

ESQUIZOFRENIA JURÍDICA. EL IMPACTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL PERÚ

Alfredo Bullard G.*

La polémica en torno al análisis económico del derecho ha existido desde su misma aparición, a inicios de la década del 60. Ello no ha sido obstáculo para que, demostrando ser una poderosa herramienta de acercamiento al derecho, tenga una gran influencia tanto en un entorno académico como en la creación y aplicación del derecho.

El Perú no ha sido la excepción. Efectivamente, el análisis económico no sólo ha calado hondamente en las más prestigiosas facultades de derecho, sino que tiene un creciente desarrollo en el ámbito administrativo y en el diario quehacer del abogado.

A pesar de su reconocida utilidad, el análisis económico del derecho ha sido objeto de innumerables críticas. Pero junto a críticas con sustento y bien informadas encontramos un sinnúmero de temores y de ideas extrañas y confusas, propias más bien, como señala el autor del presente artículo, de diversas clases de esquizofrenia jurídica.

1. INTRODUCCIÓN

Ihering tuvo un sueño. Soñó que había muerto y que era conducido a un paraíso especial reservado para los teóricos del Derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de la contaminación de la vida humana. Allí estaban los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban así mismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999,999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999,999 partes. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido lácteo de las cosas terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo, pues nada tenían que olvidar¹.

En ese mundo no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, mira al abogado como si estuviera conversando con el vacío. Son "cosas" que no se ven, que no están allí, salvo para el

* Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho de la Universidad Católica y de la UPC. Socio Fundador del Instituto de Derecho y Economía Aplicados-IDEAS. El autor desea agradecer la valiosa colaboración de Gerardo Solís en la elaboración del presente artículo.
¹ Citado por COHEN, Felix. "El Método Funcional en el Derecho". Buenos Aires, Abelado-Perrot. pp. 11-12.

jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco.

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

Y nada asusta más al esquizofrénico que la realidad, lo tangible, lo demostrable. La realidad entra de inmediato en contradicción con su visión, con sus alucinaciones. Muchas cosas no pueden explicarse si esos conceptos son traídos a la tierra, porque en ella las "reglas de la física" rompen los conceptos elementales sobre los que se han construido. La realidad atormenta al esquizofrénico. De la misma manera como traer al mundo real a quien se cree Napoleón lo lleva a descubrir que este murió en el siglo XIX o a quien cree que lo persiguen espías rusos en la época de la guerra fría lo lleva a descubrir que eso no está ocurriendo y le crea una crisis existencial, el jurista de conceptos, traído a la tierra, si no es capaz de comprender la naturaleza instrumental de tales conceptos, pasa por un proceso similar.

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

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

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

Ambos conceptos reflejan una visión determinada del Derecho, una que como veremos, es bastante irreal. Por un lado está la idea de que el Derecho es una

ciencia y que como ciencia tiene un objeto propio. Dado que tiene su propio objeto es posible descubrir en el mismo "cosas naturales", como quien descubre un nuevo elemento químico, una ley física o una nueva especie animal o vegetal.

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

Pero el Derecho no tiene un objeto natural; es un sistema de regulación de conductas y solución de conflictos antes que una ciencia. Su objeto, lejos de ser natural, es consecuencia de la creación del hombre. El Derecho es creado por el hombre y su "naturaleza" y la de las instituciones cambian tan pronto el legislador cambia la ley que las regula. Como bien dice Kirchmann, "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura"².

Así, los abogados (o los "juristas", que no son sino los abogados con aspiración de científicos) envidiamos de otras ciencias el que tengan un objeto propio que antecede al conocimiento que lo estudia, y tratamos de "neutralizar" esa envidia inventándonos "naturalezas jurídicas" inexistentes, verdaderas "alucinaciones", porque a fin de cuentas el objeto de nuestra "ciencia" no precede al conocimiento, sino que es consecuencia del mismo. Y en ese mundo las cosas son manipulables y cambiantes, como si un físico pudiera por decreto derogar la ley de la gravedad o un químico añadir a su entera voluntad una docena de nuevos elementos a la Tabla Periódica. Como expresión de esa "locura", el jurista piensa que la realidad cambia por que él "descubre" un concepto nuevo.

Genaro Carrió, al presentar la monografía de Eugenio Bulygin, "La naturaleza jurídica de la letra de cambio", comentaba esos esfuerzos por encontrar "naturalezas jurídicas": "El saldo es desconsolador: tales empresas –las afanosas pesquisas de 'naturalezas jurídicas'– están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe"³.

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

² Citado por HERNÁNDEZ GIL, Antonio. "Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica." Madrid, Editorial Civitas, 1981. p. 17.

³ BULYGIN, Eugenio. "Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio". Abeledo Perrot, 1961. p. 7.

“Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres por que contienen un principio somnífero.

Ahora bien, la proposición de que el opio hace dormir a los hombres porque tiene un principio somnífero es científicamente útil si ‘principio somnífero’ es definido física o químicamente. De otra manera sólo sirve para obstruir el acceso a la comprensión de un falso conocimiento.

(...) Los conceptos jurídicos (...) son entidades sobrenaturales que no tienen una existencia verificable salvo a los ojos de la fe.”⁴

En esa línea, los razonamientos jurídicos suelen ser una suerte de razonamientos sobrenaturales y circulares, porque usan conceptos creados para definir y crear otros conceptos. En pocas palabras, solemos contener el elemento definido en la definición, porque los elementos de realidad son escasos (o inexistentes) en el quehacer diario de los juristas.

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

Al terminar mi explicación el profesor me dijo “Muy interesante. ¿Para qué sirve?”. Luego de una breve discusión sobre la utilidad práctica, no supe qué contestar pues su única utilidad era para hacer más complejos los conceptos. Es que el acto jurídico no es ni siquiera un concepto, sino un “supraconcepto”, es

decir un concepto de conceptos. Trata de explicar qué tienen en común cosas totalmente distintas que, a su vez, no tienen existencia verificable. Sus reglas, en lugar de ayudarnos a encontrar soluciones prácticas, sólo alejan el lenguaje de los abogados del lenguaje de los hombres. Con ello no se crea ciencia, se crea metafísica. El abogado se vuelve entonces una suerte de mago, cuya magia radica en su capacidad de usar palabras que nadie entiende para describir una realidad que nadie ve.

En esta línea, Kantorowicz plantea un ejercicio mental interesante: “Preguntarse respecto de cada enunciado (...) qué consecuencias nocivas experimentaría la vida social si en lugar de tal enunciado se adoptara el contrario. Examinar luego todos los tratados, comentarios, monografías y repertorios de decisiones y ver cuántas preguntas de ese tipo reciben respuesta y cuántas de ellas son siquiera formuladas”⁵.

Como se verá en el presente trabajo, el AED es una forma de dar respuesta a algunas de las preguntas que el Derecho, visto sólo como jurisprudencia de conceptos, no puede contestar. Es una forma de contar con herramientas que permitan, en términos de Cohen, “definir somnífero en base a un principio químico o físico” o, en términos de Kantorowicz, poder responder a la pregunta de qué efectos nocivos tendría un enunciado si se adoptará precisamente el contrario.

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

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

⁴ COHEN, Felix. “El Método Funcional en el Derecho”. Op.cit., pp. 46-48

⁵ Citado por COHEN, Felix. Op.cit., pp.131-132.

der diseñar mejor su "operación" mediante la predicción de su resultado y para poder, luego de "operado el paciente", medir si tuvo o no éxito.

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

Como trataré de demostrar en este trabajo, gran parte de la resistencia que muchos abogados y profesores de Derecho muestran hacia el AED no es otra cosa que síntomas de una suerte de esquizofrenia. No quiero que se me malinterprete. No pretendo decir que estar en contra del AED es ser un esquizofrénico. De hecho muchas posiciones en contra se sustentan en un estudio detallado de sus alcances y en una comprensión adecuada de sus principios metodológicos. La discrepancia informada no sólo es aceptable, es estimulante y necesaria y empuja a perfeccionar los alcances de una idea o de una forma de pensar. Sin duda esas discrepancias serias han contribuido tanto o más al desarrollo del AED que las ideas de sus más destacados defensores. Hay críticas no sólo respetables, sino que desnudan los límites que, como toda forma de pensamiento, el AED tiene para ayudarnos a comprender cómo funciona el Derecho.

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

A fines de analizar estas posiciones me propongo desarrollar un esquema de tres pasos. En el primero describiré a muy grandes rasgos y de una manera superficial, dado el espacio disponible, qué es y qué caracteriza al AED. En el segundo haré una reseña muy apretada del desarrollo del AED en el Perú, mostrando cómo se encuentra entre los países más desarrollados en el tema en Latinoamérica, lo que explica por qué hay reacciones tan marcadas en su contra. Finalmente, analizaré muy brevemente las

distintas formas de "esquizofrenia" que se han desarrollado en nuestro país y por qué esas críticas no son sino la muestra de un desconocimiento de los alcances del AED.

2. ¿QUÉ ES EL AED?

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

Sin duda la economía se ha ganado, merecidamente, el apelativo de ser la "reina de las ciencias sociales". Tal galardón lo ha obtenido por haber desarrollado un marco analítico bastante sofisticado, capaz de traducir la conducta humana en modelos, los cuales llegan incluso a reflejarse en gráficas o en fórmulas matemáticas bastante complejas. Con ello ha logrado entender mejor el mundo real, a pesar de que paradójicamente estén simplificando dicha realidad.

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo los avances últimos han llevado a una redefinición del objeto de esta ciencia. Así, en palabras de Gary Becker⁶, el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables.

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

El punto de partida de ese análisis es que los individuos reaccionan a ciertos incentivos de una manera predecible. En general, los beneficios motivan a alguien a desarrollar conductas que los generan (es decir llevan a las personas a buscarlos) y los costos desalientan a desarrollar conductas que llevan a incurrir en ellos (es decir llevan a las personas a evitarlos). Si ello es así, es posible predecir que mayores beneficios traerán una mayor cantidad de ciertas conductas y determinados costos una menor cantidad de ciertas

⁶ BECKER, Gary. "El enfoque económico del comportamiento humano". En: Información Comercial Española No. 557, enero 1980.

conductas. Ello no indica, sin embargo, certeza. Sólo indica tendencias. La gente tenderá, en el agregado, a buscar beneficios y reducir costos, a pesar de que muchos individuos en particular no se comporten siempre así.

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

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

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

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

La nueva definición propuesta por Becker permitió que la economía avanzara sobre áreas tradicionalmente consideradas no económicas, pudiendo predecirse conductas como casarse o divorciarse, suicidarse, fumar, efectos de la pena de muerte en el nivel de delincuencia, procrear hijos, adoptar, etc. Si uno entiende que los beneficios y costos no son sólo elementos expresables en términos monetarios, sino en general todo elemento positivo o negativo que alguien recibe o sufre (como el placer y el sufrimiento, la comodidad o la incomodidad) podrá ampliar el

campo de la economía, casi sin límites, a virtualmente toda forma de conducta humana.

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

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

Un buen economista sabrá elegir las variables adecuadas para que el modelo le permita predecir la conducta humana en el agregado, en el mundo real. Para ello presumirá algunos aspectos sobre la base de los cuales formulará sus conclusiones. Por ejemplo, presumirá que los individuos actúan racionalmente, colocando los recursos a su alcance para orientarlos a la consecución de sus fines. Sobre la base de ello, predecirá cómo se comportarán normalmente los individuos ante determinada situación.

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

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

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

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

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

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

El AED nos permite aún sofisticar más la evolución de los efectos de una decisión legal. Hace unos años, la entonces congresista Susy Díaz planteó un proyecto de Ley para sancionar a los violadores de menores con cadena perpetua. El proyecto recogió las simpatías de la población. Finalmente, la violación de menores es un delito tan grave que parecería haber consenso para que sea sancionado ejemplarmente.

Como dijimos, la propensión a cometer un delito baja si el "precio" a pagar (sanción) sube. En esa línea la

propuesta de Susy Díaz parece lógica para desincentivar ese tipo de delitos.

Sin embargo el análisis debe ser integral, para contemplar todos los incentivos que afectan la conducta del potencial delincuente. El costo de delinquir se reduce con menor capacidad de detección.

La posibilidad de ser detectado depende, como ya señalamos, de dos factores. El primero es la capacidad del sistema para identificar y sancionar al infractor (habilidad de la policía, fiscales, sociedad civil y sistema judicial para capturar y aplicar la ley a los delincuentes). El segundo factor es la habilidad del delincuente para evadir a la justicia. Este último a su vez depende de dos factores. Uno es la propia capacidad y habilidad del delincuente. Por ejemplo, será difícil encontrar a un carterista que pese ciento cincuenta kilos. La razón es simple: si es identificado no podría escapar porque carecerá de la habilidad suficiente.

El segundo factor, vinculado al anterior, es cómo desarrolla su conducta el delincuente. Si va a cometer un homicidio, lo llevará a cabo en circunstancias en que no haya testigos y tratará de desaparecer todas las evidencias que apunten a su culpabilidad.

En el caso de un violador de menores, además de cometer el delito fuera de la vista de terceros que puedan ser testigos, la víctima por definición será siempre un testigo. Si ese testigo no existiera las posibilidades de detección caerían dramáticamente.

Una forma de que ese testigo no exista sería matándolo luego de cometido el delito. Por ello, si se hubiera aceptado la propuesta de Susy Díaz, el homicidio no tendría sanción adicional. Si se me condena a cadena perpetua, no es posible imponerme en los hechos una segunda cadena perpetua. No se puede aumentar la sanción. Por el contrario, matar a la víctima reduce la posibilidad de detección. El resultado es que matar a la víctima es un excelente negocio para el delincuente, porque le genera el beneficio de reducción de la posibilidad de detección y ningún costo adicional desde el punto de vista legal, pues no se puede incrementar la pena.

Así, asumamos que antes de matar a la víctima existe una posibilidad entre cinco de ser detectado. Si ello es así, el costo esperado para el violador es del 20% de una cadena perpetua. Luego de matar a la víctima la posibilidad de detección cae a una entre 20, es decir sólo 5% de una cadena perpetua. Dado que 20% es más que 5%, el hecho de matar a la víctima produjo

una rebaja de la pena a una cuarta parte de la que hubiera sido si no la hubiera. El resultado final del análisis muestra que el proyecto de Susy Díaz crea incentivos para matar a la víctima.

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

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

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

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

3. UN POCO DE HISTORIA

Como ya hemos dicho, el avance del AED en el Perú ha sido admirable y quizás no tenga parangón en Latinoamérica. Ello muestra que ha tenido acogida e impacto, aunque no necesariamente la popularidad de algo habla de sus méritos. Para quienes no son positivistas, por ejemplo, el nivel de difusión del positivismo no es una buena noticia. Pero es innegable que nuestros sistemas son básicamente positivistas. Estar en desacuerdo con el positivismo es una cosa, negar el impacto del positivismo es algo totalmente distinto.

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

3.1. Los Inicios

Las primeras manifestaciones identificadas de AED en el Perú se dan en la década de los 80, centradas principalmente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), liderado por Hernando de Soto. Debemos tener en cuenta que, si bien no hay consenso sobre cuál es la partida de nacimiento del AED, los primeros trabajos del tema claramente son de la década de los 60's. Esto quiere decir que el AED llega con más o menos 20 años de atraso a nuestro país.

Los trabajos del ILD se centraron principalmente en el análisis de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de que la economía informal incluía no sólo actividad de comercio e industrias, sino además la construcción de grandes áreas urbanas en los denominados pueblos jóvenes y barrios marginales. Estos estudios del ILD evaluaron los costos de la legalidad, los costos de transacción⁷ que la sobrerregulación y los trámites burocráticos generaban y la mala definición de derechos de propiedad. A partir de ello se sostenía la existencia de una economía informal que desarrollaba sus propias reglas y creaba su propio mercado para superar los costos que el sistema legal generaba.

El punto más importante de esta etapa fue la publicación de "El Otro sendero"⁸, en 1986, cuyos autores, Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Marco Ghibellini recogieron gran parte de los estudios realizados por el ILD.

Estos trabajos del ILD influyeron también en el hecho de que a fines de los 80's el Estado, bajo la asesoría del Instituto, promulgara una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa, cuya norma central fue la Ley 25305 del 10 de junio de 1989, Ley de Simplificación Administrativa, dirigida a reducir los costos de la actuación de

⁷ En términos sencillos, los costos de transacción pueden ser definidos como los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes.

⁸ DE SOTO, Hernando. "El otro sendero". Lima, Instituto Libertad y Democracia, 1986.

la administración pública a los ciudadanos, buscando reducir a su vez los costos de transacción en la economía.

Adicionalmente, en este mismo período, se dieron normas para facilitar el acceso a la llamada propiedad informal y al crédito a través de la creación de la denominada hipoteca popular, un derecho de garantía que no recaía sobre la propiedad, sino sobre la posesión, recogiendo la situación generalizada de los pueblos jóvenes y asentamientos marginales cuyos ocupantes carecían de títulos de propiedad en el sentido convencional del término.

Los trabajos del ILD pueden ser definidos básicamente como "cousianos", es decir, inspirados en las teorías de Ronald Coase, Premio Nobel de Economía en 1991, cuyo aporte principal es la teoría de los costos de transacción. Casi podríamos decir que los trabajos del ILD son una simple aplicación práctica de las ideas de Coase, quien puede ser considerado uno de los fundadores del AED, en los años 60's⁹.

A la publicación de varios trabajos en la década del ochenta por parte del Instituto Libertad y Democracia, se suma el trabajo de Aníbal Sierralta "Introducción a la luseconomía" en 1988¹⁰, un libro bastante básico que mezcla en su contenido, en nuestra opinión de una manera bastante confusa, el tema del AED con el llamado Derecho Económico, que constituye más que una aproximación metodológica, una pretendida rama especial del Derecho.

Sin embargo, pocas personas asociaban el trabajo del ILD con el AED. Es recién en los últimos años de la década de los 80's y sobre todo en los primeros años de los 90's, es decir casi 30 años después de su aparición, que el AED comienza a ser reconocido como una tendencia importante en el Derecho Peruano.

En esta etapa, que se prolonga por toda la década de los 90's, una serie de abogados jóvenes viajan a seguir estudios de maestría a los Estados Unidos, especialmente a las Universidades de Yale, Chicago, Harvard y Virginia. Estos abogados concentran parte importante de sus estudios en cursos de AED.

3.2. El Impacto en el Mundo Académico

A inicios de los 90's aparecen las publicaciones de los

primeros artículos que parten de esta perspectiva de análisis en las principales revistas jurídicas del país, en especial *Thēmis* y *Ius Et Veritas*, seguidas de traducciones al español de importantes estudiosos de AED, especialmente norteamericanos, tales como Guido Calabresi, Ronald Coase, Richard Posner, George Priest, Richard Epstein, entre otros.

Inicialmente se publican artículos que explican aspectos básicos de la teoría (en particular las tesis de Ronald Coase, aspecto reforzado por el interés generado con la obtención del Premio Nobel por este autor). Sin embargo, la mayoría de trabajos se orientan al estudio de instituciones de Derecho Civil, especialmente temas de derechos de propiedad, responsabilidad civil y contratos. Ya entrando a la segunda mitad de la década aparece un nuevo tema en juego referido a las regulaciones estatales y al rol del Estado en la economía. En dicho periodo se estudian especialmente las regulaciones antimonopolios, las actividades regulatorias sectoriales (en especial telecomunicaciones) y las normas de protección al consumidor, competencia desleal y publicidad. Este fenómeno se refuerza con la creación en el Perú de organismos y agencias encargadas de aplicar estas regulaciones, en especial el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual, Indecopi, en 1992.

A estos temas se fueron sumando otros menos convencionales como Derecho Penal, mercados de valores, "public choice", corrupción, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, entre otros.

Como se dijo, las revistas de Derecho se preocupan también de la traducción de trabajos vinculados al AED, en especial de autores norteamericanos. Es especialmente notoria la traducción de una serie de artículos de Guido Calabresi. Esto es un claro síntoma del interés existente por ampliar el conocimiento y análisis de estos temas en el mundo académico.

Actualmente es difícil encontrar algún número de alguna de las principales revistas de Derecho que no publiquen algún trabajo de AED. Los trabajos de AED tienen un alto nivel de demanda en el mundo académico y son continuamente utilizados en tesis y trabajos de investigación.

⁹ Quizás la obra fundacional del AED sea "El Problema del Costo Social". En: *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960. En dicho trabajo, Coase aplica el concepto de costos de transacción a las instituciones legales. De este trabajo se derivaría luego el famoso Teorema de Coase que lo haría mundialmente conocido.

¹⁰ SIERRALTA, Anibal. "Introducción a la luseconomía". Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

En 1993 se publica el libro titulado "El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales" editado por Luis Pizarro Aranguren, y que constituye una recopilación de trabajos que en su mayoría parten de la perspectiva del AED¹¹. En 1996 se publica "Estudios de Análisis Económico del Derecho"¹² del autor del presente trabajo, que recopila una serie de trabajos sobre la misma temática. A estos trabajos se suma recientemente "¿Por qué Hay que Cambiar el Código Civil?", publicado por la UPC, que recoge un seminario en el que se abordó el tema de la reforma del Código Civil Peruano principalmente desde la perspectiva del AED.

Es de destacar la visita al Perú en 1995 del profesor Douglas North, Premio Nobel de Economía en 1993, quien dicta una serie de conferencias vinculadas a la tesis de la economía neo institucional, en especial referidas al Indecopi, institución que encontró como un fenómeno interesante de reforma institucional.

Ello despertó un renovado interés por el desarrollo del marco institucional, lo que se reflejó también en la actividad académica de la segunda mitad de la década de los 90.

Como contrapartida, han aparecido artículos de crítica al AED, reivindicando otras aproximaciones al problema jurídico, en especial desde el punto de vista dogmático más tradicional. Ello ha enriquecido el debate sobre el particular. Sin embargo, algunas aproximaciones constituyen críticas que denotan un desconocimiento de qué es el AED, críticas a las que hemos llamado "reacciones esquizofrénicas".

Asimismo, comienza a aparecer la influencia del AED en diversos cursos. Curiosamente su influencia es mucho más notoria en las facultades de Derecho que en las facultades de Economía. Inicialmente, la presencia del AED aparece en cursos como Reales y Responsabilidad Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. En 1990 se dicta, como electivo, el primer curso de AED bajo el nombre de Temas de Derecho Civil, curso diseñado como un seminario con contenido variable. A partir de 1992 se dicta en la Católica ya bajo el nombre de Análisis Económico del Derecho.

Inicialmente el número de matriculados era relativamente bajo (entre 15 y 20 alumnos por semestre) y se dictaba un solo semestre al año. Pero desde 1999 el

curso se dicta ambos semestres gracias a un incremento notorio de su demanda. Actualmente se matriculan cerca de 40 alumnos por semestre (el máximo cupo disponible) lo que totaliza cerca de 80 alumnos al año que llevan el curso en dicha Universidad.

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

En el curso de Derecho Reales varios de sus contenidos han sido influenciados por el AED, en especial en temas de definición de derechos de propiedad y transferencia de titularidades. No salen de su influencia otros cursos del área civil y del área mercantil. A ello naturalmente se añaden los cursos vinculados a regulación económica (Derecho de la Competencia, Telecomunicaciones, entre otros).

Asimismo, el programa de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil fue reformulado en 1993 a fin de incorporar cuatro cursos vinculados a Análisis Económico del Derecho. Estos fueron Introducción al Análisis Económico del Derecho (que incluía temas de responsabilidad civil extracontractual), Titularidades (que analizaba desde el punto de vistas económico los derechos de propiedad), Derecho Contractual y Sistema Económico (que además del tema de contratos abordaba algunos aspectos de regulación de mercados, en especial legislación de libre competencia, regulación de publicidad y protección a los consumidores) y Derecho de Familia (que abordaba las normas de familia desde la perspectiva económica).

En el año 2000 se ha abierto una nueva Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia que incluye cursos de economía para abogados y un curso introductorio a AED. Además, el contenido de los demás cursos está bastante influenciado por el AED.

En otras universidades la evolución no ha sido muy distinta. La Universidad de Lima incorporó un curso de Derecho y Economía a su plan de estudios como curso electivo en 1994. Adicionalmente, en la Maestría en Derecho Empresarial de dicha Universidad se incorporaron cursos con influencia de AED, en especial el curso llamado Competencia y Mercado, que incluye una introducción al AED y el uso de la

¹¹ PIZARRO, Luis (ed.). "El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales". Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1993.

¹² BULLARD, Alfredo. "Estudios de Análisis Económico del Derecho". Lima, ARA Editores, 1996.

metodología de AED para evaluar las regulaciones Antimonopolio, las normas de protección al consumidor y las normas de regulación publicitaria.

Finalmente, donde más influencia se puede apreciar del AED es en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Todo el plan de estudios tiene una marcada influencia de AED. Tal influencia es muy clara especialmente en los cursos de Derecho Civil Patrimonial y Derecho Comercial. El plan de estudios se ha basado en modelos curriculares norteamericanos. Por primera vez se incluye un curso de AED como curso obligatorio en el quinto semestre. Asimismo, en el primer semestre se dicta otro curso obligatorio llamado Razonamiento Económico, que persigue familiarizar a los abogados con el método de análisis económico. A ello se suma un curso de Economía para Abogados que busca dotar al abogado de herramientas para realizar un mejor análisis económico de los problemas legales.

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

La mayor difusión de los contenidos de AED entre el alumnado ha permitido en los últimos años ir superando uno de los problemas principales que se presentaban en un inicio: la falta de profesores en estos temas. Así, ya no se depende sólo de aquellas personas que estudien postgrados en el extranjero sobre estos temas, sino que ya existe un nivel de formación básico e incluso en nivel de maestría que ha permitido ampliar la plana docente que, si bien aún presenta restricciones, permite dar una mayor cobertura.

Sin duda se han desarrollado sólidas bases académicas que han contribuido a una notable difusión del AED en el país y que cada vez su estudio y conocimiento por parte de los abogados se vaya tornando en una necesidad indispensable. Hoy, muchos de los abogados que egresan de las universidades más prestigiadas del país reciben al menos un bagaje mínimo de conocimientos en AED y es posible especializarse en el área en algunos de los programas de postgrado existentes.

3.3. El Impacto del AED en la Gestión Pública

La influencia del AED en la gestión pública ha sido

importante, lo que ha contribuido a la identificación de algunas de las reformas económicas, en especial la privatización y apertura de la economía, y en la definición del rol de las agencias estatales y los organismos reguladores. De allí se origina principalmente la vinculación efectuada entre el AED y supuestas posturas económicas liberales o mal llamadas neoliberales.

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

A continuación, se analizan las implicancias e influencia del AED en diversas áreas de gestión pública, en particular en la administración pública, en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial.

3.3.1. El AED en la Administración Pública

Quizás en el área de la gestión pública en la que mayor influencia ha tenido el AED es en la administración pública, es decir en el Poder Ejecutivo. Así, una serie de reformas implementadas durante los años 1991 a 1993 utilizaron herramientas de este tipo en su desarrollo y concepción.

Ya la legislación de simplificación administrativa implementada desde finales de los años 80 había evaluado los costos de cumplimiento de trámites burocráticos y la existencia de costos de transacción generados por estos trámites. Así, la Ley 25305 del 10 de Junio de 1989 y su Reglamento (Decreto Supremo 070-89.PCM de Septiembre del mismo año) habían, sobre la base de las propuestas del Instituto Libertad y Democracia, reconocido la importancia que simplificar trámites tenía para la reducción de costos de transacción en la economía. Este proceso terminó de consolidarse con la promulgación de la Ley del Procedimiento Administrativo General que tiene una marcada influencia del AED, en particular en la formulación de los principios que permiten la reducción de los costos de transacción.

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

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

En 1996 se crea la Comisión de Acceso al Mercado en el Indecopi, la que en base a lo establecido en el artículo 26 BIS¹³, incorporado en el Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi en base a la modificación introducida por el artículo 53° del Decreto Legislativo 807, podía declarar la ilegalidad e irracionalidad de las barreras burocráticas creadas por la administración pública. Este órgano funcional del Indecopi, en base a evaluaciones costo-beneficio de la actuación de la administración pública centradas principalmente en la creación de costos de transacción por parte de entidades de la propia administración, está en posibilidad de corregir estos problemas, incluyendo a las entidades del ámbito regional y municipal.

En paralelo, se crea una serie de organismos cuyos marcos de actuación y gestión propias se sustentan en muchas de las herramientas conceptuales concebidas por el AED. Ejemplos de ello son el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) encargado de la aplicación de las normas de libre competencia, competencia desleal, publicidad, protección al consumidor, reglamentos técnicos, eliminación de barreras burocráticas y paraarancelarias, dumping y subsidios y el sistema concursal, así como las normas de propiedad intelectual en todas sus formas; el Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones (Osiptel), encargado de la regulación de las telecomunicaciones; el Organismo Supervisor de Inversión en Energía (Osiner), encargado de la supervisión de los sectores de energía eléctrica e hidrocarburos; la Superintendencia Nacional de Servicios de Agua y Saneamientos (Sunass), a cargo de la supervisión de los servicios de agua y saneamiento; el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transportes (Ositran), entre otros. Estos organismos (en especial Indecopi Osiptel y Ositran) utilizan herra-

mientas de análisis económico en sus decisiones e incluso constituyen tribunales y órganos de decisión legal de casos compuestos tanto por abogados como economistas.

La forma de decisión de casos recoge expresamente el análisis de externalidades, costos de transacción y otras herramientas conceptuales del AED. El uso de estas herramientas ha despertado incluso críticas al Indecopi, que ha sido considerado por algunos abogados como una institución "excesivamente economista" y demasiado orientado a usar argumentos supuestamente "extralegales", calificadas incluso en algunos casos como "neoliberales".

El uso de estas herramientas se ha producido no sólo en áreas como libre competencia y dumping y subsidios, de obvio contenido económico, sino en otras áreas como protección al consumidor, competencia desleal, publicidad, acceso al mercado, derecho concursal e incluso en propiedad intelectual.

El uso del AED por Indecopi ha servido para establecer criterios dirigidos a crear incentivos adecuados para generación de información (corrigiendo asimetrías de información), establecer responsabilidad administrativa objetiva de las empresas a fin de crear incentivos adecuados a la toma de precauciones (utilizando la teoría de Calabresi del "*cheapest cost avoider*" como su sustento), utilizar la teoría económica de productos defectuosos para determinar estándares de idoneidad de productos, efectuar una evaluación de costo-beneficio de la acción estatal para la eliminación de barreras burocráticas, flexibilizar los criterios en publicidad comparativa para reducir costos de acceso al mercado, utilizar la teoría de los costos de transacción para favorecer acuerdos en Juntas de Acreedores de empresas en situación de insolvencia, realizar evalua-

¹³ Artículo 26° BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos 283°, 668°, 757°, el Artículo 61° del decreto legislativo 776 y la Ley 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2°, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.

ciones económicas de las cargas probatorias, calcular las multas y sanciones eficientes, entre otros casos. Adicionalmente, el Indecopi efectúa periódicamente la publicación de los denominados “Documentos de Trabajo”, que suelen contener diagnósticos legales/económicos de diversos aspectos de su competencia en temas referidos al sistema concursal, protección a los consumidores, dumping y subsidios, discriminación en el consumo, mercado aéreo, entre otros.

Como se podrá apreciar, dichos documentos reflejan el uso de herramientas del AED y muestran no sólo posiciones académicas, sino enfoques dirigidos a utilizar el AED en mejorar la gestión pública.

La influencia, sin embargo, se ha extendido a los reguladores sectoriales (Osiptel en telecomunicaciones, Ositran en infraestructura de transporte, Sunass en agua y saneamiento y Osinerg en energía) así como en algunas áreas funcionales de Ministerios.

Si bien hay una disparidad notoria en el uso de herramientas de AED por parte de éstas y otras entidades, su influencia y presencia es cada vez mayor.

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

Cofopri ha conseguido éxitos muy interesantes en su proceso de formalización, el mismo que se basa en gran parte en el diagnóstico y propuestas formuladas por el Instituto Libertad y Democracia a finales de los 80 y durante la década de los 90. Toda la base conceptual de Cofopri se sustenta en el teoría de derechos de propiedad desarrollada al interior del AED y ha constituido uno de los aportes más notorios de esta teoría a la gestión pública. A la fecha, Cofopri ha entregado alrededor de un millón de títulos de propiedad debidamente registrados, incorporando un importante activo al sistema económico.

Este proceso de dinamización de la gestión de la administración pública se ha visto favorecida por la incorporación como funcionarios públicos de diversos abogados que han seguido estudios de postgrado en los Estados Unidos en materias vinculadas al AED, en especial en Indecopi y Cofopri.

3.3.2. Poder Legislativo

El cambio más significativo a este nivel fue la incorporación en el Reglamento del Congreso de la República, a propuesta del Congresista Arturo Salazar Larraín, de un artículo que establece como requisito de admisibilidad de un proyecto de ley que el mismo venga acompañado de un análisis costo—beneficio que determine el impacto económico de la ley¹⁴.

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

La superficialidad del análisis condujo a que en el año 1998, con la colaboración de la USAID, el Instituto Apoyo publicara el trabajo de Gabriel Ortiz de Zevallos y Gustavo Guerra García titulado “Análisis Costo Beneficio de las Normas”, que buscaba precisamente dar herramientas adecuadas a los congresistas para cumplir con el requisito legal de análisis costo-beneficio de una mejor manera.

En el proceso de reforma las leyes más importantes y en las que mejor se usó el AED, fueron aprobadas mediante delegación de facultades al Poder Ejecutivo.

A pesar de ello, algunas leyes fueron elaboradas en el Congreso mediante la contratación de consultores que utilizaron el AED como herramienta, lo que se refleja tanto en el texto de las leyes como en las exposiciones de motivos de las mismas.

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

Otro ejemplo interesante es el proceso de aprobación del nuevo Código Civil. Existe una Comisión Reformadora del Código Civil nombrada por el Congreso de la República y que viene trabajando un nuevo proyecto. En especial en el tema de Derechos Reales la subcomisión a cargo de ese libro viene utilizando herramientas de AED para determinar el

¹⁴ Reglamento del Congreso (REG. 30-5-98).

impacto que tendría la definición de derechos reales, en especial la propiedad y el sistema de garantías, en la actividad económica. El resultado viene siendo un cambio de la clasificación de los bienes a fin de favorecer la publicidad de la titularidad, la reducción de costos de transacción en el sistema de garantías reales y la aparición de un sistema de transferencia de propiedad mucho más moderno y seguro que abandona el sistema consensual francés y se orienta a reforzar el sistema registral.

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

3.3.2. Poder Judicial

Lamentablemente, la influencia del AED en el Poder Judicial es virtualmente nula. Si bien se han incorporado algunas clases y lecturas en la Academia de la Magistratura, a cargo de la capacitación de los magistrados, el uso de herramientas de AED en las sentencias es casi inexistente.

Los jueces se muestran suspicaces para aplicar estas herramientas y prefieren usar categorías más formales y tradicionales, más cercanas a la “esquizofrénica jurisprudencia de conceptos”.

Existe una visión judicial muy centrada en la idea “lo que no está en el expediente no es de este mundo”, lo que hace perder de perspectiva, al momento de resolver casos, los efectos e impactos económicos de las decisiones judiciales, en especial su efecto en inversión y en reducción de costos de transacción.

3.4. El Balance

El AED ha tenido un avance importante e interesante en el Perú en todos los campos y sin duda su influencia continuará profundizándose en los años siguientes. Como dijimos, se puede discrepar de él, pero no se puede negar su existencia. Creo, además, que su presencia ha sido positiva, al haber enriquecido el análisis legal con nuevas perspectivas. Quizás el punto más importante de este enriquecimiento sea precisamente el haber contribuido a mediatizar los efectos de la “jurisprudencia de conceptos”, rompiendo los llamados “razonamientos circulares”. Recordemos la cita de Moliere de que el opio hace dormir porque contiene un principio somnífero y el comentario de Cohen de que ello no añade nada a nuestro conocimiento salvo que “principio somnífero” sea

definido física o químicamente. Bajo esa perspectiva, el AED ayuda a que la definición no contenga el término definido al abrirnos la perspectiva del uso de definiciones reales para dar contenido a los razonamientos jurídicos. La propiedad es algo más que una entelequia conceptual. Es una institución que desarrolla una función económica y social. Y sin definición económica y social la propiedad carece de contenido real.

Por ello la llegada del AED debe ser vista con optimismo y como una buena noticia. Tener otras perspectivas para ver lo mismo es una forma de ampliar nuestro conocimiento y la posibilidad de usarlo.

Pero sin duda ha traído preocupación y esas reacciones que hemos llamado “esquizofrénicas”. En el punto siguiente analizaremos algunas de ellas para ver por qué la crítica se parece más a una alucinación que a un argumento.

4. LOS TIPOS DE ESQUIZOFRENIA

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

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

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

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

A continuación, vamos a “diagnosticar” algunas de las diferentes reacciones esquizofrénicas detectadas en esta última década en el Perú.

4.1. “La Invasión Gringa”

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

El mundo está dividido en dos grandes sistemas legales, el romano-germánico y el sistema anglo-sajón, más precisamente el “*common law*”. El AED es una creación anglosajona que es propia de un sistema de precedentes de observancia obligatoria, en el que la jurisprudencia es la fuente del Derecho por excelencia y la ley es sólo un complemento. En ese contexto, el AED es inaplicable al Perú, porque el Perú es un país que pertenece a la tradición romano germánica. Fin del argumento.

En sus versiones más agresivas (que llega a generar “esquizofrénicos peligrosos”) se ve al AED como una suerte de intento de imperialismo intelectual, en el que, al mejor estilo de la guerra fría, ha sido planeado para imponer a los ciudadanos de los países del sistema romano-germánico, en especial de los menos desarrollados, una forma de pensar y de regular la vida social. Con ello han creado una suerte de “doctrina trasnacional” diseñada para seducir y conquistar otros países.

Lo que digo no es una exageración. Sino veamos la siguiente cita: “Queremos terminar esta breve introducción recordando las palabras de Fernando de Hinestrosa, refiriéndose al abandono de la dogmática y a la creciente negativa influencia del Análisis Económico del Derecho en nuestra realidad Latinoamericana, en el marco del Congreso Internacional realizado en la Universidad de Lima con motivo de la discusión del Proyecto de Reforma al Código Civil. Dijo el egregio autor colombiano ‘no abandonemos nunca nuestras propias convicciones y lógica de nuestro sistema, que es aquel romano-germánico (expresado en la dogmática), y no permitamos el infiltrar de orientaciones extrañas a nosotros mismos, porque si no puede llegar el momento en que las reglas vengán impuestas a través del Gran País del Norte. Esa es la lucha a la que los invito”¹⁵.

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

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

Tampoco exagero. Basta revisar la siguiente cita: “Como se ha demostrado, los verdaderos y auténticos creadores del método de investigación jurídica “estímulo-respuesta” han sido los juristas alemanes Ihering y Heck, quienes sentaron las bases; y fue perfeccionado finalmente por Juristas hispanos: Manuel García-Amigo, Luis Recasens Siches y Jaime Guasp. Esto es necesario recalcarlo bien porque este método ha sido, copiado y rebautizado por los anglosajones como “Análisis Funcional”. dicha copia pretende disfrazar su supuesta originalidad en el fundamento de “*Law and Economics*” en el que se exagera el aspecto económico de la realidad social”.¹⁶

La cita es curiosa porque, si bien identifica los orígenes del AED en el llamado Análisis Funcional, pierde la perspectiva de cuáles son sus aportes. Desconozco a qué se refieren con el llamado “método estímulo-respuesta: nunca he oído hablar de ese método como una corriente de pensamiento. Pero sí queda claro que los fundadores y cultivadores del AED ya han obtenido varios premios Nobel de Economía (Coase, Becker, Buchanan, Stiglitz, entre otros) y dudo mucho que los autores de un acto de piratería privada de originalidad pudieran haber merecido un galardón atribuible a los juristas alemanes. En todo caso, lo que puedan tener en común con otras posiciones basadas en concepciones realistas o funcionalistas, no privan al AED de su originalidad y del reconocimiento que merece por el aporte que ha hecho al pensamiento económico.

¹⁵ PALACIOS, Eric. “La conversión y la heterointegración de los negocios jurídicos”. Lima, Tesis para optar por el título de Abogado, 1995.

¹⁶ TORRES MÉNDEZ, Miguel. Estudios sobre el Contrato de Compraventa. Lima, Grijley, 1993.

Lo que queda claro es que bajo este tipo de esquizofrenia, los académicos dogmáticos suelen reaccionar frente al AED como los mexicanos reaccionaron en la época de la guerra con los Estados Unidos cuando gritaban: “*Green go home*” (“Verdes, váyanse a casa”, en alusión al color de sus uniformes), expresión de la que luego se derivaría la palabra “gringo”. Piden así que se lleven el AED a otro lado y que dejen a la teoría del razonamiento circular vivir en paz y a la jurisprudencia de conceptos intocada.

El punto de partida de todas estas posiciones parte de un serio error de comprensión. El AED no es el sistema del “*common law*” y está muy lejos de serlo. Si usted evalúa qué hace un abogado norteamericano en su ejercicio profesional, descubrirá que no es un experto en AED y que está además muy lejos de serlo. Muchos abogados en los Estados Unidos tienen un conocimiento tan rudimentario del AED como el que muchos abogados peruanos tenemos de las teorías de Santo Tomás de Aquino. Y pueden ejercer razonablemente su profesión sin saber nada de AED como cualquier de nosotros puede ir tranquilo a litigar un caso o absolver una consulta sin saber nada de lo que dijo Santo Tomás. Si bien algunos conceptos del AED se han incorporado al sistema legal y ya gozan de cierta aceptación general, el AED está lejos de ser una aproximación extremadamente popular y mucho más lejos aún de ser la tendencia dominante. Es una forma de pensamiento con un gran valor instrumental, pero no tiene que ver con como se concibió el “*common law*”, el que ni siquiera es una creación norteamericana, sino inglesa, que apareció en el mundo literalmente siglos antes de que Coase, Calabresi y Posner comenzaran a formar las bases del AED en la década de los 60's.

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

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

No olvidemos que el AED es antes que un conjunto de propuestas sobre cómo debe ser el Derecho, una metodología para analizarlo. Como tal, no propone en sí mismo adoptar ningún esquema legal particular, y es posible encontrar académicos que defienden con tanta fuerza la superioridad del sistema de “*common law*” sobre el sistema romano-germánico, como otros académicos (muchos norteamericanos) que defienden precisamente la tesis contraria.

4.2. “La Invasión Neoliberal”

En esta versión de la esquizofrenia los autores de la invasión no son precisamente (o solamente) los norteamericanos, sino un grupo de pensadores “neoliberales” que han visto en el AED la posibilidad de vender sus ideas con un esquema seductor y efectista. La alucinación, en este caso, es la existencia de una suerte de “cofradía” o “hermandad” ideológicamente determinada que tiene como propósito convencer a todos de que la intervención del Estado es mala.

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

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

Si bien es cierto que existen importantes representantes del AED que profesan ideas de defensa de la libertad económica, el AED es una herramienta que en su variante normativa, puede ser utilizada para generar marcos regulatorios bastante intervencionistas, justificando la intervención del Estado en la actividad económica (sino basta revisar el uso de la teoría de las externalidades para justificar la intervención del Estado en temas como derecho ambiental o protección al consumidor). Muchas de las agencias regulatorias, ninguna de las cuales sería defendida por un liberal, usan continua y activamente el AED. Así, el AED, como la economía misma, se han utilizado tanto para

sustentar posiciones de liberalización y reducción de la presencia del Estado como para sostener la necesidad de una participación activa de ese mismo Estado.

No se puede negar que el AED, en la experiencia histórica peruana, ha servido para sustentar propuestas de liberalización y privatización. Muchos de los académicos peruanos involucrados en AED propugnan ideas de libertad y menos presencia del Estado. Pero incluso hasta el uso del término "neoliberal" tiene una connotación efectista. No conozco ningún académico que se precie de ser calificado como "neoliberal". Se califican como liberales. El llamado neoliberalismo es una suerte de "rebautizo" del liberalismo para darle una connotación de algo que fue superado y ahora regresa. Es casi como hablar de "neonazis", es decir, gente que trata de rescatar algo que nadie aceptaría.

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

4.3. "Van a Extinguir los Unicornios"

En una época la gente creía en los unicornios. Como los demás animales, vivían en las profundidades del bosque. Se les consideraba animales especialmente inteligentes y era muy difícil encontrarlos. Rara vez habían sido vistos y, cuando ello ocurría, había sido en la penumbra de la oscuridad y por una fracción de segundo. A pesar de estas dificultades, se escribieron tratados completos que los estudiaban y que hacían conjeturas sobre su apariencia y hábitos.

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

¿Son los unicornios reales? Sí lo son y, como bien señala el profesor Paul Campos, autor de esta metáfora de los unicornios, la pregunta es ¿reales en que sentido? Es evidente que sabemos que no encontraremos unicornios deambulando por los bosques. En ese sentido ya no son reales. Pero los unicornios siguen existiendo en un sentido más limitado, para algunos propósitos. Se estudian como creación de la imaginación humana. Se estudia cómo se concibió, cómo se

reflejaron en las leyendas y mitos, y qué motivó su aparición y simbolismo. Es sólo en este aspecto que los unicornios son una realidad.

En ese sentido, los unicornios no son como los caballos. No se pueden encontrar en un lugar determinado y describirlos en base a una constatación por nuestros sentidos. Pero pueden ser estudiados y analizados como una idea creada por la mente humana¹⁷.

A veces entendemos el Derecho como un caballo y no como un unicornio. Pero el Derecho se parece más a los unicornios que a los caballos. Las instituciones jurídicas son, en términos de Campos, un estado de la mente, una idea que sólo existe como tal¹⁸. Por tanto, mueren (se extinguen) tan pronto aparece una nueva idea que la reemplaza. Su muerte es inevitable cuando una institución, al perder fondos en la moneda de los hechos, se quiebra, y es entonces reemplazada por otra diferente.

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

Algunos esquizofrénicos ven a quienes propugnan el AED como una suerte de cazadores furtivos de unicornios, personas que, aprovechándose de la oscuridad e imprecisión en la se mueven los conceptos, van a disparar sobre ellos y matarlos para eliminarlos de la vida del hombre. Van a extinguir los unicornios.

Este razonamiento se expresa en términos tales como "va contra todo lo establecido", "atenta contra toda nuestra tradición jurídica", "pretenden sustituir al Derecho por instituciones económicas", entre otras.

Pero los unicornios no existen en la forma que se ven en este tipo de esquizofrenia. Aquí la alucinación inicial es cómo ven al Derecho mismo, cómo se imaginan al derecho como un unicornio que vive, y que como tal puede morir.

Pero la alucinación no termina ahí, sino que sigue con ver al AED como un intento de cometer ese homicidio conceptual.

El AED no propone, sin embargo, acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Sólo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica

¹⁷ CAMPOS, Paul. "Jurismania. The Madness of American Law". Oxford University Press, 1998. pp. 104-107.

¹⁸ Ibidem.

en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humana. No pretende eliminar los unicornios (que dicho sea de paso no pueden ser “matados” en el sentido que se percibe en este tipo de esquizofrenia), pero sí tener unicornios útiles.

Dar un baño ácido de realismo a estos “unicornios jurídicos” no puede ser percibido como un intento de matar al Derecho, sino de acercar el Derecho al hombre y a las soluciones que esos hombre necesitan.

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

4.4. “Todo es Irreal”

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

Bajo este tipo de esquizofrenia se pierde la perspectiva que el punto de partida es aún más irreal. La dogmática parte también de modelos, es decir de esquemas que se abstraen de la realidad. Sólo que al hacerlo pierden totalmente la función explicativa de un modelo.

En este tipo de esquizofrenia se trata de convertir la mayor fortaleza del AED en una debilidad, sin advertir el “efecto bumerang” de la crítica.

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

Así lo que diferencia al AED de otras aproximaciones al Derecho no es el uso o no de simplificaciones, sino la técnica de simplificación. El AED trata de identificar los elementos relevantes para explicar un problema,

para a partir de ellos construir su modelo de predicción. Por el contrario otras aproximaciones simplifican sin explicar el por qué del uso de ciertas premisas.

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

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

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

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

Incluso si se aceptara (cosa que en principio creo que es equivocada) que no todos los individuos son racionales, sí es posible usar esa premisa para demostrar que en el agregado las personas se comportan racionalmente. Ni siquiera es necesario demostrar que la mayoría de los individuos son racionales para concluir que los agentes económicos no se comportan en el agregado racionalmente. Si asumiéramos que los individuos son irracionales, entonces estos se comportan “*random*”, es decir aciertan o no aciertan medidos por el azar y no por la inteligencia.

Asumamos a los individuos agrupados bajo la categoría de consumidores. ¿Se puede concluir que los consumidores en el agregado se comportan irracionalmente? La experiencia parecería conducirnos a una respuesta negativa a la pregunta. Nada

explicaría la continua mejora de precios y calidades de los productos en los últimos años si los consumidores se comportaran irracionalmente. Y para demostrar que el modelo de individuos racionales tiene capacidad explicativa no es necesario demostrar que la mayoría son racionales. Basta un número relativamente reducido de racionales para que el modelo de predicción sea útil.

Si los consumidores irracionales actúan “random”, entonces los proveedores no se preocupan en ofrecer mejores términos y condiciones para ganar a esos consumidores. Si deciden en base al azar, entonces nada se consigue ofreciendo mejores términos a ellos. Pero si hay un grupo de consumidores racionales que sí analiza esos aspectos, sí se podrá mejorar las ventas si se hacen mejores productos a mejores precios. Dado que hay un grupo de racionales (a los que vamos llamar “searchers” o “buscadores”) los competidores buscarán capturar sus preferencias. Pero dado que en muchos mercados no es posible diferenciar “searchers” de irracionales, las condiciones generadas por la actitud de los racionales beneficia a los irracionales que se vuelven *free riders* o beneficiados por una externalidad positiva generada por un grupo reducido de racionales. Basta pensar en una tienda de abarrotes, en la que una vez colocado el producto en el escaparate no es posible diferenciar cuándo el que compra es irracional para venderle más caro o bajarle la calidad o condiciones. Todos los consumidores se beneficiarían de que un pequeño grupo de consumidores sean exigentes.

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

Lo que ocurre es que este tipo de esquizofrenia ve fantasmas donde no existen. Confunde al modelo con la realidad, quizás guiado por el hecho de que confunde conceptos (alucinaciones) con realidades. Al no distinguir una cosa de la otra no es de extrañar que se

critique aquello que es precisamente la debilidad principal de su forma de pensar: convertir conceptos en realidades, es decir, creer en sus alucinaciones.

La “trampa” en los modelos no está en su uso, sino en confundirlos con la realidad. Es evidente que un modelo es utilizado concientemente para alejarnos de la realidad, pero con el fin de comprenderla. Pero cuando se quiere que modelo sea como la realidad, le privamos de su capacidad explicativa, y con ello renunciamos a intentar comprender la realidad al menos en parte de su complejidad. A veces para saber hay que renunciar a ser como Dios, y asumir que nuestra imperfecta naturaleza humana no nos permite entender todo, sino sólo una parte mínima de la realidad. Pretender saber y entender todo nos conducirá a no saber ni entender nada, error en el que el AED intenta no caer.

4.5. Los “Homicidas de la Justicia”

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

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

No dudo que existen tendencias utilitaristas dentro del AED. Pero extender la crítica al AED en general es, paradójicamente para quienes levantan esa crítica, injusto.

En primer lugar el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo. Como bien dice Calabresi, si bien se dice que el AED puede estar tratando de reemplazar la justicia por la eficiencia, tal posición pierde de vista que en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto.¹⁹

Si se considera que desperdiciar no importa, entonces uno puede entender la crítica. Pero las decisiones legales conducen a que unos ganen y otros pierdan. Y cuando los recursos se desperdician, puede ser que todos pierdan o que se pierda más de lo que se gana. Ello conduce no sólo a que haya menos riqueza, sino

¹⁹ CALABRESI, Guido. Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto? En: *Ius et Veritas*. No. 4, 1992, p. 90.

a que haya más pobreza. Si evitar que aumente la pobreza carece de contenido valorativo, entonces la crítica podría comenzar a tener algún fundamento.

Pero el tema no culmina allí. Incluso si se asumiera que la eficiencia carece de todo contenido valorativo, ello no descalifica al AED. Incluso si uno quiere decidir sobre la base de criterios de justicia, que dicho sea de paso son casi imposibles de definir de manera pacífica, saber cuánto cuesta ser justo es un elemento central. Ello porque no se puede invertir lo que no se tiene, y medir la escasez de los recursos como un elemento a considerar pone a la justicia en contexto de realidad. No toda solución deseable es posible. Si uno considera que es justo que todos tengan una casa con piscina, menudo favor haríamos a la humanidad si creemos que dar una ley que diga eso conseguirá por sí sola el efecto deseado. Construir casas con piscina tiene un costo evidente que el mero texto de la ley no puede solventar.

En esa línea, no considerar que una norma que protege al deudor y que se considera justa, puede reducir los niveles de crédito y generar menor inversión y desarrollo, es sacar la justicia de la realidad, lo que a su vez nos impide visualizar muchas otras probables injusticias que rodean una solución aparentemente justa. Descubrir y evaluar las ineficiencias de una decisión aparentemente justa es una manera de descubrir otras formas de injusticia.

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

Así, como en otros casos, los esquizofrénicos ven en el AED algo que el AED no es. Nada en el AED lleva a descartar concepciones valorativas. Lejos está en la concepción del AED descartar la justicia como valor, menos aún está la intención de matarla. Por el contrario está en su base poner al servicio de la justicia una herramienta adicional que los abogados solemos pasar por alto: aquella dirigida a evitar el desperdicio.

5. CONCLUSIÓN

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

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

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

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