

CINCO ERRORES FRECUENTES EN LA JUSTIFICACIÓN DE PROYECTOS LEGISLATIVOS: UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Oscar Súmar Albújar*

Ex-miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Hoy en día es común que se dicten o propongan medidas regulatorias que limiten el consumo de alcohol o de comida chatarra; este tipo de disposiciones se justifican en la necesidad de corregir conductas sociales que serían reprobables. Sin embargo, al momento de dictar estas medidas, muy pocas veces se hace un análisis costo-beneficio de las normas dictadas que permita medir el impacto económico de estas disposiciones.

En el presente artículo, el autor analiza las mencionadas medidas, buscando demostrar que muchas veces hay costos ocultos que el legislador no es capaz de prever y acaban siendo asumidos por la sociedad. Por ello, propone la aplicación del test de proporcionalidad para comprobar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la disposición que va a ser adoptada. Sólo de este modo se podrá medir su impacto antes de ser aprobada.

* Abogado. Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de California, Berkeley. Profesor e investigador a tiempo completo en el Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico.

I. INTRODUCCIÓN

La justificación de los proyectos de ley en Perú dista de ser la ideal. Muchas veces, se presentan proyectos legislativos que casi no tienen sustento, más allá de la presión de un grupo de la población por la aprobación de una determinada norma. El justificar los proyectos de manera adecuada puede servir como traba para esta presión, haciendo que las leyes respondan en mayor medida al interés general.

Dentro de los errores que se pueden cometer al justificar un proyecto, existen unos que son más “técnicos” y otros más “generales”. En este breve ensayo, nos basaremos en los errores más generales. Consideramos que esto es pertinente por cuanto los errores más técnicos habitualmente están ligados al análisis costo-beneficio (ACB) de normas. Es casi imposible, en las circunstancias actuales, pensar que el Congreso va a realizar un ACB de normas “técnico” (por ejemplo, haciendo encuestas o análisis de mercado para determinar la disposición a pagar de determinados grupos).

Por esto, creemos que ya sería un paso importante que realizara un análisis menos técnico, pero que por lo menos sea útil y esté dirigido a resolver problemas reales¹. Este análisis incluiría preguntas como: ¿necesitamos esas normas?; ¿consiguen estas normas sus objetivos?; ¿se pueden analizar desde la perspectiva de costos y beneficios?; y, ¿qué efectos tendrán?

En las siguientes líneas, a través de la discusión de errores comunes al sustentar proyectos de normas, daremos algunos lineamientos que –creemos– pueden servir como guía para la elaboración de proyectos de normas en el futuro. Con este espíritu, hemos incluido un ejemplo de análisis al final que –sin ser enteramente técnico– representaría un paso (o varios) adelante en el sustento de normas.

II. ERROR UNO: JUSTIFICACIONES EQUIVOCADAS

A. Todo tiene un nivel óptimo, incluso lo “malo”

De manera representativa, al referirse a la corrupción, Laffont ha señalado que “(...) ‘Cero corrupción’ es visto aquí y en adelante, probablemente, como un nivel distinto del óptimo. Para averiguar el nivel adecuado de corrupción en una sociedad, es esencial entender los mecanismos de corrupción, para poder diseñar un análisis de costos y beneficios adecuado”².

Es frecuente escuchar a la prensa o a algún congresista justificando algún proyecto de ley sobre la base de que éste contribuiría a mejorar la calidad; la salud³ o el medio ambiente. Así, se cree que el tener productos de mayor calidad, mejorar la salud de la población o incluso eliminar los accidentes o la discriminación son metas que deberíamos tratar de alcanzar como sociedad.

Para justificar dichas propuestas, los congresistas o periodistas nos suelen dar datos como el número de personas obesas o el número de personas que fuman o el número de accidentes causados. Peor aún, algunas veces nos muestran casos aislados y de estos concluyen que algo es un problema y se debería regular.

Es muy fácil sustentar porqué habría que regular los accidentes de tránsito, la obesidad, la discriminación o la corrupción. Son temas en los que hay un aparente consenso social acerca de que son “males” y quisiéramos tener lo menos posible de ellos. Pero es lo mismo a decirte que vamos a sacar una norma para que seas flaco o tu casa esté limpia. Las personas apoyarían esa norma al considerar que tienen un costo cero o que –en todo caso– alguien distinto a ellas pagará el costo. Pero, ¿qué pasaría si

¹ SHAPIRO, Sidney y Christopher H. SCHROEDER. “Beyond cost-benefit analysis: a pragmatic reorientation”. En: Harvard Environmental Law Review 32. 2006.

² Traducción libre de: “(...) Zero corruption is observed nowhere and therefore probably not the optimal level. To target the right level of corruption in a society, it is essential to have an understanding of the mechanics of corruption for designing a proper cost benefit analysis”. LAFFONT, Jean-Jaques. “Corruption and Development”. Department of Economics, Yale University. 2002.

³ En relación con la publicidad de comida chatarra, el mediático congresista Jaime Delgado ha dicho que “(...) la alimentación, que debería ser un tema de salud, se ha convertido en una feria de promociones comerciales, donde lo último que importa es el valor nutritivo de las cosas”. En: http://jaimedelgado.pe/?page_id=913.

les digo que el ser flaco o que su casa esté limpia dependerá exclusivamente de sus esfuerzos? ¿Estarían igualmente ansiosos por aplicar dichas políticas? Una vez que entendemos que el *costo social* es un costo real, podemos aceptar que no existe un nivel infinito de “bienes”, sino solo los que estamos dispuestos a pagar como sociedad.

Así, puede percibirse cómo esta aproximación –la que predica que la baja calidad o la discriminación son problemas *per se*– es errada en varios sentidos. La principal razón es porque existe un nivel óptimo de calidad (o de baja calidad), de comida sana (o comida chatarra), de objetividad (o subjetividad: discriminación), de cuidados (o accidentes), de corrupción (o transparencia) y así infinitamente.

Decir que existe un nivel óptimo de accidentes o discriminación no significa que los accidentes o la discriminación sean cosas positivas. Pero eso es tan cierto como decir que el que mi casa esté desordenada o que yo esté con sobrepeso tampoco lo son. De eso no se deriva que yo “quiera” que mi casa esté más limpia o bajar de peso a cualquier costo. Puedo “desear” bajar de peso, pero no “querer” bajar de peso. “Querer” significa asumir los costos de hacerlo. Los niños son los ejemplos perfectos de personas que no distinguen entre “desear” y “querer”⁴. Ellos desean un dulce, pese a que no quieren las consecuencias que eso causará en sus dientes, su hiperactividad, su salud en general o su capacidad para dormir en la noche. Los adultos, producto de distorsiones mentales distintas, podemos –en algunos casos– tener un problema similar para distinguir lo que deseamos frente a lo que queremos.

De esta manera, así como individualmente queremos una determinada combinación de alimentación y ejercicios que nos lleva a un peso determinado, como sociedad también queremos un nivel de cuidados y sanciones que nos llevan a un determinado nivel de accidentes, o un determinado nivel de fiscalización que nos lleve a un nivel de corrupción dado. Ese nivel es el que llamamos “óptimo”, ni más ni menos.

B. ¿Cómo elegir el nivel “óptimo” de una actividad?

El siguiente problema –que también se suele pasar por alto– es cómo elegimos ese nivel. Lo podemos elegir mediante decisiones individuales –el mercado– o mediante decisiones colectivas –el Estado⁵. En ambos casos, estamos tratando de llegar a una decisión. El que creamos que la mejor alternativa es el mercado, no significa que no nos importe la decisión. Solo significa que creemos que –en ese caso en particular– el mercado puede llegar a un nivel más cercano al óptimo de lo que haría la regulación.

Existe una presunción acerca de que el mercado llega más veces al óptimo. Esto es así porque los agentes del mercado cuentan –por lo general– con más incentivos e información que el Estado. Siguiendo con nuestra analogía, ¿qué preferiría, usted mismo elegir su combinación de “ejercicios más dieta” o que alguien la elija por usted y lo obligue a hacerlo? Quizá algunos que estén muy preocupados por su peso y no confíen en su fuerza de voluntad elegirían al “agente externo”, pero la mayoría de personas preferiríamos conservar nuestra habilidad para decidir cuánto y qué comemos y cuánto ejercicio hacemos. Esto es así porque conocemos mejor nuestras preferencias que un extraño y porque tenemos más incentivos para hacer lo que nos hace felices, dado que sufrimos en carne propia las cosas que no nos hacen felices y disfrutamos en carne propia las que sí nos hacen felices.

C. Las justificaciones a la regulación

Dada esta presunción a favor del mercado, se dice que las decisiones colectivas deben estar justificadas. Ya vimos que apelar a males sociales en términos absolutos no es una justificación adecuada. El tipo de justificación que necesitamos es uno del tipo: “estamos en un nivel distinto del óptimo”. Pero, nuevamente, el mercado es el que mejor nos indica cuando estamos en el nivel óptimo. Por esto, diremos que solo cuando el mercado no funciona, se rompe la presunción de que estamos en un nivel cercano del óptimo y que

⁴ EPSTEIN, Richard A. “Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections”. En: <http://lawreview.uchicago.edu/issues/archiv/v73/winter/07.Epstein.pdf>.

⁵ CALABRESI, Guido. “The Cost of Accidents”. New Haven: Yale University Press. 1970.

—por tanto— se justifica una decisión colectiva (regulación) que nos lleve al óptimo, ante la falla del mercado.

En otras palabras, sólo diremos que estamos en un nivel distinto del óptimo cuando las personas realicen una actividad que —en realidad— no valoran realizar a ese nivel. Es decir, cuando —ante la ausencia de regulación— existe una disociación entre “desear” y “querer”. Un caso en el que puede existir dicha disociación es cuando las personas no pagan todo el costo de una actividad que realizan. Por ejemplo, las personas no pagamos todo el costo del transporte. Alguien me podrá decir “pero yo pago la gasolina y mi carro y el tiempo que me demora manejar y tributos por manejar”. Y es verdad, pero no paga por el ruido que ocasiona cada vez que toca el claxon y le causa un daño a los vecinos o la contaminación que genera o el aumento del tráfico o el desgaste de la pista o el riesgo de los transeúntes, etc. Al no cubrir todos los costos que genera al manejar, esa persona está siendo subsidiada y —por tanto— realizando una actividad más de lo que lo haría si es que no lo fuese. Claro, en este ejemplo, la solución no sería regular, sino más bien “desregular”, privatizando las pistas.

Los casos en los que las personas no asumen los costos de lo que hacen se han agrupado bajo el membrete de “fallas de mercado”. Estas fallas son un “número cerrado”. Es decir, no cabe inventarnos justificaciones. Algunas de las justificaciones incluyen: externalidades no internalizadas; asimetría informativa; monopolios naturales; bienes públicos e irracionalidad.

Cabe resaltar que hay que ser muy cuidadoso al usar estas justificaciones. Muchas veces se usan equivocadamente. Algunas veces se dice que hay “externalidades”, pero éstas han sido ya internalizadas o se dice que hay un

“monopolio natural” cuando en realidad solo hay unos costos hundidos grandes o se dice que hay “irracionalidad” cuando lo que hay es un comportamiento perfectamente racional.

Además, el que el mercado tenga fallas, no nos debería derivar directamente a la regulación. Es de notar que —aunque el mercado tenga fallas— estas no necesariamente son mayores que las “fallas de la regulación”. Los reguladores tampoco son racionales o no tienen suficiente información o incentivos para encontrar el óptimo social. En ese sentido, Gary Becker ha señalado que: “Cuando una industria en el sector privado no está desarrollándose de manera eficiente o efectiva, se dicen que hay una ‘falla de mercado’. La recomendación de los economistas y otros típicamente es que el gobierno actúe para combatir dicha falla, por ejemplo con tributos para reducir la contaminación. El diagnóstico de la falla puede ser correcto, pero el llamado a la intervención del gobierno puede ser ingenuo o inapropiado. La razón es que los gobiernos no necesariamente hacen lo que los economistas u otros quieren que hagan, porque existen las ‘fallas de gobierno’, así como existen las fallas de mercado. Antes de recomendar acciones de gobierno para corregir fallas de mercado, uno debe considerar si las políticas que el gobierno efectivamente llevará a cabo empeorarán, antes que mejorar, los resultados del sector privado. Desde que muchos factores influyen en importantes errores del gobierno, considerar dichas fallas es crucial y no solo un punto de vista teórico más fino”⁶.

En este sentido, muchas veces la motivación del gobierno para regular se puede encontrar en la presión de grupos de interés o en la corrupción. En ese sentido, en su famoso artículo “The Theory of Economic Regulation”⁷, George Stigler —partiendo de la premisa de que la regulación es habitualmente puesta a

⁶ Traducción libre de: “When an industry in the private sector is not performing efficiently or effectively, there is said to be “market failure”. The recommendation by economists and others typically is then for government actions to combat such failure, such as taxes to help reduce pollution. The diagnosis of market failure may be accurate, but the call for government involvement may be naïve and inappropriate. The reason is that actual governments do not necessarily do what economists and others want them to do because there is “government failure” as well as market failure. Before recommending government actions to correct market failures, one should consider whether actual government policies would worsen rather than improve private sector outcomes. Since many factors often make for considerable government failure, considering such failure is crucial and not just a theoretical fine point”. Autor: BECKER, Gary. “Market Failure Compared to Government Failure”. Consultado en: <http://www.becker-posner-blog.com/2011/09/market-failure-compared-to-government-failure-becker.html>

⁷ En: The Bell Journal of Economics and Management Science 1. 1971.

pedido de las propias empresas reguladas y para favorecerlas— señala que las empresas pueden ser beneficiadas por la regulación de diversas maneras, los cuales pueden ser resumidas en dos grandes grupos: mediante subsidios directos o mediante la imposición de barreras de entrada para sus competidores. Dentro de este segundo grupo, típicamente, se encuentra la fijación de estándares.

Siguiendo esta línea, ha sido señalado por Withman que: “(...) Legislación dirigida a garantizar la calidad y seguridad de los productos puede fácilmente tener el efecto, queriéndolo o no, de proteger los intereses de los productores establecidos. Esto tiene que ver en gran medida con la dinámica de la competencia. Estándares de alta calidad y seguridad pueden tender a proteger la posición de los productores establecidos en una industria dada. Allí donde existan estos estándares de protección al consumidor, nuevos competidores no podrán entrar ofreciendo productos de relativamente menor calidad”⁸.

D. El caso de la comida chatarra

La justificación para regular la comida “chatarra” es que la obesidad es una epidemia que afecta la productividad de las personas y su salud. Como muestra de esto, nos enseñan unos datos que nos dicen que —efectivamente— las personas están más gordas que antes y que esto —efectivamente— causa problemas a la salud y una reducción de la productividad. A su vez, nos muestran datos sobre los gastos en los que incurre el Estado al subsidiar los seguros de salud y las atenciones médicas recibidas por los obesos.

No tenemos dudas sobre esos datos pero, ¿son sustento suficiente para regular? Creemos que no. ¿Las personas están comiendo más comida chatarra que la que realmente quieren? ¿Cuál es la falla del mercado que sustenta la regulación? ¿Externalidades? Pues no, las propias personas obesas sufren

las consecuencias de su obesidad al ganar menos ingresos por trabajar menos. Los gastos hospitalarios, así sean asumidos por el Estado, no son una externalidad. El propio Estado ha decidido hacerlos, así como puede decidir mañana no hacerlos. ¿Falta de información? Las personas saben que comer comida chatarra no es saludable. No lo dejan de hacer no porque no tengan información, sino porque no tienen recursos para comprar mejor comida. Está demostrado que una mala alimentación está asociada a menores niveles de ingresos⁹. Esto es perfectamente compatible con nuestro punto, además: las personas eligen, de acuerdo a sus ingresos, su nivel óptimo de alimentación. ¿Irracionalidad? También está demostrado que priorizar la comida alta en azúcar y grasas es perfectamente racional desde el punto de vista nutricional.

“La realidad es que la gente que no tiene suficiente dinero (o el equipamiento o capacidad de almacenamiento) para comprar y preparar comida decente en cantidades decentes no puede (y no debe) ser forzada a preocuparse por los detalles más finos sobre nutrición. Esto, porque tener comida suficiente es siempre nuestra prioridad. Es por eso que Elyn Satter (...) creó la Jerarquía de Necesidades Alimenticias. La jerarquía es como sigue:



La idea es que, antes de preocuparnos por cosas como la nutrición (esto es, “comida instrumental”) primero tenemos que “tener” comida. Suficiente comida. Consistentemente.

⁸ WHITMAN, James. “Consumerism versus Producerism: A Study in Comparative Law”. En: Yale Law Journal 117. 2007. Traducción libre de: “Legislation intended to guarantee the quality and safety of consumer goods can easily have the effect, intended or unintended, of protecting existing producer interests. This has to do largely with the dynamic of competition. High quality and safety standards may tend to protect the position of existing competitors in a given industry. If there are such consumer protection standards in place, new entrants cannot break in by offering relatively low-quality goods”.

⁹ OSTERWILL, Neil. “Fat, Cheap, and Out of Control. Eating healthfully may be a luxury many cannot afford”. En: <http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=52444>.

Y tiene que ser aceptable para nosotros (lo que, para algunas personas, puede significar no venir de la basura, o cumplir con ciertos estándares de preparación) y tiene que saber razonablemente bien. Un poco de variedad es buena, también”¹⁰.

Sigue, señalando que la “comida chatarra” —muchas veces— puede ser la mejor alternativa para una persona con pocos recursos y hambre: “(...) es muy probable que haya una razón evolutiva acerca de por qué desarrollamos ciertas preferencias por sabores. Y no es porque somos totalmente depravados y destinados a amar los Twinkies (u otros dulces) por siempre y para siempre, amén. Es porque, en su mayoría, esas preferencias nos mantuvieron alimentados y sin problemas, con alimentos suficientes, en el pasado. Y todavía lo hacen.

Para la mayoría de nosotros esto se vuelve evidente (...) cuando tenemos hambre. Estoy seguro que han notado que un queque o comida frita o cosas por el estilo se convierten en *súper apetitosas* cuando te has salteado una comida o has empezado una dieta.

No es por nuestra falta de fuerza de voluntad o porque hemos nacido con una preferencia por la “mala, mala comida chatarra” —es porque esas comidas están repletas de lo que tú necesitas en ese momento: energía. Significando, calorías —la mayoría de las cuales vienen de carbohidratos (sean harina o azúcares) que te dan energía al instante, y

grasa para más energía (y sensación sabrosa y cremosa en la boca, para despejar).

Ahora, extiende este argumento a una persona que —regularmente— no tiene suficiente comida...”¹¹.

Ante esto, la comentarista señala que —antes de pretender “informar” a los pobres acerca de las “mejores” alternativas nutricionales— la solución pasaría por darles recursos a los pobres. En sus palabras: “¿Quieres que la gente coma mejor? Dales suficiente dinero, un lugar para cocinar y guardar comida, y acceso a una variedad decente de alimentos. Luego de eso, te puedes empezar a preocupar por los puntos más finos sobre nutrición”¹². Aplastante lógica.

De esta manera, vemos como no existe una justificación—en este caso—para reemplazar las decisiones de los individuos por las decisiones estatales. Al reemplazarlas, lo que estamos haciendo, simple y llanamente, es llevar el nivel de consumo de comida chatarra a un nivel distinto del óptimo. Eso, en castellano, significa, para las personas sin recursos, privarlos de la mejor alternativa nutricional disponible, dadas sus circunstancias. Para los que tenemos suficientes recursos, significa no comer tanta comida chatarra como quisiéramos. Lo demás, es retórica.

E. El caso de la calidad en educación

En el caso de la educación, la justificación es la ausencia de calidad. Aquí, se citan

¹⁰ Traducción libre de: “(...)“The reality is that people who don’t have enough money (or the utilities and storage) to buy and prepare decent food in decent quantities cannot (and should not) be arsed to worry about the finer nuances of nutrition. Because getting enough to eat is always our first priority.

That’s why Ellyn Satter (yes, her again) created the Hierarchy of Food Needs. Which looks like this: (...). The idea is that, before we worry about nutrition (i.e., “instrumental food”) we’ve first got to have food. Enough of it. Consistently. And it’s got to be acceptable to us (which, for some people, might mean not coming from the garbage, or meeting certain standards of preparation) and it’s got to taste reasonably good. A little variety is nice, too”. Tomado del blog A Fat Nutritionist: <http://www.fatnutritionist.com/index.php/if-only-poor-people-understood-nutrition/>

¹¹ Traducción libre de: “(...) there’s likely a strong evolutionary reason why we developed certain flavour preferences. And it’s not because we’re totally depraved and destined by our love of Twinkies to doggy-paddle the Lake of Fire forever and ever, amen. It’s because, for the most part, those preferences kept us fed and out of trouble with food. And they still do.

For most of us, this becomes apparent for the second reason listed above — when we’re hungry. I’m sure you’ve noticed how cake and fried foods and whatnot become super massively appealing when you’ve either missed a meal or started a diet.

It’s not because you lack willpower or have an inborn preference for bad, bad junk food— it’s because those foods are naturally jam-packed full of what you need right that instant: energy. Meaning, calories —most of them coming from carbohydrate (whether it’s starch or sugar) for instant energy, and fat for MOAR energy (and tasty, creamy mouthfeel, to boot).

So, extend this to someone who doesn’t have enough food on a regular basis”. En: *Ibidem*.

¹² Traducción libre de: “You want people to eat better? Give them enough money, a place for cooking and storage, and access to a decent variety of food. Then you can worry about the finer points of nutrition”. *Ibidem*.

casos escandalosos donde facultades son abiertas en garajes o personas obtienen títulos sin haber ido a clases. Como se ve –nuevamente– es un caso muy fácil de sustentar. Nuevamente, sin embargo, el error está en pensar que un “mal” –por sí mismo– es justificación para regular.

Existe un nivel óptimo de calidad y es el que las personas están dispuestas a pagar. El que ese nivel sea alto o bajo, además de ser algo en gran medida subjetivo, no es un sustento para regular, como ya hemos explicado al comienzo de esta sección. Importa que nuestro nivel de calidad –o de gordura– sea compatible con nuestros propios intereses, no que este nivel le “guste” al resto de la sociedad.

El único sustento por el cual este nivel podría representar un costo social es si tenemos motivos para pensar que estas decisiones individuales nos están llevando a un nivel distinto del óptimo. Esto podría ocurrir, como ya explicamos, porque hayan problemas de competencia (incluyendo externalidades, asimetría informativa, etc.) o irracionalidad.

En el caso de la educación universitaria, se ha dicho que existe un problema de información. Los estudiantes no saben que llevando cursos en “x” universidad no conseguirán empleo y los consumidores no saben que si contratan a un abogado de la universidad “y” perderán su caso. Aunque esta justificación ésta ampliamente difundida, sin embargo, no existe ninguna prueba empírica de su veracidad.

La universidad o el profesional de “baja calidad” son iguales, en cierto sentido, a la hamburguesa o la pizza. Podemos explicarle a alguien como esa hamburguesa no es la mejor opción, pero la opción final de esa persona no depende de lo que le digamos, sino de sus preferencias, lo cual está fuertemente asociado a su nivel de ingresos. Las personas con altos ingresos no tienen problemas eligiendo universidades, ni profesionales

que los sirvan; así como no tiene problemas eligiendo comida sana.

Problemas como la mala alimentación o educación no se resuelven con normas, sino combatiendo la pobreza. Si las personas fueran ricas, comerían mejor y estudiarían en “mejores” –o más caras– universidades.

Finalmente, regular y –por tanto– restringir alternativas, no va a mejorar la situación de estas personas pobres. A un pobre, cuando se le quitan alternativas, se le vuelve más pobre. Esta persona –probablemente– tenía buenos motivos para estudiar en una “mala” universidad. Estudiar le reporta mayores ingresos o –incluso– satisfacción personal.

Al respecto, habría de tomarse en cuenta el estudio de Gustavo Yamada en relación con los retornos a la educación superior en el mercado laboral. Según las cifras recogidas y analizadas por Yamada, los retornos obtenidos por personas con educación universitaria son ampliamente superiores a los obtenidos por personas con solo secundaria completa (14.6% frente a 2.8%: cinco veces superior) o educación superior técnica (14.6% frente a 7.6%: 92% mejor)¹³. A nivel macro, el acceso a educación universitaria es tomado en cuenta como una de las variables para medir el desarrollo de un país. Tanto en reportes del World Economic Forum, cuanto en otros, como las estadísticas de los países conformante de la OECD¹⁴, el que haya muchas personas ingresando a las universidades se toma como un factor positivo. En Perú, paradójicamente, el que hayan muchas universidades y muchas personas estudiando, se ve como algo negativo. Cerrar universidades se ve como un paso importante para mejorar el acceso a la educación (“de calidad”).

Nuevamente, al igual que en el caso de la comida, el acceso a cualquier educación es lo primero que debemos lograr, para luego preocuparnos por el detalle de si esa educación cumple con unos criterios reales o inventados de calidad.

¹³ YAMADA, Gustavo. “Retornos a la educación en el mercado laboral: ¿vale la pena el esfuerzo?”. Lima: Fondo Editorial UP y CIES. Documento de trabajo 78. 2007. En: <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/49bibliodesad.pdf>

¹⁴ En: http://www.oecd-ilibrary.org/education/tertiary-education-entry-rates_20755120-table2.jsessionid=10gcj355p3rp5.d.elta

III. ERRORES: CONFUNDIR “REDISTRIBUCIÓN” CON “BENEFICIO” O “COSTO”

Todas las normas redistribuyen. Cada vez que el Estado dicta una norma, asigna una “titularidad”. Al hacerlo, está convirtiendo en más rico a un grupo de personas a expensas de los demás. El que estas personas reciban un beneficio como consecuencia de la norma, no significa que la sociedad –como conjunto– esté mejor, desde el punto de vista de la eficiencia. Tal como ha sido señalado por Ortiz de Zeballos y Guerra-García “(…). Las llamadas transferencias equivalentes se producen cuando un proyecto genera un traslado de recursos de un sector a otro sin generar un efecto neto en la sociedad”¹⁵. Ese tipo de transferencia no forma parte –propriadamente– del análisis. Las razones basadas en la “justicia redistributiva”, por más atendibles y buenas que sean, no forman parte del ACB. Esto no quiere decir que el ACB esté incompleto, ni que el argumento redistributivo siempre sea “malo”. Sólo significa eso: que la redistribución no forma parte de este análisis, ni más ni menos¹⁶.

Si una norma consigue “aire puro”, claramente, las personas que demandan aire puro estarán mejor; pero las personas que demandan libertad para realizar actividades industriales, estarán peor. Más allá de los motivos que tengamos para preferir a un grupo sobre otro, salvo mayor información al respecto, estamos exactamente igual como sociedad –o incluso peor– con cualquier combinación de “contaminación más industria” distinta a la que hubiese llegado el mercado ante la ausencia de una norma.

A. El caso de los fumadores versus los no fumadores

Tome el ejemplo de las normas que prohíben fumar en lugares públicos: ¿cual es el beneficio de dichas normas? Supuestamente, el beneficio radica en que unas personas podrán respirar aire libre de humo. Este beneficio, sin embargo, se ha hecho a expensas de

las personas que querían fumar en lugares públicos. Así, cualquier beneficio a favor de los no-fumadores tiene como correlato un costo o pérdida sufrido por los fumadores. Si asumimos –como seguramente aceptarán incluso los más radicales opositores del tabaco– que los fumadores también son parte de la sociedad, tenemos que –en principio– los beneficios y las pérdidas sociales se igualan.

La única manera de considerar que ha habido un “beneficio” social es si averiguamos quien –si los fumadores o los no fumadores– valoran más la norma anti-tabaco o pro-tabaco. Lamentablemente, no existe una manera libre de controversias de averiguar quien valora más el bien, ante la ausencia de un mercado. La manera en la que las personas expresan sus preferencias “reales” es mediante pagos en mercados. Por este motivo, recordando la sección anterior, solo estamos dispuestos a regular un mercado cuando éste presente fallas que hagan imposible considerar esa como la verdadera “valuación” de los bienes.

En el caso específico del tabaco, existe una externalidad principalmente causada por los fumadores. Sin embargo, no podemos dejar de lado el carácter recíproco de las externalidades. Los no-fumadores contribuyen –con su presencia– a la ocurrencia de dichas externalidades. Dichas externalidades, como hemos explicado en el punto anterior, no necesariamente son –en sí mismas– una buena justificación para la regulación, pues uno podría asumir que el mercado puede “corregirlas”.

La manera en que se puede corregir esta externalidad es si las propias empresas crean lugares para no-fumadores o si prohíben en total fumar en sus locales. Por ejemplo, los cines ya han adoptado dicha política. A nadie se le ocurre ahora prender un cigarro en un cine, pese a que hace veinte años era una práctica común y socialmente aceptada.

Los no-fumadores pueden votar con su dinero por una sociedad anti-tabaco: solo

¹⁵ ORTIZ DE ZEBALLOS, Gabriel y Gustavo GUERRA-GARCIA. “Introducción al ACB de normas”. Lima: Apoyo. 1998. p. 27.

¹⁶ “El afirmar que la eficiencia económica no es el único factor a considerar por los que determinan la política no equivale a decir que el análisis de la ganancia-costo deba adaptarse o cambiar para considerar todos los aspectos relevantes de interés para quien ha de tomar las decisiones”. En: ANDERSON, Lee y Rusell SETTLE. “Guía práctica para el análisis beneficio-costo”. Mexico: Diana. 1981. pp. 34-35.

deben preferir los lugares libres de humo. Los amantes del tabaco pueden hacer lo mismo. El resultado sería una combinación de lugares libres de humo y lugares con humo. Lo que tenemos, en cambio, es una decisión estatal de “todo o nada” beneficiando a los no-fumadores a expensas de los fumadores. Esta política, aunque quizá pueda ser justificada en términos éticos o redistributivos, no necesariamente representa un “beneficio” en términos económicos.

B. El caso de la vigilancia de los estacionamientos (redistribución no equitativa)

En 2009 se dictó la “Ley que regula el servicio de estacionamiento vehicular”. Esta ley respondió a una demanda de la población por mayor seguridad en los establecimientos comerciales. Había ocurrido que personas fueron robadas en establecimientos comerciales (por ejemplo, McDonalds) y luego las empresas no se quisieron hacer responsables por las pérdidas. La respuesta de las empresas fue percibida como injusta y la batalla fue tomada –sin demora– por los defensores de los derechos de los consumidores. Parecía claro que las empresas debían hacerse responsables por las pérdidas.

Sin embargo, esta norma no reporta ningún beneficio social. Los estacionamientos son servicios que importan un costo equivalente al bien que otorgan: seguridad. La pregunta –mas bien– es quien paga el costo y quien recibe el beneficio. Antes de la ley, el costo lo pagaba el que sufría la pérdida. Después de la ley, el costo lo pagamos todos los que compramos productos en dichos establecimientos. Pero sucede que no todos los que compramos productos en dichos establecimientos tenemos carro. Entonces, los que no usamos carro estamos pagando por un servicio –vigilancia en estacionamiento y seguro anti-robos– que nunca vamos a usar.

Para completar el esquema, resulta que los que no tenemos carro somos –en promedio– menos ricos que los que sí tienen. Entonces, se trata de un subsidio hecho por las personas con menos recursos a las personas con más recursos dentro de las sociedad. El mundo al revés.

Las personas que claman por seguridad en estacionamientos como el de McDonalds

“desean” vigilancia, pero no la “quieren”. Quererla significa pagar su costo. ¿Estarían dispuestos a pagar S/. 5.00 en un estacionamiento en McDonalds para comprar una hamburguesa de S/. 2.50? No. Por eso, el “esquema” solo tiene sentido si el estacionamiento o el seguro anti-robos es pagado por otros. Eso se puede obtener –en el Perú de hoy– a través de la presión política y la retórica de los derechos del consumidor.

C. El caso del cobro de pensiones en los colegios y universidades

El artículo 16 de la Ley de los Centros Educativos Privados señala que: “Los Centros y Programas Educativos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los usuarios, ni la evaluación de los alumnos, al pago de las pensiones”.

El en caso de las universidades, el Indecopi ha pretendido instaurar una política equivalente. No es posible retirar a un alumno a la mitad del semestre por no pagar la pensión.

Al hacer esto, se resta a las universidades la capacidad de cobrar. No existe ninguna justificación para esto. Sin embargo, el efecto redistributivo es claro. Cualquier pérdida de la universidad va a ser cargada en las pensiones. De esta manera, quienes paguen a tiempo subsidiarán a los morosos. El Estado ya tiene un sistema para subsidiar la educación y es a través de las universidades o colegios públicos. No se entiende –así– la necesidad de un subsidio adicional que estaría dirigido a personas con mayores recursos.

IV. ERROR TRES: CONFUNDIR “DISPOSICIÓN DINERARIA” CON COSTO

“En lo que concierne al aspecto económico, la aprobación de esta norma no representa ningún egreso o gasto para el presupuesto público”.

Un lector peruano no se sorprenderá al saber que ese párrafo ha sido sacado de un proyecto de ley real. Tampoco se sorprenderá al saber que la mayoría de proyectos de normas en nuestro país incluyen esta misma –nefasta– fórmula.

Esta consideración está profundamente equivocada por cuanto, tal como han

señalado Anderson y Settle: “(...) El análisis de la ganancia-costos no es cuestión simplemente de sumar todos los efectos de un proyecto, etiquetando todos los que parecen buenos como ganancias y todos los que parecen malos como costo. Esto puede traducirse en la inclusión de cosas que no debe ser incluidas, en contar otras dos veces y, en ocasiones, en especificar inadecuadamente algunas, de tal forma que los costos lleguen a convertirse en ganancias o viceversa. Tampoco consiste en un simple registro de las transferencias financieras del proyecto. Los beneficios no se traducen siempre en ingresos, ni tampoco pueden todas las salidas de dinero considerarse como un costo social”¹⁷.

Efectivamente, hay normas que no importan un desembolso dinerario, pero eso no quiere decir que no tengan costos en términos económicos. Piense, por ejemplo, en una norma prohibiendo a las personas salir de sus casas. Esa norma probablemente no implicaría un gasto dinerario –más allá del costo general de hacer cumplir una norma–, pero sí representaría un costo social: el costo de oportunidad. Si no pueden salir de sus casas, esas personas están perdiendo utilidad. Como sociedad, una norma prohibiendo a las personas salir de sus casas, nos vuelve más pobres.

Del mismo modo, una norma imponiendo estándares para la educación; prohibiendo la comida chatarra; o, el tabaco, también nos convierten en más pobres en la medida en que nos quitan alternativas y nos generan –así– costos de oportunidad.

V. ERROR CUATRO: EL MITO DE LOS BIENES “INCONMENSURABLES”

Un cuestionamiento tradicional al ACB de normas es que hay algunos bienes que son “inconmensurables”, sobre los cuales no se puede predicar un valor dado, lo que convierte al ACB en impracticable. Un típico ejemplo, además, es el de la vida. Críticos del ACB han señalado que: “(...) el análisis costo-beneficio

no puede producir decisiones más eficientes porque el proceso de reducir la vida, la salud o el mundo natural a valores monetarios es inherentemente equivocado”¹⁸.

Esta crítica tiene un trasfondo ético. Tal como ha sido señalado por Mejía: “La principal crítica que ha recibido el ACB viene por el lado de la ética. En líneas generales, esta crítica señala que es imposible ponerle un valor monetario a bienes como la vida humana, la salud, la seguridad, etc. Se arguye que al no tener estos bienes un valor que pueda reflejarse en un precio en el mercado, no es posible para el ACB poder determinar, por ejemplo, cuando es más beneficioso o más perjudicial establecer un plan de salud, porque no es posible determinar el valor exacto de una vida humana”¹⁹.

Para ilustrar un punto en relación con esto, me referiré justamente a un caso decidido sobre esta premisa: “no se le puede asignar un valor a la vida”. En enero de 2005, entró en vigencia una norma (*Luftsicherheitsgesetz*) en Alemania, dictada como respuesta a los atentados del 9/11, que establecía que cualquier avión comercial aparentemente secuestrado por terroristas que pudiera ser utilizado como arma por estos, podía ser derribado por el ejército alemán.

Nosotros consideramos que bajo esta norma se encuentra una simple ecuación según la cual, si el valor de las vidas dentro del avión multiplicado por la probabilidad de que ocurra el ataque es mayor que el valor de las vidas que serían perdidas como consecuencia de éste; entonces el avión debe ser derribado. Como se ve, esta simple ecuación implica realizar un acto controvertido: asignarle un valor a la vida.

Precisamente, ese punto fue utilizado como sustento por el Tribunal Constitucional alemán, el cual declaró inconstitucional la ley basado en que se utilizaba la vida de las personas en el avión como instrumento para salvar la vida de las personas en tierra,

¹⁷ ANDERSON, Lee y Rusell SETTLE. Op. cit. p. 34.

¹⁸ Traducción libre de: “(...) cost-benefit analysis cannot produce more efficient decisions because the process of reducing life, health, and the natural world to monetary values is inherently flawed”. En: HEINZERLING, Lisa y Frank ACKERMAN. “Pricing the Priceless. Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection”. Georgetown Environmental Law and Policy Institute. 2002. En: <http://www.ase.tufts.edu/gdae/publications/C-B%20pamphlet%20final.pdf>.

¹⁹ MEJIA, Giancarlo. “El análisis costo-beneficio de las normas”. Lima: Editorial Académica. 2010. p. 19.

asignándoles así un valor determinado. Esto contradice el principio del derecho constitucional según el cual la vida no tiene un valor determinado, ni puede ser utilizada como instrumento. La “dignidad” es el concepto base de esta conclusión.

Incluso cuando los más fervientes defensores del ACB conceden que asignarle un valor a la vida puede ser un procedimiento complicado, algunos críticos señalan que dicha valuación no puede ni si quiera ser hecha, en principio²⁰. Esta apreciación pierde de vista –sin embargo– que “cuando los reguladores escogen entre alternativas, ellos están valorando inconmensurables implícitamente; el análisis simplemente tiene el problema de no tener un procedimiento cuantitativo generalmente aceptado (...)”²¹.

Esto es lo mismo que hacemos en nuestra vida diaria. Por más importante que consideremos nuestra salud, no nos hacemos un análisis médico todos los días. La razón no es que nuestra salud no sea importante para nosotros, sino que tenemos usos más urgentes para nuestro tiempo y dinero²². Sin embargo, tal como menciona Frank: “La escasez es simplemente un hecho de la condición humana. Para tener más de algo bueno, debemos tener menos de otra cosa. Decir que diferentes valores son inconmensurables simplemente nubla el pensamiento sobre *trade-offs* complicados”²³.

Incluso la renombrada filósofa del Derecho Martha Nussbaum, quien es escéptica al uso del ACB en general, reconoce que “Asignar un valor monetario a una opción no implica que hemos reducido el bien a nada más que la moneda común del dinero”²⁴.

Por esto, la próxima vez que se vea tentado a pensar que es imposible ponerle un valor a la vida o a la salud, piénselo de nuevo.

VI. ERROR CINCO: NO CONSIDERAR LOS “COSTOS OCULTOS” DE LAS NORMAS

¿Qué pensaría si le dijera que la norma que obliga a ponerse cinturón de seguridad al manejar un auto contribuye a causar más accidentes de tránsito? En 1975, Sam Peltzman escribió un artículo con un gran impacto: “The Effects of Automobile Safety Regulation”²⁵. En éste, el profesor de la Universidad de Chicago intentó probar que, aunque el uso de cinturón de seguridad podría reducir las muertes entre los conductores, no reducía la cantidad de accidentes en general, ni la cantidad total de muertes; sino que más bien podía tener el efecto exactamente contrario. Esto es así porque, si bien los conductores se encuentran más “seguros”, esta seguridad se traduce en *riesgo moral*, lo que puede llevar a un manejo menos responsable, causando más accidentes en general y muertes entre transeúntes y pasajeros sin cinturón de seguridad. La fría, pero ingeniosa, conclusión de Peltzman fue: incentivar el uso de cinturón entre los pasajeros, pero no entre los conductores.

Existen muchos otros ejemplos de esto. Una norma imponiendo restricciones a la creación de universidades podría tener el efecto de reducir la calidad educativa; una norma incentivando la lactancia materna podría causar mayor desnutrición infantil²⁶; una norma prohibiendo la comida chatarra podría empeorar la nutrición; una norma prohibiendo el tabaco podría generar más muertes y daños a la salud en el agregado y así.

La idea detrás de estos ejemplos es decir que muchas veces nos quedamos en la superficie, sin darnos cuenta que las normas que proponemos o analizamos tienen efectos que van mucho más allá de lo obvio. Las herramientas económicas muchas veces sirven para dar este paso *extra*.

²⁰ FRANK, Robert. “Why cost-benefit analysis is so controversial?”. En: ADLER, Matthew y Eric POSNER (editores). “Cost-benefit analysis. Legal, economic and philosophical perspectives”. Chicago: The University of Chicago Press. 2001. p. 78.

²¹ SASSONE, Peter y William SCHAFFER. “Cost-Benefit Analysis”. London: Academic Press. 1978. p. 35.

²² FRANK, Robert. Op. cit.

²³ *Ibidem*.

²⁴ NUSSBAUM, Martha. “Moral limits of CBA”. En: EDLER, Matthew y Eric POSNER (editores). Op. cit. p. 195. En: *Journal of Political Economy* 83.

²⁶ AVELLANEDA, Julio y Óscar SUMAR. “Paradojas de la regulación de la publicidad en Perú”. Lima: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico. 2010.

Una buena manera de ordenar el análisis es utilizando el test de proporcionalidad²⁷. El test se divide en tres partes:

- a) Sub-principio de idoneidad: se analiza si la norma cumple o no su propósito.
- b) Sub-principio de necesidad: se analiza si existe una alternativa menos gravosa para lograr el mismo propósito.
- c) Sub-principio de necesidad en sentido estricto: se analiza si la norma tiene menos costos que beneficios.

En el apartado siguiente, aplicaremos este test, a modo de ejemplo.

VII. ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD DE LA NORMA QUE IMPONE RESTRICCIONES TEMPORALES AL CONSUMO DE ALCOHOL EN LIMA METROPOLITANA.

A. ¿Cuál es la justificación de esta norma?

El propósito de la norma es reducir las *externalidades* ocasionadas por el consumo de alcohol. Se entiende que estar ebrio en la vía pública es una causa de externalidades. Dichas externalidades, por lo menos parcialmente, se relacionan con el desorden público; la criminalidad asociada al consumo de alcohol; y, la ocurrencia de accidentes automovilísticos.

¿Es posible que estas externalidades sean internalizadas? Sin duda. Por ejemplo, las personas pueden elegir no vivir en lugares alejados a discotecas. Sin embargo, en este caso no es claro que las externalidades sean efectivamente internalizadas, pues la posibilidad de negociar con todos los que causan daños es reducida. De esta manera, parece que podría existir una justificación válida para la regulación.

B. El sub-test de adecuación: ¿la norma consigue su objetivo?

A diferencia de lo que ocurre con el tabaco, donde la regulación del espacio y tiempo

para fumar sí tiene un efecto claro en las externalidades, el caso del alcohol es distinto. Cuando uno evita el consumo de alcohol a una determinada hora, estas limitaciones afectan el consumo de sustitutos del alcohol.

1. Sustitutos temporales

Existen tres razones por las cuales esta norma no cumple su propósito, en relación con la limitación del tiempo para adquirir alcohol: (i) los efectos del consumo de alcohol solo se producen 45 minutos después del consumo del mismo; (ii) el nivel de intoxicación está asociado tanto al volumen cuanto al *ratio* de consumo; y; (iii) los accidentes automovilísticos producto del consumo de alcohol se incrementan en relación con el nivel de intoxicación.

a) El punto es bastante claro: las limitaciones temporales no toman en cuenta que los efectos del alcohol se producen más allá del momento específico del consumo.

b) Si una persona tiene menos tiempo para consumir alcohol, tenderá a consumirlo más rápido, incrementando su nivel de intoxicación. Así, se ha señalado que: "(...) regulaciones que interrumpen la temporalidad normal del consumo, trasladan al menos parte de dicho consumo a periodos no regulados. Para muchos bienes, ese cambio puede ser deseable o simplemente irrelevante. En el caso del alcohol, ese cambio inducido por la regulación puede no ser socialmente inocuo, desde que la intoxicación en los periodos no regulados probablemente se incremente. En este trabajo hemos mostrado que la regulación diseñada para reducir externalidades causadas por el consumo de alcohol puede simplemente haber trasladado las externalidades a otros periodos. Aunque no podemos sostener que el consumo total de alcohol haya cambiado como producto de la prohibición, hemos producido

²⁷ Tanto el Tribunal Constitucional peruano como el INDECOPI han desarrollado versiones de este test de proporcionalidad. El test fue primeramente utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos (*balancing tests*) y luego por cortes europeas. El test, sin embargo, tiene una inspiración claramente económica. Para un recuento histórico del origen del ACB de normas, ver: ZERBE, Richard. "The legal foundation of cost-benefit analysis". En: http://works.bepress.com/richard_zerbe/2.

evidencia según la cual la intoxicación sí se ha aumentado (...)”²⁸.

- c) En relación con este punto, es fácil entender que si una persona tiene menos tiempo para tomar, probablemente lo haga de una manera menos pausada. Y todos los que hemos tomado alguna vez en la vida sabemos que tomar más rápido equivale a mayor intoxicación. Esto debería llevar a un aumento en el número de accidentes automovilísticos en las horas no reguladas que quizá no sea compensado lo suficiente por la probable disminución de accidentes en las horas reguladas: “Estudios estadísticos acerca de manejo de automóviles e ingesta de bebidas alcohólicas muestra que la probabilidad de estar envuelto en un accidente de tránsito se incrementa correlativamente al ratio de concentración de alcohol en la sangre (ver Borkenstein, 1974). Así, los mayores niveles de intoxicación inducidos por la sustitución intertemporal de consumo de alcohol pueden llevar a mayor cantidad de accidentes. Así, aunque el costo social de beber se puede reducir durante los periodos regulados, el costo social en los periodos desregulados adyacentes puede consecuentemente incrementarse inclusive en una cantidad mayor”²⁹.

Así, estos tres puntos demuestra que las prohibiciones temporales al consumo de alcohol:

- a) No necesariamente reducen externalidades en las horas reguladas, ya que los efectos del alcohol se producen luego de haberse ingerido.
- b) No reducen los niveles de intoxicación, sino que mas bien los incrementan.
- c) Podrían tener el efecto de incrementar la ocurrencia de accidentes de autos.

2. Sustitutos espaciales

Dado que la norma no se aplica de manera uniforme en todas las jurisdicciones, ni en diferentes tipos de locales, uno podría suponer que las personas que comiencen a tomar en un lugar donde exista la limitación temporal, podrían trasladarse para seguir bebiendo en otro donde dicha prohibición no exista u otro local con un horario de prohibición distinto.

En el caso de las prohibiciones al consumo de tabaco en lugares abiertos al público, se ha demostrado el impacto de esto en la ocurrencia de accidentes automovilísticos en estado de ebriedad (tomando en cuenta la complementariedad entre el tabaco y el alcohol)³⁰. La lógica es aplastantemente simple: personas tomaban y luego salían a buscar un cigarro para complementar el consumo de alcohol. Al hacerlo, ya estaban alcoholizados y propensos a sufrir accidentes de tránsito. Esto ha sido demostrado empíricamente en el estudio citado.

De similar manera, las personas van a tomar en el local “x” hasta que dejen de vender alcohol, luego irán alcoholizados a otros lugares donde no exista la prohibición. Al hacerlo, habrá más gente expuesta manejando ebria.

²⁸ BOYES, William y Roger FAITH. “Temporal Regulation and Intertemporal Substitution: The Effect of Banning Alcohol at College Football Games”. En: *Public Choice* 77. 1993. p. 606. Traducción libre de: “(...) regulations that interrupt the normal timing of consumption shift at least a portion of that consumption into non-regulated periods. For many goods, that shift may be desirable, or, simply such regulation-induced shifts may not matter. In the case of alcohol, such regulation-induced shift may not be socially harmless since intoxication in the non-regulated periods is likely to increase. In this paper we have shown that a regulation designed to reduce the negative externalities from consuming alcohol may have simply shifted the externalities to other periods. While we can-not show that the total consumption of alcohol changed as a result of the ban, we have produced evidence that intoxication has increased. (...)”.

²⁹ BOYES, William J. y Roger L. FAITH. Op. cit. p. 607. Traducción libre de: “Statistical studies of drinking and driving show that the probability of being involved in a traffic accident increases at an increasing rate with blood alcohol concentration (see Borkenstein et al., 1974). Thus, the higher levels of intoxication induced by inter-temporal substitution of alcohol consumption could lead to more accidents. So even though the social costs of drinking may be reduced during the regulated period, social costs in the surrounding unregulated periods may conceivably rise by an even greater amount”.

³⁰ ADAMS, Scott y Chad COTTI. “Drunk driving after the passage of smoking bans in bars”. En: *Journal of Public Economics* 92. 2008. pp. 1288-1305. En: <http://pdfcast.org/pdf/drunk-driving-after-the-passage-of-smoking-bans-in-bars>

3. Productos sustitutos: el consumo de drogas como sustituto del alcohol

Otro ángulo no tomado en cuenta por los creadores de esta norma es que el consumo de drogas es un sustituto del alcohol. Se podría presumir, entonces, que el incremento del precio del alcohol o la prohibición del uso de alcohol, además de mercados negros, va a generar un incremento en el consumo de sus sustitutos.

Así, en un estudio publicado en una prestigiosa revista de la Universidad de Chicago, investigadores han sostenido que han: “(...) descubierto que permitir el acceso local al alcohol parece disminuir la incidencia de crímenes relacionados al consumo de droga. (...)”. Prosiguen señalando que “Cambios en la política de acceso al alcohol para permitir la venta de alcohol disminuyen la mortalidad asociada a la droga”.

Finalmente, concluyen que: “Aparentemente, regulaciones de conductas consideradas inmorales llevan a importantes y contra-productivas consecuencias no previstas, debido a otros comportamientos que desvían los efectos esperados”³¹.

De manera similar, un estudio solicitado por el Gobierno inglés al prestigioso RAND Institute sostuvo que: “(...) Ha sido demostrado que los consumidores reducen el consumo del alcohol ante incrementos del precio; sin embargo, es posible que este dinero se invierta en otras sustancias. El incremento del precio puede convertir a otras sustancias en más atractivas y no tener, así, el efecto de reducir los daños en términos netos. En particular, si el consumo de otras sustancias puede causar igual o incluso mayor daño, entonces una consecuencia no prevista

sería que se mantengan los daños o que se incrementen”³².

Así, nuevamente, la norma no consigue su propósito, pues evitar el desorden público o mayores accidentes o criminalidad reduciendo el consumo de alcohol, puede —a su vez— aumentar todos estos indicadores por el incremento en el consumo de drogas.

C. El sub-test de necesidad: ¿existe alguna alternativa menos gravosa?

Las restricciones al consumo de alcohol podrían ser clasificadas como medidas “indirectas” en relación con los propósitos que intentan conseguir. Así, a las autoridades no les importa realmente si las personas toman más o menos, sino que lo que realmente les importa es que realicen menos actividades socialmente indeseables, como conducir en estado de ebriedad, alterar el orden público u otros tipos de delitos o faltas.

Resulta claro, entonces, que si lo que se pretende evitar o disminuir son esas conductas, una manera más “directa” de hacerlo es precisamente incrementando las sanciones por la realización de dichas conductas.

Esas medidas “directas” serían menos gravosas en la medida en que restringirían en menor medida derechos de las personas, al restringir solo actividades que ya son consideradas ilícitas (beber o comprar alcohol no son actividades ilícitas). Por esto mismo, dichas medidas no distorsionarían tanto los mercados, produciendo las ineficiencias que hemos comentado y los efectos indirectos no deseados.

Por otro lado, es de notar que la norma bajo análisis intenta conseguir su propósito

³¹ CONLIN, Michael; PEPPER, John; y, Stacy DICKERT-CONLIN. “The Effect of Alcohol Prohibition on Illicit-Drug-Related Crimes”. En: *Journal of Law and Economics* 48. The University of Chicago. 2005. Traducción libre de: “First, we find that allowing local alcohol access appears to decrease the prevalence of crimes associated with illicit-drug consumption. (...). Changing an alcohol access policy to allow the sale of alcohol decreases drug-related mortality. Apparently, regulations on sinful activities lead to important unintended and possibly counteracting consequences for other deviant behaviors”.

³² HUNT, Priscillia; RABINOVICH, Lila; y, BAUMBERG, Ben. “Preliminary assessment of the economic impacts of alcohol pricing policy options in the UK”. RAND Technical Report. 2010. En: <http://www.homeoffice.gov.uk/publications/alcohol-drugs/alcohol/alcohol-pricing/economic-impacts-alcohol-pricing?view=Binary> Traducción libre de: “The Government’s objective of the pricing policies is to reduce harms. It has been demonstrated that consumers are likely to reduce alcohol consumption following an increase in prices; however, it is possible that this money is spent on other substances. The increased prices may make other substances more attractive and not have the overall effect of reducing harms. In particular, if consumption of other substances causes equal or greater harm, then an unintended consequence would be no change or an increase in harm”.

incrementando el precio del alcohol indirectamente. A saber, cada vez que uno impone este tipo de restricciones el efecto esperado es volver más “caro” realizar una determinada actividad. Por esto mismo, cuando pensamos en alternativas a esta norma, no podemos dejar de pensar en maneras alternativas de incrementar el precio.

En ese sentido, otra manera –más uniforme– de incrementar el precio del alcohol sería mediante el cobro de impuestos selectivos. De hecho, el alcohol ya paga más tributos y –además– está sujeto a prohibiciones a la publicidad. Así, se podrían incrementar los tributos, a fin de lograr exactamente el mismo efecto de incrementar el precio del alcohol, pero sin los efectos inesperados producto de prohibiciones temporales que –además– no se aplican de manera uniforme en un territorio.

D. El sub-test de proporcionalidad en sentido estricto: ¿la norma, en general, produce menos costos que beneficios?

1. Costos

En relación con los gobiernos locales, el costo equivale al dinero empleado para hacer cumplir esta norma, por ejemplo, fiscalización y procesamiento de las multas³³. Además, menor consumo de alcohol y mercados negros³⁴, traerían una disminución en el cobro de tributos.

En términos estrictamente económicos, sin embargo, lo anterior no representa costos –salvo por el costos de oportunidad (el dinero pudo ser utilizado en otras actividades más provechosas)–, sino solo redistribución de recursos. Los verdaderos costos se encuentran en los consumidores y en los vendedores: “La consecuencia directa de la prohibición es dañar a los consumidores y productores del producto. Los consumidores pierden

utilidad debido al incremento de precios y la sustitución por bienes que tienen menor valor para ellos. Los productores pierden ingresos y utilidad al aceptar ocupaciones con menores ventajas comparativas”³⁵.

Estas pérdidas, de manera indirecta, se traducen en disminuciones en indicadores generales de la economía, como el nivel de empleo. Uno esperaría que la disminución del consumo de cualquier producto, incluyendo el alcohol, debería traer perjuicios a dicha industria, los cuales se verían reflejados en disminuciones en el nivel de empleo de bares, discotecas, bodegas, grifos, etcétera.

2. Beneficios

Supuestamente, una norma como la analizada debería traer beneficios al internalizar el costo de realizar actividades que causan externalidades. Sin embargo, como hemos sugerido, es bastante probable que la norma comentada consiga el efecto exactamente inverso al previsto o –en el mejor de los casos– haga poco o nada en la dirección de internalizar las externalidades que supuestamente ocasionan la ingesta de alcohol.

E. Resultado

Luego de este repaso, podemos concluir que la norma analizada no pasa ninguno de los *sub-tests* que conforman el test de proporcionalidad. En efecto, la norma no consigue alcanzar su propósito; existen alternativas menos gravosas para la sociedad; y, los beneficios producidos no superan a sus costos en términos netos.

VIII. CONCLUSIONES

En estas pocas páginas hemos intentado dar una idea general sobre errores comunes a la hora de hacer proyectos de normas. En primer

³³ HUNT, Priscilla; RABINOVICH, Lila; y, Ben BAUMBERG. Op. cit.

³⁴ En ese sentido, Thornton señala que “The elimination or control of a particular economic activity produces profit opportunities that previously did not exist. These profit opportunities will likely disrupt the plans of bureaus and undercut the pursuits of regulators and government policymakers. The severity of the intervention will determine the extent of these new (blackmarket) profit opportunities. (...)”. THORNTON, Mark. “Economics of Prohibition”. Salt Lake City: University of Utah Press. 1991. p. 82. Disponible en: <http://mises.org/books/prohibition.pdf>.

³⁵ THORNTON, Mark. Op. cit. p 74. Traducción libre de: “The direct consequence of prohibition is to harm the consumers and producers of the product. The consumers lose utility because of the higher price and the substitution of goods of lower value. Producers lose income and utility by accepting occupations which differ from those dictated by their comparative advantage (...)”.

lugar, los motivos para regular muchas veces coinciden con demandas de la población, pero no están orientados a solucionar problemas económicos reales. En segundo lugar, la redistribución que es consecuencia de toda norma, muchas veces es confundida con costos o beneficios. Dado que el costo o beneficio que medimos es “social” y no “privado”, la redistribución es irrelevante. En tercer lugar, cuando la norma no importa gastos dinerarios directos por parte del Estado, se entiende que la norma no produce

costos. Esto es un error en dos sentidos. La disposición dineraria es solo redistribución, no costo. Además, una norma que no produce este tipo de distribución igual puede generar costos. En cuarto lugar, muchas veces se cree que las normas que lidian con temas como la vida o la salud no pueden ser analizadas usando valores. En quinto y último lugar, las normas son solo analizadas de manera superficial, donde un análisis más detallado y concienzudo, nos llevaría a apreciar sus costos ocultos y verdaderos efectos.