Una selección de artículos de:

G E O R G E L . P R I E S T

Reconstruyendo la libertad

Compilación y revisión: Marina Lazarte

*con comentarios de
Alfredo Bullard, Enrique Pasquel, Carlos A. Patrón y José Luis Sardón*

Una selección de artículos de:

G E O R G E L . P R I E S T

Reconstruyendo la libertad

Compilación y revisión: Marina Lazarte

con comentarios de

Alfredo Bullard, Enrique Pasquel, Carlos A. Patrón y José Luis Sardón

Lima, diciembre de 2013

© Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Primera publicación: diciembre de 2013

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Corrección de estilo: Jorge Coaguila

Diseño de cubierta: Germán Ruiz Ch.

Diagramación: Christian Castañeda

Editor del proyecto editorial

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S. A. C.

Av. Alonso de Molina 1611, Lima 33, Perú.

Teléf. 313-3333

www.upc.edu.pe

Primera edición: diciembre de 2013

Digitalizado y Distribuido por YoPublico S.A.C.

www.yopublico.net

Telf: 51-1-221 9998

Dirección: Av. 2 de Mayo 534 Of. 304, Miraflores

Lima-Perú

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Centro de Información

Priest, George L. Reconstruyendo la libertad

Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2015

ISBN de la versión impresa: 978-612-4041-71-6

ISBN de la versión PDF: 978-612-4191-18-3

ISBN de la versión e-Pub: 978-612-4191-51-0

**DERECHO, ANÁLISIS ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD
EMPRESARIAL, REGULACIÓN, COMPETENCIA,
DESARROLLO ECONÓMICO**

343.07 PRIE

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial.

El contenido de este libro es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente la opinión de los editores.

Los textos traducidos y cedidos por las revistas *Themis*, *Ius et Veritas* y por la *Revista de Economía y Derecho*, han sido reeditados para este libro.

AGRADECIMIENTOS

Este libro no hubiera sido posible sin la ayuda de muchas personas que se comprometieron desinteresadamente con este proyecto. En primer lugar, debemos agradecer a los comentaristas de los artículos, Alfredo Bullard, Enrique Pasquel, Carlos A. Patrón y José Luis Sardón, quienes ayudaron a supervisar algunas de las traducciones y contribuyeron en la selección de los artículos que componen cada una de las secciones que comprende este libro. Asimismo, agradecemos a cada traductor de los artículos, Pablo Mori y Mario Drago, el primero profesor de la Facultad de Derecho de la UPC y ambos abogados del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados; Claudia Pareja y Álvaro Klauer, exalumna y alumno de la Facultad de Derecho de la UPC, respectivamente. Así también expresamos nuestra gratitud a Jorge Coaguila, corrector de estilo, y Magda Simons, del Fondo Editorial de la UPC, quienes contribuyeron a la solución de diversos inconvenientes que surgieron durante la ejecución de este proyecto.

Del mismo modo, agradecemos a cada editorial en la que originalmente se publicaron estos artículos: The Yale Law Journal, Cardozo Law Review, Journal of Legal Studies, AEI Brookings Institute Press, The Journal of Law and Economics, así como Foundation Press, que nos brindaron su autorización para esta publicación. Asimismo agradecemos a las revistas de estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), *Ius et Veritas* y *Themis*, que nos concedieron autorización para incluir en este libro algunos artículos previamente traducidos y publicados por ellas.

Marina Lazarte
Directora de la Carrera de Derecho
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Índice

Prólogo	7
Parte 1 - Sistema legal	11
Más vale un juez malo que cien congresistas buenos. George L. Priest, la producción de normas legales y el desarrollo económico <i>Enrique Pasquel</i>	12
El surgimiento del análisis económico del derecho: una memoria de los primeros años	21
El proceso en el <i>Common Law</i> y la selección de reglas eficientes	60
Parte 2 - Responsabilidad de la empresa	81
«Elemental, mi querido Watson». George L. Priest y la responsabilidad frente a los consumidores <i>Alfredo Bullard</i>	82
Una teoría de la garantía del producto para el consumidor	93
La creación de la responsabilidad de la empresa: una historia crítica sobre los fundamentos intelectuales de la responsabilidad civil extracontractual moderna	160
La responsabilidad objetiva por los productos: la intención original	234

Parte 3 - Regulación y competencia 266

George L. Priest y los sinuosos trances de la regulación y del Derecho Antitrust 267

Carlos A. Patrón

Los orígenes de la regulación de los servicios públicos y la discusión acerca de las «teorías de regulación» 273

Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno Derecho Antitrust a las industrias de redes 313

Aspen Skiing: Diferenciación de productos y prevención del parasitismo encubierto como monopolización 358

Parte 4 - Capitalismo y desarrollo 387

George L. Priest y los valores 388

José Luis Sardón

Pobreza, desigualdad y los simples principios del desarrollo económico 392

Reduciendo la pobreza global: teoría, práctica y reforma 406

Los ambiguos fundamentos éticos de la economía informal 430

PRÓLOGO

«El aleteo de las alas de una mariposa se puede sentir al otro lado del mundo».
(Proverbio chino).

George L. Priest obtuvo su B.A. en la Universidad de Yale en 1969 y su J.D. en la Universidad de Chicago en 1973. Siempre mostró inquietud e interés por el ámbito académico. Se desempeñó desde temprano como profesor e investigador en las más destacadas universidades de Estados Unidos, como la Universidad de Puget Sound, Tacoma, Washington; la Universidad de Chicago; la Universidad Estatal de Nueva York, Búfalo; la Universidad de California, Los Ángeles; y la Universidad de Yale. También ha sido profesor visitante en diversas universidades, como la Washington School of Law; la Universidad de Miami; la Universidad de Roma, la Sapienza; la Scuola Superiore, la Universidad de Pisa; la Universidad de Toronto y la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

En la actualidad, Priest es Edward J. Phelps Professor of Law and Economics y Kauffman Distinguished Research Scholar in Law, Economics, and Entrepreneurship en la Yale Law School. Asimismo, es primer profesor honorario de la Facultad de Derecho de la UPC. Es considerado uno de los académicos más destacados en Estados Unidos y en el ámbito internacional en temas referidos al Derecho de la Libre Competencia y al Análisis Económico de Derecho. También ha investigado y enseñado cursos de otras áreas, como Responsabilidad Extracontractual, Seguros, Derecho Regulatorio, Derecho Constitucional, Federalismo, Capitalismo y Democracia, Derecho Estatal y Local, y Derecho Procesal Civil.

Es autor de más de cien artículos publicados en diversas revistas jurídicas y económicas de prestigio. Muchos de estos han recibido distinciones y reconocimientos por sus aportes y originalidad, y han sido reimpresos por diferentes editoriales.

Este libro busca poner al alcance del público de habla hispana algunos de los artículos más representativos del autor en cuatro distintas áreas en las que ha contribuido con su aporte intelectual: el sistema legal; la responsabilidad de la empresa; la regulación y la competencia, y el capitalismo y el desarrollo. Cada una de estas secciones es precedida con un artículo introductorio escrito por cuatro profesores de la Facultad de Derecho de la UPC de reconocido prestigio en nuestro medio.

La primera sección del libro, denominada «Sistema legal», contiene artículos cuyos contenidos repercuten en el enfoque y aplicación del Derecho como disciplina general. Así, en el artículo de «El surgimiento del análisis económico del derecho: una memoria de los primeros años», Priest reflexiona sobre el surgimiento y la influencia de este enfoque en el Derecho, el que considera como uno de los más importantes del mundo jurídico moderno. «Hoy en día, sería considerado como mala práctica enseñar un curso sin informar a los alumnos acerca de la aplicación del análisis económico a la materia». En «El proceso en el *Common Law* y la selección de reglas eficientes», el autor sostiene que el sistema del *Common Law* lleva a la selección de reglas eficientes en la sociedad, pues las partes tienden a litigar más aquellas reglas cuya imposición de cargas o asignación de recursos no sea eficiente.

En la segunda sección, «Responsabilidad de la empresa», se incluye el artículo «Una teoría de la garantía del producto para el consumidor», ganador del Premio por Distinguished Scholarship in Law and Economics, otorgado por la Universidad de Miami. En este artículo cuestiona las entonces teorías justificatorias de las garantías de productos, la teoría de la explotación y la teoría de la señal, y propone, luego de un riguroso estudio de los contratos de garantías de los productos, una nueva y más acertada teoría, la de la inversión. En los otros dos artículos incluidos en esta sección, «La creación de la responsabilidad de la empresa: una historia crítica sobre los fundamentos intelectuales de la responsabilidad civil extracontractual moderna» y «La responsabilidad objetiva por los productos: la intención original», Priest hace un recuento histórico para explicar cómo la responsabilidad de la empresa en Estados Unidos tomó las características que presenta actualmente, cómo se pasó de un sistema de responsabilidad por negligencia a uno objetivo. Concluirá que la intención original de los promotores del cambio no era llegar tan lejos en la asunción de responsabilidad por parte de las empresas.

La tercera sección, «Regulación y competencia», incluye «Los orígenes de la regulación de los servicios públicos y la discusión acerca de las «teorías de regulación», en el que nuevamente el autor, haciendo un recuento histórico de los orígenes de la regulación, nos hace reflexionar sobre la utilidad de esta; en «Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno derecho antimonopólico a las industrias de redes», hace una revisión de los tres casos más grandes llevados a juicio durante el régimen del presidente Bill Clinton, el caso Microsoft, el caso contra Visa y MasterCard y el caso contra American Airlines. Los productos y servicios ofrecidos en el mercado en estos tres casos presentan la característica de funcionar a través de sistemas de redes, en las que cada consumidor se beneficia mientras más consumidores formen parte de la red.

El autor concluye que fue una oportunidad no aprovechada por el Departamento de Justicia, tal vez por una falta de política clara, de establecer un lineamiento sobre libre competencia en las industrias de redes. En el tercer artículo de esta sección, «Aspen Skiing: diferenciación de productos y prevención del parasitismo encubierto como monopolización», Priest hace una nueva revisión de los hechos que dieron lugar a uno de los casos más importantes de libre competencia en Estados Unidos, con entrevistas exclusivas a los involucrados y sus allegados, y visitas a las instalaciones en las que ocurrieron los hechos, el caso toma una perspectiva diferente a la concluida por la Corte Suprema en 1985. Uno termina la lectura concluyendo que se premió al competidor parasitario y se castigó al más eficiente.

La cuarta y última sección, «Capitalismo y desarrollo», incluye los artículos «Pobreza, desigualdad y los simples principios del desarrollo económico», en el que el autor reflexiona sobre el debate «desarrollo versus igualdad» y afirma que el sistema de libre mercado contribuye al aumento de los ingresos y la riqueza de la sociedad en el agregado total. En «Reduciendo la pobreza global: teoría, práctica y reforma», Priest responde qué obligaciones de redistribución de los recursos tienen las naciones más ricas a favor de las más pobres. Asimismo señala que la solución de la situación de pobreza en la que se encuentran muchas naciones se dará cuando se corrijan las ineficiencias de sus propios gobiernos. Por último, en «Los ambiguos fundamentos éticos de la economía informal», inspirada en el desarrollo de la economía informal de Unión Soviética y del Perú, reorienta la discusión moral relacionada con las economías clandestinas.

Los comentaristas de cada una de estas secciones, Alfredo Bullard, quien además es miembro del Consejo Consultivo de la Facultad de Derecho de la UPC, Carlos A. Patrón y Enrique Pasquel comparten algunos elementos formativos en común: son abogados graduados con honores de la Pontificia Universidad Católica del Perú, siguieron estudios de posgrado en Yale School of Law y representan tres generaciones de exalumnos de Priest. Ellos comparten la visión económica del Derecho y gozan de la experiencia de haber servido en la administración pública, al haber formado parte del personal a tiempo completo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Estos tres comentaristas peruanos, además de dedicarse al ejercicio privado de la profesión, comparten el interés en los temas académicos en las mismas áreas que Priest ha investigado y enseña. Cuentan también con numerosas publicaciones en las revistas jurídicas de mayor reconocimiento a nivel nacional y en algunos casos en el extranjero. El cuarto comentarista del libro es José Luis Sardón, decano de la Facultad de Derecho de la UPC y experto en temas constitucionales, capitalismo y desarrollo. Cuenta con

estudios de posgrado en la American University, becario Fullbright, y es doctor en Economía por Eseade, de Argentina.

Priest representa para todos los comentaristas un mentor muy importante, sus ideas y su particular enfoque de los fenómenos jurídicos y de la función que cumple el Derecho en la sociedad han calado en la forma de mirar y aplicar el Derecho de estos comentaristas, quienes a su vez lo transmiten a cada uno de sus estudiantes y de los profesionales con los que trabajan diariamente. Así, crean un efecto multiplicador de ideas.

De este modo, la contribución de Priest al Derecho en el Perú no se limita a las conferencias que ha impartido en sus varias visitas, ni a los artículos que han sido publicados previamente en nuestro medio, sino también a las enseñanzas impartidas directamente a quienes han sido sus estudiantes y que estos a la vez transmiten en las aulas.

El proverbio chino con el que inicio este prólogo y que dio lugar al nombre del efecto mariposa, en la teoría del caos, postula que una pequeña variación inicial puede afectar sistemas complejos, como los metereológicos, y ocasionar consecuencias distintas, como un día apacible y fresco o un tsunami al otro lado del mundo. La influencia de la obra de George L. Priest, con la sutileza del vuelo de la mariposa, se ha hecho sentir en el medio académico peruano como un viento huracanado. Invitamos, pues, al lector a participar de este mundo de ideas y que disfrute de la originalidad de la prosa del autor, pues creemos que será de gran utilidad para la evaluación de nuevas políticas públicas y contribuirá a un nuevo enfoque del Derecho.

Marina Lazarte
Directora de la Carrera de Derecho
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

PARTE 1

SISTEMA LEGAL

Es un gran placer comentar parte del trabajo de George L. Priest para este libro. No solo por el lujo de poder escribir sobre las ideas de una de las principales figuras del análisis económico del derecho, sino por el enorme aprecio personal y admiración que le tengo.

Cuando estudiaba la carrera de Derecho, tuve la suerte de encontrarme con dos artículos de George que hoy forman parte de este libro y que cambiaron mi forma de ver el derecho. En ambos, por primera vez, encontré un abogado que explicaba cómo el sistema legal podía ser responsable de que un país sea rico o pobre. Luego descubrí que esta era una preocupación que atraviesa la mayor parte de su obra y que marca una diferencia con la mayoría de otros autores importantes del análisis económico del derecho. Cuando tuve la gran suerte de ser su alumno (aquel año, precisamente, George dictaba un curso sobre la relación entre capitalismo y democracia, y otro sobre cine y capitalismo), me di cuenta de que, además, se trataba de una persona encantadora, preocupada por el resto e increíblemente carismática. Hoy solo le guardo el más grande cariño y agradecimiento, pues sin que él lo sepa, desde antes de conocerlo, fue una gran influencia en mi formación y durante el año que pasé en Yale me trató como a un amigo y no solo como a un alumno.

Confieso que la primera vez que leí el artículo de George sobre el *Common Law* y la selección de normas legales, me pareció una de las piezas más brillantes que había encontrado sobre análisis económico del derecho y sobre teoría legal en general. Tiene una de las ideas más originales que he encontrado en este campo, pero, recién al revisarlo de nuevo para este libro, me he dado cuenta de las importantes implicancias de este trabajo de George para la explicación de por qué ciertos países son más ricos que otros, a pesar que expresamente no trata el tema en este trabajo. Son muchos los autores que han explicado por qué ciertas reglas legales son más eficientes que otras (y por lo tanto por qué generan mayor crecimiento económico), pero muy pocos elaboran una tesis convincente sobre qué lleva a un país a escoger las reglas eficientes sobre las ineficientes o viceversa. Y este tipo de tesis es clave para explicar el desarrollo económico y diseñar políticas públicas para alcanzarlo.

En su artículo sobre la selección de normas legales, George construye su tesis partiendo de una particularidad de los sistemas de *Common Law*. Mientras que en el *Civil Law* la mayor parte de normas legales son establecidas mediante leyes del Congreso o reglamentos del Ejecutivo, en el *Common Law* una parte muy importante de las normas legales proviene de la jurisprudencia. Es decir, de las decisiones predominantes de los jueces al resolver casos particulares. Por ejemplo, en el Perú la regla que invocan las partes para pedir la anulación de un contrato, debido a que se celebró por un error, se encuentra en el Código Civil. En Estados Unidos o Inglaterra se puede invocar una regla muy similar, pero que existe debido a que las decisiones judiciales han sido dadas en ese sentido por décadas o siglos.

George sostiene que el *Common Law* tiende a producir normas legales eficientes. Propone que en el *Common Law* las reglas ineficientes establecidas por las Cortes son cuestionadas judicialmente con más frecuencia que las eficientes. El motivo es que las primeras imponen más costos a los privados, por lo que es de esperar que estos inviertan más recursos en intentar cambiarlas, lo que lleva que a la larga se descarten más reglas ineficientes.

Así, por ejemplo, George nos dice que imaginemos que los jueces producen un 50 por ciento de reglas legales eficientes y un 50 por ciento de ineficientes. Como se espera que una mayor parte de estas últimas se vuelva a litigar, asumamos que 60 por ciento de las ineficientes y 40 por ciento de las eficientes se cuestiona en las Cortes. En este escenario, con cada cien normas legales que produzcan los jueces, sucedería lo siguiente:

1. Los jueces producen 50 normas ineficientes y 50 eficientes.
2. Treinta de las ineficientes y 20 de las eficientes se vuelven a cuestionar en las Cortes.
3. De estas 50 normas que se discuten en las Cortes, 25 se convierten en ineficientes y 25 en eficientes.
4. A las 20 normas ineficientes que no se discutieron se les suman las 25 nuevas, ahora tenemos 45 normas ineficientes, en vez de 50.
5. A las 30 normas eficientes que no se discutieron se les suman las 25 nuevas, ahora tenemos 55 normas eficientes, en vez de 50.

Como se observa, el hecho de que se discutan más normas ineficientes que eficientes en las Cortes, lleva a que el universo de las primeras se vaya reduciendo, hasta eventualmente llegar a un punto de equilibrio en el que la proporción entre ambos tipos de normas se mantiene estable (si el ratio de litigio y la preferencia de los jueces entre normas eficientes e ineficientes se mantiene estable también).

George demuestra también que este fenómeno se presenta independientemente de si los jueces tienen una marcada preferencia en contra o a favor de las normas eficientes. Imaginemos que en nuestro ejemplo anterior variamos un dato: en vez de que los jueces produzcan decisiones ineficientes en la mitad de los casos, las producen nueve de cada diez veces. En ese escenario, el resultado sería el siguiente:

1. Los jueces producen 90 normas ineficientes y 10 eficientes.
2. Cincuenta y cuatro de las ineficientes y 4 de las eficientes se cuestionan en las Cortes.
3. De estas 58 normas que se discuten en las Cortes (redondeando decimales), 52 se convierten en ineficientes y 6 en eficientes.
4. A las 36 normas ineficientes que no se discutieron se les suman las 52 nuevas, ahora tenemos 88 normas ineficientes, en vez de 90.
5. A las 6 normas eficientes que no se discutieron se le suman las 6 nuevas, ahora tenemos 12 normas eficientes, en vez de 10.

Al igual que en el caso anterior, esta tendencia se mantendrá hasta llegar a un punto de equilibrio en el que la proporción de normas eficientes *versus* ineficientes se mantenga estable.

No vamos a entrar en mayores detalles sobre cómo funciona este proceso, pues el artículo de George es muy claro, pero quiero resaltar que él demuestra que la producción de normas a través de la jurisprudencia tiende a producir normas eficientes, y que eso no cambia incluso si los jueces en su mayoría prefieren normas ineficientes. Esto último solo influye en el punto de equilibrio que determina con qué proporción de normas eficientes *versus* ineficientes terminaremos.

De hecho, George demuestra que solo en situaciones en las que existe una tendencia judicial muy marcada en contra de la eficiencia y una tasa de cuestionamiento muy baja de normas ineficientes (lo cual es improbable si los jueces aumentan gravemente los costos que enfrentan los privados al establecer una elevada proporción de reglas ineficientes), la proporción de estas últimas será mayor que la de las eficientes. Concretamente, el ejemplo que da George se encuentra en la tabla 2 de su artículo, en que se indican los resultados de veinte escenarios con distintas probabilidades de cuestionamiento de las reglas y distintos niveles de preferencia judicial sobre la eficiencia. Solo en el caso más extremo la proporción de normas eficientes termina siendo menor que la de ineficientes.

Esto explica por qué el *Common Law* tiende a producir normas eficientes, independientemente de si sus jueces resuelven buscando o no la eficiencia. La tesis de George es muy interesante, porque de ella se desprendería que el *Common Law* es un sistema que no depende de sus participantes para funcionar bien. Y, además, si bien

George no lo postula en su trabajo, creo que también se desprendería que el sistema tenderá a la eficiencia independientemente de la honestidad de los jueces, lo cual lo vuelve aún más fuerte.

La explicación es que cuando una parte soborna a un juez busca asegurarse que este tome una decisión que la favorezca y no necesariamente la que hubiera tomado el juez según sus preferencias. En otras palabras, compra la preferencia del juez. Y —como explica Priest— el *Common Law* produce normas eficientes independientemente de las preferencias de los jueces sobre cómo debe decidirse cada caso, pues lo que produce este fenómeno es el hecho de que las partes litiguen más las decisiones ineficientes que las eficientes, ya que imponen más costos. Esta premisa se mantiene independientemente de la existencia o nivel de corrupción. Las preferencias de los jueces (ya sean las propias o las compradas por la parte que los ha corrompido) solo influyen en el punto de equilibrio que establece la proporción de normas eficientes *versus* ineficientes que terminará habiendo (además, las partes que corrompen a un juez no necesariamente lo llevan a dictar una norma ineficiente, pues pueden corromperlo justamente para evitar cumplir, precisamente, con una norma ineficiente). De ser esto cierto, resultaría que el *Common Law* es un sistema muy conveniente, pues asegura que se tienda a producir normas eficientes, independientemente de la formación, preferencias u honestidad de los jueces.

¿Qué implica la tesis de Priest para los países de *Civil Law*?

El artículo de George demuestra que en un país donde las normas las crean principalmente los jueces que dependen de los casos que los privados llevan a sus tribunales, el sistema legal tenderá a producir normas eficientes. Estas normas imponen menos costos a las personas, lo que facilita las inversiones y la celebración de contratos que creen riqueza. Ello, a su vez, genera mayor crecimiento económico. La tesis de George está respaldada por evidencia empírica: los países herederos de la tradición del *Common Law* suelen tener menos pobreza que los de tradición de *Civil Law*.

¿Qué sucede con los países donde el Congreso o el Ejecutivo —manejados por políticos— producen la mayoría de las leyes? En ellos, si bien los privados también tienen más interés en cambiar las normas ineficientes, el proceso político no permite que estas sean las más cuestionadas.

A diferencia de los jueces que tienen que resolver los casos que las partes les presentan, los congresistas proponen qué normas cambiar con mucha libertad. La escuela del *Public Choice* (o del análisis económico de las decisiones públicas) propone que los políticos son maximizadores de votos, ya que los necesitan para ser elegidos, por

lo que propondrán los cambios legales que les permitan obtener más votos sin importar sus costos, pues estos los pagará el resto de la sociedad. En otras palabras, es esperable que la mayoría de cambios normativos propuestos en el Congreso no sea de reglas ineficientes, a diferencia de lo que sucede en el *Common Law*.

Hay otro argumento de Public Choice que lleva a pensar que los congresistas tenderán a proponer el cambio de normas eficientes por ineficientes. Es el argumento del problema de la acción colectiva de Mancur Olson. La sociedad está compuesta por grupos de interés. A los grupos de intereses difusos, conformados por muchas personas, les es muy costoso organizarse para influir en los políticos y generalmente con ello ganan muy poco individualmente (a pesar que sumados representen mucho), por lo que sus posibilidades e incentivos para buscar influir en los políticos son bajos. Por otro lado, a los grupos concentrados, conformados por pocos integrantes, les es más barato organizarse y ganan más individualmente, por lo que tienen mayores posibilidades e incentivos para buscar influir en los políticos. Por eso, es esperable que los proyectos de ley por los que hagan *lobby* los ciudadanos sean los que benefician a grupos de intereses concentrados a costa de los intereses difusos. Esta es otra razón por la que los políticos (detrás de los que se encuentran principalmente grupos de intereses concentrados) propongan la revisión de las normas eficientes y cambiarlas por ineficientes.

Por ejemplo, es común que un grupo de industriales haga *lobby* con un congresista para que proponga un ineficiente proyecto de ley que establezca un subsidio a favor de ellos, que será pagado por el grupo difuso de los contribuyentes o que restrinja el ingreso de productos competidores extranjeros que les permita aumentar sus ganancias a costa de los bolsillos del grupo difuso de los consumidores. Imaginemos que el subsidio o la restricción al ingreso de competencia extranjera le trae un beneficio de mil a diez industriales y un costo de uno a 100 mil consumidores o contribuyentes. El beneficio total es de 10 mil y el costo total es de 100 mil, con lo que la norma es ineficiente porque representa una pérdida neta de 90 mil. No obstante, es esperable que este cambio normativo sea propuesto porque diez industriales enfrentan costos de organización menores que 100 mil consumidores o contribuyentes y el incentivo individual que tienen los industriales para organizarse en hacer *lobby* y conseguir el cambio ineficiente es mayor también (ganancia de mil *versus* ganancia de uno).

En resumen, lo que sucede en el *Common Law* es que como las partes escogen qué cambio normativo se discutirá al presentar sus demandas en las Cortes, es esperable que escojan en su mayoría litigar las normas ineficientes que imponen más costos a los privados, pues son ellos los que los pierden si existen más normas de este tipo.

Por el contrario, en el *Civil Law* la mayoría de normas son propuestas por políticos que no asumen ni los costos ni los beneficios de sus cambios y con la influencia de grupos de interés que los empujan hacia cambios ineficientes, por lo que es esperable que la mayor cantidad de cambios legales tienda a cuestionar las normas eficientes y promover las ineficientes.

Repitamos el primer ejemplo de la sección anterior asumiendo que estamos en un país de *Civil Law* donde el Pleno del Congreso aprueba 50 por ciento de proyectos de ley ineficientes y 50 por ciento de eficientes de los que presentan los congresistas. Como el *Civil Law* lleva a que la mayor parte de normas que se revisan sean las eficientes (por el contrario de lo que sucede en el *Common Law*), asumamos esta vez que 40 por ciento de las ineficientes y 60 por ciento de las eficientes se vuelven a discutir en el Congreso. En este escenario, con cada cien normas legales que produzca el Congreso sucedería lo siguiente:

1. El Congreso produce 50 normas ineficientes y 50 eficientes.
2. Veinte de las ineficientes y 30 de las eficientes se vuelven a discutir eventualmente en el Legislativo, debido a proyectos de ley presentados por congresistas que no toman en cuenta los costos que estos imponen a los ciudadanos y guiados por presiones de grupos de interés concentrados.
3. De estas 50 normas que se discuten de nuevo en el Parlamento, 25 se convierten en ineficientes y 25 en eficientes.
4. A las 30 normas ineficientes que no se discutieron se les suman las 25 nuevas, ahora tenemos 55 normas ineficientes, en vez de 50.
5. A las 20 normas eficientes que no se discutieron se les suman las 25 nuevas, ahora tenemos 45 normas eficientes, en vez de 50.

Como se observa, sucede el fenómeno opuesto que en el *Common Law*. Como se propone revisar una mayor proporción de normas eficientes, el sistema tiende a aumentar la proporción de normas ineficientes, independientemente de la preferencia dentro de la votación del Pleno del Congreso por normas eficientes. Obviamente, esta proporción será mayor cuanto más tienda el Congreso a aprobar normas ineficientes y ocurrirá lo opuesto que en la tabla 2 del artículo de Priest: será muy rara la situación en la que las normas eficientes sean la mayoría. Por ello, para efectos del desarrollo económico, suele más ventajoso tener un sistema de *Common Law* con jueces que prefieran las reglas ineficientes que un sistema de *Civil Law* con legisladores que prefieran reglas eficientes. En otras palabras, un mal juez en un sistema de *Common Law* tiende —sin quererlo— a producir mejores reglas que un grupo de congresistas inteligentes (pero sujetos a los incentivos del sistema, al fin y al cabo) en un sistema de *Civil Law*.

Para poder revisar todo el contenido de esta edición,
visite nuestra **tienda virtual**.