

# Del Derecho a la Economía con Derecho: la relación Derecho-Economía revisitada<sup>1</sup>

FERNANDO LUIS CASTELLANOS OBREGÓN<sup>2</sup>

## RESUMEN

Frente a todos los riesgos e incertidumbres que el orden global de hoy comporta, se señala aquí, en particular, que las fronteras que algunos tratadistas persisten en mantener entre los campos del Derecho y la Economía, hoy por hoy, resultan ser un sinsentido, pues, en la práctica, son más fluidas, aunque, a su vez, más complejas de lo que cualquier ortodoxia supone. Además, al igual que el ejercicio profesional de la Economía, la práctica jurídica es una práctica social que produce unos efectos, bien sea de incentivo o de inhibición. Entendidas así las cosas, la interrelación entre Derecho y Economía tiene implicaciones muy profundas, pues si bien desde el punto de vista convencional, las prácticas de ambos campos son producto de la elección entre alternativas, suele desconocerse que también son permeables a la influencia de procesos y/o centros de poder y decisión que están fuera del alcance y control de quienes deciden en los países. Ello se traduce en que, a partir de una decisión inicial, ya no sea tan claro que la estrategia elegida permita anticipar, tanto jurídica como económicamente, un conjunto cierto de escenarios alternativos.

- 1 Fecha de recepción: 5 de abril de 2017. Fecha de aprobación: 30 de julio de 2017. Para citar el artículo: Castellanos Obregón, F. (2017). Del Derecho a la Economía con Derecho: la relación Derecho - Economía revisitada, en *Revista Con-texto*, n.º 48, pp. 11-24. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n48.03>
- 2 Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos por el Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo-IAED; M. Sc. en Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, y obtuvo Diploma en Análisis Económico del Derecho del Externado de Colombia. Está adscrito como investigador al Grupo de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos y de la complejidad de los Contextos Emergentes de Desarrollo-Griesced. Ha realizado Indagaciones sobre limitaciones al desarrollo, transmisión internacional de la inflación, conflictos y dinámicas contemporáneas de migraciones y desarrollo en contextos regionales, problemáticas de economía ambiental, relaciones de poder e instituciones regionales y locales y pesquisas acerca de la relación Derecho - Economía. Correo-e: fcaste5@yahoo.es

**Palabras clave:** Frontera, elección racional, efecto de incentivo, efecto de inhibición, interrelación, permeabilidad.

## FROM THE RIGHT TO THE ECONOMY WITH LAW: THE LAW-ECONOMY RELATIONSHIP REVISITED

### ABSTRACT

Against all risks and uncertainties that the global order today entails, noted here in particular, that the borders that some writers persist in maintaining between the fields of law and economics, today turn out to be nonsense, because in practice are more fluid but in turn more complex than any supposed orthodoxy. Moreover, as economic, legal practice is also a social practice that produces either an incentive or a inhibition effects. Well understood things, the relationship between law and economics has very profound implications, for although from the conventional view practices both fields are the result of choice between alternatives, often unknown that are also permeable to the influence of processes and/or centers of power and control and decision outside the scope of those within countries decide. This translates into the fact that from an initial decision, it is no longer so clear that the strategy chosen to anticipate legally and economically a certain set of alternative stages.

**Keywords:** Border, rational choice, incentive effect, inhibiting effect, interplay, permeability.

### INTRODUCCIÓN

Para bien o para mal, las economías latinoamericanas han tenido una rápida transformación en los últimos años, particularmente, en la profundización de la acumulación de capital, creciente urbanización de la población, orientación hacia nuevas actividades económicas, extensión de la esfera de influencia del Estado e internacionalización de nuevos sectores productivos, comerciales y financieros. Frente a todos los riesgos e incertidumbres que el orden global de hoy comporta, se señala aquí, en particular, que las fronteras que algunos tratadistas persisten en mantener entre los campos del Derecho y la Economía carecen de sentido, pues, en la práctica, son más fluidas, aunque, a su vez, más complejas de lo que cualquier ortodoxia supone. Además, las prácticas jurídica y económica también son prácticas sociales que producen unos efectos de incentivo<sup>3</sup> o de inhibición<sup>4</sup>.

3 En otras palabras, el conjunto de acontecimientos que pueden ser manipulados por un agente decisor o por un conjunto de personas que toman una decisión con el fin de modificar los actos o las consecuencias de los actos elegidos por los otros agentes. Véanse, DUFFY y NEUBERGER (1976)

4 Entendidos como el conjunto de factores, frenos o sanciones que le impiden o inhiben a una persona de actuar.

Entendidas así las cosas, la interrelación entre Derecho y Economía tiene implicaciones muy profundas, pues si bien, desde el punto de vista convencional, las prácticas de ambos campos son producto de la elección racional entre alternativas, suele desconocerse que también son permeables a la influencia de procesos y/o centros de poder y decisión que están fuera del alcance y control de quienes deciden en los países. Ello se traduce en el hecho de que, a partir de una decisión inicial, ya no sea tan claro que la estrategia elegida permita anticipar, jurídica y económicamente, un conjunto cierto de escenarios alternativos.

Tenía razón JEFFREY SACHS (1998), cuando, a propósito del papel del Derecho y la Economía en el manejo de los mercados globales, enfáticamente manifestó:

*"... the global economy is too important to leave to just handling economists"* (SACHS, J. 1998)<sup>5</sup>.

CÉSAR RODRÍGUEZ (2002), en el prólogo al libro de DEZALAY *et alia* (2002), *La internacionalización de las luchas por el poder*, bien lo acota:

*"La economía global —al igual que las decisiones de política económica nacional, desde la fijación de la meta anual de inflación hasta la definición del contenido y el monto del gasto social (y por qué no, la determinación de la devaluación)— es un asunto público y por tanto, su manejo concierne no sólo a los 'expertos' sino a profesionales de diferentes disciplinas y a los ciudadanos en general"* (RODRÍGUEZ, C.A. 2002, 9).

Habiendo asuntos tan sumamente interesantes como los mencionados acerca de la relación Derecho - Economía y sus posibilidades, es importante tener en cuenta que la discusión no solo está circunscrita al ámbito del Análisis Económico del Derecho, desarrollado y practicado en EE UU, particularmente por la Universidad de Chicago, y que tan tímida-mente ha irrigado a nuestro continente, a través de posgraduados latinoamericanos, el cual, como bien dice DURÁN (1995), oferta:

*"... la necesidad de elaborar un estudio económico de parcelas del comportamiento humano, que no se habían considerado propiamente mercantiles, y que consecuentemente habían quedado al margen del estudio económico hasta las publicaciones, a partir de 1955, de Gary Becker para quien el análisis económico del derecho sólo presenta una definición económica del derecho. Cosa bien distinta de presentar un estudio de las relaciones entre Derecho y Economía"* (DURÁN, 1995, 706, 7).

- 5 *"La economía global es demasiado importante como para dejar su manejo sólo a los economistas"*, citado por RODRÍGUEZ C. A., en el prólogo al libro de DEZALAY, YVES y GARTH, BRYANT. *La internacionalización de las luchas por el poder*. Bogotá D. C.: U. Nacional/Isa, 2002 p. 9. Resulta interesante ver cómo después de considerarlo como un obstáculo para la efectividad del mercado, a partir de los 90, el Derecho se convirtió en condición necesaria para su funcionamiento. No se puede perder de vista que este fue el periodo de crecimiento del crimen organizado internacional y de las economías expeditas en los países de Europa del este, lo cual hizo aún más necesario para las economías capitalistas contar con cierto nivel de regulaciones para operar. Véase, al respecto, WARSH, D. *Economic Principals: Masters and mavericks of modern economics* (1993, 240).

## PLANTEAMIENTO Y DESARROLLO DEL TEMA

Como estudio formal, la Economía data de los últimos doscientos años. Antes de ello, los asuntos económicos eran abordados por la Historia, la Filosofía y el Derecho. De hecho, en Colombia, los principales programas de Economía, como es el caso de las universidades Nacional y Externado de Colombia, surgieron de "una costilla" de los clásicos programas de Derecho. Solo después de un largo distanciamiento, durante el cual la Economía alcanzó su identidad e independencia disciplinar, la madurez del proceso la ha llevado a volver por los fueros de las disciplinas maternas, en particular del Derecho. Se reestableció así la relación Derecho - Economía, que históricamente ha adoptado características diferentes, en dos tendencias principales: de un lado, se la considera separadas e independientes. Esta visión supone que no solo el cambio económico está en capacidad de provocar cambios en el Derecho, sino que, recíprocamente, mediante el Derecho, se puede intervenir en la Economía, dirigiéndola y gobernándola.

La otra tendencia ve una estrecha unidad entre Economía y Derecho, con importantes consecuencias para la Economía, el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología, toda vez que se entiende el Derecho como una variable dependiente de la Economía, y se considera que las transformaciones económicas provocan transformaciones en el Estado, en el Derecho y en la sociedad.

Desde esta última perspectiva, han sido varios los aportes de la Economía al Derecho: desde el enfoque marxista, que presentó al Derecho como la superestructura de una sociedad cuya infraestructura estaba caracterizada por el predominio de las relaciones económicas, pasando por las teorías de optimización de PARETO, hasta las propuestas de la jurimetría. Lo anterior surgió de la necesidad de realizar trabajos interdisciplinarios, para medir la administración de justicia con la racionalidad económica de la demanda/oferta, el costo/beneficio y la eficiencia, y que han permitido ampliar no solo la visión normativista del Derecho, sino las nuevas apuestas de otras disciplinas.

## LO SIEMPRE SOSLAYADO

Entre tanto, y en el marco de lo que ESTRADA (2007) ha llamado "*transnacionalización dentro de una nueva espacialidad capitalista*"<sup>6</sup>, la rápida transformación de las economías latinoamericanas, en los últimos años, ha puesto de relieve dos aspectos de dicho proceso jurídico-económico, que se presentan unidos en este punto: sus características y efectos de desigualdad y exclusión<sup>7</sup>, y su vocación de destrucción ambiental. Esto tiene una profundización de la acumulación de capital, la creciente urbanización de la población,

6 El concepto tiene que ver con la coyuntura mundial de reacomodamiento del capital en nuevas y múltiples inversiones, y ha sido introducido en Colombia por el profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la U. Nacional JAIRO ESTRADA, en ponencia sobre el tema.

7 Exclusión y marginalidad son algunos de los rasgos y tensiones producto de la transnacionalización de los mercados, al decir de FARIA (2001).

la orientación hacia nuevas actividades económicas, la extensión de la esfera de influencia del Estado y la internacionalización de nuevos sectores productivos, comerciales y financieros.

#### LA PROBLEMÁTICA DE LAS DESIGUALDADES Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL

En cuanto a lo primero, el problema de las desigualdades y la exclusión social, el finado profesor francés ROBERT CASTEL (2002), en disertación en la Universidad de Buenos Aires, dijo:

*“... Hay un rasgo que aparece en forma muy clara, aún para un observador externo, y es el agravamiento de las desigualdades. No se ve simplemente un avance de la pobreza, sino que lo que se observa es que capas enteras de la población, que durante muchos años participaban en procesos de ascenso social, primero sintieron que este proceso comenzaba a detenerse, e inmediatamente comenzaron a sufrir una experiencia de descenso, de retroceso, que aproxima a esta gente a grupos sociales que nunca habían despegado, a grupos sociales que habían estado siempre en situación de precariedad”* (CASTEL, 2002, 16).

#### LA PROBLEMÁTICA DE DESTRUCCIÓN AMBIENTAL

En cuanto a lo segundo, su vocación de destrucción ambiental, ESTRADA (ibid.) incluye también los elementos básicos de caracterización del proceso de transnacionalización y desnacionalización de la economía colombiana, que, a su juicio, configuran lo que él llama:

*“... el proyecto político de construcción de un nuevo orden jurídico-económico transnacional, cuyos componentes en su conjunto serían: 1) el nuevo régimen de inversión extranjera, 2) los regímenes especiales de comercio exterior, y 3) el aseguramiento de los derechos de propiedad del capital transnacional, y que constituyen el proceso de alistamiento y adaptación del orden jurídico-económico nacional a las demandas del nuevo orden global”* (ESTRADA, 2007, 1).

Se tejen así los hilos para pasar “de la época del ecologismo romántico a un ambientalismo empresarial”, como lo manifestó una funcionaria gubernamental<sup>8</sup>.

Tal vez sea útil mencionar que esta política:

*“... hace parte de una tendencia continental de desmontar los principales elementos de las políticas ambientales construidas durante una década en América Latina, nueva política ésta que incorpora temas como abrir los parques nacionales —antes promovidos como santuarios de flora y fauna excluidos del desarrollo— para pasar ahora a permitir actividades económicas lucrativas dentro de ellos, especialmente en cuanto tiene que ver con turismo, gran minería y, obviamente, explotación de recursos renovables, al deponer la exigencia de los licenciamientos ambientales de orden nacional”* (CASTELLANOS, 2010, 139).

8 Discurso de la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial ante la ANDI. Cartagena, agosto de 2002. Transcripción de grabación.

Un aspecto central de la política pública ha sido, históricamente, la omnipresencia rural y regional del conflicto armado, como el gran factor de afectación directa en el tema ambiental. En efecto:

*"... el impacto negativo surge a partir de la fragilidad de los ecosistemas de páramo y de selva húmeda como principales escenarios de las hostilidades y la dinámica de la economía de guerra asociada a los cultivos ilícitos, a la seguridad de los megaproyectos allí enclavados y a los violentos reordenamientos territoriales que se impulsan, y que han incluido desplazamientos forzados de población y la expropiación de tierras a campesinos y grupos étnicos" (ibid., 140).*

Es claro que debido al cruce e interacción de factores históricos, estructurales y coyunturales, de dinámicas nacionales e internacionales, y de motivaciones económicas, políticas y socioculturales:

*"... son más complejos y se desdibujan los bordes y los límites entre violencia política y delincuencia común, entre móviles económicos y móviles políticos y entre fines colectivos e intereses privados" (ibid., 8).*

Por ejemplo, según ESTRADA (2007) lo señala, en el contexto actual:

*"Las dinámicas del conflicto interno colombiano y del desplazamiento forzado, no pueden comprenderse ni explicarse sin relacionarlos estrechamente con los procesos de transnacionalización y de desnacionalización que incluyen el proyecto político de construcción de un nuevo orden jurídico-económico transnacional y la producción de una nueva espacialidad capitalista" (ESTRADA, 2007, 3).*

Siguiendo en esto a ESTRADA (2007), la producción de esa nueva espacialidad ha conducido, en primer lugar:

*"... a una gradual reorganización geográfica de los circuitos de acumulación de capital, que tienden a desplazarse de la región andina (de las ciudades de concentración industrial como Bogotá, Medellín y Cali) hacia las costas del Atlántico y del Pacífico, la Orinoquía y la Amazonía" (ESTRADA, 2007, 4).*

Ello, como señala el citado autor, fundamentalmente debido al hecho de que:

*"En estos territorios se encuentran importantes fuentes de una nueva acumulación de capital, de una 'reprimarización de la economía' sobre nuevos fundamentos que están en pleno proceso de organización, de acuerdo con la lógica capitalista: recursos de biodiversidad, fuentes de agua, recursos energéticos y minerales y nuevas agro-economías de plantación (palma africana, caña de azúcar, etc.) para la producción de agro-combustibles. La constitución de esta nueva geografía del capital explica, en buena medida, el núcleo duro de la fase de la violencia en nuestro país en los últimos quince años, pues ella ha demandado la ocupación de nuevos territorios, así como la desocupación o recuperación de otros; ciclo de violencia que además de producir una mayor concentración de la propiedad sobre la tierra, ha provocado en los últimos veinte años cerca de cuatro millones de desplazados y decenas de miles de víctimas en nuestro país. En efecto, los territorios objeto de disputas y de enfrentamientos*

*armados, coinciden con los territorios con valor geopolítico y ricos en recursos, donde se realizan o proyectan megaproyectos, o coinciden con zonas de cultivos ilícitos, lo cual permite afirmar que todos los grupos armados enfrentados y agentes sociales con intereses diversos, se articulan alrededor de, o persiguen, como medio o fin, el control de poderes económicos” (ESTRADA, 2007, 6).*

Esta perspectiva es bien diferente de la que adopta, por ejemplo, GUZMÁN (2006), en su libro *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*, donde la autora 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” (GUZMÁN, 2006, 46).*

La verdad, no creo que sea así, como tampoco lo creen otros autores. Contrario a lo que piensa la citada autora, se considera que el Análisis Económico del Derecho Ambiental:

*“... por sí solo no es suficiente como canalizador de conductas amigables con el entorno natural, toda vez que el valor de la naturaleza no se puede evaluar sólo en términos económicos dado que existen económicos y políticos que contribuyen a definir el valor de los recursos naturales, los cuales 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” (ESCOBAR, 2005, 126).*

De otra parte, como prueba de que no siempre priman los intereses económicos privados sobre los derechos colectivos, referido por LONDOÑO (2007, 9-11), traigo a colación la acción popular cuyo fallo inicial a favor concluyó el primer debate judicial sobre el tema de transgénicos en Colombia.

Dicha acción popular, como lo referiré de manera sucinta:

*“... tuvo por objetivo cuestionar, desde una visión de derechos colectivos, la omisión en que incurrió el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al no exigir a la empresa Monsanto Industria Colombiana, licencia ambiental para la liberación ‘semicomercial’ del algodón transgénico Bt. El hecho que dio lugar a la acción fue la autorización expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) a la empresa Monsanto, mediante Resolución 1035 de 2002, para la importación de 50.000 kilogramos de algodón Bt con destino a ensayos semicomerciales en 2.000 has en la región del Caribe colombiano. En la acción popular se manifestó la preocupación por el creciente ingreso al país de semillas y productos transgénicos. La argumentación se encaminó a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la aplicación del Principio de Precaución, principio de Derecho Internacional Ambiental reconocido en la Ley 99 de 1993, que establece según la Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, artículo 13, que ‘la falta de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces’. En la*

*demanda se solicitó expresamente la suspensión de la autorización otorgada por el ICA y en su lugar se solicita que la empresa Monsanto inicie el trámite de licencia ambiental ante el Ministerio. El 17 de octubre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló en primera instancia y la sentencia ordenó: i. Proteger los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la salud pública, a la libertad de consumo, a la participación de la comunidad en las decisiones que la afectan o que podrían afectarla y a la moralidad administrativa, ii. Suspender los efectos jurídicos de la resolución 01035; iii. Ordenar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial exigir a la empresa Monsanto Industria Colombiana el trámite de licencia ambiental previa a la importación de semillas transgénicas de algodón del tipo Nucot 33B; iv. Enviar copia a la Procuraduría General de la Nación para los fines disciplinarios referidos a la vulneración de la moralidad administrativa en el caso referido. Esta sentencia es de trascendental importancia, puesto que por primera vez una instancia judicial se pronunció sobre la introducción de cultivos transgénicos en el país, creando jurisprudencia sobre este polémico tema y dejando como precedente la obligación que tiene el Ministerio de Ambiente como autoridad nacional para ejercer su función de protección del ambiente en materia de bioseguridad” (LONDOÑO, 2007, 9-11).*

## EL DEVANEIO Y ACOMODAMIENTO DE LOS DOCTOS

Todos estos asuntos han llevado a la necesidad de satisfacer dos situaciones primordiales: 1) mejorar la capacidad de indagación y 2) mejorar la capacidad de análisis jurídico de los procesos económicos por parte de economistas y abogados, a lo largo y ancho del continente, en un intento por construir lo que SANDOVAL (2003, 184) llama “un discurso contrahegemónico”<sup>9</sup>, de manera que les permitiera, a nivel internacional (incluido el derecho internacional económico, ambiental y de los derechos humanos), llevar de mejor manera la “internacionalización de las luchas por el poder”<sup>10</sup> como funcionarios de gobiernos o en organizaciones no gubernamentales, firmas de abogados, centros de pensamiento o instituciones multilaterales como el BID, el FMI, el BM, la OCDE, la OMC o en redes de defensa de derechos humanos.

Si bien un nuevo tipo de economista está surgiendo, también un nuevo tipo de abogado, que busca trascender al abogado convencional, para imponerse otros quehaceres propios de quien actúa no solo dentro de una organización específica en su condición

9 El concepto es utilizado por CLARA SANDOVAL, en *Comentarios y alternativas a una propuesta sobre la consolidación de los estudios jurídicos críticos*, para señalar una de las maneras “como la concepción ortodoxa del derecho es resistida constantemente por concepciones heterodoxas que tratan de quebrar y desarticular sus estrategias discursivas puristas y que tratan de colonizar por ejemplo al derecho internacional”, incluido el económico. Véase, SANDOVAL, CLARA. La construcción de un discurso contra hegemónico del derecho en América Latina. En: GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y RODRÍGUEZ, CÉSAR A. (eds.). *Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá D.C., U. Nacional/Ilsa, 2003, p. 184.

10 YVES DEZALAY y BRYANT GARTH se preguntan, al respecto, por qué razones el saber económico y los mismos economistas han pasado a tener un lugar tan destacado en la política y la universidad latinoamericana, y cómo se mueven en el alto mundo de las instituciones multilaterales. Véase, DEZALAY, YVES y GARTH, BRYANT. *La internacionalización de las luchas por el poder*. Bogotá D.C., U. Nacional/Ilsa, 2002.

de litigante, sino como asesor en un ámbito de negocios y/o asuntos internacionales más amplio y lleno de opciones, retos y oportunidades<sup>11</sup>.

#### LA ESENCIA DEL DISCURSO CONTRAHEGEMÓNICO PROPUESTO

En la presentación de su curso de la Universidad de los Andes sobre Introducción a la Investigación Sociojurídica, CÉSAR RODRÍGUEZ resalta, al respecto, lo siguiente:

*“Las investigaciones interdisciplinarias sobre el derecho constituyen un campo en expansión que ha producido durante las últimas décadas —tanto en América Latina como en otras partes del mundo— algunas de las contribuciones más interesantes al estudio del derecho. Este amplio campo de investigación —al que se alude con frecuencia en nuestro medio con el adjetivo ‘socio jurídico’— combina los aportes no sólo de la sociología —como el término ‘socio jurídico’ pareciera indicar de forma estrecha— sino también de la teoría social, la historia, la antropología, la ciencia política y la economía. Diversos temas y métodos tomados de estas disciplinas convergen en el estudio de las instituciones jurídicas en el contexto social en el que ellas operan” (RODRÍGUEZ, 2002, 1).*

Dichos temas se refieren, entre otros aspectos contemplados, fundamentalmente a las siguientes problemáticas: derechos humanos; territorio, metropolización y conflicto; migración, globalización y derechos de ciudadanía; conflicto y poder; género y conflicto; comunidades y patrimonio; espacio público y organismos de participación ciudadana. Sin embargo, las cosas no les han salido, en muchos casos, como esperaban. Veamos.

#### OPACIDAD DE LOS LÍMITES Y LAS PRÁCTICAS

En el orden global actual, los límites entre el campo jurídico y el campo económico están cada día más difusos. Como lo trae a colación SUPLOT (2007), convencionalmente se ha creído que el Derecho es:

*“... el texto donde se escriben nuestras creencias básicas: creencia en una significación del ser humano, en el imperio de las leyes o en la fuerza de la palabra dada” (SUPLOT, 2007, 28).*

Sin embargo, tras el velo de la ciencia jurídica, descubrimos con SUPLOT (2007), y con profunda decepción, que el Derecho:

*“... es una herramienta capaz de servir para fines diversos y cambiantes” (SUPLOT, 2007, 28).*

11 El mercado internacional de “nuevas vocaciones profesionales”, dominado por las instituciones estadounidenses, ha ayudado a hacer realidad la ambición del establecimiento generador de la política internacional de construir una red internacional de profesionales de élite, no obstante que en el transcurso del proceso, los mecanismos sociales en los que la estrategia reposaba han venido siendo destruidos, en particular, los canales construidos mediante la existencia de viejos lazos académicos; sin embargo, las oficinas de abogados empresariales están proliferando en Latinoamérica.

Dada la marcada interinfluencia entre los dos campos, la autonomía del campo jurídico está limitada por el alcance coercitivo que tienen los discursos y las prácticas del campo económico. En efecto, en el marco del orden jurídico-económico global actual, el funcionamiento del campo jurídico se circunscribe, en gran medida, a la tensión que sobre él ejercen las prácticas económicas<sup>12</sup>. Es el sentido del Análisis Económico del Derecho, que remite toda regla a un cálculo de utilidad, que constituye la fuente y medida de su legitimidad<sup>13</sup>. Según esa perspectiva, lo único que cuenta son los derechos individuales<sup>14</sup>: derecho a la seguridad, a la intimidad, a la información, al respeto de la vida privada, a la dignidad, a un debido proceso, etc.

Así, analizando el ámbito de los derechos individuales, el Derecho desaparece como bien común, es decir, se difumina su cara objetiva. Por ejemplo, gracias a esta tendencia, somos impelidos, entonces, a reducir el Derecho al cálculo de intereses que actúan en el contrato, con el agravante de que, al hacerlo así, se destruye incluso la idea de contrato, como lo demuestra la teoría contemporánea del *efficient breach of contract*, según la cual:

“... no hay diferencia entre mantener la palabra y reparar las consecuencias de su quebrantamiento” (SUPIOT, 2007, 28).

De esa manera, cabe resaltar que el grado de autonomía del campo jurídico deviene limitado por su distancia, oposición y/o resistencia a las prácticas que rigen las relaciones económicas. En ese sentido, el orden jurídico-económico global, hoy, es el escenario propicio para el desenvolvimiento de los postulados económicos, dado que en su proceso de legitimación, las prácticas económicas han permeado al Derecho, que deviene entonces como derecho regulador de dichas prácticas y de los escenarios previstos por las organizaciones multilaterales, que, obviamente, son los escenarios donde las prácticas económicas se desenvuelven.

12 Ahora bien, hay juristas que no niegan que el Derecho tenga algo que ver con la justicia, pero solo para identificarla enseguida con la maximización de las utilidades individuales, siguiendo, al respecto, el economicismo dominante. La obra de RAWLS *Teoría de la Justicia* (México: FCE, 1979) debe mucho de su aceptación entre el público lector al hecho de atribuirle un fundamento contractual a la generalización del cálculo de la utilidad. G. BECKER expone, de una manera descarnada, esa forma de pensar la sociedad. Véase, BECKER, G. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

13 El movimiento *Law and Economics* busca, así, convencer a los juristas con un argumento que MARX no pudo imponerles: la necesidad de cimentar el Derecho sobre su base económica. El principal objetivo del movimiento es, entonces, referir cada regla del derecho contractual a una ley de la Economía: las incapacidades a la inestabilidad de las preferencias del actor racional, la violencia a la libertad de elección del actor racional, las obligaciones de información a la transparencia del mercado. La diferencia está en que el análisis marxista criticaba “la forma jurídica”, revelando su adecuación a las leyes de la Economía, mientras que esa adecuación embelesa a los adeptos del movimiento *Law and Economics*. Al respecto, véase POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998; Cooter, R. y ULEN, T. *Law and Economics*. 2. ed. Glenview-Illinois, Scott: Foreman & Cie, 1996.

14 Bajo la forma de derechos subjetivos.

Como lo menciona BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2002), son tres las innovaciones a nivel institucional incorporadas en el orden jurídico-económico global, como se enumera a continuación:

*"i) la existencia de una restricción de orden legal a la capacidad del Estado para intervenir más allá de lo necesario para mantener el normal funcionamiento del mercado; ii) la inclusión de un régimen estricto de protección a la propiedad de inversionistas extranjeros y a la propiedad intelectual; y iii) subordinación del Estado a las agencias financieras multilaterales como lo son el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial"* (BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, 2002, 314).

Uno de los más claros ejemplos de la tercera innovación a nivel institucional, incorporados en el orden jurídico-económico global, fue el caso de México, que en 1982 aceptó ser rescatado por estos organismos financieros multilaterales. Sin embargo, dicho rescate o préstamo estuvo condicionado por una serie de cambios en su política económica y legal interna y externa.

Es por ello que el análisis, al momento de adoptar decisiones en estos diversos dominios, se reduciría, como BROWN (2005) lo dijo, *"a una evaluación de costos, beneficios y utilidad"* (BROWN, 2005, 43).

Precisando con NUSSBAUM (1997), el tipo de análisis costo-beneficio propiciado por la economía, según la autora:

*"... se da por sentado volviéndose familiar en la decisión pública, puesto que supone, entre otros criterios, un compromiso con la maximización, en otras palabras, un marcado empeño en considerar la racionalidad tanto individual como colectiva (social) como dirigida exclusivamente a obtener la mayor cantidad posible de algo, trátese ya sea de la riqueza, la satisfacción de preferencias y deseos, del placer o de ese elusivo ítem que es la utilidad"* (NUSSBAUM, 1997, 33-40)<sup>15</sup>.

En otras palabras, tierras, conocimiento y recursos deben disponerse para aquellos inversionistas que estén dispuestos a pagar más por ellos o darles *"un uso más eficiente"*. Una forma eufemística de decir que deben disponerse para los agentes económicamente más poderosos en el sistema: las compañías transnacionales, creando una nueva aproximación al concepto de espacialidad del capital.

## CONCLUSIONES

Las fronteras que algunos tratadistas persisten en mantener entre los campos del Derecho y la Economía resultan ser, hoy por hoy, un sinsentido, pues, en la práctica, son más

15 Traducción del autor. El texto original es el siguiente: *"{The type of cost-benefit analysis led by the economy} is assumed becoming familiar in public decision, since it involves, inter alia, a commitment to maximizing, in other words, a marked effort to consider the rationality individually and collective (social) as directed specifically to obtain the largest possible amount of something, whether either of wealth, satisfaction of preferences and desires, pleasure or for that elusive item that is the usefulness". Véase, NUSSBAUM, M. Poetic Justice. Boston: Beacon Press, 1995.*

fluidas, aunque, a su vez, más complejas de lo que cualquier ortodoxia supone. Al igual que la económica, la práctica jurídica es una práctica social que produce unos efectos, bien sea de incentivo o de inhibición.

Entendidas así las cosas, la interrelación entre Derecho y Economía tiene implicaciones muy profundas, pues si bien, desde el punto de vista convencional, las prácticas de ambos campos son producto de la elección entre alternativas, suele desconocerse que también son permeables a la influencia de procesos y/o centros de poder y decisión que están fuera del control y el alcance de quienes deciden en los países. Ello se traduce en el hecho de que, a partir de una decisión inicial, ya no sea tan claro que la estrategia elegida permita anticipar, jurídica y económicamente, un conjunto cierto de escenarios alternativos.

Habiendo asuntos tan sumamente interesantes como los mencionados acerca de la relación Derecho - Economía y sus posibilidades, al respecto, le ha hecho mucho daño a la discusión pensar que solo está circunscrita al ámbito del Análisis Económico del Derecho desarrollado y practicado en EE UU, particularmente por la Universidad de Chicago, y que tan tímidamente ha irrigado a nuestro continente, a través de posgraduados latinoamericanos. Al fin de cuentas, *"el análisis económico del derecho sólo presenta una definición económica del derecho. Cosa bien distinta de presentar un estudio de las relaciones entre Derecho y Economía"*, como lo manifiesta BECKER, uno de sus principales autores.

Han sido varios los aportes de la Economía al Derecho: desde el enfoque marxista, que presentó al Derecho como la superestructura de una sociedad cuya infraestructura estaba caracterizada por el predominio de las relaciones económicas, pasando por las teorías de optimización de PARETO, hasta las propuestas de la jurimetría, por la necesidad de realizar trabajos interdisciplinarios para medir la administración de justicia con la racionalidad económica de la demanda/oferta, el costo/beneficio y la eficiencia. Esto ha permitido ampliar no solo la visión normativista del Derecho, sino las nuevas apuestas de otras disciplinas.

Un discurso contrahegemónico ha surgido por parte de economistas y abogados, a lo largo y ancho del continente, de manera que les permitiera, a nivel internacional (incluido el derecho internacional económico, ambiental y de los derechos humanos), llevar de mejor manera la "internacionalización de las luchas por el poder.

Si bien un nuevo tipo de economista está surgiendo, también un nuevo tipo de abogado, que busca trascender al abogado convencional, para imponerse otros quehaceres propios de quien actúa no solo dentro de una organización específica en su condición de litigante, sino como asesor en un ámbito de negocios y/o asuntos internacionales más amplio y lleno de opciones, retos y oportunidades.

Las investigaciones interdisciplinarias que han surgido se refieren a problemáticas como las siguientes: derechos humanos; territorio, metropolización y conflicto; migración, globalización y derechos de ciudadanía; conflicto y poder; género y conflicto; comunidades y patrimonio; espacio público y organismos de participación ciudadana.

Dada la marcada interinfluencia entre los campos del Derecho y la Economía, la autonomía del campo jurídico está limitada por el alcance coercitivo que tienen los discursos y las prácticas del campo económico.

En el marco del orden jurídico-económico global actual, el funcionamiento del campo jurídico se circunscribe, en gran medida, a la tensión que sobre él ejercen las prácticas económicas.

Las prácticas económicas han permeado al Derecho, que deviene, entonces, como derecho regulador de dichas prácticas y de los escenarios previstos por las organizaciones multilaterales, que obviamente son los escenarios donde las prácticas económicas se desenvuelven.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BECKER G. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- BROWN, W. *Edgework: Critical Essays on Knowledge and Politics*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2005.
- CASTEL, R. *Empleo, exclusión y las nuevas cuestiones sociales*. Buenos Aires: UBA/Manantial, 2002.
- CASTELLANOS OBREGÓN, F. L. *Conflicto y desplazamiento en el Eje Cafetero: dinámicas regionales, eficacia de la protección, habitus y estrategias de los desplazados*. Tesis doctoral. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- DEZALAY, Y. y GARTH, B.G. *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Bogotá D.C.: U. Nacional/Ilsa, 2003.
- DUFFY, W. y NEUBERGER, E. *Comparative Economic Systems: a Decision –Making Approach*. Boston: Allyn and Bacon Inc., 1976.
- DURÁN Y LALAGUNA, PALOMA. *Sobre el análisis económico del Derecho*. En: *Anuario de Filosofía del Derecho XII*. Castellón, 1995.
- ESCOBAR, A. *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*. Santafé de Bogotá: Editorial Norma, 1998.
- ESTRADA, JAIRO. *Transnacionalización y nueva espacialidad capitalista. Elementos de la economía política de la inversión extranjera en Colombia*. Ponencia en la VI Conferencia Internacional de Estudios Americanos. La Habana, Cuba, 2007.
- FARIA, J. E. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta, 2001.
- LONDOÑO, B. *El primer fallo sobre transgénicos en Colombia: los retos y dificultades de las decisiones judiciales de interés público*. Bogotá D.C.: Ilsa, 2007.
- NUSSBAUM M. *Poetic Justice*. Boston: Beacon Press, 1995.
- POSNER R. *Economic Analysis of Law*. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.
- RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*. México: FCE, 1979.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. *Curso de introducción a la investigación socio jurídica*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, 2002.

- SACHS, JEFFREY. Globalization and the rule of law. Yale Law School, Occasional Papers, Second Series, Number 4, 1998.
- SANDOVAL, CLARA. La construcción de un discurso contra hegemónico del derecho en América Latina. En: GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y RODRÍGUEZ, CÉSAR A. (eds.). Derecho y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá D.C.: U. Nacional/ Ilsa, 2003.
- SANTOS, B. de S. Towards a New Legal Common Sense. New York: Cambridge University Press, 2002.
- SUPIOT, Alain. Homo Juridicus. Argentina: Siglo XXI Editores, 2007.
- WARSH, D. Economics Principals: Masters and mavericks of the modern economics. New York: The Free Press, 1993.