Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

Estudio del derecho desde la Economía*

*Félix Huanca Ayaviri***

Presentado: Diciembre 14 de 2015 • Aceptado: Diciembre 21 de 2015

Resumen

El objetivo de este trabajo consiste en presentar al lector boliviano una panorámica *introductoria* del Análisis económico del Derecho o Law and Economic en inglés. El trabajo parte desde el análisis del formalismo legal (positivismo jurídico) del derecho y cómo el análisis económico del derecho puede contribuir desde una óptica diferente dar al sistema jurídico formal y la litigación soluciones eficientes.

Palabras claves: legalismo, formalismo, positivismo jurídico, análisis económico del derecho, externalidades, internalizar y eficiencia.

Study of Law from Economics Science

Abstract

The aim of thispaper is to presentthe Bolivianreaderan introductoryoverview ofEconomic Analysis of LaworLawand EconomicEnglish. The workstarts fromthe analysisof legal formalism(legal positivism) on the right andhow economicanalysis of lawcan contributefrom a different perspectivetothe formallegal system andthelitigationefficient solutions.

Keywords

Legalism, formalism, legal positivism,law and economics, externalities, internalizeand efficiency.

* Este Artículo es resultado de las investigaciones realizadas por el autor como docente titular de Derecho de la UMSA.
** Docente Titular de la Catedra de Sociología - Carrera de Derecho UMSA.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

1. Mirada rápida al positivismo jurídico

A cual derecho nos referimos esto es una primera cuestión a definir indudablemente nos referimos al denominado positivismo jurídico. Estudio del derecho que a finales del siglo XIX y XX, se ha nucleado en el término Positivismo jurídico —especialmente en el Derecho europeo continental— cuyos principales teóricos han caracterizado en tres vertientes teóricas: como una determinada forma de abordar el estudio del Derecho (metodología), una determinada teoría del Derecho y una determinada ideología sobre el Derecho (BOBBIO, 1993)[86].

Previo a BOBBIO, KELSEN conceptualizó el derecho como «...un conjunto de normas coactivas emanadas del poder soberano del Estado» (KELSEN, 1960)[87], donde la sanción es considerada como un *elemento esencial d*e la configuración de la estructura de la norma,ésta es la posición kelseniana. El Positivismo jurídico no tiene una sola fuente ni una única posición del derecho sino tiene múltiples variantes.

Pero en un sentido general se puede afirmar que los orígenes se encuentran en presupuestos de la Dogmática jurídica, que nace en el siglo XIX en el contexto europeo y tiene tres centros de desarrollo, Alemania, Francia e Inglaterra[88].

En cada uno de estos países se desenvuelve relativamente autónoma, sobre cuyos contenidos me remito a mi trabajo Positivismo Jurídico e Introducción al Análisis Sociológico del derecho (2012). Me refiero a la Escuela Histórica alemana, la Escuela Exegética francesa y la Jurisprudencia Analítica inglesa[89].

En el siglo XX el Positivismo jurídico tiene tres grandes representantes: Hans KELSEN en el Derecho Continental europeo, Herbert HART[90] en el Derecho Anglosajón y Alf ROSS en el Derecho Escandinavo, un continuador es el profesor italiano Norberto BOBBIO en una posición entre KELSEN y HART, más del primero que del segundo, cuya contribución redundará en sustentar una teoría del Derecho entre el fenómeno normativo y hecho normativo.

El Derecho continental europeo se ha caracterizado como la vertiente lógico-normativa o esencialmente normativa y la segunda realista o empírica, esto es, la reducción del derecho a un hecho y niegan el carácter esencialmente normativo del Derecho. El Derecho positivo en su versión anglosajona es el derecho creado por la costumbre y los jueces (precedentes judiciales). En su versión continental el Derecho es creado esencialmente por el legislador cual es la esencia de la exégesis francesa, donde en sus inicios no se aceptó la creación judicial del Derecho[91].

De lo afirmado, existen dos familias de derecho claramente diferenciadas en el mundo Occidental. En América Latina *predomin*a el derecho continental europeo aunque muchos teóricos suponen más bien una hibridación entre ambos sistemas.

Cabe hacer notar que el Derecho de Europa continental actual ha sufrido profundos cambios a través del denominado neo-constitucionalismo (POZZOLO, 1998, 339-354), que es la posición contraria al positivismo jurídico, es decir, al derecho de reglas antepone el derecho de principios, cuyos inicios encontramos en el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial[92].

1 Véase sobre el Positivismo jurídico a BOBBIO, Norberto; El positivismo jurídico. Trad. castellana de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: DEBATE, 1993.

2 Teoría pura del derecho Buenos Aires: EUDEBA, 1960.

3 Desde mi punto de vista se refiere a la consolidación y de los derechos estatales de esos tres países que el profesor Diego LÓPEZ lo denomina Centro de Producción.

4 Al respecto véase mi libro Positivismo jurídico e introducción al análisis sociológico del Derecho.

5 Véase por ejemplo: HART, H. L. A.; The Concept of Law; Oxford University Press, 1961, Trad. castellana de Genaro R. Carrio (El Concepto de derecho).

6 Véase el Positivismo jurídico de BOBBIO, Norberto; El positivismo jurídico, especialmente el capítulo III.

7 Si bien es POZZOLO quien, acuña el termino neoconstitucionalismo, los primeras ideas sobre el mismo lo encontramos en trabajos de G. SARTORI, «Constitutionalism: A *PreliminaryDiscussion*», American PoliticalScience Review, diciembre *1962*y N. MATTEUCCI en los años sesentaescribe Positivismo Giuridico e Costituzionalismo, Milán, Gi-

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

Es este derecho que pretendemos estudiar con las herramientas del análisis económico. Entenderá el lector que el derecho europeo continental sus orígenes, especialmente en la exégesis se centra en el desarrollo del derecho privado (Código Napoleón), dio importancia a la versión privatista, el Derecho civil no se ocupó por los hechos económicos, por las posibilidades del análisis y método económico.

Salvo los intentos del análisis del Psicologismo jurídico especialmente a partir de los movimientos antiformalistas, o el Derecho económico. Estos según el análisis de Morthon WHITE pueden ser calificados como movimientos de revuelta contra el formalismo; movimientos que comenzaron a manifestarse hacia finales del siglo XIX e inicios del siglo XX y asumieron distintas características según los países y las áreas culturales[93].

Más bien el pensamiento jurídico formal «... amparado en el formalismo normativo de la Teoría Pura de KELSEN, en la Jurisprudencia de conceptos [...], ha llevado a la Ciencia del Derecho por la senda del auto confinamiento y lejos del encuentro de otras ciencias sociales»[94].

El horizonte analítico y perspectiva de la Ciencia Jurídica no fue sino la Dogmática traducida en el deber ser jurídico. La preocupación del jurista, lejos de la valoración que la vitalidad al Derecho, sería exclusivamente la de aislar el hecho de forma que pudiera ser subsumido en la literalidad de la ley (norma).

Lo metajurídico, que no es otra que la realidad social, que no tiene cabida en esta concepción de lo jurídico, que pese a sus críticos (BARCELLONA, 1980, TREVES, 1988) ha mantenido una importante vigencia a lo largo del tiempo, mucho más en el Derecho de América Latina que escasamente ha mostrado indicios de una preocupación por el cambio de paradigma teórico de la Teoría del Derecho, anclado aun en el positivismo jurídico[95] decimonónico, y muchos de ellos anclados en los presupuestos de la exégesis y conceptualismo alemán del siglo XIX.

Sin embargo, desde fuentes como el Derecho anglosajón se ha visto importantes posicionamientos, que han tomado en cuenta la incidencia de los hechos económicos en el fundamento del Derecho, tales como el análisis pionero de HOBBES sobre el sujeto egoísta (entiéndase racional o que persigue un interés) y Jeremy BENTHAM, a través de su filosofía utilitarista como veremos más adelante.

Pero también de notar que tiene mucha importancia el aporte desde el análisis de la Sociología jurídica consistente en dar las primeras referencias de que el devenir, es decir, el fundamento de los ordenamientos legales no dependía exclusivamente de la formalidad de sus enunciados ello les llevó a tratar, conocer y sondear el medio ambiente social donde proyectan sus mandatos.

El Análisis sociológico ha referenciado la relación entre la Economía y el Derecho, pero sin que por ello hubieran propuesto planteamientos metodológicos y epistemológicos comunes, sino posturas antagónicas entre juristas y sociólogos (Véase ARNAUD y FARIÑAS, 1996 y otros).

Una posición de profundidad analítica en esta línea fue desarrollada en la «Jurisprudencia de intereses» de inicios del siglo XX del Derecho americano, concretamente de los movimientos del Realismo e Institucionalismo, que fuera iniciada como una reacción frente al formalismo jurisprudencial estadounidense,

uffrè, 1963.«Positivismo jurídico y constitucionalismo» (1963) ésta última que aparece como libro en 1996.

8 WHITE, Morthon; Social Thought in America: The Revolt against Formalism. Nueva York, 1952.

9 TÓRRES LOPEZ, Juan; Análisis económico del derecho. Madrid: Tecnos, 1987, p. 13. Misma posición se puede encontrar en PRIETO SANCHIS, Luis; Derecho y Moral en la época del constitucionalismo jurídico, Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 8 – jul./dez. 2006, p. 82.

10 Véase, Carbonell, Miguel; Sobre constitucionalismo y positivismo de Luis Prieto Sanchís, ISONOMÍA, nº 8, 1998, p. 212

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

por autores como Oliver W. HOLMES (1841-1935) y Roscoe POUND (1870-1964).

El primero, afirmó que la vía del Derecho no es la lógica, sino la experiencia, la experiencia jurisprudencial, y de que el estudio de esa experiencia debe llevar a conocer a prever lo que efectivamente los tribunales hacen, cuyo estudio debe valerse preferentemente de la *Economía y de la Sociología y no ya de la Historia*; el segundo, propuso que la investigación sociológica del Derecho debe servir esencialmente a los fines prácticos de la «ingeniería social» y que tales fines consisten en «poner orden en las relaciones humanas» y en «armonizar y reconciliar las pretensiones y exigencias en disputa»[96].

Luego de estos estudios seminales sobre el fundamento del Derecho en el contexto social y no en la racionalidad formal de la ley, los hechos sociales y económicos pasaron a constituirse en auténticos «datos» del problema jurídico, tanto por la necesidad de llevar la norma al terreno de su propia experiencia vital como por la necesidad de superar el desfase entre «realidad legal» y realidad social, que impide el correcto funcionamiento del sistema jurídico.

Por otra, la intervención del Estado en la Economía en la etapa del *Welfare State* (Estado del bienestar) luego de la segunda Guerra Mundial en todos los ámbitos de la vida social obligarán al jurista abandonar su concepción dogmática para asumir una perspectiva teleológica-funcional donde cada vez será más necesario el concurso de la Ciencia económica[97].

Es más para captar el sentido auténtico de la norma jurídica habrá de atenderse a los objetivos políticos-económicos del Estado y ello obliga incluso a incorporar las categorías económicas al propio discurso jurídico[98].

Se comprenderá así que ya no sólo es necesaria la preocupación del Derecho por los problemas económicos sino que para comprender, interpretar y valorar las normas jurídicas será necesario el recurso al método y la ciencia económica. Entonces empezará —como afirma el profesor Tórres— una influencia del estudio de los problemas del derecho desde el enfoque económico o concretamente la aplicación del método económico en el estudio del Derecho.

En síntesis podemos afirmar que en el siglo XX tanto por el desarrollo interno de las propias ciencias sociales (sociología y economía en especial) como de las ciencias físico - naturales, el Derecho recibirá importantes contribuciones[99]. Así, por su proximidad del objeto analítico, esto es, las acciones humanas, ha hecho que desde los años cincuenta sea analizada desde las llamadas Ciencias sociales entre ellos el Sociologismo jurídico o Realismo e Institucionalismo americano, hasta el análisis sociológico del Derecho, como hemos anotado más arriba.

Sin embargo, una de las contribuciones más singulares proviene desde la Economía, que en los últimos treinta años de fines del siglo XX, ha proyectado su enfoque analítico sobre la totalidad de las áreas del Derecho; esta nueva disciplina ha sido definida como: *el estudio del Derecho con las técnicas e instrumentos de análisis normalmente aplicados en el análisis económico*. Esta nueva disciplina ha sido denominada como *Análisis Económico del Derecho*[100] o

11 Véase, TREVES, Renato, La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas. Barcelona: Ariel 1988, pp. 96 y ss.

12 Es la etapa que SOUSA SANTOS llama la judicialización de la política, esto es, que los jueces intervienen en la toma de decisiones para aplicar las políticas sociales vale decir los derechos económicos sociales y culturales.

13 Entonces se hablará de economía social, derecho social, en concreto aquel discurso jurídico a través de la regulación constitucional, que internalizará el propio discurso económico, en los denominados derechos de segunda generación, esto es, los derechos económicos sociales y culturales.

14 Según Manfred REHBINDER, la Teoría Internacional del Derecho, divide la Ciencia jurídica en tres esferas separadas: en ciencia del valor, ciencia normativa y ciencia de la experiencia, a la que denomina teoría de la tridimensionalidad del Derecho, donde: «La reflexión sobre el Derecho «correcto» (justo) es asunto de la Filosofía del Derecho. [...]. La determinación del contenido de sentido normativo del derecho (la decisión sobre el «deber ser» en el Derecho) es tarea de la Dogmática Jurídica. [...]. La investigación de la realidad social del Derecho (la exposición acerca del «ser» del Derecho) es la tarea de la Sociología del Derecho. REHBINDER, Manfred; Sociología del Derecho. Madrid: Pirámide, 1981, p. 21.

15 En la actualidad existen cuatro revistas dedicadas al Análisis económico del Derecho: Journal of Law and Economics; International Review of Law and Economics; Journal of Legal Studies y Journal of Law, Economics and Organizations.

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

sus equivalentes de *Derecho y Economía*, *Economía del Derecho* y como el *Movimiento del Derecho y la economía o simplemente Law and Economic en Inglés*.

En la actualidad, ésta contribución, ha permitido elaborar, en sus distintas aplicaciones, estudios de los fenómenos jurídicos a decir de Richard POSNER (1986) desde los derechos de propiedad, de las organizaciones empresariales y de otra índole, 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 [...][101].

Para el presidente de la Asociación Europea del Derecho y la Economía (AEDE) «El movimiento del derecho y la economía representa el mayor reto intelectual dentro del saber jurídico en las últimas décadas. Los conceptos económicos se aplican para explicar y esclarecer los asuntos legales, no sólo respecto 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 también respecto a una gama de actividades de no mercado que incluyen desde los asuntos de responsabilidad civil hasta los asuntos familiares y penales.

El movimiento del derecho y la economía ha influido la legislación y los antecedentes jurídicos»[102].

En lo esencial el enfoque del análisis económico del derecho, permite explicar la formación, estructura, procesos e influencias de la ley, las instituciones y el sistema jurídico, con diferentes criterios de racionalidad económica, además de problemas concretos de los que se ocupan habitualmente los sistemas jurídicos.

De modo general podemos decir que el enfoque del Derecho y Economía ha irrumpido en el escenario de las ramas del derecho, las políticas públicas y en el estudio del sistema jurídico en la llamada política judicial, que en lo esencial consiste en la propuesta fundamental del análisis de la eficacia y los efectos que producen las leyes y las instituciones jurídicas en la sociedad. En adelante veamos los prolegómenos del origen y desarrollo de este nuevo enfoque del Derecho.

2. El análisis jurídico-formal y el nuevo enfoque desde la perspectiva de la ciencia económica

A modo de aproximación digamos que el origen y desarrollo del análisis jurídico-formal en el Derecho continental europeo se concentra en la Escuela de la Exégesis francesa y la Escuela Histórica alemana y que en el siglo XX ha tenido a un ilustre representante en el austriaco Hans KELSEN como el mejor representante de la Teoría Transnacional del Derecho (TTD) como anota LOPEZ (2004).

En los inicios del siglo pasado, las universidades y centros de investigación europeas habían logrado contribuir en el desarrollo de la investigación del Derecho desplegadas en las tres direcciones citadas de la Exégesis francesa, el Historicismo alemán y la Jurisprudencia analítica inglesa.

Sin embargo, las dos guerras —la Primera Guerra Mundial, llamada en su tiempo la Guerra Europea, y la Segunda Guerra Mundial— que asolaron suelo europeo, interrumpieron en la labor y continuidad de las investigaciones de los juristas del Continente europeo, quienes vieron que sus posibilidades de trabajo e investigación cesaban —entre otras— por

16 Véase The Economic Analysis of Law. 3º ed, Little Brown, and Co. 1996. Para POSNER por ejemplo la economía en los últimos 30 años, ha expandido su enfoque más allá de su campo tradicional. Para autores de lengua castellana como ROEMER, PASTOR y TORRES el Análisis económico del Derecho es considerado como el desarrollo más importante en el campo del derecho en los últimos 50 años.

17 En la actualidad existen dos asociaciones bien definidas: la Asociación Europea del Derecho y la Economía (AEDE), fundada en 1984, la Asociación Americana de Derecho y Economía (AADE), fundada en 1991 y últimamente se ha constituido la Asociación Latinoamericana e Ibérica del Análisis económico del Derecho (ALCADE), fundada en 1994.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

las persecuciones políticas e ideológicas; en otras por el virtual recorte presupuestario de su programa, debido a que las políticas de los nuevos gobiernos se concentraban en el esfuerzo y economía de asuntos bélicos, por estas circunstancias históricas muchos se vieron forzados a emigrar al continente americano[103].

La ascensión de categoría de muchas universidades estadounidenses —luego de la primera guerra— es seguramente el resultado de la influencia directa de la inmigración de la intelectualidad europea de entonces, que básicamente se concentró en los centros de estudio e investigación del país del Norte.

El vacío de producción en la tradición del Civil Law que se suscitó en Europa en el período de «Entre-guerras» y la «Post-guerra», por efecto del traslado de la comunidad científica europea a centros de estudio estadounidenses y otros, influyó negativamente en el desarrollo científico al menos en el plano teórico del modelo del Civil Law en el viejo continente y por el contrario posibilitó una mayor concentración y rápido ascenso del análisis empírico del Derecho en los Estados Unidos y en el conjunto del sistema del *Common law*, a través de movimientos como el *Realismo*[104], el *Institucionalismo*[105] y la *Critical Legal* Studies[106] americano.

Después de la post-guerra, aproximadamente desde los años cincuenta, los europeos volvieron a compenetrarse en la investigación científica que fuera interrumpida de suelo europeo; sin embargo, las ideas que se materializaban en el pensamiento jurídico anglosajón resultaban difíciles de difundirse en Europa: porque los europeos continentales difícilmente podían penetrarse en las doctrinas del Realismo y del Institucionalismo americano[107], que se gestaban en el presupuesto del *case law*[108]. Sin embargo, después de los años cincuenta junto al Plan Marshall, el modelo americano fue abriéndose camino en las universidades y centros de investigación europeos.

Frente al divorcio paradigmático en el estudio del Derecho entre los dos sistemas, éste trabajo bien puede constituir un aporte en el estudio del sistema del Derecho civil o Continental europeo que puede ser nutrida de los adelantos científicos logrados a partir del último cuarto del siglo XX en el sistema anglosajón.

En ese sentido el contenido de este trabajo es modesto, consiste en estimular la actividad investigadora de los juristas europeos y latinoamericanos que en gran parte del siglo XX se han aferrado en el Análisis jurídico-formal, sistema de investigación que a nuestro entender es insuficiente para llevar a cabo una efectiva investigación científica del Derecho, en un plano más objetivo y crítico, bajo los nuevos presupuestos de la ciencia actual, que consiste básicamente en la predicción y prescripción, antes que una mera actividad descriptiva.

El análisis jurídico-formal es una teoría

18 Verbigracia, la permanencia de Hans KELSEN desde 1940 en Estados Unidos; primero Harvard terminando en la Universidad de California, en Berkeley, o de Renato TREVES en la Universidad de Rosario (Argentina), de HORKHEIMER y ADORNO entre otros en universidades americanas.

19 Representantes del Realismo son Oliver W. HOLMES 1841-1935), quién planteo «... que la vía del Derecho no es la lógica, sino la experiencia, la experiencia jurisprudencial [...] que el estudio racional del Derecho que debe llevar a conocer esta experiencia, o, mejor, a prever lo que los tribunales efectivamente hacen, es un estudio que debe ser realizado valiéndose preferentemente de la economía y de la sociología y no ya de la historia... »; Roscoe POUND (1870-1964) planteo «.... que la investigación sociológica en el campo del Derecho debe servir esencialmente a los fines prácticos de la «ingeniería social»». TREVES, Renato; Ibidem pp. 96-97.

20 El institucionalismo es una dirección de pensamiento que, «reconduciendo los fenómenos económicos al contexto más amplio de los fenómenos sociales de los que la economía clásica había tratado de separarlos, considera el Derecho en este mismo contexto, es decir, en una sociedad que se caracteriza por estar controlada por diversos factores y especialmente por las instituciones que indican qué actos son libres, permitidos u obligatorios». Los fundadores son Thorstein Veblen, John Roger Commons (1872-1945). TREVES, Renato; Ibidem, pp. 98-101.

21 Movimiento desarrollado entre los años sesenta y ochenta del siglo XX, que difiere de los movimientos anteriores (antiformalistas) que denunciaron únicamente el dogmatismo de los juristas y los peligros de un Derecho construido sobre el idealismo burgués. FARIÑAS DULCE, María José; ARNAUD, Jean; Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico. Madrid: U. Carlos III de Madrid, 2000, p. 48.

22 Sin embargo, esta situación fue superada, en alguna medida, a partir de los años cincuenta, habiendo influido el pensamiento americano en distintos ámbitos de la investigación científica del Derecho, tal es así, por ejemplo en el ámbito de la Sociología del Derecho.

23 El *Case Law* es el método casuístico de la formulación de normas de Derecho que rige en el sistema anglosajón.

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

de la validez del derecho en cuanto que dicha validez está basada en criterios que conciernen únicamente a su estructura formal, prescindiendo de su contenido, aunque éste bien puede estar superado por el neo-constitucionalismo.

El formalismo jurídico desarrollado bajo la perspectiva del positivismo jurídico consiste en: «…una labor interpretativa sobre los elementos o sobre el conjunto mismo del sistema jurídico. En el caso más típico, el análisis de la norma la define o conceptúa y fija su alcance y significado con arreglo al tenor literal, espíritu, concordancia, analogías, voluntad del legislador, posición en la estructura y jerarquía de fuentes, relación de los precedentes judiciales o legislativos, encaje de los principios y normativas generales del Derecho, contexto social y análisis de la propia estructura de la norma»[109].

El enfoque formalista del Derecho es una forma de conocimiento del Derecho, donde sus actores se dedican a la explicación de la validez de la norma tal como es y no tal como debiera ser, construye la concepción del Derecho asociado únicamente en los presupuestos dogmáticos y ficticios de la legalidad del Derecho, la subordinación del juez a la ley, la omnipotencia del legislador y la unidad del ordenamiento, presupuestos que hoy no soportan un tests de razonabilidad a la luz de la teoría científica actual. Es un conocimiento del Derecho que no requiere otro campo de aprendizaje y análisis que el Derecho positivo, el derecho dado y vigente en un determinado tiempo y territorio, construida en la actualidad en el concepto de la «Dogmática jurídica», «Ciencia jurídica», amén de otros nombres, poco precisos y ambiguos.

El máximo exponente en el siglo XX como hemos afirmado más arriba fue el profesor austro-húngaro Hans KELSEN[110] en la versión del Derecho continental europeo y H. HART en la versión anglosajona, criticada fuertemente por Ronald DWORKIN, con su teoría integracionista.

Por otra parte, hemos de precisar que cuando empleamos la palabra Ciencia en el desarrollo de esta investigación no pretendemos sacralizar ni absolutizarla, menos comprendemos desde una perspectiva de un absolutismo intelectual al que al parecer llevó el positivismo científico clásico —al presuponer que la ciencia expresaba una verdad y tenía un método universal—; más bien, entendemos por Ciencia como aquello que permite alcanzar una *verdad probable*, una forma de conocimiento que permite la explicación y fundamentalmente la predicción de ciertos fenómenos, como los jurídicos.

En este sentido, cuando hablamos de Ciencia jurídica, que desde una interpretación estricta de la ciencia es más bien una técnica, es decir, no es científica[111], eso no implica decir que no pueda ser estudiada bajo presupuestos científicos, por eso en su sentido amplio y relajado entendemos como un: «conjunto de proposiciones o teorías que expliquen y predigan la actividad del sistema jurídico o de cualquiera de sus elementos»[112].

También debemos precisar que, cuando empleamos el término Derecho no asociamos el concepto únicamente a la propuesta del Positivismo jurídico (especialmente en su versión exegética), esto es, reducción del concepto de Derecho al Derecho del Estado (Constitución y las leyes), sino entendemos por ella, todo sistema normativo que regula la conducta humana[113], es decir pluralismo normativo.

24 PASTOR, Santos; Sistema Jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho. Madrid: Tecnos, 1989, p. 28.

25 Sobre la cientificidad del Positivismo jurídico y perspectivas, próximamente el autor publicará la propuesta sustentada en la Tesis Doctoral, presentada para optar el Título de Doctor en Derecho.

26 Al respecto véase mi trabajo Análisis sociológico del Derecho (2013b)

27 PASTOR, Ibidem 29.

28 En esa línea argumental son instrumentos normativos la moral, la ética, las normas religiosas, las de buena vecindad, la norma de la costumbre, la ciencia jurídica y la jurisprudencia, que de una u otra forma inciden en la construcción normativa y las conductas de las personas, por tanto en el orden social.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Porque comprendemos de que el objetivo de la investigación científica, más allá de cualquiera otra finalidad metodológica o justificación social o filosófica, persigue la explicación y la predicción de los fenómenos, que constituyen elementos básicos de su objeto.

Al proponer un concepto amplio del Derecho y no reducirlo al Derecho estatal, es decir, Derecho igual a Ley, ampliamos la concepción del Derecho y no como lo entienden los dogmáticos tradicionales del Derecho.

A partir de esta afirmación el Derecho constituye una categoría social, jurídica e histórico, en otras palabras, el Derecho es una variable social; por ello, comprendemos que debe ser entendida como un instrumento de organización social, y que como tal, debe ser examinado con los métodos y técnicas empleados en las Ciencias sociales y entre ellas la Economía, y contribuir en una organización social más eficiente.

En la actualidad vemos que el Derecho es analizado por la Sociología desde hace algún tiempo,[114] por la Antropología, la Psicología y otras ciencias sociales, dando lugar a investigaciones de carácter inter-disciplinar hasta trans-disciplinar que están revolucionando la investigación científica del Derecho.

3. El método del análisis económico y su alcance en el estudio del derecho

El estudio de la economía es posible emprenderlo desde la posición de la economía normativa y positiva. Sin embargo, dada la característica de este trabajo lo que interesa a nuestros efectos es el manejo de un concepto de economía que permita el despliegue de nuestro conjunto teórico.

En la actualidad la versión más aceptada sobre la naturaleza de la ciencia económica es aquella expresada en la definición de Lionel ROBBINS en el sentido de que: «Economía es la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos con usos alternativos»[115].

Esta afirmación hace de la Economía como la ciencia de las elecciones humanas; quienes frente a la naturaleza escasa de los recursos o bienes toman decisiones que más satisfacen, esto ha hecho manifestar a Gary BECKER de que: «...lo que más distingue a la Economía de otras disciplinas de las Ciencias sociales no es el tema de estudio sino el enfoque».

Esto ha hecho posible en la actualidad de que el método económico sea aplicado a las realidades sociales más dispares[116], entre ellos el Derecho; este proceso de acercamiento o de asimilación de la Ciencia económica a otras áreas del conocimiento humano, según la apreciación del profesor TÓRREZ LÓPEZ: «...lejos de considerarse en términos peyorativos como un fenómeno de pérdida de personalidad de la Ciencia económica, constituye la manifestación más palmaria de su pleno desarrollo», posición que no está lejos de aquella proposición de Tomas S. KUHN[117], (1975) en el sentido de que la economía es una ciencia madura.

En 1978 en el artículo La economía y sus disciplinas conexas el profesor Ronald COASE ha propuesto que: «…los límites de la Ciencia económica han ido paulatinamente ampliándose hasta el punto de invadir los campos de las disciplinas sociales, que, aunque contiguas, fueron tradicionalmente impermeables al enfoque económico»[118].

Esa expansión que fuera considerado por algunos como peligrosa para las ciencias sociales, parece hasta ahora haber colmado

29 REHBINDER, Manfred; Ibidem, 1977.

30 COASE; Ronald H.; La empresa el mercado y la ley. Madrid: ALIANZA, 1994, p. 9.

31 Ibidem, p. 10.

32 No es ajeno a este proceso la determinación de Thomas S. KUHN de caracterizar a la Economía como ciencia madura. Véase KUHN, Thomas S.; The Structure of Scientific Revolutions. University of Chicago Press, 1962.(existe Trad. castellana de Agustín Contín. La estructura de las revoluciones científicas, México D.F.: Fondo de Cultura Económica (1975).

33 COASE, Ronald; «Economics and Contiguous Disciplines» The Journal of Legal Studies, Vol. 7 n. 2, June201-211.

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

satisfactoriamente una necesidad teórica, que precisamente brinda el análisis económico. El proceso de expansión de la aplicación del método de la ciencia económica a otras disciplinas en el último cuarto del siglo XX, ha posibilitado una de las aplicaciones más valiosas del análisis económico, su proyección hacia el Derecho.

La metodología, sistemática y presupuestos básicos que emplea, enlazan la proyección de un enfoque básicamente económico de los problemas y fenómenos jurídicos, reduciendo el sesgo del enfoque jurídico tradicional y logrando reflexiones que desde la llamada Dogmática jurídica no son posibles.

Su desarrollo y consolidación como nueva disciplina se acelera a partir de la incorporación en la investigación de las técnicas del análisis empírico y cuantitativo y del aparato formal matemático en el estudio del Derecho, y esencialmente de las propuestas conceptuales del modelo neoclásico del análisis económico, que consiste básicamente en entender que el objeto perseguido por el sujeto económico es la maximización de su propio beneficio o utilidad y que ello se lleva a cabo racionalmente, o cuyo apetito fundamental es obtener cada vez más poder, que no debe entenderse como poder político únicamente sino capacidad y condición de la libertad, no se es libre sino se tiene capacidad de acción respecto de cada una de las alternativas como inteligencia, saber, salud, riqueza y tendrá aversión contra la estupidez, la ignorancia, contra la pobreza (HOBBES)[119].

4. Orígenes del análisis económico del derecho

Sin remontarnos a los tratadistas españoles como fray Tomás de MERCADO, con su obra Suma de Tratos y de Contratos del Siglo XVI[120], que bien puede ser mencionado como uno de los precursores del «Viejo análisis», mencionaremos aquí los estudios de un grupo de pensadores conocidos hoy bajo el nombre de Escuela histórica escocesa del Siglo XVIII, entre quiénes podemos destacar a economistas como Francis HUTCHESON, David HUME, Adam SMITH, John MILLAR y William ROBERTSON; quiénes seleccionaron el «modo de producción como variable explicativa»[121], y establecieron que: «aunque los hombres fueran iguales en lo fundamental al nacer, constituían sociedades diferentes según fuese su modo de subsistencia».

La contribución de la Escuela histórica escocesa a la filosofía en general, radica en la «idea de los efectos no planeados ni queridos» de las acciones de los individuos, como la economía, el lenguaje, la religión, etcétera.

Bajo esta concepción, SMITH presentó a la Institución del mercado de que: «nadie lo gobernaba, funcionaba espontáneamente y era el resultado social no querido de la persecución del propio interés de los individuos»[122]. Precisamente de SMITH proceden los supuestos básicos aplicados en el análisis de la Economía neoclásica.

La aplicación del método económico en el estudio del Derecho ha dado lugar a la divergencia de criterios. Dando lugar a dos vertientes claramente diferenciadas, esto es, entre los viejos y actuales precursores del Análisis Económico del Derecho. Sin embargo, el criterio más generalizado —tomando en cuenta el ámbito de aplicación y el método empleado en el análisis económico—, por el que se inclinan los investigadores es el de ordenar el estudio en Viejo y Nuevo Análisis Económico del Derecho[123].

Uno de los principales precursores de esta propuesta es el profesor Richard POSNER, quien en el artículo «The Economic Approach

34 Primera Parte, cap. XIV, párrafo 1.

35 (1569).

36 SCHAWARTZ & CARBAJO, Teoría económica de los Derechos de propiedad /en/ Hacienda Pública Española n° 68, pp. 221-222 (1981).

37 SCHAWARTZ & CARBAJO, Ibidem, p. 223.

38 POSNER Richard A.; Economic Analysis of Law, 3ra. Ed. Chicago: Little Brown, 1986, pp. 21-22. (existe Trad. castellana: Análisis económico del derecho).

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

to Law» (1975)[124] hace la distinción entre Viejo y Nuevo análisis, donde la diferencia básicamente se centra en la naturaleza diversa de las diferentes materias objeto de estudio.

El «Viejo Análisis» tendría sus raíces en los trabajos de Jeremy BENTHAM (1748-1832) máximo exponente de la Filosofía utilitarista, que realizó estudios sobre el sistema judicial, sistema penitenciario y otros, y es citado entre los más destacados de sus exponentes; los trabajos de Cesare BONNESARA Marquese di Beccaria (1764) que realizó estudios de los delitos y de las penas lejos de la costumbre de su época, desde la perspectiva del daño y beneficio que proporcionan a la sociedad y su estudio sobre la proporción media sobre el contrabando p. e. ¿Sobre cuál es la proporción media que han de internar los contrabandistas para quedar sin pérdida ni ganancia?.

También se citan estudios de los economistas clásicos como: SMITH, David RICARDO y Carlos MARX[125]. El contenido básico del «Viejo análisis» consiste en la contrastación de dos planos sociales, el jurídico y el económico que permanentemente se intercalan y que bien puede ser la raíz del actual Derecho económico.

Esta interrelación se conoce como la regulación económica establecida para ciertas prácticas restrictivas como el monopolio o simplemente actividades de mercado. Sobre esta línea entre los institucionalistas americanos merece destacar el trabajo de WAGNER (187) en el aparece un capitulo titulada Economía y Derecho. Para A. WAGNER las leyes no son sino el resultado del propio progreso de la economía.

Considerando que el Derecho determina incluso la propia distribución del ingreso, deduce la necesidad de que el ordenamiento jurídico sea estudiado y analizado desde la perspectiva de alcanzar la «satisfactoria» distribución, que debe consagrarse como principal objetivo de la economía.

La consolidación del paradigma neoclásico en la ciencia económica hará definitivamente posible la extensión de sus límites y de que los desarrollos de la teoría económica se proyecten con singular protagonismo en otros campos científicos, marco en el cual devendrá el Nuevo análisis económico.

Bajo ese contexto del análisis y teoría económica, la corriente del «Nuevo análisis» será producto del desarrollo natural de la concepción de la propia ciencia económica que por su madurez plena extiende su capacidad analítica hacia todo tipo de fenómenos entre ellas los jurídicos. Por otra, el «Nuevo análisis» tendrá una formalización académica y desarrollo sistemático e independiente, tras la publicación de las importantes contribuciones científicas de los artículos: de Ronald H. COASE sobre «El problema del coste social» (1960), de Guido CALABRESI sobre El sistema de responsabilidad civil (1961) y, de Armen A. ALCHIAN sobre «Los derechos de apropiación» (1961).

El desarrollo sistemático ha permitido su posterior consolidación como disciplina independiente, ha abierto la proyección del enfoque económico a los problemas del sistema jurídico, tales como los costes económicos y sociales de las leyes, del sistema judicial y existe una fuerte influencia en el análisis de los temas de la Ciencia política en la llamada «*Public Choice*».

Este desarrollo sistemático de los temas tradicionales del Análisis económico del Derecho puede verse en los trabajos de Richard A. POSNER Economic Analysis of Law (2007 8 ed.) y Robert COOTER, Thomas ULEN Law and Economics (1996)[126]. Sin

39 POSNER A. Richar. The Economic Approach to Law.Texas Law Review. Vol. 53, 757-782

40 Véase PASTOR, 1989.

41 Para quienes tienen interés detallamos los 10 trabajos referidos al Análisis económico del Derecho producidos después de 2000: 1. Cass R. SUNSTEIN (editor) (2000), Behavioral Law & Economics, Cambridge University Press, Cambridge.

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

embargo, aún hoy al interior de la nueva disciplina del Análisis económico, existen y destacan diferentes corrientes de análisis y perspectivas como las seguidas por COASE, CALABRESI y ALCHIAN cada una de ellas mantienen una cierta preferencia sobre los elementos que efectivamente permiten la eficiencia social, así para COASE este elemento es el mercado y para Guido CLABRESI es el Derecho, perspectivas que se desprenden de los trabajos citados.

Podemos resumir que el artículo de R. COASE pone al descubierto la inconsistencia en la interpretación del papel del Estado derivado del modelo neoclásico, mientras que había sido aceptado que la ausencia de alguna de las condiciones ideales que hacían posible alcanzar la eficiencia del mercado debía ser corregidas por medio de la intervención gubernamental (a través de impuestos, subsidios y otros), COASE manifestaba la debilidad de tal proposición debido a que no tomaba en consideración los costes de la propia intervención, concluía que las medidas correctoras asumidas por el Estado sólo serían aceptables si verdaderamente suponían un coste menor que el que se derivaba de aquellos fallos.

Al contrario de la propuesta del artículo de COASE el trabajo de Guido CALABRESI se fundamenta básicamente en el intento de aplicar criterios normativos para alcanzar la eficiencia en la asignación de recursos, esto le lleva no sólo a aceptar, sino incluso proponer soluciones no de mercado como las más eficientes, situándose —frente a COASE— en el plano de la aceptación de las tesis pigouvianas sobre la intervención del Estado frente a las externalidades o las llamadas deseconomías.

Por último el trabajo de A. ALCHIAN se fundamenta en la aplicación del análisis de la maximización de la utilidad para poder tomar en consideración los efectos que sobre el proceso económico tienen todos los tipos de constricciones que se derivan de la estructura institucional. El análisis de ALCHIAN supuso una ruptura con los análisis tradicionales, dado que éstos se limitaban a considerar que las transacciones envolvían exclusivamente relaciones entre bienes y servicios materiales, mientras que a partir de las consideraciones de ALCHIAN se llegaría a postular que todo lo que se intercambia, no es sino derechos de propiedad, lo que implicará analizar en qué forma los derechos de propiedad afectan a los precios y a los mecanismos de asignación de recursos.

En cuanto al debate sobre viejo y nuevo análisis, probablemente la posición de Richard POSNER sea la más contingente sobre el origen mismo del Análisis Económico del Derecho, cuando afirma que la disciplina del Derecho y la Economía se ha dividido en dos ramas, que emergen del surgimiento de la economía como un campo distinto del conocimiento del siglo XVIII.

Una rama que se remontaría, por lo menos a los estudios de Adam SMITH acerca de los efectos económicos de la legislación mercantilista, es decir, el análisis económico de las leyes que regulan los mercados explícitos. La otra rama, de la que puede decirse tuvo su origen en el trabajo de Jeremy BENTHAM, que es el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento de actividades de no-mercado, tales como

2. Robert D. COOTER (2000), The Strategic Constitution, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
3. Steven SHAVELL (2004), Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London.
4. Thomas J. MICELI (2004; 2nd ed. 2007), The Economic Approach to Law, Stanford Economic and Finance. An Imprint of Stanford University Press, Stanford, California.
5. William LANDES / Richard POSNER (2006), La estructura económica de los Derechos de propiedad intelectual e industrial, traducción española de Víctor SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Fundación Cultural del Notariado, Madrid (edición original (2004), The Economic Structure of Intellectual Property Law,
Harvard University Press, Cambridge (MA)-London).
6. Donald WITTMAN (2006), Economic Foundations of Law and Organization, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, Sao Paulo.
7. Victor P. GOLDBERG (2006), Framing Contract Law, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London.
8. A. Mitchell POLINSKY / Steven SHAVELL (editores) (2007), Handbook of Law. and Economics, North Holland, Amsterdam, 2 volúmenes.
9. Ward FARNSWORTH (2007), The Legal Analyst. A toolkit for Thinking about the Law, The University of Chicago Press, Chicago and London. Graduado en Chicago y law clerk de Richard POSNER y de Anthony KENNEDY, FARNSWORTH.
10. Robert C. ELLICKSON (2008), The Household. Informal Order Around the Earth, Princeton University Press, Princeton and Oxford.

delitos, accidentes, responsabilidad civil, matrimonio, contaminación y procesos jurídicos y políticos, entre otras actividades de no mercado[127].

BENTHAM expuso, que todos los individuos actuaban como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida. Siendo las personas maximizadoras racionales de sus satisfacciones, esto podría aplicarse a todos los campos de la actividad humana, en vez de quedar confinado únicamente a los mercados explícitos de la economía.

5. Supuestos básicos del análisis económico del derecho

Como hemos afirmado más arriba las fronteras del análisis de la ciencia económica se fueron ampliando a otras disciplinas del conocimiento humano a partir de la consolidación del paradigma neoclásico en el estudio de la Economía, momento que puede ser considerado como la génesis del Nuevo Análisis Económico del Derecho.

A partir de esta consolidación, en el Análisis económico es básico y sustancial en el concepto de economía, el empleo de elementos conceptuales como la *escasez* y la *elección* además del peculiar enfoque. La nueva concepción de economía quedará explicitada en la famosa definición de L. ROBBINS (1935, p. 16) «la Economía es la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos».

El concepto de *elección* se convertirá en el tema central del análisis económico bajo condiciones de escasez, tomando como objeto la conducta maximizadora de los sujetos y la escasez como la característica de los bienes.

Por tanto, la *escasez* y la *elección* se convierten en elementos necesarios y centrales para el análisis de la asignación y distribución de los recursos (Ley de la demanda).

Así Gary BECKER establecerá que la *escasez* y la *elección* son características de todo proceso de asignación de recursos, «tanto si éstos se asignan por medio del proceso político (incluyendo decisiones sobre qué industrias gravar, a qué ritmo aumentar a la oferta monetaria, y si entrar o no en una guerra) como si se asignan por medio de la familia, la frecuencia de la asistencia a la iglesia y la asignación de tiempo entre horas de sueño y horas de esparcimiento al aire libre) o por los científicos (incluyendo decisiones sobre la asignación del tiempo que dedican a pensar y de sus energías mentales entre los distintos problemas de investigación que les ocupan) y así interminablemente»[128], se llega irremisiblemente a la conclusión de que no hay aspecto de la vida humana que no pueda ser incluido dentro del campo del Análisis Económico.

De modo que será importante el tratamiento de las acciones humanas y actividades públicas y privadas como bienes escasos y su forma de redistribución una elección pública, social y personal.

El contenido del análisis girará en torno a la redistribución de los recursos y los medios que posibiliten la redistribución eficiente. De lo dicho, el contenido esencial del método económico o análisis económico podrá resumirse como una combinación del empleo de la lógica deductiva y empirismo analítico. Como explica PASTOR:

«...es a partir de la construcción de unos supuestos, o hipótesis de partida, simples y mediante el diseño de modelos, que este análisis, permite llegar a unas conclusiones que, en lo posible, se contraponen con la realidad para determinar el grado de validez de los supuestos, teorías y demás proposiciones»[129].

43 Véase, POSNER Richard A.; Economic Analysis of Law, 3ra. Ed. Chicago: Little Brown, 1986.

44 BECKER, Gary, The Economic Approach to Human Behavior. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 4.

45 PASTOR, 32.

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

Para STIGLER y BECKER, el enfoque económico se nuclea en tres grandes supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y la estabilidad de las preferencias de los individuos[130]. Según los autores es aceptado en el análisis económico encontrar los siguientes supuestos o para otros principios: el *comportamiento racional*, esto es, las personas son racionales e interesadas, que maximizan su bienestar (utilidad) dentro de ciertas restricciones (racionales).

Las restricciones están dadas por las relaciones sociales y por los niveles actuales de conocimiento. El supuesto de maximización de bienestar y racionalidad del comportamiento de los sujetos, significa que tienen «capacidad para ordenar las preferencias y decidir por la que más satisfaga»[131].

Otro supuesto básico empleado es la estabilidad de las preferencias de las personas, significa que son ellos quienes mejor aprecian y determinan el valor que tienen para ellos las acciones y bienes. Esta proposición es conocida también como proposición de soberanía de las preferencias del consumidor (coste de oportunidad), es decir, son estables y no cambian por las interferencias políticas o de otra índole[132], así tenemos p. e. preferencia por los ríos limpios, conservación del medio ambiente, conservación de la biodiversidad y otros que no es una preferencia temporal. Otros agregan que los recursos tienden a dirigirse hacia los usos más valiosos si se permite el intercambio voluntario.

Junto a los supuestos citados, el criterio de *eficiencia* es tema central en el Análisis económico del Derecho, su aplicación en el Derecho permite contribuir en el diseño óptimo, en la distribución eficiente de los recursos y de los costes sociales que produce p.e. el sistema judicial.

La observancia de la eficiencia como criterio central del análisis económico, no es sino la garantía de que la aplicación de los métodos y técnicas deben tener la finalidad de reducir los costes sociales y facilitar el funcionamiento del mercado, alcanzándose, así, el único objetivo que debe perseguirse: la mejor redistribución y la eficiencia social. La definición de eficiencia ha dado lugar a distintos enfoques, así Jules L. COLEMAN[133], advierte que en la literatura jurídica al menos se aplica cuatro nociones de eficiencia:

1) la eficiencia productiva;
2) la óptimalidad de Pareto;
3) la superioridad de PARETO; y
4) la eficiencia de KALDOR-HICKS.

En el ámbito del enfoque del Derecho y la Economía, los criterios se han centralizado en tres definiciones de eficiencia: la superioridad de PARETO, la optimalidad de PARETO y la eficiencia de KALDOR-HICKS. Aquí, desarrollaremos dos criterios de eficiencia una en sentido restringido (eficiencia paretiana) y otro en sentido amplio (eficiencia de KALDOR-HICKS). El criterio de eficiencia en el ámbito de la Economía tiene un significado preciso, que corresponde al sentido restringido. Así, una situación es eficiente:

«...cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien puede ver mejorada su posición, sin que para ello [...] otra persona vea empeorada la suya»[134].

En otras palabras, significa que la regla es que nadie empeore su situación aunque

46 STIGLER, G. J. y BECKER G. S.; «De Gustibus Non Est Disputandum», American Economic Review, 1977, n° 67, pp. 76-90.

47 Ibidem.

48 Para Aandrés ROEMER, el componente más importante del derecho y la economía no consiste en conceptos económicos específicos, sino en cómo se lleva a cabo el análisis al caso concreto. Por ello, considera que uno de los aportes básicos de la economía al método jurídico es un mayor nivel de generalización sobre cómo se analiza la ley y, junto a ella cita el rigor. ROEMER, Andrés; Introducción al análisis económico del derecho. México D.F.: FCE, 1994, pp. 19-20.

49 COLEMAN, Jules L.; Efficiency, Utility, and Wealth Maximization.Hofstra Law Review, vol. 8, núm. 3, primavera de 1980, p. 512.

50 El término fue empleado por primera vez por el economista y sociólogo italiano Wilfredo PARETO, de ahí que se conozca también como la eficiencia de PARETO u optimalidad de PARETO.

otros o todos mejoren. Si todos mejoran su situación anterior como consecuencia de una acción, estamos frente a una situación de un óptimo paretiano. El profesor peruano Cesar GUZMÁN por óptimo de Pareto entiende de un modo simple como «hacer más con lo que se tiene». El óptimo paretiano puede verse en el siguiente cuadro:

SUJETOS	SITUACIÓN A	SITUACIÓN B
Juan	3	4
Pedro	4	5
Rolando	5	6
Jaime	6	7
TOTAL	18 UB	22 UB

UB unidades de bienestar

En la gráfica vemos que ninguno de los sujetos empeora sino en la situación B todos mejoran, así como el producto total social se tiene una mejora de 18 UB a 22 UB.

Por lo restrictivo de este concepto de eficiencia o porque es una situación irrealizable en la vida real[135], otros como KALDOR y HICKS, han propuesto un concepto más amplio y relajado por llamarlo así y entienden por tal:

«…toda situación en la cual lo que puede mejorar alguien es más de lo que han de empeorar otras personas para ello; o, de otra manera, […] cuándo sería posible comprar la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores»[136].

Significa que una situación es eficiente cuando alguien mejora su situación aunque otros empeoren, lo que efectivamente interesa es que el producto social (total) sea superior a la situación anterior de tal manera que la eficiencia se opera a través de la *redistribución* del producto total, aunque algunos consideran que la redistribución puede resultar más costosa. Veamos el siguiente cuadro:

SUJETOS	SITUACIÓN A	SITUACIÓN B
Juan	3	2
Pedro	4	4
Rolando	5	5
Jaime	6	13
TOTAL	18 ub	24 ub

UB unidades de bienestar

Podemos observar que la situación B de Juan empeora, se mantiene el de Pedro y Rolando y mejora Jaime. Pero en el análisis del conjunto, es decir, del producto social en la situación B vemos claramente la diferencia respecto del producto social (total) de la situación A, siendo por tanto la situación B superior a la situación A.

Por otra parte, otros instrumentos básicos empleados en el Análisis económico del Derecho, consisten en el criterio del análisis de coste-beneficio o coste-efectividad, criterios de evaluación establecidos a través de la formulación de preguntas previas sobre la eficacia y los efectos de las normas y de las instituciones del sistema jurídico p.e., valoraciones que se estiman en función de los fines y objetivos perseguidos, es decir, pretenden dar proposiciones sobre una mejor redistribución, asignación, delimitación y definición de los derechos.

7. El teorema de Coase

7.1. Las externalidades

El Análisis económico del Derecho no es posible desarrollar al margen del concepto de las externalidades. Las externalidades son aquellas acciones realizadas por los sujetos económicos que pueden ser positivos o negativos.

Para reflexionar sobre el tema abordaremos el análisis que hiciera sobre el mismo Ronald COASE, apoyada en casos prácticos de la jurisprudencia anglosajona en *The Problem Social Cost* (El problema del coste social).

51 No es posible encontrar en la vida realidad que consecuencia de una política pública todos ganen sino que siempre habrá quienes se perjudiquen (pierdan).

52 Eficiencia según el criterio de KALDOR-HICKS.

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

COASE criticó una doctrina generalmente aceptada por los economistas hasta entonces, esto es, la teoría de los defectos del mercado, estudio que iniciara John Stuart MILL[137] y lo mejorara A. C. PIGUO[138].

El economista inglés —quién demostró el interés por el problema del bienestar social—, sostenía que las condiciones necesarias para la existencia de un mercado perfecto, es decir, las tres condiciones para la aparición de la competencia perfecta, esto es, *perfecta discriminación de bienes, perfecta divisibilidad de factores y perfecta información*, no podían darse en la práctica por *razones tecnológicas* inherentes a los bienes y servicios contratados en el mercado, y por ello sostenía que la única forma de aproximarse a la asignación óptima de recursos se alcanzaría con la competencia perfecta, esto es, sería corrigiendo las consecuencias de tales imperfecciones tecnológicas por medio de la intervención administrativa[139].

En otras palabras frente a los defectos o imperfecciones del funcionamiento del mercado, la forma de corregirlos sería a través de algún tipo de acción o intervención gubernamental. La preocupación del economista PIGUO se centró en la divergencia, que existía entre los costes (o ingresos) privados y los costes (o ingresos) sociales de las actividades económicas; representaba que éstas serían desplegadas a niveles mayores o menores que los niveles socialmente óptimos de las mismas.

Los sujetos económicos al tomar las decisiones económicas sólo tomaban en cuenta los costes e ingresos privados[140] y los sociales.

Al plantear el problema, PIGUO ofreció la solución a través de la propuesta de: que se pague un impuesto o subsidio gubernamental, igual al coste e ingreso social (que se dejaba de percibir), para incentivar en los sujetos económicos, quienes ahora instituirían sus decisiones económicas tomando en cuenta ambos costes y los ingresos privados y sociales.

El problema, sobre el que meditó PIGUO en términos de la divergencia entre coste e ingreso privado y social (deseconomías), en la actualidad fue [re]-formulado por los economistas: en el concepto de las externalidades[141] negativas y positivas.

Como hemos dicho las externalidades se refieren a las consecuencias positivas o negativas, que resultan de las acciones de los sujetos económicos, que afectan a terceros y que, al no ser experimentadas (asumidas) por los mismos sujetos económicos, dejan de ser tomadas en cuenta —es decir internalizadas— en las decisiones económicas de los sujetos que emprenden las actividades productivas.

Al no experimentar las consecuencias, es decir, soportar o asumir las externalidades, ellas no son tomadas en cuenta en sus decisiones; sin embargo, son soportadas o beneficiadas (recogidas) por los terceros, es decir, por aquellos que no intervinieron en esas actividades económicas que generan externalidades[142].

Cuando los efectos de tales acciones productivas perjudican a terceros, estamos en presencia de las llamadas externalidades negativas, y cuando los efectos de las acciones productivas redundan en beneficio

53 Véase por ejemplo su obra principios de economía política (1848), en el que dedicó un largo capitulo a la cuestión de si el Estado debía intervenir en la economía o no, y en él hizo dos distinciones interesantes. Primero, distinguió ciertas intervenciones necesarias de las demás, a las que llamó facultativas: las necesarias eran las tendentes a establecer el marco legal. En segundo lugar, distinguió, dentro de las intervenciones facultativa, las basadas en teorías erróneas de las encaminadas a corregir defectos del mercado. SCHAWARTZ & CARBAJO, p. 223.

54 PIGUO, A. C.; La teoría del bienestar. Madrid: Aguilar, 1946.

55 SCHAWARTZ & CARBAJO, p. 227.

56 Con el análisis marginal se sigue aumentando la actividad, hasta que producir una unidad de valor toma una unidad igual de coste. El nivel de actividad se detendrá, cuando la próxima unidad de producción, sólo se consignará a un coste todavía mayor, y se incurrirá en una pérdida de valor al aumentar la actividad (producción).

57 El término externalidad fue empleado por primera vez por Paúl SAMUELSON, fundamentos de análisis económico, 208 (1947).

58 Una externalidad negativa simple se aprueba una ley forestal que favorece deforestar y los afectados directos serán los pueblos indígenas.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

de los terceros, estamos en presencia de externalidades positivas.

Ejemplos clásicos de las externalidades negativas son la contaminación de ríos o lagos producidos por los extractores de minerales y otros ajenos a la práctica común como puede ser la pesca excesiva o medios no adecuados (dinamita, envenenamiento); como consecuencia los pescadores o agricultores que aprovechan las aguas río abajo, ven reducido o afectado la pesca o la producción agrícola.

Una externalidad positiva es cuando el tercero ve incrementado sus beneficios por los actos de otras personas sin que él hubiera intervenido en ella, por ejemplo supóngase que existen dos fundos próximos, una dedicada a la producción de manzanas (fundo A) y otra a la producción de miel (fundo B), entre ambos fundos se opera una mutua reciprocidad de externalidades positivas: las abejas polemizan las flores y los manzanares proveen de polen a las abejas, de tal manera se ve incrementada la producción de miel y de manzanas[143]. En el ejemplo se observa una mutua reproducción de externalidades positivas entre las actividades de ambos fundos.

El análisis de las externalidades positivas no constituye un problema, respecto de los terceros, sociedad o las políticas públicas aplicadas. Al contrario las externalidades negativas si y solo si, causan perjuicios derivados de las acciones de los sujetos económicos y no son asumidos por los mismos sino soportados o asumidos por terceros, produciendo [des]-economías, ahí nace la necesidad de la investigación y la propuesta de soluciones eficientes a tales problemas.

8. El aporte de Coase y la pertinencia del estudio del derecho desde la ciencia de la economía

COASE inició su artículo, *El Problema del coste social*, analizando las acciones de las empresas que provocaban efectos perjudiciales para terceros (externalidades negativas). Años después, estudió el tema de los efectos beneficiosos para terceros (externalidades positivas) en otro artículo *The Lighthouse in Economics*.

En estos artículos COASE aportó en el análisis de las externalidades negativas y positivas las ideas de los costes de transacción y de la reciprocidad de los daños. Concretamente COASE demostró que los efectos externos se internalizaban sin necesidad de impuestos y subsidios si los afectados podían contratar libremente entre sí, siempre que existan tres condiciones: *que los derechos de propiedad estén bien definidos, que los costes de transacción sean nulos y que los pagos o compensaciones a quienes ostenten los derechos no modifiquen la estructura de la demanda*; por tanto, bajo esas condiciones según COASE desaparecían las externalidades.

El siguiente paso fue explicar que los terceros perjudicados o beneficiados podrían reunirse y negociar con los sujetos económicos que emprendían las acciones productivas perjudiciales que generaban externalidades negativas.

Sin embargo, en su análisis estableció que emprender la negociación suponía incurrir en unos costes de transacción, que incluyen los *costes de identificación de las partes* con las que uno a de tratar, *los costes de reunión* con dichas partes, *los costes del proceso de negociación* en sí: *los costes de llegar a un acuerdo*, incluidos *los costes de los comportamientos estratégicos*, *los costes de cumplimiento* y *los costes de la puesta en práctica del acuerdo* al que se llegue y *los costes de oportunidad*.

Los estudios sobre las externalidades han demostrado que por definición, en el mundo real los costes de transacción siempre son positivos, y algunas veces hasta

59 Supóngase que existen dos fundos contiguos en una zona residencial, en una se construye una vivienda con piscina y jardín, esto produce una externalidad positiva con relación al fundo contiguo dado que la construcción genera un aumento del valor del inmueble; en el otro se levanta una estación de servicio (o supóngase una casa de citas), esto provocará en el fundo contiguo (la casa con jardín y piscina) un peligro si se trata de la estación de servicio y mal ambiente y peligro en ambos casos para los propietarios y consiguientemente se producirá una reducción del valor de la vivienda por la nueva construcción, aquí vemos claramente una externalidad negativa, que perjudica a los propietarios del primer fundo.

Estudio del derecho desde la Economía
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 97 - 114

prohibitivos[144], esto representa que no existe un mundo de costes de transacción cero o un mundo sin costes. Frente a tal situación la opción es que la eficiencia se logre a través del mercado, esto es, que las soluciones a tales problemas provengan del mercado.

Para establecer claro esta situación, COASE estableció que antes del proceso de asignación de los derechos invocados por las partes en la transacción hay más bien siempre reciprocidad de daños. Entonces dependiendo de a quién se confieran los derechos de apropiación, el perjuicio o la falta de beneficio corresponderá a la parte que tendrá que adquirir los derechos de la parte que los ejerce. COASE concluye que el análisis efectuado por PIGUO, que suponía que había sujetos económicos que emprendían la acción y terceros que sufrían o se beneficiaban de las externalidades, emanaba de un error; de ahí, propuso que en éstos casos, el Estado no debería intervenir, cuando los costes de esa intervención sean mayores que el que derivaba de aquellos fallos que según PIGUO requería la intervención.

Por lo tanto, COASE plantea que todas las personas que experimentan los efectos de una actividad son sujetos económicos en potencia, mientras los derechos no sean conferidos a alguien.

En esa perspectiva, COASE re-plantea el análisis de las externalidades en términos de la *asignación de los derechos* y de *costes nulos* (o ceros) de transacción. Sólo en el caso de que estas dos condiciones no se cumplan, no se podrá alcanzar la eficiencia en el mercado y en consecuencia debe ser el Derecho quién establezca las condiciones en que pueda, efectivamente, alcanzarse tal eficiencia.

Los derechos (de propiedad), para COASE, son medios de control de los factores de producción, que detentan las personas. Los derechos de propiedad facultan el uso y la disposición de los recursos; asimismo, admiten la capacidad de excluir a otras personas del uso y aprovechamiento de los recursos.

Cuando los costes de transacción son elevados, según COASE, la asignación de los derechos de propiedad tendrán efectos, que repercutirán en el valor de la producción, y por ende, en el bienestar social; este efecto se producirá porque los derechos no podrán ser adquiridos en transacciones (por los elevados costes) por los sujetos económicos, que destinarán los recursos a los usos más productivos[145].

9. Conclusión

En conclusión, si la asignación y definición de los derechos de apropiación tienen efectos sobre la productividad social y consecuentemente en la [re]-distribución de los bienes, esto pasa inevitablemente por la intervención del derecho, de ahí que éste se convierte en objeto de estudio de la ciencia de la economía. Como hemos afirmado más arriba el análisis económico del derecho hoy tiene aplicación en todas las áreas del derecho desde el constitucional, la ley, la propiedad y un largo etcétera, lo que busca es la función eficiente de las instituciones o el derecho, en el sentido de KALDOR Y HICKS.

Por otra parte, en el campo de la litigación por ejemplo el análisis económico permite determinar cuál es medio más eficiente para resolver litigios en base al análisis de variables como coste-beneficio. No es posible concebir que la solución eficiente viene del sistema jurídico estatal si existen otros medios como

60 La discusión sobre los efectos de los costes de transacción nulos, que entabló COASE en su artículo, ha llenado de confusión a los investigadores, quienes han asumido que el Teorema de COASE se refiere a este aspecto (costes nulos). Ésta es una hipótesis irreal e imposible de realizarse donde, como aclara COASE, la asignación de los derechos no opera efecto alguno sobre la productividad social, sino que los recursos acabarán en manos de aquellas personas que pueden tomar los recursos para usos más productivos (en otras palabras, los recursos irán a parar en manos de quién más los valora), donde notamos que las externalidades no existen porque las transacciones son capaces de internalizar las consecuencias de toda acción.

61 COASE sólo provisionalmente asume que el mecanismo de precios funciona perfectamente. El precio de mercado responde a la oferta y demanda, que resultan de los costes de oportunidad de las personas que deben elegir entre una serie de posibilidades productivas y de las preferencias de consumo generalizada de las personas.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

del mercado que permite mejor eficiencia social.

BIBLIOGRAFIA

BECKER, Gary, (1976) T*he Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.

BOBBIO, Norberto (1993) *El positivismo jurídico*. Trad. castellana de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: DEBATE.

CARBONELL l, Miguel; (1998) «Sobre constitucionalismo y positivismo de Luis Prieto Sanchís», ISONOMÍA, nº 8.

COASE, Ronald; (1978) «Economics and Contiguous Disciplines» The Journal of Legal Studies, Vol. 7 n. 2.

(1994) *La empresa el mercado y la ley*. Madrid: ALIANZA.

COLEMAN, Jules L.; (1980) «Efficiency, Utility, and Wealth Maximization. Hofstra Law Review», vol. 8, núm. 3, Spring 1980.

COOTER, Robert D. (2000) *The Strategic Constitution*, Princeton University

FARIÑAS DULCE, María José; ARNAUD, Jean; (2000) *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: U. Carlos III de Madrid.

HART, H. L. A. (1961) *The Concept of Law*; Oxford University Press.

HOLMES¸ Oliver Wendell (2012) *La senda del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

HUANCA AYAVIRI, Félix, (2013) *Positivismo jurídico e introducción al análisis sociológico del derecho*. La Paz: Original San José.

KELSEN, Hans; (1960) *Teoría pura del derecho.*Buenos Aires: EUDEBA.

KUHN, Thomas S.; (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*.University of Chicago Press, 1962.

LÓPEZ, Diego Eduardo (2004) *Teoría impura del derecho,* Bogotá,Legis.

MATTEUCCI, Nicola, (1963) *Positivismo Giuridico e Costituzionalismo*,Milán, Giuffrè.

PASTOR, Santos; (1989) *Sistema Jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos.

PIGUO, A. C.; (1947) *La teoría del bienestar*. Madrid: Aguilar.

POSNER A. Richar. (1975) «The Economic Approach to Law».Texas Law Review. Vol. 53.

(1996) *The Economic Analysis of Law*. 3º ed, Little Brown, and Co.

POZZOLO, Susana (1998) «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional»,en*Doxa* 21, vol. II.Press, Princeton, New Jersey.

PRIETO SANCHIS, Luis; (2006) «Derecho y Moral en la época del constitucionalismo jurídico», Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 8 – jul./dez.

REHBINDER, Manfred; (1981) *Sociología del Derecho*. Madrid: Pirámide.

ROEMER, Andrés; (1994) Introducción al análisis económico del derecho. México D.F.: FCE.

SAMUELSON, Paúl A.; (1947) *Foundations of EconomicAnalysis*, Harvard UniversityPress, Enlarged.Trad. Cast. *Fundamentos de análisis económico*. Buenos Aires: Ateneo, 1957.

SARTORI G. (1962) «Constitutionalism: A *PreliminaryDiscussion*», en American Political Science Review, diciembre.

SCHAWARTZ & CARBAJO, (1981) «Teoría económica de los Derechos de propiedad» en Hacienda Pública Española n° 68.

STIGLER, G. J. y BECKER G. S.; (1977) «De Gustibus Non Est Disputandum», American Economic Review, 1977, n° 67.

SUNSTEIN Cass (2000), *Behavioral Law & Economics*, (editor) Cambridge University Press, Cambridge.

TÓRRES LOPEZ, Juan; (1987) *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos.

TREVES, Renato, (1988) *La sociología del derecho*. Orígenes, investigaciones, problemas. Barcelona: Ariel.

WHITE, Morthon; (1952) *Social Thought in America: The Revolt against Formalism*. New York.