



El Sistema de Valores del Derecho

vs.

El Análisis Económico del Derecho

por Benito Villanueva Haro(*)

"En busca de un mundo con rostro humano y no sólo de intereses económicos, recordemos que alguna vez fuimos niños y soñábamos en un mundo donde todos éramos felices, yo aún sigo teniendo el sueño, la esperanza y la fe en ello"

Cuando los valores, la fe y lo justo hacen al hombre y las instituciones más humanas

"Todos los niños quieren un mundo mejor. Olvida las tristezas, abajo el mal humor, barriendo nuestras penas será mucho mejor. Si alguna gente grande pudiera comprender, barrería las guerras, las bombas y el poder, sería un mundo limpio más fácil de entender si tantas cosas malas se pudieran barrer. La marcha de la escoba, es la marcha del amor porque todos los niños quieren un mundo mejor" La Marcha de la Escoba - Yola Polastri

La Capacidad Estatal

La configuración de la economía a través de las ideologías (denominadas neoliberales, fundamentalista del mercado o resurrecciones de las políticas de *laissez faire*), instituciones, leyes, gobiernos, liberalización de los mercados de capitales, desregulaciones bancarias, flexibilización laboral, uso inadecuado e insostenible de los recursos naturales, han fallado, generando crisis, recesión, pobreza, rescates, ingobernabilidad, reformas apuradas, desequilibrios comerciales, protestas, corrupción, etc.



Los Gobiernos basados en una ideología liberal apurada, poco planificada y sin rostro humano han llevado a reinventar la Administración Pública en los últimos años, basado en la eficiencia económica, sensibilidad humana y planificación organizativa.

Algunos admiradores de la ideología liberal y de la Administración Pública Americana que, históricamente "Nació de una revolución contra la autoridad estatal y la consecuente cultura política antiestadista quedó reflejada en limitaciones del poder del Estado tales como el gobierno constitucional, que garantiza la protección de los derechos individuales, la separación de poderes, el federalismo etc."¹ han traído consigo experiencias, ideas, ideologías y propuestas que no siempre son planificadas, adecuadas, y viables en otro sistema.

Lo importante de la Administración Americana "consiste en las diferentes funciones y objetivos que asumen los gobiernos y la fuerza del poder del Estado o la capacidad de los Estados para programar y elaborar políticas y aplicar las leyes con rigor y transparencia, que equivale a lo que se denomina hoy en día capacidad estatal o institucional."²

El Estado Social y Democrático en una Economía Social de Mercado

Todo Estado conformado por personas, instituciones, territorio, poder político y un sistema de valores, se sostiene bajo principios y derechos básicos que han sido dotados de una base y contenido material en una línea histórica acorde al nacimiento natural de este.

La funcionalidad del Estado Social y Democrático requiere los siguientes aspectos básicos:

- a) El rostro humano, justo y sensible de las instituciones.

¹ Fujuyama, Francis (2004) *La Construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona. Ed. B P. 21

² Fujuyama, Francis (2004) *La Construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona. Ed. B P. 23



- b) Lograr un estado de bienestar y de dignidad de la persona humana.
- c) Respeto de principios, derechos, libertades y garantías dentro y fuera del mercado.
- d) Elementos materiales para alcanzar sus objetivos presupuestales.
- e) Participación activa e identificación de los ciudadanos con los fines del Estado.
- f) Criterio discrecional, prudente y eficiente para justificar su accionar o abstención para el desarrollo social y el progreso económico.
- g) Equilibrio apropiado entre el Estado y el Mercado basándose en el principio de subsidiariedad y la solidaridad social.
- h) Transparencia de la Información y los actos públicos de mercado mediante la estructura funcional de supervisión, corrección, regulación y eliminación de conductas económicas negativas.
- i) Control del uso, abuso y desuso del Derecho y las interpretaciones de sus conceptos, instituciones y máximas administrativas o judiciales. Determinando sus alcances, contenido e interpretaciones estrictas.
- j) Cumplimiento de la separación y delimitación de funciones en el Estado.
- k) Control legislativo en la eliminación de malas leyes que no generan eficiencia y un desenvolvimiento razonable, sostenible y viable del mercado y el estado.

A propósito de Bromas y Economistas

Aquí unas cuantas bromas para hacer divertido el artículo.



Broma Uno:

La primera ley de los economistas: Para cada economista existe un economista igual y opuesto.

La segunda ley de los economistas: Ambos están equivocados.

Broma Dos:

Es triste pensar en la cantidad de estudiantes de economía que han suspendido por no saber cosas que han resultado ser falsas.

El Análisis Económico del Derecho y el Sistema de Valores, ironía inversa

Broma Tres:

“Un Abogado y un Economista salen a jugar golf, al ver que los golfistas de adelante no avanzaban, le dicen a críquet que averigüe que sucede. Al rato llega y les dice: los jugadores de adelante son ciegos, el abogado responde bueno tienen derecho dejémoslo jugar a lo que el economista responde, pero mejor que jueguen en la noche”

La moraleja es: Que mientras el Abogado piensa bajo un Sistema de Valores del Derecho, el Economista busca la asignación eficiente de los recursos.

El Tema Pensionario bajo la lupa del Análisis Económico del Derecho o El Sistema de Valores del Derecho

La problemática del sistema pensionario tiene varias aristas a tratar, los cuales no son materia del presente trabajo,³ solo me remitiré a un caso práctico, real y de mi experiencia personal como asesor especialista en tema de pensiones en una institución del estado.

³ En Revista Normas Legales, Villanueva Haro, Benito (2005) La Problemática de la Persona Pensionaria en el Perú. Lima, ED. Normas Legales



Las instituciones públicas y privadas buscan una correcta eficiencia de sus recursos ergo una satisfacción de sus metas institucionales programadas.

El modificado sistema de reparto pensionario de la Administración Pública hace que el pensionista (personas de más de 65 años) tengan que cobrar su dinero por una ventanilla especial, sin importar si:

- a) Se domicilia lejos,
- b) Se esta enfermo,
- c) Se esta inválido
- d) Entre otros factores

La finalidad de este acercamiento por parte del pensionista a la institución pública, es verificar si el pensionista esta vivo, pese a que el estado tiene varios controles de verificación como ESSALUD, MUNICIPALIDADES, MORGUE, SUNAT, NOTICIAS, EMPADRONAMIENTOS, ETC hace ir al pensionista a cobrar su dinero sin importar que pueda:

- a) Morir
- b) Enfermarse
- c) Sufrir accidentes
- d) Asaltos
- e) Estafas
- f) Crisis etc.

Pongámonos en los siguientes supuestos:

1. El pensionista en el trajín de ir a cobrar su pensión se enferma, cobra y el dinero lo usa para recuperarse de su enfermedad
2. El pensionista en el trajín es asaltado, muere, no cobra la pensión y le cierran la pensión.
3. El pensionista en el trajín que cobro luego es asaltado y muere
4. El pensionista en el trajín que cobro luego es asaltado y le da paro cardiaco y tiene que ser llevado al hospital para ser atendido ergo su



dinero se fue en el pago de camilla, medicamentos, doctores, tratamientos, etc.

El Estado, ¿qué beneficio recibe con esta política de acercar al pensionista a ventanilla a cobrar su pensión?

1. Caducidad de la pensión
2. Aumenta la provisión.
3. Reducción indirecta de la masa pensionaria.

Bajo la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, sería mas eficiente seguir con aquella política que hace que el Estado pueda reducir costos y aumentar sus beneficios económicos mientras que para el Sistema de Valores del Derecho sería corregir esta política, haciéndola más social, integral y humana. No sólo las personas tenemos valores sino también los tienen las instituciones.

Viveza o Necesidad, no ha lugar la estigmatización

Siguiendo con el tema pensionario, las instituciones públicas no siempre realizan un control de verificación eficiente, oportuno y debido de la caducidad del derecho pensionario, por cuanto se paga a quienes prácticamente han perdido el derecho a cobrar la pensión.

Apenas se detectaba, se estigmatizaba al ex-pensionista como si fuera un delincuente, trasladando la responsabilidad a quien efectuó el cobro indebido y encubriendo responsabilidad del servidor o funcionario público quien tenía el deber de cuidado, diligencia y posición de garante frente a los actos administrativos a su cargo. (Las instituciones no se equivocan, pero si sus funcionarios o servidores)

Estoy de acuerdo en que la ley debe cumplirse y que los controles de verificación deben ser exhaustivos, oportunos y transparentes para salvaguardar la patrimonialidad del estado. Pero no se debe encubrir las responsabilidades ni menos trasladar la falta de diligencia, y errores administrativos a los que no se encuentran en la posición de garante y cuidado de dichos actos.



¿Viveza o Necesidad? Existe un principio general del derecho "El error común hace derecho", este principio se presenta cuando el acto que ejecuta la persona es producto de un error invencible, común a muchos, la simple apariencia se convierte en realidad, ahora este error incluye que el individuo haya caído en él por un acto de buena fe y nosotros sabemos que la buena fe se presume.

Detallamos los siguientes ejemplos prácticos de caducidad del derecho pensionario:

- a) En la Pensión de Orfandad, cuando se cumple la mayoría de edad
- b) En la Pensión de Hija Soltera Mayor de Edad, cuando se casa pierde el derecho pensionario
- c) La Viuda que se vuelve a casar
- d) El Cesante que se incorpora nuevamente al trabajo.
- e) El Invalído que sacaba RUC, el criterio discrecional aplicado aquí es que, como ha sacado RUC va percibir renta entonces no hay necesidad que el Estado se haga cargo de él. "Como ya generas ingresos, ya no eres inválido"

Entre el Esquizofrénico, el Mal Samaritano y el Vivo que Incumple el Contrato. Entre el astuto y el que ignora algo.

1. Incumplir los contratos cuando es más eficiente optar por una alternativa mejor. Los contratos deben mantener un equilibrio contractual, buena fe, seguridad y cumplimiento estricto de ellos, si bien existe una cláusula penal que castiga el incumplimiento y fija formulas moratorias. La negociación, celebración y ejecución del contrato busca una correcta asignación de las posiciones y efectos económicos equivalentes.
2. Lograr reducir mis costos de transacción aprovechando de leyes, personas o instituciones. Ello significa un uso, abuso y desuso de personas, leyes o instituciones cuando me conviene.
3. Los costos de oportunidad se adecuan a los valores, intereses, e idiosincrasia de las personas.



4. No solo es eliminar normas malas, ineficientes y poco disuasivas de conductas económicas negativas en el mercado, sino garantizar su viabilidad, funcionalidad, cumplimiento y ejecutabilidad. Si no, revisemos nuestra Ley de Garantías Mobiliarias, la cual permite registrar hasta un lapicero, garantizar bienes presentes y futuros pese que las garantías tienen que ser específicas y registrar algo que no es de uno pero que aparentemente es tuyo (leasing)
5. Recordemos que la buena fe se presume, los contratos se cumplen y la autonomía privada se respeta dentro del sistema de valores del derecho (la autonomía de la voluntad no es omnímoda, no es absoluta). En un contrato de arrendamiento celebrado por 15 años entre Benito y Alfredo, Alfredo (arrendador) conector del Código Civil de 1984 decide desalojar a Benito justo cuando cumple 10 años y un día, citando el artículo 1688 "El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de 10 años". La pregunta que nos hacemos ¿Y la buena fe, dónde quedo?, ¿acaso eso no es viveza?
6. Dentro de un ordenamiento, cuando fallan los sistemas de preferencias, de valores y jurídico, los asignados a impartir justicia son determinados por las partes o la ley. No porque todos los jueces tengan su propio criterio juzgador o de conciencia va existir inseguridad jurídica en la interpretación o aplicación de la norma jurídica.
7. El Criterio Discrecional debe usarse de acuerdo a los bloques de legalidad y el sistema de valores del derecho.
8. El inversionista no sólo observa los vacíos, defectos y deficiencias de la norma jurídica sino también, el tipo de gobierno, sus legisladores, jueces y autoridades. Sus asesores deberán indicarle que existen formas de negociación y alternativas para subsanar mediante los convenios de estabilidad jurídica, incentivos fiscales, aduaneros, estabilidad monetaria y cambiaria, leyes a favor de la inversión, bonificaciones en licitaciones, si es una pequeña o mediana empresa peruana, o que la mayor parte de su ganancia se produce en el territorio peruano etc.



9. Que si la norma jurídica tiene defectos, deficiencias o vacíos se pierden inversiones importantes. Creemos que sí, por ejemplo en temas tributarios, ambientales y laborales para lo cual se hace necesario actualizar, reformular y mejorar las normas, precedentes y jurisprudencia en aquellos temas, entre otros, con la finalidad de otórgale mayor dinamismo al mercado de capitales.
10. No se puede estar pendiente de todos los costos de transacción que se generan en una operación dado que se distraería la verdadera finalidad, negociar con éxito. No todas las inversiones son grandes empresas sino muchas son empresas unipersonales o empresas familiares.
11. Que el particular administra mejor que el Estado. Entonces el Estado dejaría de existir, pues todo estaría privatizado o concesionado.
12. Si el estado no interviene todo es mejor. No es cierto, si no veamos a Europa del Este, India, China, Vietnam, Brasil, Colombia, México, Chile, Perú, etc.

A propósito de los ya no tan jóvenes abogados

Como en la física, las matemáticas y la química, todo tiene que demostrarse.

- a) La ideología de Derecha e Izquierda han fallado, sólo queda la ideología de consenso por decirlo así.
- b) Las desregulaciones en los mercados financieros producen crisis económicas. Ej. Crisis Asiática, Crisis Argentina, Crisis Mexicana, Crisis Brasileña, Crisis Rusa etc.
- c) El Estado ha cumplido con mitigar los fallos del mercado y ha garantizado la justicia social. Ej. Brasil y el Etanol
- d) Las crisis no sólo provienen de las leyes sino de los especuladores en el tipo de cambio, las políticas de estado, los políticos de turno, los desastres naturales etc.
- e) El Código Civil es de derecho privado por lo tanto es de todos, y si nos afecta a todos, es también social.



- f) Las manifestaciones de voluntades acordadas siempre van a involucrar a terceros (estado, acreedores, sistema financiero, tercero con interés en los efectos del contrato), es decir, todo contrato no nace, vive y muere solo, sino que se interconecta con personas, sistemas o terceros con interés sobre sus efectos.
- g) No siempre las partes tienen mejor información sobre lo que es bueno para ellas, no todos tenemos las oportunidades que tienen aquellos abogados ya no tan jóvenes, para tomar una decisión justa y digna para uno. Si optaron por algún método de resolución de conflictos es porque cada uno cree tener la razón, el derecho y la ley de su lado, es ahí donde el encargado de dar solución aplica e interpreta con justicia, razón, verdad y honestidad el bloque de legalidad.
- h) No siempre los contratos dicen la verdad, a propósito de la lesión. ¿Que pasó cuando vinieron los españoles y conquistaron el Perú? Los españoles no vendían sedas a los indios a precios exorbitantes. Es necesario proteger aquellas personas que no comprenden de precios, productos, mercado, contratos y formas de negociación, las cuales son inducidas al error o al engaño. Debemos tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales. Si un joven de la selva, analfabeto, tuviera el remedio contra el Sida en una plata curativa, podría venir alguien y decirle: "hagamos un contrato donde tú me otorgas la fórmula y yo te pago por ella un precio de S/1 (Un Nuevo Sol)". Por ello debemos ser cuidadosos con el ejercicio abusivo de la lesión.
- i) Al decir del ejemplo del Dr. Alfredo Bullard, la viuda y el desalojo. "Una viuda con siete hijos tiene una deuda impaga, el juez la lanza a la calle pues así protegería a las demás viudas, de no haberlo hecho, los arrendadores creerían que las viudas tienen un privilegio y por ello ya no les arrendarían nunca más." Aplicando la misma lógica, sería necesario matar a todos los pensionistas del Perú para tener más dinero y beneficiar a toda la colectividad.
- j) La causalidad probalística no se basa en la teoría casualista sino en la teoría de la imputación objetiva: quien crea o aumenta un riesgo no permitido, o lesiona o pone en peligro un bien jurídico.
- k) Existen mecanismos y automecanismos de defensa de la ley. Los mecanismos de defensa son aquellos que se realizan de oficio o de parte,



sea mediante sentencias del tribunal constitucional que declaran su ineficacia o invalidez de la norma, la jurisprudencia y precedentes de observancia obligatoria que logra la correcta aplicación o interpretación de la norma jurídica, otros mediante la derogación, legislar negativamente, mediante los métodos de resolución de conflictos etc. Mientras la autodefensa es, cuando la ley misma expresa que deroga tales leyes que se opongan a ella o que circunscribe el ámbito de aplicación como expresa el artículo 4º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado: "Artículo 4º.- La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables."

- l) No es la regla reducir plazos ni fusionar instituciones para hacer más eficiente un sistema. Si no, veamos las recientes medidas económicas promulgadas por el gobierno mediante Decreto de Urgencia 014 y 015, en tema de adquisición y contratación en 15 días, si bien la medida busca lograr mas agilidad y aumento de la inversión, se pone el riesgo de la calidad de la inversión para obras de mayor envergadura, felizmente va ser corregida.
- m) Las garantías sabanas no garantizan la eficiencia para generar confianza en el sistema bancario y tampoco que genere un mayor acceso al crédito. Ello contraviene el principio de determinación del crédito, no cumple el requisito de accesoriedad, supone una anticipación de la garantía contraria al régimen de la prelación de créditos, bloquea al propietario quien ve afectado su derecho a disponer de los bienes para diferentes acreedores, desprotege al tercero constituyente toda vez que éste no puede controlar el volumen de endeudamiento etc.
- n) El sistema concursal es ineficiente, impreciso y no tiene predictibilidad dado que es más eficiente recuperar mi crédito individualmente antes que grupalmente, dado que existe un sistema de prelación y las famosas garantías sabanas que son contrarias al régimen de prelación de créditos. Es decir, si entro a concurso, tendré que esperar a que paguen a los trabajadores, alimentistas y entraré luego como acreedor de 3º, 4º ó 5º grado de preferencia y si lo hago vía judicial, corro el riesgo de que suspendan mi ejecución, felizmente existen pronunciamientos judiciales que



han tratado de remediar esta situación; para solicitar la no suspensión de la ejecución se tendrá que solicitar a pedido de parte.

- o) El sistema de preferencias y valores suele funcionar bien cuando existe aceptación o tolerancia de todos, de existir un quebrantamiento de reglas, preferencias y valores ¿quién debe decidir? Las personas designadas por todos, por las partes o por la ley.
- p) Establecer los derechos de propiedad, incluyendo las estructuras legales y civiles no va hacer funcionar la economía de la noche a la mañana. Requiere también tribunales y sistemas registrales que los garanticen.
- q) "Cuando la información es imperfecta y los mercados incompletos, entonces la mano invisible funciona de modo deficiente. Lo significativo es que hay intervenciones estatales deseables que, en principio pueden mejorar la eficiencia del mercado. Las actividades fundamentales del estado pueden ser entendidas como respuestas a los fallos del mercado que de ellas resultan.
- r) Si la información fuera perfecta, los mercados financieros casi no tendrían un papel que cumplir y muy pequeño sería el de la regulación del mercado financiero. Si la competencia fuera automáticamente perfecta, no habría lugar para las autoridades antimonopolio."⁴

No todo lo que brilla es oro y no siempre las construcciones en base a:

- a) Eficiencia
- b) Reducción de los Costos de Transacción,
- c) Eliminación de leyes malas.
- d) Cambio de la ideología, etc.
- e) Costo - Beneficio

Tienen éxito. Los gobiernos y los políticos cambian las reglas y expectativas de la sociedad a cada momento.

En el caso de que a los inmigrantes les quiten sus derechos porque son ilegales, tendrían que ir al camino del *iter criminis*. El lema de la Administración Americana

⁴ Stiglitz, Joseph (2002) El Malestar de la Globalización. Buenos Aires. Ed. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara S.A. P.156 - 157



sería: "Así como han venido que se vayan". La justicia social diría: "Hay que darles oportunidad para que trabajen y sean productivos para el país."

A propósito del Premio Nóbel de Economía Joseph Stiglitz

Joseph Stiglitz expresa "Yo había estudiado los fallos tanto del mercado como del Estado, y no era tan ingenuo como para fantasear con que el Estado podía remediar todos los fallos del mercado, ni tan bobo como para creer que los mercados resolvían por sí mismos todos los problemas sociales"⁵

Es necesario reinventar la Administración para hacerla más eficiente, transparente y con rostro humano.

Reflexión Final

Las herramientas del Análisis Económico de Derecho y el Sistema de Valores del Derecho se deben implicar y complementar buscando el bienestar y la felicidad colectiva. Cada quién con su ideología, economía, religión, costumbres y derechos, lo que para uno es bueno para otros quizás malo, lo de occidente no se puede aplicar a oriente (ej. las mujeres que se les extirpa el clítoris, la venta libre de marihuana en holanda, el matrimonio polígamo árabe etc.).

China hace su propia economía, Estados Unidos tiene la propia y el Perú debe crear su propia economía, ideología y derecho

No hagamos del derecho, la economía y otras ciencias instrumentos de conveniencia, astucia, viveza o aprovechamiento a costa de personas, instituciones, gobiernos, leyes o sistemas. Enseñemos y formemos estudiantes honestos, justos y probos. No enseñemos actitudes negativas sin valores, como señalar que, en un accidente de tránsito, la víctima vale más muerta que viva por cuestiones de eficiencia, reducción de costos de transacción, etc.

⁵ Stiglitz, Joseph (2002) El Malestar de la Globalización. Buenos Aires. Ed. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara S.A. P.15



La eficiencia, transparencia, reducción de costos de transacción, costos de oportunidad, externalidad, fallos del mercado, eliminación de leyes malas, fusión de unidades administrativas, simplificación administrativa, reforma del estado, titulación y registro de propiedad, gobierno electrónico, e-commerce, etc., son necesarios y útiles, todo ello debe estar un sistema de valores del derecho.

Para finalizar les dejo una pregunta:

¿Cuántos economistas neoclásicos hacen falta para cambiar una bombilla?

R1: Dos: uno para que asuma la existencia de una escalera y otro para cambiar la bombilla.

R2: Ninguno, todos están esperando a que la mano invisible del mercado corrija el desequilibrio lumínico. ♠

(*) Bachiller en Derecho con la tesis "La Nueva Perspectiva de la Empresa Moderna". Abogado en Derecho con la Tesis "El Proceso Ejecutivo y la Sentencia Innecesaria". Maestría en Derecho de los Negocios de la Universidad de San Martín de Porres. Corresponsal Sudamericano de la Revista Española Internauta de Práctica Jurídica. Asesor Legal de Auditoría Interna del Banco de la Nación del Perú.

benitoharo@hotmail.com