

UNA INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*

ENRIQUE GHERSI SILVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho y Economía de la Universidad de Lima.
Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala).
Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte (Guayaquil).
Profesor Visitante de la Escuela Superior de Administración de Empresas (Buenos Aires).
Adjunct Scholar del Case Institute (Washington).
Miembro de la Royal Economic Society (Londres), de la Mont Pelerin Society y de la American Law and Economics Association.

SUMARIO

- I. Introducción.- II. Origen del Análisis Económico del Derecho.- III. Escuelas de Análisis Económico del Derecho: 1. La Escuela de la Universidad de Chicago; 2. La Escuela de la Universidad de Yale; 3. La Escuela del Capital Humano; 4. La Escuela de la Elección Pública; 5. La Escuela de los Derechos de Propiedad.- IV. La Escuela Austriaca: Crítica al Análisis Económico del Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

Hay dos maneras de plantear una introducción al análisis económico del derecho: la primera de ellas sería realizar una introducción dogmática exponiendo los principales conceptos del análisis económico del derecho; y la segunda, intentar enfocar el análisis económico del derecho a partir de su origen, de sus escuelas y dar una visión de las principales características que esta disciplina posee.

De estas dos alternativas, aquella que resulta útil para introducirnos al análisis económico del derecho es la que busca enfocar esta materia desde su origen, sus escuelas, para de esa forma entender las principales características de esta disciplina. Una introducción dogmática exigiría todo un tratado.

En primer lugar, procederemos a trazar un perfil acerca de lo que se discute cuando hacemos referencia al análisis económico del derecho. Para ello, vamos a explicar brevemente las características y los conceptos en los que se basan cada una de las cinco escuelas del análisis económico del derecho: la Escuela de Chicago, la Escuela de Yale, la Escuela del Capital Humano, la Escuela de la Elección Pública; y, finalmente, la Escuela de los Derechos de Propiedad. Estas escuelas, al margen de lo que pudiera pensarse, son claramente rivales, coinciden en pocos aspectos y mantienen un debate profundo, agresivo y en algunas ocasiones sarcástico sobre la forma cómo debe concebirse el análisis económico del derecho.

En tal sentido, cuando hacemos referencia al análisis económico del derecho como concepción metodológica unitaria, no estamos expresándonos correctamente, pues no existe tal figura como una teoría unitaria del análisis económico del derecho. En efecto, hay diferentes aproximaciones hacia los fenómenos jurídicos sobre la base de una metodología económica. El análisis económico del derecho es en realidad, si tuviéramos que hacer una generalización que abarque todas las escuelas, un intento por descubrir la lógica económica implícita en las instituciones jurídicas. Por ende, más que análisis económico del derecho, nos encontramos, en realidad, ante una

* Ponencia presentada por el Dr. Enrique Ghersi en el seminario "Análisis Económico del Derecho: La Experiencia peruana" organizado por la Revista *ADVOCATUS* Nueva Época.

teoría económica del derecho. Como vemos, la sola utilización del concepto nos haría adscribirnos bien a la Escuela de Chicago o a la de Yale, por cuanto son las únicas que propiamente utilizan este término.

Así, los postulados de esta disciplina se pueden resumir en una idea fundamental que consagra en el derecho, además de una lógica jurídica e histórica, una lógica económica que ha sido ignorada por los abogados a través de los años. Es sobre la base de esta idea que se han llevado a cabo múltiples aproximaciones, realizado innumerables debates y elaborado bastos puntos de vista contradictorios sobre el análisis económico del derecho.

II. ORIGEN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Los orígenes de la teoría económica del derecho son en realidad confusos y complejos. Hay quienes sostienen que las primeras aproximaciones a la teoría económica del derecho se pueden encontrar en la Escuela Histórica de Economía que intentó explicar el origen y el desarrollo de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos.

Así, a pesar de que algunos han intentado atribuir a Lutz el origen del análisis económico del derecho, la mayor parte de los estudiosos de esta materia sostienen que la teoría económica del derecho nace gracias a los aportes de su denominado "padre y fundador", Ronald H. Coase y a los estudios precursores de su profesor Arnold Plant.

Arnold Plant y Ronald H. Coase son dos personajes, pues, muy importantes en la gestación del análisis económico del derecho en el mundo occidental. Arnold Plant, profesor de economía inglesa, dedicó gran parte de sus esfuerzos en demostrar que un concepto tal como la propiedad intelectual no existía realmente. Los trabajos más importantes del profesor Plant exponen una marcada crítica a la importancia económica de las patentes, buscan demostrar la ineficiencia de los *copyrights* e intentan refutar, en general, toda la teoría de la propiedad intelectual.

El trabajo de Arnold Plant, pese a ser uno de los menos conocidos en el idioma español, es tal vez uno de los estudios económicos más fascinantes, desde el punto de vista intelectual. El profesor Plant llega a desarrollar su teoría entre los años 1920 y 1940, aproximadamente; intentando enfocar como tema central, la afirmación de que una categoría tal como la propiedad intelectual no existe, toda vez que crea artificialmente escasez. Plant sostiene que la función económica de la propiedad es para resolver el problema de la escasez no para crearla. Así, señala que las ideas sólo son escasas cuando las guarda en su intimidad su creador y no se las da a conocer al público en general, pero cuando la produce y la hace de conocimiento público no existe tal escasez. En ese sentido, lo que genera un sistema de derechos de propiedad intelectual, a través de las patentes o de los *copyrights*, es una escasez artificial al restringir la libre circulación del conocimiento, limitando la difusión de un recurso que en principio puede circular.

Los trabajos de Plant fueron sumamente importantes en su época y hasta hoy se puede ver su marcada influencia en la teoría económica del derecho.

Los estudios del profesor Plant influenciaron profundamente en la formación y pensamiento de su discípulo, amigo y compañero Ronald H. Coase, quien se encargó de continuar sus trabajos llegando a superar ampliamente lo alcanzado por su maestro.

Ronald H. Coase, residía en Inglaterra y es durante la Segunda Guerra Mundial que viaja a los Estados Unidos y se afina en la ciudad de Chicago donde se convierte en profesor de economía de la Facultad de Derecho de dicho centro de estudios.

Coase traslada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago el discurso expuesto por Plant durante las décadas de los 20's y 30's. Busca dentro de esta universidad continuar los estudios de su maestro e intenta estudiar la propiedad en general desde un punto de vista económico, por su eficiencia, por su sentido y por su lógica. Es así que, por primera vez, se empieza a discutir en la aulas de la Universidad de Chicago, marcada por una fuerte influencia neoclásica, la discusión institucional.

En los textos clásicos de la Universidad de Chicago el derecho no existe dentro del pensamiento económico. Basta leer a Frank Knight, el gran fundador de la Escuela Económica de Chicago para darse cuenta que para los pensadores de esta escuela el derecho es una condición *ceteris paribus*; es decir, una condición constante. Es recién, a partir de los trabajos desarrollados por el profesor Coase, que empieza la discusión institucional, influenciándose a los economistas de la Universidad de Chicago en la consideración que las variables institucionales influyen en la economía.

Ronald H. Coase era muy joven y se encontraba dictando las primeras clases en la Universidad de Chicago cuando cambió la historia económica a través de un artículo que posteriormente le valió el hacerse acreedor del Premio Nobel en Economía. Su estudio titulado "La Naturaleza de la Empresa" da inicio a la Teoría Económica del Derecho y que es considerado, después de la "Riqueza de las Naciones" de Adam Smith, como el artículo más importante en la historia económica por postular algunos conceptos sumamente novedosos, principalmente, el referido a los costos de transacción.

El concepto *costos de transacción* trata de explicar que el derecho es costoso, toda vez que una transacción cuesta algo más que el hecho de celebrar una transacción misma, pues es necesario, además, invertir en tiempo e información para celebrarla; es decir, ese costo se encuentra representado por la cantidad de tiempo e información necesarios para llevar a cabo una determinada transacción. Con este concepto Coase explicó que el derecho no era una un factor constante, que el derecho era costoso y que el mercado podía fallar, no por problemas del mercado en sí, sino por problemas institucionales. Así, podría suceder que en un determinado esquema institucional el mercado no sería capaz de desarrollarse porque los altos costos de transacción de operar dentro de éste hace que resulte imposible. Usar el mercado cuesta institucionalmente, toda vez que supone tener un derecho real, un contrato, una relación con terceros, una ejecutabilidad de ese contrato en caso de discrepancia. Coase hace notar en "La Naturaleza de la Empresa" que éstas, o lo que conocemos como los contratos con prestaciones plurilaterales autónomas, son un vehículo para reducir los costos de transacción dentro de los mercados, porque permiten que con un mismo esfuerzo se maximice el aprovechamiento de los recursos. Coase intenta imaginarse una situación en la que no existan empresas y concluye que el mundo sería distinto, pues no se llevarían a cabo la misma cantidad de transacciones que en un mundo con empresas. Sostiene que, tal vez, se podrían celebrar múltiples transacciones, pero a un costo mayor, lo cual implicaría que sólo podríamos llevar a cabo aquellos negocios cuyo costo sea menor que el costo de negociar individualmente todos los contratos implícitos que se encuentran en una empresa.

III. ESCUELAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Luego de que el profesor Ronald H. Coase diera a conocer la importancia de las instituciones jurídicas en la economía, empezaron a surgir distintas Escuelas del Análisis Económico del Derecho que buscan explicar la lógica económica implícita en las instituciones jurídicas sobre la base de sus propios postulados.

1. La Escuela de la Universidad de Chicago

La Escuela de la Universidad de Chicago es una de las que más se ha desarrollado gracias a los aportes de los discípulos del profesor Ronald H. Coase, principalmente del profesor Richard A. Posner quien, además de ser un poderoso e importante pensador, es juez de una cámara de apelaciones federales de Estados Unidos.

La Escuela de Chicago es una de las más importantes e influyentes dentro del análisis económico del derecho. Ha tratado de estudiar la lógica económica implícita en las instituciones jurídicas en diversas áreas de una manera profunda y destacada. Las ideas y los postulados del profesor Posner influyen fuertemente en la mayor parte de literatura escrita sobre la materia.

Los conceptos metodológicos básicos que sustentan el análisis económico del derecho dentro de la Universidad de Chicago son:

- a. Plantear una diferencia entre la discusión normativa y la discusión positiva. - Una cosa es el *deber ser*, denominado discurso normativo y otra cosa es el *ser*, llamado discurso positivo. Esta distinción metodológica es característica de la Escuela de Chicago. Se señala que el análisis económico del derecho se basa en un estudio positivo, donde se analizan los hechos como son y no como deberían ser. Los seguidores de la Escuela de Chicago se niegan a estudiar el *deber ser*, pues señalan que no resulta propio del debate académico sino más bien del debate político, teológico o moral. Por ejemplo, la teoría del crimen postulada por Posner es una teoría del costo-beneficio muy sencilla donde se dice que el criminal hace un cálculo de costo-beneficio y calcula cuánto le va a costar a él la represión de la conducta tipificada frente al beneficio de cometer el acto ilícito. Si obtiene un mayor beneficio por cometer un crimen que el costo de que lo descubran y sancionen, cometerá el crimen.
- b. El *homo economicus*. - Supone que la unidad mínima del análisis positivo es un concepto ideal llamada *homo economicus*. Así, éste es el hombre que calcula; es decir, aquél que se guía por los beneficios y evita los costos. La conducta maximizadora de este individuo viene representada por aquella en la cual tratamos de evitar las situaciones que nos generarían mayores costos y procuramos hacer aquello que nos conduciría a obtener mayores beneficios, es decir, se busca minimizar nuestros costos y maximizar nuestros beneficios. El ratio central de la conducta de los seres humanos, en todas las decisiones que adopten, es hacer lo más barato y evitar lo más caro. Sin embargo, es necesario precisar que, en realidad, el *homo economicus* es una metáfora, pues es solamente una figura literaria para tratar de expresar de alguna manera conductas importantes, únicas y excluyentes de la vida humana y no un paradigma, toda vez que no pretende ser verdad siempre.

- c. **Los costos de transacción.** - Los costos de transacción son enfocados a explicar el presunto teorema que George Stigler atribuyó al profesor Coase. El teorema de Coase es una derivación del principio de costos de transacción y señala que existiendo costos de transacción, la estructura institucional de un país no es indiferente del óptimo económico. Esto significa que como el derecho es costoso dada la existencia de costos de transacción, no cualquier organización jurídica te lleva al mismo resultado económico. El derecho organizado de una cierta manera te puede conducir a la eficiencia económica y viceversa, el derecho mal organizado no te permite alcanzar un resultado económico eficiente en razón de la existencia de costos de transacción.

2. La Escuela de Yale

La Escuela de Yale es liderada por el profesor Guido Calabresi, también juez de una cámara federal de apelaciones de los Estados Unidos. Se diferencia de la Escuela de Chicago por realizar un discurso normativo lo cual implica que exista una diferencia epistemológica absoluta. Para los seguidores de la Escuela de Yale es posible utilizar instrumentos de análisis matemático para proponer modificaciones institucionales, nuevas leyes, regulaciones, sistemas de control. Es decir, estudian las modificaciones legales que harían más eficiente la actividad económica.

Por lo demás, los presupuestos conceptuales de la Escuela de Yale, son básicamente los mismos que los de la Escuela de Chicago. Sin embargo, hay una diferencia ideológica importante: Chicago es de derecha, claramente liberal mientras Yale es de izquierda, claramente intervencionista, pero de una forma sutil y compleja.

3. La Escuela del Capital Humano

Esta escuela ha sido desarrollada principalmente en la Facultad de Economía de la Universidad de Chicago. Su fundador es el premio Nobel de Economía Theodore Schultz, aunque su representante más notable es, a mi entender, otro Premio Nobel llamado Gary Becker.

La Escuela del Capital Humano tiene especial importancia para el derecho al haber desarrollado, a partir del concepto del ser humano, como un agente económico, toda la teoría económica de la familia y las relaciones laborales, principalmente gracias a aportes del Profesor Becker, quien ha escrito algunos de los libros más originales de la economía contemporánea.

Asimismo, una de las más importantes contribuciones de la Escuela del Capital Humano es el estudio de la seguridad social, pues han llegado a demostrar que la aparición de la seguridad social pública en el siglo XIX ha destruido a la familia en occidente. Becker, logró acreditar que la familia era un mecanismo de seguridad social y que desde el momento en el cual un padre de familia ya no requería de sus hijos para mantenerse en el futuro, sino que el Estado luego de descontarle una suma de dinero para la pensión, será quien lo mantendrá en un futuro, es que deja de tener interés en criar a sus hijos.

4. La Escuela de la Elección Pública

Es una escuela fundada en la Universidad de Virginia por los profesores James Buchanan y Gordon Tullock. Sostienen que en la política hay una lógica económica implícita, que la política se guía por los principios económicos y que, por ejemplo: así como en el mercado hay precios, en el mercado político hay votos; así como en el

mercado hay empresarios, en el mercado político hay políticos; así como en el mercado hay empresas en el mercado político hay partidos; y, que todos en el mercado político se guían por un criterio maximizador.

5. La Escuela de los Derechos de Propiedad

Ha sido principalmente desarrollada por los profesores Douglass North y Robert Fogel. Estos dos personajes son dos historiadores económicos que tratan de explicar la historia económica, el desarrollo de la sociedad industrial, el progreso de los mercados a partir del desarrollo del derecho de propiedad. Por ejemplo, North sostiene que la revolución industrial aparece en los países bajos cuando aparece por primera vez el concepto de la propiedad intelectual. Explica que las instituciones jurídicas son fenómenos espontáneos que evolucionan, que no son producto del diseño ni el designio de nadie, que son resultado espontáneo de la evolución y que producen importantes cambios y transformaciones en las sociedades.

Por ejemplo Fogel estudio la esclavitud, sosteniendo que la esclavitud en su momento fue un sistema económico eficiente. Fogel inventa un método que se llama la "clometría" que es un mecanismo que él llama condicional irreal. Él se pregunta: ¿Qué hubiera pasado en la historia si no hubiera existido un determinado suceso? Su primer estudio cliométrico está referido a qué hubiera pasado en la historia de los Estados Unidos si no hubiera existido el ferrocarril y demuestra que el ferrocarril fue lo más ineficiente en la historia de los Estados Unidos, pese a lo que tradicionalmente se pensaba.

IV. LA ESCUELA AUSTRIACA: CRITICA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Hay finalmente una corriente de pensamiento que critica fuertemente a la Escuela del Análisis Económico del Derecho que se encuentra representada por la escuela austriaca y liderada por el profesor Hayek. Esta corriente no cree en el análisis económico del derecho y consigue criticarlo profundamente. La escuela austriaca sostiene que todos aquellos que realizan análisis económico del derecho escriben literatura, pero que no hacen teoría económica.

Para los austriacos, que son bastante ortodoxos en su visión de los mercados, el concepto costos de transacción es un error pues se basa en un concepto objetivo del valor que la teoría económica no puede admitir, pues el valor es siempre subjetivo. Para los austriacos todo costo económico es un costo de oportunidad, es el valor económico es la oportunidad sacrificada.

Los austriacos señalan, además, que el derecho es un fenómeno espontáneo, análogo al lenguaje. El derecho corresponde al orden praxeológico de la sociedad, es decir, el derecho es consecuencia de la acción humana y no voluntad humana. El derecho evoluciona solo, es una institución sobre la cual no tenemos el control y es resultado de la regularidad de las transacciones de millones de personas, cada una buscando su propio y particular interés, que va generando por eliminación instituciones.

Para los austriacos el derecho es un método de conocimiento. Señalan que el conocimiento está infinitamente disperso en la sociedad y que nadie puede tener a su disposición todos los elementos necesarios para tomar una decisión económica. Así en la sociedad hay una serie de métodos para obtener la información: la competencia es uno de ellos; el derecho es otro de esos mecanismos de conocimiento social porque

nos permite reunir más experiencia de lo que cada uno de nosotros conoce aisladamente.

En consecuencia, es posible encontrarse frente a personas que creen abiertamente en los mercados, que tienen una posición liberal, pero que no creen en el análisis económico del derecho. Tal vez, las páginas más agresivas en contra del análisis económico del derecho, las van a encontrar de los seguidores de la escuela austriaca.