debajo de la línea de castigo teórico, debido a que la probabilidad de ser atrapado y condenado es menor a uno. Por ello, nuestro delincuente racional y amoral solo decidirá cometer el delito si el beneficio esperado del crimen supera el castigo esperado, es decir, el castigo teórico ajustado por la probabilidad de sanción.

En el panel 1 de la figura 5, la curva del castigo esperado se mantiene siempre por encima de la línea de compensación, lo que indica que delinquir no sería racional. En contraste, en el panel 2, para ciertos niveles de gravedad del delito, delinquir resulta racional. La gravedad del crimen se encuentra entre baja (a) y muy grave (c), correspondientes a los puntos donde la curva del castigo esperado interseca la línea de compensación. Este panel muestra que la curva de castigo esperado solo disuade a cometer delitos muy leves o muy graves. Además, se aprecia la diferencia entre la línea de severidad teórica, que se mantiene por encima de la línea de compensación, y la línea de severidad esperada, que en gran parte se ubica por debajo.

La curva de compensación permite visualizar gráficamente el retorno neto del delito. Desde un punto b sobre el eje horizontal de gravedad del delito, la proyección vertical sobre la línea diagonal de compensación indica el producto generado por el delito (segmento be), mientras que la proyección sobre la curva de castigo esperado muestra el costo esperado (segmento bd). La diferencia entre ambos segmentos ($be - bd = ed$) representa el beneficio neto que genera un delito de gravedad b.

Matemáticamente:

- Siendo x la gravedad del delito, medida por el monto comprometido (el análisis puede extenderse sin grandes problemas a delitos no monetarios).
- El castigo es f_c , que será proporcional a la gravedad [$f_c = f(x)$].
- La probabilidad de ser condenado es $p = p(x)$.

Así, el castigo esperado será el producto de la gravedad por su probabilidad: $p(x) \cdot f(x)$. Nuestro criminal, elige una gravedad del delito x tal que maximice su retorno neto, maximizando la siguiente función:

$$\max x = p(x) \cdot f(x)$$

a forma exponencial de la curva refleja que la probabilidad de castigo aumenta con la gravedad del delito, suponiendo que la sociedad persigue con mayor empeño los delitos más graves.

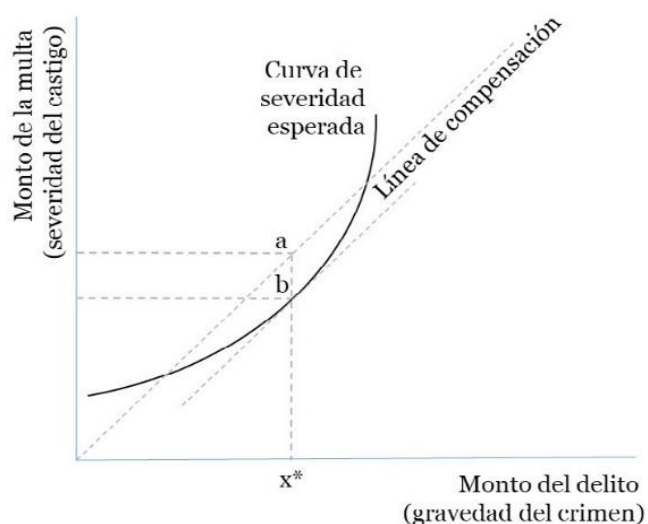
El análisis matemático permite identificar un punto óptimo x^* , donde el retorno marginal de cada unidad obtenida al delinquir se iguala al castigo marginal esperado, es decir:

$$1 = p' \cdot f + p \cdot f'$$

Aquí, el lado izquierdo representa el beneficio marginal de \$1, y el derecho, el castigo marginal esperado. Al igualar beneficio marginal y costo marginal (considerando el castigo teórico ajustado por la probabilidad marginal), nuestro delincuente racional y amoral define el nivel óptimo de gravedad del delito.

Figura 6

Severidad esperada y análisis racional del delito óptimo



En la realidad, los incentivos y sanciones asociados al delito no siempre se expresan en términos monetarios, como en los ejemplos que hemos utilizado. Para muchos delincuentes, el beneficio esperado no se limita al dinero obtenido; factores como la reputación dentro de su entorno delictivo pueden ser igualmente relevantes. Por otro lado, el sistema de justicia aplica castigos según la gravedad del delito, que pueden ir desde multas hasta prisión, libertad

condicional u otros mecanismos propios de cada sistema legal. A pesar de esto, estos gráficos simples permiten analizar de manera sintética las decisiones que enfrentan los delincuentes racionales, aunque es importante señalar que no reflejan con exactitud la complejidad de los beneficios y sanciones reales, especialmente cuando estos últimos no tienen carácter monetario.

4.3. ¿El castigo desalienta el crimen?

La idea de que la actividad delictiva responde a los riesgos y beneficios involucrados se conoce como la hipótesis de la disuasión (*deterrence hypothesis*) y constituye una aplicación de la teoría de la demanda al ámbito de la justicia penal. Según esta propuesta, el crimen disminuye cuando aumenta el castigo esperado, de manera análoga a cómo la demanda de un bien cae cuando sube su precio. Aunque esta tesis no cuenta con consenso absoluto, el debate principal se centra en la magnitud de la reacción del crimen frente a cambios en el castigo esperado, es decir, en la elasticidad de la respuesta. Quienes apoyan la hipótesis de la disuasión sostienen que los individuos reaccionan significativamente a los incentivos de castigo impuestos por la justicia, de modo que incrementar los recursos destinados a la persecución, arresto y condena debería reducir tanto la incidencia delictiva como su costo social.

Por otra parte, existe una segunda hipótesis que plantea que los criminales no se ven disuadidos por cambios en la severidad del castigo ni por la probabilidad de ser condenados, sino que el crimen surge de factores sociológicos subyacentes. Según esta perspectiva, los recursos deberían orientarse a atacar las causas estructurales del delito, como la pobreza, la falta de educación, la carencia de empleo o la vulnerabilidad infantil, mediante políticas de protección social, educación inclusiva y generación de oportunidades laborales.

Estas hipótesis no son necesariamente excluyentes y pueden coexistir, cada una explicando una parte del fenómeno delictivo.

El análisis estadístico del crimen enfrenta varias dificultades. Las estadísticas sobre delitos son poco confiables y variables según el lugar y la época. Además, para medir el efecto disuasorio de la ley no basta con conocer a los delincuentes que fueron atrapados, sino también a aquellos que fueron disuadidos y no cometieron el delito, un dato que es prácticamente imposible de observar. Por ello, los estudios sobre disuasión suelen centrarse en la disuasión general, aunque medir los delitos no cometidos implica trabajar con variables ocultas.

En los estudios empíricos sobre criminalidad se incluyen variables del sistema judicial, como la probabilidad de arresto, procesamiento y condena, así como el castigo promedio, que aproxima el castigo esperado. También se consideran factores del mercado laboral, como desempleo e ingresos (que representan el costo de oportunidad de delinquir) y variables socioeconómicas como edad, raza y urbanización. No obstante, estos estudios enfrentan problemas de calidad de los datos y de variables omitidas relevantes, como características familiares o la capacidad de los padres para educar a sus hijos. La ausencia de estas variables afecta la validez estadística de los resultados, haciendo que las conclusiones sobre disuasión sean ambiguas. Algunos estudios muestran que aumentar la probabilidad de castigo incrementa la disuasión, mientras que otros encuentran efectos contrarios. Investigaciones centradas en poblaciones de riesgo, como ex reos, indican que la disuasión depende del tipo de crimen: los delitos violentos responden más a la severidad del castigo, mientras que los delitos contra la propiedad dependen más de la certeza de ser castigados, y los adictos no responden a ninguno de estos efectos.

Respecto a la segunda hipótesis, también existen estudios que examinan cómo la criminalidad responde al empleo, la distribución de ingresos, factores hereditarios o la educación infantil. Los resultados sobre la relación entre ingreso y delito son ambiguos: muchos estudios no hallan correlación significativa entre ingresos, desempleo o recesiones y la criminalidad. Curiosamente, buena parte de la literatura anglosajona (Posner, 1972) omite la desigualdad como factor determinante del delito, mientras que otros autores (Kelly, 2000) encuentran una relación sólida entre desigualdad y delitos violentos. Según Kelly, los delitos

contra la propiedad se explican bien desde la perspectiva del análisis económico del derecho, mientras que los delitos violentos se comprenden mejor como resultado de desórdenes sociales.

4.4. ¿Cuál es el castigo óptimo?

Casi cualquier delito podría eliminarse si se aplicara un castigo extremadamente severo junto con una alta probabilidad de condena. Sin embargo, esto generaría dos problemas principales: primero, si la pena es desproporcionada respecto al delito, sería inconstitucional; segundo, aumentar la probabilidad de castigo implicaría costos económicos muy elevados. Por ello, los responsables de políticas buscan un nivel de disuasión que no genere gastos de seguridad excesivos, estableciendo como objetivo un nivel de criminalidad que no sea ni demasiado alto, para alarmar a la sociedad, ni tan bajo que implique pérdidas económicas significativas. Uno de los aprendizajes clave del análisis económico del derecho (AED) es que el nivel socialmente óptimo de criminalidad es mayor a cero, lo que indica que a la sociedad le resulta rentable tolerar cierto grado de delito porque eliminarlo por completo sería demasiado costoso.

En términos generales, la política de “tolerancia cero” consiste en aplicar automáticamente un castigo predeterminado a quien infringe la ley, evitando la intervención discrecional de las autoridades y la gradación del castigo según el caso. Esta idea se inspira en el trabajo de los criminalistas estadounidenses James Wilson y George Kelling (1982), quienes en su artículo «Ventanas rotas» argumentaron que la permisividad ante delitos menores genera la percepción de descontrol y, por lo tanto, incentiva delitos mayores (por ejemplo, una ventana rota no reparada fomenta que se rompan otras y, eventualmente, se produzcan intrusiones). Sin embargo, el concepto también se ha usado para describir políticas represivas inflexibles del delito común, que otorgan a la policía un amplio margen de acción y tienden a afectar desproporcionadamente a los pobres o a ciertos grupos raciales estigmatizados, mientras que otros delitos reciben menos atención.

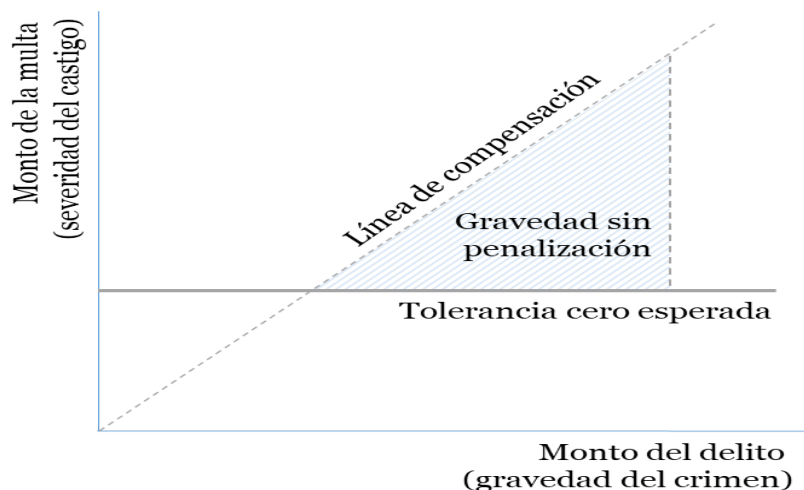
A mediados de los años 90, esta política ganó notoriedad mundial al implementarla el alcalde republicano de Nueva York, Rudolph Giuliani. En la ciudad se observó un notable descenso del crimen, lo que le dio popularidad suficiente para ser reelegido, a pesar de crecientes críticas por discriminación y maltrato hacia los sectores más desfavorecidos. Sin embargo, estudios posteriores mostraron que la caída del crimen ya había comenzado algunos años antes de la implementación de la tolerancia cero, y que esta tendencia también se había registrado en otras ciudades de EE. UU. que no aplicaron la política. Además, Nueva York ya había experimentado la misma estrategia décadas antes sin éxito. Por lo tanto, el aparente logro de Giuliani se atribuye más a factores como el aumento del empleo y los salarios, y la disminución del consumo de crack en favor de otros narcóticos, que a su política de cero tolerancias.

Desde la perspectiva jurídica, una de las principales críticas es que la penalidad preestablecida rompe con el principio de proporcionalidad entre delito y castigo. Al no existir gradación según la gravedad del delito, algunos delincuentes pueden incrementar la severidad de sus crímenes (por ejemplo, en el consumo de drogas) sin que la pena varíe. Además, incluso si los resultados parecen positivos, muchos autores señalan efectos indeseados derivados de la presión sobre la policía para mostrar resultados.

Desde el enfoque del AED, la política de tolerancia cero incentiva a que los delincuentes incrementen la gravedad del delito, como se ilustra en la figura 5.5: por encima de la línea del castigo esperado, el castigo ya no compensa el beneficio del delito. Asimismo, si se lleva esta política al extremo, se contradice la noción de que existe un nivel óptimo de criminalidad superior a cero.

Figura 7

Tolerancia cero y la gravedad del delito



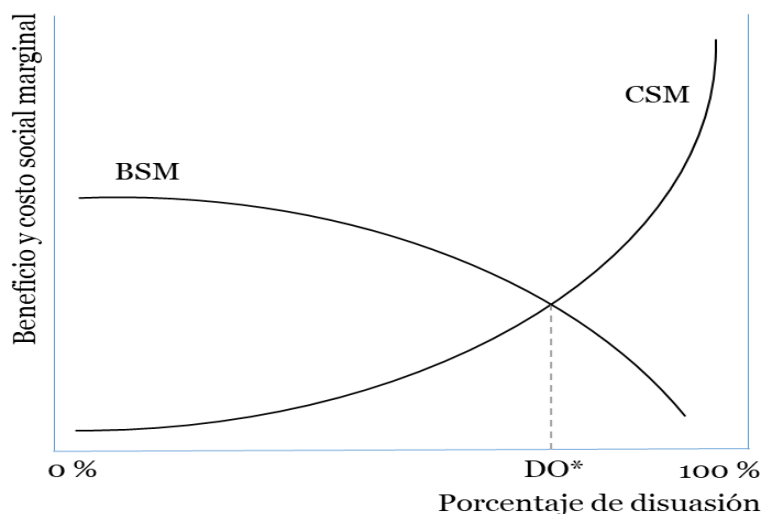
El nivel de disuasión (o seguridad) económicamente óptimo de una sociedad depende de la interacción entre dos curvas que reflejan los costos y beneficios sociales asociados. La primera es la curva de costo social marginal (CSM), que indica el aumento del costo total (incluyendo prisiones, prevención, seguridad, poder judicial y la pérdida de producción de los reclusos) que la sociedad debe asumir para lograr un incremento adicional en la disuasión. La segunda es la curva de beneficio social marginal (BSM), que muestra el incremento del beneficio social derivado de un aumento adicional en la disuasión.

Por ejemplo, si el costo total del sistema de represión del delito necesario para mantener un nivel de disuasión del 5 % es de \$100, y para sostenerlo en 6 % es de \$110, entonces el CSM asociado al nivel del 6 % es de \$10, es decir, el aumento del costo total. La curva de CSM tiene pendiente positiva y convexa, indicando que, a partir de cierto punto, los costos adicionales para reducir la criminalidad crecen de manera acelerada. De manera similar, la curva de BSM, cóncava hacia el origen, presenta una curvatura decreciente, reflejando que los beneficios adicionales disminuyen exponencialmente en niveles altos de disuasión.

El nivel óptimo se encuentra en la intersección de estas dos curvas y corresponde a un porcentaje de criminalidad superior a cero, representado en la figura 5.6 como la tasa de delincuencia óptima, do^* . A la izquierda de do^* , el CSM de aumentar la disuasión en 1 % es menor que el BSM generado en la comunidad, por lo que conviene incrementar la disuasión. A la derecha de este punto, un aumento del 1 % en disuasión implicaría un CSM mayor que el beneficio social, volviendo antieconómico cualquier incremento de seguridad. Asimismo, si por alguna razón—como una reforma legal que endurezca las penas teóricas o inversiones en educación ética y moral—la curva de CSM disminuyera, el nivel de criminalidad también se reduciría.

Figura 8

Delito óptimo o nivel óptimo de delincuencia



4.5. La prisión

En primer lugar, es importante recordar que los castigos no solo afectan al condenado, sino que también generan costos para la sociedad. Desde la perspectiva del AED, el análisis de la política de seguridad de una sociedad busca evaluar su eficiencia social, procurando minimizar los costos asociados al delito, ya sean directos (como daños físicos, pérdida o

destrucción de bienes) o indirectos (costos privados o públicos vinculados a la criminalidad, tales como sistemas de alarma, seguros, seguridad privada, así como los costos judiciales, penitenciarios y administrativos: jueces, fiscales, defensores, cárceles, policías, personal penitenciario, programas de prevención, difusión y estadísticas).

Una pregunta central es: ¿qué tipo de sanción punitiva minimiza el costo del delito? Las principales alternativas son las multas económicas y las penas privativas de libertad. Según el AED, los sistemas actuales dependen excesivamente del encarcelamiento y emplean poco las multas, pese a que estas últimas constituyen un mecanismo mucho menos costoso para alcanzar un nivel de disuasión deseado.

Sin embargo, la preferencia por el encarcelamiento se justifica principalmente por cuatro razones:

- Proporciona a la comunidad una sensación de justicia o percepción de justicia.
- Brinda oportunidades de rehabilitación del delincuente.
- Inhabilita al criminal para cometer nuevos delitos.

Disuade al delincuente de reincidir.

En cuanto a la primera ventaja, la satisfacción social de ver al culpable tras las rejas no siempre cumple las expectativas de las víctimas; algunas consideran la pena insuficiente y otras, excesiva, lo que muestra que la percepción de justicia es subjetiva. La efectividad de la rehabilitación depende tanto de la calidad del sistema penitenciario como del tipo de delito, ya que no todos los crímenes pueden ser objeto de rehabilitación exitosa. La incapacidad del prisionero para delinquir puede ser eficiente principalmente para quienes probablemente reincidirían; aunque esto reduce el número de crímenes, también implica castigar a quienes no volverían a delinquir. Para que esta incapacidad genere un beneficio social real, las prisiones no deben convertirse en espacios que formen nuevos criminales.

La sociedad debe ponderar estos beneficios sociales frente a los costos del encarcelamiento, que incluyen los gastos de seguridad por prisionero (costo directo) y diversos costos de oportunidad, como los ingresos que el prisionero deja de generar. La asignación de tareas en prisión puede mitigar estos costos, pero si son forzadas, existe riesgo de explotación injusta; si se remuneran adecuadamente, pueden percibirse como una recompensa indebida por delinquir. En suma, el costo de la prisión se compone de los costos directos de mantenimiento sumados a los ingresos potenciales perdidos por el prisionero.

Para evaluar la eficiencia de un sistema basado en el encarcelamiento, es necesario comparar el costo social marginal de esta medida con el beneficio social marginal que genera, y contrastarlo con los costos y beneficios de otras alternativas, como las multas, capaces de alcanzar el mismo nivel de disuasión.

Capítulo V

Análisis Económico De Los Contratos

Continuando con este estudio, ahora nos corresponde analizar cómo el AED también incide en la rama del Derecho conocida como “Contratos”.

Para ello, nos apoyaremos en el desarrollo presentado por el abogado y magíster Bullard (2019) en su obra *Análisis Económico del Derecho*.

Quizá las discusiones abstractas y conceptuales sobre el contrato como relación jurídica interesen principalmente a los abogados. Para las partes involucradas, el contrato es, sobre todo, un instrumento práctico de intercambio, tan natural que un ciudadano común puede no darse cuenta de que, al tomar un microbús o comprar un sándwich en un restaurante, está celebrando un contrato.

En esencia, los contratos no son otra cosa que promesas; sin embargo, no toda promesa es legalmente exigible. El concepto central aquí es el de autonomía privada o autonomía de la voluntad, entendido como la capacidad de los individuos para autorregular la esfera en la que se desarrollan sus intereses.

Por ejemplo, alguien vende una casa porque el comprador le otorga un valor mayor que el vendedor; de no ser así, nunca habrían acordado un precio. Cuando en cada intercambio las partes evalúan correctamente sus preferencias y el valor que asignan al bien, se produce una transferencia de un recurso de un uso menos valioso a uno más valioso.

Volviendo a Wilfredo Pareto, recordemos el ejemplo de las máquinas de afeitar y los lápices de labios: los intercambios son lógicos porque quien entrega un lápiz de labios a cambio de una máquina de afeitar demuestra que valora más la máquina, lo que conduce a situaciones cada vez más eficientes.

Cabe señalar que este ejemplo simplifica el funcionamiento de un sistema de mercado o, dicho de otro modo, del sistema de derecho contractual. En el mercado, existe una determinada cantidad de bienes y servicios que se adquieren a cambio de precios o contraprestaciones.

A través de sucesivas operaciones de intercambio, el mercado tiende a generar situaciones cada vez más eficientes, mejorando gradualmente el bienestar general como resultado de la suma de las mejoras en los bienestar individuales de quienes contratan. Siempre que el contrato no genere externalidades negativas, los contratantes ganan y nadie pierde, moviéndonos así hacia la eficiencia.

Si todo funciona correctamente, el sistema de contratos constituye la vía más adecuada para alcanzar el óptimo de Pareto. El papel del Estado se limita casi exclusivamente a proteger los derechos de propiedad (evitando el robo) y garantizar la exigibilidad de los contratos (asegurando que quienes se comprometieron a intercambiar lápices de labios y máquinas de afeitar cumplan sus promesas). Bastarían intercambios libres y sin restricciones para mejorar el bienestar de todos, siempre y cuando, como señala Coase, los costos de transacción sean lo suficientemente bajos para que los contratos se celebren y sus términos sean eficientes.

5.1. ¿Qué funciones cumple el derecho de contratos?

Si el principio de autonomía privada debe ser la norma, ¿por qué entonces existen reglas sobre contratos en los códigos civiles o comerciales? ¿Por qué no reducir el derecho contractual a una sola disposición que establezca: «los contratos son obligatorios entre las partes»?

Cuando las obligaciones de un contrato se cumplen de manera simultánea e inmediata, no surgen contingencias que requieran la intervención del derecho de contratos. El verdadero problema surge cuando el contrato implica el cumplimiento futuro de promesas, es decir, cuando no hay simultaneidad. Por ejemplo, al comprar un automóvil a crédito, el vehículo se entrega antes de que se efectúe el pago total del precio.

En este contexto, el derecho de contratos cumple varias funciones:

a) Determinar que promesas son legalmente vinculantes

No toda promesa o manifestación de voluntad genera obligaciones que puedan exigirse legalmente. Por ejemplo, si un hijo promete a su madre asistir a misa todos los domingos o un profesor se compromete a saludar a un alumno la próxima vez que lo vea, es improbable que el sistema jurídico permita acciones legales para exigir su cumplimiento. Ni la madre ni el alumno podrían reclamar indemnizaciones por incumplimiento contractual. Tales promesas se encuentran más bien bajo control social o moral, fuera del ámbito legal.

Esto implica que el derecho debe determinar qué promesas son exigibles, ya sea mediante la tipificación de contratos —como ocurre con la compraventa, el arrendamiento o la prestación de servicios, cuya legalidad se deriva de su tipicidad o mediante criterios más generales y abstractos, como la teoría de la causa, la patrimonialidad de la relación jurídica creada, o la doctrina de la consideración en el common law, que limita los contratos a aquellos de carácter sinalagmático.

En otros casos, el reconocimiento legal se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos, como la necesidad de escritura pública para algunas donaciones, lo que implica que las promesas verbales no tienen fuerza vinculante desde el punto de vista jurídico.

b) Reducir las ventajas estratégicas derivadas del intercambio no simultáneo

Si un cliente acude a la bodega a comprar un kilo de arroz, el tendero colocará la bolsa sobre el mostrador al mismo tiempo que el cliente entrega el dinero. En este caso, las obligaciones se cumplen de manera simultánea, satisfaciendo de inmediato los intereses de ambas partes y eliminando incentivos para incumplir. Es necesario contar con reglas que eviten que quien cumple en segundo lugar obtenga una ventaja estratégica; estas normas imponen costos al incumplimiento precisamente para neutralizar esa ventaja.

Si se permitiera aprovecharse de esa ventaja, las personas serían reacias a celebrar contratos y el intercambio económico se vería afectado. Por ejemplo, en un contrato de préstamo, el deudor recibe el dinero de inmediato, mientras que el acreedor espera recibir la contraprestación en el futuro. Dado que el deudor ya obtuvo lo que buscaba, su incentivo para devolver el préstamo puede ser insuficiente; esta es la ventaja estratégica de recibir primero la prestación.

Cuando las obligaciones se ejecutan simultáneamente, ambos cumplen al mismo tiempo: el dinero se entrega a cambio de la bolsa de arroz en el acto. Sin embargo, si se concede crédito sin un contrato legal, ¿por qué el deudor cumpliría con pagar? Una posible motivación es mantener el prestigio; no pagar afectaría su capacidad de crédito futura. Aunque este incentivo es importante, suele ser insuficiente, especialmente en sociedades grandes, complejas e impersonales. Por ello, el sistema legal establece reglas que penalizan o hacen costoso el incumplimiento, incluso para quienes no se preocupan por su reputación.

c) Correcta asignación de los riesgos que afectan la ejecución de los contratos

El hecho de que el cumplimiento de un contrato no sea inmediato genera incertidumbre sobre las condiciones en que dicho cumplimiento se llevará a cabo. Esta incertidumbre expone a las partes al riesgo de que los costos y beneficios del intercambio difieran de lo previsto, ya sea por cambios en las circunstancias o por la ocurrencia de riesgos inesperados. Una función clave del derecho contractual es, entonces, hacer exigibles los acuerdos entre las partes sobre cómo se repartirán los riesgos que puedan afectar la ejecución del contrato.

Un sistema eficiente es aquel que asigna los riesgos a la parte que puede manejarlos al menor costo. Por ejemplo, el riesgo de pérdida de un bien se transfiere al comprador en el momento de la entrega, ya que antes de este punto es el vendedor quien está en mejor posición para tomar las precauciones necesarias para evitar dicha pérdida.

d) Reducción de costos de transacción mediante reglas supletorias

Otra función relacionada es la de disminuir los costos del sistema de intercambio, es decir, los costos de transacción, mediante la creación de un conjunto de reglas estándar (generalmente contenidas en los códigos) que las partes pueden aplicar sin tener que anticipar todas las contingencias en el contrato de forma explícita. Al contratar, no es necesario que los involucrados acuerden cada detalle; cuando surja un punto no previsto, las reglas supletorias completan el contenido del contrato, reduciendo así los costos de negociar todos los aspectos posibles. Estas reglas supletorias no pueden ser arbitrarias, sino que deben reflejar lo que razonablemente las partes habrían pactado bajo ciertas circunstancias.

Por ejemplo, el artículo 1567 del Código Civil establece que, en la compraventa, el riesgo de pérdida del bien pasa al comprador con la entrega. Se considera que la entrega y posesión del bien es el elemento principal para controlar la posibilidad de pérdida, ya que el poseedor es quien puede tomar medidas para evitarla a un costo menor. Esto hace que los costos totales del contrato disminuyan cuando el riesgo se asigna al poseedor. Si el riesgo se asignara de otra manera, los costos aumentarían, pues quien podría prevenir la pérdida a menor

costo no tendría incentivos para hacerlo. Que pactar en contra de esta regla sea poco frecuente refleja la eficacia de una norma supletoria que reduce los costos de transacción.

5.2. ¿Cuáles son las razones económicas para que ciertas promesas sean dejadas sin efecto?

Si se cumplen los supuestos necesarios para un correcto funcionamiento del mercado, este conduce a una asignación eficiente de recursos, alcanzando situaciones superiores según el criterio de Pareto. El sistema contractual está diseñado para operar bajo estos supuestos; cuando estos no se cumplen, puede no existir justificación para que una promesa sea legalmente exigible.

Los distintos supuestos que pueden invalidar un contrato o hacerlo inexigible —como nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, inoponibilidad, entre otros— suelen estar relacionados con la falta de condiciones básicas que permiten al sistema contractual cumplir adecuadamente su función.

Para que un mercado funcione correctamente, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a) Racionalidad de los individuos: Las personas deben actuar de manera coherente con la maximización de su beneficio individual. Esto implica que saben lo que desean y lo que no, conocen cómo alcanzar sus objetivos y evadir lo que no quieren, y se comportan de acuerdo con ese conocimiento.

b) Ausencia de externalidades: Los contratos no deben generar perjuicios ni beneficios a terceros. Nadie fuera de las partes involucradas puede exigir cumplimiento ni verse afectado por el acuerdo. De este modo, al maximizar su utilidad privada, los contratantes también maximizan la utilidad social.

c) Información adecuada: Se asume que los individuos poseen suficiente información sobre la naturaleza y consecuencias de sus elecciones, permitiéndoles decidir qué es mejor para ellos.

d) Suficientes compradores y vendedores: Debe haber un número suficiente de actores en el mercado para que ninguno pueda influir de manera unilateral en la formación de precios, evitando monopolios u oligopolios que distorsionen el mecanismo de precios.

e) Bajos costos de transacción: Celebrar un contrato no debe implicar costos significativos, de modo que las partes puedan usar acuerdos voluntarios para satisfacer sus intereses de la manera más eficiente posible.

Existe una relación clara entre las normas que determinan la exigibilidad de los contratos y los requisitos que permiten el adecuado funcionamiento del mercado.

Un ejemplo de incumplimiento de estas condiciones se da en los contratos celebrados por incapaces, donde no se cumple el supuesto de racionalidad, ya que estas personas no pueden decidir lo que es mejor para ellas. Esto justifica la intervención sobre el contenido de sus contratos o incluso su incapacidad para celebrarlos. Sin embargo, no todos los incapaces se encuentran en esta situación; en casos como el del mal gestor o el pródigo, la ineficacia del contrato no se debe a su irracionalidad, sino a la existencia de externalidades, ya que el contrato perjudica a cónyuges o herederos forzosos, quienes pueden accionar legalmente para proteger sus intereses.

La falta de racionalidad también se observa en situaciones de violencia o intimidación, donde la víctima no actúa de manera verdaderamente racional. Por ejemplo, entregar una cartera bajo amenaza de arma de fuego es racional para preservar la vida, pero no refleja un acuerdo eficiente de mercado, ya que no asegura que los bienes se asignen a un uso más valioso.

En los casos de fraude, la ineficacia del contrato responde a la generación de externalidades, como cuando un acto perjudica a los acreedores de una persona, y se permite la acción pauliana para evitar tales efectos. Asimismo, se puede intervenir cuando la ejecución de un contrato puede dañar a terceros, como en limitaciones de zonificación, estándares de seguridad de productos o servicios peligrosos.

El requisito de información adecuada también explica la anulabilidad por dolo o error: la falta de información puede conducir a decisiones económicamente irracionales, generando contratos que no asignan eficientemente los recursos. Situaciones cubiertas por la teoría de la imprevisión, como imposibilidad sobrevenida, excesiva onerosidad o frustración del fin del contrato, reflejan eventos futuros no previstos que alteran el equilibrio económico original, mostrando nuevamente problemas de información imperfecta.

Cuando no existen suficientes ofertantes o demandantes, se entra en el terreno de regulaciones antimonopólicas, pues en mercados monopólicos el mecanismo de precios se distorsiona, impidiendo la asignación eficiente de recursos.

Finalmente, los costos de transacción están ligados a todos estos factores, especialmente a los costos de información. En contratos masivos, como los de responsabilidad por productos defectuosos o transporte, incluir todos los términos razonables resulta costoso. Por ello, se recurre a soluciones extracontractuales que evitan los elevados costos de negociación y ejecución dentro del contrato mismo.

5.3. ¿Todo puede ser objeto de un contrato?

En Nueva Jersey, Estados Unidos, se llevó a cabo un caso judicial peculiar conocido como el caso «Baby M». En él, un hombre casado proporcionó su esperma para fecundar un óvulo de una mujer que no era su esposa. La mujer firmó un contrato aceptando aportar el

óvulo y gestar al bebé durante todo el embarazo, renunciando previamente a cualquier derecho materno y cediéndolo a la esposa del hombre, a cambio de diez mil dólares. Además, el esposo de la mujer firmó el contrato para dejar claro que no aplicaba la presunción legal de que el hijo de una mujer casada es del marido.

El embarazo se desarrolló normalmente, pero tras el parto, la mujer se llevó al bebé, provocando una búsqueda nacional hasta que finalmente fue recuperado. Se inició un proceso judicial donde la demandante exigía que se respetara el acuerdo y la demandada sostenía que el contrato era nulo por contravenir normas de orden público.

La Corte Superior (Chancery Division/Family Part, Bergen County, 217 N.J. Super. 313) determinó que el convenio de subrogación era válido, otorgando la custodia al padre biológico y autorizando la adopción por su esposa. Tras apelación, la Corte Suprema concluyó que:

- El contrato de subrogación violaba normas que prohibían el uso de dinero en adopciones y exigían procedimientos específicos para declarar la ineptitud de los padres naturales.
- Contravenía el orden público estatal.
- El derecho reproductivo no garantiza automáticamente la custodia al padre y su esposa.
- Dado el comportamiento inestable de la madre biológica, lo más conveniente era otorgar la custodia al padre y su esposa.
- La madre biológica tenía derecho a visitas.

El debate sobre la moralidad de los contratos de subrogación es inevitable y las decisiones judiciales o doctrinales siempre reflejan, en mayor o menor medida, juicios éticos. Esto evidencia que definir si algo entra en el ámbito contractual implica decidir si queda sujeto a la autonomía privada o se restringe por normas legales.

El análisis económico del derecho (AED) es útil para identificar cómo evitar el desperdicio de recursos, incluyendo los no materiales, como la capacidad de tener hijos. La capacidad reproductiva de la sociedad no depende únicamente de factores biológicos individuales, sino también de la tecnología médica y biológica (fecundación in vitro, tratamientos de fertilidad, anticonceptivos) y del derecho, que puede permitir o restringir ciertos métodos.

Los beneficios de ejercer la capacidad reproductiva incluyen la satisfacción de la paternidad o maternidad, mientras que los costos pueden abarcar el crecimiento poblacional, tensiones morales o religiosas y riesgos sobre la familia o los menores. Algunas personas pueden tener hijos a «bajo costo», mientras que para otras, biológica o tecnológicamente, los costos son altos o insuperables. Permitir la transferencia contractual de capacidad reproductiva permite que quienes carecen de ella o enfrentan altos costos accedan a este recurso, beneficiando a quienes valoran más la capacidad de tener hijos que quienes la poseen en exceso.

Este mercado puede funcionar a través de pagos, pero también podría basarse en la solidaridad, como ocurre con los trasplantes de órganos. Sin embargo, la escasez y la realidad social limitan la eficacia del altruismo puro. Además, la subrogación puede generar riesgos de explotación de las madres sustitutas, aunque los contratos remunerados suelen reflejar acuerdos voluntarios entre adultos informados. Generalmente, las madres sustitutas provienen de sectores de ingresos medios y los contratantes tienen mayor poder económico, pero esto no implica necesariamente explotación indebida.

Un aspecto crítico es el bienestar de los menores, quienes no participan en la decisión de ser concebidos o gestados. Los riesgos incluyen efectos psíquicos, conflictos emocionales y la idoneidad de los padres adoptivos. Sin embargo, la adopción también genera situaciones complejas, y los Estados establecen procedimientos para evaluar a los padres, aunque pueden cometer errores más frecuentes que los particulares.

Se observa una contradicción: se controla ex ante la capacidad de reproducción de quienes necesitan asistencia para concebir, pero no se evalúa la de quienes pueden concebir por medios naturales. El derecho a procrear es un derecho inalienable, y aunque existen riesgos de padres irresponsables, se acepta que los beneficios superan los perjuicios, al igual que se asumen riesgos en otras decisiones sociales, como la circulación de vehículos.

Finalmente, las decisiones de permitir o prohibir actividades que generan costos a terceros como la subrogación, la venta de órganos, la prostitución o drogas deben equilibrar externalidades, derechos individuales y beneficios sociales. Prohibir estas actividades puede generar escasez, mercados negros o pérdida de oportunidades de solidaridad, mientras que sancionar únicamente a quienes incumplen las reglas o actúan de manera dañina protege la libertad de los demás. La regulación debe centrarse en los efectos negativos concretos, no en restringir la autonomía de quienes participan voluntariamente en acuerdos que no afectan directamente a terceros.

Capítulo VI

Análisis Económico De La Responsabilidad Civil Extra Contractual

Muy relacionado con lo tratado en el capítulo anterior, ahora analizaremos cómo los factores económicos también influyen en la responsabilidad extracontractual. Para esto, retomaremos el planteamiento de Bullard (2019), quien desarrolla el tema de la siguiente manera:

En un caso clásico del common law, un caballero viajaba en su carroza cuando los caballos se desbocaron y comenzaron a recorrer las calles sin control. El caballero salió por la ventana y gritó al cochero: «¡Golpea algo barato, golpea algo barato!». Este episodio refleja que tanto el caballero como el cochero eran conscientes de que debían minimizar los daños posibles, aunque esta conciencia no surgía de un principio moral altruista, sino de que el sistema legal de la época les indicaba que causar daño les traería consecuencias económicas.

Como explica Epstein (2005) en Reglas simples para un mundo complejo, ellos habían comprendido la regla básica del sistema de responsabilidad civil extracontractual en el common law: «no molestar» o «no me toques» (keep off). Esta regla implica que si alguien causa daño, debe compensarlo, lo que incentiva a organizar la conducta para reducir los daños sociales.

Si trasladamos este ejemplo al siglo XXI en Lima, Perú, imaginemos que un automóvil pierde los frenos. El conductor se enfrenta a dos opciones: chocar un Mercedes Benz estacionado o atropellar a un peatón en la vereda. El incentivo generado por el sistema de compensación de daños personales podría llevarlo a escoger la opción que económicamente resulte menos costosa, aunque sea moralmente cuestionable. Esto refleja cómo las reglas complejas de la responsabilidad civil pueden producir resultados aparentemente absurdos.

La explicación económica de esto se basa en la facilidad para calcular daños: un automóvil se puede tasar con una factura de reparación, mientras que la vida o integridad de una persona carece de un valor objetivo y fácilmente medible. Por ello, la responsabilidad extracontractual enfrenta un problema central: motivar a los individuos a evitar daños y, en caso de causarlos, reducirlos al mínimo.

Todos hemos sufrido accidentes que generan distintos tipos de daños: pérdidas materiales, dolor, sufrimiento, gastos médicos, etc. En muchos casos, asumimos nosotros mismos los costos, ya sea por descuido propio, fuerza mayor o porque el causante no pudo ser responsabilizado. La pregunta es, entonces, ¿cuándo y por qué pedimos indemnización a otros?

Aunque se suele escuchar que «quien causa un daño debe indemnizar», en realidad el sistema legal establece condiciones: la responsabilidad requiere culpa, uso de bienes riesgosos u otras circunstancias específicas. En términos generales, la regla es la que Holmes señaló para el common law: «La pérdida en un accidente recae sobre la víctima», salvo que existan motivos para trasladarla a otro.

Existen varias razones para justificar este traslado de daños:

Reducir accidentes futuros: trasladar los costos genera incentivos para que los individuos tomen precauciones, disminuyendo la frecuencia y gravedad de los accidentes (Calabresi, 1970; Coase, 1937). Por ejemplo, si alguien sabe que manejar a exceso de velocidad puede generar responsabilidad económica, será más cuidadoso.

Asignar los costos a quienes pueden absorberlos: la teoría de distribución social del riesgo sugiere que repartir el costo entre muchas personas (seguros, responsabilidad por productos) o cargarlo sobre quienes tienen más recursos (deep pocket) disminuye el impacto social, aprovechando la ley de rendimientos decrecientes. De esta manera, afectar los últimos recursos de alguien (menos valiosos) genera menos perjuicio que afectar los primeros (más valiosos).

Reducir costos administrativos: trasladar daños implica gastos en abogados, jueces, peritos y procedimientos judiciales. Sistemas objetivos pueden ser más económicos que los de culpa, ya que requieren menos análisis sobre la conducta del causante.

Proteger valores sociales o preferencias específicas: a veces se asume el costo de trasladar daños por consideraciones de justicia, equidad o protección de derechos fundamentales. Este grupo de razones incluye todo aquello que no esté directamente relacionado con desincentivar accidentes o asignar el costo a quien puede soportarlo mejor.

En síntesis, un sistema de responsabilidad civil debe tener una función clara. Trasladar el daño sin un propósito definido carece de justificación económica o social; si el sistema no cumple una función, sería más eficiente que la pérdida permaneciera en la víctima.

6.1. Y si no existiera la responsabilidad civil ¿Qué pasaría?

Podemos imaginar un mundo sin responsabilidad civil extracontractual únicamente si los costos de transacción en ese mundo fueran nulos. Como vimos en el capítulo 6, según la primera versión del teorema de Coase, todos los conflictos podrían resolverse mediante contratos en los que se pactaran de antemano todas las posibles consecuencias de la interacción entre las partes.

Por ejemplo, si alguien sale a caminar por la mañana, para cubrir el riesgo de ser atropellado, tendría que celebrar contratos con todas las personas que pudieran eventualmente

atropellarlo en su trayecto al trabajo o a su casa. De este modo, aseguraría indemnización en caso de un accidente o simplemente garantizaría el paso libre por la ruta prevista en el momento exacto.

En teoría, sería posible que todas las personas llevaran a cabo estas negociaciones previas. Sin embargo, en la práctica, los elevados costos de transacción hacen inviable alcanzar dichos acuerdos. Esto implicaría tener que gestionar contratos con una gran cantidad de individuos, muchos de los cuales incluso se desconocen.

Precisamente estos altos costos de transacción son los que justifican la existencia de un sistema de responsabilidad civil extracontractual: un mecanismo que resuelve los problemas que no se pueden atender mediante contratos y que determina cómo se asignan los derechos y valores cuando ocurre un accidente, dado que es imposible negociar con alguien antes de que ocurra un hecho inesperado, como ser atropellado.

6.2. ¿Se debe indemnizar siempre a la víctima?

Cuando se responsabiliza a alguien por realizar una actividad, se incrementan los costos asociados a dicha actividad. La pregunta es si ese incremento está justificado. Si se decide que todos los productores sean responsables de todos los daños que sus productos puedan causar, esto encarecería los productos y reduciría la producción. Determinar si tal resultado es razonable requiere herramientas conceptuales. Por ejemplo, reducir los daños por medicamentos defectuosos puede implicar que muchas personas mueran por falta de acceso a medicinas que se encarecen debido a las demandas que los productores deben enfrentar. El análisis económico del derecho (AED) proporciona instrumentos para abordar estos problemas.

El Código Civil aborda la responsabilidad civil en términos clásicos, y en la mayoría de los países conviven sistemas de culpa con sistemas de responsabilidad objetiva. Siguiendo a Calabresi, pueden identificarse tres funciones principales del sistema de responsabilidad civil:

Desincentivar los accidentes o reducir su frecuencia y gravedad, lo que Calabresi denomina reducción de los «costos primarios», lograda al internalizar las externalidades derivadas de la conducta humana.

Compensar a la víctima en los casos en que trasladar el daño disminuye el sufrimiento social o los «costos secundarios» (Calabresi, 1970). Esto se logra teóricamente mediante la difusión social del riesgo (Trazegnies, 1988) o mediante la teoría del deep pocket, que asigna los costos del accidente a quienes tienen más recursos. Ambas aproximaciones reflejan un enfoque compensatorio.

Reducir los costos administrativos del sistema («costos terciarios»), es decir, procurar que la transferencia de daños no implique gastos excesivos, especialmente en el aparato judicial y los abogados.

En el Perú, la normativa privilegia la función de desincentivación de accidentes. Contrario a lo que sostiene buena parte de la doctrina —que enfatiza la función compensatoria—, el Código Civil busca fundamentalmente que la culpa sirva para evitar conductas dañinas, estableciendo un estándar de comportamiento para reducir accidentes.

La teoría de la causalidad adecuada se centra en la previsibilidad del daño, considerando causal aquella condición que normalmente genera un tipo de daño específico y esperable. Según el artículo 1985 del Código Civil, se adopta este sistema. Un ejemplo ilustrativo es el caso norteamericano del tranvía y el árbol: un tranvía circulaba a exceso de velocidad, y un árbol cayó sobre él, causando daños. El dueño del tranvía demandó al propietario del árbol por no tomar precauciones para evitar su caída. El dueño del árbol alegó que el accidente se debió a la velocidad del tranvía, pero la corte desestimó este argumento, pues la caída del árbol no era una consecuencia normal del exceso de velocidad.

La causalidad adecuada identifica como causa del daño aquellas conductas que habitualmente generan ese tipo de accidente, centrándose en la previsibilidad y en la reducción

de accidentes, no en la compensación de la víctima. Por ello, nuestro sistema de responsabilidad civil funciona principalmente como un mecanismo de prevención de accidentes.

A continuación, se analizarán, desde la perspectiva del AED, algunos elementos de la responsabilidad civil.

6.3. El daño

La valoración del daño varía según el país y está influenciada por el nivel de ingresos de la población. Para ilustrar la importancia del ingreso en la valoración del daño, consideremos un ejemplo clásico: no es lo mismo preguntarse «¿Cuánto aceptarías para que te maten?» que «¿Cuánto pagarías para que no te maten?».

En la primera situación, la mayoría respondería que nada sería suficiente; el precio es infinito, porque nunca se podrá disfrutar de ese dinero. En cambio, en la segunda pregunta, la respuesta sería limitada: probablemente se pagaría todo lo que se tenga a mano, como ocurre en casos de asalto, donde la persona entrega todo lo que lleva en la cartera, pero nada más. Esto evidencia que quienes tienen menos recursos valoran de manera diferente su vida y sus bienes, mientras que quienes poseen más recursos tienden a asignar un valor mayor. Por ejemplo, ante la disyuntiva «la cartera o la vida», alguien con muchos recursos podría entregar un millón de dólares, mientras que otra persona daría apenas unos pocos soles.

Así, los niveles de ingreso influyen directamente en la valoración de los daños. Aunque se pueda criticar al Poder Judicial por otorgar indemnizaciones bajas, no es realista exigir montos desproporcionadamente altos en un país con limitaciones económicas. En Perú, por ejemplo, la vida humana y otros bienes terminan valorándose menos simplemente por los niveles de ingreso existentes. Indemnizaciones millonarias podrían generar sobrecompensación y consecuencias no deseadas, como una menor cantidad de vehículos,

mientras que compensaciones insuficientes podrían incentivar la proliferación de automóviles en malas condiciones.

Por ello, determinar cómo valorar daños y perjuicios en un país como Perú requiere un esfuerzo distinto y probablemente más complejo que en países desarrollados. En un sistema judicial con recursos limitados, es conveniente establecer reglas que faciliten la labor de los jueces. Por ejemplo, en casos que involucran la vida humana, si se busca desincentivar conductas peligrosas, podría ser útil contar con un sistema de indemnizaciones tarifadas, que evite a los jueces gastar recursos intentando determinar el valor exacto del daño.

6.4. El factor de atribución

En Estados Unidos se presentó el caso *Adams vs. Bullock*, que involucraba un puente por debajo del cual pasaba un tranvía alimentado por cables eléctricos suspendidos. Un menor, sin darse cuenta, tocó uno de esos cables mientras sostenía otro objeto y recibió una descarga que le provocó diversos daños. La Corte determinó que los propietarios del tranvía no eran responsables, ya que las precauciones necesarias para evitar el accidente habrían sido irracionales: no solo habría que prever que un niño pase por un puente con un cable, sino también que alguien se suba al techo de un vehículo o lance un cable desde una ventana, lo que implicaría colocar vigilantes cada poco metro para controlar situaciones extremadamente improbables.

En Perú, un caso similar ocurrió con *Quispe vs. Electrolima*. Durante las Fiestas Patrias, Quispe subió al techo de su casa para colocar la bandera y el mástil tocó un cable de alta tensión, sufriendo una descarga que le llevó a la amputación de un brazo. Aunque el caso es análogo al estadounidense, aquí se declaró la demanda fundada, aunque la indemnización otorgada fue muy baja.

El estándar de responsabilidad que adoptemos influirá en el costo y disponibilidad de ciertos bienes y servicios. Existe una perspectiva según la cual los sistemas de culpa subjetiva

funcionan como una palanca de desarrollo, al moderar la responsabilidad de las empresas que podrían causar daños, permitiéndoles crecer económicamente.

El concepto del «buen padre de familia» en Perú también depende de los ingresos relativos. Un padre con un vehículo que necesita trabajar como taxista para mantener a su familia, aun sabiendo que los frenos están defectuosos y sin dinero para repararlos, enfrenta una decisión difícil: no salir significaría que sus hijos no comen. Esa acción puede considerarse razonable en su contexto, aunque no lo sería para un taxista estadounidense con un nivel de vida distinto.

Tomar precauciones implica costos, y estos son mayores para quienes tienen menos recursos. Estándares exigentes encarecen los bienes, reducen la producción y son inviables cuando los consumidores no pueden pagar los costos adicionales. Un ejemplo es la venta de ciertos medicamentos prohibidos en Estados Unidos pero disponibles en Perú: allí existen sustitutos más caros que los consumidores pueden asumir; aquí, la decisión puede ser entre tomar el medicamento con un riesgo mínimo o no consumirlo y exponerse a la muerte.

En Perú también hay menos recursos para causar daños: menos vehículos de lujo, menores ingresos que se perderían en accidentes, y un sistema judicial con recursos limitados. Esto obliga a diseñar un sistema de responsabilidad que sea razonable y acorde con la realidad local. En este sentido, los sistemas de responsabilidad objetiva pueden resultar en menores costos de implementación, aunque tal vez produzcan resultados preventivos menores.

6.5. Causalidad

¿Por qué Juan puede reclamar reparación al conductor que lo atropelló y no a cualquier otro conductor que pase por la misma calle? ¿Por qué Luis puede demandar a Jorge si quizás su tío tiene más recursos? ¿Por qué los herederos de Alberto reclaman al médico que cometió

negligencia y no a la fábrica de autos frente al hospital? Aunque las preguntas parezcan triviales, el trasfondo es profundo y su respuesta no es tan evidente.

Una respuesta superficial consiste en remitirse al Código Civil: el artículo 1970 establece que el chofer responde por daños causados mediante un bien riesgoso; el artículo 1985 reconoce la causalidad adecuada; y el artículo 1969 establece responsabilidad por culpa. Es decir, se recurre al nexo causal entre hecho y daño. Sin embargo, la cuestión de fondo es por qué los sistemas de responsabilidad civil exigen ese vínculo causal, y no basta con citar la norma.

Tradicionalmente, el nexo causal se entiende como relación de causa natural o *sine qua non*: un daño se atribuye a una acción si se puede afirmar lógicamente que “sin esa acción, el daño no habría ocurrido”. Ejemplos clásicos serían: “si el vehículo no hubiera circulado, el peatón no habría sido atropellado” o “si no hubiera lanzado la piedra, la cabeza no se habría lastimado”.

Pero este criterio es insuficiente. Muchas causas naturales no son jurídicamente relevantes. Por ejemplo, si un sastre entrega tarde un traje y esto desencadena una cadena de eventos que termina en la muerte de su cliente, o si los padres de un conductor no lo hubieran concebido, no se consideraría justo atribuirles responsabilidad.

Por ello, la doctrina ha desarrollado conceptos más precisos: causa preponderante, causa inmediata o próxima, todas dirigidas a identificar cuáles causas son relevantes para el sistema de responsabilidad. La teoría que mejor cumple este propósito es la causalidad adecuada, que selecciona las causas realmente relevantes de un accidente.

Un ejemplo ayuda a ilustrar esto: un vehículo estacionado en zona prohibida bajo un gimnasio recibe el impacto de una pesa que cae por negligencia del instructor. Aunque el

vehículo no se hubiera dañado si no estuviera allí, estacionar en ese lugar no incrementa el riesgo de que caigan pesas; la causalidad adecuada no se cumple, salvo que el cartel advirtiera específicamente de ese peligro.

La causalidad adecuada está ligada a la previsibilidad del daño: solo se hace responsable a quien podría anticipar las consecuencias de su conducta. Si se responsabilizara por daños imprevisibles, se desincentivarían actividades beneficiosas para la sociedad.

El concepto también se conecta con el factor de atribución. Con culpa, el daño debe estar adecuadamente relacionado con la conducta. Por ejemplo, conducir ebrio incrementa la probabilidad de un accidente, pero si el conductor ebrio está detenido, su culpa no causa el choque por detrás. En responsabilidad objetiva, la adecuación se relaciona con el riesgo generado: alguien que utiliza dinamita en una cantera causa daños previsibles derivados de esa actividad.

La causalidad adecuada permite identificar comportamientos que aumentan la probabilidad de accidentes y facilita el funcionamiento del sistema de responsabilidad. A menudo, no se puede probar la causa concreta (*sine qua non*), por lo que se recurre a la causalidad adecuada para inferir un vínculo causal plausible.

Desde un enfoque funcional, la causalidad adecuada cumple una función económica y social: se busca que el responsable pague y no cualquier otra persona, incentivando la prevención de accidentes. En contextos de bajos ingresos, aplicar este principio de manera práctica también reduce los costos de prueba. Por ejemplo, si una persona muere por caída en una escalera con luz defectuosa, el propietario puede ser considerado responsable, aunque no se pueda demostrar con certeza que esa fue la causa exacta; la conducta negligente aumentó estadísticamente la probabilidad del daño, cumpliendo el objetivo preventivo de la causalidad adecuada.

ÍNDICE GENERAL

Alarcón Peña, A. (2018). Análisis económico del derecho: principales antecedentes metodológicos. En Ó. A. Agudelo Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón Peña, & J. C. Jimenez Triana, *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación* (págs. 139-160). Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://hdl.handle.net/10983/22592>

Anglas Castañeda, D. J. (2008). *Teoría del Análisis Económico del Derecho*. Lima.

Arjona Trujillo, A. M., & Rubio Pardo, M. (2002). El Análisis Económico del Derecho. *Precedente Revista Jurídica*, 117-150.

Bejarano, J. A. (Noviembre de 1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, 1(1), 155-167.

Bullard, A. (2019). *Análisis Económico del Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial .

Cachanosky, J. (1998). Economía, derecho y el “Análisis económico del derecho”. (J. H. Cole, Ed.) *Laissez-Faire*(8), 16-23. Obtenido de https://laissezfaire.ufm.edu/index.php/Laissezfaire08_2.pdf

- 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 Axionlógicos 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. 133-152).
México D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, A.C.
- Cracogna, D. (1992). Aproximación al Análisis Económico del Derecho. *Anuario de Filosofía
Jurídica y Social*, 253-269.
- Cuadra, H. (1980). Reflexiones Sobre El Derecho Económico. En H. Cuadra, E. Novoa, L.
Pereznieto, E. Righi, F. Ruiz Massieu, J. Witker, & P. Weil, *Estudios de Derecho Económico*
(págs. 11-40). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil*. Madrid: Editorial Civitas.
- Doménech Pascual, G. (2014). Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. *Revista
de Administración Pública*(195), 99-133.
- González Amuchástegui, J. (1994). El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones
sobre su Justificación. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*.(15-16), 929-943.
doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.47>
- Méndez Reátegui, R. C. (2008). *El Análisis económico del derecho: Principales escuelas que han
influenciado en el Perú, aportes y su contraposición conceptual*. Lima, Perú.
- Núñez del Prado, F. (2023). La Historia del Análisis Económico del Derecho en el Perú.
Advocatus(043), 17-35. doi:<https://doi.org/10.26439/advocatus2023.n043.6410>
- Paolinelli, J., & Oglietti, G. (2020). *Introducción Al Análisis Económico Del Derecho*. Editorial
UNRN.

Parisi, F. (2010). Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho. *IUS ET VERITAS*, 20(41), 16-29. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12108>

Posner, R. A. (1998). El Derecho y la Economía: Introducción. En *El Análisis Económico del Derecho* (págs. 23-63). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Vásquez, R. (2000). Comentarios sobre Algunos Supuestos Filosóficos del Análisis Económico 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. 201-209). Mexico D.F.: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, A.C.



Dirección legal: Urb. Paseo del Mar
Nuevo Chimbote, Santa, Ancash
Correo electrónico: ed.honexus@gmail.com
Teléfono: 978653152

ISBN: 978-612-99189-7-6

