

Revista Âmbito Jurídico

Nº 98 - Ano XV - MARÇO/2012 - ISSN - 1518-0360

S E P A R A T A

**El análisis económico del Derecho. Un
enfoque preliminar**

Miguel Agustín Torres

El análisis económico del Derecho. Un enfoque preliminar

Miguel Agustín Torres

Resumo: A diversidade das questões envolvidas na interação social permitem incorporar a interpretação legal do mesmo, perspectivas e ferramentas próprias de outras disciplinas. Neste sentido, a análise econômica do direito aparece como uma alternativa útil, que torna disponível para a interpretação jurídica e o entendimento das relações sociais, elementos e técnicas da microeconomia. Este documento pretende fazer uma abordagem à análise econômica do direito e rever algumas das suas notas principais e os debates provocados pela sua inclusão no campo jurídico.

Palavras-chave: análise econômica do direito - economia - direito

Resumen: La diversa naturaleza de los aspectos implicados en la interacción social permiten incorporar a la interpretación jurídica de la misma, perspectivas y herramientas próximas a otras disciplinas. En este sentido, el Análisis Económico del Derecho aparece como una alternativa útil, que coloca a disposición de la interpretación y comprensión jurídica de las relaciones sociales, determinados elementos y técnicas de la microeconomía. El presente trabajo tiene por objeto efectuar una aproximación al análisis económico del Derecho y examinar así algunas de sus notas y los debates que ha generado su inserción en el ámbito jurídico.

Palabras clave: análisis económico del derecho - economía - derecho

Sumario: Introducción; II.- Recorrido histórico; III.- Contenidos; IV.- La impronta “consecuencialista”; V.- De ventajas y críticas, VI.- Conclusiones; VII.- Notas; VIII.- Referencias.

I.- Introducción

El análisis económico del derecho (AED) consiste en la aplicación de las técnicas, criterios y métodos de la microeconomía para interpretar y examinar los institutos jurídicos. Este movimiento procura acercar, desde la lógica de la teoría económica, alternativas para el tratamiento de las implicancias jurídicas de las relaciones sociales.

El AED constituye un enfoque relativamente novedoso sobre determinadas cuestiones y aspectos de la ciencia jurídica. Esta novedad no radica tanto en su aparición y en sus primeros progresos, ya que los mismos se remontan a las décadas siguientes a la segunda mitad del Siglo XX, sino en las continuas actualizaciones de sus contenidos y por ende en las posibilidades que, a partir de tales reformulaciones, se van abriendo para su implementación.

La conexión del AED con el campo jurídico asume como punto de partida el componente social que les sirve de base y fundamento tanto al derecho como a la economía. En efecto sin el entramado de derechos y obligaciones emergentes de la interacción social carecerían de

sentido y justificación ambas disciplinas. Por ello, aunque resulte más que obvio, en el carácter social de una y otra se encuentra el presupuesto que impulsan las investigaciones sobre la aplicabilidad a las consecuencias jurídicas de las relaciones sociales de aquel enfoque originado a partir de determinados desarrollos de la economía.

El presente trabajo tiene por objeto efectuar una aproximación al análisis económico del Derecho y examinar así algunas de sus notas principales y los debates que ha generado su inserción en el ámbito jurídico. En virtud de ello se plantea el siguiente interrogante: ¿Que relevancia debe asignársele al Análisis Económico del Derecho en la labor de interpretación de la legislación vigente y de cumplimiento de la misma en supuestos concretos?

En cuanto a su metodología este aporte de tipo cualitativo encuadra en el diseño descriptivo. Se añaden también algunos comentarios reflexivos. Las fuentes consultadas y las tareas metodológicas desarrolladas comprenden la recopilación y examen de la literatura específica sobre este tópico, lo cual implicó el análisis de diferentes posiciones, procedentes tanto del derecho como de la economía.

La estructura de esta indagación se integra de un breve recorrido por los antecedentes de la cuestión, una referencia a sus contenidos y a la vinculación entre el AED y el consecuencialismo, luego se mencionan los aspectos favorables y los cuestionamientos presentes en las distintas posiciones doctrinarias al respecto, como cierre se expresan una serie de consideraciones finales que pretenden responder al interrogante planteado. A los efectos interpretativos resulta conveniente señalar que esta indagación prescinde de consideraciones o remisiones precisas a disposiciones legales concretas.

II.- Recorrido histórico

Al indagar en el origen histórico de este tema resulta conveniente distinguir por un parte entre la aplicación, adaptación o transferencia de nociones y perspectivas económicas a los asuntos propios del campo jurídico y por otra la propia caracterización del AED como una parcela de investigación bien circunscripta y claramente identificable dentro de los conocimientos sociales. Con respecto a la incorporación de visiones “economicistas” como mecanismos para interpretar algunas consecuencias o derivaciones de cuestiones pertenecientes tradicionalmente al ambiente del derecho puede afirmarse que las experiencias pioneras son tan antiguas como los pasos iniciales de la economía como disciplina científica. En cambio el AED en cuanto tema de investigación científica configura una destacada contribución del pensamiento económico de las últimas décadas. En este sentido señalan Congregado *et al* (2002: 331) que:

“La idea de aplicar los conceptos económicos para examinar los efectos de las leyes e instituciones jurídicas es tan antigua como la propia ciencia económica. Sin embargo, la aparición del “Análisis Económico del Derecho”, como tópico de investigación consolidado dentro del análisis económico ortodoxo, es un fenómeno relativamente reciente”.

En este recorrido histórico sobre la vinculación entre economía y derecho un punto de partida puede rastrearse en la filosofía como saber primario generador de otros criterios. Así, mientras el derecho puede entenderse como un desprendimiento de la filosofía, la economía puede interpretarse como una especialización diferenciada surgida a partir del mismo derecho.

En ambos casos el rumbo de las indagaciones lo demarcaban los escritos de filosofía de los griegos. Los tópicos que estimulaban los esfuerzos filosóficos de la antigüedad giraban en torno a la justicia y la felicidad y esta relevancia influyó en la dirección de las preocupaciones jurídicas y las exploraciones de la economía.

En efecto, las primeras incursiones sobre temas económicos no podían apartarse de las consideraciones sobre la justicia. Las reflexiones sobre diversas cuestiones implicadas en el comercio y en la actividad económica se hallan motivadas por la búsqueda del criterio de justicia en las mismas. Ejemplifica al respecto Cachanosky:

“Los filósofos griegos se preguntaban cuál era el “precio justo” de los bienes, pero no se preguntaban cómo se determinaba un precio. También se preguntaban si era justo cobrar interés por los préstamos u obtener ganancias en el comercio, pero no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o las ganancias. Para dar respuesta a estos temas incursionaron en el tema de la moneda reflexionando acerca de su naturaleza y funciones”.

Al igual que lo sucedido en otras aéreas del conocimiento, fue Aristóteles quien lideró el rumbo del pensamiento de la época. Sin embargo, sus consideraciones sobre el “precio justo”, su crítica a los intereses y a las ganancias en el comercio adolecían de imprecisiones e inexactitudes. Un paso evolutivo fue suministrado por las reflexiones tomistas y de los escolásticos quienes continuaron con el proceso de esclarecimiento de la justicia en el intercambio.

Se buscaba, así, dilucidar el modo de determinación del precio de un bien y la variación del mismo y profundizar sobre la tasa de interés y el comercio. De esta forma “para dar una respuesta al tema de justicia comienza a surgir lentamente la teoría económica. Comienzan a aparecer lentamente los conceptos de oferta y demanda para explicar cómo se determinaban los precios y por qué subían o bajaban” (Ídem).

Esta búsqueda de explicaciones y argumentos para determinar con precisión como se arribaba a un criterio justo en aquellos elementos presentes en el comercio (precio, tasa de interés, ganancia, etc.) se erige en una suerte de disparador para la conformación de componentes teóricos básicos. Con el correr del tiempo estos primeros intentos de teorizar lo relativo al despliegue económico son revisados, complementados, mejorados y superados. No obstante aquellas primigenias contribuciones ya habían abierto un camino.

Con Adam Smith se asiste a una etapa de mayor rigurosidad conceptual. Uno de los méritos que se puede atribuir al filósofo inglés fue el de haber resaltado la utilidad e importancia de los aportes teóricos para interpretar el desenvolvimiento de los mercados con prescindencia de los cuestionamientos sobre la justicia. En consecuencia desde la obra de “Adam Smith la teoría económica gana importancia y popularidad y de alguna manera se puede decir que se transforma en una ciencia independiente” (Ídem).

Tanto Smith como Stuart Mill acercan la teoría económica a los principios que debían caracterizar a una sociedad libre. A tenor de ello, los clásicos se encontraron en mejores condiciones para adentrarse en las explicaciones sobre los impactos que los cambios de legislación producían sobre la economía.

Empero la carencia de una teoría del valor tornó impreciso el aporte de los clásicos y frágil su teoría de los precios. Para ello debieron recurrir a la “teoría de la utilidad marginal” lo cual

generó a su vez la diversificación de las indagaciones clásicas en tres líneas de investigación con métodos diferentes: i) la desarrollada en Inglaterra; ii) la articulada en Suiza y iii) la desplegada en Austria. Esta división suponía la orientación de los estudios de conformidad con criterios diferentes.

Las respectivas líneas inglesa y suiza colocaron el acento en el examen de aspectos matemáticos en cambio el equipo austriaco, conformado entre otros por abogados, profundizó en las cuestiones legales y en las vinculaciones entre legislación y economía. De este modo los intelectuales pertenecientes a la vertiente austriaca “continuaron desarrollando tanto la teoría económica como el marco legal y político que potencia o disminuye los beneficios del mercado” (Ídem).

La instancia genésica del AED en su dimensión y fisonomía actual se sitúa en la década del sesenta; época en la cual el tema recibe sus aportes iniciales. En aquellos años la contribución de Ronald H. Coase, Guido Calabresi y los trabajos de los economistas de la escuela de Chicago agrupados bajo la figura de Aaron Director proporcionaron la piedra angular en la materia. Inicialmente concentrado al examen de la legislación *antitrust* Director dirigió luego su atención hacia otras temáticas jurídicas como la regulación sobre sociedades, bancarrotas, normativa sobre seguros, legislación laboral impositiva y los dispositivos legales referentes a los bienes de utilidad pública.

Las figuras de Director y Coase se entrecruzan en la historia específica de este tópico para terminar configurando una impulso esencial. Así Coase publicará su famoso Teorema en el *Journal of Law and Economics* (1958), cuya edición en un primer término estuvo a cargo precisamente de Aarón Director. El “Teorema de Coase”^[1] que reviste una importancia fundamental en el progreso de la disciplina, permite interpretar “que la presencia de externalidades es el síntoma de una legislación inadecuada en lo referente a los derechos de propiedad” (Congregado *et al*, 2002: 333).

Al principio la zona sobre la cual se enfocaron los estudios se circunscribía a los institutos jurídicos con marcada incidencia en el campo económico, en los cuales “resultaba relativamente clara, la aplicabilidad del instrumental del análisis de los mercados” (Ídem). Con posterioridad su área de interés se fue ampliando y diversificando a partir de la incorporación de otras cuestiones. De esta forma en el estado actual de la cuestión las posiciones predominantes se caracterizan por extender algunas visiones de la teoría económica a temas estrictamente jurídicos como el derecho de propiedad, la teoría de contratos y la legislación penal.

En esta apertura desempeñó un rol fundamental la obra de Gary Becker la cual pretendió extender la aplicación del AED a temas que exceden el ámbito del mercado en sentido estricto como son las cuestiones del Derecho de familia (divorcio) o temas vinculados a los Derechos Humanos (la discriminación). De esta manera Becker inaugura un nuevo horizonte para el AED al investigar sobre la injerencia de la economía en actos y escenarios de interacción social no mercantiles.

Finalmente un avance más hacia la consolidación se concreta mediante el trabajo de Richard Posner. Entre otras aportaciones este destacado jurista y economista estadounidense se distinguió por su postura referente a la eficacia de la economía en el cumplimiento de la ley. Así sostenía la idea de que la legislación podía ser comprendida con mayor profundidad si se consideraba que la eficiencia económica y la maximización de la riqueza constituían objetivos

de una política legal y social y también el norte hacia el cual si se orientaba el accionar de los jueces.

III.- Contenidos

El objeto de estudio del AED se fue ampliando con el transcurso del tiempo y con los desarrollos obtenidos. Así se diversificaron y enriquecieron los enfoques a medida que se avanzaba en la consolidación y perfeccionamiento de esta manera de interpretar las relaciones jurídicas con herramientas y criterios de la economía.

En esta ampliación e incorporación de nuevas materias el AED ha recogido buena parte de la evolución que ha experimentado la ciencia económica. De esta forma ha receptado las técnicas y métodos que se fueron renovando en la economía y además ha extendido su campo de acción a áreas jurídicas diversas, incluso hacia aquellas que no presentan, por lo menos en primer término, una directa relación con el mercado.

En su temario reciente es posible identificar entre otros los siguientes aspectos: el análisis de las conductas estratégicas y del papel de la racionalidad limitada; la aplicación de la teoría de juegos y de la elección pública y el análisis de la incertidumbre; el papel de las instituciones; los análisis de tipo histórico y los análisis de derecho comparado (Congregado *et al*, 2002: 336).

En el caso particular de la “Teoría de los Juegos”, entendida como un instrumento matemático cuya aplicación fue difundiendo dentro del análisis económico, sostienen Congregado *et al* que el “Análisis Económico del Derecho ha importado esta técnica al análisis de diferentes problemas legales, en los que existe una interdependencia estratégica en la toma de decisiones entre diferentes individuos” (Ídem).

Justamente sobre esta expansión del AED en los últimos años, comenta Richard Posner (2005:7):

“El espectro que abarca se ha vuelto amplio. De hecho, trata sobre todo. Explotando los avances en el análisis económico de conductas no comerciales, el Análisis Económico del Derecho se ha extendido más allá de su concentración original en el Derecho de la competencia, la tributación, la regulación de los servicios públicos, las finanzas corporativas y otras áreas que son de regulación económica explícita; mientras que, dentro ese dominio, se ha extendido para incluir campos tales como la propiedad y el Derecho contractual, el Derecho previsional, las transacciones en el mercado de valores, el Derecho de reestructuración patrimonial y, específicamente, el Derecho de propiedad intelectual, un campo de especial rápido crecimiento e importancia económica”^[2].

IV.- La impronta “consecuencialista”

En el AED puede apreciarse la influencia del consecuencialismo. Como señala Lamprea (2006:87) “en teoría jurídica, la escuela de análisis económico del derecho de Chicago es la principal heredera del legado consecuencialista”. Esto puede advertirse al tomar contacto con algunos aportes de la obra de Coase. El ideólogo del difundido teorema, entendía que si no hubiera costo implicado en las transacciones de mercado, es decir si no hubiera costo para los intereses involucrados, sería suficiente que las decisiones judiciales establecieran un arreglo o asignación clara de los derechos de las partes en conflicto (Coase, 1994).

Sin embargo, siguiendo la perspectiva de Coase, los magistrados tienen que tener en cuenta las consecuencias económicas de sus fallos ya que las transacciones en la realidad implican importantes costos, lo cual ocasiona que las asignaciones de derechos entre las partes puedan modificarse. Justamente las consecuencias económicas de la aplicación o cumplimiento del derecho es el eje sobre el cual gira su teorema, que constituye como se mencionó una pieza fundamental en el desarrollo y proyección del AED.

Precisamente para los partidarios del AED, el objetivo eficiencia está presente en el sistema jurídico. Para Posner (1993: 103) “los grandes campos del derecho común de la propiedad, los daños, los delitos y los contratos, tienen el sello del razonamiento económico”. El juez se convierte así en un actor que busca maximizar las utilidades al aplicar la ley. En este argumento distingue Dworkin el componente descriptivo del AED (Dworkin, 1980), ya que los jueces en los casos difíciles acuden al criterio de maximización del bienestar social (Lampreia, 2006).

Junto a esta faceta descriptiva, Posner identifica en el AED también un aspecto heurístico y otro normativo. Afirma al respecto:

“El Análisis Económico del Derecho tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos³. 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 jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho” (Posner, 2005:8).

V.- De ventajas y críticas

En defensa y promoción de la utilización del AED suelen señalarse una serie de argumentos. Dentro del conjunto de aspectos que a menudo se destacan por sus reivindicadores se pueden mencionar los siguientes:

- El AED suministró a los digitadores del derecho un complejo de conceptos y nociones para apreciar las relaciones jurídicas desde una óptica diferente. A partir de entonces se operó un enriquecimiento intelectual mutuo entre los propios juristas y operadores jurídicos y los economistas. En esta dirección se ha apuntado que:

“El AED abrió un espacio interdisciplinario para el debate entre economía y derecho, donde un abogado podía empezar a considerar las leyes como incentivos para modificar el comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos de políticas públicas (eficiencia y distribución), y los economistas podían empezar a absorber teorías jurídicas, como la de la volición en materia contractual” (Lampreia, 2006:89).

- En armonía con esto último puede decirse que amplió y fortaleció la óptica de los profesionales e intelectuales del derecho ya que el AED contribuyó a acercar la economía al ámbito jurídico. En esta línea considera Bullard Gonzáles (2003:28) que “entender economía mejora la imagen de los abogados y enriquece el Derecho mismo. Ayuda a comprender que el derecho es solo una, y quizás no la más importante, de las ramas del conocimiento”.

- Resalta el carácter contextual y social de la legislación. La producción jurídica responde a las exigencias y recoge las imposiciones contextuales. En la mayoría de los casos, en el

proceso de interpretación de estos requerimientos sociales predominan los intereses de los grupos o elites con mayor poder decisorio. El AED en cierta medida contribuye a evidenciar esa lógica de funcionamiento del sistema jurídico, ya que al decir de Posner el derecho no evoluciona siguiendo una lógica interna, sino en respuesta a las presiones políticas y económicas del entorno social (Posner, 1995: 17).

- El AED con su base pragmática le confiere a las visiones jurídicas un sesgo objetivo que complementa o mitiga la vigencia de los enfoques subjetivistas.

- Además la naturaleza empírica del AED ofrece la posibilidad de anticipar eventuales consecuencias de la interacción social. Justamente su pragmatismo permite la construcción y comprobación de “modelos de comportamiento humano para predecirlo y controlarlo” (Lampreia, 2006:89).

Por otra parte, también se han formulado críticas. Algunos de estos planteos de resistencia cuestionan el pretendido alcance del AED o la funcionalidad que se le atribuye:

- Suele señalarse que la lógica económica empleada para analizar las cuestiones jurídicas no es la adecuada. El concepto de eficiencia perseguido responde a fundamentos económicos con fuerte influencia de criterios matemáticos. Al respecto sostiene Cachanosky:

“La teoría económica que generalmente se propone utilizar para resolver los conflictos es la neoclásica que es fundamentalmente economía matemática, o si se quiere la microeconomía convencional. El problema es que (...) esta teoría es inconsistente. El concepto de “eficiencia” es lógica y matemáticamente erróneo. Como el criterio que tiene que seguir el juez para resolver los casos es el de costobeneficio estará utilizando un criterio inconsistente”.

- Otras interpretaciones críticas se concentran en la viabilidad o eficacia de los métodos y técnicas económicas para precisar “lo justo” en las confrontaciones judiciales. De esta manera indagan la virtualidad del AED para determinar “la pena” que tiene que soportar la parte “perdida” en los asuntos litigiosos. Los economistas, juristas y “cientistas” sociales que sintonizan con la aplicabilidad del AED sostienen que si no hay modificación en la asignación de los recursos productivos resulta indiferente quien tenga que responder por los costos.

Sin embargo, y tal cual lo entiende Cachanosky, necesariamente tiene que operarse una reasignación de los recursos productivos. En consecuencia “no es indistinto para la asignación de los recursos que pague una u otra parte los costos de la disputa” (Cachanosky).

VI.- Conclusiones

El análisis económico del derecho constituye un enfoque alternativo sobre las implicancias jurídicas de las relaciones sociales. Este mecanismo de examen e interpretación se caracteriza por su dinamismo ya que con frecuencia se actualiza su contenido y se mantiene así vigente su proceso de expansión.

Justamente esta apertura que viene experimentando el AED ha diversificado su alcance y lo han convertido en una variante para el tratamiento de aspectos jurídicos en cuestiones no necesariamente patrimoniales o que no incluyen variables económicas.

Pero además de su consolidación como tema de investigación en el campo de las ciencias sociales y de su inserción dentro del bagaje de herramientas al alcance de los juristas, investigadores y operadores jurídicos, el tema también realiza su aporte en lo referente a las relaciones entre la economía y el derecho. En efecto ya que refleja la interconexión existente entre ambas disciplinas y a partir de entonces arrima elementos críticos para enriquecer la visión de los hombres del derecho y de los economistas.

En respuesta al interrogante formulado puede concluirse que teniendo en cuenta la complejidad de los asuntos cotidianos que deben dirimirse judicialmente y las situaciones con pluralidad de intereses, a veces confrontados, que deben contemplar las legislaciones, el AED no debe ser interpretado de modo excluyente e incompatible con otras técnicas de análisis. Por el contrario debe ser asimilado como un instrumento que complementa los otros recursos y mecanismos disponibles para regular y hacer cumplir las disposiciones legales.

Referencias

- Bullard Gonzáles, Alfredo, (2003), *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima.
- Cachanosky, Juan C., "Economía, derecho y el 'Análisis económico del derecho'", *Hispanic American Center for Economic Research - HACER*. Disponible en <http://www.hacer.org/pdf/Cachanosky00.pdf> Fecha de Consulta: 27-03-2011.
- Coase, R. H., (1994), *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- Congregado, Emilio, Pomares, Ignacio J. y Rama Elena, (2002), "Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente", *Derecho y conocimiento*, vol. 1, págs. 331-339.
- Dworkin, R., (1980), "Is Wealth a Value?", *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 1980.
- Lampreia, Everaldo, (2006), "Derechos fundamentales y consecuencias económicas", *Revista de Economía Institucional*, vol.8, Nº14, Bogotá, págs. 77-103.
- Posner, Richard, (1993), "What do Judges Maximize", *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 15, Chicago University.
- _____ (1995), *Overcoming Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- _____ (2005), "El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo", *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2, Nº 7, págs. 7-16.

Notas:

- [1] La proposición del teorema de Coase indica que "las externalidades no son una justificación para la intervención del Estado, sino un indicador de que los derechos de propiedad no están especificados adecuadamente" (Congregado *et al*, 2002: 333).
- [2] Sobre el contenido del AED añade Posner: El "nuevo" Análisis Económico del Derecho abarca los campos del Derecho no comerciales o casi no comerciales, tales como el Derecho de responsabilidad civil extracontractual, Derecho de familia, Derecho penal, de libre expresión, Derecho procesal y teoría de la prueba, los procesos legislativos, Derecho internacional público, Derecho de privacidad, la regulación sobre salud y seguridad, las leyes que prohíben la discriminación en el empleo y las normas sociales vistas como una fuente de, como un obstáculo para, y como un sustituto del Derecho formal. También incluye el estudio de las principales instituciones legales, incluyendo juez y jurado, agencias reguladoras y legislaturas" (Posner, 2005:7).

CERTIDÃO

Certificamos para os devidos fins de direito e a quem interessar possa que Miguel Agustín Torres teve o trabalho intitulado: El análisis económico del Derecho. Un enfoque preliminar, publicado na Revista Âmbito Jurídico, Revista Jurídica Eletrônica Nº 98 - Ano XV - MARÇO/2012 - ISSN - 1518-0360, de 01/03/2012, editada por Âmbito Jurídico - O seu portal na Internet, em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11258.

Rio Grande, RS, 30 de Maio de 2012



Miguel Antonio Silveira Ramos
Professor/Coordenador