

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú.
Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.



*"Que sea el otro Letrado
Por Salamanca aprobado,
Bien puede ser;
Mas que traiga buenos guantes
Sin que acudan Pleiteantes,
No puede ser."*

Luis de Góngora y Argote.

Este artículo fue escrito, como su título lo indica, para reflexionar sobre la enseñanza del Derecho. Sin embargo, me he encontrado que no es posible hablar de enseñanza del Derecho sin referirse al ejercicio del Derecho. Porque, al fin y al cabo, toda enseñanza tiene que estar en relación con el objeto de la misma; y, en este caso, enseñar derecho significa enseñar a ser abogados.

Por consiguiente, estamos inevitablemente obligados a conversar sobre lo que es y lo que hace un abogado si queremos hablar de la preparación académica que debe recibir un futuro abogado.

Y el problema es que, en realidad, no hay un solo tipo de abogado sino que se puede ser abogado muchas formas. Existe el académico (llamado a veces, el jurista) y el estrictamente profesional (llamado generalmente, el abogado). Pero además hay las mezclas de estas dos orientaciones que se dan en proporciones muy variadas y que configuran así otras formas o modalidades de dedicarse al Derecho. Por otra parte, tanto académicos como profesionales pueden tener especialidades muy diferentes entre sí: un civilista actúa en un campo de trabajo muy diferente al del penalista, con exigencias distintas.

Dado que la mayor parte de los estudiantes de Derecho serán abogados profesionales, vamos a referirnos fundamentalmente a la formación de éstos, dejando por el momento los acentos propios de la formación de los juristas.

En un esfuerzo simplificador, podríamos decir que los abogados cumplen tres funciones fundamentales: pueden asesorar a una persona –obviamente, natural o jurídica– a fin de evitar que tenga problemas legales; pueden también defender a una persona que ya los tiene; y, final-

mente, pueden colocarse más allá de las partes y resolver el problema o controversia surgido entre ellas, actuando como jueces o como árbitros. Pero, en cualquiera de estas funciones, los abogados persiguen un mismo fin que consiste en que la sociedad funcione de una manera ordenada, es decir, que cada actor social pueda desarrollar al máximo sus propios intereses. Y para eso se necesita un orden que, sin eliminar una sana competencia, evite que los intereses se destruyan unos a otros con perjuicio de todos. Además, ese orden debe facilitar la vinculación entre intereses diferentes con el objeto de aumentar mediante la unión las posibilidades de acción de cada uno.

Éste es el objetivo del Derecho. Podemos llamarlo con términos tan tradicionales y sacrosantos como el de Justicia. Pero también podemos entenderlo de una manera más práctica y sencilla como la aplicación de la razón en la búsqueda del interés individual. Esa razón nos impulsa a maximizar nuestros propios intereses, pero también nos hace ver que si no coordinamos con los demás –y para eso se necesitan ciertas limitaciones– podemos terminar destruyéndonos unos a otros y, de esta manera, recortando nuestro propio interés. Por otra parte, esas limitaciones impuestas por el orden a los excesos del interés individual permiten a su vez asociarnos con el objeto de capitalizar nuestras fuerzas y de esa manera realizar nuestros propios intereses a un nivel que nos hubiese sido imposible individualmente. Es así como surgen los derechos y las obligaciones, las titulaciones, las transacciones contractuales, la constitución de sociedades y empresas.

Hobbes decía que si dejamos actuar a la libertad sin ningún tipo de regulación *"no habrá propiedad, no habrá dominio, no habrá distinción entre lo tuyo y lo mío"*. Y en tal condición, agrega:

"No hay lugar para la industria porque no se tiene seguridad sobre el fruto del trabajo; y, consecuentemente, no hay cultura [...]; no hay conocimiento sobre la faz de la tierra; no hay una toma de consciencia del tiempo; no hay artes; no hay letras; y, lo que es peor de todo, hay solamente miedo permanente y pe-

ligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, sucia, brutal y corta”.

Estas son palabras textuales de Hobbes.

Pero frente a este paisaje social tan pesimista, Hobbes encuentra que los seres humanos tienen una facultad natural que les hace comprender que eso está mal y que, a la larga, una libertad desenfrenada y salvaje los conduce no a la realización de lo que buscan sino a la anulación de la propia libertad. Y esa facultad es la razón; que para Hobbes no es necesariamente la comprensión y el acatamiento de ciertos valores morales objetivos, superiores al individuo, universales y permanentes en el tiempo, sino la posibilidad de calcular qué es lo que más nos conviene de una manera realista. Hobbes define a la razón como “facultad de cálculo”, porque no le dice al hombre lo que debe querer, lo que debe buscar sino cómo lo puede buscar, cuál es la forma más eficiente para lograr lo que quiere, cuáles son los mejores caminos para realizar sus intereses en medio de esa lucha competitiva, aunque organizada para que no desborde acabando con la propia libertad.

El Derecho no se funda en una idea utópica del hombre y de la sociedad a la que sirve. Sus análisis y sus mandatos no se orientan a cómo hacer más “buenos” a los hombres, sino simplemente a determinar cómo pueden lograr mejor sus propias aspiraciones y deseos sin perturbarse unos a otros, convirtiendo más bien la lucha interindividual, la guerra de todos contra todos, en una libre competencia productiva.

Por consiguiente, el mundo del Derecho es el mundo de la guerra entre intereses contrapuestos. Pero no de una guerra salvaje que conduce al aniquilamiento total sino de una guerra reglamentada como un juego, para lograr de esta manera un orden dinámico, siempre inestable, pero propicio para el mayor desarrollo posible de los intereses individuales.

Desde esta perspectiva, el abogado es siempre un guerrero, es decir, un defensor ardiente de los intereses individuales. Ello lleva a que tiene que ser formado con alma de guerrero y a que

hay que proveerlo de las armas suficientes para pelear en esas constantes batallas, lo que implica no sólo el conocimiento de las leyes sino también una cierta forma de razonamiento que se enriquece con la discusión. Pero también desde esta misma perspectiva, según lo expuesto, el abogado tiene que ser paradójicamente un constructor de la paz: todos sus esfuerzos están destinados a defender a su cliente; pero sabe que la mejor defensa se logra cuando se llega a un equilibrio en el que toda las partes en juego ganan; porque el triunfo del orden social no es la victoria de un ente abstracto sino el triunfo de cada una de las personas que lo integran. Por consiguiente, toda la formación del abogado tiene que estar orientada a lograr en él una suerte de antinomia: tiene que ser un guerrero y tiene que ser un pacifista; la defensa de su cliente involucra una lucha por la realización de sus intereses, pero también debe involucrar una lucha por el orden social y, por consiguiente, por los intereses indirectos de todos aquellos que la sociedad.

Desde este punto de vista, podemos entender mejor lo que dijimos unas líneas antes sobre los tres roles fundamentales que puede jugar un abogado. En primer lugar, asesorar a un cliente significa colocar en términos jurídicos los intereses de ese cliente a fin de hacerlos triunfar sobre los competidores; pero ese triunfo será a la larga un fracaso si no contribuye al desarrollo del orden social, esto es, si no logra ser razonablemente aceptable por la otra o las otras partes en juego. En segundo lugar, defender a un cliente implica poner todo de su parte para tratar de ganar la controversia legal en la que se encuentra enfrascado; sin embargo, esa controversia hay que ganarla de manera limpia, es decir, respetando las reglas del juego del Derecho, por el sólo arte de la razón entendida no sólo como la defensa ciega de un interés individual sino como la mejor forma de que ese interés individual logre ubicarse dentro de un orden social estable y respetado, para el bien de todos. En tercer lugar, por su parte el juez o el árbitro tienen la difícil misión de ejercer la razón siempre como facultad de cálculo, pero teniendo en cuenta sobre todo los intereses y valores del orden social impuesto por el Derecho.

Esta manera de ver el ejercicio de la profesión de abogado supone un plan de enseñanza muy complejo, que debe comprender, en primer lugar, la conciencia de un orden social constituido por una multiplicidad de intereses individuales. Por otra parte, esa formación debe proporcionar un espíritu casi deportivo de lucha, de confrontación de argumentos, de entusiasmo por apoyar una causa que se considera adecuada tanto en términos individuales como sociales. Hay que darle además al futuro abogado conocimientos no sólo de las leyes sino de las instituciones y de los principios que constituyen ese orden legal. Y aún todo ello, todavía no sería suficiente: también hay que darle las habilidades para manejar ese conjunto de elementos de una manera eficiente. Al soldado no basta entregarle un arma sino que hay que enseñarle a dispararla y también a saber cuando no debe dispararla, es decir, hay que enseñarle puntería, táctica y estrategia. De la misma forma, no es suficiente meter en la cabeza del alumno de Derecho varios tomos de tratadistas muy importantes y hacerle aprender de memoria los códigos y las leyes fundamentales. Más que eso, tiene que saber cómo encontrar el material jurídico con el que trabajará cada caso y luego tiene que saber usar ese material en la práctica; y, en ese sentido, la cercanía con el mundo real a través de la jurisprudencia o de casos inventados pero verosímiles, puede ser extraordinariamente útil para entrenar a ese futuro abogado en lo que tendrá que hacer cuando sea un profesional.

Todo ello nos lleva a que si formar un abogado es enseñarle Derecho, tenemos que preguntarnos ¿qué es realmente el Derecho? ¿Estará formado solamente por las leyes, reglamentos y demás normas imperativas, como quisiera el positivismo? ¿Para estudiar el Derecho bastaría con estudiar la ley? Alguien me dirá que la ley no basta porque también hay que revisar la jurisprudencia y los escritos de los tratadistas. Es verdad. Pero notemos que esa objeción no cambia fundamentalmente la respuesta de que estudiar Derecho es estudiar la ley; porque, al fin de cuentas, estudiamos los libros de los juristas en la medida que explican la ley; y revisamos la jurisprudencia para saber cómo la ley es entendida por los tribunales. Por consiguiente,

seguimos dentro del ámbito de la identificación entre el Derecho y la norma positiva. A nadie se le ocurre estudiar la jurisprudencia rusa o la doctrina china, porque se refieren a sistemas legales completamente distintos, con leyes diferentes. En cambio, sí estudiamos la jurisprudencia argentina o la doctrina italiana porque las leyes de esos países son muy parecidas a las nuestras. De modo que a través de la jurisprudencia y de la doctrina estamos estudiando siempre la ley. De esta forma, el positivismo que plantea que todo lo que se encuentra más allá de la ley no puede ser tomado en cuenta, parecería tener razón.

Sin embargo, personalmente creo que el positivismo es una doctrina que, si alguna vez pudo tener una cierta vigencia teórica, actualmente se encuentra completamente fuera de contexto con lo que pasa en el mundo real.

Si examinamos las cosas desde un punto de vista más amplio, nos encontramos que la ley es un instrumento para organizar la vida de la sociedad, la cual a su vez está compuesta por múltiples elementos, tales como los ideales políticos, las exigencias económicas, los valores y costumbres de los pueblos, etc. Por consiguiente, estudiar la ley encerrada dentro de la cápsula jurídica y sin contacto con el mundo real, puede resultar muy poco útil. Los problemas que llegan al derecho surgen de la vida social y, luego de ser tratados jurídicamente la solución tiene que darse también en la vida real.

Veamos un ejemplo bastante sencillo. Si alguien me debe dinero, necesito que me lo pague. Para ello puedo recurrir a la fuerza; pero, como hombre racional que soy, me doy cuenta que si todos recurrimos a la fuerza para solucionar los problemas terminaríamos en ese caos improductivo que Hobbes nos ha descrito y que, dándome la apariencia de que satisfago mi interés de cobrar ni dinero en forma inmediata, a la larga estoy destruyendo el sistema, lo cual me perjudicará a mí también en el futuro.

El otro camino consiste en recurrir al Derecho. Y es así como planteo una demanda judicial contra el deudor. El Derecho procesa esta demanda a través de los mecanismos estable-

cidos en los códigos procesales y expide una orden de pago bajo la forma de una sentencia. Vamos a suponer que el juez es un hombre muy ilustrado y que nos quiere dar una clase de Derecho en su sentencia, por lo cual ésta es una pieza maestra de razonamiento jurídico. Sin embargo, cuando queremos hacerla efectiva, nos encontramos que perdió tanto tiempo en redactarla que entretanto el deudor se mudó y ha desaparecido, por lo que me encuentro con un hermoso texto jurídico, casi literario, pero sin un centavo por recuperar para mi bolsillo. O, si se prefiere, pensemos que la policía por razones de ineficiencia o de temor, no nos apoya para trabar un embargo sobre los bienes del deudor, con lo cual nos quedamos igualmente con una estupenda sentencia en el papel pero sin recuperar un centavo. No sé qué piensan ustedes, futuros abogados, pero estoy seguro de que el acreedor pensaría que el Derecho es un desastre y no sirve para nada. Explicarle que la sentencia es perfecta pero que la dificultad ha estado en su ejecución, no variaría en absoluto sus sentimientos: lo que a esa persona le interesa no es una obra maestra del razonamiento jurídico sino el dinero devuelto a su bolsillo. Para eso contrató a un abogado y acudió a un juez; y sólo eso lo dejará satisfecho.

¿Diríamos que esta persona es inculta porque no sabe apreciar la belleza del razonamiento jurídico y el esfuerzo realizado por el juez? Si así lo hiciéramos, cometeríamos un error; porque esa persona lo que ha querido obtener del Derecho no es una poesía jurídica sino la solución efectiva de su problema, cosa que no ha logrado. Por consiguiente, el Derecho no puede vivir en una suerte de limbo académico, en una nube donde se reúnen unos ángeles juristas a discutir teorías muy interesantes. El Derecho es un instrumento social, es decir, un producto de la sociedad para el servicio de la sociedad. De esta forma si queremos saber si ha cumplido bien su papel en un caso determinado tenemos que preguntarnos cuál era el problema que surgió al nivel de la sociedad y obligó a recurrir al Derecho; y luego, comprobar cuál fue la solución efectiva a nivel de la sociedad que el Derecho proporciona para superar el problema. Todo lo demás –el análisis profundo de las

leyes, el estudio de la jurisprudencia, la belleza del razonamiento jurídico– no son sino medios para resolver en forma real el problema que ha sido planteado también desde la realidad. Son, sin duda, medios indispensables; pero la eficacia social del Derecho –que es su razón de ser– no se mide en función de los medios sino de los resultados sociales.

Esto implica que estudiar Derecho supone una mente amplia, plenamente consciente de los problemas de su tiempo, con una cierta cosmovisión del mundo y no solamente una visión restringida del Palacio de Justicia o de los foros académicos. El abogado tiene que ser un hombre de este mundo y, para ello, tiene que empaparse de la forma como se desenvuelve la praxis social en todos sus aspectos.

Sería muy largo en esta exposición recorrer todos los elementos que componen la praxis social y que el abogado debe tener en cuenta cuando tiene que procesar un caso para los efectos de que su resultado sea realmente adecuado al problema que le ha sido planteado.

Pero quisiera detenerme solamente en uno de esos puntos de contacto entre el Derecho y la sociedad que se ha puesto muy de moda últimamente y creo que con toda razón; en el fondo, es una moda sana porque nos hace salir del enclaustramiento jurídico en que nos había colocado el positivismo y el Derecho tradicional para acercarnos al mundo de todos los días.

Me refiero particularmente a la necesidad de que el abogado tenga ciertos conocimientos fundamentales de economía, cuando menos los suficientes para entender mejor los problemas jurídicos en los que debe trabajar.

Fijense cómo una pregunta habitual en nuestra época es: ¿cuánto cuesta? Casi es la primera frase que debemos aprender en un idioma extranjero: es una expresión idiomática hasta más básica que la forma de saludar; porque si no sabemos preguntar cuánto cuestan las cosas en un mundo en el que todo se compra y se vende, podemos morirnos de inanición. La pregunta la encontramos en todo momento en nuestra

vida diaria. ¿Vamos al fútbol? Sí, pero ¿cuánto cuesta? Deberíamos construir un puente en este lugar para ayudar a las personas que viven al otro lado. Sí, tienes razón; pero ¿cuánto cuesta? A usted le han hecho una injusticia, le han robado, le han quitado su puesto: ¿debe iniciarse un juicio? Sí, pero ¿cuánto me costará el juicio?

En realidad, el problema del costo es crucial para la toma de cualquier decisión en la vida moderna. Sin embargo, el Derecho aparentemente había quedado al margen de esta problemática, aduciendo los abogados que cumplen una función sacerdotal de defensa de la Justicia, en la que las consideraciones económicas deben ser dejadas de lado: "A mí como abogado o a mí como Juez sólo me interesa servir a la justicia y no me preocupo de las consideraciones económicas".

Todos sabemos que esa frase es una mentira, es un hábito o ropaje con el cual pretendemos cubrir una realidad que es insoslayable, pero que los abogados tienen vergüenza de reconocer: las cosas tienen un costo. Los servicios legales tienen un costo, un juicio tiene un costo. Por otra parte, no sólo el abogado va a servir a la Justicia cobrando importantes honorarios sino que el cliente tiene que tomar en cuenta los costos para los efectos de decidir si inicia un juicio, celebra una transacción o no hace nada aunque tenga toda la razón del mundo. Nadie quiere tener victorias pírricas en las que le den la razón pero pierda hasta la camiseta para pagar los honorarios de los abogados que fueron necesarios para que le den la razón.

Desde hace algún tiempo, el Derecho se ha desacralizado de alguna manera. Y esto me parece sano. Desde el momento en que el Derecho baja desde los Cielos a la Tierra, surge el interés en reflexionar sobre los temas jurídicos desde la perspectiva de la economía; y ello no como un ejercicio meramente teórico sino como medio de encontrar alternativas a la solución de problemas concretos.

Para entender mejor lo que quiero decir, vamos a adoptar primero el razonamiento puramente económico a fin de tomar el hilo desde el comienzo.

Frente a cada situación, cabe plantearse dos preguntas que relacionan el Derecho y la Economía. En primer lugar, ¿de qué manera las diferentes soluciones legales crean diferentes impactos económicos o costos en los actores dentro de la vida real? En segundo lugar, ¿hasta qué punto el análisis económico puede orientarnos para encontrar la mejor solución jurídica que atribuya los costos de la manera más justa y práctica?

En los años 60, Ronald Coase propuso lo que denominó un "teorema", que abriría los ojos hacia horizontes antes insospechados. Es interesante revisar aunque sea rápidamente ese teorema y para ello podemos utilizar el mismo ejemplo que emplea Coase y que se refiere a un caso de responsabilidad extracontractual por contaminación atmosférica.

Imaginemos una fábrica que arroja humos negros a la atmósfera que causan daños a la ropa que dejan a secar en sus azoteas cinco vecinos. Estos daños suman \$ 75 por vecino. Para evitar esto, la fábrica podría instalar un filtro que le cuesta \$ 150. Por su parte, los vecinos podrían colocar una protección en sus azoteas –un toldo, lo que fuera...– que les costaría \$ 50 a cada uno.

Supongamos que esos cinco vecinos demandan a la fábrica por daños y perjuicios, por un monto total de \$ 375, a razón de \$ 75 cada uno que es el daño causado. El Juez puede adoptar dos criterios alternativos. De un lado, puede sostener que la fábrica ha sido negligente en la eliminación de sus desechos aéreos y que, en consecuencia, hay responsabilidad por culpa y la fábrica está obligada a pagar los daños. De otro lado, puede decir que la fábrica ha actuado como un industrial razonable y que nadie debe ser obligado a realizar una actividad económica de una manera absolutamente limpia sino sólo a actuar conforme los patrones generalmente aceptados; y que, en todo caso, soportar algo de contaminación ambiental es parte de lo que toda persona debe aceptar a cambio de disfrutar de las ventajas de la civilización moderna. En consecuencia, de acuerdo a esta última posición, no habría culpa en la fábrica y la demanda por responsabilidad extracontractual sería desestimada.

En el primer caso, la fábrica puede todavía pagar la indemnización y seguir contaminando; pero cada vez tendrá un nuevo juicio por daños y perjuicios. En consecuencia, esa fábrica tendrá que pagar \$ 375 de manera periódica a los cinco demandantes. Obviamente, ante tal alternativa, preferirá instalar un filtro en su chimenea por \$ 150, lo que le sale más barato que pagar periódicamente daños y perjuicios, ya que colocando el filtro ahorra \$ 225 de daños el primer año y \$ 375 cada uno los años siguientes.

En el segundo caso, si el Juez establece que no hay responsabilidad, la fábrica no hace nada. Pero, para evitar que se les siga malogrando la ropa, los vecinos instalarán por su cuenta respectivas protecciones, lo que les costará en total a los cinco la suma de \$ 250, a razón de \$ 50 cada uno.

Sin necesidad de un análisis muy sofisticado, apreciamos que la primera solución es económicamente más eficiente que la segunda desde el punto de vista global, pues la primera sólo requiere un gasto de \$ 150 para corregir el problema, mientras que la segunda requiere que se gaste en ello \$ 250. En esta forma, la fábrica debe ser responsabilizada no tanto porque sea justo o no que pague los daños sino porque de esa manera estará compelida a evitar la emanación de esos humos; y es bueno que sea la fábrica quien lo haga porque es el "más barato agente evitador del daño". En principio, la Economía considera mejor aquello que conduce a una maximización de la ganancia con una minimización del costo. En este caso, la ganancia es siempre la misma: evitar el daño. Pero el costo de evitarlo, en términos generales, es menor si lo hace la fábrica que si lo hacen los vecinos.

Alguien podría decirme que falta algo en este razonamiento. La fábrica debe ser responsabilizada no sólo porque así se evita el daño a menor costo sino también porque es justo que así lo sea: no son los vecinos sino que es la fábrica la que creó el riesgo y ese daño juega en su provecho y, por tanto, es a ella a quien le corresponde evitarlo.

Sin embargo, esta consideración no es importante dentro de un razonamiento económico puro hasta por dos razones. En primer lugar, porque lo justo es algo relativo. En segundo lugar, porque decir que el riesgo ha sido creado en provecho de la fábrica es muy discutible. En verdad, toda la sociedad se aprovecha con el hecho de que existan fábricas, incluyendo esos vecinos que quizá trabajan en ellas o consumen productos que directamente o indirectamente tienen su origen en esa fábrica o cuando menos aprovechan la prosperidad que esa fábrica promueve en la región.

Pero, más allá de esa discusión sobre la justicia o injusticia que muchos economistas considerarían bizantina, hay otro elemento que tenemos que percibir a fin de comprender el razonamiento económico a plenitud: lo importante es que ya sea la fábrica, ya sean los vecinos, cualquiera que deba asumir el costo del daño a la ropa, va a trasladar ese costo a todo el mercado porque incrementará el precio de lo que vende en la proporción correspondiente. Si es la fábrica, ésta diluirá los \$ 150 del filtro en el precio de aquellos bienes que produce y serán los compradores quienes terminen pagando tal filtro. Si son los vecinos, los \$ 50 que cada uno paga por su protección serán diluidos en la remuneración que cobran por sus servicios a terceros o en los negocios que realizan. En uno y otro caso, son los terceros quienes pagan esos costos. Pero como en una sociedad de mercado todos se relacionan unos con otros y cada producto o cada servicio que compramos es imposible si no se han producido todos los demás productos y servicios, estos costos son esparcidos por la sociedad toda; y, en última instancia, a través de los mecanismos del mercado, no los asume nadie en particular sino todos los habitantes proporcionalmente.

Notemos que si ello es así, resulta relativamente indiferente que esos daños sean pagados en primer lugar por la fábrica o por los vecinos: en cualquier caso, el importe de tales daños será distribuido a través del mercado entre la sociedad toda y será parte del costo de la vida en común que todos tenemos que afrontar.

Entonces, la primera conclusión del teorema de Coase nos lleva aparentemente a desvalorizar el

papel del Derecho: en el fondo, da lo mismo que el Derecho norme de una manera o de otra la situación porque a la larga el mercado, a través de las innumerables operaciones que realiza continuamente, hace que todo se compense.

Sin embargo, Coase corrige esta visión errónea planteando entonces lo que llama los "costos transaccionales". Con esa expresión nos quiere decir que no todas las operaciones o transacciones se hacen tomando en cuenta sólo lo que se da o lo que se recibe, sino que además implican gastos generados por la transacción misma. Tomemos un ejemplo. Quiero comprar una determinada casa y estoy dispuesto a hacerlo por \$ 100,000 que me parece que es el precio adecuado. Pero resulta que esa casa no tiene titulación y, por consiguiente, tendré que contratar un abogado para que estudie la propiedad de la casa y reconstruya íntegramente su titulación; lo cual me va a costar los honorarios de ese abogado y los gastos correspondientes. Esto significa que el precio de la casa es siempre el mismo, pero debo pagar además \$ 20,000 por estos costos que no corresponden a lo que recibo sino que son parte de la transacción u operación.

Pues bien, la mayor parte de las transacciones no tienen costo transaccional cero sino que implican gastos significativos que no pueden evitarse. Si estos costos transaccionales fueran los mismos para todas las partes de la transacción, no tendrían relevancia pues su impacto se anularía recíprocamente. Pero sí, como sucede usualmente, algunos costos pueden ser más altos que otros, la presencia de ellos hace que la operación sea evaluada de manera diferente.

Frente a nuestro ejemplo de la contaminación, puede suceder que la fábrica decida no colocar el filtro que le cuesta \$ 150 y prefiera el riesgo de ser demandada por \$ 375. ¿Por qué? Pues porque las demandas que iniciarían los vecinos tienen un alto costo transaccional para dichos vecinos por el tiempo y el dinero que requiere un juicio. Además, siendo esos vecinos personas individuales que viven de su trabajo, no tienen la misma posibilidad de pasar esos costos a la sociedad ya que el nivel de remuneraciones es

menos elástico que el precio de los productos de la fábrica y, por tanto, difícilmente podrían vender sus servicios a un valor más alto para pagar estos nuevos gastos judiciales a los que tienen ahora que hacer frente. Por tanto, ello llevaría quizá a esos vecinos a no plantear juicios costosos y largos y, más bien, a soportar calladamente la contaminación que realiza la fábrica. Como se puede ver, la existencia de costos transaccionales ha hecho que el daño no se haya evitado automáticamente y el valor del mismo no se haya diluido en la sociedad porque los altos costos de la administración de justicia (en tiempo y en dinero) paralizan o entorpecen la sucesión de operaciones que hubieran tenido lugar si la justicia tuviera un costo cero y que habrían llevado a una erradicación del daño por el camino económicamente más eficiente. Por consiguiente, se hace necesario el Derecho para corregir la distorsión que crean los costos transaccionales colocando el peso económico de la situación en el "más barato agente evitador del daño".

En consecuencia, la segunda parte del teorema de Coase reivindica el papel del Derecho: cuando existen costos transaccionales, el Derecho debe imponer la carga o responsabilidad a aquel que es el "más barato agente evitador" del daño, de manera de lograr en forma normativa lo que el mercado habría hecho por sí solo si no hubieran existido costos transaccionales. En el caso del ejemplo que hemos comentado, posiblemente una multa administrativa a las empresas que contaminen la atmósfera resultaría más eficiente que cualquier otra solución.

No quiero preocuparlos ahora cuestionando si las conclusiones de Coase son exactas o no. Lo que quiero destacarles el método. Como pueden ver, el análisis del caso jurídico ha sido realizado tomando en consideración las consecuencias económicas de cada solución posible, lo que antes los juristas habrían rechazado totalmente por considerar que eso no era Derecho. Pues sí lo es.

Otro tema interesante para analizar desde el punto de vista del análisis económico es el de la conciliación o transacción.

En la actualidad, hay un acento muy grande en promover conciliaciones en todos los procedimientos de solución de conflictos. En los arbitrajes, ha sido tradicional que los árbitros busquen, hasta donde sea posible, un punto de encuentro entre los litigantes a fin de que la controversia se resuelva por conciliación o transacción, con preferencia al laudo o decisión arbitral. Pero ahora también el Poder Judicial ha sido instruido por ley en el sentido de que debe perseguir una conciliación entre las partes.

¿Cómo se aplica el análisis económico a las conciliaciones y transacciones?

En principio, hemos visto que el análisis económico se orienta a buscar la solución más eficiente en términos de costo/beneficio. En otras palabras, este análisis parte de una idea de lo que es racional basada en que el hombre aspira siempre a lo que le resulte más beneficioso a un menor costo.

Ahora bien, este razonamiento puede ser aplicado para determinar en qué casos una persona razonable debería buscar una conciliación en vez de ir a un juicio o llegar a una transacción sea que haya iniciado el juicio o no.

Como es sabido, toda controversia auténtica tiene un resultado relativamente incierto: no es posible establecer anticipadamente, con toda seguridad, la manera como el Juez va a resolver el conflicto; porque la aplicación de la ley no es una operación matemática y porque las razones de la otra parte pueden ser más fuertes de lo que nosotros pensamos.

En estas circunstancias, todo litigante racional debe hacerse una idea en términos de porcentaje de las posibilidades que tiene de ganar el juicio. Así, ningún litigante racional –salvo en casos muy poco frecuentes– considerará que tiene el 100% de posibilidad de ganar. Veamos con un ejemplo cómo funciona el análisis económico en estos casos.

Supongamos que una persona reclama a otra el pago de \$ 10,000 por daños y perjuicios; y, aunque no está totalmente seguro de ganar el juicio, cree que tiene 80% de probabilidades.

Por otra parte, el costo de litigar representa para él alrededor de \$ 3,000. Para facilitar el análisis, digamos que lo más probable es que el Juez resuelva que cada uno asume sus costas y costos. Si analizamos la situación aplicando el cálculo de probabilidades, podríamos decir que la reclamación del demandante vale –a su propio juicio– \$ 8,000, que es el 80% de la suma que pretende, ya que cree tener 80% de probabilidades de obtenerla. A ello hay que deducir el monto de los gastos legales por \$ 3,000, y así su reclamación tiene un valor real de \$ 5,000. Por consiguiente, todo arreglo con la otra parte por una suma igual o superior a \$ 5,000, tiene que resultarle racionalmente satisfactorio.

Supongamos también que la otra parte tiene el mismo grado de convicción que el demandante en cuanto a las probabilidades que ese demandante tiene de ganar la demanda; es decir, ese demandado comparte la idea de que tiene 80% de probabilidades de perder el juicio. Y además el juicio le costará también \$ 3,000. El riesgo de perder que tiene ese demandado es de \$ 11,000 –es decir, el 80% de la suma reclamada, que son \$ 8,000– más el monto de los gastos que asciende a \$ 3,000. Sumando ambas cifras vemos que su riesgo es de \$ 11,000. De esta manera, cualquier suma que tuviera que pagar inferior a \$ 11,000, le debería ser satisfactoria.

Por consiguiente, si el demandante estaría dispuesto a recibir cualquier monto superior a \$ 5,000 si actúa como hombre racional y si el demandado está dispuesto a pagar cualquier suma inferior a \$ 11,000 si actúa como hombre racional, encontramos que el rango de posibles arreglos entre ambas partes se sitúa entre los \$ 5,000 y los \$ 11,000. El arreglo específico será el resultado de la habilidad que cada parte tenga para negociar; y, como consecuencia de ello, se acercará más a los \$ 5,000 o a los \$ 11,000.

Como pueden ver, en este caso existen muy buenas posibilidades de llegar a un arreglo, ya que el rango es amplio y ambas partes ganan con cualquier cifra que se sitúe dentro del rango.

En cambio, si el demandado cree que tiene 80% de probabilidades no de perder sino también

de ganar el juicio, la cosa es fundamentalmente diferente. En ese caso, su riesgo es sólo de \$ 2,000 –es decir, 20% sobre \$ 10,000– más los \$ 3,000 de los gastos legales; lo que totaliza \$ 5,000. En tal hipótesis, la única posibilidad de acuerdo con el demandante está en \$ 5,000. Y si el demandado cree que tiene más de 80 % de probabilidades de no ser obligado a pagar suma alguna, ya no hay acuerdo posible.

Claro está que en la práctica las cosas no son aquí tampoco tan esquemáticas. Uno de los elementos que perturba el análisis es la falta de información de las partes y también la presencia de costos transaccionales.

Por ejemplo, si las partes no tienen una idea muy clara de sus probabilidades de ganar el juicio, pueden hacerse hipótesis totalmente fantasiosas y el acuerdo entre ellas será más difícil debido a la falta de criterios relativamente objetivos que permitan evaluar la situación de una manera convincente para la otra.

También puede suceder que el demandado sepa que va a perder el juicio, pero que prefiera litigar antes que arreglar porque sabe que los juicios en el Perú son largos y que es bien probable que entre tanto se produzca una devaluación monetaria. En ese caso, el demandado no entrará en ningún tipo de arreglo por razones también racionales, pero motivadas en elementos ajenos a la solución normal del conflicto y que responden más bien al valor de los costos transaccionales.

En resumen, el Derecho no puede ser estudiado sólo desde el punto de vista del texto de la ley y de sus posibles interpretaciones lógicas. El Derecho es un sistema práctico, es decir, un sistema orientado a facilitar la praxis social. Y ésta se da bajo múltiples facetas. En esta conversación hemos puesto el acento en las facetas económicas. Pero igualmente hubiéramos podido hablar de las facetas filosóficas, culturales o técnicas. La técnica ha revolucionado la aplicación del Derecho en los últimos diez años. Casi no nos damos cuenta de ello, pero es un fenómeno espectacular. Lamentablemente, como dije antes, no tenemos tiempo hoy de hablar de eso y lo dejaremos para una próxima ocasión.

Pues bien, lo que me ha interesado destacarles en esta charla es que el abogado no debe limitarse a aprender Derecho porque, a su vez, el Derecho no se da en la vida de manera independiente sino profundamente mezclado con todos los demás elementos que supone vivir en común. Por consiguiente, no entenderemos nada de lo que pasa en el Derecho –o, lo que es peor, lo entenderemos de manera muy torcida– si nos limitamos a aplicar la ley (con la ayuda obviamente de la doctrina y de la jurisprudencia) pero sin tener en cuenta lo que las situaciones que son apreciadas por el Derecho encierran de vida humana en su más amplio sentido del término, incluyendo tanto los derechos como las ilusiones, tanto lo jurídico como lo social, lo económico, lo psicológico y, en fin, todas esas facetas que conforman la vida real. En otras palabras, el texto jurídico hay que estudiarlo y comprenderlo dentro de su contexto social.

Y esto me lleva, para terminar, a un tema recurrente, un tema que escucho mucho entre mis alumnos, que es el de la especialización. Muchos me dicen: ¿Para qué se me obliga a estudiar Derecho Penal cuando yo quiero ser abogado corporativo y, por tanto, lo que me interesa fundamentalmente es el Derecho comercial y los contratos? O también, ¿por qué se me hace estudiar Derecho de Familia cuando yo seré tributarista? ¿No es acaso mejor que se construyan planes de estudio muy flexibles y que a cada uno se le haga estudiar fundamentalmente aquello en lo que va a trabajar en el futuro?

Yo quisiera responder a estas cuestiones con una frase del célebre médico y científico español Ramón y Cajal: "La especialización –decía– no es saber sólo una cosa sino saber muchas cosas y aplicarlas a una sola". En otras palabras, la especialización no puede ser una mutilación voluntaria del saber sino el saber orientar todo lo que sabe hacia un área o un problema en particular. El especialista no es el que sólo mira un punto, una perspectiva de las cosas; sino que es quien aplica todas las perspectivas para aclarar mejor un punto determinado.

Dentro de esa línea, el abogado debe conocer inicialmente todas las áreas del Derecho para

luego poder aplicarlas a aquella parte del Derecho que escogerá para trabajar. La única manera de adquirir una manera de pensar jurídica no es tomando sólo una parte del Derecho sino comprendiendo el razonamiento que anima todo el Derecho; y, a partir de ahí, puede después perfilarse una perspectiva de acción profesional más acorde con nuestras preferencias personales. Por eso, casi me atrevería a decir que la especialización no la da la universidad sino la vida misma. La universidad nos proporciona todo el saber básico, nos convierte en abogados en el sentido profundo del término, porque nos da una manera de pensar que es la propia del Derecho. La especialización, en cambio, surge como una sedimentación de nuestra experiencia vital y muchas veces por razones bastante diferentes.

En ciertas ocasiones nos especializamos en una rama del Derecho porque realmente nos gusta más que las otras. Pero muchas veces también la especialización surge del azar o de las circunstancias en las que nos toca vivir. Sucede que entramos a trabajar a un Estudio de Abogados donde se requiere apoyo de abogados jóvenes en el área tributaria o en el área regulatoria; comenzamos nuestra práctica o nuestra vida profesional en ese camino y resulta que nos comprometemos tanto que terminamos siendo

tributaristas o expertos en regulación, lo que quizá nunca hubiéramos pensado en los primeros años de Derecho. Y hasta nos decidimos a complementar nuestra formación de abogados con una maestría en ese campo que antes hubiéramos descartado.

Por eso, sin perjuicio de que en los últimos años de Derecho se puedan crear ocasionalmente cursos como opciones libres para facilitar la formación en una u otra especialización, la base de la enseñanza del Derecho en la universidad debe ser proporcionar los conocimientos y formar el razonamiento que todo abogado debe tener, cualquiera que sea la especialidad que escoja más tarde.

Espero que estas ideas puedan ser útiles a los futuros abogados para llevar adelante con entusiasmo su formación en la universidad. Quizá podemos estar en desacuerdo en algunos puntos, quizá alguno pondrá más el acento en otros aspectos a los que yo les he dado menos importancia. Pero, después de 54 años de ejercicio de la profesión, no cabe duda de que puedo estar equivocado en lo que digo... pero no tanto.

No nos olvidemos del viejo refrán: "Más sabe el diablo por viejo que por sabio"...