

TEMA I

INCIDENCIA DE LA ECONOMÍA EN EL DERECHO

Coordinador Internacional

PROF. ESC. ROQUE MOLLA CAMACHO (URUGUAY)

Coordinador Nacional y ponente

NOT. IGNACIO SOTO SOBREYRA Y SILVA (D.F.)

ÍNDICE

1. Análisis de las causas y consecuencias de la influencia de la economía en el sistema jurídico, especialmente en situación de emergencia	117
La evolución de la ciencia económica y su relación con el derecho	117
2. Interacción de ambas esferas, análisis de las causas y consecuencias	128
La economía en relación con el derecho: el Análisis Económico del Derecho como tópico de investigación y su aplicación	128
Conclusiones	141
3. Investigación de los mecanismos por medio de los cuales se produce dicha interacción.	143
Bibliografía y sitios consultados	146

TEMA I

INCIDENCIA DE LA ECONOMÍA EN EL DERECHO

Not. Ignacio SOTO SOBREYRA Y SILVA

I. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA INFLUENCIA DE LA ECONOMÍA EN EL SISTEMA JURÍDICO, ESPECIALMENTE EN SITUACIÓN DE EMERGENCIA

La evolución de la ciencia económica y su relación con el derecho

En 1932 Lionel Robbins en su Ensayo sobre la Naturaleza y Significación de la Ciencia Económica, redefinió el campo de la economía como “la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre medios escasos que tienen usos alternativos”. En esta definición de Robbins, como en todas las definiciones de cualquier ciencia social, es el elemento humano el que las determina.

Aunque en el siglo XVIII se puede ubicar el comienzo formal del análisis económico en su situación clásica, fueron los griegos los que nos legaron la palabra “economía”, limitando su significado a la administración doméstica. Después de la Edad Media la economía fue considerada como un subconjunto de la filosofía moral; en el siglo XVII destaca la metodología desarrollada por William Petty, médico, poeta y economista inglés, denominada “aritmética política” la cual representa una base de la econometría. Petty conceptualiza cada problema económico como parte de un conjunto mayor, es decir, tiene una conceptualización sistémica de la ciencia, por lo que Marx lo considera el fundador de la economía moderna. Es a mediados del siglo XVIII que surge en Francia otra corriente a través de la

cual se propone un esquema coherente del funcionamiento del sistema económico: la fisiocracia, que quiere decir gobierno de la naturaleza, los que consideraban que había un orden natural para todas las cosas que incluía a la sociedad y al sistema económico. A finales del siglo XVIII la disciplina adquiere su forma moderna bajo el nombre de economía política y continuó experimentando cambios en el siglo XIX, en el que aparecieron varias corrientes heterodoxas; es a lo largo del siglo XX en el que gracias a su profesionalización y aceptación el término economía ha venido a representar un concepto admitido ampliamente y el cual representa "...un cuerpo de principios y un método de investigación que ahora puede denominarse corriente principal".¹

Pero ¿de qué manera incide la economía en el derecho?, ¿cuál es la relación de la primera con el segundo?, o, mejor dicho, históricamente ¿cuáles han sido las circunstancias que propician esta incidencia o relación?, que evidentemente obedece a las condiciones particulares de producción en cada etapa de la evolución social. Debido a que en el presente trabajo este es el planteamiento central, mencionaremos de manera sucinta cómo se ha dado esta influencia o relación en las distintas épocas y qué la ha determinado en cada una, si la economía o el derecho.

Lo que los antiguos griegos aportaron a la economía fue una aproximación racional a la ciencia social. Ésta se podría describir como el premercado, en el sentido de que los productos no eran uniformes ni se comerciaban por medio de intercambio organizado; su sistema económico era básico y simple ya que el interés particular era por las capacidades autorreguladoras de los individuos que enfrentaban la toma de decisiones racionales y con la maximización de la felicidad humana. En una de las dos ideas (contradictorias entre sí) sobre el individualismo la cultura griega relaciona de manera poco contundente la economía con el derecho: por una parte un gobernante autoritariamente tenía el poder para tomar decisiones administrativas en nombre de los intereses de la sociedad, lo que lleva a la idea del individuo definido de manera abstracta, como la unidad social básica. Por otra parte cada familia era patriarcal, lo que llevó al desarrollo del ciudadano individual como quien tomaba las decisiones. Toda vez que el elemento central era el control

¹ Ekelund, Robert B., Hérbert, J R. Robert F. "Historia de la Teoría Económica y de su Método". Ed Mc Graw Hill, Tercera Edición España.

humano, lo que se desarrolló fue el arte de la administración más que la economía, centrado en el desenvolvimiento de un cálculo hedonístico del egoísmo racional.

Dentro de las contribuciones de los griegos destaca la de Jenofonte el cual centró sus estudios en la capacidad humana dirigida por un buen liderazgo, ello como variable principal de la administración. Para Jenofonte el incremento en el tamaño del excedente económico de cualquier unidad (familia, ciudad, Estado, etc.) se lograba mediante la habilidad, el orden y la división del trabajo, este último elemento se convierte en el eje del crecimiento económico de los escritos de Adam Smith. Por su parte, Platón si bien comparte con Jenofonte un elemento común que es el elemento humano como variable primaria de la economía política y del arte de gobernar, analizó toda la estructura política y económica del Estado, se interesó por el máximo de la combinación de gobierno-economía, poniendo en claro en este binomio el imperativo moral de la justicia.

Para Jenofonte quienes perseguían el beneficio eran buenos administradores mientras que Platón vio al beneficio y al interés como amenazas al status quo. Éste concebía un Estado con fundamento en el liderazgo sabio y eficiente en donde sus líderes tendrían que estar fuera de toda corrupción. Por tanto y debido a su concepción de la mejor sociedad como algo absoluto y estático, cualquier cosa que amenazase dicho status era considerado como una amenaza al bienestar social. Por ello el filósofo suponía que todas las formas del comportamiento adquisitivo, incluido el beneficio y el interés, eran potencialmente destructivas, por lo que las prácticas económicas deben estar sujetas a un control administrativo.

Contrariamente al absolutismo de Platón, Pitágoras sustentó un relativismo basado en una participación más democrática de los ciudadanos en la determinación de lo que constituía el bienestar social y cómo lograrlo. Contra la autoridad absoluta, Pitágoras creía en el sentido común frente a la ciencia y en la experiencia social práctica de la humanidad, contraponiéndose a las doctrinas de los teóricos morales y políticos de la época.

Por su parte y contrariamente a su maestro, Aristóteles favoreció la idea de una economía mixta que permitía un mayor juego de los incentivos económicos; defendió la propiedad privada para todas las clases sobre la base de que promueve la eficiencia económica, engendra la paz social y estimula el desarrollo de carácter moral. El gobierno de la época de Aristóteles funcionaba en gran medida

como una economía distributiva, por lo que el tema central de su interés era la distribución con equidad; el análisis aristotélico sobre el comercio se basaba en el intercambio como un proceso bilateral en el que ambas partes verían incrementado su bienestar como resultado del propio intercambio. Hay que resaltar en esta visión que la noción de reciprocidad en la cual se basa el intercambio, define un análisis más jurídico que comercial.

La contribución de los griegos al análisis económico es, como se mencionó, una aproximación racional a la ciencia social. Sus ideas abarcaron desde los valores microeconómicos de la unidad familiar básica de consumo y producción, hasta los valores macroeconómicos de la felicidad y autosuficiencia de la colectividad ciudadana. Desde estos dos enfoques, en la presencia de un ente regulador de las relaciones, individuales o colectivas, de la actividad administrativa o económica, está inherente la presencia de la justicia en una actividad que distribuye con equidad. No obstante, los griegos no perciben el mercado como mecanismo que se autorregula, siendo su marco analítico antropocéntrico y limitado a lo administrativo.

Por su parte los romanos fueron los grandes contribuyentes del derecho a la historia de la humanidad, éste regulaba las relaciones comerciales entre ciudadanos y no ciudadanos; el cuerpo jurídico de la especie de derecho común desarrollado, se convirtió en almacén de principios económicos los cuales serían punto de partida para el análisis económico en la Edad Media. Grandes aportaciones del derecho romano han sido piedra angular en sistemas legales del mundo occidental como son el derecho de propiedad y los contratos; asimismo, el concepto de derecho natural rastreado hasta Aristóteles, fue utilizado en el derecho romano como piedra de toque para determinar la validez de la ley humana. Por último la teoría moderna sobre la corporación se remonta hasta el derecho romano. En términos generales, se puede afirmar que el marco jurídico en el que se sitúa la economía posteriormente lo aportó el derecho romano.

Desde los griegos hasta finales de la Edad Media los fundamentos de la estructura económica de occidente presentaron pocos cambios. Tanto el sistema comercial griego como el feudalismo europeo se caracterizaron por economías pequeñas, aisladas y autosuficientes con bajos niveles de producción y poco capital, características poco propicias para fomentar el intercambio de mercado. Los escritos

de los eruditos de las épocas señaladas se centran principalmente en el aspecto jurídico más que en el origen de los precios, ya que las actividades económicas se presentan como consecuencia de las relaciones sociales prevalecientes y se enmarcan dentro del conjunto de normas morales reguladoras de las relaciones sociales, las que han sido la columna vertebral en el devenir histórico.

En este sentido, no se podría determinar de manera concluyente si la economía incide al derecho o viceversa, ya que una distinción de los humanos sobre el resto de los seres vivos es el sometimiento voluntario a la autoridad de la ley y el respeto al derecho de los demás. Es esta característica lo que nos permite realizar transacciones comerciales, como todas las actividades inherentes a la condición humana.

Aquí, en esta primera etapa formal de la economía, es pertinente analizar el significado del término economía política. El biólogo M.T. Ghiselin aplicó dicha expresión al "...estudio de los comportamientos que, por estar sometidos a un ordenamiento jurídico, fuesen exclusivos de los seres humanos".² No obstante, se ha argumentado en contra que los animales también someten su comportamiento a un ordenamiento cuasi-jurídico, aunque no racionalmente y por otra parte, los seres humanos pueden adoptar sus decisiones eludiendo la ley.³ Para Roberto Ferrer de la Universidad de Los Andes, en su ensayo "Economía, Política y Economía Política: Una Nota", relacionar la política con la economía/economía política "...tiene que ver con el hecho de que las teorías económicas prevalecientes dan forma a la manera en que las figuras políticas actúan para reestructurar (o al menos intentar) la sociedad en la que estamos insertos"⁴ para lo cual menciona como un buen ejemplo a John Maynard Keynes por su influencia intelectual sobre esferas políticas mundiales en los años treinta y hasta su muerte.

Ferrer define a la economía política como "...aquellas conceptualizaciones que explícitamente dan cuenta de los factores políticos e institucionales que influyen cualquier formulación teórica"⁵. En

² Enciclopedia Multimedia Virtual Interactiva: La ciencia de la economía. ¿Qué es la economía?, pág. 3 <http://www.eumed.net/coursecon/1c/que-es-la-economia.htm>.

³ Desde el punto de vista jurídico sí es muy importante la voluntad, no sólo la jurídica sino incluso la voluntad interna o psicológica, pues es en esos principios en los que descansa la Teoría Clásica del Hecho Jurídico.

⁴ Ferrer Roberto: "Economía, Política y Economía Política: Una Nota", en Contribuciones a la Economía, febrero 2006, pág. 2. Texto completo en <http://www.eumed.net/ce/>

⁵ *Ob Cit* Pág. 3

su ensayo menciona que muchos autores no establecen distinción alguna entre los términos economía y economía política; en todo caso, si tomásemos el concepto amplio de economía que nos legaron los iniciadores, ambos términos hacen referencia a la misma cosa, puntualizando que el segundo término da cuenta de "...una forma completa de teoría organizada, mientras que el primero es el símbolo (como en sintaxis) utilizado para hacer referencia a la escuela particular (i.e. ortodoxa) en boga."⁶

La participación del Estado en la actividad económica de los países a través de las instituciones que de él emanan, se convierte en figura depositaria del poder soberano que garantice el bien público a través de conciliar los diversos intereses económicos, políticos y sociales. La actividad del Estado para equilibrar los intereses económicos se da a través de un papel regulador que permita, mediante políticas públicas, el desarrollo con equidad de la sociedad que representa, para lo cual establece un orden jurídico. En el devenir histórico, las características políticas de dicho ente han definido los límites de su carácter regulador en la actividad económica correspondiéndose siempre con un marco legal.

Al respecto es pertinente citar a George Jellinek en su Teoría General del Estado: "... El Derecho, no es sino el mínimo ético que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo. Este Derecho conviene que sea elaborado de un modo sistemático por una voluntad siempre la misma, de suerte que favorezca los intereses que está llamado a amparar y auxiliar. Este es el fin del estado y su justificación, el de favorecer los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común."⁷ El autor afirma que el Estado tiene dos aspectos bajo los cuales puede ser conocido y considerado: uno es el social y otro es el jurídico.

Los cambios institucionales acaecidos a principios del s. XVI harían que los próximos tres siglos fueran distintos a la anterior época del feudalismo. Una característica de los cambios fue la aparición de naciones-estados fuertes y centralizadas lo que está estrechamente relacionado con la figura de un Estado regulador de la actividad económica; de hecho, el término mercantilismo frecuentemente se

⁶ *Ob. Cit* Pág 4

⁷ Méndez Beltrán, Thanya Patricia "Análisis Estructural de la Teoría del Estado" en página de Internet: <http://www.monografias.com/trabajos17/teoria-del-estado/teoria-del-estado2.shtml>.

aplica al medio intelectual e institucional que acompañó al ascenso de la nación-estado.

En una aproximación política, el mercantilismo se considera como un proceso histórico importante en el cual se concentra la dinámica de los intereses en competencia y "...en su papel para definir las instituciones económicas y políticas..."⁸ El interés por el mundo real caracterizaba a los mercantilistas, la justicia y la salvación ya no representaban un papel primordial en sus escritos económicos, ahora las cosas materiales constituían el principal fin de la actividad humana; en general los autores del período se interesaron por una finalidad económica y objetiva. "...Y aunque su objetivo social general del "poder del Estado" era subjetivo, sus opiniones sobre el funcionamiento del sistema económico eran un reflejo claro de los hábitos de pensamiento del mundo real."⁹ Los preceptos de la "ley divina" que prevalecieron en la época medieval, fueron sustituidos por la concepción de una ley natural que gobernaba la organización social y para reforzar esta idea, hay que señalar lo que Eli Heckscher autoridad reconocida en el período decía "En los argumentos de los mercantilistas no había mucho de mística...no apelaban, en general, a los sentimientos, sino que aspiraban, manifiestamente, a encontrar los fundamentos racionales de cada uno de los puntos de vista por ellos adoptados."¹⁰

La ganancia material del Estado constituía un elemento constante de los intereses relacionados con el mundo real, para lo que serían utilizados como medios los recursos de la sociedad, a fin de promover el principal objetivo de enriquecimiento y el bienestar de la nación-estado, concretándose en ello el principal interés de aumentar el poder del Estado, tanto política como económicamente. Así, la consolidación del poder tomó la forma de exploraciones, descubrimientos y colonizaciones en un afán de los estados de expandir su poderío comercial y las finanzas internacionales, introduciéndose con ello la primera conciencia real de la importancia monetaria y política del comercio internacional, además de suministrar a la política económica un concepto de balanza comercial.

En este contexto y temiendo un exceso de libertad, el Estado constituyó el pilar fundamental para planificar y regular la vida económica y mediante el diseño de políticas especiales fueron promo-

⁸ Ekelund, Robert B., Hébert, J R Robert F. "Historia de la Teoría Económica y de su Tiempo" Tercera edición, pág 44 Ed. Mc Graw Hill. Madrid, España. 1992

⁹ *Ob Cit* Pág. 46

¹⁰ *Ob Cit* Pág 46

vidos los intereses de la nación-estado. En este período la influencia de la economía en el derecho es manifiesta, constituyéndose el marco legal en instrumento al servicio del fortalecimiento de la nación-estado, no sólo al interior de los territorios nacionales, sino con otros países en el contexto del comercio internacional. Los intereses de las clases poderosas confluyeron en la cuestión de las políticas nacionales relativas al trabajo y a los salarios bajo un argumento amoral de mantener salarios bajos y una población creciente, en el deseo de mantener una desigual distribución de la renta apenas suficiente para mantener la subsistencia de la clase trabajadora, a lo que Edgar Furniss llamó la “utilidad de la pobreza”.

La regulación económica en los niveles local, nacional e internacional tomó la forma que imperó en el mercantilismo inglés en el marco de un “...sistema de legislación casuística que otorga privilegios a grupos exclusivos, colegiados, de negocios y gremiales, otorgando privilegios oligopólicos basados en leyes, reglamentos, disposiciones ejecutivas, etc. que caracterizan el sistema mercantilista.”¹¹ Cabe mencionar que el mercantilismo desarrollado en Francia llevó el sello personal del hombre que conformó su política Jean Baptiste Colbert, distinguiéndose éste por un alto grado de centralización y un eficiente sistema de fiscalización.

Adam Smith es considerado como el padre de la economía porque fue ante todo el constructor de un sistema general de análisis y sus logros impulsaron el campo de la economía a su transformación en una disciplina formal y autónoma de la investigación científica, lo que marcó el comienzo de lo que se denomina el período clásico del pensamiento económico. Los principios sostenidos por Smith se basaban en la creencia de la libertad natural (*laissez faire*) y la importancia del crecimiento económico como medios para mejorar las condiciones de existencia del ser humano; tenía la convicción de que el mundo económico existe en armonía natural, lo que hace que la interferencia del gobierno sea innecesaria e indeseable, en el contexto de una economía autorregulada que funcionara dentro de un sistema de mercado, limitando el papel del gobierno a la administración de justicia, la seguridad en la defensa nacional y la administración de los bienes públicos.

Los economistas clásicos se vieron obligados a tratar las consecuencias de las formas emergentes de la competencia industrial y

¹¹ Ayau, Manuel F: “Mercantilismo versus Mercado”. Página de Internet. <http://www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/web/topic-735.html>. Pág. 1.

de mercado al no proporcionarse resultados óptimos en cuanto al mejoramiento de la pobreza, higiene personal, despilfarro, etc., temas en lo que se hacía necesario para su tratamiento llevar a cabo modificaciones legales y legislativas que proporcionaran incentivos para alcanzar soluciones económicas y sociales más deseables. En este sentido, el pensamiento de John Stuart Mill más que el de sus contemporáneos “abarcó el advenimiento de la democracia representativa y su recurso al Estado para lograr la igualdad de circunstancias”¹². Mill estaba esperanzado en un nuevo compromiso entre los seres humanos y su entorno, y confiaba en que la educación y la herencia liberal de Inglaterra obrarían positivamente para que los ciudadanos llegaran a compartir la libertad y la propiedad de manera más equitativa.

Esta inquietud expresada claramente en la aportación de J.S. Mill resume de manera clara el aspecto recurrente a lo largo de la historia de la economía y las ciencias sociales, especialmente del derecho; en este sentido los historicistas alemanes promovieron una política social que mejorara la condición de los trabajadores y es en este contexto que surge el pensamiento de Marx que ejerció una profunda influencia en el s. XX y sobrepasó el aspecto económico.

En el s. XX resurge el interés de los economistas por la teoría macroeconómica y monetaria, y es el británico John Maynard Keynes el más famoso y más influyente teórico de la economía en el referido siglo. El pensamiento keynesiano proponía un planteamiento diferente de la macroeconomía poniendo énfasis en la política fiscal lo que dominó la política económica de los Estados Unidos y otros países de occidente, especialmente en los años cincuenta y sesentas. La participación del gobierno era sustantiva en la política fiscal y en el gasto, con lo que podía influir en el ciclo económico; obviamente el éxito de las políticas instrumentadas presuponía un considerable aparato gubernamental. Sin embargo, los mismos principios keynesianos que convirtieron a la economía en un economía a prueba de deflación o depresión, es posible que la hayan inclinado a la inflación, lo que se puso a prueba con acontecimientos como la guerra de Vietnam, la cual fue financiada en gran medida con déficit, llevó a grandes tasas de crecimiento del stock monetario creando grandes y persistentes problemas de inflación, lo que hace resurgir el interés por el monetarismo.

¹² Ekelund, Robert B., Hébert, J.R Robert F.: “Historia de la Teoría Económica y de su Tiempo”. Tercera edición, pág. 239 Ed. Mc Graw Hill Madrid, España, 1992

Para los monetaristas la economía debe ser estable y autorregulada; el papel del gobierno (especialmente el de los bancos centrales o reserva federal) se remite a propiciar un entorno predecible y estable para que los procesos económicos fluyan sin obstáculos. Durante los años setentas y ochentas, surgió una nueva visión de la macroeconomía a cuyos autores se les denominó economistas de oferta. Su propuesta se centra en las reducciones de impuestos y gasto, así como un presupuesto equilibrado como un importante aspecto fiscal, esperándose la creación de mayores incentivos para ahorrar e invertir. La reducción de subsidios dirigidos al bienestar social, la desregulación de la industria, incluyendo la disminución de las normas que afectan a los negocios y el énfasis en los programas privados de formación profesional conforman parte de su prescripción política.

Los nuevos planteamientos económicos están muy cerca de las ideas de Adam Smith y de muchos de los economistas clásicos en los que la mínima intervención del Gobierno es condición necesaria para fomentar la riqueza de una nación.

Como se muestra en el breve esbozo presentado de las principales teorías económicas en el desarrollo de la humanidad y su relación con el derecho, a través de la participación del Estado, el planteamiento de las mismas ha obedecido a las condiciones particulares de producción en el devenir histórico de las sociedades, lo que a su vez ha determinado las relaciones sociales y los esquemas jurídicos en las que se han desenvuelto. Dichas teorías se han aplicado soslayando el objetivo real de la economía que es la producción de bienes y servicios en aras de la excesiva utilidad del capital, olvidando el sentido fundamental de la ciencia social que es la equilibrada o justa distribución de la riqueza entre todos los miembros de la sociedad.

En un mundo cada vez más globalizado, entendiéndose por ello la expansión de empresas y mercados a dimensiones mundiales rebasando las fronteras nacionales, en el cual los países más desarrollados o llamados del "primer mundo" se fortalecen más y los menos desarrollados se quieren subir en el tren de la modernidad económica para tratar de alcanzar, si no niveles de crecimiento económico similares a los de los primer mundistas, por lo menos encauzar sus economías y fortalecerlas para no sentirse excluidos de los beneficios de la misma. Si bien es cierto que algunos países como China y la India, con marcados rezagos hace 20 años, han alcanzado rápidos crecimientos y la reducción de la pobreza, aprovechando las ventajas de la globalización, también es cierto que ésta ha generado

un aumento en la inequidad social y la degradación ambiental. El gran enigma de nuestros tiempos pareciera ser la relación pobreza con desarrollo.

En los países que integran América Latina, a finales de la década de los años setentas, el modelo cerrado de sustitución de importaciones alcanzó sus límites con endeudamiento externo, altas tasas de inflación, déficit público y empresas poco competitivas. Con diferencias entre cada uno, en la década de los ochentas los modelos para el desarrollo empezaron a cambiar en dirección de una economía liberada; el papel del Estado se modifica a una limitada intervención, para lo cual desincorpora las empresas públicas, se inician procesos de desregulación, liberalización de la economía y apertura comercial. Asimismo, se inicia el proceso de integración al proceso económico internacional y de intercambio comercial, con la suscripción de acuerdos, y se emprenden procesos de integración a organismos de cooperación internacional.

No obstante, en el proceso de globalización las debilidades estructurales se pusieron de manifiesto con la detonación de crisis financieras internas y externas que acarrearón altos costos económicos y sociales, así como retrocesos en el crecimiento. Las repercusiones adversas sobre los precios del financiamiento y los flujos de capital de otros países se manifestaron ostensiblemente en la crisis mexicana de 1994-1995 denominada “efecto tequila”, la que tuvo un impacto en la región y en varios mercados emergentes. Las consecuencias de la crisis fueron indicadores económicos poco alentadores, grandes problemas sociales, debido al incremento de la pobreza, levantamiento en armas de grupos indígenas en el sur del país, incremento del desempleo a más de un millón de personas, un millón de cuentahabientes que se negaron a pagar, incremento del tipo de cambio con el dólar, inflación de 50% anual.

Las consecuencias de las crisis económicas al impactar la riqueza de un país incide directamente en la sociedad y por ende en el sistema jurídico. En el aspecto social con el incremento de la pobreza y al reducirse la oferta de empleo el impacto se traduce en el aumento de la delincuencia y los conflictos sociales. Al incrementarse las tasas de interés la incapacidad de pago de los cuentahabientes se traduce en una quiebra de la banca que provoca un rescate del gobierno aumentando la carga fiscal. Se puede afirmar que el costo de una crisis económica impacta en dos sentidos a la sociedad: por una parte en la disminución de su ingreso y de los beneficios con programas de asistencia social

instrumentados por los gobiernos y, por la otra, en el sentido de que además de convertirse en víctima de la delincuencia, pagar el costo social de combatirla.

La inserción en los esquemas de la globalización económica exige a los países instituciones supranacionales que apliquen normas comunes en defensa de oportunidades iguales para los países con menores ventajas. Asimismo, dado que los riesgos de las crisis son más altos, los “blindajes” económicos tendrían que extenderse a la sociedad con la instrumentación de mecanismos y la definición de normas orientadas a disminuir los efectos de las mismas en cuanto a agudizar los desequilibrios, económicos, políticos y sociales.

2. INTERACCIÓN DE AMBAS ESFERAS, ANÁLISIS DE LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS

La economía en relación con el derecho: el Análisis Económico del Derecho como tópico de investigación y su aplicación

Resulta imperioso reconocer que en la actualidad existen formas nuevas de integrar el derecho y así hacerlo más apto para resolver cuestiones que se someten a su solución, sin perder de vista su fin, que conlleva a “lo justo” quizás más allá a lo equitativo, empleando para ello criterios económicos como la eficiencia e implicando así mismo por parte de la economía el ejercicio y experiencia de lo que en microeconomía implica para el derecho, en aquellas situaciones que no necesariamente se refieran al mercado, sino la consecuencia económica que deriva de relaciones, por ejemplo familiares dentro del matrimonio así como cuando se acaba éste por un divorcio o el actuar de una persona para con otra u otras dentro del grupo social que hará posible que la primera respecto de las demás o del orden preestablecido incurra en una responsabilidad ya sea civil o penal las cuales se antojan alejadas aparentemente de la economía, pero se adentran en ella al momento de cuantificar los daños y perjuicios en la primera o además la indemnización en la segunda, es decir ello conlleva un costo no sólo para los individuos sino para la sociedad misma al sostener los aparatos jurídicos que regulan y solventan los conflictos sociales a través del aparato del Estado.

Para analizar el tema es importante la percepción y, en su caso, la definición que de derecho se tenga, ya que si por ejemplo invocamos a Hans Kelsen quien se ubica dentro de las nociones racionalistas del derecho, difícilmente podría aceptarse la posible ingerencia

que tuviera la economía o cualquier otra ciencia en el dercheo, ya que para él todo lo que es aparte del derecho sería metajurídico y por lo mismo sin valor real, cuando en el fondo tanto la economía como el derecho participan de la misma clasificación. En efecto, siguiendo a Guillermo Wundt citado por Villoro Toranzo, quien ubica a la ciencia atendiendo a su objeto material y clasifica a las ciencias particulares en ciencias matemáticas, ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu las que tienen respectivamente por objeto material, las relaciones cuantitativas o numéricas, los seres existentes en la naturaleza sin intervención de la acción libre del hombre y las obras de la actividad espiritual humana, subdividiéndose esta última en fenomenológicas donde se ubican la economía al lado de la psicología y la sociología; y sistemáticas en donde se encuentra el sistema jurídico¹³.

Dicho de otra forma, desde el punto de vista de la economía "...La Economía no es una ciencia que existe por sí misma, o con un contenido absolutamente independiente del contexto científico general. En realidad confluye con muchas disciplinas en su objeto de estudio: la realidad, y más concretamente el fenómeno social.

Lo cierto es que el resto de disciplinas que convergen en el mismo objeto material; pero lo hacen desde su singular punto de vista, también denominado objeto formal, es decir, lo abordan en una forma diferente. Por ello, no es difícil suponer que los datos aportados por cada disciplina, pueden servir al resto a fin de completar la visión propia a cada una.

De este modo, el auxilio que las distintas ciencias pueden aportarse entre sí es invaluable. Lo cierto es que a la Economía se encuentran vinculadas la Sociología, la Política, las Matemáticas, el Derecho, la Historia, la Antropología, la Biología, etc..."¹⁴.

En este contexto de complementariedad, interrelación e incluso interdependencia recíproca, nace en los Estados Unidos de Norte América una corriente de pensamiento fundada en el realismo jurídico estadounidense¹⁵ comandada por la Escuela de Chicago que tuvo como antecedente en los años 60 a Guido Calabresi y a Ronald Coase

¹³ Villoro Toranzo, Miguel "Introducción al Estudio del Derecho", Tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, págs 138 y 140

¹⁴ Soto Sobreyra, Ignacio "Economía Política", que presenta en su homenaje Ignacio Soto Sobreyra y Silva, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, pág. 23.

¹⁵ También se podría decir que recibe influencias, de la escuela neoclásica, neoinstitucionalismo, elección pública, equilibrio paretiano, pragmatismo, sociologismo jurídico y crítica jurídica, entre otras

con sus estudios respecto de la ley de accidentes y acerca del costo social con el “teorema de coase”, respectivamente; posteriormente Gary Becker aportó un enfoque económico del crimen y castigo.

Con todo esto, los economistas estadounidenses buscaban el análisis económico del derecho en áreas de no mercado como ya se mencionó, por ejemplo en la responsabilidad civil en los contratos pero desde la perspectiva de su derecho aplicable, que es al igual que Inglaterra el “common law”, pero con matices y aspectos de alguna manera distintos en su aplicación en los Estados Unidos.

En la actualidad el análisis económico del derecho se configura como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas, abarcando aspectos de propiedad, contratos y leyes de tipo penal.

Partiendo de la microeconomía que conlleva una asignación del derecho de propiedad antes de darse la producción y el comercio, los economistas de esta escuela aplicaron la ética utilitarista y de maximización de la riqueza conjugando el individualismo y la libertad de elección: se busca que sea el propio individuo el que determine, de acuerdo con un criterio racional y maximizando sus recursos, qué le conviene y qué le es más productivo y útil. En una función positiva del análisis económico del derecho, en donde la eficiencia es considerada un aspecto prioritario inherente a las leyes, más que basarse en penas y castigos que en un momento dado no tendrían un alto impacto al infractor, incluso se prefieren si el sujeto concibe qué le es más redituable, si pagar la pena que el resultado económico que traería aparejado una conducta ilícita, como podría ser el caso de una compraventa en donde por fluctuaciones del valor del bien, el sujeto llegase a preferir inclusive pagar por ejemplo una pena convencional que vender, pues en este último caso estaría ante la posibilidad de salir perdiendo con la venta.

Es por ello que entendida la sanción en un contexto amplio como cualquier consecuencia que derive del cumplimiento o incumplimiento de una norma y no solo entenderla en el sentido estricto de una sanción punitiva que dé como consecuencia una pena corporal o económica (multa), dejando de lado un derecho poco explorado en el sustantivo que es el derecho premial y que en economía lo encontramos en una de sus formas a través de los incentivos o estímulos que benefician a las personas, orientadas a fomentar conductas que se encuentren en un supuesto jurídico, convirtiéndose entonces a su vez en conducta

económica mediante el aliciente otorgado como sucede en algunas leyes fiscales o de comercio exterior respecto de la exportación que de un producto prevén.

Para ubicar a la economía en el ámbito del derecho se precisa ubicar a éste dentro de la dimensión de lo existente, partiendo de la base de adoptar una concepción personalista del mismo, ya que existe en función de la persona humana, además de reconocer que el problema de la sociabilidad se encuentra en la indigencia ontológica de la persona. El derecho así concebido se encuentra en el mundo de los valores, entendiendo el valor de acuerdo con el padre Kolvenbach "... Literalmente, algo que tiene un precio, que es precioso, que vale la pena y por lo que el hombre está dispuesto a sufrir y sacrificarse, ya que le da una razón para vivir y, si es necesario, aún para morir..."¹⁶ y como se mencionó anteriormente, a la economía la ubicamos en la realidad del hombre y por ende el derecho es parte de su misma existencia, razón por la cual el análisis económico del derecho no necesariamente constituye un análisis económico normativo, ya que se trata mas bien de un método para analizar las conductas humanas que se relacionan con él lo que se manifiesta de manera mas clara con el derecho escrito.

Como escuela de pensamiento jurídico basado en la evolución del pensamiento económico, el análisis económico del derecho podemos entenderlo mejor en nuestro esquema de derecho escrito, ya que en el "common law" las decisiones descansan en el juzgador bajo criterios de eficiencia; como tal sería válida la pregunta ¿cuál derecho aplicable sería mejor?, siendo nuestra consideración que será aquel que a final de cuentas resuelva los conflictos con criterios de justicia y equidad y para ello ¿cuáles serán los límites de uno y otro?, para el caso del derecho escrito lo será la teoría general del derecho.

Richard A. Posner citado por José Ramón Cossío Díaz, dice que el common law tiene el objetivo implícito de asignar eficientemente los recursos "...crea incentivos para que las personas resuelvan sus transacciones por la vía del mercado..."¹⁷ ésto último es peligroso porque descansa en la conducta del juez y pareciera que lo único que manejaría con este postulado es la eficiencia económica ya que

¹⁶ Soto Sobreyra y Silva, Ignacio "Teoría de la Norma Jurídica" Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2003, pág. 12

¹⁷ Cossío Díaz, José Ramón "Derecho y análisis económico" Reimpresión 2002. Editorial Fondo de Cultura Económica, Pág 247

las soluciones económicas más viables no son necesariamente las más justas y equitativas, pudiendo por lo mismo incluso con alguna de las partes en un proceso judicial cometerse una injusticia; pues se da al juez un poder o relevancia dentro del proceso el cual en un momento dado traería aparejado una incertidumbre jurídica, cuando realmente en un orden de facto se debe buscar la certidumbre y seguridad jurídica, dicho de otra manera “saber a qué atenerse”.

Las normas jurídicas valen porque contienen valores implícitos que derivan de su propio proceso de formación. En efecto, una norma constituye una fuente formal del derecho que para que llegue a ser tendrá como “precedente” una fuente histórica y como la más importante, una fuente sustancial o material que son “...todas aquellas inquietudes y necesidades económicas, sociales y de certeza que exigen ser reconocidas por el derecho; es la problemática misma que necesita ser regulada ... se contienen en los trabajos prolegómenos y sobre todo en la exposición de motivos...”¹⁸ las cuales lamentablemente, hay que reconocer, implican también problemas políticos que tienen que ser resueltos olvidándose muchas veces -los encargados para ello dentro del poder público del Estado-, que los problemas económicos se resuelven con medidas económicas y los problemas políticos se resuelven con medidas políticas, porque cuando un problema económico se resuelve con una medida política quizás sea algo que en parte solucione el problema político pero se agravará el problema económico el cual incluso puede derivar en una crisis económica.¹⁹

Como ya se señaló, el derecho tiene en cuenta una problemática para emitir la norma general llamada ley, bajo el criterio eficientista del análisis económico del derecho el problema no está en la norma que aborda en lo general una situación, sino en la norma individual que aplica el juez para solucionar un caso controvertido, considerando el juzgador el costo al aplicar el teorema de Coase el

¹⁸ Soto Sobreya y Silva, Ignacio. “Régimen Corporativo del Capital Variable en la Sociedad Anónima”, *Revista Académica*, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, año III, número 6, enero 2006, pág. 170.

¹⁹ Un ejemplo de esto fue la nacionalización de la banca en México el primero de septiembre de 1982 que tuvo como antecedente político el descrédito en que había caído el mandatario en turno José López Portillo, además de los problemas de liquidez que enfrentaba el país por la baja internacional en los precios del crudo y que motivaron una crisis económica que se trató de solventar con una medida política, como fue la nacionalización. Véase Soto Sobreya y Silva, Ignacio: “Ley de Instituciones de Crédito, antecedentes y comentarios”. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, Págs. de la 69 a 81.

que señala que "... las externalidades no son una justificación para la intervención del Estado, sino un indicador de que los derechos de propiedad no están especificados adecuadamente – es que la presencia de externalidades son el síntoma de una legislación inadecuada en lo referente a los derechos de propiedad... un inadecuado desarrollo legislativo puede generar la presencia de fallos de mercado y por tanto asignaciones ineficientes..."²⁰, teorema que es hipotético y peligroso ya que de entrada presupone que la ley no importa, cuando realmente sí debe importar y se debe dar la sentencia como un acto de aplicación del derecho, lográndose con ello criterios de complementación entre la justicia y la eficiencia.

Desde el punto de vista de la economía, hay que señalar que el teorema de Coase niega como principio económico la intervención del Estado para mejorar en determinadas circunstancias los resultados del mercado bajo dos razones: fomentar la eficiencia y la equidad. El término **fallo del mercado** es utilizado para referirse a situaciones en las que el mercado por sí solo no asigna los recursos eficientemente; una de las causas del posible fallo es la **externalidad**, que se define como "... la influencia de las acciones de una persona en el bienestar de otra".²¹ En este aspecto el ejemplo clásico es la contaminación, que en esencia no representa un aspecto relacionado con el derecho de propiedad. Otra de las causas que posibilitan el fallo del mercado es el denominado **poder de mercado**, el cual se refiere a la capacidad que tiene una persona o personas de influir indebidamente en los precios del mercado, en cuyo caso se estaría refiriendo más a un aspecto de derecho de propiedad sobre el bienestar colectivo, con lo que se falta al principio de equidad, de lo cual el Estado debe ser garante en el marco del derecho.

Desde el punto de vista jurídico hay que ubicar al derecho de propiedad dentro del contexto de la clasificación de los derechos subjetivos.²² Existen dentro de la clasificación del derecho subjetivo dos tipos de derechos: los públicos, donde se encuentran las mal

²⁰ Rainírez de Aguilera, Emilio Congregado, Pomares Hernández, Ignacio J. y Rama Matías, Elena "Derecho y conocimiento anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento" ISSN 1578-8202, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva N° 1, págs. 331-340; Página de Internet. <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B04.pdf>

²¹ Mankiw, N. Gregory "Principios de Economía", Segunda edición, pág. 8. Mc Graw Hill. España, 2002

²² Véase para la Clasificación de los Derechos Subjetivos a Eduardo García Máynez. "Introducción al Estudio del Derecho", vigésimo sexta edición Editorial Porrúa, México 1977, págs. 198 a 204

llamadas garantías individuales y los privados, dividiéndose éstos últimos a su vez en dos, dependiendo del contenido extrapatrimonial o patrimonial que contengan. En los primeros, encontramos por ejemplo, entre otros, el derecho al honor, a la imagen, los cuales incluso se aduce que son únicamente propios de la persona física y no de la persona jurídica, en donde no es una expectativa tener un patrimonio, sino que es un elemento sine qua non. Dentro de los derechos de contenido patrimonial tenemos a dos tipos: los personales y los reales, definiéndose los personales de crédito u obligacionales como la facultad que una persona (acreedor) tiene para exigir de otra (deudor) la entrega de una cosa o la ejecución de un hecho positivo o negativo, ahí podríamos ubicar en materia de contratos el objeto indirecto, y los segundos, o sea los reales, como el poder jurídico que se ejerce directa o indirectamente sobre una cosa para aprovecharla total o parcialmente oponible a todo mundo. Pudiendo decir de los segundos que es un poder o facultad, ya que las relaciones jurídicas sólo se dan entre personas no entre una persona y una cosa, y siendo oponibles estos derechos a todo el mundo su sujeto pasivo es universal e indeterminado, ya que es todo el mundo distinto del titular porque tiene una obligación de respeto, dando asimismo a su titular derecho a perseguir la cosa si se la quitan (acción persecutoria o reivindicatoria) y una preferencia en el pago, lo que hace una garantía. Los derechos reales únicamente son aquellos que el legislador ha querido tutelar o proteger, siendo a la propia conducta la propiedad, a la conducta ajena el usufructo, uso, habitación y servidumbre, y de garantía la prenda e hipoteca.²³

Siendo la propiedad el derecho más importante en cuanto a los otros y pudiéndose ubicar ésta también dentro de los derechos absolutos por ser erga omnes, en la inteligencia de ponderar si en la actualidad se puede hablar en esa forma o con un matiz, que si bien desde los romanos se apreciaba como el poder usar, gozar y disponer el propietario de una cosa, actualmente ese poder estará limitado a lo que fije la ley.²⁴

²³ Soto Sobreya y Silva, Ignacio "Capitulaciones Matrimoniales". Revista Mexicana de Derecho número 6, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Págs. 123 y 124, Editorial Porrúa, S.A. México 2004

²⁴ El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 830 no define la propiedad pero señala que "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes "

En el análisis económico del derecho parece predominar la idea de la propiedad absoluta en contraposición a como los países, especialmente los de corte latino, la ven en función del interés público, sin que ello presuponga el dominio del Estado sobre los bienes; y que es lo que señala el liberalismo clásico como lo resume el doctor Virgilio Ruíz Rodríguez, citando a Norberto Bobbio "... teoría de los límites del poder del Estado, derivados de la presuposición de derechos e intereses del individuo anteriores a la formación del poder político, entre los que no puede faltar el derecho de propiedad individual..."²⁵

Retomando el tema, son varios los problemas a los que se tendría que enfrentar para aplicar al sistema de derecho escrito el análisis económico del derecho y que lo harían propiamente inoperante. En primer lugar tenemos el lenguaje, ya que todo "el precedente" está en idioma inglés; el segundo, que es muy importante, lo constituiría el bagaje cultural ya que éste es totalmente distinto en los Estados Unidos de Norte América, a diferencia de países de Europa o Latinoamérica de derecho escrito, debido al "mosaico" cultural que en dicho país existe debido a la alta afluencia de inmigrantes provenientes de todo el orbe y que constituyen una considerable proporción de su población. La coexistencia multicultural de los habitantes de los Estados Unidos se ha desarrollado en torno a la obediencia y respeto a la ley, al orden jurídico existente, característica y pilar fundamental de su desarrollo. Esto representa otra diferencia con países en vías de desarrollo, en los que el respeto al orden legal es más laxo.

Otra problemática de tipo cultural – educacional se presenta en el hecho de que para que el juzgador aplique en una norma individualizada un criterio correcto, presupone un conocimiento de las matemáticas; asimismo, la presencia de corrupción en los aparatos jurídicos lo que propicia un alto grado de impunidad, es un problema constante en los países latinoamericanos, distorsionando la observancia de la ley en beneficio de fines individuales y no como se prevé en beneficio de la sociedad.

Por lo anterior se puede determinar que el problema entre un derecho y otro es por un lado procesal y segundo de interpretación. Desde el punto de vista del primero se ve una importante limitación

²⁵ Ruíz Rodríguez, Virgilio: "La Tolerancia". Editorial Porrúa, S A de C.V pág 29 México 2005

en el sistema de derecho consuetudinario, ya que como se dijo ese derecho se integra por los precedentes de los jueces y éstos se tienen que circunscribir a lo que se entiende en la doctrina como “stare decisis”, que implica que cuando el juzgador ha determinado un principio de derecho aplicable a cierto estado de hechos, se tiene que circunscribir a él y lo aplicará en todos los casos, incluyendo los futuros, en lo que los hechos sean sustancialmente iguales no importando si las personas y la propiedad coinciden.²⁶ Esto en el derecho escrito no es igual, ya que la norma individual deviene de la norma general y ésta como el derecho al cual pertenece es mutable ya que se adecua a la realidad histórica del hombre.

Por otro lado el juez dentro del derecho escrito se mueve en otros términos, ya que de entrada no podría aplicar la costumbre porque ésta en nuestro sistema es supletoria de la ley o sea solo que haya ley y que ésta remita expresamente a la costumbre puede aplicarse y por lo mismo resolverse con fundamento en ella.

Otra cosa que podría decirse implica un ventaja del juzgador en el derecho escrito y con ello también el segundo problema al que nos referíamos de interpretación, respecto del sistema anglosajón, es que en el sistema de derecho escrito el juez no puede dejar de conocer y resolver algún problema sometido a él por las partes, en virtud de que para ello existe un principio que se llama “de la plenitud hermética del derecho”, lo que implica la autosuficiencia del derecho para no dejar de resolver nada sometido a él so pretexto de que no exista ley aplicable al caso concreto o que la ley que existiere fuere insuficiente u oscura haciendo el juez uso de todos los medios que estén a su alcance y dentro de los cuales se incluye la denominada interpretación judicial, que es cuando en última instancia puede el juzgador aplicar en su norma individualizada “los principios generales del derecho” aplicables a todo el derecho y no nada más a los casos relacionados con el derecho civil; incluso con ese criterio podría un juez bajo el contexto microeconómico, si el sujeto es una persona jurídica de derecho mercantil, aplicar las reglas que derivan de ese derecho en términos adjetivos y solucionar una controversia y, en última instancia, si no se puede aplicando esos principios generales, y no limitar el criterio de aplicación a pensar que solo operan por la supletoriedad que tiene del derecho civil, el derecho mercantil ya que por eso, esos principios son “generales del derecho”.

²⁶ Roemer, Andrés: “Introducción al análisis económico del derecho”, Fondo de Cultura Económica, Reimpresión 2001, pág. 94.

La plenitud hermética del derecho como ya se dijo implica la autosuficiencia del sistema jurídico, lo que presupone por lo mismo la obligación ineludible de formular la norma de solución, norma individualizada en palabras de Kelsen, la sentencia.

Si bien no existe una norma jurídica que enumere y menos defina a los principios generales del derecho se puede entender por ellos que "... son principios generales del Derecho, verdades jurídicas notorias, indiscutibles de carácter general, como su mismo nombre lo indica elaboradas o seleccionadas por la Ciencia del Derecho de tal manera que el Juez pueda dar la solución que el mismo Legislador hubiera pronunciado si hubiera estado presente o habría establecido si hubiere previsto el caso: siendo condición de los aludidos principios que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenar...";²⁷ generalmente tanto el principio de plenitud hermética como la alusión a los principios generales del derecho se encuentran, por lo mismo, en la parte de las disposiciones generales de los Códigos Civiles.²⁸ Estos principios se subrayan en este trabajo debido a que si fuera posible aplicar a nuestro sistema de derecho escrito el referido análisis económico del derecho, solo sería a través de esos principios situados en las fuentes formales mediatas del derecho al lado de la costumbre y la jurisprudencia.

Aun cuando los principios de la teoría económica son universales la realidad económica no es la misma en cada país, las condiciones sociales y políticas son determinantes de las políticas económicas que los gobiernos emprenden para propiciar el desarrollo de los mismos. Jaime Eduardo Londoño Motta cita respecto a Colombia que ...la década de los noventa y en los primeros años del nuevo siglo... siguió marcado en condiciones desfavorables, tanto en el plano económico como en el político. La apertura económica, acontecimiento que denota el reemplazo de un modelo de desarrollo centrado en el "estado de bienestar" por otro inspirado en el neoliberalismo, sumió a la sociedad colombiana en una crisis económica sin precedentes. La legitimidad del sistema político volvió a ser cuestionada por el

²⁷ Teoría de la Norma Jurídica *ob. cit.* Págs. 119 y 120.

²⁸ Respecto a la plenitud hermética del derecho el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal señala "...El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia". Respecto a los principios generales el artículo 19 del citado Código señala: "...Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho".

narcotráfico y por la violencia política. Esta última experimentó la internacionalización del conflicto y la emergencia de un nuevo actor armado: los grupos paramilitares...²⁹ En un entorno así, aplicable en igual o menor medida a otros países en Latinoamérica, se entiende más difícil que se dé un análisis económico del derecho, ya que los problemas a que se hace mención llegan afectar también a la función judicial, la cual como ya se comentó es el principal objeto de aplicación de dicho análisis. No obstante el tema ha sido abordado por varios intelectuales colombianos preocupados en el tema, como es el caso de Hernando Torres Corredor, de la Universidad Nacional de Colombia, quien considera ...la eficiencia, como valor jurídico en la dimensión de la cohabitación entre la economía y el derecho, sólo puede asegurarse teniendo en cuenta como referente y objetivo final la equidad... ...Bajo este precepto, ha de evaluarse la necesidad de reducir los costos de transacción, a través de la asignación clara de los derechos y de los recursos públicos, en la esfera legislativa; en la definición clara de la reglas de juego económicas... ...desde la esfera gubernamental; y, en la consideración de restricciones económicas, en el otorgamiento de derechos... ... la esfera judicial cuya intervención ha de ser subsidiaria, en la medida en que la claridad de los derechos y las reglas del tráfico económico jurídico sean altamente aceptadas por la sociedad...³⁰

El fenómeno de la globalización que ha afectado a los países en vías de desarrollo ha provocado que no sólo se exporten los excedentes de producción de un país y que antes derivaba en un intercambio “equilibrado” entre mercados internacionales. Hoy nuestros países se vulneran al exportar bienes básicos que le son necesarios al país y se importan bienes en el fondo no necesarios, que lo único que han de descompensar es la balanza comercial y desequilibrar en su momento la balanza de pagos, dando origen a crisis económicas asiduas por la globalización de los mercados, crisis que se han conocido con nombres populares dependiendo del país de que se trate, como por ejemplo “El efecto Samba”, “Efecto Tequila” y que en un principio se pensaron que únicamente se referían a Brasil y México respectivamente y sin embargo por la misma globalización

²⁹ Londoño Motta, Jaime Eduardo: “Neoinstitucionalismo; ¿Es Posible un Diálogo Entre Juristas, Historiadores y Economistas?”. Página de Internet. <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c3b-jelondono-neoinstitucionalismo.pdf>.

³⁰ Cárdenas Rivera, Miguel E. “Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía”. Página de Internet: <http://www.eumed.net/libros/2005/mecr/1b.htm>. Pág.1.

afectaron en el plano mundial. Por otro lado las crisis económicas serias y recurrentes en países latinoamericanos que más que robo de sus gobernantes ha sido el no haber invertido cuando se tienen ingresos, por ejemplo por productos petroleros en renglones productivos de infraestructura del que derive a la larga un crecimiento económico sostenido.

Hasta ahora se ha tratado el análisis económico del derecho con respecto a la norma individualizada y en el derecho privado, por lo que hace al derecho de propiedad desde el punto de vista ortodoxo, pero también se puede abordar el tema desde la perspectiva del derecho público de la norma general y de las instituciones. Al respecto tenemos por ejemplo a la escuela de New Haven, que en oposición a la escuela de Chicago plantea que el problema es por las múltiples fallas de mercado lo que obliga la intervención del Estado para corregirlas, lo que conlleva la preocupación no sólo por la eficiencia de las reglas de responsabilidad sino por la distribución y la justicia... pone mayor énfasis en las leyes,... y menos en las decisiones judiciales. De ahí la sugerencia de estudiar a fondo el cómo operan las instituciones oficiales y el uso de las herramientas de evaluación de la política pública. Por esta razón, se requiere un modelo de comportamiento del gobierno...,³¹ de lo anterior resalta la necesidad de que el enfoque económico del derecho no se limite únicamente al derecho privado y al derecho local, sino que también debe abarcar a la norma general independientemente de la forma de gobierno, norma que pudiera llamarse federal cuyo ámbito de aplicación fuera todo el territorio de un país entendiendo la existencia de esa norma como aquella que por el tema que trata es de interés nacional y las soluciones que busca se dan mejor en ese plano general, como es una concesión que descansa en una norma de derecho público, norma federal y que el Estado otorga a un particular para la explotación o uso de un bien o un servicio que originalmente compete al Estado pero que por razones económicas, técnicas o humanas lo delega discrecionalmente a los particulares concesionarios. Tal es el caso que plantea el profesor Sánchez Ugarte que sobre el régimen jurídico de las aguas en México, señala que "...en México los particulares pueden explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales, siempre que al

³¹ Arjona Trujillo, Ana María y Rubio Pardo, Mauricio "El Análisis Económico del Derecho, Página de internet <http://www.icesi.edu.co/es/publicaciones/precedente/2002/c3-AnalisisEconomicoDelDerecho.pdf>. Pág

efecto obtengan concesión o permiso por parte de la autoridad. Sin embargo, debido a que la ley no establece un orden de prelación, “puede dar lugar a una asignación ineficiente del líquido, puesto que no se garantiza el uso del agua en el destino donde tenga una mayor productividad social. Es decir, no existe a priori una justificación económica para determinar este ordenamiento de prioridades”. Adicionalmente, señala el autor, debido a que la ley dispone que las concesiones se otorguen por un máximo de 50 años y no establece con claridad la posibilidad de su enajenación, se puede llegar a “crear un incentivo para la sobreexplotación, pues un concesionario tratará de extraer el máximo beneficio de la concesión durante el periodo que esté vigente...”³² Aquí está clara la aplicación del análisis económico del derecho en la creación de un norma federal aunque lo mismo se podría haber planteado como problema en la fuente sustancial o material del derecho a la que ya nos hemos referido.

Otro problema es el cómo se valora la ley en el caso de los Estados Unidos con respecto a otros países, por ejemplo el caso latinoamericano. En los Estados Unidos una ley es buena o mala viendo sus resultados, mismos que se precisan al valorar en qué tanto se ha modificado el comportamiento de los destinatarios de la ley para lograr el máximo bienestar posible, maximizando la utilidad o reduciendo los costos sociales; los juristas de corte latino se preocupan más de la validez en su proceso de creación y la justicia de la norma que de su eficacia en términos económicos. Estableciendo así las diferencias lo que se pretenderá en el análisis económico del derecho es asimilar la importancia y relevancia que debe tener la justicia en la ley, tanto en su valoración como en los resultados “... si incorporara dentro de su análisis la importancia de la justicia de la ley, tanto para su valoración como para el logro de resultados ... presupone que existe un sistema consolidado y aceptado por los agentes; pero este no es el caso de varios países latinoamericanos. La preocupación del derecho por la seguridad jurídica resulta necesaria en un país donde el Estado ... no cuenta con una gran aceptación y legitimidad...”³³.

Como ya se señaló en los Estados Unidos hay un respeto y obediencia absoluta a la ley, al sistema jurídico, al orden establecido que

³² Cossío Díaz, José Ramón *Ob. Cit.* Págs 234 y 235. Comentario que se vierte con respecto al plazo de la concesión aplicando las disposiciones vigentes.

³³ Arjona Trujillo, Ana María, Rubio Pardo, Mauricio; *Ob. Cit.* Págs. 140 - 141

hace que todos los implicados en el mismo interactúen, pudiéndose hablar de jueces, policías y militares encargados de mantener el orden, de hacer cumplir la ley, así como de perseguir y castigar a los infractores; por el contrario en América Latina "...el desempeño de la justicia es débil, o la policía no hace lo que se espera que haga, o no existe control civil sobre los militares, el hecho de que los modelos de comportamiento no sean adecuados se convierte en una limitación crítica para el AED"³⁴

Desgraciadamente en los países latinoamericanos hay ramas del derecho donde difícilmente se puede apreciar que exista la justicia y menos se pueda pretender hablar en esas ramas en términos de eficiencia "...como el área penal, o la responsabilidad civil, para las cuales el tema de la eficiencia económica es no sólo ajeno a los objetivos del sistema legal sino que es algo que se rechaza de manera explícita y abierta..."³⁵ Asimismo, en América Latina las encuestas o estadísticas o son inciertas, o incluso en algunas ocasiones, manejadas de tal manera que siendo necesarias para una buena expectativa económica, simplemente no se pueden considerar.

Hay que ponderar la notoria utilidad-beneficio del análisis económico del derecho, en nuestro sistema de derecho escrito y ser precavidos en disponer de sus herramientas y aplicaciones "...ya que el supuesto de los agentes económicos racionales que maximizan su utilidad puede llevarnos a fuertes contradicciones con los principios jurídicos..."³⁶

Ciertamente esta corriente de análisis del derecho ha sido un tema, por lo que se ha podido observar controvertido, pero incluso ha dado nacimiento a dos agrupaciones: la Asociación Europea del Derecho y Economía (AEDE) en 1984 y la Asociación Americana de Derecho y Economía en 1991.

Conclusiones:

1. La economía en el derecho interactúa en relaciones de complementariedad, su interrelación inclusive llega a ser recíproca de ahí el reconocer que en una ciencia y otra la importancia que tienen ambas es un tópico obligado.

³⁴ *Ob Cit.* Pág. 144.

³⁵ *Ob Cit.* Pág. 145

³⁶ Witker, Jorge y Varela, Angélica: "Derecho de la Competencia Económica en México". Página de internet: www.bibliojuridica.org/libros/3/1151/3.pdf; págs. 30 a la 35.

2. Es innegable reconocer que en la actualidad el problema de la interpretación e integración del derecho pueden ser obtenidos desde el punto de vista que lo hace el análisis económico del derecho.

3. El análisis económico del derecho desociabiliza las metas que el derecho pudiera tener y que han sido hacia el grupo social y recaer únicamente en el sujeto que bajo criterios microeconómicos racionalice él mismo su bienestar y logros económicos.

4. El common law en comparación con el derecho escrito tiene limitaciones que hacen que la norma individualizada “sentencia” pueda adolecer de criterios de justicia y equidad por enfocar su premisa sólo en la eficiencia económica.

5. La propiedad en un régimen de derecho escrito donde se busca el equilibrio entre justicia y bienestar económico no puede ser en la actualidad un derecho absoluto ya que hay encima o concomitante a ella valores y límites sociales que le son necesarios.

6. Existen problemas de lenguaje, en la idiosincrasia en las tradiciones de tipo cultural, en la valoración de la ley que hacen muy difícil pensar en aplicarse el análisis económico del derecho en los países de derecho escrito, especialmente en los países latinoamericanos.

7. Hay que tener en cuenta el momento social y político en que viva el país de que se trate ya que si ese país receptor tiene problemas, es innegable reconocer que será más difícil aplicarse esta corriente de análisis ya que la función judicial y legislativa en la cual descansa el postulado de aplicación, puede verse contaminado con esos problemas.

8. De darse la aplicación de este análisis económico del derecho será por todos los medios que tenga el juzgador; no sólo en la norma local individualizada sino también en la norma federal en el derecho público y en donde juegan un papel muy importante los principios generales del derecho dentro de los que se encuentran obviamente la justicia y la equidad.

9. La Globalización no ha sido la panacea existiendo problemas de mercado en donde los menos que son los más, dejan de tener la competitividad necesaria para subsistir y continuar su crecimiento económico.

10. Las crisis económicas que afectaron a varios países latinoamericanos pudieron haber sido evitadas en la medida en que se hubieran invertido en renglones productivos los ingresos que en algún momento tuvieron y que hubieran motivado en el país un crecimiento económico sostenido.

3. INVESTIGACIÓN DE LOS MECANISMOS POR MEDIO DE LOS CUALES SE PRODUCE DICHA INTERACCIÓN.

CONCLUSIÓN	ÁMBITO DE LA DISPOSICIÓN	LEYES Y ACCIONES
1. La economía en el derecho interactúa en relaciones de complementariedad, su interrelación inclusive llega a ser recíproca de ahí el reconocer que en una ciencia y otra la importancia que tienen ambas es un tópico obligado.	Derecho público Derecho privado	Leyes federales y estatales, orientadas a regular la actividad económica. En México por ejemplo se prohíbe el monopolio salvo aquellos establecidos a favor del Estado, así como la participación de la iniciativa privada en ramas estratégicas de la economía, como el petróleo, o en servicios como la administración de los recursos hídricos. Legislación Mercantil.
2. Es innegable reconocer que en la actualidad el problema de la interpretación e integración del derecho pueden ser obtenidos desde el punto de vista que lo hace el análisis económico del derecho.	Derecho público Derecho privado	A través de evaluaciones sobre los costos sociales para mantener el aparato jurídico, que tiene un costo para la sociedad en cuanto a la sanción de los ilícitos.

CONCLUSIÓN	ÁMBITO DE LA DISPOSICIÓN	LEYES Y ACCIONES
<p>3. El análisis económico del derecho desociabiliza las metas que el derecho pudiera tener y que han sido hacia el grupo social y recaer únicamente en el sujeto que bajo criterios microeconómicos racionalice el mismo su bienestar y logros económicos.</p>	<p>Derecho público</p>	<p>Instrumentación de acciones orientadas a reforzar la conciencia colectiva sobre principios éticos y morales individuales, que refuercen y revaloricen el comportamiento social, sobre todo en programas de educación en los niveles básicos de enseñanza y programas de desarrollo social.</p>
<p>4. El common law en comparación con el derecho escrito tiene limitaciones que hacen que la norma individualizada "sentencia" pueda adolecer de criterios de justicia y equidad por enfocar su premisa sólo en la eficiencia económica.</p>	<p>Derecho público</p>	
<p>5. La propiedad en un régimen de derecho escrito donde se busca el equilibrio entre justicia y bienestar económico no puede ser en la actualidad un derecho absoluto ya que hay encima o concomitante a ella valores y límites sociales que le son necesarios.</p>	<p>Derecho público Derecho privado</p>	<p>En países como el nuestro, en vías de desarrollo, la pobreza de una gran parte de la población es elemento determinante que hace necesaria la participación de acciones del Estado en aras de no aumentar la brecha entre la distribución del ingreso, con acciones orientadas a estimular la inversión productiva del capital privado y también a proteger el ingreso de los que menos tienen.</p>

CONCLUSIÓN	ÁMBITO DE LA DISPOSICIÓN	LEYES Y ACCIONES
<p>6. Existen problemas de lenguaje, en la idiosincrasia en las tradiciones de tipo cultural, en la valoración de la ley que hacen muy difícil pensar en aplicarse el análisis económico del derecho en los países de derecho escrito, especialmente en los países latinoamericanos.</p>	<p>Derecho público Derecho privado</p>	<p>Instrumentación de acciones tendientes a eliminar la corrupción en los aparatos de gobierno y en las instancias de impartición de justicia.</p>
<p>7. Hay que tener en cuenta el momento social y político en que viva el país de que se trate ya que si ese país receptor tiene problemas, es innegable reconocer que será más difícil aplicarse esta corriente de análisis ya que la función judicial y legislativa en la cual descansa el postulado de aplicación puede verse contaminado con esos problemas.</p>	<p>Derecho público Derecho privado</p>	<p>La complementariedad del derecho escrito con el análisis económico del derecho puede darse a través de utilizar el método del segundo para conocer el costo social de las acciones que en lo individual se ejercen (como los divorcios, el crimen, etc.) y que la sociedad en conjunto tiene que pagar con sus contribuciones al gobierno, para dirimir las en el marco de la ley.</p>
<p>8. De darse la aplicación de este análisis económico del derecho será por todos los medios que tenga el juzgador; no sólo en la norma local individualizada sino también en la norma federal en el derecho público y en donde juegan un papel muy importante los principios generales del derecho dentro de los que se encuentran obviamente la justicia y la equidad.</p>	<p>Derecho público Derecho privado</p>	<p>Utilizando el método del análisis económico del derecho para evaluar impactos y costos sociales, no como método que supla el derecho escrito ni los principios de justicia y equidad que lo rigen.</p>

CONCLUSIÓN	ÁMBITO DE LA DISPOSICIÓN	LEYES Y ACCIONES
9. La Globalización no ha sido la panacea existiendo problemas de mercado en donde los menos que son los más dejan de tener la competitividad necesaria para subsistir y continuar su crecimiento económico.	Derecho público	Conciliación (en el caso de tratados y acuerdos) y aplicación de un marco legal que beneficie el crecimiento y la expansión de las industrias del país. Es decir, que se beneficie de la globalización.
10. Las crisis económicas que afectaron a varios países latinoamericanos pudieron haber sido evitadas en la medida en que se hubiera invertido en renglones productivos los ingresos que en algún momento tuvieron y que hubieran motivado en el país un crecimiento económico sostenido.	Derecho público	Promoción y reforzamiento de la industria mexicana y propiciar la inversión extranjera en ramas productivas. Acuerdos y tratados con países de la región, para reforzar a América Latina como bloque comercial.

BIBLIOGRAFÍA Y SITIOS CONSULTADOS

- ARJONA TRUJILLO, ANA MARÍA Y RUBIO PARDO, MAURICIO: “El Análisis Económico del Derecho; Página de internet: <http://www.icesi.edu.co/es/publicaciones/precedente/2002/c3-AnalisisEconomicoDelDerecho.pdf>.
- AYAU, MANUEL E.: “MERCANTILISMO VERSUS MERCADO”. Página de Internet: <http://www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/web/topic-735.html>
- CÁRDENAS RIVERA, MIGUEL E. “Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía”. Página de Internet: <http://www.eumed.net/libros/2005/mecr/Ib.htm>.
- Código Civil para el Distrito Federal. México.

- COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN: "Derecho y análisis económico". Reimpresión 2002. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- EKELUND, ROBERT B., HÉRBERT, J.R. ROBERT F.: "Historia de la Teoría Económica y de su Método". Ed. Mc Graw Hill, Tercera Edición. España.
- Enciclopedia Multimedia Virtual Interactiva: La ciencia de la economía. ¿Qué es la economía?, pág. 3. <http://www.eumed.net/coursecon/1c/que-es-la-economia.htm>.
- FERRER ROBERTO: "Economía, Política y Economía Política: Una Nota", en Contribuciones a la Economía, febrero 2006. Texto completo en <http://www.eumed.net/ce/>
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO: "Introducción al Estudio del Derecho". Vigésimo sexta edición. Editorial Porrúa, México 1977.
- LONDOÑO MOTTA, JAIME EDUARDO: "Neoinstitucionalismo; ¿Es Posible un Diálogo Entre Juristas, Historiadores y Economistas?". Página de Internet: <http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c3b-jelondono-neoinstitucionalismo.pdf>.
- MANKIW, N. GREGORY: "Principios de Economía", Segunda edición. Mc Graw Hill. España, 2002.
- MÉNDEZ BELIRÁN, THANYA PATRICIA: "Análisis Estructural de la Teoría del Estado" en página de Internet: <http://www.monografias.com/trabajos17/teoria-del-estado/teoria-del-estado2.shtml>.
- RAMÍREZ DE AGUILERA, EMILIO CONGREGADO; Pomares Hernández, Ignacio J. y Rama Matías, Elena: "Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento". ISSN 1578-8202, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva N°. 1. Página de Internet: <http://www.uhu.es/derecho-yconocimiento/DyC01/B04.pdf>.
- ROEMER, ANDRÉS: "Introducción al análisis económico del derecho", Fondo de Cultura Económica, Reimpresión 2001.
- RUFÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio: "La Tolerancia". Editorial Porrúa. México 2005.
- SOTO SOBREYRA, IGNACIO: "Economía Política", que presenta en su homenaje Ignacio Soto Sobreyra y Silva. Editorial Porrúa, México, 1994.
- SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio: "Teoría de la Norma Jurídica". Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- , "Régimen Corporativo del Capital Variable en la Sociedad Anónima", Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, año III, número 6, enero 2006.

- , “Ley de Instituciones de Crédito, antecedentes y comentarios”. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
- , “Capitulaciones Matrimoniales”. Revista Mexicana de Derecho número 6; Colegio de Notarios del Distrito Federal. Editorial Porrúa, México 2004.
- VILORO TORANZO, MIGUEL: “Introducción al Estudio del Derecho”, Tercera edición, Editorial Porrúa, México, 1978.
- WITKER, JORGE Y VARELA, ANGÉLICA: “Derecho de la Competencia Económica en México”. Página de internet: www.bibliojuridica.org/libros/3/1151/3.pdf.