

Voces: DERECHO ~ ECONOMIA POLITICA ~ ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

Título: El análisis económico del derecho. O cómo tomarse las consecuencias seriamente

Autor: Sola, Juan Vicente

Publicado en: LA LEY 03/04/2008, 03/04/2008, 1 - LA LEY2008-B, 1350

Cita Online: AR/DOC/660/2008

¿Qué elementos integran el discurso jurídico? Los abogados conocemos profundamente sus características, somos expertos en la argumentación de acuerdo con los límites y reglas establecidos en el derecho. De esta manera utilizamos argumentos normativos, sobre las fuentes históricas del texto analizado, sobre los precedentes judiciales a que dio origen y finalmente conceptos mucho más indeterminados como los fundamentos éticos de la norma. Raramente analizamos las consecuencias de una norma jurídica o de una decisión judicial. El Derecho y la Economía nos proponen concentrarnos en los efectos económicos de las normas, ya sea que éstas provengan del texto en sí mismo o a través de su concretización en precedentes. La herramienta utilizada del análisis económico del derecho es un análisis de los incentivos, evidentes u ocultos, que crean las normas jurídicas para determinar sus consecuencias, algunas de ellas inesperadas. Asocia la ciencia normativa más antigua, como es el derecho, con la ciencia social más precisa en sus predicciones, como es la economía, y esta unión revoluciona la visión del derecho. Los juristas nos hemos ocupado demasiado en temas de teoría general del derecho, de la interpretación de normas y de la historia, y no lo suficiente en los problemas básicos que las normas jurídicas deben resolver. Entre ellos puedo citar las consecuencias que las normas jurídicas tendrán cuando se apliquen a casos concretos, en particular cuando esas consecuencias no coincidan con las intenciones, generalmente buenas, de los legisladores y los jueces (1). El efecto de las normas jurídicas es consecuencia de los incentivos que ellas crean, no de las intenciones de sus creadores.

Es probablemente éste sea un buen momento para que los juristas prestemos nuestra atención a estos temas.

La despreocupación por las consecuencias de las normas puede llevar a fracasos institucionales. Estos fracasos surgen cuando se eligen soluciones ineficientes, es decir, distribuciones de derechos que dejen a algún sector peor de lo que estaba sin que exista un beneficio para ningún otro sector (2). Deben entonces buscarse soluciones que cumplan con un criterio de eficiencia, es decir, que mejoren a las personas cuya situación se desea beneficiar, pero sin empeorar la de otros, o, por lo menos, que las ganancias sean superiores a las pérdidas, lo que permitiría eventualmente efectuar compensaciones (3).

Algunos críticos del análisis económico del derecho han señalado que representa un cierto "imperialismo" de los economistas que pretenden avanzar con sus recetas sobre las otras ciencias sociales. La situación es realmente la inversa, una vez conocido lo útil del método económico, son los investigadores especializados en el derecho, —es decir, nosotros los abogados— los que deben avanzar en ampliar nuestra comprensión sobre el tema utilizando nuevas herramientas.

La economía normativa y la economía positiva

Gran parte de la confusión sobre el derecho y economía está basada en el error de imaginar que la economía es un lenguaje normativo que quiere reemplazar al derecho. Imaginan algunos que se trata de un nuevo derecho natural de bases técnicas. Es cierto que esto ocurrió en el pasado con la llamada 'economía de bienestar' de cuño keynesiano que tuvo un fuerte contenido normativo. Pero un análisis específico nos aleja de esa posibilidad. Podemos hacer una distinción entre el análisis de las consecuencias de una política pública y la valoración de las conveniencias sobre la misma. El primer análisis se llama economía positiva; el segundo economía normativa. La economía positiva se ocupa no sólo de analizar las consecuencias de las medidas gubernamentales, sino también de describir las actividades de la administración y las fuerzas políticas y económicas que dieron lugar a esas medidas. Cuando el análisis supera la economía positiva entra en el campo de la economía normativa que valora la conveniencia de distintas políticas e imagina otras que puedan cumplir los objetivos fijados. La economía normativa se ocupa de establecer reglas con relación a una política imaginada, se compara el grado en que los distintos programas cumplen determinados objetivos y averigua cuál programa puede cumplir mejor ese objetivo deseado. La economía positiva describe simplemente los efectos de un programa sin evaluar si se han cumplido objetivos que se pretendían ni si se valoran las consecuencias. En el análisis económico del derecho se utiliza preferentemente la economía positiva; en el largo predominio de la economía de bienestar, se utilizaba la visión normativa. El derecho y la economía no reemplazan al derecho, simplemente le dan herramientas para su mejor comprensión.

Los costos de transacción

Otro elemento a considerar es el de los costos de transacción, que son los costos que surgen debido a la interacción entre las personas. Los costos de transacción elevados dan resultados ineficientes; su reducción es la función de la reglamentación. Su reconocimiento explica la importancia del teorema de Coase. El teorema tiene muchas versiones pero en general considera que una negociación tiene éxito, independientemente del derecho aplicable, en la medida que los costos de transacción sean bajos. Coase insistía en que una de las funciones principales que debían tener economistas y abogados en el futuro era determinar la extensión de los costos que tenía cada transacción. Muchos de los costos de transacción son los que surgen de la aplicación del derecho, por lo que la nueva teoría de la regulación supone la disminución de los costos de transacción. Da una nueva y

principal actividad a los jueces como instrumentos para reducirlos, de manera que las partes puedan negociar una solución eficiente, y también justa, de sus diferendos. La actividad judicial disminuye los comportamientos oportunistas y estratégicos, y mejora la información de las partes para que una conciliación sea posible. Una solución conciliada será siempre eficiente, ya que las partes estarán mejor luego de ella que antes. En las palabras de Posner: la eficiencia es una de las formas de la justicia.

(*) Director, Maestría en Derecho y Economía. UBA.

(1) Para un mayor análisis ver SOLA, Juan Vicente, "Constitución y Economía". Lexis Nexis. 2003.

(2) Este es el llamado criterio de eficiencia de Pareto.

(3) Aunque no lo hagan en la práctica, este es el criterio de eficiencia de costo beneficio, o de Hicks Kaldor.