

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

RESUMEN

El derecho económico incorpora el marco normativo y de principios que circunda las diversas actividades en donde se requiere la fundamentación legal, por cuestión de ordenamiento jurídico y de referencia a la hora de que los agentes o sectores económicos conozcan el marco legal que caracteriza la acción de las empresas. La estipulación legal desprendida del derecho económico ha alcanzado su límite, por cuanto continúan apareciendo circunstancias que no están contempladas y que son concebidas como atípicas, apreciación poco ilustrativa de la realidad que tienen al frente las empresas que en ningún caso están prescritas o confinadas

Una de las teorías jurídicas creadas en las últimas décadas es el análisis económico del Derecho: los fenómenos jurídicos explicados desde la Economía. Por su vanguardismo, tuvo más críticos que seguidores. De hecho, no ha sido acogida para la enseñanza básica de las facultades de Derecho.

Palabras clave: atípicas, prescritas, confinadas, vanguardismo, fenómenos

SUMMARY

Economic law incorporates the normative and principles framework that surrounds the various activities where legal foundation is required, due to legal order and reference when the economic agents or sectors know the legal framework that characterizes the action of the companies. The legal stipulation detached from economic law has reached its limit, since circumstances continue to appear that are not contemplated and that are conceived as atypical, little illustrative appreciation of the reality that companies that in no case are prescribed or confined have in front.

One of the legal theories created in recent decades is the economic analysis of Law: the legal phenomena explained from the Economy. For his avant-garde, he had more critics than followers. In fact, it has not been accepted for basic education in law schools.

Keywords: atypical, prescribed, confined, avant-garde, phenomena

YEISON PULIDO, WENDY BELLO & LAURA MANCIPE

Trabajo de Grado Especialización en Derecho Comercial. Corporación Universitaria Republicana

Recibido: 3 de diciembre de 2018. *Aprobado:* 29 de marzo de 2019

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/pen.repub.2019.n11.a59>

Analisis Económico del Derecho

I. Introducción

La investigación se llevó a cabo a nivel de Latinoamérica. El interés está centrado en elaborar un contraste de tipo crítico y frente al análisis económico del Derecho, entendiéndose no sólo en la aplicación al Derecho Civil sino también al Derecho empresarial, como también al derecho penal y al derecho registral entre otras ramas del derecho, teniéndose en cuenta que en el Derecho Registral se reducen los costos de transacción y en el derecho empresarial se pueden determinar se debe contar con un código de la empresa lo que reduce los costos de información y por lo tanto los costos de transacción. Para algunos se puede definir los costos de transacción como los que se originan en la identificación de una negociación y cumplimiento de contratos celebrados entre las partes. Además, podemos tener en cuenta que para desarrollar un análisis del derecho es la eficiencia de las instituciones jurídicas, las que deben ser eficientes y consagradas legislativamente

A través del artículo se conocen diferentes puntos de vista desde lo legal y desde algunos autores referentes que enriquecen el conocimiento del lector y documenta un proceso normativo.

Para fines de correspondencia frente a lo considerado, el artículo está conformado por la siguiente estructura de análisis: en primer lugar, una revisión acerca de los nexos entre el derecho y la economía en los que se enfatizan los sucesos relevantes que dieron origen al derecho económico y al análisis económico del derecho. En segundo lugar, los elementos que acercan el análisis económico del derecho con el derecho económico y los aspectos que los distancian, como puntos de referencia que deben considerarse simultáneamente. Y, por último, una aproximación sobre las circunstancias en las que se apoyan las empresas desde ambos contextos.

II. Estado del arte

La política fiscal de Colombia a inicios de la década de los noventa hizo parte de una nueva Tendencia en Latinoamérica que de acuerdo con el reciente estudio de la CEPAL (2014), logró con éxito incrementar sus ingresos fiscales como

porcentaje del PIB para el periodo observado entre 1990 y 2012, logrando un aumento promedio en los países de la región del 52%, pasando del 13.6% al 20.7% del PIB (p.12). Así pues, Colombia no fue la excepción mostrando un aumento significativo del 9% del PIB para 1990 al 19% del PIB para el 2012.

Este comportamiento se debió en gran medida a distintos factores económicos internacionales que afectaron positivamente el recaudo, tales como, i) el aumento en los precios de las materias primas, principalmente los minerales, ii) un contexto internacional de crecimiento económico acelerado, especialmente el de las economías emergentes, y iii) una estabilidad monetaria incentivada por un marco tributario más flexible (CEPAL, 2014).

Ahora bien, las repercusiones de dicha política fiscal tuvieron unas consecuencias significativas en el diseño de las reformas tributarias que tuvieron lugar en dicho periodo y por ende, en el diseño del impuesto a la renta en Colombia. En tal sentido, Fedesarrollo (Clavijo et.al. 2011) afirma:

El bajo recaudo tributario de Colombia, que bordea los 13 puntos del PIB a nivel de GC (frente a un promedio de 17% del PIB en América Latina), ha sido el resultado de 16 reformas tributarias ocurridas durante 1990 - 2010 (...) en este orden (...) El recaudo del Impuesto a la Renta se ha venido incrementando en Colombia de 3,5% del PIB a principios de los años noventa a cerca de 5.5% del PIB (...) el grueso del recaudo (dos terceras partes) está en cabeza de las firmas, con un 3.7% del PIB, mientras que las personas naturales aportan el restante 1.8% del PIB.

Es así que se debe tener en cuenta primero que todo la demora a la que está sometido el análisis empresarial, desde la complementariedad del análisis económico del derecho y del derecho económico, ha impedido que se avance en temáticas trascendentales como la responsabilidad penal y la culpabilidad de las empresas ante diversas circunstancias que, si bien no implica un señalamiento, expresa el escenario de desbordamiento de los aspectos que aún no han sido tratados de manera conjunta. Es la naturaleza de la firma establecida en la estructura empresarial, la que obliga a considerar el papel del marco legal en función de la sociedad y no de esta última al servicio de las disposiciones jurídicas.

El análisis económico del derecho aborda dos aspectos principales acerca de las normas jurídicas -uno descriptivo y otro normativo. El aspecto descriptivo se relaciona con los efectos, esto es, las consecuencias de las normas jurídicas y decisiones judiciales en la realidad.

El aspecto normativo evalúa conveniencia social de las normas jurídicas desde una perspectiva económica, y realiza afirmaciones acerca de cómo debiera

designarse el derecho para alcanzar un resultado socialmente deseable. Si bien áreas específicas del derecho, como la libre competencia, derecho societario, y la regulación de la actividad económica en general han sido ampliamente objeto del análisis económico del derecho, desde la década de 1960 los defensores del análisis económico del derecho han expandido su campo de investigación a casi todas las áreas del derecho, incluyendo por ejemplo el derecho penal, derecho probatorio, y el derecho de familia.

Esta expansión está conectada de cerca con investigaciones lideradas por un conjunto de destacados economistas norteamericanos. En 1960, Ronald Coase demostró¹ *“que la asignación de derechos de propiedad a lo largo del sistema jurídico solo afectará el resultado de la negociación privada en un mundo en el que los costos de transacción son altos”* En 1965, Armen Alchian² *“presentó una comprehensiva teoría económica de los derechos de propiedad.”* En 1968, Gary Becker³ *“extendió el ámbito del análisis económico del derecho a un amplio rango de conductas ajenas al mercado, como el delito, la discriminación racial, la organización.”*

III. Marco teórico

La primera cuestión a resolver es señalar por qué la economía sí sirve, para entonces aplicarla al estudio de sistemas normativos. Una definición tradicional de economía es la que la describe como ciencia de la elección racional en la que individuos con determinados objetivos maximizan su utilidad minimizando sus costos, dados los recursos escasos. Partiendo de esta definición podemos decir que el AED también presupondrá esta racionalidad de los individuos, lo que nos lleva a la interrogante de si la racionalidad que suponemos del individuo es absoluta. Al respecto debemos decir que no existe evidencia empírica que demuestre que los individuos actuamos en todo momento de forma racional, es decir, se acepta que los individuos actuamos de forma irracional en determinadas ocasiones. Sin embargo, sabemos que sí existe evidencia empírica de que los individuos, si bien no nos comportamos de forma racional en todo momento, también lo es que sí lo hacemos la mayor parte del tiempo. En este sentido, suponiendo que los comportamientos racionales se pueden predecir y los irracionales no, con que actuemos por lo menos la mitad del tiempo en forma racional entonces estaremos en posibilidad de predecir el comportamiento de los individuos por lo menos la mitad del

1. RONALD Coase. 1960. Demostró que la asignación de derecho de propiedad a lo largo del sistema jurídico solo afectará el resultado de la negociación.
2. ALCHIAM Armen. 1965. Teoría económica de los derechos de propiedad.
3. BECKER, Gary. 1968. Extendió el ámbito del análisis económico del derecho a un amplio rango de conductas ajenas al mercado.

tiempo (lo que es mejor que nada). Dicho lo anterior la respuesta a la pregunta de ¿para qué sirve la economía? es: la economía sirve para predecir el comportamiento de individuos racionales que, en respuesta a los costos impuestos a su actuar modifican sus conductas. Suponiendo el comportamiento racional real de estos individuos podemos decir que la economía sí sirve para predecir por lo menos algunas de las conductas de los individuos.

El análisis económico del derecho encuentra sus principales antecedentes en el derecho de Estados Unidos de Norteamérica.

La mayor parte de los trabajos existentes sobre este método son derecho civil y administrativo, en consecuencia, hace falta la aplicación de este método a otras ramas del derecho. Máxime que pocos conocen sus bondades, sin embargo, es necesario tener en cuenta que es un método con muchos defectos y detractores, en consecuencia, no es un método perfecto. Sin embargo, no podemos precisar que algún método lo sea, sin embargo, existen otros métodos que si son bastante confiables como el método dogmático, funcionalista y comparativo.

Es decir, el análisis económico del derecho es un método que ha aparecido recientemente, no teniendo antecedentes muy antiguos, por tanto, al momento de buscar fuentes de información, debemos seleccionar dentro de las mismas a las recientes, ya que, en caso de revisar libros de hace doscientos años, no encontraremos información.

El Análisis Económico del Derecho es considerado como un movimiento doctrinal en el marco de la llamada ciencia jurídica (jurisprudencia teórica, dogmática jurídica, scientia iuris), surge espontáneo preguntarse por su meta-jurisprudencia: es decir, por cuál sería el modelo normativo de ciencia jurídica que el Análisis Económico del Derecho ejemplifica y propone: asumiendo por simplicidad que sea provechoso hablar de un modelo, del cual forman parte también una concepción determinada del derecho, de la interpretación, del razonamiento jurídico y de la función judicial en aras de arrojar luz sobre la meta-jurisprudencia del análisis económico del derecho es preciso no limitarse a la reconstrucción de un modelo jurídico-económico de ciencia jurídica, con sus presupuestos teóricos y epistemológicos, pues hace falta reconstruir también, y preliminarmente, los modelos meta-jurisprudenciales más relevantes en la cultura jurídica norteamericana del siglo XX: el modelo formalista y los modelos realistas. Una reconstrucción, aunque muy esquemática, de estos últimos modelos parece en efecto oportuna por dos razones. la primera razón es que no se puede apreciar de manera adecuada el valor – histórico e intelectual – de un movimiento doctrinal y, más en particular, de su meta-jurisprudencia, sino comparándolo con los movimientos que constituyen su trasfondo cultural: ya sea en cuanto funcionen de modelos

positivos, que imitar y perfeccionar, ya sea en cuanto funcionen de modelos negativos, que poner en tela de juicio y rechazar. La segunda razón es que la posición del análisis económico del derecho frente al formalismo y al realismo no queda todavía clara en la literatura especializada, no obstante, las numerosas contribuciones sobre el tema. Para algunos estudiosos, por ejemplo, el análisis económico del derecho es una forma lisa y llana de “nuevo formalismo” (Grant Gilmore); para otros, se trataría en cambio de un heredero del “realismo” (Bruce Ackerman); para otros todavía, se trataría de un movimiento híbrido, que comparte a la vez rasgos del “formalismo” y del “realismo SINGER Joseph W 1984⁴: The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. Yale Law Journal (1984).

El Análisis Económico del Derecho es un tema muy complejo ya que se puede aplicar en todo, con él se pueden tocar varios temas, se puede decir que es una forma de razonamiento, de pensamiento y además nos permite organizar un método de trabajo, el abogado puede ampliar su visión sobre el análisis de alguna situación, cada uno puede tener formas de razonamiento y de pensamiento diferentes, el análisis económico del derecho nos ayuda a plantear las cosas de distinta maneras y al mismo tiempo podemos romper creencias que nos han insertado durante mucho tiempo. Ayuda a identificar decisiones legales que son efectivas o contraproducentes a lo que uno quiere llegar, se puede encontrar muchas formas de razonamiento sobre análisis económico y se puede identificar de qué manera se comporta el ser humano de acuerdo a ciertos recursos. El análisis económico del derecho ocupa un lugar de indiscutible importancia en la educación jurídica. Desarrollado originariamente en Estados Unidos a partir de innovadores trabajos que extendían la aplicación de los principios y método de teoría de los precios a las ciencias sociales en general, en los últimos años ha ganado indudable espacio también en la tradición legal continental.

Cada vez más diversas facultades de derecho latinoamericanas incorporan contenidos, materias y hasta programas de posgrado completos sobre la disciplina. Este fenómeno constituye parte de un movimiento más amplio que transcurre centralmente en las universidades americanas donde, desde hace unas décadas, se emplean en forma creciente disciplinas sociales y humanísticas para el examen del sistema legal. El formalismo legal, ese ejercicio milenario de sistematización e interpretación de la ley, aun cuando todavía dominante en la enseñanza, ha perdido notable espacio en la investigación, consecuencia de la proliferación de miradas externas provistas por diversas disciplinas como la filosofía, la sociología, los estudios literarios, la filosofía, la historia, la

4. SINGER Joseph Del formalismo y del realismo. The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. Yale Law Journal (1984)

psicología y la economía. Con el derecho económico el abogado como litigante puede elegir una adecuada decisión en un juicio y buscar estrategias de defensa para tener una mejor eficiencia en su actuación dentro de un conocimiento del sistema legal.

En este sentido, aun cuando la comprensión y conocimiento del sistema legal puede ser de enorme utilidad al economista y es conocida la incidencia que las instituciones tienen en el desempeño económico, el Análisis Económico del Derecho, antes que un desarrollo interdisciplinario, constituye centralmente teoría de precios aplicada al sistema legal. Hasta el reciente empleo de ciencias sociales en los estudios e investigaciones legales en los Estados Unidos, las escuelas de derecho eran centralmente escuelas de artesanos empeñados en mirar la ley local y, como sucede mayormente en las facultades de derecho latinoamericanas, los profesores en su mayoría se ocupaban de temas de doctrina que tenían por finalidad explicar el derecho vigente, mirar su consistencia y sugerir nuevas aplicaciones a casos dudosos. Por ese carácter artesanal, en general las universidades requerían cierta experiencia en la práctica profesional a los profesores, y el impacto de sus investigaciones eran fundamentalmente locales y especializadas a determinadas áreas del derecho. A diferencia de la mayoría de las disciplinas universitarias eran poco frecuentes la existencia de comunidades académicas extendidas y revistas especializadas de alcance internacional. Los profesores destinaban sus trabajos a jueces y abogados antes que a miembros de la comunidad académica y su producción era fundamentalmente de consumo local, trabajos artesanales para artesanos, generando cierta armonía entre la enseñanza y la práctica del derecho. Durante las últimas décadas, sin embargo, el dominio del formalismo legal se ha resentido significativamente en la investigación con el creciente empleo de otras disciplinas. En las escuelas de derecho de los Estados Unidos cada vez son más los estudiosos del derecho que emplean otras disciplinas, tales como la economía, la sociología, la psicología, la filosofía, la literatura y otros, para el examen o la comprensión del sistema legal.

Sin embargo, el Análisis Económico del Derecho constituye la más exitosa aplicación de una ciencia social al campo de derecho

El análisis económico del derecho es una corriente dentro de la teoría del Derecho que aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico. El análisis económico incluye el uso de la metodología y los conceptos propios de la ciencia económica para predecir el efecto de las normas jurídicas, con el objeto de determinar qué leyes o disposiciones jurídicas son económicamente eficientes, y predecir qué medidas deberían ser promulgadas o adoptadas. Este trabajo tiene por finalidad ofrecer una actualizada introducción a las principales herramientas y aplicaciones del análisis económico del derecho. El análisis económico del derecho es el estudio de las

normas a la luz de la eficiencia mercantil situando al hombre como sujeto que actúa bajo racionalidad individual. El análisis económico del derecho, por tanto, trata de aplicar la teoría económica a los problemas jurídicos. Ante una modificación legislativa como en todo análisis económico, también aquí es posible adoptar un enfoque positivo o un enfoque normativo. De un lado, el análisis positivo se centraría en describir las consecuencias previsibles de las normas, los incentivos y desincentivos que se derivan de las mismas y por qué unas normas elevan la eficiencia del sistema más que otras creando incentivos para que los agentes actúen de una manera y no de otra. Esta metodología ofrece así a los jueces y legisladores un método tanto para evaluar la eficiencia de las normas como los efectos en la distribución de la renta y la riqueza de la aplicación de las leyes. El enfoque positivo del análisis económico del derecho utiliza el análisis económico para predecir el efecto de las normas jurídicas.

Así, por ejemplo, un análisis económico-positivo sobre responsabilidad extracontractual podría predecir los efectos de régimen de responsabilidad objetiva o estricta, frente a uno de responsabilidad subjetiva. Tradicionalmente los economistas se han dedicado a la eficiencia dejando a los legisladores los asuntos relacionados con la distribución. Aun así, el planteamiento es extremadamente atractivo para los juristas, ya que asumir los criterios de eficiencia puede significar una reducción de los daños a la hora de aplicar determinadas leyes y, por tanto, una mejora del bienestar total de la sociedad.

El enfoque normativo del análisis económico del derecho va más allá, y establece recomendaciones de carácter político basadas en las consecuencias económicas que derivan de la aplicación de un determinado curso de acción política. El análisis económico del derecho no sólo es de aplicación al derecho civil, sino también al derecho empresarial, al derecho penal y al derecho registral entre otras ramas y áreas del derecho y a todas las actividades humanas. Hasta la década de los sesenta, sin embargo, la aplicación de las técnicas del análisis económico a los problemas jurídicos se limitaba a un pequeño número de campos del derecho, como eran la legislación antimonopolio, la legislación sobre sociedades y la regulación económica. Los regímenes de competencia de los Estados Unidos y el Reino Unido son los mejores de los países desarrollados desde el punto de vista de la capacidad técnica para hacer análisis económicos de fusiones y otras operaciones. Estos regímenes están a la vanguardia tanto por la calidad de los análisis económicos como por la importancia que revisten en la consideración de casos sobre competencia. La Comisión Europea y (el organismo regulador de la competencia de los Países Bajos) ocupan el tercer y el cuarto lugar, respectivamente. Se considera que los organismos reguladores de la competencia de algunos países desarrollados se cuentan entre los mejores, pero no están actualizados o carecen del rigor necesario en el ámbito del pensamiento económico y la aplicación del análisis económico a casos sobre competencia. Las conclusiones indican que la

capacidad técnica de análisis económico se basa en el aprendizaje y la actualización permanentes y puede variar con el paso del tiempo.

No se han hecho exámenes comparables en los países en desarrollo y las economías en transición, pero varios estudios de países revelan que los organismos reguladores de la competencia de algunos países (por ejemplo, las del Perú y de Sudáfrica) tienen fama de realizar análisis económicos certeros y que otros han adoptado medidas para fortalecer la capacidad de hacer análisis complejos mediante la creación de dependencias encargadas de realizarlos y dotadas de los recursos necesarios tanto para realizar investigaciones con personal propio como para contratar a consultores externos, como ocurre en el Brasil. Algunos países en desarrollo también han dado a conocer orientaciones sobre el enfoque aplicado al análisis de las prácticas anticompetitivas, (como ocurre también en el Brasil). Las autoridades reguladoras de la competencia de los países en desarrollo recurren cada vez más a los estudios económicos y, en particular, a la econometría, sobre todo para la definición de mercados.

Además, algunas de esas autoridades también hacen uso de la economía y la econometría para analizar los efectos que tienen las fusiones para la competencia, así como para analizar el abuso de posición dominante y los acuerdos verticales. Uno de los motivos por los que la economía no se aplica más comúnmente al estudio de casos de competencia en los países en desarrollo es la resistencia de los juristas, incluidos los jueces. Esta resistencia puede deberse en parte al temor de que la consideración de los aspectos económicos encarezca o dificulte la aplicación del derecho de la competencia. Ciertas exigencias institucionales, como la obligación de designar a economistas en cargos de alta categoría de las comisiones o para integrar tribunales, también podrían contribuir a incorporar la economía al derecho de la competencia. En los tribunales de los países en desarrollo, se observan variadas actitudes con respecto a la consideración de elementos de prueba económicos. En unos pocos de ellos -entre otros el Brasil, Israel, Indonesia y Sudáfrica-, los tribunales tienen en cuenta los análisis económicos en sus resoluciones, pero la influencia de la economía va en aumento, sobre todo en las jurisdicciones con un historial más largo de defensa de la competencia. Cada vez se reconoce más el aporte fundamental de la economía al derecho de la competencia y el análisis de los casos de competencia. La actitud de los jueces con respecto a la aplicación de criterios económicos en los casos de competencia parecería no influir mayormente en el funcionamiento del sistema jurídico. La mayoría de las jurisdicciones se aplica el derecho de la competencia por medio de un sistema administrativo. Los tribunales sólo intervienen en la etapa de la apelación, en la que por lo general se examinan exclusivamente cuestiones jurídicas o procedimiento, pero la experiencia demuestra que el examen de los aspectos jurídicos en los casos de competencia suele exigir una reconsideración de las teorías económicas.

Uno de los principales objetivos del marco legal es definir los derechos de propiedad sobre los recursos que cada uno de los agentes económicos posea y que permite a éstos apropiarse del flujo neto de ingresos que se deriva de la utilización de dichos recursos, ya sean físicos o humanos. Un segundo objetivo es determinar las condiciones de entrada y el nivel de competencia que existe en cada mercado y un tercero es contribuir a la creación de nuevos mercados. Sin duda, la principal función del marco legal es la definición de los derechos de propiedad, entendiendo a éstos como las relaciones de comportamiento sancionadas legalmente, entre los agentes económicos, que surgen de la existencia de bienes y que atañen a su utilización. Es importante señalar que el término “bien”, se utiliza para definir cualquier cosa (material o inmaterial) Katz 2001⁵. La Constitución y los derechos privados de propiedad. Cuestiones Constitucionales (4) 27-48

A diferencia de lo que ha ocurrido en Norteamérica, y probablemente con mayor fuerza que en otros países de tradición civilista, parece claro que en las sociedades regidas por el derecho iberoamericano la penetración del Análisis Económico del Derecho tanto como herramienta positiva para la comprensión del derecho, o como elemento normativo para el diseño de las políticas, la doctrina legal, las discusiones legislativas, o la jurisprudencia es bastante precaria. No parece prudente, ni conducente, limitarse a argumentar que estas fallas en la aceptación del Análisis Económico del Derecho se explican en su totalidad por la débil formación económica de los abogados, los jueces o los legisladores. “Es indudable que existen problemas de mayor calado, obstáculos de fondo a la comunicación entre juristas y economistas que vale la pena tratar de identificar” Rubio, M. (2007)⁶. Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano. (1ra Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia

La meta jurisprudencial del Análisis Económico del Derecho se centra en los tres modelos meta-jurisprudenciales que constituyen el trasfondo cultural del análisis económico del derecho. Hace falta, ahora, esbozar el modelo juridico-económico de ciencia jurídica. Al dar cuenta de él, parece útil destacar cuatro conjuntos de componentes básicos. Primero, un conjunto de tesis de teoría del derecho, que integran la visión jurisdiccional económica de la realidad del derecho, es decir, lo que un jurista-economista tendría que pensar acerca de la naturaleza del derecho. Segundo, un conjunto de tesis epistemológicas y metodológicas, que establecen lo que un jurista-economista tendría que asumir en lo que concierne al conocimiento del derecho y a los deberes de su profesión.

5. KATZ 2001. La constitución y los derechos privados de propiedad. Cuestiones Constitucionales, (4), 27-48.

6. RUBIO M. 2007 Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho Iberoamericano 1ª Edición. Bogotá.

Tercero, un conjunto de herramientas microeconómicas, que representan el trato específico de la ciencia jurídica y económica, y de los cuales un jurista-economista tendría que servirse en tratar problemas jurídicos. Cuarto, una tipología de las formas básicas de análisis jurídico-económico de las normas e instituciones jurídicas

IV. Metodología propuesta

El trabajo se realiza con el fin de documentarse a través del tema del análisis económico del derecho y es así que cuando se estudia el tema, es necesario tener en cuenta las fuentes del derecho, las cuales son poco conocidas por parte de los abogados, por lo cual a continuación nos referiremos a las mismas. Resumiendo, podríamos definir el Análisis Económico del Derecho como la aplicación de la teoría económica y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, el análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales. Su acogida no ha sido la misma en las diferentes regiones; mientras en Norteamérica ha tenido un importante desarrollo en Europa y en el ámbito hispano

El derecho tiene las siguientes fuentes: la ley, doctrina, jurisprudencia, ejecutorias, bases generales del derecho, costumbre, realidad social y manifestación de voluntad. Las cuales pueden ser consideradas como partes o elementos del derecho, sin embargo, este tema se encuentra poco trabajado o estudiado.

En tal sentido debemos dejar constancia que el análisis económico del derecho se puede aplicar a todas las fuentes del derecho. Se puede buscar la eficiencia económica de todas ellas, juntas o por separado. En tal sentido se puede buscar la eficiencia económica de la ley, doctrina, jurisprudencia, ejecutorias, principios generales del derecho, costumbre, realidad social y manifestación de voluntad.

Ninguna fuente del derecho está al margen del análisis económico del derecho, por lo cual conviene que todo abogado que aspire a ser jurista conozca y domine el mismo.

Las dificultades que existen para una mayor aceptación por parte de los juristas del análisis económico de los asuntos legales se pueden agrupar en dos grandes categorías. Estarían en primer lugar las razones teóricas o conceptuales que impiden un acercamiento. En este sentido cabe mencionar cuestiones como las “diferencias para abordar el estudio del derecho, las marcadas discrepancias en la tradición intelectual, la adopción de ciertos supuestos básicos o creencias, la preferencia de modelos rivales del comportamiento humano o la importancia

relativa, para el derecho, de las decisiones judiciales y las legislativas”. En segundo lugar, habría dificultades a nivel de asuntos más prácticos, como “los mecanismos de definición de los tópicos de interés de cada disciplina, la disponibilidad de información y, no menos importante, problemas elementales de metodología y de estilo” Rubio, 2007.⁷ Pág. 34 La constitución y los derechos privados de propiedad. Cuestiones Constitucionales, pág. 27-48.

Según Cossio 2002⁸ “la medida en que sea posible lograr la ubicación metodológica del análisis económico del derecho, se terminará con muchas de las falsas y desproporcionadas expectativas que sobre él se han creado, y será posible también constituirlo como un método válido para explicar ciertos aspectos de las conductas jurídicas y para contribuir a la creación del derecho mismo “(Cossio, 2002, p. 20).

El análisis económico del derecho debe ser estudiado como un método de interpretación de la realidad social. Sin embargo, en las fuentes de información que desarrollan los métodos de interpretación no siempre se dedican al estudio del análisis económico del derecho. Es decir, las fuentes de información que desarrollan los métodos de interpretación por lo general no desarrollan el análisis económico del derecho.

V. Resultados esperados

El movimiento Análisis Económico del Derecho es un fenómeno cultural complejo. Frente a tal complejidad, quien quiera arrojar luz, aunque solamente sobre algunos de sus rasgos tiene preliminarmente que elegir con la máxima claridad y el máximo cuidado, el enfoque desde el cual desarrollar sus investigaciones.

El estudio de los problemas económicos siempre ha tenido que considerar para hacer viable sus planteamientos, el ordenamiento jurídico o la norma. De igual manera, los propios juristas que se han preocupado por el contexto social o medio en el cual se aplica la norma han tenido que apreciar el fenómeno económico como una fuerza que funciona con frecuencia el accionar de los sujetos. “La inevitable conexión del Derecho con la realidad social lo ha hecho derivar hacia una mayor complejidad en la que los fenómenos económicos conviven con nítida energía” (Anglas, 2008⁹, p. 12).

7. RUBIO Pág. 34 La constitución y los derechos privados de propiedad. Cuestiones Constitucionales.

8. COSSIO 2002. Opinión Jurídica Vol. 11 No. 21 pp 117-134.

9. ANGLAS, William 2008. Desregulación financiera y Crisis Financiera.

La relación entre la economía y el derecho como instituciones, nos lleva a desarrollar todas aquellas correlaciones entre el mercado, principal componente de la economía como institución y las normas que lo regulan. Y la relación entre el derecho como ciencia y la economía como institución pretende dar cuenta del estudio de la acción del hombre que se desarrolla en la economía como institución (en el mercado). De estas dos relaciones surge, a nuestro parecer, el derecho económico, pues se desarrolla el estudio científico de un conjunto de normas –institución jurídica– que regulan la actividad económica. Para algunos, con los que nos identificamos, todo el derecho al final de cuentas es económico, y por ello no es necesario hacer distinciones (Márquez, 2005, p.

Otro punto importante dentro de esta investigación se relaciona con:

Externalidades: Existen algunos temas más complejos que otros en el presente documento, por lo cual no todos son sencillos, sino que algunos tienen cierta o mayor complejidad, en este grupo se ubican las externalidades, tema que no es fácil de explicar ni de comprender o entender, por lo cual se debe recurrir a libros de economía y microeconomía, a fin de facilitar su estudio por parte de los juristas y abogados en general.

Para comprender las externalidades debemos estudiar previamente los mercados, los cuales regulan la oferta y la demanda. En el mercado se encuentran la oferta y la demanda. Sin embargo, algunas oportunidades el mercado resulta insuficiente para asignar recursos de manera eficiente, supuesto en el cual estamos frente a una externalidad y en tal supuesto debemos recurrir al estado para que ponga fin a este error o falla del mercado a fin de evitar injusticias.

La externalidad no es un término jurídico sino económico, por lo cual dejamos constancia que los economistas son los que mejor manejan estos términos, por tanto, son términos económicos y no términos jurídicos.

Los mercados no siempre funcionan perfectamente, sino que algunas oportunidades presentan errores o fallas, los cuales atentan contra el mercado y se busca eliminar dichos errores o fallas.

Las fallas del mercado se denominan externalidades. Hay externalidades cuando una persona o personas realizan una determinada actividad que influye a un tercero (tercero civil, no tercero registral) y no se recibe ningún pago, ni beneficio, ni castigo, ni sanción, por este efecto.

No todas las externalidades son idénticas o iguales, sino que existe una clasificación, la cual estudiaremos a continuación. Las externalidades son de

dos clases: positivas y negativas. La externalidad es negativa si la actividad causa un efecto malo en un tercero. La externalidad es positiva si causa un efecto bueno en un tercero.

Cuando en las actividades hay externalidades el equilibrio del mercado es ineficiente. Sin embargo, debemos dejar constancia que para algunos autores las externalidades no deben estudiarse sólo como fallas del mercado. Lo cual resulta importante tener en cuenta a fin de dominar más las externalidades, que tanto daño causan al mercado y a los agentes económicos que sin intervenir en un contrato pueden verse perjudicados, cuando se trata de una externalidad negativa. Y ocurre lo propio cuando una persona se beneficia de un contrato celebrado por terceros (en este caso nos referimos al tercero del derecho civil) supuesto en el cual nos encontramos frente a una externalidad positiva.

El derecho busca eliminar las externalidades, en tal sentido las mismas deben preocupar a los juristas que son investigadores, sobre todo en el caso peruano que tanta falta hace estudiar economía a los abogados. Sin embargo, debemos dejar constancia que no todas las externalidades deben ser eliminadas ya que también existen las externalidades técnicas, que no tienen los problemas presentados en las externalidades originadas por los derechos reales o por los contratos, las cuales no constituyen un problema para los economistas ni para los juristas. Respecto de las externalidades el estado debe intervenir y de hecho interviene estableciendo correctores (que pueden ser penalizaciones o subvenciones) o regulando actividades (por ejemplo, puede prohibir actividades que ocasionen contaminación o estableciendo normas para que las discotecas se encuentren cerradas a ciertas horas o que no existan las mismas en determinadas zonas). Y para quien desee ampliar sus conocimientos puede consultar libros de economía y además de microeconomía, en los cuales se desarrolla ampliamente estos temas, a fin de que el lector tenga una visión más amplia del tema estudiado o tratado en el presente como son las externalidades, las cuales deben ser estudiadas por el derecho y por la economía, a fin de no caer en errores.

La meta jurisprudencial del Análisis Económico del Derecho. Aunque se hable a menudo de “herramientas de la teoría microeconómica”, sugiriendo que hay una teoría microeconómica, que proporciona a los juristas, para decir así, una determinada caja de herramientas, una mirada aún muy superficial al movimiento Análisis Económico del Derecho pone de relieve que hay diferentes teorías microeconómicas y, por lo tanto, diferentes cajas de herramientas, de las cuales los juristas pueden sacar, y sacan de hecho, muy variadas combinaciones de medios para desempeñar las tareas de una ciencia jurídica inspirada por el racionalismo instrumental.

El último componente de la meta-jurisprudencia del Análisis Económico del Derecho que hace falta mencionar es, como dije, una tipología de las formas de análisis jurídico-económico de las normas e instituciones jurídicas. No hay, sin embargo, uniformidad en destacar y caracterizar estas formas. Richard Posner, Guido Calabresi, Robert Cooter, y muchos otros juristas-economistas suelen asumir como distinción básica la distinción entre análisis económico del derecho positivo y análisis económico del derecho normativo. En un escrito más reciente, sin embargo, Posner ha añadido a la dicotomía primordial un tercer elemento: el análisis económico del derecho heurístico, que constituye aparentemente un afinamiento de la originaria noción de análisis económico del derecho positivo. A continuación, intentaré arrojar luz sobre estas diferentes formas de análisis jurídico-económico, como siempre desde la perspectiva del jurista y filósofo de derecho.

El análisis jurídico-económico positivo el análisis jurídico-económico positivo, es decir, la forma «descriptiva» del enfoque del análisis económico del derecho («its descriptive mode»), consiste esencialmente en investigaciones de tres tipos, que atañen: 1. a la identificación de la lógica económica de los principios y instituciones jurídicas positivas, arrojando luz sobre el funcionamiento de las normas positivas («explain legal rules») en cuanto herramientas de incentivo de las conductas de individuos racionales que actúan en un mundo caracterizado por la escasez de los recursos. 2. a la identificación de los efectos (outcomes) de los principios e instituciones jurídicas vigentes sobre la eficiente utilización de los recursos, arrojando luz, por ejemplo, sobre si favorecen la minimización de los costes y en qué medida (costes de transacción, costes de los incidentes, costes de prevención de los incidentes, costes de funcionamiento de la máquina del derecho, etc.). 3. a la identificación de las causas económicas de los cambios en los principios e instituciones jurídicas¹³. Estas líneas de investigación, en cuanto genuinamente descriptivas, requieren, además de análisis lógicos desarrollados sobre la base de los modelos de conducta racional (individuals as rational maximizers of their self-interest), investigaciones empíricas (estadísticas y econométricas). Pertenecen por lo tanto a la sociología del derecho, entendida como el estudio de las relaciones entre derecho y sociedad. los problemas de que trata el análisis jurídico-económico positivo son, por ejemplo, del siguiente tipo: a) si un determinado conjunto de normas jurídicas sea, de hecho, eficiente, es decir, favorezca la eficiencia económica en un determinado marco de relaciones, incentivando conductas eficientes (si, por ejemplo, las reglas del common law sean, o no, eficientes); b) de cual manera los individuos hayan reaccionado, o se puede prever reaccionarán, a los incentivos hacia conductas eficientes proporcionados por determinadas normas jurídicas; c) si una determinada institución jurídica funcione, o no, de mecanismo de selección de reglas eficientes (si, por ejemplo, en las palabras de Kornhauser, «legal processes select for efficient rules»)

El análisis jurídico-económico normativo el análisis jurídico-económico normativo, es decir, la forma «normativa» del enfoque del análisis económico del derecho («its normative mode»), consiste, a su vez, en investigaciones de dos tipos: proyectivas y críticas. El análisis normativo proyectivo consiste en elaborar proyectos de normas e instituciones jurídicas para alcanzar, en la forma más eficiente, fines preliminarmente seleccionados. La tarea requiere a menudo el desarrollo de análisis comparativo de principios o conjuntos de normas alternativas, bajo el perfil de su relativa capacidad de promover, de una manera eficaz y eficiente, los fines asumidos como prioritarios. Pertenecen a esta forma de análisis normativo, por ejemplo, las comparaciones entre strict liability y negligence en el derecho de los ilícitos civiles, o bien las comparaciones, en términos funcionales, entre property rules, liability rules, e inalienability rules. En relación a las ideologías (las mesas de valores y fines) que los juristas economistas adoptan, se pueden destacar dos formas de análisis jurídico-económico normativo: el análisis normativo “de la justicia” y el análisis normativo “de la eficiencia”. el análisis normativo “de la justicia” – defendido por Guido Calabresi¹ – se caracteriza por las posturas siguientes: 1. la justicia es el fin último que cada sociedad debe adoptar y perseguir mediante el derecho; 2. la justicia es un objetivo distinto, sobre ordenado, y no-negociable respecto de la eficiencia entendida como maximización de la riqueza social; 3. la maximización de la riqueza social siempre debe ser realizada en el contexto de políticas de redistribución: la “tarta” de la riqueza total de una sociedad (que puede coincidir con la sociedad universal de la globalización) nunca puede ser ampliada de manera independiente de la contextual implementación de formas de perecuación; 4. Las herramientas proporcionadas por las teorías económicas deben servir para fundar una doctrina jurídica pragmatista («el estudio racional del derecho» patrocinado por Oliver Wendell Holmes desde los finales del siglo XIX), que esté atenta a identificar, para cada conjunto materialmente unitario de normas jurídicas, las consecuencias sociales, los costes, los beneficios, y, por supuesto, quienes ganan y quienes pierden (who gets/does not get what, when, and how). En conclusión, el análisis normativo “de la justicia” rechaza cualquier idolatría del mercado y adoración de la eficiencia. La eficiencia económica (entendida, según el sentido común de los juristas-economistas, como minimización de los costes y maximización de la riqueza de las partes interesadas) siempre debe ser tomada en consideración en cualquier decisión sobre los derechos y deberes de los individuos, pero nunca como fin sea excluyente, sea prioritario. Cuanto, a la justicia, ella debe consistir, aparentemente, en la protección de la libertad individual en todas las dimensiones en las cuales esta puede explicarse. en otras palabras, se trata de abarcar un individualismo deontológico integral, que protege, además del homo oeconomicus (con los límites que hemos visto), el individuo como sujeto político (homo politicus), moral (homo moralis), y, más en general, social (homo socialis el análisis normativo “de la eficiencia” – defendido

por Posner – asume en cambio que la eficiencia debe ser el fin prioritario en muchísimos sectores del derecho positivo porque, en tales sectores, la justicia coincide con la eficiencia. En consecuencia, el análisis normativo debe proporcionar «consejos a los jueces y a los demás órganos de la política del derecho (policymakers) sobre los métodos más eficientes de regular la conducta a través del derecho». Por ejemplo, tratando de la regulación de la libertad de expresión, Posner proporciona una fórmula como herramienta para identificar los elementos que tendrían que ser tomados en cuenta por toda regulación racional; considera además la dificultad de establecer los valores de las variables escogidas; y en fin concluye en favor de una “forward strategy”, basada en una presunción de que los beneficios de la libertad de expresión tienen que ser estimados de entidad relevante (“deeming the benefits great”), con consecuente permisión de expresar también contenidos ociosos o hasta ofensivos para mucha gente. En cada caso, una vez identificados los fines que se asume deban ser prioritarios en una determinada materia, el jurista-economista tiene que formular los principios jurídicos, las reglas de detalle, y, además, las definiciones más adecuadas de los conceptos jurídicos interesados (culpa, dolo, nivel óptimo de precaución, incumplimiento eficiente, sanción óptima, best cost avoider, ecc.). Es preciso subrayar que esta forma de análisis jurídico-económico puede ser desarrollada también de una manera más neutra y tecnológica: sin adoptar los fines que las normas deberían satisfacer, es decir, desarrollando, en forma de hipótesis de ingeniería jurídico-económica, los principios, las reglas de detalle, y los conceptos jurídicos previsiblemente más adecuados a alcanzar un determinado fin, o conjunto de fines, si se quiere alcanzarlos. Así para el análisis proyectivo, el análisis normativo crítico consiste, en cambio, en la crítica axiológica de las reglas e instituciones jurídicas vigentes, bajo el perfil de su eficiencia: asumiendo, por supuesto, que las reglas jurídicas deban ser – también, si no de manera excluyente – eficientes.

Una primera manera consiste en asumir el enfoque propio de los juristas positivos (abogados, jueces, juristas académicos), quienes están interesados a las soluciones prácticas que el Análisis Económico del Derecho proporciona, o bien podría proporcionar, a problemas específicos de iure condito o de iure condendo en el marco de una determinada área del derecho positivo (derechos constitucionales, contratos, ilícitos extracontractuales, derecho de familia, derecho de empresas, derecho penal, etc.). Una segunda manera consiste en asumir el enfoque propio de los estudiosos del razonamiento jurídico, quienes cultivan la metodología del derecho. Bajo este perfil, lo que releva en el Análisis Económico del Derecho son no ya las soluciones proporcionadas para problemas jurídicos específicos, sino, más bien, las medidas a través de las cuales tales soluciones pueden ser halladas y justificadas. Lo que releva son, pues, las técnicas y herramientas económicas que los juristas podrían (y deberían) emplear en sus operaciones diarias de interpretación de disposiciones jurídicas

(leyes, constituciones, reglamentos, etc.), interpretación de sentencias judiciales (interpretación del precedente), integración de lagunas en el derecho, resolución de antinomias, (re) definición de conceptos jurídicos, (re)construcción de institutos, y, por supuesto, argumentación en favor de las conclusiones a las cuales lleguen de vez en cuando. Por último, una tercera forma de tratamiento jurídico del Análisis Económico del Derecho que se puede también destacar consiste en asumir el enfoque del filósofo del derecho y del historiador de la cultura jurídica. Bajo estos perfiles, lo que interesa poner de relieve y analizar en el movimiento Análisis Económico del Derecho no son ni las soluciones prácticas a problemas jurídicos, ni las técnicas interpretativas y argumentativas que se pueden sacar de las teorías económicas, sino las teorías e ideologías que los juristas-economistas sostienen, explícita o implícitamente, acerca del derecho, de la ciencia jurídica y de la función judicial.

VI. Conclusiones

Al concluir con la investigación vemos como el Análisis del Derecho Económico es una forma de poder cuestionar, criticar los sistemas legales, es utilizar el sentido común para tomar decisiones referentes a ciertas situaciones tanto legales, económicas, sociales y en cualquier área de que se trate logrando a su vez uno de los objetivos más importante que es el de garantizar los derechos fundamentales de cada individuo y obtener un equilibrio tomando en cuenta la gran herramienta que es análisis económico del derecho en un sistema jurídico globalizado.

Así, con el Análisis Económico del Derecho se pretende entender sistemas jurídicos analizando las consecuencias que estos producen en un mundo en el que individuos racionales ajustan su actuar a las reglas que los rigen. El enfoque económico se da en dos direcciones, por una parte, es una forma de evaluar las reglas jurídicas, de decidir qué tanto ayudan a conseguir el objetivo para el cual fueron creadas y por otra parte al considerar a la norma como herramienta para lograr propósitos, es decir, como normas que generan distintas clases de incentivos en sus destinatarios, decidir y proponer las reformas necesarias para que se logren los objetivos del sistema de manera eficiente. A estos dos enfoques se les conoce en la literatura como análisis positivo el primero y normativo el segundo. Además, podemos mencionar como virtudes destacadas del Análisis Económico del Desarrollo la utilización de un número reducido de principios simples y útiles para explicar la toma de decisiones de cada individuo teniendo en cuenta que los mercados alcanzan un equilibrio, la eficiencia es importante y constituye un criterio para el análisis de situaciones.

Referencias

- Aguilera. Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente. Derecho y Alviar, (H). 2002. Constitución y economía, Precedente, U. Icesi, V., fasc.1, 2003, p.177 s.
- Alviar, (H). 2010. La redistribución de la propiedad en América Latina: ¿Debemos perder la fe en el derecho?», Revista Internacional de Pensamiento Político, vol. 5, p. 91 s.
- Arango, (R.). 2000. Constitución Económica y procesos judiciales, Revista Tutela, v. I, fasc.11, p. 2267 s.
- Arango, (R.), Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos, Pensamiento Jurídico, U. Nacional, v.1, fasc. 8, 1997, p.63 s.
- Armen, Alchiam. 1965. Teoría económica de los derechos de propiedad.
- Coase Ronald. 1960. sistema Jurídico. Asignación de derechos de propiedad.
- Becker Gary. 1968. Extendió el ámbito del análisis del derecho a un amplio rango de conductas
- Gutiérrez, J. 2007. Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano. Economía aplicada al derecho. Revista Contexto. Revista de Derecho y Economía No, 24, p. 11-29.
- Jaramillo, J. F. 1995. El régimen electoral colombiano y sus posibles reformas. Foro, 21-32.
- Kats, 2001. El bien se utiliza para definir cualquier cosa material o inmaterial.
- Pomares, L, Rama Matías, E., &, E. C. 2001. Análisis económico del Derecho.
- Rubio. 2007. Modelo de organización amplio y complejo- Teoría de las organizaciones.
- Safar, M. 2009. Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública. Revista Derecho del Estado, No. 23, p. 175-190.
- Singer, Joseph. Análisis Económico del Derecho. Del formalismo y del Realismo. The player and the cards, p. 117.