
Por: Dr. Domingo Jesús Anglas Castañeda (*)

**“TEORIA
DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO”**

Lima, Julio del 2008

(*) Abogado egresado del UNMSM, con estudios concluidos de Maestra en Derecho Civil y Comercial y Doctorado en Derecho en la UPIGV. Dedicado hace mas de 10 años al ejercicio independiente de la abogacía y al asesoramiento académico a Bachilleres en Derecho.

INDICE

TEORIA DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

	Pág.
1. Definición.....	03
2. Antecedentes y precursores.....	04
3. Inicios en el Perú.....	08
4. Notas características del Análisis Económico del Derecho.....	08
5. Derecho y Economía.....	11
6. Vinculaciones entre Derecho y Economía.....	11
6.1 Las relaciones de causalidad.....	12
6.2 Las relaciones de integración.....	12
6.3 Las relaciones de interacción.....	12
7. El Teorema de Coase. El Costo de Transacción.....	13
8. Formulaciones del teorema de Coase	13
9. Las externalidades.....	14
10. Observaciones contra el Análisis Económico del Derecho.....	15
11. Critica al Análisis Económico del Derecho.....	16
Conclusiones.....	20
Bibliografía.....	21

EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO

1. **Definición.-** Sin duda, el autor nacional más importante y de referencia necesaria sobre el Análisis Económico de Derecho es **Alfredo Bullard Gonzáles**, quien señala que “Entender economía mejora la imagen de los abogados y enriquece el Derecho mismo. Ayuda a comprender que el derecho es solo una, y quizás no la más importante, de las ramas del conocimiento.”¹

Bullard considera que el análisis económico del derecho nos hace tomar conciencia de cuanta responsabilidad tiene el Derecho en el desarrollo. Reglas claras, jueces honestos y normas predecibles no solo tienen que ver con el bienestar individual, sino con el bienestar agregado. Hoy ya sabemos que “el mal Derecho” nos cuesta varios puntos en el crecimiento del PBI y reduce las inversiones. Hoy sabemos que “el mal Derecho” no solo genera injusticia, sino además, subdesarrollo.

Para **Víctor Malpartida**: “El análisis económico del derecho pretende relacionar a la economía y al Derecho como un modo de abordar interdisciplinariamente fenómenos sociales determinados.”². Agrega el mismo autor que “El análisis económico del derecho consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico, de los problemas más importantes en el Derecho. Este análisis es un método o enfoque que se aplica a un objeto distinto de aquel para el que fue concebido (el sistema económico) sustituyéndolo por el sistema jurídico. No se reemplaza el razonamiento jurídico sino se

¹ **Alfredo Bullard Gonzáles**. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. Lima, 2003. Pág.28

² **Víctor Malpartida Castillo**. Introducción al Derecho Económico. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo. Lima, 1996. Editorial San Marcos EIRL. Pag.51.

busca complementarlo. Solo busca que amplíemos nuestra perspectiva para que al decidir una controversia jurídica tomemos en cuenta no solo los costos privados que la decisión puede tener, sino al mismo tiempo los efectos económicos y sociales.”³

2. **Antecedentes y precursores.**- El análisis económico del derecho es una metodología de análisis que apareció aproximadamente en los años 60's en los Estados Unidos, y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho....La única forma de entender el análisis económico del derecho es aplicándolo y viendo como funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el derecho está plagado de conductas – en si mismo es una técnica de regular conductas-, el análisis económico del derecho puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de éstas conductas.

Los dos precursores más importantes del análisis económico del derecho, que podrían ser considerados los fundadores, son **Ronald Coase** y **Guido Calabresi**. Coase llevó a cabo una serie de estudios en los años 30 y 60's que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, concepto fundamental en el análisis económico del derecho, y que explica como funciona el derecho en relación a los mercados, y cuando la decisión legal puede solucionar un problema y cuando no.

Aparte de los mencionados, también son considerados principales teóricos de esta disciplina en sus varias fases fueron:

John R. Commons (1862-1945). Commons fue un destacado miembro de la escuela institucionalista americana. Nacido en Ohio (USA), fue profesor de economía en las universidades de Wesleyan, Oberlin, Indiana, Syracuse y Wisconsin. Presidente de la American Economic Association.

Su influencia no se debe tanto a sus escritos teóricos como a la legislación que promovió y consiguió hacer aprobar en las cámaras legislativas americanas. Su amistad con Robert LaFollette y otros senadores progresistas impulsó una profunda reforma de la legislación laboral, especialmente en lo referente a las condiciones de seguridad e higiene en el puesto de trabajo, seguros de desempleo y programas de seguridad social para la jubilación.

³ Ibidem. Pág. 52.

John Commons investigó el papel del Estado y propuso el desarrollo de una "Economía Institucional" como síntesis de la Economía Política, el Derecho y la Ética.

Kenneth J. Arrow (1921-). Premio Nobel 1972. Economista estadounidense, neoyorkino, estudió en el City College y en Columbia. Su tesis doctoral "Social Choice and Individual Values" supuso una revolución teórica. Utilizando el sistema de notación de la lógica simbólica planteó el problema de la intransitividad de las preferencias sociales. El "Teorema de la imposibilidad de Arrow" afirma que no existe una forma democrática de votación que permita una elección social transitiva y racional. 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.

Obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1972, compartido con el británico John R. Hicks, por sus contribuciones pioneras a la **teoría del equilibrio económico general** y la **teoría del bienestar**.

Ronald H. Coase (1910-). Premio Nobel 1991. Economista británico, obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1991 por su descubrimiento y clarificación del significado de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. Es considerado el iniciador del campo de estudio del Análisis Económico del Derecho con su publicación en 1960 de lo que se ha dado en llamar el Teorema de Coase.

Estudió en la London School of Economics y empezó a trabajar como profesor en la Dundee School of Economics and Commerce (1932-1934), en la University of Liverpool (1934 -1935) y en la London School of Economics (1935-1939 y 1946-1951). Emigró a Estados Unidos, trabajando en la University of Buffalo, en el Center for Advanced Study in the Behavioral Sciences, en la University of Virginia y, desde 1964, en la University of Chicago. Fue editor de la revista "Law and Economics" de 1964 a 1982.

El artículo de 1960 "The problem of Social Cost" es considerado el artículo más citado en la literatura económica de todos los tiempos y países, pero sus ideas seminales ya estaban explícitas en el artículo "The Nature of the

Firm" de 1937: que cualquier sistema de asignación de precios tiene un coste y que es posible hacer un análisis económico de las reglas, las formas organizativas y los métodos de pago. Ronald Coase es considerado el fundador del Análisis Económico del Derecho y de la "Nueva Economía Institucional".

Douglass C. North (1920-). Premio Nobel 1993. Economista estadounidense, profesor en la Washington University de St. Louis, Missouri. Obtiene el Premio Nobel de Economía en 1993, compartido con Robert W. Fogel por haber renovado la investigación de la historia económica aplicando la teoría económica y métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional.

En los años cincuenta inicia North su análisis histórico dentro del marco teórico neoclásico. Critica las concepciones etapistas del crecimiento que conducen a sobrevalorar el papel de la industrialización en el desarrollo económico. Observa la importancia que tuvo en los Estados Unidos la agricultura y la producción para la exportación.

En los años sesenta trata de generalizar sus estudios de forma que comprendan el crecimiento económico de Europa y todo el "Western World" pero pronto descubre las limitaciones del análisis y la metodología neoclásica. Hace una profunda crítica de los supuestos simplificadores de la realidad al uso en la ciencia económica y propone adoptar supuestos más realistas como los que manejan los evolucionistas económicos Sidney Winter y Jack Hirshleifer.

En todo el proceso de su pensamiento va adquiriendo cada vez más trascendencia el concepto de institución que finalmente se convierte en la clave explicativa de la evolución y el desarrollo económico. Douglass North se convierte así en uno de los pioneros del neoinstitucionalismo al que aporta su esquema teórico más comprehensivo y coherente.

Richard A. Posner (1939-). El juez Posner, es economista y magistrado desde 1981 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que presidió de 1993 a 2000. Graduado en 1959 en Yale, se licenció en Derecho en la Harvard Law School en 1962. Entró como profesor en 1968 en Stanford University de donde pasó a la Law School de la Universidad de Chicago (1969-1981) en cuyas actividades académicas y docentes continua participando regularmente.

Richard Posner ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica

a diversos campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Propuso y defendió la idea de 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 la política legal y social. Se convirtió así en uno de los más destacados líderes de la corriente del Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), aplicando el análisis económico al derecho de familia, la discriminación racial, la jurisprudencia y la privacidad.

Es fundador del Journal of Legal Studies. Presidió la American Law and Economics Association (1995-96) y es coeditor de la American Law and Economics Review. Es doctor honorífico por las universidades de Syracuse (1986), Duquesne (1987), Georgetown (1993), Gante (1995), Yale (1996), Pennsylvania (1997), Brooklyn (2000) y Northwestern (2001).

Oliver E. Williamson (1932-). Es un destacado teórico del nuevo institucionalismo. Doctorado por la Carnegie-Mellon University en 1963 es actualmente profesor de "Economics and Law" en la Universidad de California en Berkeley.

Es el autor del concepto de "mecanismos de gobierno" para referirse a los **sistemas de control del riesgo asociado a cualquier transacción**. Sus campos principales de investigación son la economía de las instituciones, la estrategia de las organizaciones, la burocracia, la política y los costes de transacción.

Gary S. Becker (1930-). Premio Nobel 1992. Economista estadounidense, estudia en Princeton y en Chicago. Profesor de Economía en Columbia (1960-70) y en la Universidad de Chicago.

Becker es un "imperialista" de la ciencia económica, es decir, utiliza los instrumentos teóricos de la economía para explorar y "conquistar" nuevos territorios. En su tesis doctoral analizó las razones de la discriminación racial y sexual en la contratación laboral. En "Crimen y castigo" analiza la racionalidad del delincuente mediante el cálculo de probabilidades de los beneficios y costes del crimen.

Obtiene el Premio Nobel de Economía en 1992 "por haber extendido el dominio del análisis microeconómico a un amplio campo del comportamiento y la interacción humanos, incluyendo comportamientos no

mercantiles".

- 3. Inicios en el Perú.-** Las primeras manifestaciones identificadas del Análisis Económico del Derecho en el Perú se dan en la década de los 80, centrados principalmente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), liderado por Hernando De Soto, cuyo trabajo se centró principalmente en el análisis de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de que la economía informal incluía no solo actividad de comercio e industria, sino además la construcción de grandes áreas urbanas en los denominados pueblos jóvenes y barrios marginales. Estos estudios evaluaron los costos de la legalidad, los costos de transacción que la sobre regulación y los tramites burocráticos generaban y la mal definición de derecho de propiedad. A partir de ello se sostenía la existencia de una economía informal que desarrollaba sus propias reglas y creaba su propio mercado para superar los costos que el sistema legal generaba.

El punto más importante de esta etapa fue la publicación de El Otro Sendero en 1986. Estos trabajos del ILD influyeron también en el hecho de que a fines de los 80's, el Estado, bajo la asesoría del Instituto, promulgara una serie de normas dirigidos a generar un proceso de simplificación administrativa cuya norma central fue la Ley 25305 del 10/Jun/89, Ley de Simplificación Administrativa a reducir los costos de la actuación de la Administración Pública a los ciudadanos buscando reducir a su vez los costos de la transacción en la economía.

Adicionalmente a este mismo periodo, se dieron normas para facilitar el acceso a la llamada propiedad informal y al crédito a través de la creación de la denominada hipoteca popular, un derecho de garantía que no recaía sobre la propiedad sino sobre la posesión, recogiendo la situación generalizada de los pueblos jóvenes y asentamientos marginales, cuyos ocupantes carecían de títulos de propiedad en el sentido convencional del término.

Los trabajos del ILD pueden ser definidos como "cousianos", es decir, inspirados en la teoría de Ronald Coase, Premio Nobel de Economía en 1991, cuyo aporte principal es la teoría de los costos de transacción. Sin embargo, pocas personas asociaban los trabajos del ILD con el análisis económico del derecho.

- 4. Notas características del Análisis Económico del Derecho.**
Tenemos las siguientes:

-
- Es la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema legal. Se basa en la triada Maximización-Mercado-Eficiencia (bajo un enfoque costo-beneficio social) ⁴, busca maximizar (Eficiencia de) los recursos en un mundo de bienes y servicios escasos, brindándonos un argumento económico para reforzar, corregir o completar el argumento legal (pero, no lo excluye).
 - Se inicia con el convencimiento que hay que tener en cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultados generan para los ciudadanos.
 - Es fundamentalmente social, el principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgo. ⁵
 - Se fundamenta que entre el derecho y la economía existe un elemento central: la eficiencia. Al enfrentar, tanto la economía como el derecho el problema de la escasez de recursos y como asignarlos, se busca siempre una solución eficaz socialmente. ⁶
 - Se diseña una imagen del derecho y de la práctica jurídica que toma el principio económico como único estándar, de esta manera se integra la economía del comportamiento social, en especial, la participación de las instituciones jurídicas y sus funcionarios. ⁷
 - Se opera una importante reducción ideológica y finalística. Los nuevos conceptos jurídicos son admisibles únicamente en la medida que satisfacen el objetivo de la eficiencia de la práctica jurídica. ⁸
 - Consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico. Es un método o un enfoque que se

⁴ **Roberto Alfaro P.** Análisis Económico del Derecho. Revista Jurídica Magistri Et Doctores, Unidad de PostGrado de Derecho de la UNMSM, Lima, Año I N° 01, Setiembre – 1995. Pág.193.

⁵ **Fernando de Trazegnies G.** La Responsabilidad Extracontractual. 5ª ed., Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1995, T.I. Págs. 79 y 61.

⁶ **Raúl Chanamé Orbe.** Diccionario Jurídico Moderno. Lima, San Marcos, 1995. Pág. 63.

⁷ **Jan M. Broekman.** Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, 1997. Pág. 121.

⁸ Ambos postulados ponen de manifiesto la limitación inherente a la teoría del derecho y la economía.

aplica a un objeto distinto de aquel para el cual fue concebido (el sistema económico) sustituyéndolo por el sistema jurídico.

- La función principal de la responsabilidad civil bajo la concepción del AED es la de reducir la suma de costes de los accidentes y de los costes de evitarlos.
- El primer coste (“primario”) es la reducción del número y de la gravedad de los accidentes, lográndose mediante la prevención general o método de mercado y la prevención específica o método colectivo.
- El segundo coste (“secundario”) que no afecta ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los costes sociales derivados de los mismos, lográndose a través del método del riesgo y el método de la buena bolsa.
- El tercer coste (“terciario”) de administrar el tratamiento de los accidentes, cuyo objetivo es el de reducir los costes primario y secundario.
- Se trata en suma de la aplicación del método de razonamiento económico al derecho. No reemplaza al razonamiento jurídico sino lo complementa. El método aplicado es una mezcla de lógica deductiva y empirismo.
- Allí donde haya alternativas, escasez y en su virtud, elección, allí serán aplicables los métodos del Análisis Económico, llegándose a la conclusión que no hay aspecto de la vida humana que no pueda ser incluido del análisis económico.⁹
- Este enfoque económico gira en base a tres premisas: el análisis de los efectos de las leyes, el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y la estabilidad de las preferencias de los individuos.
- Sobre el análisis de los efectos de las leyes no es posible entender las instituciones únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y que resultado generan crear modelos tendientes a evaluar rigurosamente los efectos de todo tipo producido por las leyes.
- El Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención.¹⁰

⁹ **Juan Torres López.** Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal. Madrid, Tecnos, 1987. Pág. 26.

¹⁰ Ibidem.

-
- El comportamiento maximizador y el análisis del derecho es uno de los elementos esenciales del enfoque económico en que se basa el análisis económico del derecho, puesto que los sujetos tienden a maximizar algo, ya sea riqueza o utilidad en condiciones que deben corresponderse con los parámetros establecidos de racionalidad en sus elecciones.
 - El derecho y el equilibrio en el mercado se refieren a la finalidad de alcanzar la eficacia social mediante la búsqueda de la máxima eficacia a través del intercambio homogéneo, libre y confiable de todos los agentes en relación al uso de bienes y factores productivos.
 - El derecho en caso de observar errores que corregir en el tráfico del libre mercado de la economía, de ser útil lo enmendará por medio de procedimientos sancionatorios, asimismo, si existen factores que alcancen la eficacia en el mercado deberá ser el derecho quien establezca las condiciones en que pueda efectivamente alcanzarse; buscando su accionar llevar el equilibrio al mercado.
 - Para cumplir con los objetivos primordiales del Bien Común y Paz Social a que aspira el Derecho, tiene que velar por el intercambio confiable y ético en relación al uso de bienes y factores productivos; “por lo que el derecho debe garantizar la seguridad y la libertad del mercado, y si la inconsistencia de este, muestra “fallos” que enmendar, el Estado tendrá que corregirlos a través del mecanismo coercitivo del Derecho”.¹¹
- 5. Derecho y Economía.-** En relación al conflicto que algunos ven entre derecho y economía Bullard señala: “Como el análisis económico del derecho se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la Justicia, con la conducta humana y con los valores. Sin embargo, no es lo que persigue el análisis económico del derecho. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar generen desperdicios. Y desperdiciar en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es por tanto, un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir, un Derecho que ante el uso inadecuado de los recursos, cree incentivos de conducta correctas para lograr su fin.”.¹²

¹¹ Ibidem. Pág. 27.

¹² Véase páginas 29-31 de su obra citada.

-
- 6. Vinculaciones entre Derecho y Economía.-** El estudio de los problemas económicos siempre ha tenido que considerar para hacer viable sus planteamientos, el ordenamiento jurídico o la norma. De igual manera, los propios juristas que se han preocupado por el contexto social o medio en el cual se aplica la norma han tenido que apreciar el fenómeno económico como una fuerza que funciona con frecuencia el accionar de los sujetos.

La inevitable conexión del Derecho con la realidad social lo ha hecho derivar hacia una mayor complejidad en la que los fenómenos económicos conviven con nítida energía.

Es posible resumir las diferentes posiciones doctrinarias que buscan explicar esta conexión científica en tres corrientes:

- 6.1 Las relaciones de causalidad.-** Corriente defendida por el materialismo histórico de Marx, donde la economía es la causa de todo y el derecho es uno de sus efectos. Así la sociedad tiene un elemento básico concretizado en la llamada infraestructura económica, y todos los demás elementos formarían como efecto, la superestructura, tales como la religión, la política y, obviamente, el Derecho.

A cada infraestructura económica a través del recorrer de la historia, corresponde una superestructura. Así, se dio una etapa o infraestructura primitiva, antigua (esclavitud), medieval (feudalismo), moderna (mercantilismo), contemporánea (capitalismo y socialismo) a todos los cuales les correspondió un determinado tipo de Derecho.

En contraposición a la tesis marxista, tenemos el planteamiento americano, en enunciado por Richard Ely, John Commons y Carter Adams, quienes afirman que la economía es una rama de la jurisprudencia general, y que su relación con el derecho es tan íntima que niega su propia existencia.

- 6.2 Las relaciones de integración.-** Esta corriente sostiene que lo jurídico y lo económico en lugar de repelerse se complementan formando un bloque único. Su representante más destacado es **Rudolf Stammler**. La vida social es una mezcla de una parte sustancial (economía) como de una parte formal (derecho). El derecho y la economía configuran toda la vida social y cuando así se da componen un cuerpo único.

-
- 6.3 Las relaciones de interacción.-** Explicada a través del paralelismo con el principio físico de acción y reacción, es decir, a toda acción corresponde una reacción en sentido contrario. De esta manera toda preeminencia de una acción económica corresponderá una reacción igual y contraria del derecho. Niega totalmente una denominación del factor económico sobre el jurídico y de éste sobre aquel. Así, las dos ramas de las ciencias sociales interactúan separadamente sobre el mundo social. Tiene como exponente a **Max Weber** quien afirma que las acciones económicas han influido parcialmente en la sistematización del derecho y que los problemas económicos deben ser resueltos por la máquina legal.

Cesar Becaria es otro de los más destacados autores cuya trascendental obra se refiere a la interacción entre las sanciones y los delitos, desde la perspectiva del daño por el beneficio económico que proporcionan a la sociedad. Su obra del siglo XVIII marco, a su vez, el primer hito en el análisis económico del derecho.

Eugene Rostow dice: “La economía política es una de las ciencias sociales mas avanzadas, con una tradición técnica bien desarrollada y una literatura de estudios aplicados. Lo mismo que otras ciencias sociales puede ilustrar mucho al letrado en sus tareas. Suministra al derecho el conocimiento esencial acerca del funcionamiento de la economía que las leyes tratan de controlar y a las cuales debe responder”.¹³

- 7. El Teorema de Coase. El Costo de Transacción-** En 1991 la Academia Sueca concedió el premio Nobel de Economía a Ronald Coase, profesor emérito de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago por haber descubierto algunos factores determinantes de cómo se organiza el derecho y acerca de la comprensión del diseño constitucional de la economía y de los distintos sistemas jurídicos.

El punto central de la teoría coasiana es un concepto conocido como “costo de transacción”, referido a que contratar cuesta y el hecho que el mercado no es otra cosa que un inmenso conglomerado de transacciones contractuales nos lleva a considerar que utilizar el mercado puede ser costoso.

Coase señala que los contratos nos conducen a la eficacia, pero hay situaciones que no pueden ser resueltos por los contratos, y por lo tanto, necesitan de una intervención estatal para llegar a mejorar en términos paretianos.

¹³ **Eugene Rostow.** Planteamiento para la libertad. Buenos Aires. Editorial Jurídica Omeba, 1962. Pág.293.

-
8. **El teorema tiene dos formulaciones:** a) Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada porque igual se llegara a la mas eficiente. Cuando vivimos en un mercado donde existen contratos el sistema contractual nos llevara a la eficiencia. El típico ejemplo de la contaminación: si una industria contamina a un vecindario y los daños que le causan son mayores que los beneficios que obtiene, posiblemente los vecinos se acercaran a la fábrica a pagarle una cantidad para que deje de contaminar. Por el contrario, si los beneficios para la industria son mayores que los daños probablemente esta les pagará a los vecinos para que dejen contaminar. Haya o no responsabilidad las partes llegaran a la solución mas eficiente que será cerrar la fabrica o mantenerla abierta según corresponda.

En cambio, según la segunda formulación del teorema: si los costos de transacción son mayores a cero, si importa la solución legal para llegar a una solución eficiente. En el ejemplo: si en vez de contaminar a un vecindario se contamina a miles de personas, es casi imposible que estos lleguen a un acuerdo para acercarse a la fabrica para comprarle la posibilidad de que cierre, pues los costos de transacción son muy elevados: identificar a todas las partes, informarles de esta posibilidad, ponerlas de acuerdo, etc.. Ahí si será el estado quien decida si la industria debe o no contaminar en función a si es eficiente o no que siga operando y en qué condiciones. Ahí es importante la regla legal porque el mercado no podrá solucionar el problema.

El análisis económico del derecho utiliza básicamente herramientas de la microeconomía como la teoría del consumidor, teoría de la empresa, racionalidad individual, etc. El elemento principal es determinar que es mas eficiente a través de un análisis costo beneficio. Lo que se persigue con este análisis es determinar porque los individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van a ayudar a alcanzar la eficiencia. Por ejemplo, las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un precio; entonces si decimos que pasarse una luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un policía detecte la infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaríamos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio menos cantidad de demanda, bajara el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.

Cuando se habla de un análisis costo beneficio, no se está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y éstos son bienestar y malestar. Lo que hace el análisis económico del derecho es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos.¹⁴

9. **Las externalidades.-** Son los costos y beneficios no contractuales. Cuando las fabricas contaminan o los autos congestionan generan externalidades negativas, es decir, costos a terceros. Hay también externalidades positivas. Si una heladería coloca un vigilante, este generara un beneficio al vecino porque recibe seguridad por la cual no paga.

Las externalidades pueden generar ineficiencia porque hay quienes sufren costos que no generan, y hay quienes generan costos que no asumen, estas personas generan mas costos de los que deberían, y la trasladan, lo que es una conducta ineficiente porque genera una discrepancia entre el costos (o beneficio) privado de la conducta y el costo (o beneficio) social de la misma.

Para definir eficiencia se usan las ideas de Wilfredo Pareto, quien busca establecer cuando una persona mejora sin empeorar la situación de otra. Así, una situación será óptima, es decir inmejorable, cuando dados los recursos existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore. A eso se llama el óptimo de Pareto.

Por su parte, según el criterio de Pareto el cambio de una situación a otra constituye una mejora en el bienestar social si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación de un individuo.

10. **Observaciones contra el Análisis Económico del Derecho.**

Deriva del carácter restrictivo de las hipótesis que pueden ser incorporadas en los modelos. Pues, éstos no siempre pueden acoger toda la gama de variables (no necesariamente económicas, sino también sociales o incluso psicológicas) que de hecho, condicionan la efectividad de mandatos legales.

¹⁵

- Es un sustituto mecánico del sentido común. Al respecto, es importante hacer notar que el análisis costo-beneficio es un marco metodológico para ordenar todos los argumentos a favor (beneficios) y en contra (costos) de una

¹⁴ Alfredo Bullard González. Op.Cit., Págs. 32.33.

¹⁵ Alfaro. Op. Cit.. Pág. 195.

-
- determinada medida de política, incluyendo tanto los factores medibles o factibles de ser traducidos a unidades monetarias como aquéllos inconmensurables desde el punto de vista económico.¹⁶
- Su metodología es criticable desde el punto de vista moral y ético, puesto que en determinados casos se estima una determinada valoración monetaria de la vida o la salud humana.
 - La función de la justicia “resulta ser más bien insignificante”, se reclama entonces el principio de soberanía del consumidor para afirmar, en su virtud, que si la gente no demanda un determinado servicio es porque no lo considera suficientemente valioso y no deben deducirse de ahí soluciones que alteren su elección soberana.¹⁷
 - El conservadurismo científico y político.
 - En el derecho penal¹⁸, el AED considera la conducta del delincuente como racional en el sentido económico, en la medida que toma en consideración los beneficios y los costes que su acción le reporta llevando a cabo la comisión del delito en función de ellos, buscando maximizar su función de utilidad.
 - De lo anterior, aplicando el AED, se podría predecir las consecuencias del comportamiento del potencial delincuente a efectos de la creación de una nueva ley, en la cual deberá tenerse en cuenta el costo beneficio de la misma, tal como lo exige el reglamento del congreso en su artículo 75.¹⁹

¹⁶ **Gustavo Guerra-García P.** Entre Costos y Beneficios. *Revista Cathedra*, UNMSM, Lima, Año I N° 01 Noviembre – 1997, p. 37.

¹⁷ **Torres López.** Op. Cit. Págs.76-77.

¹⁸ Un ejemplo, es los delitos contra el patrimonio, el Robo Agravado art. 189°, modificado por ley 27472, sanciona con pena privativa de libertad perpetua (cadena perpetua), si el agente como consecuencia de la comisión de este delito produce la muerte de la víctima o le produce lesiones graves a su integridad física o mental; en este caso al autor no le importaría matar a su víctima con tal de conseguir su objetivo, toda vez que la sanción será la misma; esto es, pena privativa de libertad perpetua.

¹⁹ Artículo 75°.- Las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable

-
- Otro ejemplo son las consecuencias que se derivan de la asignación de recursos, realizada en la administración de justicia para alcanzar el beneficio de eficacia que persiguen las diversas penas establecidas, etc.

11. Crítica Nacional al Análisis Económico del Derecho.- En Noviembre del 2004 sale a la luz la obra *Analizando el Análisis* de Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, quienes hacen una crítica severa de los fundamentos del Análisis Económico del Derecho. Señalan estos autores que “la literatura disponible sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú, es decir, los casos concretos de instituciones jurídicas a las que se pretende analizar económicamente y que da sentido a ésta corriente teórica en nuestro país, no van más allá de una veintena de supuestos contenidos en normas del Código Civil que son absolutamente accesorias y que, cuantitativamente, no tiene ninguna repercusión práctica en los litigios que se ventilan ante los tribunales de justicia. La realidad es que si se hiciese un estudio del número de causas en el Poder Judicial basadas en las instituciones civiles que hayan criticado los apólogos del Análisis Económico del Derecho en el Perú, se podría constatar que no son ni el uno por mil. Entonces, habría que preguntarse cual es el sentido de hacer de una cuestión pintoresca y anecdótica el eje de una crítica a todo el Derecho Civil, presentando un problema académico y social inexistente, porque los objetos de crítica no tiene ninguna gravitación en el medio jurídico nacional. No escapa al lector avisado lo irónico de esta situación para una teoría cuya premisa es, precisamente, el costo social de un Derecho ineficiente. Pues uno en mil casos no representa, que digamos, costos social alguno, hablando en términos de análisis económico del derecho. Pero perder el tiempo y el dinero en relevar los argumentos que sostienen el único caso criticable en la balanza de la justicia de los mil que ésta tiene que ponderar demuestra un costo social muy alto, y por ende, sobre todo la ineficiencia de un derecho así concebido.”²⁰

Mas adelante agregan los mismo autores: “Incluso así, y con independencia del impacto real que en la sociedad pueda tener cualquier institución jurídica analizada, académicamente ninguna crítica tendría porque ser deleznable si estuviera sometida a los rigores metodológicos correspondientes. El problema es que en el Perú, cuando los interesados en profundizar las objeciones del “Análisis” pretenden hallar una crítica económica, algún análisis que avale científicamente el nombre de la teoría, algún estudio sobre

²⁰ **Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze.** *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil.* Lima, 2004. PUCP. Fondo Editorial. Págs.68-69.

la base de variables de costo y beneficio, se encuentra con un chasco: lo económico de la crítica se agota en rendirle tributo a esa ciencia repitiendo un millón de veces las palabras “costos de transacción”, “costo social” y “externalidades”, como si fuesen mágicos pases que pretenden fundar la justificación del uso de tinta y papel a los ojos de los incautos. Por ello, no es exagerado afirmar que de análisis económico poco o nada existe en las críticas a las instituciones jurídicas realizadas por la mayoría de exponentes de esta teoría en el Perú. Simplemente encontramos un rosario de objeciones de lo más elementales que, desprovistas en primer lugar de todo sustrato económico, y segundo de la necesaria base doctrinaria, se limitan, en el mejor de los casos, a saludar a la bandera del sentido común. Así pues, expósitas de economía y de doctrina jurídica, no resultan muy convincentes las furibundas críticas del análisis económico del derecho al Derecho Civil y al Código que la contiene. Una de esas tantas críticas fraudulentas es la que se llevó a cabo contra el concepto de propiedad privada, tal como veremos a continuación, caso en el que resalta el hecho de que la institución analizada es, de lejos, clave en el derecho civil, lo que revela la pobreza de la crítica y lo que se puede esperar de las que atañen a otras instituciones jurídicas de menor importancia.”²¹

Crítica al relativismo de la propiedad privada.- El análisis económico del derecho en el Perú critica el relativismo del derecho de propiedad. Así, se sostiene que “una primera constatación importante es que la propiedad es una relación jurídica que no solo le concede al propietario poderes, sino que le impone obligaciones. No solo es sujeto activo de su derecho, sino sujeto pasivo de los derechos que los demás tienen en cuenta o a su comportamiento a propósito del bien (ejercicio en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley)”.²²

Agrega el mismo autor: “Otro de los principios que el Código Civil no comprende de manera adecuada es el derecho de propiedad y lo importante que es considerar que lo uno es de uno, y de nadie más. Por el contrario, el Código pretende una concepción de propiedad relativa, de una propiedad ambigua que debe ser limitada por las normas legales”.²³

Ante este cuestionamiento los autores de analizando el análisis señalan: “La primera pregunta que salta a la vista sobre estas objeciones del “Análisis” al relativismo del ejercicio del derecho de propiedad en el Código Civil de 1984 es la que se refiere a la existencia de algún país del mundo en el que

²¹ Ibidem. Págs.69-70.

²² **Alfredo Bullard Gonzáles**. La Relación Jurídica Patrimonial. Reales Vs Obligaciones. Lima, Lluvia Editores, 1990. Pág.281.

²³ Citado por **Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze**. Op.Cit., Pág.71.

la propiedad no este limitada por normas legales. Y la respuesta es obvia. Ninguno. No hay ningún país en el mundo donde la propiedad privada no sea ejercida de forma relativa. Y por una razón muy sencilla: nos guste o no, ninguna persona, al menos en un estado capitalista moderno, ejerce sus derechos de propiedad solo. Ejercemos nuestro derecho de propiedad en comunidad. Soy dueño de una casa, pero tengo vecinos; soy dueño de un fundo, pero hay parcelas que lo delimitan; soy dueño de un automóvil pero tengo que transitar por las calles y tengo que guardar respeto hacia los demás.

Esto justifica que nos encontremos, como ya habíamos adelantado al inicio de este capítulo, con una de esas afirmaciones carentes de sustento real a las que nos tiene acostumbrado el Análisis Económico del Derecho en el Perú, a una de esas críticas sin sentido, que por lo tanto, no pueden ser mas que superficiales o gratuitas.”²⁴

Por último, cerrando su critica, los autores citados afirman “queda demostrado entonces que a los analistas económicos del derecho les ha sido necesario, para justificar su critica al artículo 923 del Código Civil, levantar un fantasma, el fantasma de los horribles conceptos retrógrados y peligros que constituyen una espada de Damocles sobre el desarrollo de la economía y de la inversión privada en el Perú. Sobre este particular, amén de lo que ya hemos dicho hasta aquí, habría que preguntar a esos críticos cuántas inversiones han dejado de venir al país o no se han consumado por los propios nacionales por temor al “ambiguo concepto de propiedad” que sanciona el artículo 923 del Código Civil en los veinte años que tiene de vigencia. Y ello para demostrar la “ineficiencia” de las normas en cuestión y, por ende, la necesidad de la modificación exigida por los seguidores criollos del Análisis Económico del Derecho. La verdad es que no puede haber respuesta porque ninguno de éstos críticos se ha tomado el trabajo de hacer un solo estudio que demuestre económicamente el perjuicio –o como ellos gustan llamar, el enorme costo social- que significa para la sociedad peruana no creer, como ellos, en que los fantasmas existen.”²⁵

²⁴ Op.Cit. Págs.71-72.

²⁵ Ibidem. Pág.77.

*** **

CONCLUSIONES

1. El Análisis Económico del Derecho relaciona la economía con el Derecho como un modo de abordar interdisciplinariamente fenómenos sociales determinados.
2. El Análisis Económico del Derecho consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico, de los problemas más importantes en el Derecho.
3. El Análisis Económico del Derecho es un método o enfoque que se aplica a un objeto distinto de aquel para el que fue concebido, el sistema económico, sustituyéndolo por el sistema jurídico.
4. El Análisis Económico del Derecho no busca reemplazar el razonamiento jurídico sino complementarlo. Solo busca que se amplíe la perspectiva para que al decidir una controversia jurídica se tome en cuenta no solo los costos privados que la decisión puede tener, sino al mismo tiempo los efectos económicos y sociales.
5. El Análisis Económico del Derecho es una disciplina joven, tanto a nivel nacional como internacional. Nace en Estados Unidos entre los años 30 y 60 del siglo pasado. En el Perú las ideas se manifiestan en los 80, y se escriben los primeros artículos recién en los 90.
6. El Análisis Económico del Derecho es una disciplina que a pesar de su juventud ha captado el interés de la comunidad jurídica, la cual debe ser vista con mayor tolerancia, a pesar de su atrevida pretensión de modificar el Derecho Civil.

*** **

BIBLIOGRAFIA

Alfredo Bullard Gonzáles.

Derecho y Economía.

El análisis económico de las instituciones legales.

Lima, 2003. Palestra Editores.

Alfredo Bullard Gonzáles.

La Relación Jurídica Patrimonial. Reales Vs Obligaciones.

Lima, Lluvia Editores, 1990.

Anibal Sierralta Ríos.

Introducción a la Juseconomía.

Lima, 1996. Fondo Editorial de la PUCP. 2da edición.

Eugene Rostow.

Planteamiento para la libertad.

Buenos Aires, 1962. Editorial Jurídica Omeba.

Ewart Boulding Kenneth.

Análisis Económico.

Madrid, 1978.

Fernando de Trazegnies G.

La Responsabilidad Extracontractual.

5ª ed., Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1995, T.I.

Gustavo Guerra-García P.

Entre Costos y Beneficios.

Revista Cathedra, UNMSM, Lima, Año I N° 01 Noviembre – 1997.

Jan M. Broekman.

Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho.

Temis S.A., Santa Fé de Bogotá, 1997.

Juan Torres López.

Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal.
Madrid, Tecnos, 1987.

Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze.

Analizando el Análisis.
Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil.
Lima, 2004. PUCP. Fondo Editorial.

Raúl Chanamé Orbe.

Diccionario Jurídico Moderno.
Lima, San Marcos, 1995.

Roberto Alfaro P.

Análisis Económico del Derecho.
Revista Jurídica Magistri Et Doctores, Unidad de PostGrado
de Derecho de la UNMSM, Lima, Año I N° 01, Setiembre – 1995.

Ullis Montoya Alberti.

El Derecho Económico.
Lima, 1966. UNMSM.

Víctor Malpartida Castillo.

Introducción al Derecho Económico.
Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo.
Lima, 1996. Editorial San Marcos EIRL.

*** **
.