



Nuno Garoupa<sup>(\*)</sup>

# **Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación<sup>(\*\*)</sup>**

## ***Law & Economics of Enforcement and Regulation***

**Resumen:** Con motivo de un evento organizado por la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos, el autor realizó la presente ponencia referida a la aplicación de los conceptos y metodología del Análisis Económico del Derecho en *Enforcement* y Regulación. En ese sentido, el autor desarrolla el concepto de *enforcement* para luego realizar un análisis de cómo la forma en que se regula tiene distintas consecuencias en el accionar de los individuos y demás agentes económicos, según sea el sistema de *enforcement* utilizado.

**Palabras Claves:** Análisis Económico del Derecho - Análisis de coste-beneficio - Derecho Regulatorio - *Enforcement* - Servicios Públicos

**Abstract:** On the occasion of an event organized by the Master Degree Program in Regulation of Public Services, the author made this presentation about the application of the concepts and methodology of Law & Economics of Enforcement and Regulation. In this regard, the author develops the concept of enforcement, and then he makes an analysis of how the form of regulation has different consequences in the actions of individuals and other agents, depending on the enforcement system used.

**Keywords:** Law & Economics - Cost-benefit analysis - Regulatory Law - Enforcement - Public Services

Quizás antes de entrar al tema de la charla, me gustaría hacer un par de comentarios sobre el Análisis Económico del Derecho, tema del cual en el fondo estamos hablando. Esto es, la aplicación del modelo de pensar del economista a los temas del Derecho. La gran diferencia con la forma

---

(\*) Ph.D en Economía por la University of York. Master en Leyes por la University of London, Reino Unido. Co-Director del Programa del Illinois Program on Law, Behavior and Social Science de la University of Illinois Urbana Champaign, EE.UU.

(\*\*) La presente es una ponencia que realizó el autor con motivo de la "Conferencia Magistral: Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación", organizado por la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos y el Consejo Directivo del Organismo Regulador Públicos de las Telecomunicaciones - OSIPTEL. Transcripción por Augusto Hostia Cardeña, alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro ordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. La Asociación agradece profundamente al doctor Nuno Garoupa por colaborar tan atentamente con nosotros.

## Análisis Económico del Derecho de *Enforcement* y Regulación *Law & Economics of Enforcement and Regulation*

de pensar del jurista más tradicional (y cuando hablo del más tradicional, hablo de aquel de formación más germánica) es que éste tiene muy claro que la ciencia jurídica termina en el debate de la consistencia y coherencia de la norma, sin llegar a discutir las consecuencias de la misma. Mientras que, por otro lado, el economista está más preocupado en las consecuencias de la norma jurídica.

Desde ese punto de vista, no se trata tanto de cuales sean las consecuencias económicas. Muchas veces la gente que no está muy cercana al Análisis Económico de Derecho lo entiende como si fuera un conjunto de señores que entran en el mundo del Derecho para hablar de dinero: *¿Cuánto cuesta esto?, nuestros gustos*, etcétera; y luego pues se desarrolla esta palabra muy interesante que es el *economicismo*, o se dice que algo es *economicista*. Bueno, digamos que la preocupación por los gustos es una preocupación buena. Pero, efectivamente, no es de eso de lo que estamos hablando. La idea es aplicar el modelo de pensar del economista a los temas del Derecho. Y esa forma de pensar es el de un modelo de análisis de coste-beneficio, de incentivos.

Lo que nos interesa es entender como una norma jurídica impacta en el comportamiento de los individuos y demás agentes económicos. Es decir, cuando hay una norma jurídica, como es que ésta se ajusta la sociedad en términos individuales y después, en términos agregados, como sociedad en sí misma a esa norma jurídica. Es este el debate que nos preocupa. Pues tiene consecuencias económicas en el sentido de actividades económicas, pero también tiene consecuencias sociológicas como políticas. Todo ello está también dentro de nuestro debate; y por tanto, esto no está fuera del Análisis Económico del Derecho.

Muchas personas piensan el Análisis Económico del Derecho como un problema de costes. Los costes que el sistema jurídico, los jueces y las leyes imponen a la actividad económica. Ellos efectivamente son parte del debate, pero no es solo eso de lo que estamos hablando. De lo que estamos hablando es pensar los temas de Derecho desde el punto de vista de los incentivos. Es decir, el hecho que se prohíba un cártel no quiere decir que el cártel no exista. Así, mientras la discusión jurídica sería: *No, ya está prohibido el cartel y sí hay pruebas de la existencia de uno, hay que sancionarlo*. Desde el punto de vista económico, en cambio, se verá cómo se va a ajustar este cártel al hecho de que hay una prohibición jurídica a la existencia del mismo; cómo

van a reaccionar los agentes de competencia; cómo va a reaccionar la sociedad y cómo va a reaccionar el consumidor. Es entonces que podremos discutir si la prohibición del cartel es una buena idea o una mala idea, pero teniendo siempre en cuenta las consecuencias de dicha prohibición.

Pero tengan en consideración que yo lo presento como si fuera una cuestión muy natural. Mientras que en el debate jurídico, que no lo vamos a hacer aquí, para los que son juristas hay una discusión sobre si realmente deberíamos medir el Derecho por las consecuencias. Habrá juristas que piensan que no, que hay que medir el Derecho por la lectura de la consistencia moral y deontológica y que las consecuencias son irrelevantes. Es decir, si una ley es moral y está de acuerdo con las normas morales vigentes, si las consecuencias se dan, no debe ser parte del debate. Evidentemente, yo tengo una posición contraria, porque entiendo que las consecuencias son siempre parte del debate, pero hay que tener presente que ello es parte de un debate filosófico dentro del Derecho.

El segundo punto, es que vamos a hablar en términos de una discusión económica. En ese sentido, cuando hablamos de delito o de incumplimiento de la ley, lo estamos hablando en sentido general y no en sentido jurídico. Esto es parte del problema de que el economista es muy cuidadoso con los temas económicos. Pero después cuando habla de los temas jurídicos, no habla con el mismo grado de atención. Y por eso cuando hablemos aquí de incumplir la ley, estamos hablando aquí genéricamente: pueden ser incumplimientos de Derecho Penal hasta incumplimientos regulatorios o de Derecho Privado. No voy a estar concretizando, pues lo que yo quiero introducir es la forma de pensar del economista y luego enfocarme un poco en la discusión de dos o tres puntos que me



## Nuno Garoupa

parecen importantes desde un tema de agencia de regulación.

El tema del *enforcement* es un asunto muy interesante. Y es que no tenemos una traducción de la palabra *enforcement* en los idiomas latinos, en el idioma español, portugués, italiano y francés. Lo que ya es muy sintomático de nuestras culturas es concluir que no tenemos un concepto de *enforcement*, porque claro se puede decir que su traducción es *aplicación de la ley*, pero es más que la aplicación de la ley; *ejecución de la ley*, pero es más que ejecutar la ley. En realidad, *enforcement* es todo el proceso, desde el momento en que la ley es ley y la norma jurídica existe, hasta la aplicación en el caso concreto y su cumplimiento.

Nosotros, evidentemente, no tenemos una palabra para definir todo ello. Quizás se deba a que nuestras sociedades, de tradiciones latinas, están poco preocupadas con el tema del *enforcement*. Las cuales en cambio, están muy preocupadas con producir normas, pero no de la misma forma y en el mismo grado de lo que pasa luego de ello. O quizá, como se nota mucho en la Unión Europea, cuando se aprueba una directiva, se da por hecho en los países nórdicos que la directiva es para cumplir. En cambio, en los países del sur se da por hecho que la directa no es para cumplir. Es así que el debate es como incumplir la norma en nuestras sociedades, mientras que para los alemanes es cómo la norma se va a cumplir.

Hay razones históricas de por qué es así. En los desarrollos más recientes de la Economía Política se empieza a hablar mucho del tema de las sociedades de instituciones extractivas e instituciones productivas. El problema radica en que en nuestras sociedades, en los últimos tres o cuatro siglos, se han desarrollado muchas instituciones extractivas. Y claro, el Derecho existe en nuestro entorno para proteger estas instituciones extractivas. Si es así, nuestra norma cultural es incumplir. Porque la norma que se ha hecho no es para beneficiar a toda la sociedad, sino para beneficiar un conjunto de instituciones extractivas.

Por tanto, incumplir la ley es nuestra forma de luchar contra instituciones extractivas, y ello es muy distinto del desarrollo en los países anglosajones y germánicos. Por ello, tienen una idea muy distinta del papel de una norma. Con esto quiero explicar por qué hay razones de que nosotros tengamos una actitud un poco más distinta de los anglosajones y los germánicos en relación al cumplimiento de la norma.

Pero desarrollado este punto, la cuestión en la Economía es por qué se cumple una norma. Los economistas pensamos inmediatamente: “Uno cumplirá una norma porque el beneficio de cumplir una norma es mayor al coste de incumplirla”. Este tendría que ser el modelo económico de partida en el debate. Tiene que ser verdad que uno cumple porque es mejor cumplir que incumplir, ya que si dicha afirmación no fuera cierta, la gente incumpliría.

Sobre ese punto, viene a colación el trabajo de Gary Becker del año 1968, titulado *Crime and Punishment*, publicado en *The Journal of Political Economy*. Éste es un trabajo muy interesante y muy desarrollado por cierto. Pero lo que hace de alguna forma es modelar que cada uno de nosotros, al momento que decidimos si cumplimos o no una norma, comparamos el beneficio de una norma con el coste de incumplirla.

Entonces, plantea un ejemplo con el que abre el *paper* y es la historia de que Becker una mañana tenía que tomar un examen y que él llegaba retrasado a la facultad de Economía para tomar el examen. Por lo que la decisión que él tenía que hacer era si aparcaba el coche al frente de la universidad, donde está prohibido aparcar, o si aparcaba el coche a unas cuatro cuadras, y cumplía la ley. El beneficio era llegar a la hora al examen y mantener su reputación como profesor, mientras el coste es la probabilidad de la sanción. Como vemos hay una sanción por aparcar donde no se debe y hay una probabilidad que se le aplique tal sanción.

Esta es la idea fundamental: Que de un lado hay un beneficio y del otro lado un coste. Además, que el coste tiene unos componentes muy importantes: un componente sancionatorio, que puede ser penal u otro tipo de sanción, y por otro lado, hay otro componente principal (que es la mayor contribución de Becker) que es una probabilidad. Es decir, que uno no sufre

## Análisis Económico del Derecho de *Enforcement* y Regulación *Law & Economics of Enforcement and Regulation*

la sanción con probabilidad uno, sino con una probabilidad inferior. Y lo que hace Becker es comparar el beneficio con lo que nosotros los economistas llamamos *la sanción esperada*, es decir, la probabilidad multiplicada por la sanción. Claro que para los economistas, esto tiene como supuesto la neutralidad al riesgo y un conjunto de supuestos para que se dé así como se está planteando; pero vamos a superar un momento el problema de la aversión al riesgo y vamos a plantearlo como una probabilidad multiplicada por la sanción esperada. La pregunta que se hace Becker desde el punto de vista de la autoridad es: ¿qué es más importante: la probabilidad o la sanción?

Supongamos que hay un daño de cien soles, yo lo que quiero es forzar a una persona que va a tomar la decisión de cumplir o incumplir que compare su beneficio con el daño que impone a los demás, que es el coste social. Yo lo que quiero es que internalice la externalidad. Hay una externalidad cada vez que yo incumplo una ley, la cual la impongo a los demás. Así, lo que queremos es que la gente tenga en cuenta el daño potencial que impone a los demás. La pregunta que tenemos que hacernos es cuál es la mejor forma de lograr que las personas internalicen dichas externalidades y si es a través de la multa o sanción a la externalidad que generan.

Por ejemplo, supongamos que tenemos una multa de cien soles. Una posibilidad es que tenemos tal multa y la probabilidad de imponerla cuando se incurre en el supuesto de la sanción es uno. Es decir, voy a tener que contratar un policía para que esté detrás de cada ciudadano y cada vez que hay un incumplimiento de la ley, el ciudadano que la incumplió pague la multa de cien soles. Pero también podría ser que contrate a menos policías, supongamos un policía por cada diez personas, y se reduce la probabilidad a uno sobre diez. Claro, para mantener el valor esperado en cien soles tendré que multiplicar la sanción por diez. Es decir, y hay que notar lo que estamos diciendo, el daño es de cien soles, pero la persona que es multada lo será por mil soles. Entonces tendré a los jueces diciendo: “esto viola el principio de la proporcionalidad”. ¿Cómo es posible que una persona que ha causado un daño de cien ahora vaya a pagar mil? Es claramente desproporcional.

Pero la justificación económica para esto es que hay una persona que va a pagar mil, pero hay otras nueve que van a pagar cero. Entonces, vemos que hay distintas formas de ver la situación presentada. Una, es que uno paga por todos, por

su daño y el de los otros nueve que no están siendo penalizados. El otro, es darse cuenta que entramos en un proceso estocástico. Hay una probabilidad de uno sobre diez y para mantener la multa esperada en el nivel correcto, habrá que multiplicar la sanción por diez.

Ya más tarde volveré a hablar de este tema, porque este planteamiento genera un conjunto de problemas. Por ejemplo, una crítica muy fuerte a ello es que si llevamos al límite este planteamiento, tal como lo proponía Becker, tendremos un problema de corrupción muy fuerte, porque llegaremos a un punto en el que la multa son diez millones, pero el sueldo del policía son veinte soles. Y, evidentemente, entramos a un problema de corrupción. Entonces, hay límites hasta dónde vamos a llevar esta forma de pensar de Becker.

Pero volviendo a lo que estamos hablando, Becker se preguntaba qué es mejor: ¿una multa baja con probabilidad uno o una multa muy alta con una probabilidad muy baja? La política que propone Becker es la última. Es muy sencillo, es más barata la multa desde el punto de vista del gobierno, que manejar el tema de las probabilidades de sanción. Ahora, una multa es un valor que es una transferencia de recursos que puede tener sus costes y sus distorsiones. Pero aún así, es más barato que tener un sistema de policías, de tribunales y todo un sistema coercitivo que me lleve a subir la probabilidad. Por tanto, lo que señala Becker es que sería más eficiente tener multas muy duras con probabilidades muy bajas.

Entonces, volviendo al ejemplo de aparcar al frente de la universidad o a cuatro cuadras, lo que terminaría señalando este *sistema eficiente*, sería que el policía una vez al año de forma aleatoria y absolutamente impredecible salga a poner multas a los coches que estén mal aparcados. Toda la gente que tiene su coche mal aparcado ese día, pierde su



## Nuno Garoupa

patrimonio. Esa sería la “política eficiente”. Hay que decirlo, para los economistas es el patrimonio físico actual y el valor descontado del patrimonio de su capital humano del porvenir. La política eficiente sería entonces: *Mano dura, pero de vez en cuando*.

¿Que han pensado los economistas durante los últimos cuarenta años? ¿Por qué la intuición de Becker que nos parece tan sencilla, es tan falsa? Ello es porque esto no puede ser lo que es eficiente. Porque si no sería lo que veríamos en la mayoría de las sociedades, y efectivamente, quizás las sociedades más primitivas tenían esta política. Las nuestras, efectivamente, no la tienen. Tenemos que empezar a mencionar una colección de argumentos de por qué dicho planteamiento es un problema. Quería mencionar unos dos que son obvios, y después entrar al tema que nos interesa más, que es el tema regulatorio y de por qué el planteamiento de Becker no puede ser una política regulatoria eficiente.

El primer argumento de por qué este planteamiento es un problema, nos lo da Stigler. En los años setenta, Stigler da una respuesta a Becker en un artículo en el que dice básicamente: *Esto que dice Becker no tiene sentido*. Y no tiene sentido porque la mayoría de la gente, la decisión que toma en la vida no es aparcar bien o aparcar mal, la mayoría de la gente lo que está continuamente pensando es cómo tener una cartera de actividades delincuenciales, es decir, podemos delinquir en muchas actividades en el mismo momento. Yo puedo decidir aparcar mal o bien, pero también pagar o no pagar mis impuestos, pegar o no pegar a mi vecino, cumplir o no cumplir con las normas ambientales. Y claro, si por cada norma que incumplo, hay la probabilidad de perder todo mi patrimonio, el efecto que tengo es que cuando incumpla por segunda vez, ya no tengo nada que perder porque ya se han llevado todo por la primera vez.

Este es el error que se llama la *disuasión marginal*. No puede ser que por incumplir una norma, yo pueda perder todo mi patrimonio cuando hay un montón de normas que puedo incumplir aún. Porque si usted me quita todo mi patrimonio cada vez que incumplo y me detecta incumpliendo, entonces yo ya no tengo nada que perder y voy a incumplir en todo, porque usted ya no se puede llevar nada. Eso genera lo que Stigler llama el problema de la *disuasión marginal*. Porque lo que tiene que haber es que las sanciones tienen que mirar

directamente al daño que generan. De esa forma, el incumplimiento con daño menor tiene sanción menor, e incumplimiento con daño mayor tendrá sanción mayor. Tiene que ser como un “menú de restaurante”: yo tengo que elegir. Tengo que tener incentivos primero a no incumplir, pero si incumplo debo tener también incentivos a incumplir por poco.

Les pongo un ejemplo concreto de este debate. En el Reino Unido, al final de los noventa, había un conjunto de grupos de presión que tenía la propuesta de que la sanción penal por violación sea la misma que por homicidio, es decir, la pena máxima. Eso es algo que puede estar bien porque violar a una persona es grave, pero que nos genera un problema de *disuasión marginal*. Ello planteado en el debate es que ahora el que incumpla tiene un incentivo a matar a su víctima, porque por la violación y matar viene impuesta la misma pena. Eso no es bueno porque evidentemente lo que queremos es que no haya violación pero si la hay que no haya homicidio. No queremos que haya un mal económico, pero si hay un mal económico, que sea un mal económico mínimo y no el mal económico más grave. Ese es el primer problema del planteamiento de Becker, un problema de *disuasión marginal*.

El segundo problema que les había comentado es que el problema de sanciones muy duras y probabilidades muy bajas, se basa en que quien tenga que imponer la sanción dura tenga incentivos para imponerla. Es aquí donde se dan los problemas de corrupción. Porque, evidentemente, si yo tengo sanciones muy duras tendré que tener un sistema de *enforcement* bien remunerado para que no haya conductas de corrupción, lo cual tiene un coste. Quizá sea más eficiente sanciones menos duras y una administración un poco más barata. Hay que comparar dichos costes. Este es el segundo argumento que se presentó contra el planteamiento de Becker.

## Análisis Económico del Derecho de *Enforcement* y Regulación *Law & Economics of Enforcement and Regulation*

Hay más argumentos que hay que tener en cuenta. Yo voy a mencionar un tercero antes de entrar a temas concretos de regulación. En todo este debate, hemos pensado en gente que tiene neutralidad al riesgo. Si incluimos el problema de la aversión al riesgo, las cosas comienzan a complicarse, porque vamos a ver que lo que Becker está diciendo es: *sanciones muy duras con una probabilidad muy baja*. Pero si la gente tiene aversión al riesgo, lo más eficiente sería tener una probabilidad un poco más alta. Digamos cincuenta por ciento, porque es un porcentaje en el que ya no sé lo que va a pasar. Puede que en la pérdida del riesgo, el premio de riesgo sea tan fuerte cuando está la probabilidad del cincuenta por ciento, que ello tiene un efecto de disuasión mayor que el que tiene una probabilidad muy baja con una sanción muy alta.

Por ahora hay dos componentes aquí: la sanción esperada y el premio del riesgo de jugarse la lotería. Puede que jugar la lotería sea más costoso que tener una sanción muy alta. Por dar un ejemplo, puede que yo prefiera una situación de probabilidad de 0,001 que tenga como contrapartida una multa de un millón, porque creo que eso no lo voy a pagar nunca. O también una situación en la que me digan la sanción es mil soles, pero con cincuenta por ciento de probabilidad, porque es un juego en el que yo tengo miedo de qué va a pasar. Esto es importante porque puede que sea mejor tener sanciones menos duras, pero con probabilidad más cercana al cincuenta por ciento, porque se va a generar más aversión al riesgo. Y eso es un argumento que deberíamos considerar en estos temas.

Hay muchas razones para descartar el planteamiento de Becker, las dos o tres razones que quería mencionar son un poco más cercanas al tema de la regulación. En el tema de regulación, ¿qué es lo que es distinto en el mecanismo de *enforcement*? Sería interesante pensarlo. Es que toda la discusión que he planteado hasta ahora sobre el problema de Becker, se refiere a comportamientos individuales: El individuo cumple o incumple la ley. En general, en el tema regulatorio hablamos de empresas, de grupos, no de individuos tomando decisiones, cumpla o incumpla la ley. Es la empresa la que cumple o incumple la ley; y una empresa es muy distinta a un individuo.

Es decir, el viejo problema de la gestión dentro de la empresa, de quién es el dueño de ella. Y el primer debate que se presenta en la literatura es muy interesante. Es saber si

cuando una empresa incumple la ley, si de ello se benefician los directivos o los accionistas. En general, en los grandes escándalos que hemos tenido en los últimos veinte años, las empresas cuando incumplen la ley, lo hacen porque el accionista pide al directivo incumplir la ley o lo hacen porque el directivo incumple la ley por su beneficio propio, imponiéndole el coste de incumplimiento al accionista.

Ese es el primer debate. Lo interesante es que hay de todo. Hay casos en que el accionista de alguna forma fuerza al directivo a incumplir la ley, los que son típicamente delitos fiscales como no pagar impuestos, los cuales normalmente vienen de incentivos mal estructurados dentro de la empresa donde el accionista pide al directivo que incumpla la ley fiscal. Pero también hemos visto muchas otras situaciones donde es el directivo quien incumple a espaldas del accionista. Incumple porque eso influye, por ejemplo, en su sueldo; o porque genera una inflación de la renta de la empresa, y su sueldo se ve incrementado por los beneficios de la empresa, con lo cual inflacionando esos beneficios, sube el sueldo del directivo. Con lo cual, el directivo tiene un incentivo a incumplir la ley y en otros casos porque el propio directivo quiere ocultar determinadas prácticas internas del accionista por lo que incumple la ley.

Esto es importante porque son dos situaciones muy distintas desde la teoría. En particular, eso nos lleva a un debate que fue muy importante en los Estados Unidos en los años noventa. Trata sobre si el accionista debe ser o no sancionado por las acciones de los directivos. Y esto es importante porque la respuesta depende de la situación de la que estamos hablando. Evidentemente, si el accionista es el que lleva al directivo a incumplir la ley, el accionista debe ser sancionado. Sin embargo, ese es el supuesto menos interesante, porque esos normalmente son delitos penales. No estamos en Derecho Penal. En lo regulatorio,



## Nuno Garoupa

en general, son decisiones de los directivos donde los accionistas no saben de lo que está pasando, ello porque hay una asimetría de información. Y aquí se generan los problemas: se debe penalizar o no a los accionistas.

Sobre lo único que quiero llamar la atención es que al penalizar a los accionistas estamos generando incentivos muy perversos en la empresa. Porque el accionista no suele tener conocimiento del incumplimiento de la ley hasta que es claro por parte de la agencia reguladora que se ha incumplido. En esos momentos, si se les atribuye responsabilidad por el incumplimiento, el incentivo es ayudar a los directivos a ocultar el incumplimiento de la ley. Porque el accionista usualmente solo tiene conocimiento del incumplimiento de la ley después que éste ha ocurrido.

Esto tiene que ver para los que han estudiado teoría del *corporate governance*, con el problema de la asimetría de información: Que el accionista no tiene buena información sobre la dirección de las empresas. Entonces, el primer comentario es sobre la estructura del principal y el agente. Segundo tema que también se ha discutido es sobre el sistema de *enforcement*. Becker en su análisis supone que estamos hablando de un sistema coercitivo: el ejemplo del coche que está mal aparcado, multa, no multa. En el contexto regulatorio, comúnmente el sistema de *enforcement* no es coercitivo, sino negociado.

La agencia reguladora identifica el incumplimiento de una norma y muchas veces lo que hace la agencia es un intento de negociar el problema. Es decir, si la empresa vuelve a incumplir la norma recién ahí impone una multa y se acaba el problema. Claro que hay diferentes mecanismos, hay países donde solo se permite que esa negociación sea estricta, jurídica, con sus propias normas procesales. En otros países tenemos lo que los americanos llamamos *shadow of the law*. Lo que no quiere decir que es ilegal, pero se hace fuera de los mecanismos procesales, porque depende mucho del contexto.

No obstante, la pregunta es: ¿es una buena o una mala idea el tener mecanismos de *enforcement* negociados? ¿Es mejor tener *enforcement* coercitivo o es mejor tener *enforcement* negociado? La respuesta a esta pregunta es *depende*. Hay costes y hay beneficios. El beneficio de una solución negociada: no hay litigio y se ahorra sus costos. Asimismo, generalmente, la solución puede ser mejor desde el punto de

vista de la *expertise*, de la tecnología, porque en todas partes conocen la tecnología y se intenta buscar la mejor solución para la agencia como para la empresa. Las desventajas son dos. Primero, baja el costo de incumplir la ley. Por lo que cualquier solución negociada lo que hace es una sanción menos dura, ya que es negociada. Así, yo sé que incumplo y después voy a negociar una sanción con la agencia administrativa o regulatoria. Este es un tema importante que no se ha de olvidar.

El otro tema que también es importante, es que se deja de tener el control jurisdiccional, es decir, todo lo que está negociado es lo que las partes acuerdan. Por tanto, no va a haber recursos para tribunales, no va a haber una intervención de una tercera parte. Y es bueno que haya la intervención de una tercera parte. Un tema que los economistas tienden a olvidar en el debate es que el sistema jurídico puede desarrollarse solo si hay litigios; el Derecho a la Competencia y el Derecho Regulatorio necesitan de litigios. Porque si no hay litigios, no hay desarrollo del Derecho. Si todo es negociado, todo es extrajudicial, eso también tiene un precio a largo plazo, nadie sabe muy bien cómo se interpreta la ley porque los juzgados y los jueces nunca han dicho como se interpretan.

Esto no quiere decir que los litigios que tenemos, son los litigios que queremos. Lo que puede pasar en nuestra sociedad es que terminamos enfrascados en litigios de cosas que no son tan importantes y lo que sería interesante, no se resuelve por litigios, porque precisamente las partes no lo quieren tener en público.

Por ejemplo, supongo que será lo mismo en el Perú, en una oportunidad estuve en una conferencia en México, y se dice ahí que el setenta por ciento de los litigios de naturaleza administrativa se basan en multas de tránsito. Esos asuntos no son muy importantes porque

## Análisis Económico del Derecho de *Enforcement* y Regulación *Law & Economics of Enforcement and Regulation*

el desarrollo del Derecho de Tráfico ya está donde tiene que estar. Si la ley de tráfico dice que no debes conducir a más de setenta kilómetros por hora, creo que no se necesitan grandes doctrinas para explicarnos lo que es setenta kilómetros por hora. Entonces todos esos litigios son ineficientes porque no ayudan al desarrollo del Derecho. Lo que es una fusión, lo que es una práctica concertada de precios, lo que es la utilización abusiva de recursos; esos sí son temas más complicados. Sobre ellos sí necesitamos unos litigios para que se pueda desarrollar la doctrina jurídica.

Lo que ha pasado en nuestros sistemas es que tenemos litigios de lo que no interesa, mientras que lo que interesa, no llega a litigio. Con lo cual el argumento del *enforcement* negociado tiene costes y beneficios. Puede ser que en algunas situaciones tenemos demasiado *enforcement* negociado y en otras, no lo tenemos. Mostrando ejemplos, puede que en los temas de tráfico, deberíamos tener más *enforcement* negociado y en los temas económicos deberíamos tener *enforcement* menos negociado.

Para terminar, dos cosas que me parecen importantes. ¿Cómo debemos hacer el control de *enforcement*, antes o después del incumplimiento de la ley?

Ello nos pasa en telecomunicaciones, pero también en competencia o en otros temas. Por ejemplo, tenemos un *enforcement ex ante* cada vez que estamos ante un tema de licencias: yo tengo que cumplir una serie de características para abrir una cadena de televisión. Otro ejemplo muy normal es que para vender la medicina o aquel producto farmacéutico necesito adquirir una licencia, es decir, necesito cumplir con un conjunto de características. Yo no puedo decidir vender cuando quiera y como quiera. Imaginemos esto: puede ser que para vender medicinas, todos necesitemos licencias; pero también puede ser que se permita que cada uno venda lo que quiera, pero cada vez que una persona muera, los que vendieron la medicina, respondan por la muerte de una persona. Ese es un sistema de *enforcement ex post*. Yo no controlo nada, cada uno vende lo que quiera; pero cuando pasa algo malo, hay un daño, se fuerza a quien vendió la medicina a pagar ese daño.

El sistema de *enforcement ex ante* es lo que comúnmente llamamos el sistema administrativo de *enforcement*. Mientras que el posterior es el sistema judicial de *enforcement*. ¿Qué es mejor: tener un sistema administrativo o un sistema judicial

de *enforcement*? Aquí la respuesta, como pueden imaginar, es *depende*. Y depende de que sea de lo que estamos hablando. ¿Cuál es la ventaja del sistema administrativo? La ventaja es que se disminuye la cantidad de incidencias porque tenemos una agencia que verifica una serie de supuestos por lo que la agencia solo permite la actividad económica de quienes cumplen una serie de supuestos. ¿Cuál es el coste? Ya lo sabemos, es un coste burocrático. Tenemos que tener una burocracia que verifica que todo eso se cumpla. Del otro lado, el sistema judicial es mucho más flexible. La desventaja es que hay muchas más incidencias.

Podemos decir que si el daño es muy alto deberíamos tener sistemas administrativos; si el daño es más bajo, deberíamos tener sistemas de control judicial. Aquí el único comentario que haría es que en nuestros países, aquí me refiero a Europa y Latinoamérica, hemos sido presionados por el Banco Mundial para sustituir el sistema de control administrativo por el judicial. Ello porque el sistema de control administrativo es un control típico de carácter germánico europeo y el sistema de control judicial es un sistema de carácter más anglosajón. Este último es típicamente un sistema más *light*, menos burocrático, pero con juzgados y tribunales más activos y eficaces.

¿Cuál es el problema de cambiar un sistema por otro? Es claro que cada vez que cambiamos un control administrativo por judicial, los tribunales no son muy eficientes. Eso es un problema, porque si disminuimos un supuesto de control administrativo por un supuesto de control judicial que no existe porque es ineficiente, lo que tenemos es menos control y vamos a tener mayores problemas. Hay varios ejemplos de simplificación o eliminación de burocracia que terminan generando mayores problemas que soluciones, precisamente porque los juzgados no dan respuesta a los problemas de *enforcement*.



## Nuno Garoupa

Hay un último tópico del que me parece importante hablar. Cuando hablamos de Derecho Penal en general tenemos tres momentos distintos y tres instituciones distintas. Tenemos la investigación del alegado delito, tenemos el momento en que alguien pide una sanción y un tercer momento, que es cuando alguien decide; ósea hay policía, ministerio público, y un juez o jurado. Tres instituciones distintas. Quien investiga es una institución, quien pide una sanción es otra institución y finalmente, quien decide es otra institución. ¿Qué pasa en el mundo regulatorio? Que muchas veces es una misma institución la que hace las tres cosas. La misma institución investiga, pide la sanción y decide. Es verdad que en todos los países hay derecho de recurso, pero la cuestión es si es o no una buena idea tener estas tres funciones integradas: investigar, pedir sanción e imponer la sanción. Y aquí también como economistas lo que tenemos que contestar es *depende*.

¿Depende de qué? Aquí podemos entrar con la teoría de la integración vertical, de la *New Institutional Economics*. ¿Qué es lo bueno de tener estas tres actividades integradas? Lo

bueno, es que rebaja los costos de coordinación porque es la misma institución que coordina la investigación y realiza la ejecución de la multa. Eso baja los costos de coordinación. ¿Cuál es la gran desventaja? Es que cuando tenemos menos costos de coordinación, aumentan las probabilidades de captura y el problema aquí de captura es que la unidad que investiga, si investiga mal, las dos unidades subsecuentes no quieren aceptar que la investigación está mal hecha.

La autocorrección de errores es más difícil de limitar dentro de una institución que entre tres instituciones distintas. Entonces, ¿qué es lo que tenemos que comparar?: Costes de error (que es una especie de costes de captura) con beneficios de coordinación. Y lo que podemos decir es que en temas de Derecho Penal, los costes de error pueden ser más importantes que los beneficios de coordinación. Pero en temas muy técnicos como el de Derecho de Telecomunicaciones o Derecho de la Competencia quizá el tema de los beneficios de coordinación es bastante más importante que el coste de error. Si hay un error, quedan los juzgados para la parte que así lo considere necesario.

Estos puntos del porqué el *enforcement* regulatorio es distinto del *enforcement* penal, el porqué de las tres actividades que estén integradas y que haya algunas ventajas de esa integración, son temas importantes que se han de tomar cuenta en el debate sobre la regulación de los servicios públicos. 