

ECONOMÍA Y DERECHO: UNA PERSPECTIVA TRANSDISCIPLINAR DE LAS INTERACCIONES SOCIALES

Recibido: sep. 9 / 05
Aprobado: sep. 19 / 05

EDGARD DAVID SERRANO MOYA*

* Economista, Magíster en Economía y Doctor en Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Profesor Asociado, Departamento de Economía y Administración, Universidad de Caldas.

RESUMEN

La teoría económica provee elementos para entender la estructura general de las leyes. En este documento mostramos cómo la economía puede usarse para explicar la relación entre el derecho y la economía como teorías. Se presentan aspectos históricos y metodológicos en el surgimiento del Derecho y la Economía en sus versiones positiva y normativa, y se mencionan las diferentes escuelas y las posiciones críticas de algunos investigadores en estudios legales. Al final se hace énfasis en la manera como la visión positivista del derecho permite algunos acercamientos utilizando herramientas de la teoría neoclásica.

Palabras clave: Economía y Derecho, perspectiva positiva y normativa; Método y Objeto; Crimen y Castigo; Valor Científico del derecho y la economía.

ABSTRACT

The economic theory provides insight into the general structure of laws. This article shows how economics can be used to explain the relationship between Law and Economics as theories. Historical and methodological aspects on the emergence of Law and Economics in their positive and normative versions, as well as mentioning the different schools of thought and the critical positions of some scholars of legal studies. It also

discusses how the emphasis placed on the positivistic vision of Law allows some approximations by using the neoclassic theory.

Keywords: Positive and normative Law and Economics, method and object, crime and punishment, scientific value of Law and Economics.

"En los últimos 30 años, el alcance de la economía se ha expandido de manera notoria más allá de su campo tradicional: las transacciones explícitas del mercado. Hoy en día, contamos con una teoría económica de los derechos de propiedad, de las organizaciones empresariales, del gobierno y de la política, de la educación, de la familia, del crimen y castigo, de la antropología, de la historia, de la información, de la discriminación racial y sexual, de la privacidad e incluso del comportamiento de los animales y, por último, del derecho, que cubre todo lo anterior" Richard A. Posner

COMENTARIOS
INTRODUCTORIOS

El presente artículo inicia mostrando los elementos que constituyen la estructura analítica de la corriente positiva del Derecho y la Economía (D y E) de la escuela de Chicago. Se hacen algunas reflexiones críticas de esta relación sin pretender agotar el tema, comparando con otras escuelas que establecen esa

relación. Posteriormente se realiza una descripción de las contribuciones de J. Bentham (1748-1832), quien entrega elementos para la articulación entre las dos disciplinas. El artículo finaliza con una síntesis de las posibilidades que la mirada positiva de Chicago entrega a la transdisciplinariedad en algunos casos específicos para las dos teorías; se cierra con unas conclusiones preliminares.

Para la escuela de Chicago, la relación entre el derecho y la economía se define como "la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas" (ROEMER, 1994); o de manera más resumida como el "análisis económico del derecho" (KERKMEESTER, 1999). Sin embargo, la relación entre las dos disciplinas trasciende esta perspectiva, puesto que se condenaría al Derecho a estar subsumido como una extensión de la Ciencia Económica, jugando el rol de implementar el instrumental analítico de la economía y subordinando a ésta el proceder jurisprudencial.

Los aspectos metodológicos de esta corriente, han provocado una interesante discusión teórica, en tanto la interacción entre las dos disciplinas establece una relación jerárquica, donde algunos elementos de la legislación utilizan el instrumental económico, como lo hizo en un inicio Posner (1979). Esto generó

límites a la posibilidad de un trabajo interdisciplinario, consolidando tan sólo un ejercicio de suma disciplinar que al no trascender los problemas de subordinación teórica "no pretende ninguna función conciliadora y se desarrolla a pesar y a veces en contra del discurso dogmático del Derecho".

La reacción a esta subordinación fue bastante fuerte desde el derecho, y su práctica y discusión no ha perdido vigencia. El sesgo en los objetivos, el reduccionismo al aplicar la estructura de la economía neoclásica¹ a una disciplina interpretativa de los problemas sociales, son una parte de las críticas que se han generado frente a esta construcción teórica.

Sin embargo se considera que la utilización del instrumental analítico de la corriente principal en economía, no debería restar un estatus propio al potencial y a los logros teóricos conseguidos en la complementariedad de estas disciplinas. Es conocido que la visión positiva descrita del D y E no es la única vía y otros caminos de tipo interdisciplinario se han abierto en los últimos treinta años. Estas propuestas, colocan a la Economía y el Derecho en una interacción más simétrica en sus aportes, de esta manera se puede permitir la construcción de una teoría integradora y no subsidiaria, con mayores beneficios en la relación, un ejemplo más enriquecedor está en la propuesta de Ronald Coase, premio Nobel.

¹ Corriente dominante en economía de fuerte formalismo y de visión positiva.

Efectivamente, existen muchos puntos de contacto y coincidencias teóricas entre las escuelas que han construido una propuesta teórica en la vía de la economía y el derecho. La escuela positiva del D y E, la Teoría de la Elección Pública de Virginia, y el Neoinstitucionalismo coinciden en aspectos centrales del individualismo metodológico y la defensa del mercado, y aunque la escuela de Virginia se distancia en la hipótesis de la racionalidad, las otras dos visiones comparten algunos de sus elementos. Pese a estos aspectos también hay puntos irreconciliables. Ronald Coase desde su postura con los costos de transacción está más alejado de éstas y más cercano al institucionalismo.

Es de destacar que muchas de las críticas a la visión positiva del D y E, provienen de investigadores que han trabajado por fuera de ésta, y muchos autores que retoman el tema, son más eclécticos y pragmáticos que defensores de una línea en particular que permita tipificarlos (KERKMEESTER, 1999).

La influencia de Gary Becker² (1976) en estas temáticas, a través de sus aportes en las interacciones sociales al objeto y método del D y E es evidente en toda su obra. El método en su argumentación, está por encima del objeto, y los elementos de la elección racional del modelo neoclásico resumen este último (KERKMEESTER, 1999)

como la vía para entender las elecciones de los individuos en el mundo de la ley.

De manera similar las propuestas iniciales del neoinstitucionalismo, se encontraban más cerca del individualismo metodológico y de la elección racional, posteriormente algunos investigadores de esta línea pretendieron dejarlo de lado.

El marco de la elección racional propuesto por Becker, en la visión positiva del D y E sería entonces la estructura ideal para estudiar los problemas legales y el crimen, por cuanto permite anticipar resultados respecto de los objetivos deseados, minimiza los costos en la utilización de recursos que por definición son escasos, y maximiza la eficiencia en la creación y aplicación del derecho y las leyes.

CORRIENTES Y DESARROLLO DEL PENSAMIENTO EN DERECHO Y ECONOMÍA

En el desarrollo de la relación general del derecho y la economía, se encuentran diferentes corrientes de pensamiento y de interpretación que en el mundo anglosajón se pueden rastrear en las contribuciones de Adam Smith y de Jeremy Bentham.

Las interpretaciones desarrolladas por Adam Smith en *La Riqueza de las Naciones* (1776), sobre los efectos

² Premio Nobel de Economía y profesor en Chicago.

económicos de las leyes que regulaban las actividades mercantiles, fueron una preocupación explícita de su pensamiento; éste se encuentra relacionado de manera más explícita en sus reflexiones sobre los efectos de las regulaciones sobre el comercio internacional, permitiéndole posturas al respecto que abogaban por la libertad de los mercados (ROEMER, 1994).

La evolución de esta corriente se ha dado de forma paralela con todos los procesos de legislación económica en los países y entre éstos². Un efecto de los planteamientos de Smith según Roemer (1994), se encuentra en la creación de una legislación antimonopólica como sucedió en el caso de los Estados Unidos durante el siglo XX. Un desarrollo histórico similar puede rastrearse en campos como el comercio internacional, a través de las negociaciones y acuerdos que los países adelantan.

Por su parte el trabajo de Jeremy Bentham, contemporáneo al de Smith, tuvo su origen en el análisis económico por fuera de los mercados, relacionado con la regulación y legislación sobre "delitos, accidentes, responsabilidad civil, matrimonio, contaminación, procesos jurídicos y políticos, entre otras actividades" (ROEMER, 1994). Con Bentham, el interés de los efectos de las leyes sobre la economía parte de sus ideas utilitaristas, y de cómo las

personas de una sociedad pueden a través de la búsqueda del interés particular conseguir un bienestar social. Egoísmo y utilitarismo van de la mano y no son separables, en un discurso teórico que no es ajeno a algunos de los argumentos que desarrolla Smith en *La Riqueza de las Naciones*, incluso se acercan en su concepción del egoísmo, motor sustancial del intercambio en algunas de las reflexiones de Smith. En Bentham se encuentra un llamado al sacrificio (GONZÁLEZ, 2003) como en Smith a la magnanimidad. Los individuos son sociales, egoístas y el altruismo se lee en tanto "nos amamos a nosotros mismos como amamos a los otros" (GONZÁLEZ, 2003 citando a SMITH, 1759) lo que los pone en líneas cercanas de pensamiento.

La búsqueda del bienestar (felicidad) como premisa en ambos autores, tuvo sus orígenes en grandes pensadores de los siglos XVII y XVIII que van de Hume a William Godwin (1756-1830), precursor del utilitarismo, y quien pretendió integrar justicia y bienestar (como luego lo haría Bentham), como elementos que perseguían las sociedades modernas. En la concepción de Godwin, la justicia era la máxima suma de placer (felicidad), (GUISAN, 1995). Estas manifestaciones de la justicia van a estar permeando la discusión sobre derecho y economía a fines del siglo XX.

² La regulación de los servicios públicos, patentes, derechos de autor y tributaciones, así como la regulación de las finanzas corporativas.

Para Godwin, los integrantes de una sociedad actúan de forma neutra en su interacción social. Sus deberes deben aprovechar de la mejor manera el uso de sus cualidades (capacidades) buscando el beneficio general. Por otra parte, los derechos se centran en la participación de estas personas en los beneficios generales producidos (GUISAN, 1995).

Aunque no se mencionan los mecanismos de distribución social, con Bentham queda plasmado un fundamento universal de participación en el producto social como un principio rector de la justicia; en el siglo XX este elemento será el punto de partida en la argumentación de J. Rawls (1970).

Godwin reconcilia la idea de felicidad individual con la búsqueda de la felicidad universal, el encuentro de ésta se relaciona inseparablemente con la idea de libertad, y el principio de justicia está relacionado con "la producción de placeres para todo el mundo" (GUISAN, 1995).

A fines del siglo XVIII Jeremy Bentham, inspirado en estas argumentaciones, propuso que "los bienes le generan a los seres humanos una utilidad"; pero quien define el principio de utilidad⁴ de forma explícita es Hutcheson (1725 citado por GONZÁLEZ, 2003); la utilidad

proporciona placer y con ella se entra en una visión del mundo centrada en el hedonismo como objetivo teleológico de la sociedad. Del planteamiento de Bentham se desprende la idea de que existe una función de utilidad que, siendo igual para todo el mundo, genera ese goce del disfrute de los bienes que la componen y de allí la felicidad. La teoría económica de la corriente principal en economía, desarrolla este argumento formalizándolo en las conocidas funciones de utilidad o funciones de felicidad⁵, con las cuales trabaja la microeconomía moderna del consumidor; es interesante ver cómo estas aplicaciones se han expandido a todos los campos de análisis de la teoría económica contemporánea.

El axioma fundamental de Bentham (1776), se expresa como que "la mayor felicidad para el mayor número es la medida de lo correcto y de lo erróneo", con este axioma, según González (2003), se libera al individuo del ciudadano.

En Bentham surgen también algunos argumentos que configuran la idea del ser social que se comporta racionalmente, buscando el máximo de utilidad en todos los aspectos de la vida. Así, Bentham consideraba que esta forma de comportamiento individual podría ser aplicada en cualquier dimensión de la acción de los seres humanos.

⁴Las raíces utilitarias modernas se encuentran en igualmente Hume, Beccaria.

⁵Una función de utilidad es una relación matemática $U(x,y) = \chi(x,y)$ en donde la utilidad depende de los bienes o servicios que conforman las preferencias de los individuos.

Esta visión implicó trascender el estudio de la economía de los mercados⁶, en un anticipo a lo que en el siglo XX va a exponer Gary Becker en sus programas de investigación desarrollados en los años 60s del siglo XX, mirará las interacciones sociales, el crimen, la ley, la familia, ampliando el arquetipo de la microeconomía neoclásica que se fundamentaba en la utilidad.

Las argumentaciones de Bentham van a ser defendidas en particular por uno de los más grandes economistas clásicos, John Stuart Mill, uno de los más destacados utilitaristas del siglo XIX. Pero también van a ser criticadas por importantes pensadores en el siglo XX, en particular Vilfredo Pareto. El punto sustancial de los argumentos de Pareto, está en que la idea de Bentham presuponia que los individuos pueden comparar la utilidad que cada uno de ellos obtiene de sus preferencias; Pareto sostuvo la imposibilidad de realizar comparaciones interpersonales de utilidad⁷; disputa clave en una época en que la teoría económica y en particular la economía neoclásica discutía entre cardinalidad y ordinalidad, discusión que selló límites con el trabajo de Robbins y que en los actuales desarrollos ha sido en parte superada.

Los desarrollos de Bentham, en relación a las normas que regulan la sociedad, se centraron en el "estudio de la sanción penal" (ROEMER, 1994). La inspiración de tales estudios tuvo fuentes por fuera del mundo anglosajón, en particular el célebre trabajo de Cesare Beccaria, quien escribió *De los delitos y las Penas* (1764). Es necesario anotar que Bentham fue discípulo de Beccaria, de allí su notable influencia, y es en Beccaria en donde se encuentran los elementos centrales que posteriormente, permitirían construir los modelos económicos de la conducta criminal que desarrollaría Gary Becker⁸ (1968).

La relación entre el crimen y el castigo desarrollada por Bentham permitió construir un interesante mecanismo "para el uso de las políticas públicas dentro del análisis de la ley" (ROEMER, 1994). Este argumento de manera moderna se expresa de la siguiente forma:

"(...) el costo esperado (la probabilidad de ser arrestado multiplicada por la severidad del castigo) que enfrenta un transgresor potencial es el mismo con una probabilidad muy baja de ser arrestado pero con una severidad muy elevada del castigo; o como puede ser:

⁶ Otro tipo de tratamientos de situaciones económicas por fuera del estudio del mercado se encuentran en el trabajo de Sidgwick acerca de las externalidades en 1833, *The principles of Political Economy*, y en W. Mitchell acerca de la producción familiar en 1912.

⁷ La dificultad de determinar comparaciones interpersonales de utilidad implica aplicar medidas que mejoren el bienestar de todos, algunos o algún ser humano sin empeorar el de otro.

⁸ En "Crimen y castigo" Becker analiza la racionalidad del delincuente mediante el cálculo de probabilidades de los beneficios y costes del crimen.

el caso, con una probabilidad muy alta de ser arrestado pero con una severidad de castigo muy baja, el sistema judicial podría utilizar menos recursos reduciendo sus posibilidades de capturar a potenciales infractores, pero aumentando al mismo tiempo la severidad de las penas y llevando a cabo lo que las mismas sanciones dictaminen en aquellos transgresores que si fuesen capturados" (ROEMER, 1994).

La influencia inicial de Beccaria y Bentham es retomada por los juristas y estudiosos del derecho, los economistas no se interesaron en estos trabajos de forma sistemática hasta que Becker desarrolló y formalizó un cuerpo teórico del crimen y el castigo en 1968. A partir del trabajo de Becker, se publicaron nuevos trabajos en los cuales: la relación entre la economía y el derecho es palpable, y los métodos económicos son aplicados a los procedimientos legales (civil y penal) en toda su extensión.

SIGUIENDO EL RASTRO EN LAS CONTRIBUCIONES RECIENTES

Dos ensayos que van a influir en la relación Ley y Economía se publican en 1961. Los trabajos de Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the law torts*) sobre las leyes de accidentes y el de Ronald Coase (*The problem of social cost*, publicado en *Journal of Law and Economics*) sobre el costo social, fueron sustanciales para el desarrollo de los estudios económicos del derecho contemporáneo.

En los dos trabajos se demuestra que las "actividades de no mercado que habían sido sometidas a una regulación jurídica extensiva –los accidentes– podían ser analizadas" eficientemente desde la economía (ROEMER, 1994). Igualmente el artículo de Coase donde se demostró que el efecto de los derechos de propiedad y de responsabilidad civil (Torts) sobre la asignación de recursos depende de los costos de las transacciones en torno a las normas, proporcionó una herramienta indispensable para el análisis económico de los derechos legales y de la responsabilidad civil. En este contexto primero hay una mirada desde la asignación de recursos y la utilización óptima de éstos, a los problemas que suscitan los accidentes, y en segundo lugar el modelo económico encuentra un complemento en el marco de los costos de transacción entre éstos, los de las normas y leyes que bien propone Coase.

Pero Calabresi (1985) marca distancias en sus aproximaciones con las visiones positivas y en futuros trabajos va argumentar que las creencias, los ideales, las actitudes y todo aquello que desde lo institucional se toma clave en las interacciones sociales se liga con la ley. Además lo legal desde las titularidades va a alterar nuestra percepción de los beneficios y costos de cualquier tipo de intercambio, económico o extraeconómico.

Pero, a pesar de estas contribuciones el análisis económico del D y E se

desarrolló "a partir de la agenda del realismo jurídico" (ROEMER, 1994). Éste enseñaba que los estudios de derecho deberían ocuparse de la ley tal como funcionaba en la práctica, haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de las ciencias sociales a la que podían recurrir los abogados académicos.

El movimiento del D y E viene a representar un gran reto intelectual dentro del saber jurídico en las últimas décadas, pero la discusión se circunscribe por un buen tiempo a los Estados Unidos, sólo en las últimas décadas ha trascendido las fronteras. Desde sus principios los conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales, no sólo en lo que respecta al derecho mercantil, a la ley antimonopólica y al derecho fiscal, en los que el vínculo entre las disciplinas jurídica y económica es obvio, sino respecto a una amplia gama de actividades de no mercado que van desde los asuntos de responsabilidad civil hasta los asuntos familiares y penales.

El "hombre razonable" del derecho no es muy diferente del "hombre racional" de la economía desde esta perspectiva; un caso práctico que permite ejemplificar estas formas de comportamiento está en la búsqueda que hace la ley para una división justa en los costos de los accidentes, lo cual

se diferencia de la preocupación del economista por la asignación eficiente del riesgo.

Richard Posner, representa un ejemplo del análisis positivo que ha de contrastarse agudamente con el trabajo de Calabresi sobre las transgresiones, trabajo que se puede calificar como de análisis normativo. Posner argumenta que "ha estado interesado personalmente en descubrir en qué medida el sistema transgresional respalda la hipótesis de que las normas e instituciones del derecho (consuetudinario) tienden a promover la eficiencia económica"⁹.

El análisis positivo del derecho, según Posner, tiene dos facetas. Una de ellas es el estudio del comportamiento regulado por el sistema legal, que ilustra el estudio pionero de William Landes (1981) sobre los juzgados (ROEMER, 1994). Landes examinó cómo las partes en un juicio responden a las restricciones que el proceso les impone a diferencia de las restricciones derivadas de la teoría económica y de las reglas y procedimientos propios del juicio. Una rama separada del D y E, en la que Posner ha tenido especial interés, trata de explicar el comportamiento de los individuos y de las empresas, comportamiento que en su entendimiento se regula por la estructura del propio sistema de

⁹ Para Posner el uso del utilitarismo es, a causa de su propia naturaleza, objetable por tres razones: 1- El problema de la medición; 2- El problema de la monstruosidad moral, "monstruo utilitario"; 3- El problema de los límites.

mercado y no por el sistema legal, mostrando sus posiciones de eficiencia por encima de los marcos jurídicos establecidos por la sociedad.

De esta rama del D y E se desprenden estos aspectos: i) Las personas actúan como agentes maximizadores de sus preferencias¹⁰ (las que están dadas). ii) Las normas jurídicas, procedimientos e instituciones del derecho consuetudinario (proveniente del poder judicial), en agudo contraste con gran parte de la fijación de disposiciones del derecho codificado (proveniente del poder legislativo), deben perseguir la eficiencia, aunque en el accionar cotidiano esta idea dista mucho de la acción, y iii) El derecho permite al sistema económico acercarse a los resultados que la competencia perfecta produciría, en una clara defensa de los mecanismos de mercado.

Sin embargo, la presunta eficiencia del derecho consuetudinario se coloca en entredicho, cuando los jueces no seleccionan las normas que maximizan las preferencias y la riqueza¹¹. ¿Podrían hacerlo de forma automática? Es la pregunta que surge en el contexto de análisis. Los defensores del enfoque económico argumentan que los jueces deberían favorecer normas que de

hecho las maximicen (análisis normativo), (ROEMER, 1994); pero el derecho no actúa en las condiciones ideales que el modelo de competencia perfecta requiere, las restricciones son muchas para compaginarlas con la lógica en que el derecho se desenvuelve.

El análisis sobre D y E no difiere entonces sustancialmente en términos cualitativos, de los métodos tradicionales de las ciencias sociales positivas, antes bien desde estas disciplinas se busca optimizarlos. Los métodos analíticos asociados con la perspectiva tradicional del D y E, son expuestos de manera precisa por Kitch (1983).

En síntesis, frente al modelo del D y E, el objeto de estudio se materializa en un conjunto sistémico de restricciones y recompensas que interactúan con los individuos; se busca identificar el componente sistemático de los fenómenos y dejar de lado los elementos coyunturales o exógenos. La racionalidad es la pauta de conducta de los individuos para maximizar su propio interés económico.

En este orden de ideas la discusión sobre los supuestos del modelo lleva a argumentaciones como la de Coase (1994 citado por Kerkmmesster, 1999),

¹⁰ Las preferencias no se construyen en el modelo, se presuponen dadas; los agentes sólo escogen entre los conjuntos posibles de elección.

¹¹ En Posner la "maximización de la riqueza" indica "la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios "económicos" usuales) o (en el caso de bienes y servicios "no-económicos", como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados".

éste argumenta que aunque las predicciones sobre la base de supuestos no realistas sean correctas, la teoría puede fallar al juzgar el realismo de los supuestos, como es el criterio de una racionalidad que está determinada por las metas a conseguir. Si la meta es explicar una aproximación sobre una base no realista, los supuestos no son de mucha ayuda para explicar lo que motiva a un agente social y como las normas influyen en sus decisiones. "No es sólo la belleza y consistencia del modelo económico lo que puede determinar su valor para analizar la ley" (KERKMMESSTER, 1999); es en realidad su pertinencia y utilidad en hacerlo.

El énfasis de la premisa del interés particular en el D y E ha generado críticas en tanto tal visión de mundo inculca hábitos amorales de pensamiento, juicio de valor que está bastante lejos de los comportamientos individuales en el marco de las sociedades modernas, puesto que el interés particular en muchos casos puede ser el marco de racionalidad para explicar por qué la gente asume las normas y reglas del juego en una sociedad.

Por otra parte la necesidad de examinar los efectos marginales de la ley, se

retoman de la microeconomía neoclásica, lo cual sirve para ver los efectos adicionales al comportamiento individual o social, aunque esté presente el teorema de imposibilidad¹² para comparar las decisiones de carácter social. Al evaluar los efectos de la ley, es importante la respuesta transaccional que de forma privada hacen los individuos. Si se suponen cero costos de las transacciones, el teorema de Coase entra en juego y genera el corolario de que la ley no importa¹³ en un contrasentido frente a un mundo regulado por leyes.

Este principio arroja luz sobre importantes lecciones en el campo de las políticas públicas, por ejemplo, qué resultado arrojado por la implementación de normas, leyes, etc., con regularidad sobrepasa el objetivo inicial; es así como "los incentivos primarios y secundarios de la ley, como de su interacción en cada situación concreta, es fundamental para el uso eficiente del derecho y para la realización de políticas públicas que logren los objetivos esperados" (ROEMER, 1994).

Los informes judiciales, los expedientes de casos entre otros documentos recogen información que es importante en el análisis de la ley y si está consignada de forma rigurosa sirve

¹² Desarrollado por Arrow, en su búsqueda de un mecanismo de decisión social que partiera de las decisiones individuales.

¹³ Es un hecho desafortunado que la mayor parte de la literatura sobre el teorema de Coase, se enfoque en el mundo hipotético donde no importan las leyes, más que en el mundo real donde las leyes son parte fundamental de la vida cotidiana.

sustancialmente en estudios sobre la relación entre D y E. Igualmente tener como soporte los antecedentes de los juzgados y las cortes en el derecho consuetudinario, con el propósito de iluminar casos concretos permite construir regulaciones y normas como sucedió en los Estados Unidos (ROEMER, 1994) en el caso de la normatividad antimonopolio; en la actualidad esta práctica se ha extendido a numerosos campos.

El estudio de la historia jurídica y del derecho comparado es importante, ya que las diferencias en las estructuras de las instituciones jurídicas sólo aparecen, cuando existen diferencias en las condiciones económicas que la sociedad enfrenta (ROEMER, 1994). El análisis D y E ofrece un marco analítico que puede proporcionar una dirección unificada al trabajo comparativo e histórico.

Lo sustancial en el constructo D y E está en cómo se lleva a cabo el análisis al caso concreto, el diseño de mecanismos de interpretación interdisciplinaria es sustancial, por tal razón el instrumental que la microeconomía positiva juega tiene un papel sustancial; el entendimiento de estos mecanismos aporta y enriquece ese conocimiento y permite mejorar las aproximaciones económicas igualmente.

“Los abogados tienden tradicionalmente a pensar en términos particulares. Los economistas, por el contrario, tienden a pensar en términos matemáticos o en términos abstractos. Un resultado importante del derecho y la economía ha sido un énfasis mayor en la generalización del pensamiento jurídico” (ROEMER, 1994).

A este resultado se le suma el mayor rigorismo¹⁴ en la interpretación de la ley. La rigurosidad aporta “calidad a la argumentación jurídica”, permitiendo modificar las categorías conceptuales que los abogados utilizan para pensar en los problemas. Un ejemplo es el uso del concepto económico de costos de oportunidad y de costos de transacción en el corpus jurídico.

Un aporte adicional de la economía al derecho lo constituyen las técnicas analíticas o de metodología econométrica; éstas permiten al analista del derecho determinar cuál ley y/o regulación es la más meritoria para la sociedad. El derecho puede determinar los efectos que sobre la riqueza tienen diferentes tipos de sucesos. Estas técnicas analíticas permiten al jurista inferir recomendaciones de política sobre qué normas debieran regir en diferentes áreas.

Sin embargo los métodos tienen límites y un buen analista del D y E no debe

¹⁴ El rigorismo en el derecho está asociado directamente con los métodos de interpretación de la ley. Se dice que el rigorismo hermenéutico se traduce en el método exegético o gramatical conforme al cual la ley debe interpretarse según sus propias palabras.

olvidar que la econometría y las técnicas de predicción, han generado procesos que pierden su eficacia de predicción por eventos que no pueden ser controlados; en las aplicaciones econométricas hay fuertes críticas, dadas las restricciones sobre las que operan. El uso de metodologías cuantitativas "ha establecido con bastante precisión que la inadmisibilidad de la prueba sobre el carácter en el derecho consuetudinario en Norteamérica, puede contribuir a disuadir el delito, aun cuando la meta del jurado sea absolver al inocente y condenar al culpable, y cuando la información previa sobre el carácter pudiera ayudar a evaluar las probabilidades de culpa e inocencia" (ROEMER, 1994).

La economía, aporta desde sus métodos cuantitativos herramientas que pueden influir en la toma de decisiones en el derecho, por ejemplo en la implementación de normas que pudiendo ser legales tiene consecuencias económicas desastrosas sobre la sociedad. La mayor parte de las políticas del mundo real producen ganadores y perdedores y los criterios de Pareto no son un criterio suficiente para evaluarlos; éstos no permiten las comparaciones interpersonales pues los teoremas del bienestar describen las situaciones más ideales en esta aproximación teórica normativa de la economía.

UNA MIRADA NEOCLÁSICA A LA RELACIÓN DERECHO Y ECONOMÍA

Desde la visión positiva se plantea que el derecho debe ser eficiente para generar bienestar, y debe ser utilizado como herramienta para producir desarrollo económico. Las normas se establecen para que una sociedad esté mejor en sus interacciones y partiendo de esta visión se puede pensar que, en el promedio, las personas en sus acciones cotidianas se cuidan de violar las reglas del juego establecidas buscando estar en consonancia con el sistema y con su idea de bienestar, sin embargo, en un mundo motivado por el interés particular pueden surgir incentivos para violar las normas, lo que lleva a que todo el mundo tiene una probabilidad efectivamente de violarlas. Una pregunta inicial sería: ¿Qué acciones en contravía de las normas establecidas pueden tener motivaciones o restricciones económicas? Si desciframos estas acciones podrían ser modeladas desde la economía.

Un ejemplo de Varian (1998), permite entender la interrelación entre decisiones jurídicas y económicas (en caso de que una persona transgreda la ley cometiendo un robo). El beneficio que la persona obtiene es la utilidad de los artículos robados, mientras que el costo en que incurre es la posibilidad de ser detenido y la multa y/o el encarcelamiento correspondientes. Pensemos en un robo en un almacén

en el que el ladrón no sabe qué va a robar. Formulamos el problema de la siguiente forma:

$$\max B(x) - C(x)$$

Como en cualquier proceso de maximización de utilidad se utiliza una función de beneficios en donde se busca maximizar el excedente que generan los beneficios netos. Sea x el valor del artículo, $B(x)$ son los beneficios que reporta ese artículo a quien roba y $C(x)$ son los costos que tiene.

El sistema jurídico-penal determina la forma y la magnitud de los costos impuestos al infractor. Supongamos que la penalidad es una multa de F^{15} dólares y que en principio ésta no depende del valor del artículo sustraído.

Partiendo de un modelo de maximización de beneficios, se puede suponer que el ladrón actúa bajo una probabilidad de recibir el castigo si es detenido y condenado, ésta depende en parte de los costos que para el sistema penal tenga el perseguir las infracciones (delitos).

Las infracciones no son actividades que se puedan observar de igual manera, la mayoría de infractores (delincuentes) no son detenidos, por lo que sólo hay una cierta probabilidad de que sean castigados. El castigo entonces depende de los recursos que se dediquen a

perseguir los delitos; de esta manera utilizamos e para representar el grado de vigilancia y expresamos la probabilidad de detección por medio de $\pi(e)$. Supongamos que e es el gasto dedicado a la persecución de delitos y vigilancia por parte de la policía.

En ese caso, la situación del autor del robo puede reformularse de la manera siguiente:

$$\max B(x) - \pi(e)F \quad 1$$

¿Qué valor debe dar el Estado a e y F ? El delincuente, al elegir x , causa algunos daños a otras personas. En el caso del robo, este costo comprende: el valor de los artículos sustraídos, los daños ocasionados durante la infracción, y los elementos utilizados por las personas para evitar esos robos. Supongamos que la cuantía total de estos daños está representada por $H(x)$ y que $c(e)$ indica el costo de la vigilancia, pero además se puede suponer que el Estado buscará minimizar los costos netos de la infracción, por lo que su función objetivo se puede establecer como:

$$\min H(x) - \pi Fx + c(e) \quad 2$$

El Estado elige el grado de vigilancia y la multa a la infracción, reconociendo que estas decisiones influyen en el número de robos a ser cometidos. La primera observación que debe hacerse

¹⁵ Gasto dedicado a la persecución de delitos y vigilancia por parte de la policía.

en relación con el problema que describe la ecuación (1), es que el costo esperado del delito para el delincuente, $\pi(e)F$, es independiente de su magnitud, x . Eso significa que el delincuente elegirá el nivel de x que maximice sus beneficios netos o decidirá no cometer el delito. Si la función de beneficios es creciente en x , como lo sería si el delito estuviera motivado exclusivamente por consideraciones económicas, el ladrón escogería los artículos más valiosos, puesto que el robo tiene el mismo castigo sin importar el artículo robado.

Si el costo es independiente de la magnitud del delito, el delincuente quizá decida cometer el mayor delito posible. Este punto depende de la magnitud del delito. "Si la pena prevista en caso de un asalto a un banco es idéntica a la pena prevista en caso de asesinato, el ladrón de los bancos tiene todos los incentivos del mundo para asesinar a cualquiera que presencie el asalto". (VARIAN, 1998).

Estas observaciones muestran que queremos que el "castigo sea acorde con el delito", por eso tiene sentido el preguntarse por las penas que impondría el estado a éstos. Entonces se puede reformular el problema descrito en la ecuación (1) para que la multa a la que se enfrenta el delincuente sea proporcional a la magnitud del delito:

$$\max B(x) - \pi(e)Fx \quad 3$$

El nivel del delito elegido será el que iguale el beneficio marginal de la infracción con el costo marginal¹⁶ de cometerla:

$$B(x^*) = \pi(e)F. \quad 4$$

Cuanto mayor es el grado de vigilancia y mayores son las penas se espera que el nivel de actividad delictiva se reduzca; en (4) es evidente que el Estado desea elegir la multa impuesta a la infracción de tal manera que la elección del delincuente, x^* , sea igual al nivel que está dispuesto a tolerar.

Al infractor le interesa el costo esperado de la detención. Dado que es costoso para el Estado aumentar el nivel de vigilancia y puesto que es sumamente beneficioso elevar la cuantía de la multa, el Estado querrá imponer cuantiosas multas con una pequeña probabilidad de vigilancia.

Este argumento permite entender por qué muchas comunidades imponen elevadísimas multas por infracciones a la ley; como es difícil sorprender al infractor en el acto se hace necesario imponer una elevadísima multa para disuadirlo.

En este análisis, se establece que la forma óptima de velar por las normas relativas a algunas infracciones leves, consiste en gastar muy poco en intentar sorprender a las personas, e imponerle

¹⁶ Lo que impondría un criterio económico para colocar las penas.

multas astronómicas, una vez sorprendidas.

Si parece que el modelo da una respuesta "equivocada", aún podemos aprender mucho preguntándonos por qué pensamos que es equivocada (VARIAN, 1998). Por ejemplo, puede darse el caso en que los jurados o los jueces se muestren reacios a imponer una pena muy elevada. Otra razón por la que puede no ser adecuado imponer elevadas multas, cuando la probabilidad es pequeña, se halla en que los delincuentes pueden percibir erróneamente la probabilidad de ser sorprendidos. La manera en que determina la mayoría de la gente la probabilidad de verse sorprendido, depende de las experiencias que conozca o haya oído, y el incremento del nivel de vigilancia, probablemente elevará la exactitud de la percepción de los individuos sobre la probabilidad de ser sorprendidos.

Si el castigo es demasiado severo, puede provocar un aumento de los delitos. Varian plantea el ejemplo de una infracción "como estacionar en zona prohibida" que tenga como castigo la pena de muerte, y afirma: "aunque con una probabilidad muy baja de ser sorprendido, la gente que lo fuera, podría muy bien intentar asesinar al policía. Como dice el viejo refrán inglés, si me van a colgar igual por robar una oveja o una vaca, mejor robar la vaca" (VARIAN, 1998).

A pesar de estas matizaciones, las ideas que se derivan de este sencillo análisis del delito y el castigo son importantes: el delincuente debe enfrentarse a un elemento disuasor marginal del delito, y la sociedad debe reconocer la disyuntiva entre la probabilidad de ser sorprendido y la magnitud del castigo.

Responsabilidad civil. Un área importante en el análisis económico del derecho es la responsabilidad civil, en términos sencillos ésta se origina en el perjuicio ocasionado a otro, por un hecho cualquiera o por una obligación contractual, evidenciándose en los siguientes factores:

En primer lugar, la multiplicación de los perjuicios en una sociedad capitalista en donde nadie se conforma con el perjuicio sufrido, sino que procura tener reparación. La aparición del contrato de seguro influye en un doble aspecto: casi todo el mundo se asegura en relación con su posible responsabilidad civil, y al hacerlo es menos cuidadoso; además la víctima no duda en exigir indemnización cuando debe pagarla un asegurador. En tales condiciones mientras más accidentes y procesos se producen, más se aseguran las personas; y mientras más se aseguren las personas, habrá más procesos de responsabilidad civil.

La función principal de la responsabilidad civil bajo la concepción del D y E es la de reducir la suma de costos de los accidentes y de los costos de evitarlos. El costo "primario" es la

reducción del número y de la gravedad de los accidentes, lográndose mediante la prevención general o método de mercado y la prevención específica o método colectivo. El segundo costo, que no afecta ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los costos sociales derivados de los mismos, lográndose a través del método del riesgo y el método de la buena bolsa. El tercer costo de administrar el tratamiento de los accidentes, cuyo objetivo es el de reducir los costes primario y secundario.

En la actualidad se presenta una reforma del fundamento de la responsabilidad civil cuyo origen es doctrinario y jurisprudencial. Lo que interesa es el análisis del hecho generador de la responsabilidad civil. Se discute de una tendencia a la socialización de la responsabilidad civil y se afirma que en virtud de esta socialización, el Estado y las compañías de seguros son los que intervienen más en este campo, con miras a asegurar a las víctimas una indemnización; el punto está en que importa más la indemnización que la responsabilidad de la misma.

La teoría ecléctica habla de un matrimonio entre el riesgo y la culpa. La culpa sigue siendo la fuente principal de la responsabilidad. El riesgo no interviene sino a título subsidiario. Hay casos en que la responsabilidad se funda en la culpa (responsabilidad por el hecho personal) y casos en los que se funda

sobre el riesgo (daños ocasionados por las cosas, especialmente).

La tabla 1 permite hacer una conexión entre algunos elementos de la responsabilidad civil extracontractual y los problemas económicos que suscita,

Tabla 1. Síntesis de situaciones de responsabilidad civil extracontractual y accidentes

Fuente: Varian (1998).

Norma Reguladora	Costos Económicos	Resultado
Ausencia de responsabilidad civil.	Minimizar los costos propios.	Se elige el menor nivel posible de cuidado; lo que no es socialmente óptimo.
Responsabilidad civil estricta.	Pagar todos los costos.	Asumir los costos totales permite un óptimo social.
Norma de la negligencia.	El causante sólo es responsable de las pérdidas del accidente.	Si tomó las precauciones no es declarado responsable de los costos, dado que los costos no pueden ser mayores a las precauciones.
Accidentes bilaterales.	Imprudencia de ambas partes: se presenta una concurrencia de "culpas".	Ambas partes contribuyen a pagar los costos.
Ausencia de responsabilidad.	Quien provoca el accidente no ha tomado precauciones y la víctima no tiene que tomarlas.	Lo que conduce a un resultado que no es óptimo.
Responsabilidad estricta.	La víctima es compensada por todos los costos; no tiene por qué tomar precauciones.	Sin embargo, el causante del accidente debería tomar el nivel óptimo de precaución, dado que la víctima no lo toma. El resultado no es óptimo.
Reparto estricto de las pérdidas.	El causante debe pagar una proporción de los costos. El nivel de precaución es menor que el socialmente óptimo. La víctima escoge un nivel bajo de precaución.	Los niveles de precaución son bajos socialmente.
Norma de la negligencia.	El causante es responsable si no logra demostrar que tomó las precauciones. Si el causante elige las debidas precauciones no tiene responsabilidad. La víctima debe elegir el nivel de precauciones socialmente óptimas. Lo que conlleva a un equilibrio de Nash.	Un nivel de precauciones óptimo.
Responsabilidad estricta con posibilidad de alegar negligencia.	El causante es responsable de las pérdidas del accidente si no puede demostrar que la víctima no tenía las precauciones adecuadas.	Si la ley establece que el nivel de precauciones de ambos es igual al socialmente óptimo, se encontrarán en ese nivel.

En la síntesis expuesta, dos elementos son claves, en primer lugar la responsabilidad civil se fundamenta en el riesgo: i) el riesgo creado en donde quien lo genera somete a los afectados

y debe responder por los perjuicios que lleguen a producirse, y ii) el riesgo provecho en donde quien obtiene provecho debe soportar los daños que su actividad ocasione.

Pero ante otras posiciones como la teoría de la garantía, el problema se desvía a los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad personal, que deben ser protegidos, garantizados por el derecho. En tales casos es el derecho a la seguridad el que prevalece. Esos perjuicios corporales y materiales que son garantizados objetivamente, deben repararse sin que se exija la prueba de la culpa del responsable.

CONCLUSIÓN

En las modernas estructuras de mercado las relaciones entre economía y ley son más estrechas, el mercado y las personas que en él interactúan necesitan de fuertes estructuras legales, que además se adecúen a los cambios que estas estructuras presentan. Los enfoques teóricos desde la economía han visto la importancia de estos procesos y el desarrollo de corrientes teóricas que retomen tanto a la ley como a la economía son sustanciales. En este documento, de forma general se ha hecho una aproximación a estas teorías, enfatizando en aspectos de la estructura teórica de la ley y la economía, estructura que se encuentra fuertemente permeada por la teoría neoclásica; se plantea además la posibilidad de compartir elementos metodológicos para una mejor e integral comprensión de la realidad cuya naturaleza es compleja.

Uno de los elementos más interesantes que aporta la economía al derecho está dado por las teorías sobre elección racional cuya aplicación al campo jurídico permite estudiar los problemas legales y el delito al anticipar resultados respecto de objetivos deseados por el legislador, minimizando los costos en la utilización de recursos que por definición son escasos y maximizando la eficiencia en la creación y aplicación de la ley.

Dentro de las críticas al Law and Economics; el rígido arquetipo neoclásico impone el concepto de eficiencia en todas las acciones legales, una de las piedras angulares de los planteamientos de Posner. Lang (1980) mira el concepto de eficiencia y lo relaciona con la política, esto posibilita mostrar los límites del concepto en los procesos de interacción social. Un punto crucial del derecho es el de los derechos de propiedad que surgen de diferentes conjuntos de valores y en su relación con la eficiencia estos no conducen a un solo equilibrio sino a múltiples conjuntos de asignación de recursos.

Los ejemplos presentados tanto en materia penal (robo e infracciones), como en civil (responsabilidad civil extracontractual), revelan la importancia de aplicar las teorías de elección racional desarrolladas en materia económica a la práctica jurídica, entendida esta última no sólo respecto a la aplicación de la ley (rama judicial), sino a la creación misma de las normas (rama legislativa y ejecutiva). En efecto,

la utilización de elementos de racionalidad económica, además, permite construir hipótesis sobre el posible comportamiento del sujeto de la norma, fenómeno que facilita la anticipación de consecuencias respecto al acatamiento o no de las disposiciones legales y paralelamente la adopción de correctivos para maximizar los efectos sociales esperados con la norma.

La posibilidad de identificar resultados antes de integrar una determinada norma al ordenamiento jurídico disminuye los costos que se pueden presentar en su aplicación, si se parte de la premisa de la racionalidad, permite en algunos casos predecir la acción de los individuos frente a la ley lo que implica que en una operación Costo-Beneficio, se aceptara con más probabilidad una norma que lleve implícita dicha racionalidad respecto de otra que la desconoce.

El medio académico tiene una responsabilidad en la continuación del proceso de construcción de teorías o tesis que unifiquen el derecho y la economía por cuanto la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad son básicas en la ciencia actual en procura de alcanzar un conocimiento integral de la realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROW, Kenneth. 1951. *Social Choice and Individual Values*.
- BECKER, Gary. 1968. "Crime and punishment: An Economic Approach", en: *Journal of political economy*, vol 76, num. 169.
- 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.
- CALABRESI, Guido. 1985. *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law: Private Law Perspectives on a Public Law Problem*. Syracuse, NY, Syracuse University Press.
- COASE, Ronald. 1961. "The problem of social cost", en: *Journal of Law and Economics*. Vol 1.
- GONZÁLEZ, Jorge. 2003. "El Utilitarismo de Bentham", en Gonzales (comp), *Economía y Ética Ensayos en Memoria de Jesús Antonio Bejarano*, Universidad Externado, Bogotá.
- GUISAN, Esperanza. 1995. *Introducción a la Ética*. Ed. Cátedra.
- KERKMEESTER, Heico. 1999. "Metodología General", en: *Enciclopedia Law and Economics*. 0400. Erasmus University of Rotterdam.
- KITCH, Edmund W. 1983. "Intellectual Foundations of Law and Economics", en: *Journal of Legal Education* vol. 33 No. 2.
- LANG, Mahlon G. 1980. "Economic Efficiency and Policy Comparisons", en: *62 American Journal of Agricultural Economics*.
- PÉREZ, Mauricio. 2004. "La Economía en el Panorama de las Ciencias Sociales", en: *Cuadernos de Economía* N. 40, U. N. CID.
- POSNER, Richard. 1979. "Some uses and abuses of economics in Law", en: *The University of Chicago Law review*. Vol. 46.

—1986. *Economic Analysis of Law*. Little Brown. Third edition.

ROEMER, Andrés. 1994. *Introducción al análisis económico del derecho*. México, F.C.E.

IBÁÑEZ, Luis Raymundo. 1997. *Introducción al análisis económico del derecho*. Monografias.com.

RAWLS, John. 1970. *Teoría de la justicia*. F.C.E.

ROBBINS, Lionel. 1935. *An essay on the nature and significance of economics science*. The Philosophy of Economics. Hausman Daniel Editor.

VARIAN, Hal. 1998. *Microeconomía intermedia*. Capítulo 32. Antoni Bosch.