

ACERCA DEL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO (AED)



JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE *

SUMARIO: I. Introducción.- II. Definición.- III. Presupuestos del AED.- IV. Principales exponentes de la Economía Institucionalista (fuente de los principales aportes del AED).- V. Antecedentes.- VI. Antecedentes del AED en el Perú.- VII. Impacto académico y de gestión pública en el Estado peruano.- VIII. La maximización, racionalidad y eficiencia en el AED.- IX. Autopsia del AED.- X. Apreciación crítica.- XI. Conclusiones.- XII. Sugerencias. XIII. Fuentes de información.

I. INTRODUCCIÓN.-

El propósito del presente trabajo es dar a conocer los diversos aspectos del AED (de creación anglosajona- Common Law, que partiera de la analítica y utilizara la economía para luego aplicarla al derecho) de escasa divulgación en Hispanoamérica (nos llega con aprox. 20 años de retraso), para su análisis y debate; mostrando el grado de incomprensión y rechazo al que ha sido sometido en el estado peruano, señalando derroteros para su superación y abordaje adecuado a efectos de un mejor entendimiento y aprovechamiento acorde a las necesidades actuales. Porque el no

* Ex Gerente de Asesoría Jurídica del Centro Vacacional de Huampaní. Ex Gerente de Secretaría General de la Municipalidad del Distrito de Asia. Doctorante en Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Egresado del Doctorado en Derecho, de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la misma Casa Superior de estudios; y del I Nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura. Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú). Ex Conciliador del Centro de Conciliación Extrajudicial Paz y Vida, Arbitro de Derecho y Conciliador Extrajudicial. Post grado en Derecho Registral y Notarial. Especialista en Comercio Exterior y Aduanas, Análisis del Código Procesal Civil, Derecho Penal Aplicado, Perfil Académico para la Magistratura y en Derecho Público. Diplomado en Razonamiento Jurídico y Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional, Enseñanza Superior del Derecho, Litigación Avanzada, Oratoria y Presentaciones de Impacto, Derecho Empresarial, Laboral, Procesal Constitucional, Procesal Penal, Derecho de Familia del Niño y del Adolescente; y en Civil y Procesal Civil. Estudios de Filosofía, Psicología, Marketing, Italiano, Inglés y Traductor Intérprete del Idioma Portugués avanzado. kimblellmen@hotmail.com

consenso y las discrepancias con el AED no son excusas para conocer y estudiar sus contenidos.

II. DEFINICION.-

Es la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema jurídico. Se basa en la triada maximización- mercado-eficiencia bajo un enfoque costo- beneficio social; buscando maximizar o hacer más eficientes los recursos en mundo de escasez de bienes y servicios. El análisis de costo-beneficio no implica únicamente el aspecto económico, sino, los motores de la conducta humana: como bienestar y malestar. El AED analiza la norma, pero no en abstracto, sino, en base a una consecuencia social.

III. PRESUPUESTOS DEL AED.-

A) Individualismo Metodológico.- Se basa en el análisis de la acción humana individual, ya que toma en cuenta que el individuo trata racionalmente de maximizar su bienestar porque los bienes son escasos.

B) Modelo Analítico.- Es el mercado como método de asignación de recursos, mediante la economía, para su posterior aplicación al derecho.

C) Modelo Hombre Racional.- Se basa en el modelo de un hombre muy cuidadoso y previsor- ex ante, a diferencia del modelo legal- es post.

D) Nivel De Optimización.- Mejor aprovechamiento de los escasos recursos.

E) Teorema De Coase.- En resumen, reducir los costos de transacción o contratación no solo económicos.

F) Costos De Transacción.- Son los obstáculos que las partes contratantes pueden encontrar en la búsqueda de la eficiencia.

G) Costos De Oportunidad.- Son aquellos costos a los que se tiene que renunciar para conseguir algo.

IV. PRINCIPALES EXPONENTES DE LA ECONOMIA INSTITUCIONALISTA (FUENTE DE LOS PRINCIPALES APORTES DEL AED).-

A) John R. Commons (1862- 1945 Usa).- Investigó el papel del Estado y propuso el desarrollo de una "economía institucional" como síntesis de la economía política, el derecho y la ética.

B) Kenneth Arrow (1921 Usa- Premio Nobel 1972).- Plantea "la intransitividad de las preferencias sociales" afirmando que no existe una forma democrática de votación que permita una elección social transitiva y racional y que por lo tanto, la única constitución que permitiría adoptar decisiones estables y no ambiguas sería la de una dictadura unipersonal o cuando las posibilidades de elección se reducen a dos.

C) Ronald H. Coase (1910 Uk- Premio Nobel 1941).- Iniciador del AED. descubre y clasifica el significado de los costos de transacción y los DD de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía.

D) Douglas C. North (1920 Usa- Premio Nobel 1993).- Pionero del neoinstitucionalismo, aportando un esquema mas comprensivo y coherente. renovó la investigación de la historia económica aplicando la teoría económica y métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional.

E) Richard A. Posner (1939 Usa).- Uno de los más destacados líderes del AED. propuso y defendió la idea que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de

que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de una política legal y social.

F) Oliver E. Williamson (1932 Usa).- Destacado propulsor del neoinstitucionalismo. propuso los “mecanismos de gobiernos” para referirse a los sistemas de control de riesgo asociado a cualquier transacción.

G) Gary S. Becker (1930 Usa- Premio Nobel 1992).- Extendió el dominio del análisis microeconómico a un amplio campo de comportamiento e interacción humanos, incluyendo comportamiento no mercantiles.

V. ANTECEDENTES.-

Aparece en los inicios de los sesenta con los trabajos de Guido Calabresi y Ronald Coase; los cuales se enriquecen con los de Gary Becker al estudiar la vinculación entre la ley y la economía, así como la relevancia de esta ultima en los actos y hechos no mercantiles como la calidad y el amor. Finalmente el AED alcanza su madurez con el aporte de Richard Posner quien lo estudió de manera sistemática y global.

VI. ANTECEDENTES DEL AED EN EL PERU.-

Es admirable y quizá no tenga parangón en Latinoamérica. así, aparece a inicios de los 80 con los trabajos del Instituto de Libertad y Democracia Liderado (ILD) por Hernando De Soto principalmente con el análisis de la informalidad en el Perú, luego con su obra “el otro sendero” (1986) como influencia de la dación de la ley de simplificación administrativa y las normas para facilitar el acceso a la

Llamada propiedad informal y al crédito. a los trabajos publicados por el ILD se suma el de Anibal Sierralta “Introducción a la luseconomía”. Sin embargo, pocos asociaban el aporte de ILD con el AED y es recién que a fines de los años 80 e inicios de los 90 (a treinta años de su aparición) el AED comienza a ser reconocido como tendencia importante en el derecho peruano. Posteriormente, el lo queda de los 90 un grupo de jóvenes abogados (Bullard, Cantuarias, Pizarro...) son enviados a EE.UU. a estudiar maestrías en las cuales concentraron importantes estudios en cursos de AED.

VII. IMPACTO ACADEMICO Y DE GESTION PUBLICA EN EL ESTADO PERUANO.-

A) A nivel académico: A inicios de los años 90 aparecen las primeras publicaciones en revistas como “Themis” y “Ius Et Veritas” seguidas de traducciones de trabajos de importantes representantes de AED. luego en 1993 se publica el libro “Derecho Civil Peruano: Perspectivas y Problemas Actuales” por Luis Pizarro Aranguren. en el 96 se hace lo propio con “Estudios de Análisis Económico del Derecho” de Alfredo Bullard; a los que se suma el trabajo “Por Que Hay Que Cambiar El Código Civil?” por la UPC. en 1995 nos visitó el profesor Douglas North. a la par aparecían artículos críticos del AED, favorecieron el debate y su solidez.

Asimismo, aparece la influencia del AED en diversos cursos, curiosamente, de manera mas notoria en las facultades de derecho que en las de economía. en 1990 en la u de lima se dicta como electivo bajo el nombre de “temas de derecho civil” y en el 92 en pontificia como AED llegando a ampliarse a dos semestres; llegando en el 93 a la “Maestría En Derecho con mención en Derecho Civil” con cuatro cursos inculcados al AED. En el 2000 se apertura la “Maestría de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia” incluyendo una influencia más marcada del AED. por

su parte la Universidad de Lima, en el 94, incorporó un curso electivo “Derecho Y Economía” y adicionalmente la Maestría de Derecho Empresarial con marcada presencia del AED. Finalmente, en todo el plan de estudios de la facultad de derecho de la UPC se puede apreciar la tendencia del AED incluyendo por primera vez el curso de AED como obligatorio llamado “razonamiento económico”, al que se sumo el curso de “economía para abogados”. Adicionalmente, es común la organización de eventos académicos y convenios con universidades e instituciones en los que se desarrollan temas de AED.

B) A nivel de Gestión Pública: Contribuyó a la identificación de reformas económicas como la privatización, la apertura de la economía, en el rol de las agencias estatales y de los organismos reguladores. Quizá la mayor influencia del AED la tuvo en el poder ejecutivo, como por ejemplo: la ley del procedimiento administrativo general, la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en el año 1996 se crea la comisión de acceso al mercado en el Indecopi. paralelamente se crean una serie de organismos como el propio Indecopi. Osiptel, Sunass, Ositran; las mismas que utilizan el AED en sus decisiones. otra institución publica que ha utilizado el AED es el Cofopri. el poder legislativo incorporó en su reglamento un artículo que establece como requisito de admisibilidad de un proyecto de ley para que el mismo venga acompañado de un análisis de costo beneficio que determine el impacto económico en la ley. Pero la superficialidad del mismo condujo a que en el año 1998 Ortiz de Zeballos y Guerra García publicaran el libro “Análisis Costo Beneficio de las Normas”. aunque algunas leyes fueron elaboradas mediante consultores que utilizaron el AED; como por ejemplo la Ley General de Transito y Transporte, el proceso de aprobación del nuevo Código Civil. en el poder judicial, lamentablemente la influencia del AED es prácticamente nula; ya que si bien la AMAG (Academia de la Magistratura) lo incorporó, el mismo es casi inexistente en las sentencias, ya que el operar bajo la idea muy marcada idea de que “lo que no está en el expediente no es de este mundo” les impide ver mas allá del expediente.

VIII. LA MAXIMIZACIÓN, RACIONALIDAD Y EFICIENCIA EN EL AED.-

Es la triada que resúme:

A) La Maximización.- Es el mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes,

B) La Racionalidad.- Es el análisis y acción con anterioridad al problema.

C) La Eficiencia.- Según Polinsky es “la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma”. Así también, como la relación con el tamaño del pastel, en tanto que la equidad dependerá de cómo se reparta.

IX. AUTOPSIA DEL AED.-

En su obra “Analizando El Análisis – autopsia del AED por el Derecho Civil” (Agosto 2006) Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, lo critican apoyados en la doctrina de Escuela Austriaca de F.A. Hayeck, al considerar que su objetivo final no es la eficiencia, sino, la promoción y protección de los derechos y las libertades individuales. el cual está en contraposición del objetivo del derecho civil que está basado en su naturaleza de bienestar y social.

Afirman que el reinado del reinado del derecho civil no tiene sucesor. Dicha obra, no es una critica al AED, es mas bien una defensa contra el descrédito (así como su destrucción) atribuido a las formas tradicionales de interpretación del derecho como formas obsoletas, inútiles y hasta jurásicas.

Además, defienden la cientificidad y monopolio del derecho y finalmente, culminan oponiéndose a la “esquizofrenia económica” (definida por ellos como la patología académica de quienes no ven el mundo y las relaciones humanas mas que variables económicas y encaran airadamente a aquellos que no quieren participar de sus alucinaciones.

X. APRECIACIÓN CRÍTICA.-

- El AED solo puede desarrollarse en modelos de economía de mercado.
- El carácter restrictivo de la hipótesis del AED impiden acoger además toda una gama de variables: sociales, históricas, psicológicas, etc., en consecuencia, condicionan la efectividad de mandatos legales.
- Se afirma que el AED (método de investigación o de interpretación) puede estar tratando de reemplazar la justicia por la deshumanizante eficiencia, pero es erróneo, porque esta tiene un contenido valorativo, pero no en todos los casos; además, en un mundo con escasez de recursos, desperdiciar es injusto y además, esta eficiencia se da cuando una persona mejora sin empeorar la situación de la otra.
- Si bien hay una disparidad notoria en el uso de las herramientas del AED, este ha tenido un avance e impacto (académico y en gestión pública) importante e interesante en el Perú, el cual continuara sin duda. su existencia ha sido positiva al enriquecer el análisis legal con nuevas perspectivas.
- **Existen esquizofrenias jurídicas:** Según Alfredo Bullard, este tipo de esquizofrenia (jurídica) se manifiesta a través del espionaje, homicida de la justicia, neoliberalismo, imperialismo, irrealismo, implantación soterrada y progresiva de una doctrina transnacional, que es inaplicable por no ser romano germánica- “greens go home!” y hay que crear una cofradía o hermandad para impedirlo.
- **Así como también esquizofrenias económicas:** Por otro lado el jurista Mario Castillo Freyre señala que paralelamente existe también otro tipo de esquizofrenia (la económica) y que consiste en la tendencia a ver todo con los “ojos del costo beneficio”, en la comunidad jurídica que reacciona frente al AED con agresividad y hasta con desinterés debidos al desconocimiento del mismo. lo cierto es que el AED puede ser usado en cualquier otra forma de sistema jurídico, sin perder su capacidad analítica; sus cultores han obtenido varios premios Nóbel de Economía por el aporte al pensamiento jurídico y económico; y además, esta lejos de ser extremadamente popular y mucho mas lejos de ser una tendencia dominante.
- En la búsqueda de la calidad total jurisdiccional, el AED es una herramienta muy útil, al brindarnos argumentos económicos para reforzar, corregir o completar los legales pero sin excluirlos; pero nunca podrá ser perfecto, ya que la justicia es mas valores que relaciones numéricas.
- La presencia de AED es innegable. actualmente es difícil encontrar algún numero de las principales revistas jurídicas que no publiquen algún trabajo de AED; los mismos que tienen un alto nivel de demanda académica, siendo comúnmente utilizados en tesis y trabajos de investigación como es el caso del presente. Así como es fácil encontrar cursos en pre y post grado, eventos académicos y convenios referidos a dicha perspectiva.

XI. CONCLUSIONES.-

- El AED se orienta a la creación de modelos tendentes a evaluar rigurosamente los efectos económicos producidos por las leyes. en consecuencia, predice y previene la conducta humana ya que analiza ex ante, a diferencia del derecho (ex post).
- El AED entiende la eficiencia maximizando la riqueza social, así, como el ser humano actúa en base a incentivos, este dirige- predice (simplificando la realidad al

seleccionar factores relevantes) su conducta con correctos incentivos o desincentivos (legales) evitando se generen desperdicios o el uso inadecuado de recursos (también llamado el nuevo AED).

- La eficiencia es un componente de la idea de justicia pero no es el único, ya que los derechos y los objetivos colectivos ocupan un lugar sumamente importante .
- El reto básico es aceptar que el derecho puede ser distinto a como lo hemos concebido siempre. Quizá eso sea lo único por lo que el AED debe ser estudiado y aprendido.
- El AED no es un conjunto de propuestas sobre como debe ser el derecho, es mas bien, una metodología para analizarlo.
- El AED no es básicamente utilitarista, ya que el propio concepto de eficiencia tiene un contenido valorativo.
- Parafraseando a Guido Calabresi “el AED no trata de reemplazar a la justicia por la eficiencia, ya que en este mundo de recursos escasos, desperdiciar es injusto, por lo tanto el AED hace que seamos justos pero con responsabilidad”.

XII. SUGERENCIAS.-

- Damos la bienvenida al AED, sin embargo, es necesario que para lograr la eficiencia del AED en la solución de un problema, el abogado debe tener en cuenta que no solo debe contemplar el aspecto legal, sino, también los aspectos socio-económicos vigentes, y el impacto de la solución legal de dicho caso en la sociedad.
- Es importante que los legisladores estén capacitados para promulgar leyes con criterio de racionalidad, buscando siempre la eficiencia normativa con incidencia general y no específica.
- Consideramos que es mas saludable tener una mente abierta (alejada de todo prejuicio) a las nuevas propuestas (no sólo hacia el AED), ya el AED no propone acabar con el derecho, solo acercarlo al hombre y a las soluciones que necesita, es decir, todo lo contrario a acabarlo, sino mas bien, revivirlo. en ese sentido, ese rechazo o miedo que se le pueda tener, no seria al AED, sino mas bien, a la realidad, a la cual el derecho necesita acercarse, explicar y mejorar mas con ayuda no sólo del AED.
- Mayor fomento (implementación y difusión y análisis) en los niveles de pre y post grado de la asignatura de AED como una forma de ampliar la perspectiva de los **a) “Estudiantes de derecho”**.- que son la mayoría de alumnos de pre grado de las facultades de derecho, **b) “Profesionales del derecho”**.- que son la mayoría de abogados y de los **c) “Estudiantes del derecho”**.- que son quienes entienden que el estudio, capacitación y análisis no es sólo una etapa o etapas, sino una forma de vida jurídica: en consecuencia, son la minoría de los dos primeros grupos y que dicho sea de paso, es a este tercer grupo al que debemos aspirar integrar siempre.
- Sin embargo, finalmente recomendamos además, que su dictado en pre grado no sea al inicio, sino al finalizar y con la modalidad de electivo. es decir, cuando el alumno este lo suficientemente formado como para poder asimilar las tendencias contemporáneas (como el AED) de una manera más madura y reflexiva.

XIII. FUENTES DE INFORMACIÓN.-

Alfaro Pinillos, R. y Velarde Sussoni, J. Compendio Práctico de Contratos Civiles, Comerciales, Bancarios e Informáticos. Editorial San Marcos. Lima- Perú. 2000.

Bullard Gonzáles, Alfredo. Derecho y Economía,. Palestra Editores. Lima- Perú, 2003.

Bullard Gonzáles, Alfredo. ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?. En: Scribas Revista de Derecho. Arequipa- Perú. 1997.

Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo. Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima- Perú. 2006.

Torres Manrique, Fernando. Análisis Económico del Derecho. Reflexiones sobre los incentivos y desincentivos. En: suplemento mensual "Hechos y Derechos" de la Editora Normas Legales. Lima- Perú. 2006.