

# ¿Puede el AED explicarlo todo? Esbozo crítico acerca del alcance del Análisis Económico del Derecho\*

FERNANDO LUIS CASTELLANOS OBREGÓN<sup>1</sup>  
fcaste5@yahoo.es

## RESUMEN

El alcance, desarrollo y contenido del Análisis Económico del Derecho (AED) han devenido no solo aparejados a los de la Economía y, a su vez, enriquecidos desde allí por la aparición de nuevos temas y técnicas, sino que se han visto ampliados con su progresiva y promisoria aplicación a áreas jurídicas no estudiadas antes, como son por ejemplo, las áreas de políticas públicas y eficacia de la regulación, y con la introducción de técnicas analíticas, que como las de la teoría de juegos, han marcado y definen el actual AED. Con mucho optimismo, junto a estos aspectos "otros de difícil encuadre dentro del Análisis Económico del Derecho ortodoxo, como son los que se refieren al papel de las instituciones, a los análisis de tipo histórico y a los análisis de derecho comparado, han venido enriqueciendo igualmente los contenidos y alcances del campo" (Congregado, et al., 2001), al punto de dar la impresión general, y llevar a pensar a algunos abogados

y economistas, que el AED puede aplicarse y explicar todo tipo de asunto, sin que las discusiones metodológicas ocupen un lugar importante en el discurso de la disciplina. Ante tan ambicioso universo señalado para el AED, cabe preguntar, en verdad, ¿puede el Análisis Económico del Derecho explicar todo tipo de asuntos y problemáticas del Derecho, la Economía y la sociedad? Sin que su talante sea descalificatorio, no se trata en ningún caso de condenar la actividad de los analistas económicos del Derecho en sí misma, sino la utilización indiscriminada de las herramientas y conceptos del AED sin reflexión ni fórmula de juicio. El objetivo de este artículo es, entonces, el análisis de esos nuevos temas, técnicas y alcances del AED, buscando responder la pregunta formulada, en torno a si el Análisis Económico del Derecho es capaz o no de explicar todo tipo de asuntos y problemáticas del Derecho, la Economía y la sociedad o si, por el contrario, tiene un alcance explicativo, técnico-metodológico e instrumental más bien limitado.

**Palabras clave:** Análisis Económico del Derecho, AED, Costo-beneficio, Racionalidad individual, Racionalidad limitada, Teoría de juegos, Elección pública, Incertidumbre.

## CAN THE LAW AND ECONOMICS EXPLAIN EVERYTHING? ABOUT CRITICAL OUTLINE OF EACH OF LAW & ECONOMICS

### ABSTRACT

The scope, development and content of the Law and Economics (L & E), have become not only rigged to the economy and, in turn, enriched from there by the emergence of new themes and techniques, but have been extended with its progressive and promising application areas of law not studied before, such as, for example, areas of public policy and effective regulation, and with the introduction of analytical techniques, which like those of game theory, have marking and define the current L & E. With much optimism, with these issues "other difficult to frame within the orthodox L & E, such as those relating to the role of institutions, the analysis of historical and comparative law analysis, have also been enriched of the field" (Congregado, et al., 2001), to the point of giving the general impression, and lead, to think lawyers and economists, that the L & E can be applied and explain all kinds of matter, without methodological discussions occupy an important place in the discourse of the discipline. Given such an ambitious L & E indicated for the universe, we may ask, indeed, can the L & E to explain all kinds of issues and problems of law, economics and society? Without his willingness to be dis-

qualifying, because it is not in any way to condemn the activity of economic lawyers, per se, but the indiscriminate use of the L & E tools and Concepts without reflection or a court order, the objective of this paper, is then the analysis of these new themes, techniques and scope of the L & E, seeking to answer the question, about whether the L & E is able or not to explain all kinds of issues and problems of law, economics and society or, conversely, has an explanatory scope, technical, methodological and instrumental rather limited.

**Keywords:** Law and Economics, L & E, Cost-Effective, Individual Rationality, Bounded Rationality, Game Theory, Public Choice, Uncertainty.

JEL: KO

### INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, el alcance, desarrollo y contenido del Análisis Económico del Derecho (AED), han devenido no solo aparejados a los de la Economía, y a su vez, enriquecidos desde allí por la aparición de nuevos temas y técnicas, sino que se han visto ampliados con su progresiva y promisoría aplicación a áreas jurídicas no estudiadas antes, sin que las discusiones metodológicas ocupen un lugar importante en el discurso de la disciplina.

En efecto, así lo muestran "sus implicaciones de política pública, la creciente preocupación por la eficacia de la regulación y la introducción de técnicas analíticas de la teoría de juegos, que han marcado y definen el desarrollo, alcance y contenido actual del Análisis Económico del Derecho" (Congregado, Pomares & Rama, 2001).

Sin que su talante sea descalificatorio, pues no se trata en ningún caso de condenar la actividad de los analistas económicos del Derecho, en sí misma, sino la utilización indiscriminada de las herramientas y conceptos del AED sin reflexión ni fórmula de juicio<sup>2</sup>, el objetivo de este artículo es, entonces, el análisis de esos nuevos temas, técnicas y alcances del AED, buscando responder la pregunta formulada en torno a si el Análisis Económico del Derecho es capaz o no de explicar todo tipo de asuntos y problemáticas del Derecho, la Economía y la sociedad o si, por el contrario, tiene un alcance explicativo, técnico-metodológico e instrumental más bien limitado.

#### PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO DEL TEMA

ALACDE, la asociación que aglutina a los especialistas en Análisis Económico del Derecho en Latinoamérica, Iberoamérica y el Caribe, define el AED como:

*... la aplicación del método científico propio de la ciencia económica (incluyendo la estadística, teoría de precios, análisis costo-beneficio, costos de transacción, teoría de juegos, entre otras) al análisis y explicación del sistema jurídico (ALACDE, 2012).*

Señala el documento misional de la ALACDE (2012) que lo que se intenta con la aplicación de esta metodología del AED<sup>3</sup> es responder, acerca del sistema y las reglas legales, "¿cuál es el efecto de una determinada regla legal sobre el comportamiento individual de las personas que se ven afectadas por ella? y ¿qué tan socialmente deseable es el efecto de esa regla?"<sup>4</sup>. Se considera desde esta perspectiva misional, que:

*... los conceptos económicos se aplican para explicar y clarificar cuestiones legales y cuáles serían los incentivos o desincentivos de diversas normas legales referidas a una amplia gama de cuestiones consideradas de no mercado, como son la responsabilidad, los contratos, la justicia civil y criminal, los delitos y las penas y el derecho de familia, entre otras (ídem).*

Ahora, según KRAUZE (2012), desde mediados del siglo XX la ciencia económica retomó su clásica relación con el Derecho, comenzando a cubrir ese amplio campo que une a las dos ciencias, con el objetivo de "introducirse en toda la enorme riqueza conceptual y teórica que este enfoque del derecho brinda, con su particular aplicación a fallos judiciales, a la argumentación jurídica y a las políticas públicas" (KRAUZE, 2012), lo cual, al decir de este experto, abre nuevas perspectivas y enfoques.

Es así como de acuerdo con Congregado, et al. (2001), "la agenda de investigación del campo del AED se ha ampliado a cinco (5) principales aspectos referidos al:

1. Análisis de las conductas estratégicas;
2. Al análisis de la racionalidad limitada;
3. Al análisis de la incertidumbre;
4. Al examen de la aplicación de la teoría de la elección pública; y
5. Al examen de la aplicación de la teoría de juegos"<sup>5</sup>.

Junto a estos aspectos, mencionan los citados autores que "otros de difícil encuadre dentro del campo del Análisis Económico del Derecho ortodoxo, como son los que se refieren al papel de las instituciones, a los análisis de tipo histórico y a los análisis de derecho comparado, han venido enriqueciendo igualmente los contenidos y alcances del campo" (Congregado, et al, 2001), al

punto de dar la impresión general, y llevar a pensar con mucho optimismo a algunos abogados y economistas, que el AED puede aplicarse y explicar todo tipo de asunto.

Este optimismo parece desprenderse, por ejemplo, de la obra de POSNER (1983) *The Economics of Justice*<sup>6</sup>, e igualmente del prefacio del libro de POSNER (1992) *Economic Analysis of Law*, cuando dice:

*... (There is no other agreement) by the breadth of its coverage (most of the legal system) and its emphasis on the legal regulation of behavior out of the market: not only everyday examples such as crime, accidents and trials but also some less familiar examples (for economists) such as drug addiction, sexual acts, surrogacy, rescues at sea, and religious practices (...). This approach allows us to see, understand and study the law as a system that economic analysis can clarify, reveal as something coherent and improved in some points. Similarly, this approach allows us to see the economy as a tool for understanding and reforming social practices" (POSNER, 1992)<sup>7</sup>.*

Ubicándonos en nuestro medio, igual es la impresión que se desprende de afirmaciones y lectura de los primeros textos relacionados con el campo del AED, escritos por el economista colombiano MAURICIO RUBIO, los cuales se considera que constituyen "un buen reflejo del análisis económico del derecho que hacen, al menos, algunos economistas en Colombia (BEJARANO, 1999). En su libro *Crimen e impunidad*, RUBIO (1999) extiende el alcance del análisis económico del Derecho al "análisis del homicidio, de las formas de criminalidad que recurren a él y del comportamiento desplegado por el derecho y la justicia en estos casos".

El abordaje de esos asuntos lo hace Rubio desde la perspectiva del AED, sostenien-

do que: "i) la explicación de la violencia por causa de la pobreza es inadecuada; ii) las actuaciones del derecho y de la justicia penal han sido desacertadas; y iii) el sistema penal debe desanimar la comisión de infracciones, y según el análisis costo-beneficio, para lograrlo es necesario fortalecer su capacidad represiva" (ídem).

También se desprende la misma percepción del análisis del libro de PATRICIA GUZMÁN (2006) *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*, quien en su presentación señala que "al conocer la metodología del análisis económico del derecho (...) durante los últimos años he sido profesora del área (...) con la intención de convertirla en un instrumento útil para la reflexión continua de la realidad contemporánea colombiana" (GUZMÁN, 2006: 11) (destacado fuera de texto).

Según la mencionada autora, el Análisis Económico del Derecho es capaz de responder a ese reto:

*desde el presupuesto de decisión individual de mercado, esto es, reconociendo que para cada circunstancia, todo individuo evalúa para sí la consecuencia prevista en las normas, según su criterio de costo-beneficio (...). Así, el Análisis Económico del Derecho se presenta como una herramienta útil para la comprensión de los comportamientos contrarios a las leyes y disposiciones (en este caso, ambientales) lo cual, a su vez, sirve para revisar cómo encaminar mejor las decisiones, destacando la utilidad para la formulación y desarrollo de las políticas públicas, y así obtener mejores resultados (ídem: 14).*

Ante tan ambicioso universo señalado para el AED, cabe preguntar, en verdad, ¿puede el Análisis Económico del Derecho explicar todo tipo de asuntos y problemáticas del Derecho, la Economía y la sociedad?

## LA ADOPCIÓN DE CONDUCTAS ESTRATÉGICAS POR PARTE DEL AED

Según Congregado, et al. (2001), la importancia del análisis de la adopción de conductas estratégicas tiene que ver con la discusión, aún no bien resuelta, en torno al supuesto económico de que los agentes adoptan es una conducta racional, que se traduce, automáticamente, en la optimización de sus diferentes funciones, pero sin duda “abstrayendo de forma generalizada los conflictos, las conductas estratégicas que pueden adoptar los agentes económicos y las consecuencias e impactos negativos (externalidades) que pueden acarrear” (Congregado, et al, 2001)<sup>8</sup>

Respecto a este asunto, por ejemplo, si bien las alianzas que suelen conformar las empresas participantes en un mercado competitivo, con el fin de adquirir un cierto poder de fijación sobre los precios, son una muestra típica de este tipo de conductas, y constituyen a su vez, una de las líneas de aplicación más fructíferas de los analistas económicos del derecho, ya que se entiende que estas conductas son fruto de las propias instituciones jurídicas, hay que acotar, sin embargo, que se originan no solo en fallos de mercado, sino en lo que Estrada (2007) denomina los aspectos centrales de la producción de una nueva espacialidad capitalista, la que según este autor, para el caso de Colombia incluye:

*los elementos básicos de caracterización de un proceso de transnacionalización y desnacionalización de la economía colombiana (ídem).*

Además, a juicio suyo, configuran lo que él llama:

*el proyecto político de construcción de un nuevo orden jurídico-económico transnacional, cuyos componentes en su conjunto serían: i) el nuevo régimen de inversión extranjera, ii) los regímenes especiales de comercio exterior, y iii) el aseguramiento de los derechos de propiedad del capital transnacional, y constituyen el proceso de alistamiento del orden jurídico-económico nacional, de cara a las demandas del nuevo régimen de acumulación (ídem).*

## LA ADOPCIÓN ANALÍTICA DE LA RACIONALIDAD LIMITADA POR PARTE DEL AED

El supuesto de racionalidad adoptado por el AED es el de la *Rational Action Theory* (RAT), que dice que los agentes económicos devienen en sujetos capaces de elegir la mejor de las alternativas de que disponen<sup>9</sup>. Un ejemplo de este tipo de análisis de la organización de la conducta fuera del mercado es esta explicación de las opciones sexuales tomada de la obra de POSNER (1992: 119-20) *Sex and Reason*, y que muestra una peculiar manera de expresarse y defender rigurosamente un punto de vista. Veamos:

*Now let's examine the different "types" of cost of sexuality, and the main factors affecting these costs. One is the cost of a search. Is zero for masturbation in solitary activity, making it cheapest sexual practices. (Dimensioning is important: the "mutual masturbation", heterosexual or homosexual is a form of relationship but not vaginal search costs are positive)... the men incur significant search costs for a call girl, and even higher costs, for indeed, in the case of a lover or a wife, but very low of the "street women" prostitutes whose search cost is zero and that only provide sexual services of quality bottom. Similarly, the lower quality godos are consumed at home, are not released (POSNER, 1992: 119-20).*

Sin embargo, en muchas ocasiones el comportamiento de los agentes económicos no obedece a este supuesto. Un típico rasgo que determina esta mentalidad "es su determinación de encontrar, por medio de un procedimiento maximizador, una solución precisa para toda problemática humana" (NUSSBAUM, 1997: 49).

Ahora bien, a ello coadyuva la consideración que hacen los analistas económicos del Derecho de las normas como precios. Para el Análisis Económico del Derecho, "las normas funcionan como sistemas de incentivos para sus destinatarios y en los cálculos racionales de los sujetos se les asigna un precio" (MORALES, 2011: 59)<sup>10</sup>.

Es evidente que las normas son más que precios, y así deben ser consideradas, como se desprende de la aguda acotación de REMI LENOIR (1997), cuando dice:

*La noción de "norma" se desprende de la noción de control social<sup>11</sup> y sabemos —al menos desde Durkheim<sup>12</sup>— que están íntimamente relacionadas y que se muestran como nunca en las transgresiones. Las transgresiones crean un conjunto de sanciones, las cuales van desde la censura vaga (la burla, las risas disimuladas) hasta el uso debidamente codificado de coacciones (prisión, exilio, muerte). La función de las sanciones —el "control social"— es evidente: se trata de restaurar la autoridad de las reglas, de mantener el orden establecido y de asegurar la perpetuación, en resumen, de garantizar la integridad y la integración social" (LENOIR, 1997: 89).*

Así concebida la acción racional, la mentalidad influenciada por la economía "no tiene reparos en encarar la vida de los seres humanos como un problema que tiene una solución matemáticamente definida, ignorando el misterio y la complejidad de cada

vida, en su intriga y dolor frente a sus elecciones" (NUSSBAUM, 1997: 50).

Ahora, Congregado, et al. (2001) señalan cómo, haciendo abstracción de los problemas de información asimétrica, "el mercado suele penalizar los comportamientos irracionales o aleatorios, por lo que el incumplimiento de este supuesto no es tan trivial como podría parecer". Sin embargo, si las decisiones racionales "no reconocen las complejidades de la moral interior de cada ser humano, sus luchas y perplejidades, sus complicadas emociones, sus esfuerzos de comprensión y su terror; si no distinguen en sus descripciones entre una vida humana y una máquina, cabe desconfiar" (NUSSBAUM, 1997: 51).

Con el mismo escepticismo se recibirá la pretensión de hablar en nombre de la razón. "El hábito de reducirlo todo al cálculo, combinado con la necesidad de una teoría simplista de los actos humanos, crea una tendencia a ver cálculos por doquier, en vez de compromiso, cooperación y comprensión. Cuando se piensa que cada trama de la existencia debe ser una transacción, esta tendencia conduce a un análisis tosco y con frecuencia al error. Y cuando no al error, conduce a una percepción brusca y sin matices de las personas y los hechos" (ídem: 53).

En cualquier caso, el estudio de estas cuestiones ha venido a conformar, según los mencionados autores, "un eje de investigación en el que se estudian los límites y los efectos de la denominada racionalidad limitada, de la que el análisis económico del derecho ha pasado a nutrirse" (Congregado, et al 2001), buscando superar "el voluntarismo de las ficciones antropológicas a las que se ven obligados a recurrir los defensores de la ideología del actor racional" (BOURDIEU, 1980).

## EXAMEN DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA POR EL AED

De manera sencilla, la Elección Pública –*public choice*– no es otra cosa que “la aplicación del modelo de elección racional a problemas de decisión políticos, una teoría general de cómo los intereses privados interactúan en el terreno de lo público” (Congregado, et al., 2001)<sup>13</sup>. Quizás por esta razón, este campo rápidamente ha encontrado aplicabilidad en el mundo del Derecho, entrando a formar parte de los grandes temas del Análisis Económico del Derecho.

Según los mencionados autores, “esto implícitamente implica el supuesto de que el Estado no ‘falla’, razón por la cual, para la corriente principal del Análisis Económico del Derecho el Estado ha de circunscribir su acción a la corrección de los fallos del mercado” (ídem), dado que se supone, igualmente, que “los objetivos del Estado coinciden con los de la sociedad, y que aquél toma decisiones racionales e interviene únicamente para corregir o evitar los mencionados fallos del mercado” (ídem).

No obstante, dado que en realidad el mercado falla y el Estado no tiene ninguna guía para asignar los recursos, la intervención estatal plantea una serie de interrogantes, a los que intenta responder la *Public Choice*, y por supuesto el AED, al tratar de entender las fuerzas que gobiernan la intervención del Estado en una economía, y que Congregado, et al. (ídem) consolidan de la siguiente manera:

... ¿el Estado cómo obtiene entonces la información?, ¿se pueden producir fallos del sector público?, ¿qué formas tiene el Estado de conocer las preferencias de la sociedad?, ¿cuál es el papel de gobernantes y buró-

cratas a la hora de implementar la política pública?, ¿gobernantes y burócratas tienen intereses distintos a los de los ciudadanos?, ¿cómo eligen los ciudadanos entre programas políticos alternativos, siendo su información limitada?, ¿cuál es el papel de los grupos de presión y de los buscadores de renta, en su interacción con el Estado?.

## EXAMEN DE LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN Y LA TEORÍA DE JUEGOS POR EL AED

Pero, quizá las líneas de investigación más exploradas en el ámbito del Análisis Económico del Derecho sean las relacionadas con la regulación económica y la aplicación de la teoría de juegos.

Por regulación económica hemos de entender, en principio, las restricciones legales que se imponen a los agentes participantes en un mercado.

Desde la regulación de mercados estratégicos al establecimiento de cuotas o incluso al establecimiento de normas de protección ambiental, el establecimiento de normativas distorsiona el funcionamiento de los mercados y, por tanto, son hoy objeto de indagación preferente, pues para los analistas económicos del Derecho más ortodoxos, la regulación solo se justifica ante la presencia de fallos de mercado generados por la presencia de externalidades, de posición dominante o de bienes públicos.

La pregunta que se plantean los economistas interesados por la regulación económica, es si verdaderamente con la regulación se mejora la eficiencia económica de los mercados.

La corriente de la desregulación y la liberalización de los mercados se asienta, precisamente, sobre las proposiciones de estos economistas acerca de la regulación

como fuente de ineficiencia económica. En este sentido, la regulación económica y los fallos del sector público se relacionan estrechamente, y

*no se ha propuesto el intento de resolver las disputas teóricas en la teoría de la elección pública o la regulación (EKELUND & HÉBERT, 1992: 693).*

Cabe más bien resaltar que las investigaciones en economía política deben centrarse en el egoísmo como motivo básico, ya sea que se trate de discutir acerca de la compra de helados o de la aspiración a un cargo público<sup>14</sup>.

Sin duda, la aplicación de la teoría de la elección pública, incluida la teoría de la regulación<sup>15</sup>, es un medio válido para introducir el análisis económico en otros campos; y en el caso del AED, al hacerlo así se pretende ampliar el alcance de este campo hacia la política y lo social.

Por último, como instrumento matemático que es, y dada su aplicabilidad a un buen número de problemas económicos, la teoría de juegos<sup>16</sup> ha ido introduciéndose en el análisis económico.

Su enorme atractivo y posibilidades de aplicación han permitido que el Análisis Económico del Derecho haya incorporado esta técnica a sus análisis de diferentes problemas legales en los que se percibe que existe una interdependencia estratégica en la toma de decisiones entre diferentes individuos. Sin embargo, no todo es color de rosa en torno a la teoría de juegos y su aplicación indiscriminada. Veamos.

M. HOLLIS y R. SUDGEN (1993), en su artículo "Rationality in action", explican las razones por las cuales los agentes idealmente racionales de la teoría de juegos<sup>17</sup> no saben hacer cosas que los imperfectos

mortales hacemos de modo rutinario, tales como atravesar pasillos sin tropezar, ser solidarios y cooperar. Intentar explicar esas limitaciones de los agentes racionales de la teoría de juegos nos enfrenta a buscar lo que necesitamos para explicar la interacción social. La explicación intuitiva podría ser que la coordinación entre los agentes, como la que se produce al atravesar pasillos, los beneficia. Los mencionados autores dicen al respecto:

*Como quiera que hay varias formas de coordinarse —el apartarse a la derecha o el apartarse a la izquierda—, las convenciones son mecanismos útiles para fijar un modo de actuación y convertirlo en estable. Como a todos les conviene el que se actúe de un cierto modo, parece elemental que todos opten por ese modo de conducta, y es así como surge la convención estable. Se piense lo que se piense de esta explicación intuitiva, parecería que la teoría de juegos debería validarla (M. HOLLIS y R. SUDGEN, 1993).*

El problema que HOLLIS y SUDGEN descubren en la teoría de juegos puede enunciarse, diciendo que:

*Para que los agentes racionales se puedan coordinar, han de tener una expectativa cierta de cómo se va a comportar cada uno, y que el mero conocimiento compartido de la racionalidad no es suficiente para asegurar dicha certeza. De modo que las expectativas racionales que es capaz de construir la teoría de juegos no son suficientes para generar interacciones sociales (ídem).*

#### LIMITACIONES Y OBSTÁCULOS A LOS ALCANCES DEL AED

De acuerdo con POSNER (1992), en este aspecto de las limitaciones y obstáculos a los alcances del AED, si bien "la economía

es una herramienta valiosa para analizar un amplio abanico de cuestiones legales, la mayoría de los abogados y estudiantes de derecho tienen dificultades para relacionar los principios económicos con problemas legales específicos".

De otra parte, si bien los planteamientos de RONALD COASE, considerado uno de los impulsores sino iniciadores del Análisis Económico del Derecho contemporáneo en actividades de no-mercado, se han popularizado, sobre todo, cuando propone ese conjunto de proposiciones conocidas como Teorema de Coase que, si se cumplen, se supone que "no hacen necesaria ni deseable ningún tipo de intervención para alcanzar el óptimo social" (ROMERO, 1994: 39), puesto que independientemente de quién posea los derechos de propiedad o su uso del ambiente, "existe una especie de tendencia autónoma que lleva el volumen de producción de una manera automática al óptimo social" (ROMERO, 1994: 39), y con base en ello, tanto Coase como sus seguidores sostienen que "no es necesario, ni conveniente ningún tipo de intervención para regular o reparar la externalidad, dado que los mecanismos de mercado se encargarán de realizar esta tarea de una manera automática" (ídem). Sin embargo, las ideas de Coase no están exentas de críticas.

Así, ROMERO (1994) en su libro *Economía de los recursos ambientales y naturales*, cita a Pearce (1977), quien apuntó irónicamente que "las ideas de COASE podrían aplicarse para eliminar el crimen, toda vez que el daño potencial que nos causa el ladrón o asesino (externalidad) es superior al beneficio privado que obtiene el truhán, por tanto, existe la posibilidad de realizar una compensación en este sentido" (ROMERO, 1994: 41; PEARCE, 1977).

También puede objetarse con ROMERO (1994: 41) que en el argumento de COASE

*no se introducen en absoluto los pesos o influencias sociales que poseen los agentes. Es de suponer que en muchas ocasiones, por ejemplo los agentes contaminantes (grandes corporaciones) posean una influencia o peso negociador muy superior al que poseen los afectados por la externalidad, lo cual puede conducir a resultados ética y ambientalmente cuestionables.*

En todo caso, y siguiendo en esto a ROMERO (1994), "la perfecta definición de los derechos de propiedad" no garantiza su cumplimiento. Tomando por caso a Colombia, por ejemplo, nuestra Constitución reconoce el derecho de todos los colombianos al trabajo, pero nadie desconoce que cerca del 16% de esos colombianos no disfrutaban de este *property right*.

MICHELMAN (1979) también tiene puntos de desacuerdo con POSNER. Entre los más importantes destaca que POSNER no demuestra cómo las reglas empíricas afectan al mundo real, que POSNER no prevé "la posibilidad de que el derecho tenga por objeto ciertos bienes o servicios, respecto de los cuales no sea posible llegar a estimar su valor<sup>18</sup>; y que el de eficiencia no es el único criterio que los jueces promueven" (MICHELMAN, 1979).

Así, por ejemplo, en el campo de la responsabilidad civil, de acuerdo con RODRÍGUEZ (1999), la lógica individualista inspira la institución de la responsabilidad subjetiva, conforme a la cual "está obligado a indemnizar un daño sólo quien lo causa por negligencia o por dolo".

La responsabilidad subjetiva se centra, entonces,

*en la conducta del individuo que produce el daño (v. gr., el fabricante de un medicamento defectuoso),*

*independientemente de las consecuencias que dicho daño traiga para las víctimas (v. gr., los consumidores del medicamento). Si quien causa el daño no tuvo la intención de hacerlo o no actuó de manera negligente, las víctimas no tienen derecho a la reparación (ídem).*

Como se puede apreciar con facilidad, la doctrina de la responsabilidad subjetiva "acoge una de las ideas caras al individualismo, esto es, el mérito, así, el individuo debe sufrir o disfrutar las consecuencias que ha merecido a través de su conducta" (ídem).

Existen, sin embargo, muchas organizaciones e instituciones altruistas, que responden a una lógica opuesta a la del individualismo, esto es, que a diferencia de aquella filosofía se inspira en y enfatizan el valor de la solidaridad en las relaciones sociales.

Desde esta perspectiva, según RODRÍGUEZ, el Derecho debe ser un instrumento que sirva para la cohesión social, "estableciendo deberes recíprocos entre los individuos que promuevan la consecución de fines compartidos" (ídem).

Así, de acuerdo con este punto de vista altruista, "en lugar de un conjunto de reglas precisas aplicables de manera mecánica por el juez, el derecho debe ser un conjunto de principios generales que permitan al juez llegar a una solución equitativa en cada caso concreto" (ídem).

De acuerdo con RODRÍGUEZ, en el caso de la responsabilidad civil, por ejemplo, la posición altruista inspira la creciente influencia de la doctrina de la responsabilidad objetiva, según la cual "quien causa el daño (v. gr., el ya mencionado fabricante del producto defectuoso) debe responder en todo caso por el daño generado a la víctima (v. gr., el consumidor), independientemente del cuidado o de la buena fe con la que actuó" (ídem).

Esta doctrina que regula en numerosos ordenamientos jurídicos los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas (v. gr., conducción de vehículos) "atiende fundamentalmente los intereses de las víctimas y apela al deber de solidaridad de quien causa el daño así sea sin culpa ni dolo" (ídem).

A todas luces resulta interesante al respecto, la preocupada reflexión que en respuesta al artículo de FRANK MICHELMAN (1979) "Some Uses and Abuses of Economic in Law" hace RICHARD POSNER (1979), cuando dice:

*Although the movement of L & E continues to grow, remains a focus of controversy, and continues, at least in my opinion— still widely misunderstood. Perhaps for this reason, as well as an introduction to the extensive and scholarly series of Publications on the move, always in rapid expansion, this article will address some abuses of economic theory in the law. "abuse" of course, amounts to bad employee"<sup>19</sup>.*

En la respuesta de POSNER (ídem) al artículo arriba mencionado en torno a lo que él consideraba que continuaba siendo un "foco de controversia", este autor argumenta de tal forma, que vale la pena citarlo *en extenso*, cuando dice:

*El AED tiene dos ramas, las cuales datan del surgimiento de la economía como un campo distinto de conocimiento en el siglo XVIII. Una de estas ramas, que al menos viene de la época de Adam Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan los mercados explícitos (...) La otra rama, tiene su origen en el trabajo realizado por Bentham y es el análisis económico de las leyes que regulan el comportamiento ajeno al mercado, como son accidentes, delincuencia, matrimonio, contaminación, y los procesos políticos y legales mismos. La primera rama se desarrolló junto con el proceso de maduración de la economía como*

*ciencia y la expansión de la regulación gubernamental del mercado. (...) La otra rama del AED, creyó con Bentham que las personas actuaban como maximizadores racionales de su propio interés en cualquier aspecto de la vida* (POSNER, 1979).

Ahora, si bien de acuerdo con NOGUERA (2009) mediante el Derecho "se aplica un conjunto de normas a la vida social que ponen en movimiento un sistema de relaciones sociales o sociocultural-histórico-concreto donde tiene lugar el proceso dialéctico-"hacer" (acción)-"ser" (pensamiento)-de producción-reproducción de la conciencia social, esta concepción por sí sola presenta grandes limitaciones, pues lo jurídico o lo normativo no pueden entenderse como un "momento autónomo e independiente", sino como una esfera en estrecha interrelación con la economía; sin embargo, son las mediaciones" o "interrelaciones" Derecho-Economía las que realmente dan cuenta, determinan y permiten entender la formación y puesta en funcionamiento de la realidad cultural capitalista en su conjunto" (NOGUERA, 2009)

Por ello se considera que lo primero que los analistas económicos del Derecho tienen que tener presente es la necesidad de abordar las discusiones metodológicas, puesto que junto con las discusiones epistemológicas, como acertadamente GARCÍA (2001) lo dice,

*estas discusiones metodológicas sirven, en primer lugar, para señalar cuáles son los problemas fundamentales y, por tanto, para sentar las bases de los futuros avances de la disciplina; y, en segundo lugar, sirven porque a lo largo del desarrollo de cualquier disciplina, ésta tiende a quedar atrapada en un conjunto de fundamentos teóricos que es preciso revisar cuando se producen nuevos avances científicos, con objeto*

*de garantizar la unidad de la disciplina frente a la creciente heterogeneidad del conocimiento (destacado fuera del texto) (ídem).*

No obstante, hay que aclarar que no se trata de caer en el extremo de algunos apologistas del campo del análisis económico del Derecho, que manifiestan que es un buen recurso asimilar el AED como un paradigma metodológico, puesto que entonces "no se necesita explicar, y en efecto nunca se hace, todos los hechos que lo puedan confrontar" (PINZÓN, 2010: 60).

Al respecto, y en contra de esa opinión bastante extendida, POMPEU CASANOVAS (1998) señala:

*La metodología no precede a la teoría, sino que ambas suelen elaborarse prácticamente al hilo del desarrollo de las disciplinas. Los planes de formación, los estudios parciales, la comunicación entre los especialistas de los distintos campos, la coordinación de proyectos de investigación de largo alcance, la experiencia obtenida en estudios anteriores, resultan ser a la postre condiciones necesarias también para la existencia misma de reflexión sobre los distintos métodos".*

A no dudarlo, las controversias y el debate, en el seno del AED, adquieren una relevancia particular "a tenor, sobre todo, de la incorporación de las instituciones al análisis; y de la crítica a los supuestos de racionalidad empleados para explicar el comportamiento de los agentes (MÄKI, GUSTAFSSON y KNUDSEN, 1993).

En este punto cabe aquí preguntar: ¿no es acaso esta la posición de POSNER? dado que como cultor de esta rama del AED cree que el modelo a seguir es el que asume que las personas son maximizadoras racionales de su satisfacción, aplicable "en toda activi-

dad humana, en vez de confinarse a mercados explícitos" (POSNER, 1979).

Al respecto, el mismo POSNER (1979) aceptó como presupuesto básico del AED, el objetivo implícito de asignar eficientemente los recursos. Según él, se crean incentivos para que las personas "hagan como si" y resuelvan sus litigios por la vía del criterio de eficiencia, y por esa misma vía se corrijan en especial las externalidades.

Precisamente, según VÁZQUEZ (1996), el profesor de la Universidad de Yale, OWEN FISS (1991) crítica al AED enfilando sus ataques hacia la posición de POSNER y, especialmente, "al criterio de eficiencia y al análisis del 'como si' en sus explicaciones" (VÁZQUEZ, 1996). Anota este autor que OWEN FISS piensa que "la hipótesis de la eficiencia siempre parece débil [...] las excepciones parecen casi tan importantes como lo que se propone como una generalización [...] ¿Por qué el derecho va a producir siempre, o generalmente, un resultado eficiente?" (ídem).

Por su parte, BURROWS y VELJANOVSKI (1981) luego de exponer que "la laxitud de la teoría propuesta por Posner permite explicarlo todo, lo que científicamente es igual a nada", concluyen afirmando que no puede optarse sino por uno de los siguientes caminos:

*Either the "hard" data must be collected to identify the existing configuration of costs, so that the efficiency of the law can be judged in context, or it must be accepted that a different methodology is needed (ídem).*

La disyuntiva planteada por los mencionados autores es importante para lo que se viene planteando, puesto que "la eficiencia del derecho sólo puede establecerse una vez formuladas algunas predicciones acerca de las conductas que pueden darse a partir

de ciertas normas y, en este sentido, todo análisis de eficiencia requiere recolectar una serie de pruebas empíricas y formular un conjunto de hipótesis específicas para cada caso" (COSSIO, 1997: 249).

Por otra parte, el tipo de análisis efectuado por RUBIO (1999) en *Crimen e impunidad*, da muestra del típico desconocimiento y/o abstracción que quienes hacen uso de las herramientas del AED hacen del contexto social y político; análisis en el que generalmente se suele sobrevalorar la capacidad analítica que "ceteris paribus" tiene el análisis de costo-beneficio, el cual, valga la pena subrayarlo, también es utilizado como comodín en todo tipo de análisis de las ciencias sociales (incluidos el Derecho y la Economía).

Ahora, GUZMÁN (2006) en *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*, recalca que:

*el Análisis Económico del Derecho se presenta como una herramienta útil para la comprensión de los comportamientos contrarios a las leyes y disposiciones ambientales, lo cual a su vez sirve para revisar la manera de encaminar mejor las decisiones destacando la utilidad para la formulación y desarrollo de las políticas públicas, para obtener mejores resultados.*

Sin embargo, y contrario a lo que ella piensa, se considera que el Análisis Económico del Derecho Ambiental, por sí solo no es suficiente como "canalizador de conductas amigables con el entorno natural" (ESCOBAR, 2005).

Al respecto, y según ESCOBAR, reconocido experto ambiental, lo dice:

*... el valor de la naturaleza no se puede evaluar sólo en términos económicos. Existen procesos económicos y políticos que contribuyen a definir el valor de los recursos naturales que no se pueden reflejar en los precios*

del mercado. De hecho, en muchos casos los procesos económicos y ecológicos son inconmensurables hasta el punto de que las comunidades valoran el medio ambiente por razones distintas a las económicas, por ejemplo, cuando consideran la naturaleza sagrada, no mercadeable. Los conflictos sobre el acceso y el control de los recursos adoptan un carácter complejo desde el punto de vista ecológico y político, si se suprime la idea ampliamente reconocida de que todo puede ser reducido a términos monetarios (ESCOBAR, 2005: 126).

De otro lado, a los estudiosos que se encargan del análisis económico del Derecho les es muy conveniente prescindir de la macroeconomía, y lo hacen porque la macroeconomía termina desvirtuando sus análisis microeconómicos, pero fundamentalmente, porque hay pocos modelos en macroeconomía que se puedan observar fácilmente, y si el patrón que se observa está más allá de su comprensión pueden resultar infructuosos sus esfuerzos por predecir los cambios económicos y los comportamientos a partir de modelos macroeconómicos. Por ejemplo, en su obra *Anotaciones sobre Análisis Económicos del Derecho*, MÁRQUEZ (2005) anota que la aplicación de algunos conceptos e instrumentos del análisis económico a la ciencia del Derecho se ha hecho con el ánimo de "obtener una visión más comprensiva de esta última (y) para examinar la formación, estructura, proceso e impacto de la ley y las instituciones legales" (MÁRQUEZ, 2005) (destacado fuera del texto), en el entendido de que las instituciones jurídicas "no son elementos aislados del sistema económico sino que, por el contrario, son variables inmersas en él" (ídem), pero sus análisis los lleva a cabo tomando la parte por el todo, y haciendo abstracción del contexto de la sociedad en el que están inmersos tanto el sistema económico como las instituciones jurídicas.

En todo caso, si bien como un conocido autor de nuestro medio (SILVA GARCÍA, 2000)<sup>20</sup> lo señala, "la economía coadyuva a perfilar cualquier organización social, y obviamente lo económico debe ser introducido en la relación derecho-sociedad"; por ejemplo, examinando y evaluando el impacto y costos económicos de las medidas legales, las iniciativas del Derecho para modificar las relaciones económicas, la ineficacia de las normas y políticas públicas, ralentizadas y sumidas en la inercia por las condiciones económicas y políticas, los cambios jurídicos causados por variables económicas. Sin embargo, esos son asuntos que no solo le incumben al AED sino que involucran también a otras disciplinas "dotadas con variadas herramientas y concepciones y, sobre todo, distintos énfasis para el abordaje de su estudio" (ídem).

## CONCLUSIONES

Los analistas económicos del Derecho deben reconocer que su instrumental y, por ende, sus análisis, tienen limitaciones que deben superar.

En este sentido, el Análisis Económico del Derecho puede ver acrecentarse su poder de explicación si acepta "abrirse más", como lo recomienda la *Comisión Gulbenkian* (1996), en este caso como ciencia social, y a las ciencias sociales, consideradas por más ricas en informaciones históricas sobre los complejos y multidimensionales mecanismos que afectan a la sociedad.

En el caso del Análisis Económico del Derecho Ambiental, el valor de la naturaleza, tal como ESCOBAR (2005) lo dice:

*no se puede evaluar sólo en términos económicos. Existen procesos económicos y políticos que contribuyen*

*a definir el valor de los recursos naturales que no se pueden reflejar en los precios del mercado. De hecho, en muchos casos los procesos económicos y ecológicos son incommensurables hasta el punto de que las comunidades valoran el medio ambiente por razones distintas a las económicas, por ejemplo, cuando consideran la naturaleza sagrada, no mercadeable. Los conflictos sobre el acceso y el control de los recursos adoptan un carácter complejo desde el punto de vista ecológico y político, si se suprime la idea ampliamente reconocida de que todo puede ser reducido a términos monetarios.*

Del mismo modo, sus análisis pueden verse provistos de un mayor anclaje cultural y político, donde la elección política y los hechos legales y económicos

*se vean siempre recontextualizados en la historia y en la sociología de situaciones particulares (PASSERON, 2006).*

Si quiere darse una mayor inteligibilidad, tanto del detalle de los encadenamientos causales de los hechos del Derecho y la Economía, como del proceso político de conjunto en sus vínculos con los procesos culturales, jurídicos y económicos.

En todo caso, si bien la organización social deviene perfilada por la Economía, tal como SILVA GARCÍA (2000) lo señala, razón por la cual en la relación entre Derecho y sociedad debe introducirse lo económico; según este autor, "su incorporación debe enfocarse primordialmente: al examen, evaluación y ponderación del impacto y costos económicos de las medidas legales; de las iniciativas del Derecho para modificar las relaciones económicas; de la ineficacia de las normas y políticas públicas por las condiciones económicas y políticas; y de los cambios jurídicos causados por variables económicas".

No obstante, dicho examen, evaluación y ponderación debe hacerse siempre teniendo presente que esos son asuntos que no solo le incumben al AED sino que involucran también a otras disciplinas que, como lo manifiesta el autor arriba mencionado, están "dotadas con variadas herramientas y concepciones y, sobre todo distintos énfasis para el abordaje de su estudio" (ídem).

En ese sentido llama la atención el punto de vista adoptado por SANTOS PASTOR (1998: 273), apologista incondicional del AED, cuando señala que "el análisis económico del derecho es una de las concreciones en que se plasma el análisis del sistema jurídico desde la perspectiva de las ciencias sociales, éste último también llamado análisis sociojurídico".

Tal vez "las pretensiones absolutistas de algunos autores" (MORALES, 2011: 60) lleven a reacciones del tipo "si los individuos no son totalmente racionales en su conducta y el análisis económico clásico se basa en esa racionalidad, los análisis y las conclusiones del análisis económico del derecho son falsas (ídem). Del tipo "si existen motivaciones distintas a la maximización de nuestra utilidad en las acciones humanas, un análisis de la conducta basado en ese presupuesto no tiene cualidades predictivas" (ídem).

O del tipo "si existen costos de transacción, las consideraciones basadas en el Teorema de Coase carecen de valor" (ídem).

Pero lo cierto es que el Análisis Económico del Derecho no es distinto de cualquier teoría: se debería valorar por su potencial explicativo de algunas conductas, no de todas las conductas; y por su capacidad para explicar la motivación parcial de un sujeto a actuar como actúa, no de explicar todas las motivaciones posibles del sujeto. Las posibles interpretaciones del comportamien-

to humano, cuando éste es complejo, son siempre parciales, pero no por ello inútiles" (ídem). Sin embargo, debe reconocerse que todavía hay muchos aspectos sin esclarecer en términos de la relación entre Derecho y Economía.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALACDE. Documento Misional. Disponible en <http://alacde.org/espanol/alacde.htm>. 2012. Consultado el 24 de marzo de 2012.
- BEJARANO, JESÚS ANTONIO. "Crimen e impunidad, precisiones sobre la violencia", en *Revista de Economía Institucional*, n.º 1, Facultad de Economía, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.
- BICCHIERI, C. "Self-refuting Theories of Strategic Interaction: a Paradox of Common Knowledge", en *Erkenntnis* 30: 69-85, 1988.
- BOURDIEU, PIERRE. *Le sens pratique*, Minuit, París, 1980.
- BOURDIEU, PIERRE. *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*. París: Seuil, 1994.
- BURROWS y VELJANOVSKI, C. G. "Introduction", en *The Economic Approach to Law*, Butterworths, Londres, 1981.
- Cahuc, Pierre. *La nouvelle microéconomie*. París: Éditions La Découverte, 1996.
- CASANOVAS, POMPEU. "Epistemología y metodología de la investigación socio-jurídica. Presentación", en MARÍA JOSÉ AÑÓN, et al (coord.) (1998). *Derecho y Sociedad*. Valencia (España): Tirant lo Blanch Libros, 1998.
- CHAPOULIE, JEAN- MARIE. "E.C.Hughes et la tradition de Chicago", en E. C. HUGHES. *Le regard sociologique*. París: Ed. de l' Ecole des hautes études en sciences sociales, 1996.
- Comisión Gulbenkian. *Abrir las Ciencias Sociales*. México: Siglo XXI Editores, 1996.
- CONGREGADO, EMILIO; POMARES, IGNACIO; RAMA, ELENA. "Análisis Económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente", en *Derecho y Conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, n.º 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001, pp. 331-340.
- COSSIO, JOSÉ RAMÓN. *Derecho y Análisis Económico*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- DURKHEIM, EMILE. *De la division du travail social*. París: PUF, Libro I, caps II y III, 1967.
- DURKHEIM, EMILE. *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. París: PUF, s.f.
- EKELUND, ROBERT; HÉBERT, ROBERT. *Historia de la teoría económica y de su método*. España: McGrawHill, 1992.
- ESTRADA, JAIRO. "Transnacionalización y nueva espacialidad capitalista. Elementos de economía política de la inversión extranjera en Colombia", ponencia presentada en la VI Conferencia Internacional de Estudios Americanos, noviembre de 2007, La Habana, Cuba, y publicada en la Revista *Espacio Crítico*, revista colombiana de análisis y crítica social, n.º 8, enero-junio de 2008 por el Centro de Estudios Espacio Crítico, Bogotá, 2007.
- FISS, OWEN. "The Death of Law?", en *Cornell Law School*, vol. 27, n.º 1, 1991.
- GARCÍA, CLARA EUGENIA. *Análisis económico de las organizaciones. Enfoques y perspectivas*. Madrid: Alianza Editorial (Ciencias Sociales), 2001.
- GUZMÁN, PATRICIA. *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- HOLLIS, M. y SUDGEN, R. "Rationality in action", en *Mind*, 102 (405): 1- 35 1993.
- KENNEDY, DUNCAN. "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", en *Journal of Legal Education*, 36, 1986.
- KENNEDY, DUNCAN. *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- KENNEDY, DUNCAN. "Form and Substance in Private Law Adjudication", en KENNEDY,

- DUNCAN (1997). *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- KRAUZE. Programa Latinoamericano en Análisis Económico del Derecho, 2012. Disponible en <http://www.corporatet.com/law-economics-derecho-economia.php>.
- LÉCUIER B. P. "Regulation sociale, contrainte sociale et "social control", en *Revue française de sociologie*, n° VIII, enero-marzo de 1967.
- MÄKI, U., GUSTAFSSON, B. y KNUDSEN, CH. *Rationality, Institutions and Economic Methodology*. London and New York: Routledge, 1993.
- MICHELMAN, FRANK I. "A Comment on Some Uses and Abuses of Economics in Law", en *University of Chicago Law Review*, vol. 46, núm. 3, 1979, pp. 307-315.
- MORALES DE SETIÉN RAVINA, CARLOS. "Las bases del análisis económico del derecho", en KELMAN, MARK G.; LANDES, WILLIAM M. y POSNER, RICHARD A. *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011.
- MORENO, ÁLVARO y RAMÍREZ, ERNESTO. *Pierre Bourdieu introducción elemental*. Bogotá: Editorial Panamericana, 2006.
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, ALBERT. "Reformulando la sociología jurídica: transformaciones del derecho en la mundialización y nueva ciudadanía", en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, vol. 11 n.º 1. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- NUSSBAUM, MARTHA. *Justicia poética*. Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1997.
- PARK, ROBERT E. "Sociology and the Social Sciences", en *The Collected Papers of Robert E Park*, vol 3, New York: Free Press of Glencoe, 1995.
- PASTOR PRIETO, SANTOS. "Sistema Jurídico y Ciencias Sociales: Análisis Económico del Derecho y Jurimetría", en MARÍA JOSÉ AÑON, et al. (coord.). *Derecho y Sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 1998.
- PASSERON, JEAN-CLAUDE. "Mort d'un ami, disparition d'un penseur", en *Revue européenne des sciences sociales*, XLI, París, 2003.
- PEARCE, D. W. *Environmental Economics*. Londres: Longman, 1977.
- PINZÓN, MARIO. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- POSNER, RICHARD A. "Some Uses and Abuses of Economic in Law", en *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, n.º 2, Chicago, 1979.
- POSNER, RICHARD A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- POSNER, RICHARD A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown and Company, 1992.
- ROMERO, CARLOS. *Economía de los recursos ambientales y naturales*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- RUBIO, MAURICIO. *Crimen e impunidad*. Bogotá: Tercer Mundo y CEDE, 1999.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Una revisión del Análisis Económico del Derecho. Una lectura crítica a propósito de la obra *Crimen e impunidad*", en *Revista Economía Institucional*, n.º 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primer semestre/2000.
- SUDGEN, R. "Inductive Reasoning in Repeated Games", en R. SELTEN (ed.). *Rational Interaction. Essays in Honor of J. C. Harsanyi*. Berlin: Springer-Verlag, 1992.
- VÁZQUEZ, RODOLFO. "Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del Análisis Económico del Derecho", en *Isonomía*, n.º 5, 1996.

\* Fecha de recepción: 18 de mayo de 2012. Fecha de aceptación: 20 de noviembre de 2012.

1 Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho; Magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos, Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo-IAED, Universidad Externado

- de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales –FIGRI; M. Sc en Ciencias Económicas, Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Económicas; Diploma en Análisis Económico del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico; Economista, Instituto de Economía Social, Fundación Konrad Adenauer, Instituto de Solidaridad Internacional. Investigador del Grupo de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos, Culturales y en Economía Política del Desarrollo-Griesced. Investigador asociado, Corporación de Estudios Socioculturales y del Desarrollo Local-Coresdel. Ha desarrollado indagaciones sobre limitaciones al desarrollo, transmisión internacional de la inflación, conflictos y dinámicas contemporáneas de desarrollo en contextos regionales; problemáticas de economía ambiental; relaciones de poder e instituciones regionales y locales; conflictos y dinámicas regionales del desplazamiento, migraciones y trata de personas, y sobre eficacia de las políticas públicas. Sus campos de interés actuales son: las relaciones Derecho-Sociedad (Sociología Jurídica); Derecho-Economía y la posibilidad epistemológica y metodológica de integración trilemática Derecho-Economía-Sociedad; la Economía Política del Desarrollo, particularmente las problemáticas asociadas con las migraciones, y el desplazamiento, el tráfico y la trata de personas como sus manifestaciones contemporáneas más extendidas.
- 2 Si bien el del Análisis Económico del Derecho es un movimiento muy amplio que según MARTHA NUSSBAUM (1997: 27) "incluye a pensadores de diversos tipos", lo conforman entre ellos quienes recurren a "las formas más toscas del utilitarismo económico y del análisis de costo-beneficio, que utilizan en muchos campos de la decisión pública y a menudo recomiendan como normativas para otros" (ídem). El análisis propuesto en este artículo sugiere una concepción del Análisis Económico del Derecho más amplia que la mencionada por Nussbaum. En efecto, en vez de referirlo como un movimiento, entenderlo como un campo, es decir, como un espacio social relativamente autónomo, en el que los agentes que allí intervienen luchan desde sus diversas posiciones dominantes y subordinadas por sobresalir y por el derecho a decir qué es el Análisis Económico del Derecho, por cambiarlo y/o mantenerlo, nicho específico en donde suceden una serie de relaciones objetivas que pueden ser de alianza o de conflicto, de

conurrencia o de cooperación entre posiciones diferentes. Así, en términos analíticos, "un campo puede ser definido como una red o una configuración de relaciones objetivas entre diversas posiciones" (Véase BOURDIEU y WACQUANT, 2005: 50, y MORENO y RAMÍREZ, 2006: 16).

- 3 Los partidarios incondicionales del AED lo entienden y hablan de él como una metodología, puesto que "si se asimila al AED como un paradigma metodológico, este no necesita explicar, y en efecto nunca lo hace, todos los hechos que se pueden confrontar con él" (PINZÓN, 2010: 60). Pese a ello, "con singular optimismo para su causa apologética del AED" (VÁZQUEZ, 2000: 201), ROEMER (1994) concluye de la manera siguiente: "el mundo del derecho ha reconocido que el campo jurídico como disciplina autónoma murió por necesidad propia", comentario acotado por VÁZQUEZ (2000: 201) en el sentido de que según las palabras de ROEMER, "como el Ave Fénix, todo parece indicar que un derecho más vigoroso surgirá de sus propias cenizas y esta empresa titánica estaría reservada al Análisis Económico del Derecho".
- 4 Según la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía –ALACDE–, "el Análisis Económico del Derecho es considerado por muchos como el desafío intelectual más importante dentro del estudio del Derecho en las últimas décadas, incorporando una nueva forma de estudiar los problemas jurídicos a través de la aplicación de los conceptos y las herramientas que entrega la teoría económica. Los conceptos económicos, dentro de esta perspectiva, se aplican para explicar y para clarificar cuestiones legales, ayudando a determinar cuáles son las estructuras de incentivos y desincentivos que generan diversas normas legales, pero ya no sólo en materia de antimonopolio y regulación como en sus primeros tiempos, sino también referentes a una amplia gama de cuestiones consideradas de no mercado. Como ya se mencionó, estas son, entre otras: la responsabilidad, los contratos, la justicia civil y criminal, los delitos y las penas, el derecho de familia, entre otras. Igualmente, vale la pena mencionar que el Análisis Económico del Derecho ha influenciado la legislación, la actividad jurisdiccional y los estudios del Derecho en distintas partes del mundo. En efecto, casi todas las Universidades norteamericanas y un gran número de Universidades europeas han organizado programas conjuntos de docencia e investigación sobre esta materia. Asimismo, un número importante de revistas es-

- pecializadas le dedican un espacio importante a los trabajos de Análisis Económico del Derecho" (<http://alacde.org/espanol/alacde.htm>. Consultado el 24 de marzo de 2012).
- 5 Ejemplos de este tipo de aproximaciones se pueden encontrar en dos revistas fundadas en los años ochenta y relacionadas con el campo del AED: *The Journal of Law, Economics and Organization*, y *The International Review of Law and Economics*.
  - 6 POSNER (1983: 2) argues in favor of the applicability to all areas of human life, the assumption of individuals as rational maximizers of their welfare. His words are eloquent: "I consider counterintuitive and implausible rigidly compartmentalized conception of decision-making processes of individuals, so that they act rationally when making an acquisition trivial, and make it unreasonably in deciding whether or not study law, if married, whether evade taxes, or have three children instead of two". Es necesario traducir este párrafo (el corrector).
  - 7 Traducido, el texto de POSNER (1992) dice "... (no existe ningún otro tratado) por la amplitud de su cobertura (casi todo el sistema legal) y por su hincapié en la regulación legal del comportamiento fuera del mercado: no solo ejemplos cotidianos, tales como los delitos, los accidentes y los juicios sino también algunos ejemplos menos familiares (para los economistas) tales como la drogadicción, los actos sexuales, la maternidad sustituta, los rescates en altamar y las prácticas religiosas (...). Este enfoque nos permite ver, entender y estudiar al derecho como un sistema que el análisis económico puede aclarar, revelar como algo coherente y mejorar en algunos puntos. De igual manera, este enfoque nos permite ver a la economía como un instrumento para entender y reformar las prácticas sociales".
  - 8 MORENO y RAMÍREZ señalan que "la noción de estrategia normalmente alude a la idea de un plan elaborado, de un cálculo racional que coloca explícitamente en relación unos objetivos definidos con unos medios precisos para la obtención de tales objetivos" (MORENO, et al., 2006: 23). Quiere esto decir, de acuerdo con los mencionados autores, que "si se atiende a esta noción usual de la estrategia, lógicamente es necesario deducir que todas las estrategias por las cuales un agente busca acrecentar su capital, apropiándose así de los rendimientos específicos que produce la actividad de un campo, son cálculos deliberados y totalmente conscientes" (ídem). Sin embargo, hay que tener presente que si bien "todos poseemos un potencial de prácticas adaptadas a priori a un gran número de situaciones, capaces de asegurarnos una posible satisfacción, las múltiples acciones pedagógicas a las cuales se someten los agentes sociales les permiten adquirir las competencias indispensables para mantener convenientemente su posición dentro del juego social, vale decir, una aptitud para adoptar las estrategias conforme a la lógica del campo y a la posición ocupada dentro del sistema social (ídem).
  - 9 De acuerdo con NUSSBAUM (1997: 33), "el tipo de análisis costo-beneficio propiciado por la economía, se ha vuelto tan familiar en la decisión pública, que se da por sentado. Esta perspectiva supone, entre otros criterios, un compromiso con la maximización, es decir, un marcado "empeño en considerar la racionalidad tanto individual como social como dirigida a obtener la mayor cantidad posible de algo, trátase de la riqueza, la satisfacción de preferencias y deseos, del placer o de ese elusivo ítem que es la utilidad (ídem: 40). Los teóricos contemporáneos de la elección racional "se concentran en elementos explicativo-productivos. Sostienen que brindan modelos que nos permiten predecir la conducta, no direcciones para el cambio de conducta. Y su teoría descriptiva, lejos de centrarse en el altruismo, sostiene que la finalidad de la elección racional individual es siempre la maximización de la satisfacción del interés individual (ídem: 42). La *Rational Action Theory* (RAT), cuyo bastión es la Universidad de Chicago, se sustenta en realidad en un variado conjunto de autores que, basados en una comprensión de la acción enraizada en la filosofía individualista del utilitarismo, propugnan por un enfoque económico de los fenómenos sociales. Y reencontrándose en ella "una antropología imaginaria del subjetivismo" (BOURDIEU, 1980), en el caso de la RAT hay, además de una filosofía del sujeto, una pretensión paradigmática: se trata, según BOURDIEU (ídem), de proporcionar una fundamentación coherente para un programa de investigación basado en la idea de que "los agentes perfectamente racionales, actuarán en cada caso de acuerdo a las exigencias de la situación, amoldándose de este modo a las "leyes" económicas" (ídem). De acuerdo con este autor, la doctrina de la RAT se resume en los siguientes tres grandes principios: 1) la acción humana es esencialmente instrumental, es un medio para lograr algún fin; a su vez, los fines están organizados en jerarquías de

- preferencia o de utilidad relativamente estables; 2) los agentes calculan racionalmente para determinar entre las alternativas que se les presentan el curso de acción que maximizará su utilidad—el acceso del agente a la información relevante juega un papel fundamental en los resultados de este cálculo—; 3) todos los procesos sociales en gran escala deben explicarse como resultado de estos cálculos” (ídem). Véase en BOURDIEU (ídem), la discusión que dicho autor efectúa sobre la RAT, la cual retoma posteriormente en BOURDIEU (1994).
- 10 Morales señala que en general, aunque no necesariamente, “los precios que establecen las normas son negativos: sanciones penales, multas, acciones civiles por incumplimiento de contratos, embargos, etcétera; pero que evidentemente esos precios pueden ser positivos cuando las normas jurídicas, en el sentido más general, estimulan una conducta mediante subsidios, y que el individuo considera entonces la norma como un precio que pondera en sus cálculos junto con otros precios que asigna a sus acciones, y deriva de ello la utilidad total esperada de sus acciones. En ese sentido, las normas jurídicas inciden en las preferencias de los sujetos: las crean, las suprimen o las reordenan. Desde esta óptica, el estipular responsabilidad legal por una determinada acción sube el precio de la conducta prohibida y teóricamente debería disminuir el “consumo” de esa actividad. La visión del análisis económico del Derecho que contempla la configuración de las conductas a partir de las normas sociales tiene de estas una visión más compleja, pero lo cierto es que la mayoría de análisis económicos, sobre todo si los han hecho economistas, son incapaces de desviarse de esta consideración de la norma jurídica como precio” (Véase MORALES DE SETIÉN RAVINA, 2011: 59 y 60).
- 11 La noción de control social tiene una larga historia, esencialmente en el ámbito anglosajón (Cfr., entre otros, E. A. ROSS *Social Control*, N Y, 1901). Según PARK (1955), para DURKHEIM, “el control social es el hecho nuclear de la sociedad”. Como tal, se refiere tanto a los procesos de socialización, que según CHAPOULIE (1966) “llevan a la aceptación de las normas” como a “los medios de defensa del orden social, remitiéndose siempre una cosa a la otra: la norma participa en el mantenimiento del orden y éste supone el conocimiento de la norma”, según lo expresa LÉCUYER (1967). (Cfr. PARK, 1955: 227; CHAPOULIE, 1966: 48; LÉCUYER, 1967: 78-84). En este artículo, Lécuyer explica que no

se puede traducir literalmente “social control” por “control social”, pues la voz francesa tiene el sentido de verificación, mientras que la voz inglesa “control” significa poder, fuerza, autoridad, influencia, y quizás, sugerencia.

- 12 Véanse de EMILE DURKHEIM (1967, Libro I, caps. II y III) y *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, París, PUF: 297-98
- 13 Siguiendo en esto a CAHUC, a decir verdad “L’existence de biens publics et externalités a généré deux types de réaction. Le premier courtant se penche sur les formes d’intervention étatique qui atténuent les défaillances du marché. Tel est l’objet de l’économie publique traditionnelle. Selon cette approche, l’objectif de l’État devrait être de maximiser le bien-être social, en tenant l’économie du bien d’un outil d’analyse utile pour guider leur action. Toutefois, cette procédure présente un problème majeur: toute politique publique doit nécessairement déterminer les bénéficiaires. Cependant, Arrow a montré que ces élections, ne pouvait pas être déduite des préférences individuelles par le biais d’un processus démocratique (théorème d’impossibilité d’Arrow [1963]). L’État doit donc procéder à des arbitrages ne peuvent être déduites à partir des préférences des agents dont le bien-être est censé optimiser. Il est impossible, alors, dans le cadre strict de l’économie de bien-être, rationnellement justifier l’intervention de l’État. Ce constat a amené une deuxième réaction, qui cherche, comme BUCHANAN (1975) expliquent le comportement de l’État du comportement rationnel des agents qui le constituent” en CAHUC, PIERRE (1996) *La nouvelle microéconomie*, Éditions La Découverte, París, p. 6.
- 14 Siempre ha habido economistas que han mantenido un interés en la relación entre la política (comportamiento e instituciones políticas) y los motivos de los agentes económicos movidos por el propio interés. En la visión más amplia de estos economistas, “no existe nada que pueda considerarse estrictamente “comportamiento económico”. A su vez, los políticos no son considerados como legisladores desinteresados, exógenos a los acontecimientos económicos de la sociedad, son vistos más bien, como competidores egoístas que maximizan sus rendimientos (poder, posición, votos, etc.) bajo ciertas restricciones (la reelección, por ejemplo). El punto importante aquí; es que al tratar de optimizar sus propios intereses, los políticos producen un impacto sobre todo el sistema económico, por ejemplo, a través de la política

- fiscal o de la oferta de regulación industrial" (véase EKELUND, HÉBERT, 1992: 671).
- 15 Desde la perspectiva de la Teoría de la Regulación, el proceso regulador ha sido visto como "la consecuente solución lógica que brota directamente de los fallos del mercado, impulsada por la necesidad de acciones gubernamentales en interés del público" (EKELUND y HÉBERT, 1992, Ob. cit.: 685).
- 16 La teoría de juegos estudia la forma como los individuos racionales resuelven situaciones conflictivas. Desde esta perspectiva, se analiza, entonces: "le sens de l'hypothèse de la rationalité, lorsque le niveau de satisfaction d'un individu est directement affecté par les décisions des agents d'autres. De même, conceptuellement défini, des solutions de prévoir les conséquences des différentes configurations du conflit. La méthode développée par la théorie des jeux peut être appliquée aux situations dans lesquelles les décisions individuelles sont directement interdépendants" (CAHUC, 1996: 10).
- 17 La atribución de racionalidad estratégica a los jugadores "implica la idea de que todos ellos creen que los demás jugadores son racionales en el sentido que determina la teoría de la elección racional, y de que todos conocen la estructura del juego; esta idea se suele presentar como el supuesto del conocimiento compartido de la racionalidad. En este sentido, la racionalidad estratégica opera buscando un conjunto de creencias consistentes con lo que cada jugador espera que los otros jugadores creen. Parece natural que, dado que los jugadores desean maximizar su utilidad esperada, traten de lograr aquellos resultados de la interacción en donde se obtenga la máxima utilidad, dadas las creencias que tienen sobre lo que los otros jugadores harán. Éste es el conocido equilibrio de NASH: las estrategias de dos jugadores están en equilibrio, si cada una de ellas es la mejor respuesta a la estrategia del otro jugador. Aunque pareciera que la noción de equilibrio de Nash sólo es una extensión de la noción de conocimiento compartido de la racionalidad, en realidad no lo es. Mientras que la noción de conocimiento compartido de la racionalidad permite excluir todas aquellas estrategias que no sean consistentes con el supuesto de que un jugador sea racional, para obtener un equilibrio de NASH se exige, además, que las creencias de los jugadores sean mutuamente consistentes, por tanto, que tales creencias sean verdaderas" (SALCEDO, 2006) Para comprender la naturaleza de la noción de conocimiento compartido de la racionalidad y sus implicaciones, son útiles (C. BICCHIERI, 1989; R. SUGDEN, 1992).
- 18 Precisamente, KENNEDY (1986) muestra cómo "American private law is based on two current ethical, political and economic opposites: individualism and altruism. First, many of the institutions of private law family respond to individualistic logic, which emphasizes the value of private autonomy. According to this logic, the law must simply fulfill two purposes, of a part, should ensure a full field of freedom for each individual, exercised on goods that are owned legally, on the other hand, should provide precise rules for exchanges between individuals, represented mainly by the standards of training and execution of contracts and civil liability for damage caused to others. The ideal, in the horizon of the arguments individualistic, is a society whose dynamics is founded on private initiative and free competition among individuals. For this reason, the law must leave intact the results of this set of free trade were limited to establishing minimum rules of the game in areas that were identified. Also for this reason, judges should be limited to neutrally apply the rules set to encourage the exchange" KENNEDY, 1986: 518; KENNEDY, 1997: 91); y "Form and Substance in Private Law Adjudication", en la obra citada. p. 1.713. Así, por ejemplo, en el campo de la responsabilidad civil, la lógica individualista inspira la institución de la responsabilidad subjetiva, conforme a la cual está obligado a indemnizar un daño solo quien lo causa por negligencia o por dolo. La responsabilidad subjetiva, entonces, se centra en la conducta del individuo que produce el daño (v. gr., el fabricante de un medicamento defectuoso), independientemente de las consecuencias que dicho daño traiga para las víctimas (v. gr., los consumidores del medicamento). Si quien causa el daño no tuvo la intención de hacerlo o no actuó de manera negligente, las víctimas no tienen derecho a la reparación. Como se puede apreciar con facilidad, la doctrina de la responsabilidad subjetiva acoge una de las ideas caras al individualismo, esto es, el *mérito*; así, el individuo debe sufrir o disfrutar las consecuencias que ha merecido a través de su conducta.
- 19 Traducido el texto de POSNER dice: "Si bien el movimiento de L & E continúa creciendo, continúa siendo un foco de controversia, y continúa –al menos en mi opinión– siendo ampliamente malinterpretado. Tal vez por esta razón, además de

servir de introducción a la extensa y erudita serie de publicaciones sobre el movimiento, siempre en rápido proceso de expansión, este artículo tratará algunos abusos de la teoría económica en el derecho. "Abuso", por supuesto, equivale a mal empleado" (POSNER, 1979).

- 20 Según NOGUERA-FERNÁNDEZ (2009), "en nuestras sociedades, el derecho no sólo puede entenderse como simple proceso de producción y aplicación de normas coercitivas, sino, también, como elemento productor de normas-cotidianidad (cultura) y, en consecuencia, de estructuras gnoseológicas o de raciocinio, alrededor de las cuales

se estructura la hegemonía política de la clase social dominante. Este aspecto del derecho ha sido objeto de consideración y elaboración teórica en parte de la literatura jurídica internacional, lo que presta contenido, incluso, a una rama especial de nuestra disciplina la sociología jurídica, como consecuencia de la mundialización capitalista, verdadera "fábrica de consensos" basada en el consumismo, buscando con ello, articular una ciencia jurídica crítica capaz de llevar a cabo la imprescindible vinculación del derecho con su realidad histórica, económica, política y social").