

LAS FUNCIONES ECONÓMICAS DEL DERECHO

GERMÁN COLOMA*

RESUMEN

La tesis de este trabajo es que la función económica básica del derecho es definir el sistema económico que rige en la sociedad y organizar el funcionamiento de dicho sistema. Bajo esta perspectiva, el análisis económico del derecho consiste en el estudio y la evaluación de las normas jurídicas desde el punto de vista de sus funciones económicas, lo que permite clasificar a éstas según el tipo de régimen económico que ayuden a organizar, y a las ramas de la economía según el tipo de normas que estudien. También permite reconocer que casi todo el análisis económico mezcla elementos de análisis económico del derecho con otros destinados a analizar el entorno y las conductas de los agentes económicos. Desde el punto de vista de su relación con la teoría jurídica, esta manera de visualizar económicamente el derecho puede ser compatible con el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo. Esta compatibilización se logra mediante una reformulación de los objetivos del análisis económico del derecho, que excluye el llamado *análisis positivo de las estructuras jurídicas*, pero incluye la consideración de problemas de equidad impersonal e interpersonal.

Palabras clave: sistemas económicos, sistema jurídico, análisis económico del derecho.

* Universidad del CEMA, Buenos Aires, Argentina. Agradezco los aportes de Jorge Steb, Leticia Campos, y dos comentaristas anónimos, Correo electrónico: <gcoloma@cema.edu.ar>.

THE ECONOMIC FUNCTIONS OF LAW

ABSTRACT

The thesis of this article is that the basic economic function of law is to define the economic system that prevails in society and to organize the running of the latter. From this perspective, the economic analysis of law involves the study and evaluation of legal standards from the point of view of their economic functions, which enables the latter to be calculated according to the type of economic regime that they help to organize, and the branches of the economy according to the type of standards they study. It also shows that virtually all economic analysis mixes aspects of the economic analysis of law with others aimed at analyzing the surroundings and behaviors of economic agents. From the point of view of their relationship with legal theory, this way of visualizing law may be compatible with positivism, the laws of nature and realism. This compatibility is achieved by reformulating the objectives of the economic analysis of law, which excludes the *positive analysis of legal structures* yet includes the consideration of problems of impersonal and interpersonal equity.

Key words: economic systems, legal system, economic analysis of law.

FONCTIONS ÉCONOMIQUES DU DROIT

RÉSUMÉ

L'article présente la thèse suivante: la fonction économique fondamentale du droit est de définir le système économique en vigueur au sein de la société et d'organiser le fonctionnement dudit système. Dans cette perspective, l'analyse économique du droit consiste en l'étude et en l'évaluation des normes juridiques du point de vue de leurs fonctions économiques, ce qui permet de classer celles-ci selon le type de régime économique qu'elles contribuent à organiser, et de classer les secteurs de l'économie selon le type de normes étudiées. Cela permet également d'admettre que presque toute l'analyse économique combine des éléments d'analyse économique du droit et d'autres éléments destinés à analyser le contexte et les conduites des agents économiques. Du point de vue de son rapport avec la théorie juridique, cette façon de visualiser économiquement le droit peut être compatible avec le positivisme, le droit naturel et le réalisme. Cette compatibilité s'obtient par le biais d'une reformulation des objectifs de l'analyse économique du droit, excluant ce que l'on appelle *l'analyse positive des structures juridiques*, mais tenant compte de problèmes d'équité impersonnelle et entre les personnes.

Mots-clés: systèmes économiques, système juridique, analyse économique du droit.

La tesis de este trabajo es que la función económica básica del derecho es definir el sistema económico que rige en la sociedad y, una vez definido éste, proveer a la misma de normas que organicen el funcionamiento del sistema en cuestión. Bajo esta perspectiva, el análisis económico del derecho consiste en el estudio de las normas jurídicas desde el punto de vista de sus funciones económicas, ya sea mediante la descripción del modo en el que dichas normas operan o de la evaluación de las mismas desde el punto de vista de su capacidad de obtener un determinado objetivo económico.

A nuestro entender, esta manera de visualizar las funciones económicas del derecho y de encarar el análisis económico del mismo tiene la ventaja de que puede ser aplicada desde distintas perspectivas en lo que atañe al origen del derecho, a la concepción que se tenga respecto del mismo, y al tipo de análisis económico que se quiera hacer. La misma conduce naturalmente a reconocer que buena parte del análisis que se efectúa en cualquier área del conocimiento económico es en rigor análisis económico del derecho, pero lleva también a visualizar que el papel de la teoría económica dentro del análisis del derecho está limitado a un conjunto de funciones y no puede tener, por lo tanto, un carácter totalizador. Estas dos conclusiones a las que se llega con este enfoque, nos parece, pueden servir para disminuir considerablemente las reticencias que el análisis económico del derecho ha generado tanto en el campo de la teoría jurídica (que suele verlo como una metodología extraña a la naturaleza de los fenómenos jurídicos), como de la teoría económica (que suele verlo como una aplicación demasiado alejada del objeto de la economía).

A fin de desarrollar la tesis sustentada en el presente trabajo, el mismo se organizará de la siguiente manera. En el apartado uno expondremos la idea de que los sistemas económicos están definidos por sistemas jurídicos, y que éstos son también los que establecen las distintas porciones de actividad en las cuales se aplican los diferentes regímenes económicos. En el apartado dos relacionaremos el análisis de las funciones económicas de los diferentes grupos de normas jurídicas con las distintas áreas del conocimiento económico, y veremos en qué sentido cualquier análisis económico tiene casi siempre un componente de análisis económico del derecho mezclado con un componente que se refiere a aspectos no jurídicos. En el apartado tres encararemos el tema de cómo el análisis económico puede ser aplicado a las distintas concepciones acerca del derecho (positivista, iusnaturalista, realista), según cuál sea la perspectiva de análisis que se adopte (positiva, normativa). El apartado cuatro, finalmente, resumirá las conclusiones de todo el trabajo.

1. SISTEMAS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS

Los sistemas económicos pueden definirse como los distintos modos en los cuales se organiza una economía, en especial en lo que se refiere al papel del Estado y al de los agentes privados en las distintas decisiones económicas. Desde un punto de vista global, los sistemas económicos implican la existencia de ciertas relaciones funcionales entre una serie de elementos tales como recursos (capital, trabajo, tecnología, recursos naturales) y agentes económicos (familias, empresas, gobiernos), que se manifiestan por medio de instituciones que establecen ciertos derechos y obligaciones a tales agentes económicos, y de procesos (de información, incentivos y decisiones), que dichos agentes llevan a cabo.

En su trabajo sobre descripción y comparación de sistemas económicos, Koopmans y Montias (1971) hacen una distinción entre cuatro tipos de elementos de una economía: entorno, sistema, acciones y resultados. Su idea es que los resultados (por ejemplo, el consumo, el ingreso, el crecimiento, etc.) son una función de los otros tres elementos, dentro de los cuales está el sistema económico, pero también están el entorno (es decir, los recursos mencionados en el párrafo anterior), y las acciones (es decir, el comportamiento de los agentes económicos).

Los sistemas económicos suelen clasificarse de acuerdo con dos criterios básicos: la propiedad de los recursos y la forma de asignar los mismos. Siguiendo a Holesovsky (1977), diremos que el criterio basado en la propiedad clasifica a los sistemas económicos de acuerdo con “[...] cómo están distribuidos los distintos poderes de decisión entre los agentes económicos”, en tanto que el criterio basado en la forma de asignar los recursos los clasifica según “[...] el modo en el cual se constituyen los procesos de información, incentivos y decisiones y de cómo dichos procesos se relacionan entre sí, a fin de integrar a los participantes del sistema dentro de estructuras institucionalizadas de actividad económica coherente”.¹

Cada una de las clasificaciones mencionadas en el párrafo anterior implica la aparición de distintas categorías de sistemas económicos. La clasificación basada en la propiedad de los recursos, por ejemplo, puede aplicarse tanto al capital como al trabajo, y distinguir entre sistemas en los cuales la propiedad es individual, grupal o colectiva (y, dentro de estos últimos, entre sistemas con y sin Estado). La mayor parte de la literatura sobre sistemas económicos comparados, sin embargo, se concentra en distinguir entre sistemas en los cuales

1 Holesovsky (1977), capítulo 3.

la propiedad del capital es estatal o privada, usando la expresión *socialismo* para los primeros y *capitalismo* para los segundos. La clasificación basada en la forma de asignar recursos, por su parte, hace hincapié en la diferencia entre sistemas centralizados y descentralizados, dentro de los cuales tienen relevancia el uso de procesos jerárquicos (en el caso de los sistemas centralizados) y de mecanismos de mercado (en el caso de los descentralizados).²

Las clasificaciones de los sistemas económicos pueden cruzarse dando lugar a diferentes combinaciones. Tomando como base las categorías principales enunciadas en el párrafo anterior, resulta posible concebir sistemas económicos de socialismo centralizado, socialismo descentralizado (también llamado *socialismo de mercado*), capitalismo centralizado (también conocido como *capitalismo planificado* o *capitalismo regulado*) y capitalismo descentralizado. Estas categorías suelen usarse en el análisis de los sistemas económicos reales como estilizaciones aproximadas respecto de la organización de las diferentes economías, con la ubicación de las distintas sociedades (y de las distintas épocas de dichas sociedades) más cerca de una de dichas categorías y más lejos de las otras. También sirven para efectuar estudios comparativos teóricos de los resultados que pueden obtenerse con los distintos sistemas, al analizar dimensiones tales como la eficiencia y la equidad. Sin embargo, los sistemas económicos que se observan en la realidad son siempre mezclas de estos sistemas puros, ya que se refieren a economías en las que coexisten sectores en los cuales los activos son de propiedad privada con otros en los que la propiedad es estatal y, dentro de tales sectores público y privado, las decisiones se toman con base en la utilización de procedimientos que implican mayor o menor centralización.

Retornando a la idea más general de un sistema económico como un conjunto de instituciones y de procesos que sirven para generar o inducir conductas por parte de los agentes que actúan en una economía, surge con claridad que los sistemas económicos son en rigor sistemas normativos, en el sentido de que están constituidos básicamente por normas o reglas de organización y conducta. Algunos autores (por ejemplo, Koopmans y Montias, 1971) incluyen dentro de estas normas y reglas a todas las instituciones, estructuras organizativas, leyes, tradiciones, creencias, actitudes, valores y tabúes existentes

² En el caso de los procesos jerárquicos, la literatura sobre sistemas económicos comparados suele usar la expresión *planificación central*. Esta expresión resulta sin embargo más acotada que la de *proceso jerárquico*, ya que esta última tiene también implícita la toma de decisiones que no son necesariamente de planificación (tales como decisiones operativas, de información, de supervisión, etcétera).

dentro de una sociedad que afectan directa o indirectamente sus conductas y resultados económicos. Para los temas que más interesan para la clasificación de los sistemas económicos contemporáneos, sin embargo, la casi totalidad de las normas y reglas incluidas en dicha definición tienen un carácter jurídico, es decir, están determinadas por el derecho vigente en el país de que se trate. Puede de este modo afirmarse que, al menos en lo que atañe a sus características básicas, los sistemas económicos observables en las distintas economías están determinados directamente por los sistemas jurídicos que rigen en las mismas. Desde esa perspectiva, por ende, cada sistema económico puede verse como una proyección de un sistema jurídico determinado.

Siguiendo el análisis que al respecto efectúa Nino (1980), diremos que los sistemas jurídicos son sistemas de enunciados de carácter normativo, coactivo e institucionalizado. Por sistema normativo se entiende un sistema formado básicamente por normas, es decir, por enunciados que correlacionan diferentes circunstancias con consecuencias tales como la permisión, prohibición u obligatoriedad de ciertas acciones. Para que el sistema sea además coactivo, debe contemplar la existencia de sanciones por incumplimiento de sus normas. Finalmente, para que esté institucionalizado es necesario que establezca autoridades u órganos encargados de operar el sistema (por ejemplo, órganos legislativos, judiciales, administrativos, etcétera).

Un conjunto de enunciados de carácter normativo, coactivo e institucionalizado, sin embargo, sólo será un sistema si sus componentes tienen cierta integración entre sí, en el sentido de conformar un todo más o menos ordenado. En la teoría jurídica esto se identifica con la idea de un ordenamiento jurídico, dentro del cual existen normas superiores e inferiores.³ En la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, por ejemplo, este ordenamiento se basa en la existencia de una norma superior a las demás (la constitución del Estado de que se trate), por debajo de la cual se escalona el resto de las normas (leyes, decretos, resoluciones, decisiones judiciales, etc.). Interpretada desde el punto de vista de sus funciones económicas, la constitución suele tener el papel de definir el sistema económico básico dentro del cual se desarrollan la mayor parte de las actividades de una sociedad. Hay así constituciones que pueden catalogarse como *capitalistas descentralizadas*, otras que resultan ser *socialistas centralizadas*, y eventualmente podría haber también constituciones que cayeran dentro de los otros dos sistemas definidos anteriormente (capitalismo regulado o socialismo de mercado).

3 Véase, por ejemplo, Cossío Díaz (1997), capítulo 1.

La forma en la cual la constitución define el sistema económico básico dentro del cual van a desarrollarse las actividades de una sociedad tiene que ver con ciertas *reglas por omisión*, que establecen qué régimen económico corresponde aplicar en ausencia de una norma legal específica. Esto abre la posibilidad de que, por medio de leyes o conjuntos de normas que se encuentren por debajo de la constitución (o, eventualmente, por normas que también formen parte de la constitución) se establezcan casos particulares en los cuales se adopten soluciones propias de un sistema económico diferente. Podría acaecer, por ejemplo, que en un sistema económico, que básicamente se ubica dentro del capitalismo descentralizado, existan sectores (ciertos servicios públicos, ciertas actividades relacionadas con la provisión de bienes públicos, etc.) para los cuales se establezca la obligatoriedad de la propiedad pública de los medios de producción, de la asignación centralizada, o de ambas. Inversamente, dentro de un sistema económico ubicado en la zona del socialismo centralizado podrían existir sectores (ciertas actividades comerciales, agropecuarias o de servicios personales, por poner los ejemplos más habituales) para los cuales se permita la propiedad privada de los medios de producción, la asignación descentralizada, o ambas. Incluso, podría haber sistemas en los cuales estas excepciones sean tan amplias que se vuelva difícil saber en qué sistema económico encaja verdaderamente el ordenamiento jurídico vigente, o sistemas en los cuales la constitución establece por omisión un sistema (digamos, el capitalismo descentralizado) y las leyes avanzan luego acotando cada vez más el conjunto de actividades que caen dentro de dichas reglas generales, generando porciones muy grandes del sistema jurídico en las cuales imperan regímenes económicos distintos.

Es por eso útil, con el fin de identificar el sistema económico vigente a la luz de su relación con el sistema jurídico, evaluar el peso relativo de las distintas normas clasificándolas de acuerdo con el régimen económico que implícitamente sostienen. Tal como veremos en la sección siguiente, esta clasificación tiene cierta relación con las diferentes ramas del conocimiento jurídico, si bien es raro encontrar áreas cuyas normas sólo sean congruentes con un sistema y no estén contaminadas para nada con elementos de otros sistemas. En un intento por depurar estas normas y hacerlas totalmente compatibles con nuestra clasificación de los sistemas económicos, de aquí en adelante dividiremos al derecho en tres porciones diferentes: derecho privado propiamente dicho, derecho público propiamente dicho, y derecho regulatorio. En el primer concepto incluiremos a la porción del derecho cuya función económica es organizar la parte de la economía que funciona bajo un régimen de capitalismo descentralizado, en el segundo a la porción cuya función es organizar la parte de la economía

que funciona bajo un régimen de socialismo centralizado, y en el tercero a la porción que intenta organizar a la parte de la economía que funciona bajo un régimen de capitalismo regulado. No parece haber, en cambio, una parte del derecho especialmente pensada para organizar actividades que se efectúen bajo un régimen de socialismo de mercado. Las mismas, si es que existen, suelen regirse por una combinación de normas de derecho privado y de derecho público, que operan simultáneamente sobre distintos aspectos de las actividades en cuestión.

2. ÁREAS DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO Y ECONÓMICO

Tal como hemos expuesto en el final de la sección anterior, resulta posible clasificar a las normas jurídicas según su impacto sobre el sistema económico en tres categorías que hemos denominado derecho privado propiamente dicho, derecho público propiamente dicho, y derecho regulatorio. En líneas generales, estas categorías tienen que ver con áreas específicas del conocimiento jurídico, que en muchos países han sido codificadas, separadas en fueros y definidas como materias específicas de las currículas universitarias. Dentro del derecho privado propiamente dicho, por ejemplo, se encuentra la mayor parte del derecho civil y comercial, y algunas porciones de otras áreas más especializadas tales como el derecho laboral, el derecho agrario, etc. Dentro del derecho público propiamente dicho, por su parte, incluiremos a la mayor parte del derecho administrativo (la que se refiere a la organización de los organismos públicos), al derecho tributario, al derecho fiscal y al derecho procesal. Por último, dentro del derecho regulatorio se incluyen básicamente las áreas que tienen que ver con la actividad del Estado como regulador del sector privado, tales como el derecho de los servicios públicos, el derecho ambiental, el derecho de las regulaciones financieras, el derecho de la competencia, etcétera.

La principal característica que tiene el derecho privado propiamente dicho como elemento constitutivo de un sistema económico capitalista descentralizado (o de la porción de un sistema económico cualquiera que opere bajo un régimen capitalista descentralizado) es establecer las reglas generales dentro de las cuales los agentes privados pueden operar los mecanismos descentralizados de la economía. Dichas reglas generales implican la organización de dos instituciones básicas: el mercado y la responsabilidad civil. La primera de dichas instituciones consiste esencialmente en una serie de normas que establecen derechos de propiedad (sobre activos tangibles e intangibles) y criterios para transferir dichos derechos o para crear derechos personales basados directa o indirectamente en tales derechos de propiedad (derecho contractual). A tra-

vés de ello se pueden establecer criterios respecto de quiénes son los oferentes de los diferentes bienes o servicios que se comercian en una sociedad y qué deben hacer los demandantes para obtener dichos bienes o servicios, posibilitando la transferencia de los recursos desde usos menos valorados a usos más valorados y la creación de riqueza mediante la transformación de dichos recursos en bienes y servicios.

Al revés del mercado, la institución de la responsabilidad civil consiste esencialmente en una serie de normas que establecen obligaciones de indemnizar cuando se han vulnerado ciertos derechos subjetivos de difícil o imposible transferencia por medio del mecanismo de mercado (derechos de no sufrir daños ocasionados por accidentes, incumplimientos contractuales, etc.). Siguiendo el criterio de Calabresi y Melamed (1972), diremos que la responsabilidad civil es una forma alternativa de proteger ciertos derechos que pueden ser apropiados por terceras personas sin el consentimiento de quien posee originalmente el derecho, y que se justifica para ciertas situaciones en las cuales los costos de transacción son elevados. La institución de la responsabilidad civil, por lo tanto, puede verse como un mecanismo descentralizado que en cierto modo sustituye o complementa al mercado, generando transferencias *a posteriori* de la apropiación de los derechos. Así, por ejemplo, su existencia sirve para que una persona que ha provocado un accidente pueda pactar con la víctima de dicho accidente una transacción por la cual renuncie a su derecho de indemnización judicial, y en dichas transacciones pueden intervenir también compañías de seguros que compran y vendan dichas obligaciones de indemnizar y dichos derechos a ser indemnizado.

El derecho público propiamente dicho se ocupa en cambio de las normas que establecen la organización de las actividades controladas directamente por el Estado, mediante criterios de tipo jerárquico o centralizado. Muchas veces estas normas tienen un impacto directo sobre ciertos agentes económicos privados (proveedores y contratistas del Estado, empleados públicos, contribuyentes impositivos, partes en los procesos judiciales, beneficiarios de los servicios prestados por el Estado, etc.), pero su objetivo es básicamente fijar criterios que el Estado impone respecto de actividades que él mismo controla dentro del área de la economía que opera bajo un régimen de socialismo centralizado (ya sea porque ése es el sistema económico básico, ya porque la actividad en cuestión ha quedado específicamente reservada a la órbita estatal).

En lo que se refiere al derecho regulatorio, por su parte, el mismo está constituido por normas que implican una intervención del Estado en actividades controladas por agentes económicos privados, como opuestas a las activida-

des controladas directamente por el Estado, que son objeto del derecho público propiamente dicho. En un trabajo anterior hemos subdividido al derecho regulatorio en una parte referida a la regulación directa y otra a la regulación indirecta.⁴ La primera de ellas implica la realización de actividades de carácter permanente por las cuales el Estado reemplaza a los agentes privados en la toma de ciertas decisiones (por ejemplo, la fijación de precios en la regulación de los servicios públicos, la fijación de estándares de emisión en la regulación ambiental, etc.). La regulación indirecta, en cambio, implica una intervención excepcional que sólo se desencadena cuando se producen ciertos hechos específicamente establecidos por las propias normas (por ejemplo, prácticas anticompetitivas, situaciones de concurso o quiebra, violaciones a las normas de tránsito, etc.) y en las cuales la intervención del Estado es esporádica y se limita a tratar el hecho que la generó. Ambos tipos de regulación, sin embargo, son susceptibles de ser incluidos dentro del concepto jurídico de *poder de policía*, entendido como el conjunto de limitaciones a las actividades privadas, por parte de una autoridad pública y en el interés público.

En virtud de las ideas expuestas, la clasificación de una porción del conocimiento jurídico dentro del derecho privado propiamente dicho, del derecho público propiamente dicho o del derecho regulatorio sólo puede hacerse de manera aproximada. Resulta posible que en un mismo cuerpo normativo (digamos, en una misma ley) convivan disposiciones que encajen dentro de distintas clasificaciones, y tengan por lo tanto efectos sobre distintas partes del sistema económico. Esto no implica que dichas disposiciones sean incongruentes entre sí, ya que podrían ser necesarias para ordenar distintas facetas de una misma actividad. Tomemos el ejemplo concreto de una ley de patentes de invención, como puede ser la ley 24.481 que rige en la República Argentina. Una ley de este tipo es básicamente un cuerpo de normas destinado a establecer derechos de propiedad intelectual sobre las invenciones de productos y procedimientos industriales, y permite que quienes tengan tales derechos puedan transferirlos, cederlos mediante contratos de licencia, e impedir que terceros se aprovechen de los mismos sin su consentimiento. Esto enmarca claramente a esta legislación dentro del derecho privado propiamente dicho. Sin embargo, la ley argentina de patentes (y, de hecho, cualquier ley de patentes) también tiene disposiciones que entran dentro de la definición de derecho regulatorio y otras que se incluyen dentro del derecho público propiamente dicho. La disposición regulatoria más clara es la que establece una duración de la patente

4 Véase Coloma (2001), capítulo 8.

(veinte años en la legislación argentina). Las disposiciones de carácter público son, entre otras, las que estipulan las funciones de la autoridad de aplicación de la ley (en la Argentina, del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial) y las que establecen los procedimientos a seguir para la inscripción, reconsideración y otros trámites relativos al reconocimiento de los derechos del inventor.

Una alternativa distinta a la adoptada en este trabajo para clasificar al derecho según su contenido económico consiste en incluir a las normas jurídicas que tienen una mayor relación con la economía dentro del concepto de *derecho económico*. Tradicionalmente, se incluye bajo esta denominación a aquellas normas que se refieren a las actividades de las empresas comerciales e industriales, con lo cual muchas veces dicha expresión aparece utilizada como un sinónimo de *derecho comercial*. Algunos autores distinguen sin embargo un *derecho civil económico* de un *derecho público económico*, incluyendo dentro del primer grupo a las normas relativas a contratos, responsabilidad civil, sociedades, etc., y dentro del segundo a las normas relativas a impuestos, regulaciones financieras, etc.⁵ Una noción más acotada es la que emplea Olivera (1980), que define al derecho económico como un “[...] sistema de normas jurídicas que, en un régimen de economía dirigida, regulan las actividades de mercado de las empresas y otros agentes económicos para realizar metas y objetivos de política económica”. En dicha concepción, por lo tanto, entrarían dentro del derecho económico todas aquellas normas que implican una intervención del Estado en el funcionamiento de los mercados, con el objetivo de influir sobre el comportamiento que tales mercados tendrían de no existir dichas regulaciones.⁶

Así como las áreas del derecho que tienen impacto sobre la estructura y el funcionamiento de la economía son numerosas, las áreas del conocimiento económico dedicadas al estudio de las normas jurídicas son también variadas. La rama de la economía que estudia los efectos del sistema jurídico en su integridad es la que se refiere al análisis de los sistemas económicos comparados, en tanto algunas áreas del derecho son en ciertos casos objeto de ramas especializadas del conocimiento económico. Al respecto resulta útil la clasificación efectuada entre derecho privado propiamente dicho, derecho público propiamente

5 Véase, por ejemplo, Díez-Picazo (1970), capítulo 1.

6 Nótese que las reseñadas son tan sólo algunas de las perspectivas adoptadas por la doctrina para aproximarse al fenómeno del derecho económico. Para otros enfoques relevantes dentro del pensamiento jurídico latinoamericano, puede consultarse a Grau (1981), Cuadra y Kaplan (1977) y Correas (1999).

dicho y derecho regulatorio. Una parte importante de este último constituye el objeto de la economía de la regulación, nombre dentro del cual suelen encuadrarse el análisis económico de los servicios públicos, las externalidades ambientales, la defensa de la competencia, etc. En cuanto al derecho público propiamente dicho, la rama de la economía cuyo objeto está más directamente asociado es la de las finanzas públicas, que estudia el proceso de ingreso-gasto desde el punto de vista del cumplimiento de los objetivos básicos del Estado (asignación de recursos, distribución del ingreso y estabilización económica).⁷ Por último, el derecho privado propiamente dicho es lo que constituye la mayor parte del objeto de análisis de la rama de la economía conocida comúnmente como *law and economics*, la cual, pese a su denominación aparentemente más inclusiva, se limita en general al estudio de temas que tienen que ver con derechos de propiedad, contratos y responsabilidad civil (y, a veces, derecho penal y derecho procesal).⁸

El resto de las ramas de la economía representan casi en su totalidad mezclas entre conocimientos que pueden considerarse análisis de normas jurídicas y conocimientos que implican análisis de otros elementos que influyen en la ocurrencia de los fenómenos económicos (como pueden ser el entorno y las acciones de los agentes económicos). Así, la economía monetaria, la economía laboral, la economía internacional y la economía industrial, por poner algunos ejemplos, son todas áreas del conocimiento económico, cuyo objeto de estudio es el efecto que sobre ciertas porciones de la actividad económica tienen el entorno, el comportamiento de los agentes económicos y las normas que enmarcan cierta actividad o la regulan de alguna manera. Tanto el entorno como el comportamiento de los agentes económicos son elementos que caen fuera del análisis de las funciones económicas del derecho, no así las normas jurídicas (que son propiamente el objeto de estudio de dicho análisis).

Tomemos como ejemplo de lo dicho la teoría de los mercados oligopólicos, que constituye el núcleo básico de lo que se conoce como economía u organización industrial. La parte de esta teoría que estudia los efectos del número de empresas o de la diferenciación de productos sobre el equilibrio de mercado puede considerarse básicamente como un análisis del entorno. Por otro lado, la teoría del oligopolio dedica buena parte de su análisis a estudiar el comportamiento de las empresas que actúan en los mercados, por medio de temas tales

7 Al respecto, véase Musgrave y Musgrave (1989), capítulo 1.

8 Éstos son en rigor los campos que encararon los trabajos fundacionales del área de análisis económico del derecho, entre los cuales sobresalen los de Coase (1960) y Becker (1968).

como la competencia en precios o en cantidades, el liderazgo de precios, la colusión, las decisiones de entrada y salida, etc. Todo ello representa una parte de la teoría que es independiente del análisis de las normas jurídicas que organizan o regulan los mercados, si bien en algún sentido presupone una determinada organización y regulación. Sin embargo, cuando la teoría del oligopolio analiza el efecto que tiene sobre los mercados la existencia de barreras legales a la entrada (por ejemplo, patentes de invención, requisitos de autorización, aranceles a productos importados, etc.) u otras normas regulatorias (controles de precios, leyes de defensa de la competencia, etc.) o públicas (leyes impositivas, leyes que crean y organizan las actividades de empresas públicas, etc.), entonces el objeto de la teoría pasa a ser explicar —y, en algunos casos, evaluar— el efecto de determinadas normas jurídicas sobre el equilibrio de mercado, con lo cual estamos propiamente en presencia de una forma de análisis económico del derecho.

3. ENFOQUES DE LA TEORÍA JURÍDICA Y ECONÓMICA

Cuando en las secciones anteriores hicimos referencia al derecho como objeto de estudio de ciertas ramas del conocimiento económico, utilizamos la expresión *derecho* como sinónimo de *sistema jurídico*, entendiendo por tal al conjunto de enunciados de carácter normativo, coactivo e institucionalizado vigente en una determinada sociedad. Esta concepción del derecho no es en modo alguno la única posible, pero representa la visión básica de la escuela de teoría jurídica conocida como *positivismo*, para la cual el derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Esto lleva a que el objeto de estudio del conocimiento jurídico se limite a las normas jurídicas (o, en una concepción más amplia, al sistema jurídico dentro del cual se insertan dichas normas) y no incluya los juicios de valor sobre los cuales se basan tales normas ni las conductas que se derivan de las mismas.⁹

Como opuesta al positivismo, existe en la teoría jurídica una concepción alternativa conocida como *iusnaturalismo*, según la cual hay ciertos principios morales y de justicia universalmente válidos que determinan la existencia de un *derecho natural*. De acuerdo con esta concepción, un sistema o norma no es propiamente jurídico si contradice dichos principios morales o de justicia. Esto hace que el objeto de estudio de la teoría jurídica iusnaturalista no esté confor-

⁹ Con muy diferentes variaciones, esta concepción del derecho es la que ha sido sostenida por juristas tales como Norberto Bobbio, H.L.A. Hart, Hans Kelsen y Alf Ross. Para un análisis general de la misma, véase Nino (1980), capítulo 1; o Murphy y Coleman (1990), capítulo 1.

mado sólo por los sistemas jurídicos y las normas vigentes, sino también por los valores implícitos en el derecho natural, cuyo origen difiere según el tipo de iusnaturalismo de que se trate (teológico, racionalista, historicista).

Un tercer enfoque que tiene importancia dentro de la teoría jurídica recibe el nombre genérico de *realismo*, y sostiene que el objeto de estudio del conocimiento jurídico no está formado sólo por normas sino básicamente por las conductas que se derivan de esas normas, y que el objetivo de dicho conocimiento es fundamentalmente el de predecir las decisiones que el sistema institucional tomará cuando deba resolver conflictos (o, en el lenguaje de esta teoría, el de predecir la conducta de los jueces).¹⁰ Así entendido, el derecho tiene también margen para incorporar indirectamente los valores, pero de un modo distinto al propuesto por el iusnaturalismo. Para el realismo, los valores que importan en el análisis del derecho son los que están implícitos en las decisiones que se toman o los que están implícitos en las normas que se aplican al tomar dichas decisiones.

Los distintos enfoques respecto del objeto del derecho tienen sin duda cierta relación con las fuentes de las cuales pueden provenir las normas jurídicas. Es evidente, por ejemplo, que el positivismo es una corriente de pensamiento aplicada mayoritariamente por juristas de países en los cuales predomina el derecho codificado, cuya fuente principal son leyes escritas y producidas orgánicamente por el poder legislativo. El realismo, en cambio, tiene su origen en Estados Unidos, donde predomina el derecho consuetudinario (*common law*), basado en precedentes jurisprudenciales mucho más inorgánicos. El iusnaturalismo, por último, tiende a considerar que la fuente del *verdadero derecho* (el derecho natural) no está en la ley ni en la jurisprudencia sino en un conjunto de principios rectores que, según la concepción de que se trate, emanan de Dios, de la razón humana o de la *naturaleza de las cosas*.¹¹

Con menos controversias filosóficas internas acerca de su objeto de estudio (que normalmente se define como “la asignación de recursos escasos a la satisfacción de fines múltiples”), la teoría económica presenta también dos enfoques que serán relevantes para nuestro análisis. Los mismos se refieren al tipo de estudio que se desea realizar, y reciben los nombres de *enfoque positivo* y *en-*

10 Esta corriente de pensamiento se encuentra básicamente arraigada en Estados Unidos, y proviene de las ideas de juristas como Oliver Holmes, Benjamin Cardozo y Karl Llewellyn. Para una explicación resumida de las mismas, véase Cossío Díaz (1997), capítulo 7.

11 Esta última es, por ejemplo, la posición de ciertos juristas alemanes como Hans Welzel, para quien los principios del derecho natural provienen de *estructuras lógico-objetivas* que ponen límites a la voluntad del legislador. Véase Nino (1980), capítulo 1.

foque normativo. El primero de tales enfoques tiene por objetivo explicar y predecir los fenómenos económicos, haciendo hincapié en las consecuencias de los mismos en términos de precios, cantidades y beneficios para los distintos agentes económicos. El segundo tiene por objetivo evaluar dichas consecuencias en términos de su deseabilidad, y sacar conclusiones respecto de determinadas normas, políticas o conductas basadas en un conjunto predeterminado de valores. Dicho enfoque normativo es la base de lo que se conoce como *economía del bienestar*.

Siguiendo a Backhaus (1999), diremos que el enfoque económico positivo aplicado al análisis del derecho puede desdoblarse en dos: un análisis explicativo y predictivo de las conductas generadas o inducidas por las normas jurídicas, y un “análisis positivo de las estructuras jurídicas o una reconstrucción económica de los argumentos jurídicos”. Mientras el primero de tales enfoques implica concentrarse en las funciones económicas del derecho, el segundo implica “reemplazar una teoría jurídica por una teoría económica”. La mayor parte del análisis económico que toma como objeto el derecho sigue el primero de tales enfoques positivos y estudia, por ejemplo, cómo impactan los impuestos sobre el equilibrio del mercado, cómo influyen las reglas de responsabilidad civil sobre el nivel de precaución de los agentes económicos que crean riesgos de accidentes, qué efecto tienen las multas sobre el comportamiento de las personas que analizan cometer una determinada infracción, etc. Existe sin embargo una corriente de pensamiento central dentro del análisis económico del derecho que ha elaborado también teorías que tratan de explicar económicamente el derecho, y al respecto debe señalarse como muy prominente el aporte de Posner (1972), con su teoría de la *eficiencia del derecho consuetudinario*, y el de Stigler (1971), iniciador de la llamada *teoría positiva de la regulación*.

Según la teoría de la eficiencia del derecho consuetudinario, la conducta de los jueces que aplican ese derecho (que en Estados Unidos constituye la base del derecho privado y del derecho penal) obedece a factores que en el agregado generan un sistema jurídico eficiente. La lógica detrás de esta teoría se relaciona con la que sirve de base a los teoremas económicos que demuestran la eficiencia del equilibrio competitivo, ya que sostiene que los incentivos individuales de los jueces, que deben resolver descentralizadamente los casos, los llevan a elegir la solución que maximiza el excedente total o minimiza los costos sociales y, cuando así no lo hacen, la propia dinámica de la justicia hace que aparezcan nuevos fallos que hacen caer en desuso el precedente ineficientemente creado. La teoría positiva de la regulación, en cambio, explica la aparición del derecho regulatorio como el resultado de la puja de intereses sectoriales entre

distintos actores económicos, que hallan poco satisfactorio el equilibrio que espontáneamente existe cuando no hay regulación. Esto lleva a que surja una demanda por regulación en sectores en los cuales el mercado llega a una solución manifiestamente ineficiente (por ejemplo, monopolios naturales), pero también a que dicha demanda por regulación se genere en sectores en los cuales el mercado funciona de manera muy competitiva y eficiente (por ejemplo, mercados en los cuales se regula la entrada o se establecen *precios sostén*). Esto último tiene que ver con la posibilidad de generar rentas a través de la regulación, al redistribuir ingresos entre los distintos agentes económicos.¹²

En lo que atañe al enfoque de la economía normativa o economía del bienestar, el mismo implica un estudio de los diferentes aspectos de la vida económica (por ejemplo, de las normas jurídicas) mediante la utilización de criterios valorativos que permitan distinguir entre situaciones mejores y peores, y encontrar soluciones óptimas a determinados problemas de asignación de recursos. Esto puede hacerse de dos maneras: o bien se eluden las comparaciones interpersonales de utilidad y nos concentramos exclusivamente en el aspecto de la eficiencia (entendida como la propiedad que garantiza que no se puede mejorar a ningún individuo sin empeorar a otro), o bien se incorporan dichas comparaciones mediante el empleo de las denominadas *funciones de bienestar social*, que son funciones que intentan medir el bienestar económico global que una determinada asignación de recursos le genera a una sociedad. Siguiendo a Mas-Colell, Whinston y Green (1995), diremos que las funciones de bienestar social se caracterizan por poseer tres propiedades básicas: individualismo (o *propiedad paretiana*), simetría y concavidad.¹³ La primera de dichas propiedades implica que el bienestar social debe ser una función creciente de las utilidades individuales. La segunda, que dichas utilidades deben entrar simétricamente en la función de bienestar social, en el sentido de que el bienestar generado por una asignación que le otorga una utilidad de x a un individuo A y una utilidad de y a un individuo B, debe ser el mismo que genera otra asignación que le dé una utilidad de y al individuo A y una utilidad de x al individuo B (suponiendo todo lo demás constante). Por último, la concavidad implica que siempre es mayor (o, por lo menos, no menor) el bienestar generado por una

12 Emparentados con la teoría positiva de la regulación se encuentran también los aportes de la llamada *teoría de la elección pública* (*public choice theory*), cuyo máximo expositor es Buchanan (1972). Para una buena reseña de la contribución de esta teoría al análisis económico del derecho, véase Roemer (1994), capítulo 3.

13 En rigor, estos autores mencionan también una cuarta propiedad: ausencia de paternalismo. La misma tiene que ver con la idea de que las asignaciones de recursos deben valorarse de acuerdo con las utilidades que les generan a los individuos y no con la apreciación que de las mismas tenga alguna otra persona. Véase Mas-Colell, Whinston y Green (1995), capítulo 22.

combinación de utilidades con menor variabilidad que el bienestar generado por otra combinación de utilidades de igual valor promedio pero mayor variabilidad.

Las tres propiedades mencionadas se relacionan directamente con tres valores implícitos en el análisis económico normativo, que son la eficiencia, la equidad impersonal y la equidad interpersonal. Como ya hemos dicho, la eficiencia implica una situación en la cual nadie puede estar mejor sin que otro empeore y, bajo ciertos supuestos, puede identificarse también con la maximización de la riqueza o del excedente total generado por la sociedad. Este valor está implícito en la propiedad paretiana de las funciones de bienestar, por la cual el bienestar siempre es mayor si resulta posible aumentar la utilidad de algún individuo dejando constante las de los demás. La equidad impersonal está implícita en la propiedad de simetría, por la cual no importan los nombres con los que se designen a los individuos sino simplemente sus utilidades para incorporarlos a la función de bienestar, no correspondiendo efectuar ningún tipo de discriminación en ese respecto. Por último, la equidad interpersonal surge de la propiedad de concavidad, que implica que, a igual utilidad promedio, nunca debe preferirse una distribución menos igualitaria de la utilidad en vez de una distribución más igualitaria.

De la comparación entre los enfoques de las teorías jurídica y económica aplicados al estudio del derecho resulta posible observar que, de acuerdo con la perspectiva que se tome, se producen algunas superposiciones. La concepción del derecho adoptada por el positivismo jurídico elude dichas superposiciones, por lo que limita el objeto de estudio a las normas jurídicas y se concentra en la identificación y jerarquización de las mismas (teoría pura del derecho) y en su interpretación (dogmática jurídica). Contrariamente, el iusnaturalismo incorpora los valores como objeto de estudio de la teoría jurídica a través de su concepción del derecho natural, en tanto que el realismo incorpora las conductas a través de su propósito de predecir las decisiones de los jueces y los legisladores. Como consecuencia de dichas incorporaciones, la teoría jurídica iusnaturalista superpone en parte su objeto de estudio con el que tiene el análisis económico normativo del derecho, mientras que la teoría jurídica realista se yuxtapone parcialmente con el análisis económico positivo de las estructuras jurídicas.

No es casual que estas dos áreas en las que existen superposiciones sean las dos partes por las cuales el análisis económico del derecho recibe más críticas, en tanto que la parte que no se superpone con ninguna de las tres concepciones de la teoría jurídica (es decir, el análisis explicativo y predictivo de las conductas generadas o inducidas por las normas jurídicas) no es objeto de críticas

semejantes. Como ejemplo de las críticas hacia el análisis económico normativo, provenientes de la teoría jurídica, baste señalar las efectuadas por Dworkin (1980) en su comentario respecto de la eficiencia, como valor a tener en cuenta para definir el concepto de justicia. Esta crítica es un ataque directo al modo en el cual uno de los enfoques de la economía del bienestar trata el tema de la optimalidad de las conductas (o, en este caso, de las normas jurídicas), cuando señala la parcialidad con la cual este tipo de análisis llega usualmente a la definición de eficiencia y la necesidad de que dicha definición se sume a la consecución de algún otro objetivo (por ejemplo, utilidad o equidad), con el fin de que pueda ser considerada como base para evaluar la deseabilidad de determinadas conductas, políticas o normas.

Como ejemplo de crítica al enfoque económico positivo de las estructuras jurídicas, resulta interesante mencionar la efectuada por Leff (1974). En su comentario de la teoría de la eficiencia del derecho consuetudinario de Posner, este autor señala que la misma no logra explicar claramente por qué la jurisprudencia es una fuente del derecho que le asigna sistemáticamente menos valor a la distribución del ingreso que las leyes creadas por las legislaturas. En el mismo sentido, algunos autores europeos, tales como Mattei y Pardolesi (1991), han señalado que no existen tampoco evidencias respecto de la mayor eficiencia del derecho consuetudinario respecto del derecho codificado, y que el tema de la relación entre derecho, eficiencia y distribución del ingreso parece relacionarse más con el tipo de derecho (privado, regulatorio) que con la fuente del mismo (ley, jurisprudencia).

En la concepción del conocimiento jurídico adoptada por el enfoque positivista, la superposición entre la teoría económica y otras visiones del fenómeno jurídico, tiene lugar respecto de dos visiones complementarias de la teoría jurídica, que son la sociología jurídica y la política jurídica. Según la definición de Cossío Díaz (1997), la primera de tales disciplinas se ocupa de explicar las acciones sociales relacionadas con el derecho, en tanto que la segunda se ocupa de la consecución de determinados objetivos por medio del derecho y de las conductas inducidas por él. El enfoque económico positivo tiene por lo tanto puntos de contacto con la sociología jurídica, mientras que el enfoque normativo los tiene con la política jurídica. Al analizar la forma en que estas disciplinas efectúan su análisis y compararla con el método y los resultados del enfoque económico,¹⁴ Cossío Díaz llega a la conclusión de que ambas son diferentes, pero que también ambas son válidas; el enfoque tradicional (de la

14 Véase Cossío Díaz (1997), capítulo 7.

sociología y la política jurídicas) tiene la ventaja de su mayor amplitud de criterios, y el enfoque económico la ventaja de una mayor precisión y nitidez en sus resultados.

4. COMENTARIOS FINALES

Los distintos temas vistos en este trabajo pueden enlazarse entre sí por medio del siguiente razonamiento:

- a) La principal función económica del derecho es definir el sistema económico que rige en una sociedad y, una vez definido éste, proveer a la misma de normas que organicen el funcionamiento del sistema en cuestión.
- b) Esta idea permite efectuar una clasificación económica de las normas jurídicas, distinguiendo normas de derecho privado propiamente dicho, normas de derecho público propiamente dicho, y normas regulatorias.
- c) La mezcla de estas normas determina el sistema jurídico vigente, junto con algunas normas de carácter superior (por ejemplo, normas constitucionales), que organizan el modo en el cual las mismas se compatibilizan entre sí, y definen ciertas reglas por omisión respecto de qué normas corresponden en cada caso.
- d) Dicho sistema jurídico se proyecta en el sistema económico y sus reglas por omisión son las que establecen qué tipo de régimen económico (capitalista, socialista, centralizado, descentralizado) corresponde para las actividades que no se encuentran específicamente regladas.
- e) Existen varias ramas de la economía destinadas al estudio de las normas que hacen al sistema económico o a aspectos particulares de éste (sistemas económicos comparados, economía de la regulación, finanzas públicas, *law and economics*).
- f) Las restantes ramas del conocimiento económico tienen también aspectos que implican analizar las funciones económicas de las normas jurídicas, generalmente en conjunto con análisis referidos a elementos del entorno o a la conducta de los agentes económicos.
- g) El análisis económico del derecho admite ciertas facetas diferentes, según la concepción que se tenga acerca del derecho (positivista, iusnaturalista, realista), y según el enfoque económico que se utilice (positivo, normativo).
- h) Del cruce de estos enfoques surge que algunas porciones de dicho análisis se superponen con teorías jurídicas, y estas superposiciones aparecen cuando se intenta efectuar un análisis positivo de las estructuras jurídicas, o cuando se lleva a cabo un análisis de las normas jurídicas en términos de economía del bienestar.

i) En esta sección nuestro propósito será mostrar que, al adoptar una perspectiva que identifique el análisis económico del derecho con el estudio de las funciones económicas del mismo, dichas superposiciones se atenúan considerablemente y los enfoques jurídico y económico pasan a ser complementarios antes que competitivos entre sí.

El primer punto que resulta necesario abordar es en qué medida los desarrollos de la teoría económica relacionados con el análisis del derecho entran dentro de la definición propuesta. Para ello nos vuelve a resultar de utilidad la clasificación de Backhaus (1999), que distingue entre un análisis explicativo-predictivo de los efectos de las normas, y un análisis positivo de las estructuras jurídicas. El primero de dichos análisis es propiamente lo que para nosotros implica estudiar las funciones económicas positivas del derecho. El segundo, en cambio, no busca explicar qué funciones cumple el derecho en la economía, sino más bien explicar el origen del derecho utilizando un enfoque o unos argumentos de tipo económico. En él, el papel de la economía es proveer una cierta metodología de análisis, que se relaciona más con el estudio de la conducta de los agentes económicos (en este caso, de los legisladores, reguladores y jueces) que con un interés por ver cómo dicha conducta se altera ante distintos tipos de normas jurídicas.

En nuestra opinión, la causa por la cual el análisis positivo de las estructuras legales genera tanta resistencia en los círculos jurídicos, es que el mismo no intenta estudiar el derecho desde el punto de vista económico, sino elaborar teorías basadas en la economía que sirvan para explicar el derecho. Este propósito puede ser loable, pero sin duda choca contra las propias limitaciones del análisis económico para extenderse fuera de sus dominios habituales. Esto ha sido ya señalado implícitamente por Coase (1978), quien sostiene que el aporte de la economía a lo que él llama *disciplinas contiguas* tiene básicamente dos facetas: por un lado, sirve para aportarle a las otras disciplinas una metodología y algunas técnicas específicas de análisis que dichas disciplinas podrán luego incorporar o no; y por otro, sirve para mejorar la comprensión de la economía acerca de cómo funciona el sistema económico en sí. La primera de dichas facetas es algo en lo cual los economistas pueden hacer un aporte inicial, pero de lo que indudablemente deberían retirarse una vez que dicho aporte haya sido asimilado (favorable o desfavorablemente). La segunda, en cambio, implica un campo en el cual la economía tiene la capacidad de continuar avanzando por su cuenta, al relacionarse en cierto modo con las otras ciencias sociales, pero sin que en esta relación se pierda de vista qué tipo de análisis pertenece a una y a otra disciplina.

Esta división efectuada en el campo del enfoque económico positivo puede extenderse en cierto modo al enfoque normativo. Cuando de valores se trata, la economía sólo puede trabajar con valores económicos definidos de manera más o menos rigurosa (tales como la eficiencia, la equidad impersonal y la equidad interpersonal). Esto la inhabilita para evaluar otro tipo de valores a los que pueden aspirar las normas jurídicas, pero le permite efectuar precisiones bastante claras respecto del cumplimiento de los valores económicos mencionados. Nótese que en este punto resulta importante tener en cuenta que *análisis económico* normativo no es estrictamente sinónimo de *análisis de eficiencia*, y que los aspectos de distribución del ingreso también pueden incorporarse de manera clara mediante los conceptos de equidad. Obviamente, para el análisis de algunas normas jurídicas definidas de manera general e impersonal (por ejemplo, normas de derecho privado), será más importante el tema de la eficiencia que el de la distribución del ingreso, en tanto que en otras (por ejemplo, normas de seguridad social, normas impositivas, etc.) ambos temas serán importantes. Pero esto es algo que el análisis económico del derecho tiene incorporado desde hace tiempo, como ya lo hemos señalado en un trabajo anterior en el que hacemos referencia a uno de los principales resultados que existen al respecto. En él dijimos que “[...] si lo que hacen las normas jurídicas es definir la asignación de ciertos derechos para que los mismos puedan ser luego oponibles ante terceros, tales normas afectan en principio la distribución del ingreso entre las partes eventualmente involucradas. Si, en cambio, lo que hacen es definir el modo en el cual los derechos pueden ser transferidos entre las partes, el impacto distributivo de las mismas es mucho menor (y se vuelve eventualmente nulo)”.¹⁵

Así pensado, la utilidad del análisis económico normativo del derecho consiste básicamente en saber si las funciones económicas de las normas jurídicas están siendo bien o mal cumplidas por el derecho vigente, y sugerir cambios en dichas normas para que las mismas incrementen su eficiencia o su equidad (o ambas). Todo esto se hará desde el campo específico de la economía, si bien no podremos aquí negar que el análisis tendrá siempre una faceta que se superpondrá con temas estudiados por la teoría jurídica. Esta superposición resulta diferente según la concepción jurídica que se tenga, por lo que se podrán esbozar distintas relaciones. Así, desde una postura iusnaturalista, el análisis económico normativo del derecho puede verse como un intento de generar un derecho natural basado en un grupo reducido de valores cuantitativamente de-

15 Véase Coloma (2001), capítulo 10.

finibles (eficiencia, equidad impersonal y equidad interpersonal). Si bien estos valores están fijados (o pueden fijarse, apelando a una determinada función de bienestar social postulada al efecto), las normas óptimas que los satisfacen dependen no sólo de ellos sino también de los restantes elementos del sistema económico (entorno, conductas). Es por ello posible que normas consideradas óptimas para una determinada economía y época se vuelvan inconvenientes en otro momento o para otra sociedad.

Desde una postura jurídica realista, en cambio, el análisis económico normativo del derecho puede verse como un modo de contrastar los resultados que el sistema jurídico produce pragmáticamente al aplicar los valores vigentes con los que produciría si dichos valores se modificaran y adoptaran una determinada combinación de eficiencia y equidad. Por último, desde una postura jurídica positivista, el análisis económico normativo del derecho representa, como ya hemos mencionado en la sección anterior, una alternativa para la reformulación de la política jurídica que está basada en la economía en vez de estarlo en la sociología jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Backhaus, Jürgen (1999), "Towards an Ideal Economic Analysis of a Legal Problem", en J. Backhaus, *The Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar.
- Becker, Gary (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, pp. 169-217.
- Buchanan, James (1972), *Theory of Public Choice*, Ann Arbor, University of Michigan Press.
- Calabresi, Guido y Douglas Melamed (1972), "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128.
- Coase, Ronald (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, pp. 1-44.
- Coase, Ronald (1978), "Economics and Contiguous Disciplines", *Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 2, pp. 201-211.
- Coloma, Germán (2001), *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*, Buenos Aires, República Argentina.
- Correas, Oscar (1999), *Introducción a la sociología jurídica*, Coyoacán, México.
- Cossío Díaz, José Ramón (1997), *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica.

- Cuadra, Héctor y Marcos Kaplan (1977), *Estudios de derecho económico*, México, UNAM.
- Díez-Picazo, Luis (1970), *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Tecnos.
- Dworkin, Ronald (1980), “Is Wealth a Value?”, *Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, pp. 191-226.
- Grau, Eros Roberto (1981), *Elementos de direito econômico*, San Pablo, Brasil, Revista dos Tribunais.
- Holesovsky, Vaclav (1977), *Economic Systems Analysis and Comparison*, Nueva York, McGraw-Hill.
- Koopmans, Tjalling y John Montias (1971), “On the Description and Comparison of Economic Systems”, en A. Eckstein, *Comparison of Economic Systems*, Berkeley, University of California Press.
- Leff, Arthur (1974), “Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism”, *Virginia Law Review*, vol. 60, núm. 3, pp. 451-482.
- Mas-Colell, Andreu, Michael Whinston y Jerry Green (1995), *Microeconomic Theory*, Nueva York, Oxford University Press.
- Mattei, Ugo y Roberto Pardolesi (1991), “Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach”, *International Review of Law and Economics*, vol. 11, núm. 2, pp. 265-275.
- Murphy, Jeffrie y Jules Coleman (1990), *Philosophy of Law*, Boulder, Westview.
- Musgrave, Richard y Peggy Musgrave (1989), *Public Finance in Theory and Practice*, Nueva York, McGraw-Hill, 5a. edición.
- Nino, Carlos (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2a. edición.
- Olivera, Julio (1980), *Derecho económico*, Buenos Aires, Macchi, 2a. edición.
- Posner, Richard (1972), *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1a. edición.
- Roemer, Andrés (1994), *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Stigler, George (1971), “The Theory of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics*, vol. 2, núm. 1, pp. 3-21.