

Perspectivas modernas de la ciencia jurídica: Una introducción al Derecho y la Economía¹

Eloy Fisher

Resumen: *La disyuntiva metodológica del derecho entre positivismo y Iusnaturalismo dominó el debate sobre la resolución de inquietudes jurídicas en nuestros países, y especialmente en Panamá. El pesado lastre de este debate filosófico, en medio de una tradición mecánica de interpretación y generación de las fuentes y espacios de derecho, contribuyó al colapso de nuestros sistemas legales y sus derivados teóricos. Este artículo ofrece una crítica metodológica sobre la naturaleza y la evolución del derecho a partir de conceptos fundamentales de microeconomía y la perspectiva, de origen anglosajón, de “Derecho y Economía” (Law & Economics), con especial atención a los conceptos de externalidades y costos de transacción - desde los aportes de economistas galardonados con el Premio Nobel, Ronald Coase y Oliver Williamson.*

Palabras clave: *Derecho, filosofía del derecho, positivismo, Iusnaturalismo, derecho y economía*

Abstrac: *The methodological dilemma between positivism and natural law rights dominated the debate on the resolution of legal concerns in our countries, and especially in Panama. The heavy burden of this philosophical debate, amid a mechanical tradition of interpretation and generation of law, contributed to the collapse of our legal systems and their theoretical derivatives. This article provides a methodological critique of the nature and the evolution of law from fundamental concepts of microeconomics and Anglo-Saxon perspective, of “Law & Economics”, with special attention to the concepts of externalities and transaction costs - from the contributions of the Nobel Prize awarded economists, Ronald Coase and Oliver Williamson.*

Keywords: *Law, philosophy of law, Iuspositivism, Iusnaturalism, law and economy.*

1. Presentación a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Santa María la Antigua, agosto 2010.

En primer lugar, agradezco a los estudiantes de derecho permitirme presentar algunos desafíos respecto sobre teoría jurídica, y sobre el supuesto debate científico que sirve de fundamento a la filosofía del derecho. En efecto, si bien a veces este tema es considerado como uno de ribetes estériles e imprácticos, a veces olvidamos del peso específico que tienen estos debates en la teoría y la práctica jurídica de nuestros países, ya sea en el diseño de políticas públicas, en la práctica cotidiana de los abogados y en la judicatura de nuestros tribunales.

En esta pequeña presentación me ceñiré a un tema que pasa inadvertido en nuestra formación jurídica, y que pasa a ser cuestión de lucubraciones y especulaciones de pichones de filósofos, como quien hoy les habla: en efecto, el debate que dominó, y que cargamos a costas tras entrar en contacto en la USMA con escritos como aquellos del maestro Bonifacio Diez Fernández, es sobre cuanto verdad e influencia debemos atribuir al positivismo y el naturalismo jurídico. ¿Qué tal si reformulamos la pregunta a la luz de las lecciones de la economía y algunas revelaciones desde lo que se conoce en derecho anglosajón como Law & Economics?

Esto es algo muy distinto al Derecho Económico que enseñan las facultades de nuestro país, que reducen un sistema metodológico al simple estudio interpretativo de las prescripciones legales que afectan, en alguna medida u otra, las regulaciones de la actividad económica. Honestamente, creo que podemos introducir algunos aportes que podrían enriquecer el debate, o como creo, sencillamente enfocarlo en derroteros más constructivos.

Pero primero, algunas definiciones de rigor: El positivismo legal, una filosofía que puede atribuir su linaje a filósofos tan destacados como Hobbes y Bentham, se reduce a la coagulación de hechos sociales. A riesgo de generalizar sobre las distintas vertientes filosóficas, la ley es un instrumento de soberanía política, que recae sobre el poder constituyente, y que tiene por propósito ordenar la vida de los ciudadanos, quienes a su vez retroalimentan el poder constituyente a través de elecciones tal como reconoce D'Amato. Visto que la soberanía es indivisible, el poder legal, nos cuenta Kelsen, no tiene vacíos.

Su origen y desarrolla cabalga sobre las oleadas de desarrollo industrial que inundaron la Europa decimonónica: un desarrollo tecnológico y militar que refinó los métodos de coerción (no es coincidencia que Bentham sea padre del sistema penitenciario moderno 'el Panopticon'). En ese sentido, el positivismo sirvió de justificación para la ingeniería social en los países latinoamericanos, donde el optimismo tecnológico llevó a expectativas de desarrollo, al final truncas.

Por otro lado, el naturalismo tiene una historia más antigua. Surgida en la Edad Media al calor de la filosofía legal de la Iglesia, cuando la industria aún

no había destruido la independencia de las unidades económicas feudales, y la soberanía era un concepto todavía abstracto y adjunto a la capacidad de los monarcas de hacer efectiva su autoridad sobre vasallos y dentro de límites difusamente definidos, esta teoría jurídica adopta otra perspectiva: en vez de hablar de control, divide las funciones de las cortes y los poderes constituyentes (sean o no deliberativos). Una ley debe ajustarse a ciertos estándares de “moralidad”. El sistema legal puede estar incompleto, pero las fuentes de derecho, ancladas en la moralidad y la tradición, subsanan aquellas deficiencias. Por eso, el naturalismo moderno, hoy nutre la teoría de los derechos humanos.

Hoy distintos atributos conviven incómodamente en tradiciones legales como la nuestra. Por ejemplo, nuestros sistemas de amparo constitucional y de protección de derechos humanos (aunque sea en teoría) se derivan de una formulación naturalista, porque tal como ha dice la Corte Suprema de Justicia de Panamá en la famosa decisión del 30 de julio de 1990, el Juez constitucional no resume el escrutinio de una regla de derecho, que ha sido demandada como inconstitucional, únicamente con los postulados abstractos y objetivos del texto constitucional vigente, sino que puede acudir a otros instrumentos normativos que guardan una especial conexión con el propio texto constitucional, cuyo amarre al sistema democrático y el Estado Constitucional de Derecho es imprescindible, no sólo para dar vida a éste, sino para perpetuar su vigencia. En opinión de Arturo Hoyos, “el bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo de jerarquía constitucional que la Corte Suprema de Justicia ha empleado para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros actos sujetos al control judicial de esa institución... Esta doctrina tiende a superar la concepción puramente formal o documental de la constitución en nuestro país que es la que ha prevalecido hasta tiempo reciente.

No obstante, también tenemos la pesada carga del positivismo legal, tal y como mencionó la CSJ en una sentencia de reciente data. En la sentencia del 21 de julio de 2009 que admite la presentación de candidaturas independientes a elección popular, la CSJ señaló, al discurrir concretamente sobre la definición de cosa juzgada, y justificar el por qué de admitir la demanda cuando la había desestimado en otras ocasiones, la Corte hace uso del concepto de Constitución viviente, una que debe ajustarse a los cambios materiales subyacentes porque “aceptar el carácter absoluto de la cosa juzgada, principalmente en materia constitucional, impediría que los tribunales constitucionales cumplieran con una de sus principales funciones, como es la de erradicar todas aquellas normas legales que contravienen la Constitución. Precisamente, porque el apego irrestricto a esta figura, nos prohibiría hacer un nuevo análisis, dada la existencia de un pronunciamiento

previo sobre la norma nuevamente impugnada; ignorándose en consecuencia todos aquellos nuevos hechos de la demanda o situaciones como la modificación de las normas constitucionales a confrontar”.

Por un lado, el bloque de la constitucionalidad fue un vehículo salomónico a fin de reconciliar ambas posiciones: en vez de tratar los aspectos de derechos humanos y constitucionales a través de un abstracto afinado en la “moralidad pública” abstracta, el adjudicador buscó fuentes de leyes internacionales y finalmente la costumbre internacional a fin de suplir tal vacío, pero siempre haciendo hincapié en la soberanía del Estado panameño (Sentencia 5 de abril, 2010). Asimismo, tal como la sentencia de julio del 2009, el positivismo legal aún justifica el redescubrimiento de nuevos análisis a la luz de nuevos hechos.

Y con ello aterrizamos a la definición clásica del derecho que nos ofrece Carnelutti y que ofrece una síntesis que todos los estudiantes del derecho aprendemos a reconciliar en nuestra profesión: “un sistema de comandos destinados a componer los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social... El comando jurídico tiene por fin solucionar el conflicto de intereses”.

A riesgo de ser injusto con Carnelutti, en la primera parte de su famoso opúsculo *Como nace el derecho* trata el tema económico, pero más bien se lee como una exposición de principios o una motivación, más que un serio análisis de economía, y tímidamente en el segundo acápite, pasa a justificar las relaciones entre derecho y moral. Y es aquí donde radica mi crítica: el proceso económico, que subyace inapropiadamente tanto al positivismo y al naturalismo legal, es vez de ser una motivación sustantiva para el ejercicio del derecho, es una metodología de construcción e interpretación legal, algo que por ejemplo, tanto Schumpeter y Weber trataron de plasmar en su definición de democracia. Así, lo que Carnelutti ve como un conflicto de intereses a solucionar, es más bien una forma de resolución de conflictos – en vez de buscar un supuesto equilibrio entre las partes, la correcta administración del conflicto a través del análisis económico puede dar pie a mejores e innovadoras soluciones.

“El derecho y la economía” viene a ser una interesante respuesta metodológica a la pobreza de la filosofía jurídica clásica con respecto al rol de los fenómenos económicos en la vida jurídica. En vez de ser motivaciones para la acción, son guías para el decurso legal. En esta ponencia no puedo tratar el tema de forma extensiva, pero buscaré abordar dos temas, aquel de las externalidades y los costos de transacción, específicamente haciendo hincapié en la obra de los Premios Nobel de Economía, Ronald Coase y Oliver Williamson.

Una externalidad es una carga económica que se impone a terceros. Por ejemplo, la emisión de contaminantes en un río, donde una fábrica arroja sus de-

sechos industriales, causa costos mayores para quienes viven río abajo – este es un caso de externalidades negativas. Costos de transacción son aquellas erogaciones producto del contacto económico entre agentes, por ejemplo, las dificultades para que dos personas que hablan en idiomas distintos son mayores para la elucidación de un contrato, que aquellas que comparten un lenguaje y una tradición jurídica similar. En el primer caso, los costos serán mayores que en el segundo caso.

¿Qué tiene que ver esto con el derecho? El famoso teorema de Coase, que inició el movimiento a favor del análisis económico del derecho, señala en resumidas cuentas que donde el comercio en una externalidad sea posible y no existan costos de transacción, la negociación llevará consigo una solución eficiente, sin reparo a la dotación inicial de los derechos de propiedad. Esto significa que en caso de que sea posible ponerle precio a la contaminación producto del “comercio en contaminación” (ya que por ejemplo, los moradores río abajo demandaron a la fábrica y aquella tiene que incluir las reparaciones en los costos de producción de sus productos, lo que a su vez incentivará energías más limpias o menor producción de mercancías contaminantes), la fábrica tendría estos costos presentes en la producción de sus mercancías, y la contaminación se reduciría.

Esta fue la lógica del famoso caso de *United States v. Carroll Towing Co.* (1947), hito en la jurisprudencia americana en materia de agravios (torts) contractuales, donde si B (carga de la adecuada protección legal) es menor o igual a C (costo del agravio) multiplicado por P , la probabilidad de ocurrencia, entonces la carga de la prueba recae en contra del operador, uno que quizás haya sido negligente en sus operaciones. Y actualmente, esta lógica es la base para la creación de mercados de bonos de carbono que busca ponerle un precio a los peligros del calentamiento global.

No obstante, esto depende de las sutilezas de los costos de producción de la mercancía y de prevención ambiental, y peor aún, de la facilidad en que tienen los agentes de acudir a los tribunales de justicia a dirimir el conflicto. Por ejemplo, en caso tal que la fábrica puede absorber los costos de los daños a los moradores de río abajo, la compañía pagaría y seguiría contaminando, o peor aún, si los costos de transacción son prohibitivos – si a los moradores les resulta demorado o demasiado costoso incoar acciones en las cortes, ellos tolerarían niveles de contaminación mayores que en una situación de costos de transacción menores.

En este caso, es fácil ver como el derecho clásico (anclado en las categorías filosóficas de antaño) trataría el tema: la corte buscaría, tras un dilatado proceso legal, un bien jurídico a tutelar (ya sea dentro del ordenamiento ambiental o de salud pública) y ordenaría el cese de la contaminación, sin mayor reparo a las contraprestaciones y costos. O peor aún, en caso de la Corte considerase esos

derechos como no justiciables, no actuaría. Pero lo más probable es que si la Corte actúa, lo haga en condiciones de no-optimalidad paretiana (i.e. donde el desenlace no aumente el bienestar de todos los involucrados) y el cálculo de daños sea una mera cuestión accesoria, determinada en gran parte a partir de las costas legales, que dependerán a su vez en las cuotas de poder que tienen los operadores legales sobre el aspecto procesal, en desmedro de la participación de los genuinamente afectados y en beneficio de las rentas a pagar a quienes lo representaron. Esta lógica no busca aumentar los costos de producción, e internalizar las externalidades negativas y con ello, desencadenar un desenlace eficaz de la situación.

Esto me lleva al último punto, sobre la obra de Oliver Williamson, sobre los costos de transacción en las empresas y la gobernanza social. No puedo sino atisbar brevemente sobre esto, una veta de investigación profunda y variada. Para Williamson las dimensiones para describir las transacciones yacen en la incertidumbre, la frecuencia en que las transacciones ocurren y recurren, y el grado en que las inversiones durables y de transacción específicas generen flujos de efectivo que recuperen costos.

Por ejemplo, en países donde los horizontes de inversión son cortos y coexisten con altos grados de incertidumbre, los costos de transacción adquieren un cariz de búsqueda de rentas, donde nuestra profesión es una herramienta. En caso donde dos partes realicen un contrato, ante la incertidumbre estructural de instituciones políticas y jurídicas endebles, es mucho más rentable descontar los flujos de caja de los contratos incumplidos, que esperar la concreción del contrato. Esto sin duda lleva consigo la destrucción continua de riqueza visto que es difícil que cuaje la formación de capital a través de inversiones productivas. Sin duda, esta búsqueda de renta contribuye a que los abogados sean más parte del problema que de la solución.

En resumidas cuentas, el análisis económico del derecho se hace preguntas distintas para servir a la justicia, por medios que a la postre resultan ser más eficaces para quienes dispensan y se sirven de estos servicios. Pero esta es una metodología de construcción jurídica, y no un peldaño substantivo sobre el cual construir. A nivel constitucional, existe una excelente bibliografía que trata el diseño de constituciones a partir de las compensaciones que existen para maximizar costos de transacción positivos, que en los sistemas políticos, maximicen la deliberación de los poderes populares y minimicen la concentración de poderes ejecutivos, dentro de la tradición de *El Federalista*. Son ideas sin duda de vieja data, pero que hoy reposan sobre firmes fundamentos microeconómicos, que pueden reafirmar su efectividad en el diseño de sistemas legales que permitan el progreso de la nación.