

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Jorge David Espinoza Riega¹

(1) Universidad Católica de Santa María, Arequipa - Perú

RESUMEN: Indiscutiblemente en este concepto se abarcan diferentes aproximaciones al fenómeno económico y jurídico, unas de carácter descriptivo y otras de carácter normativo. Antes de entrar a analizar con precisión el significado del Análisis Económico del Derecho, creo que sería bueno realizar unas puntualizaciones previas acerca de la necesidad de superar, y como dice Jesús González Amuchástegui en su tema "El análisis económico del derecho: Algunas cuestiones sobre su justificación", algunas de las insuficiencias tradicionales de la ciencia jurídica dominante en la cultura continental. Según Postner, el Análisis Económico del Derecho tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos. En el aspecto heurístico, busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales. En su modo descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal; y en su aspecto normativo, asesora a los especialistas en leyes fundamentalmente con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho. El espectro que abarca indudablemente se ha vuelto amplio

Palabras clave: Economy, Law, AED.

ABSTRACT: Undoubtedly, this concept encompasses different approaches to the economic and legal phenomenon, some of a descriptive nature and others of a normative nature. Before entering to analyze precisely the meaning of the Economic Analysis of Law, I think it would be good to make some previous points about the need to overcome, and as Jesús González Amuchástegui says in his theme "The economic analysis of law: Some questions about its justification", some of the traditional inadequacies of the dominant legal science in continental culture. According to Postner, the Economic Analysis of Law has heuristic, descriptive and normative aspects. In the heuristic aspect, it seeks to show underlying coherence in legal doctrines and institutions. In its descriptive mode, it seeks to identify the economic logic and the effects of doctrines and institutions and the economic causes of legal change; and in its normative aspect, it advises the specialists in laws fundamentally with respect to the most efficient methods of regulating the behaviors through the Law. The spectrum that it covers undoubtedly has become wide

Keywords: Economy, Law, AED.

1. DOGMA Y POLÍTICA JURÍDICAS VS. ANÁLISIS ECONÓMICO

Quizá la insuficiencia fundamental de la Dogmática jurídica haya consistido en su incapacidad para plantear cuestiones cruciales que pueden servir de guía; con otras palabras, en su radical separación de la política jurídica. En efecto, la Dogmática Jurídica ha consistido en una actividad reflexiva sobre un objeto dado, el Derecho positivo; se trata de una actividad lógico-formal o deductiva preocupada por organizar lógica y sistemáticamente un determinado material - las normas jurídicas- de cara a facilitar su aplicación.

Puede, en este sentido, decirse que los problemas más relevantes que se han planteado los juristas dogmáticos son de carácter intrasistemático; analizaban -y analizan- si en el interior de los sistemas jurídicos existen normas incompatibles o ambiguas, o lagunas o conceptos jurídicos indeterminados, en definitiva, su actividad descansa en un determinado concepto de racionalidad, la denominada *racionalidad jurídico-formal*. No es de mi especial interés adentrar mi análisis y crítica en ciencias que no manejo como especialista; sino, aportar al conocimiento de una cadena de conceptos

innovadores que nos ayudarán considerablemente a relacionar la ciencia económica con el derecho.

Precisamente por ello y tal y como lo indica Germán Coloma (Universidad del CEMA, Argentina), la Dogmática jurídica se ha manifestado incapaz de ofrecer pautas de actuación salvo los citados requisitos lógico -formales- para los agentes sociales encargados de legislar. Y por ello resulta plenamente justificada la crítica que apunta a los juristas (dogmáticos) como seres poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia o injusticia, de sus consecuencias sociales o de sus costes y su eficiencia.

Proclamar hoy la necesidad de tomar en consideración las previsibles consecuencias sociales de una norma antes de su elaboración, o de analizar su justicia o injusticia, es un asunto pacífico. Sin embargo, proclamar la necesidad de analizar la eficiencia o ineficiencia de dicha norma puede originar alguna controversia. Probablemente el origen de la misma se encuentre en una idea que se encuentra muy generalizada y que George Stigler ha sabido resumir:

"La diferencia entre una disciplina que persigue explicar la vida económica (y también todo comportamiento racional) y una disciplina que persigue alcanzar la justicia regulando todos los aspectos del comportamiento humano es profunda.

Correspondencia:

Jorge David Espinoza Riega
E-mail: jespinoza@ucsm.edu.pe

Esta diferencia significa básicamente que pareciera, que el economista y el jurista viven en diferentes mundos y hablan diferentes lenguajes”.

Aun asumiendo los diferentes objetivos de ambas disciplinas, ¿podemos seguir aceptando pacíficamente que juristas y economistas sigan viviendo en dos mundos diferentes y hablando dos lenguajes mutuamente ininteligibles? ¿No podrán ofrecer los economistas algunas herramientas útiles de cara a conseguir el objetivo de los juristas, a saber, alcanzar la justicia regulando todos los aspectos del comportamiento humano? ¿No estarán, por su parte, los juristas en condiciones de ofrecer a los economistas, en su intento de explicar la vida económica y en general todo comportamiento racional, algunas claves acerca de la existencia de algunos bienes valiosos, difíciles de valorar desde los presupuestos del análisis económico?

Creo que la primera respuesta negativa, debe ir acompañada de dos respuestas afirmativas.

Centrándonos ahora en aquellas aportaciones del análisis económico que pueden resultarnos de utilidad en nuestro intento de superar las deficiencias de la Dogmática jurídica antes apuntadas, podemos sugerir las siguientes:

- Es sabido que el análisis económico concibe al individuo como hombre económico, es decir, como agente racional que busca maximizar de su bienestar, en un contexto caracterizado por la escasez de recursos. Creo que sería un error -aunque no es éste el lugar para argumentarlo- reducir el hombre jurídico al hombre económico, pero esa salvedad no debe ser óbice para que reconozcamos que, en muchas ocasiones, los individuos en relación con el Derecho se comportan como agentes racionales maximizadores de su bienestar; lo cual va a querer decir que el comportamiento jurídicamente relevante de los individuos en ocasiones vendrá determinado no tanto por razones morales, como por razones prudenciales; asimismo, implicará que los individuos responden a incentivos; es decir, que si su entorno cambia de tal modo que pueden mejorar su nivel de bienestar modificando sus pautas de conducta, éstos lo harán. En tanto en cuanto las normas jurídicas supongan variaciones del entorno, los individuos variarán su comportamiento, obedeciendo o desobedeciendo las normas, en función de lo que requiera la maximización de su bienestar.
- Desde esta perspectiva, Albert Calsamiglia ha propuesto retomar una distinción formulada desde el análisis económico entre *racionalidad paramétrica* y *racionalidad estratégica* para analizar el comportamiento de los individuos ante el Derecho. Su idea es que la noción de racionalidad estratégica es relevante para la toma de decisiones sociales y que muchas situaciones jurídicas no suponen racionalidades paramétricas, sino estratégicas, en el sentido de que los individuos reaccionan ante las leyes, y por eso hay que prever cuál va a ser la reacción de éstos a la hora de elaborar la ley. En definitiva, en muchas ocasiones -pero no siempre, ni todos- los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a ellas; toman las normas

como un dato, y no como la conducta a seguir obligatoriamente; como ya hemos apuntado, las normas crean incentivos, y si no están bien formuladas, puede ocurrir que esos incentivos lo sean a su incumplimiento.

- Los economistas suelen poner mucho énfasis en que las normas jurídicas sean eficientes. Qué es lo que con ello quieren decir es cuestión controvertida. Asumamos de momento que tan sólo significa que deben contribuir a alcanzar los objetivos socialmente deseados de la manera menos costosa. En este sentido no parece descartable que las normas deban ser eficientes, entre otras razones porque, dada la escasez de recursos existentes, derrocharlos parecería injusto.

2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El Análisis económico del derecho (AED), a pesar de su escasa divulgación en Hispanoamérica, menos aún en nuestro país, es una de las especialidades con mayor crecimiento en el mundo anglosajón, en donde cuenta con numerosas facultades especializadas, revistas de gran difusión en el medio y asociaciones gremiales que comprenden todos los continentes.

En el medio jurídico ha cobrado especial importancia el Análisis Económico del Derecho promocionado por Richard A. Posner en *“Economic Analysis of Law”* y Guido Calabresi con *“The Cost of Accidents”* sobretodo en el campo del Derecho Patrimonial y recientemente en el Derecho Extrapatrimonial. Uno de sus mentores el citado Posner ha apuntado que muchas áreas del Derecho tienen el sello del razonamiento económico, así la teoría de la eficiencia del Derecho se explica mejor como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad y proclama a la teoría económica del Derecho como la teoría positiva del Derecho más prometedora que existe en la actualidad (Posner, 1998).

Por su parte Atienza dice que el Análisis Económico tiene como objetivo la utilización de categorías, métodos y técnicas de la economía en la tarea de explicar e interpretar el Derecho; aunque el mismo Atienza considera que la novedad de esta corriente es relativa.

En efecto la interdisciplinariedad propuesta por el Análisis Económico del Derecho prácticamente propone la aplicación hasta las últimas consecuencias de los métodos de la Economía, sin discriminar factores éticos, ni cuestiones sociológicas; lo que en última instancia convertiría al Derecho en una mera rama de la Ciencia Económica. La apuesta del Análisis Económico no apela propiamente a una Interdisciplinariedad, sino a una Pluridisciplinariedad *in extremis* que no pretende ninguna función conciliadora y se desarrolla a pesar y a veces en contra del discurso dogmático del Derecho.

Esta tendencia del Análisis Económico del Derecho ha motivado la crítica reacción de varios teóricos que como Ghersi han denunciado su carácter sesgado y muy por el contrario han propuesto "representar el derecho como un fenómeno de la sociedad y hacerlo

desde espacios de saber distintos, como referentes reflexivos y comunicativos" y en el entendido de que el derecho está dentro y no fuera del fenómeno social.

3. OBSERVACIONES CONTRA EL AED

Deriva del carácter restrictivo de las hipótesis que pueden ser incorporadas en los modelos. Pues, éstos no siempre pueden acoger toda la gama de variables (no necesariamente económicas, sino también sociales o incluso psicológicas) que de hecho, condicionan la efectividad de mandatos legales.

- Es un sustituto mecánico del sentido común. Al respecto, es importante hacer notar que el análisis costo-beneficio es un marco metodológico para ordenar todos los argumentos a favor (beneficios) y en contra (costos) de una determinada medida de política, incluyendo tanto los factores medibles o factibles de ser traducidos a unidades monetarias como aquéllos inconmensurables desde el punto de vista económico (Guerra García, 1997).
- Su metodología es criticable desde el punto de vista moral y ético, puesto que en determinados casos se estima una determinada valoración monetaria de la vida o la salud humana.
- La función de la justicia "resulta ser más bien insignificante", se reclama entonces el principio de soberanía del consumidor para afirmar, en su virtud, que si la gente no demanda un determinado servicio es porque no lo considera suficientemente valioso y no deben deducirse de ahí soluciones que alteren su elección soberana (Torres L. 1987).
- El conservadurismo científico y político.
- En el derecho penal, el AED considera la conducta del delincuente como racional en el sentido económico, en la medida que toma en consideración los beneficios y los costes que su acción le reporta llevando a cabo la comisión del delito en función de ellos, buscando maximizar su función de utilidad.
- De lo anterior, aplicando el AED, se podría predecir las consecuencias del comportamiento del potencial delincuente a efectos de la creación de una nueva ley, en la cual deberá tenerse en cuenta el costo beneficio de la misma.
- Otro ejemplo son las consecuencias que se derivan de la asignación de recursos, realizada en la administración de justicia para alcanzar el beneficio de eficacia que persiguen las diversas penas establecidas, etc.

4. LA EFICIENCIA COMO JUSTICIA. RICHARD POSNER

Los títulos de las dos obras fundamentales de Posner, *Economic Analysis of Law* y *The Economics of Justice* reflejan perfectamente el objetivo de sus trabajos, demostrar la capacidad del análisis económico para explicar y ordenar áreas del comportamiento social que no suelen ser concebidas como económicas.

No es, en este sentido, exagerado afirmar que Posner no sólo se ha aventurado a proponer una Teoría Económica del Derecho, sino también una

Teoría Económica de la Justicia, que establezca los contenidos que el Derecho debe respetar, y que señale las pautas que los jueces deben seguir en la aplicación del Derecho.

Es consciente, sin embargo, de que una aplicación estricta de la misma produciría resultados inaceptables, y por eso, quizá, señala que sus propuestas éticas deben ser consideradas más como materia de especulación que como un conjunto de fórmulas para la acción social.

En todo caso, Posner quiere sentar las bases de una teoría ética alternativa tanto al utilitarismo como a las éticas kantianas. Parte de la necesidad de diferenciar el utilitarismo de los principios éticos subyacentes en el análisis económico, para posteriormente criticar las concepciones utilitaristas, fundamentalmente por la imposibilidad de comparar y agregar utilidades de gentes diferentes. Propone la idea de "maximización de la riqueza" como alternativa a la idea utilitarista de maximizar la utilidad, creyendo que de ese modo se pueden eludir las deficiencias del utilitarismo. Cuando Posner habla de riqueza está haciendo referencia a la suma de todos los bienes y servicios existentes en la sociedad medidos por su valor, y aunque dice expresamente que valor no es lo mismo que precio (y nos recuerda la noción de excedente del consumidor y del productor), su concepción de la "maximización de la riqueza" puede plantear algunas dudas:

"La idea más importante que tenemos que tener presente en relación al concepto de valor es que está basado en lo que la gente está deseando pagar por algo, más que en la felicidad que derivarán de su tenencia. Pero mientras el valor necesariamente implica utilidad, la utilidad no implica necesariamente valor. El individuo que desearía enormemente tener un bien pero no quiere o es incapaz de pagar por él quizá porque es indigente no valora el bien en el sentido en el que se use el término 'valor'".

En todo caso, Posner propone como objetivo ético último del sistema social maximizar la riqueza, objetivo que sitúa en estrecha relación con el de respetar el funcionamiento de los mercados y con el de imitarlos cuando el libre funcionamiento de los mismos no sea posible. Posner asume las críticas dirigidas al utilitarismo por justificar invasiones a la libertad individual y por sacrificar a individuos inocentes en el altar de la necesidad social; pero cree que una insistencia excesiva en la libertad o autonomía individuales, con independencia de sus consecuencias para la felicidad o utilidad del conjunto de la sociedad, es igualmente inaceptable.

Por eso, persigue distanciarse tanto de la "monstruosidad moral" del utilitarismo como del "fanatismo moral" kantiano, y propone una teoría ética alternativa a ambas, o mejor, combinación de ambas. Con sus propias palabras:

"La ética de la maximización de la riqueza puede ser entendida como una mezcla de estas dos tradiciones filosóficas rivales. La riqueza está positivamente correlacionada, aunque de manera imperfecta, con la utilidad; pero la persecución de la riqueza, al descansar en el modelo de las transacciones voluntarias del mercado, implica un mayor respeto a la libre elección individual que el utilitarismo clásico".

A una conclusión semejante llega cuando da un repaso a los diferentes conceptos de eficiencia para defender el criterio de Kaldor Hicks; en su opinión, esta es la manera de conciliar la exigencia de maximizar la riqueza con el respeto a la autonomía individual que reclaman las teorías morales consensualistas.

Posner encuentra cinco grandes ventajas en su propuesta:

- Explica satisfactoriamente el porqué de la crítica moral a los delitos contra la propiedad.
- Fundamenta más sólidamente que el utilitarismo la libertad económica.
- Fundamenta la mayoría de las virtudes convencionales: mantenimiento de las promesas, decir la verdad, e incluso el altruismo.
- Proporciona una sólida justificación a una teoría distributiva de la justicia.
- Ofrece un aceptable concepto de Derecho.

5. ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS

No querría concluir esta visión panorámica sobre el análisis económico del Derecho sin llamar de nuevo la atención sobre la necesidad de plantearnos la corrección de los supuestos en los que descansa y de los objetivos que persigue. Jules Coleman ha señalado cuatro cuestiones fundamentales que los analistas económicos del Derecho deben responder:

- ¿Qué es la eficiencia económica?; ¿qué significa proclamar que los recursos son asignados de un modo económicamente eficiente?; ¿qué significa proclamar que un cuerpo legal es eficiente? No descubrimos nada si apuntamos que estas preguntas no tienen una única respuesta.
- ¿Tiene el principio de eficiencia alguna virtud explicativa?; pueden un conjunto de reglas y principios jurídicos ser racionalizados y explicados por una teoría económica de la legislación o de la adjudicación?.
- ¿Cómo debe ser formulado el Derecho para promover la eficiencia?; ¿cómo deben ser asignados y protegidos los deberes y derechos legales de modo que las normas que los asignan y protegen sean eficientes?.
- ¿Debe el Derecho perseguir la eficiencia económica?; ¿en qué medida es la eficiencia un valor jurídico deseable y un principio normativo atractivo?; incluso, tal y como se preguntaba Dworkin, ¿es la eficiencia -la entendamos como la entendamos- valiosa en sí misma, en tanto que componente (único o uno junto a otros) del valor social, o lo es en la medida en que contribuya a alcanzar fines valiosos en sí mismos, es decir en tanto que instrumento del valor social?

Las cuestiones básicas que el analista económico del Derecho debe responder no se agotan en las cuatro anteriores. Dicho análisis descansa en una serie de supuestos que conviene explicitar y cuestionarse:

¿Es razonable hacer descansar el análisis -descriptivo y normativo- del Derecho en el supuesto de que los individuos son siempre agentes racionales maximizadores de su bienestar? ¿No obviamos importantes dimensiones del ser humano? ¿No oscurecemos de ese modo el papel del diálogo y de la relación con otros en la adopción de la conciencia de nosotros mismos?

¿Cabe seguir asumiendo acríticamente el supuesto de la soberanía del consumidor, rechazando radicalmente cualquier política paternalista? ¿Son todos los bienes "bienes económicos"? Elizabeth Anderson ha definido los bienes económicos en función de dos características: en primer lugar, su valor puede ser plenamente realizado con el uso, siendo el uso un modo de valoración bajo e impersonal que consiste en subordinar el bien en cuestión a los fines del sujeto sin considerar su valor intrínseco; en segundo lugar, su producción, distribución y disfrute están gobernados por las reglas constitutivas del mercado. Podemos preguntarnos también: ¿son todos los bienes intercambiables con la misma moneda? ¿Es el sistema de precios universal? ¿Existen bienes inconmensurables?

No se pretende con estas preguntas y observaciones críticas desechar la necesidad de aproximarnos al estudio del Derecho siendo conscientes de la relevancia económica de muchas cuestiones; ni tampoco rechazar las importantes contribuciones que el análisis económico ha realizado al desarrollo de las ciencias sociales y que los especialistas en Derecho deben apreciar y aprender a usar.

Todo lo contrario. Sin embargo, sí es cierto que he pretendido poner de relieve algunas deficiencias y algunos peligros de las versiones más ortodoxas del análisis económico del Derecho, y alertar contra un peligro que ya Mill denunció en Bentham, y que puede estar presente en algunos analistas económicos. Decía Mill que se hallaba Bentham tan orgulloso de su modelo basado en la noción de utilidad, que se aproximaba a todas las ideas como si fueran extrañas, como si fueran conceptos raros, nuevos; y si no conseguían pasar el examen de su modelo, las rechazaba como generalizaciones vagas y, por tanto, inútiles. Mill criticaba a Bentham por ignorar que en esas generalizaciones estaba contenida toda la sabiduría histórica de la especie humana; y por ello, aunque el modelo fuera incapaz de explicar esas ideas extrañas, era preciso permanecer atentos a ellas antes que despreciarlas.

El AED tiene por objeto final dotar a la sociedad de instituciones jurídicas que permitan desarrollar las inmensas necesidades humanas de la mejor manera posible. Es indiscutible que el respeto por la vida humana implica que los recursos escasos de los cuales dispone la humanidad para satisfacer sus necesidades no se desperdicien, sino que se asignen a los mejores usos y con la mayor efectividad posible.

Así, en la perspectiva de una filosofía plural, teniendo en cuenta que el AED, es más bien una metodología o un conjunto de metodologías, que pueden aplicarse sin importar las opiniones personales de quien las utilice. El AED carece de contenido religioso o político, y puede ser aplicado en cualquier contexto.

AED está fundado en la premisa de que los seres humanos son racionales y que, utilizando esta racionalidad de manera metódica, es posible mejorar las instituciones en las cuales vivimos para hacerlas más eficientes y productivas.

El AED, en cuanto disciplina practicada a nivel mundial, brinda abundantes oportunidades de interacción de todo el mundo, como se demuestra en la gran variedad de catedráticos que la Especialización y Derecho Económico cuentan.

El AED basa su metodología en las premisas conductistas de la ciencia económica que supone que los hombres son seres racionales que pueden establecer sus propias prioridades y buscar alcanzarlas de manera libre y soberana, según sus preferencias.

Finalmente, cabe recordar que el AED, entre muchos de los beneficios que conlleva su aplicación, sirve para orientar el contenido en la redacción de normas o de quienes las aplicarán, logrando así el objetivo de buscar su eficiencia; asimismo, ayuda en la anticipación del resultado que las diversas normas producirán en el mundo real, toda vez que vivimos en una sociedad con recursos escasos y necesidades humanas ilimitadas; así, el derecho sólo servirá si nos permite alcanzar los objetivos deseados, al menor costo posible, evitando el desperdicio de recursos.

Bajo este título no hay que englobar cualquier tipo de aproximación económica al fenómeno jurídico, ni cualquier tipo de reivindicación de la importancia del análisis económico de cara a una cabal comprensión del Derecho.

Probablemente tampoco sea correcto concebir el Análisis Económico del Derecho como una determinada escuela o corriente filosófico-jurídica, pues realmente no presenta una gran homogeneidad.

REFERENCIAS

- [1] Albert Calsamiglia. "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación", en Documentación Administrativa, N° 218-219, abril-septiembre 1989, págs. 113-151
- [2] ATIENZA, Manuel. Introducción al Derecho. Barcelona, Barcanova S.A., 1985, p. 294
- [3] Bergalli, R. "Sociología jurídica y ciencia de la legislación", en (coordinador), El Derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica, PPU, Barcelona, 1989, y "Contribución para una teoría de la legislación", en Doxa, N° 6, 1989, págs. 385-403
- [4] GHERSI, Carlos Alberto. Manual de Postmodernidad y Tercera Vía. Buenos Aires, GOWA Ediciones Profesionales, 2001, p. 250.
- [5] GUERRA-GARCÍA P, Gustavo. Entre Costos y Beneficios. Revista Cathedra, UNMSM, Lima, Año I N° 01 Noviembre – 1997, p. 37.
- [6] Posner, "Economía y Justicia", *Universidad de Harvard*, 1983, pág. 2.
- [7] POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 29-31.
- [8] Stigler, Crítica a Posner en "Law or Economics", "Razones del porque la escasez de recursos existentes"
- [9] Torres López, Juan; Análisis Económico del Derecho. Edit. Tecnos, Madrid. 1987.

Recibido el 21 de abril del 2019 y aceptado para su publicación el 30 de mayo del 2019