

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y SU APROXIMACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO[†]

Juan Trujillo Cabrera**

Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

El Análisis Económico del Derecho es una escuela de pensamiento, que aborda los problemas jurídicos empleando los conceptos básicos de la ciencia económica, con el fin de racionalizar las consecuencias que produce la aplicación del Derecho, a través de la maximización de la riqueza, la eficiencia y la equidad. Considerando que el Análisis Económico del Derecho -con muy escasas salvedades- ha tenido poca divulgación en nuestro medio académico, éste artículo, empleando los métodos histórico y analítico, presenta las ideas fundamentales del movimiento, las principales herramientas económicas en las cuales se apoya y así mismo, intenta trasladar dicha teoría al análisis de dos instituciones básicas del ordenamiento jurídico colombiano, como lo son el matrimonio y la familia; al desarrollo del poder de la jurisprudencia y la creación de reglas jurídicas flexibles; y por último, a un caso concreto del Derecho Penal no patrimonial.

PALABRAS CLAVE

Análisis Económico del Derecho, maximización de la riqueza, eficiencia, equidad, Optimo de Pareto, costos de transacción, costo de oportunidad y Teorema de Coase.

ABSTRACT

Economic Analysis of Law is a movement that approaches the legal problems using basic concepts of economy, in order to rationalize the consequences that application of Law produces, through the wealth maximization, efficiency and equity. Considering that Economic Analysis of Law -with exceptions- it has had little spreading in our academic circle, this article presents the fundamental ideas of the movement, the main economic tools in which it leans and tries to transfer this theory to the analysis of the most important colombian legal institutions, as marriage and family; development of jurisprudence power and creation of flexible legal rules; and finally, a nonpatrimonial criminal law.

[†] Este artículo hace parte de la investigación denominada «Los principios constitucionales a la luz del Análisis Económico del Derecho», dentro del grupo de investigación «Derecho económico y Estado» de la Corporación Universitaria Republicana, registrado Colciencias.

^{**} Abogado de la Universidad Externado de Colombia, título de *Magister Legum LL.M.* de la Universidad de Osnabrück (Alemania), autor de las obras «Supresión de cargos en la Administración Pública», Ed. Jurídicas del Profesional, Bogotá (2005) y «La carga dinámica de la prueba», Ed. Leyer, Bogotá (2006); docente investigador.

KEY WORDS

Economic Analysis of Law, wealth maximization, efficiency, equity, Pareto efficiency, transaction costs, opportunity cost and Coase Theorem.

1. PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con los marcos metodológicos del Análisis Económico del Derecho y a las herramientas económicas que emplea, ¿cómo puede ser aplicado éste razonamiento a instituciones jurídicas y a casos específicos de nuestro ordenamiento normativo?

2. INTRODUCCIÓN

El *Análisis Económico del Derecho*, teoría genuina de la Universidad de Chicago¹ y que constituye una de las mejores representaciones jurídicas del clásico pensamiento norteamericano, ha tenido gran difusión doctrinaria y jurisprudencial en aquellas sociedades que encuentran en el razonamiento económico, los pilares fundamentales del equilibrio y progreso socio-cultural de los pueblos.

Ante todo, cabe señalar que el Análisis Económico del Derecho es un método de evaluación de los casos particulares y de las

instituciones jurídicas, siguiendo criterios económicos. Así mismo, se aleja de cualquier discusión sobre la Teoría General del Derecho. Es decir, para el Análisis Económico la dogmatización del Derecho pierde sentido cuando los conceptos y teorías jurídicas se quedan en el discurso y no satisfacen el objetivo real del Derecho, como lo es la *eficiencia*, que a su vez representa el ser y la esencia de los procesos económicos.

Para éste movimiento (*Law & Economics*) la eterna disputa cazada entre positivistas y jusnaturalistas resulta irrelevante, cuando en casos particulares se encuentra en discusión la equitativa y justa distribución de los recursos económicos, así como su maximización. Por esta razón, la metodología del movimiento se basa en una perspectiva eminentemente analítica.²

Si bien existen diversas corrientes en el seno del movimiento, en todas converge como metodología el análisis de las restricciones y recompensas que genera el Derecho, combinando variables de marginalidad, bienes y servicios, y sus correspondientes efectos en el mercado.³

Aunque la idea de analizar económicamente el Derecho nació dentro de las áreas jurídicas que comprenden una regulación económica explícita (Derecho de la competencia, socie-

¹ Junto a la Escuela de Economía de Londres (*London School of Economics*), la Escuela de Chicago ha producido los mejores pensadores de la ciencia económica: Entre sus veintitrés (23) premios Nobel de Economía, resaltan los nombres de PAUL SAMUELSON (1970), FRIEDRICH HAYEK (1974), MILTON FRIEDMAN (1976), JAMES BUCHANAN (1986), RONALD COASE (1991), y GARY BECKER (1992), quienes influenciaron profundamente a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la misma universidad, brindado los fundamentos para el desarrollo del Análisis Económico del Derecho. La obra básica para la introducción al tema, la constituye *El Análisis Económico del Derecho*, de RICHARD POSNER. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 28.

² No obstante, RICHARD POSNER -su principal exponente- siempre ha defendido el movimiento de los *Law & Economics* como una ramificación del positivismo jurídico, al sostener que el Análisis Económico del Derecho intenta explicar las reglas y los resultados legales tal y como son, en lugar de cambiarlos para mejorarlos. POSNER, RICHARD. *Ibidem* p. 28.

³ Sobre la evolución del Análisis Económico del Derecho y las diferentes corrientes que se han desarrollado en su interior, consúltese ROEMER, ANDRES. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México. 2001.

tario, tributario, servicios públicos domiciliarios, seguridad social, bursátil, etc.), su utilización se ha extendido a otros campos en donde a primera vista no cabría el razonamiento económico como método para buscar la solución equitativa y eficiente, pero que observándose con detalle, comportan necesariamente diferentes transacciones y repartos de riqueza, como lo son el Derecho de Familia, el Derecho Penal, la responsabilidad extramatrimonial, el Derecho Procesal, e incluso, el ejercicio de acciones de rango constitucional, entre otros.⁴

Toda sentencia judicial implica la necesaria elección de una entre varias normas jurídicas posibles. Así por ejemplo, en un proceso penal el juez deberá decidir escogiendo entre unas u otras normas jurídicas, por ejemplo, declarando penalmente responsable al procesado mediante la privación de su libertad, otorgándole la detención domiciliaria, concediéndole caución, o por el contrario, absolviéndolo.

Cualquiera sea la decisión tomada por el juez, conllevará en últimas a la generación de unos efectos de tipo económico, que repercutirán en la asignación eficiente de la riqueza.

3. LOS FINES FUNDAMENTALES DE LA ECONOMÍA: LA MAXIMIZACIÓN DE LA RIQUEZA, LA EFICIENCIA Y LA EQUIDAD⁵

Si el Análisis Económico del Derecho tiene como objetivo aplicar el razonamiento eco-

nómico a la evaluación de casos particulares y a normas jurídicas puestas en juego, resulta entonces importante comprender precisamente la estructura lógica y los fines fundamentales de la Economía, para luego si transpolarlos al Derecho.

Prima facie y siguiendo los términos empleados en Economía, se tiene que tanto las agrupaciones con o sin fines lucrativos, como todas las personas naturales, son *actores económicos*, ya que interactúan directa o indirectamente con los recursos económicos.

Bajo éste prisma se considera regla general de la Economía, que todos los actores económicos busquen *maximizar* el factor que a cada uno más le interesa: la maximización de los beneficios y utilidades de una empresa, los votos de un político, las recaudaciones de tributos para el Estado, el bienestar social para las organizaciones sin ánimo de lucro, o el simple mejoramiento de la calidad de vida para todos los individuos.

La segunda idea fundamental de la Economía atañe a la *eficiencia*. Aunque se han buscado diferentes definiciones, el Análisis Económico del Derecho se ha apoyado desde un comienzo en el concepto de eficiencia expuesto por el politólogo y economista VILFREDO PARETO, conocido como *eficiencia de Pareto* ó *Optimo de Pareto*.⁶

Bajo dicho entendido, se considera una situación particular eficiente en el sentido de Pareto, cuando ella no perjudica a nadie, pero mejora a alguno, es decir, que una situación

⁴ El propio POSNER distingue entre dos visiones diferentes del Análisis Económico del Derecho. Por una parte, el análisis clásico, que se enfoca en las normas explícitamente reguladoras de las actividades económicas y que encuentra sus orígenes en los postulados mercantilistas de ADAM SMITH; y por otra parte, el análisis económico contemporáneo, que surgió con los trabajos del jurista GUIDO CALABRESI y del economista RONALD COASE.

⁵ Todos los conceptos de Economía aludidos en éste artículo, son tomados de diferentes pensadores de la denominada Escuela de Chicago y sus influencias neoclasicistas.

⁶ Sobre la teoría económica de VILFREDO PARETO, consúltese, entre otros, BRAUDEL, FERNAND. *Pareto*. Fondo de Cultura Económica. México, 1941.

será mejor que otra solo si en la nueva se pueden compensar las pérdidas de todos los perjudicados y queda un sobrante (una utilidad para alguien).⁷ Ejemplificando, se tendrá como eficiente (óptima) la erradicación de cultivos ilícitos mediante el uso de químicos, siempre que con ello no se desmejore la situación (obviamente en el marco legal) de otro. Por el contrario, la asignación ineficiente en el sentido de Pareto, se manifiesta cuando se mejora el bienestar de una persona, empeorando el de otra, como sería, en el ejemplo planteado, la destrucción de la tierra cultivable y su imposibilidad de explotarla económicamente por un periodo de treinta años, a causa del empleo de químicos en la erradicación de los cultivos ilícitos.⁸

4. EL PUNTO DE PARTIDA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: EL TEOREMA DE COASE

Otra de las ideas básicas del Análisis Económico del Derecho, se origina en el denominado *Teorema de Coase*, expuesto por el británico RONALD COASE, trabajo que constituyó la base para fundar el movimiento de los *Law & Economics*.

Según el Teorema de Coase, «las externalidades o las ineficiencias económicas se corrigen mediante la negociación de las partes afectadas».⁹

COASE sostuvo que si los actores económicos podían negociar sin ningún costo sobre

la asignación de los recursos, igualmente podían resolver por sí solos el problema de las externalidades; es decir, que ante la *ausencia de costos de transacción* (costos de transacción cero), resultan irrelevantes las reglas de responsabilidad para una óptima asignación de los recursos, en el sentido de la eficiencia social del Óptimo de Pareto.

5. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN

En la teoría económica se entiende por *costos de transacción*, aquellos costos que se originan con ocasión de las diferentes operaciones producidas en el mercado.

De acuerdo con ROBERT COOPER y THOMAS ULEN, COASE utilizó el término «costos de transacción» para referirse a los costos de la comunicación, así como todos los costos que se presentan en una negociación.¹⁰

Así por ejemplo, considérese a una empresa denominada «E», que produce diferentes piezas y artefactos para la construcción, los cuales contienen asbesto, mineral que ha sido probado como letalmente cancerígeno para aquellas personas que están frecuentemente expuestas a su inhalación y manipulación, como sería el caso de los trabajadores. Supongamos que los trabajadores expuestos a los riesgos y efectos malignos del asbesto, ascienden al número de dos mil. Si no se introdujeran medidas que corrigieran el grave

⁷ Sobre el Óptimo de Pareto y su aplicación en el Análisis Económico del Derecho, véase COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México, 2002, p. 26.

⁸ El Análisis Económico del Derecho se ha visto enriquecido en los últimos años, con la introducción de nuevas técnicas económicas de análisis, particularmente «La teoría de los juegos», «El equilibrio de Nash» y «La teoría de la elección pública», que fueron formuladas originalmente por JOHN VON NEUMANN (1920), JOHN FORBES NASH (1950) y JAMES BUCHANAN (1972), respectivamente.

⁹ SAMUELSON, PAUL. *Economía*. McGraw-Hill, Inc., Madrid, 1990, p. 1150.

¹⁰ COOTER y ULEN, *ibidem*, p. 117. Sobre los costos de transacción en el Análisis del Derecho, igualmente consúltese POLINSKY, MITCHELL. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1985, p. 23 a 26.

perjuicio ocasionado por la empresa «E», los daños a los trabajadores ascenderían a 500 pesos por cada uno, para un total de 1'000.000 de pesos. Igualmente supóngase que los daños causados por la producción de asbesto pudieran eliminarse de dos formas: negociando para desmontar la producción del asbesto y reemplazando este mineral por fibras vegetales, a un costo de 500.000 pesos; o suprimiendo al personal que manipula y se encuentra expuesto a las inhalaciones de asbesto, y reemplazándolo por máquinas robotizadas, a un costo de 900.000 pesos. La solución económicamente eficiente, ante estas dos posibilidades, sería sin duda el desmonte de la producción del asbesto y su reemplazo por fibras vegetales, ya que con ello se eliminarían los daños totales que pudieran seguirse causando en el futuro, los cuales se traducirían en el pago de 1'000.000 de pesos en perjuicios futuros a los trabajadores, adicionalmente a los 900.000 pesos de la robotización de la planta.

Si se concluye que los trabajadores tienen el *derecho a respirar aire puro y a gozar de condiciones mínimas de salud*, entonces tendrían por igual el derecho a ser indemnizados en 500 pesos cada uno y a que se reemplazara la producción de asbesto por fibras vegetales a un costo de 500.000 pesos, es decir, *la solución eficiente*. Si por el contrario, la empresa «E» tiene derecho a contaminar por la simpleza de considerar que el ordenamiento jurídico la autoriza para producir asbesto, los trabajadores encontrarían únicamente la siguiente solución: sufrir el daño a la salud, que se les indemnizara en 500 pesos cada uno, y que así mismo fuera suprimido el personal que manipula y se encuentra expuesto a las inhalaciones de asbesto, reemplazándolo por máquinas robotizadas a un costo de 900.000

pesos. A ésta última solución, debe agregársele el pago por la liquidación de los contratos de los trabajadores, suma total de factores que sin duda hacen *económicamente ineficiente* la solución planteada, adicionando a dichos costos que dos mil trabajadores saldrían del mercado laboral, dejando de ser económicamente productivos.

Entonces, la elección de la norma jurídica en el caso anterior (el *derecho a la salud* o el *derecho a contaminar* amparado en el permiso legal para producir asbesto), afectan sin duda el logro de la solución eficiente. No obstante, el planteamiento de Coase se enfocaba en últimas a que las partes buscaran la solución con costos de transacción cero, lo que implicaría en nuestro caso, la reunión y negociación directa entre los trabajadores y la empresa «E», sin que se generaran costos de transacción. Si los trabajadores tienen el derecho a gozar de aire puro y de salud, la empresa «E» los indemnizaría con 500 pesos a cada uno y reemplazaría la producción de asbesto por 500.000 pesos, mientras que si la empresa «E» tuviera el derecho a contaminar, los trabajadores tendrían que asumir los costos de la pérdida del empleo, al ser reemplazados por máquinas que hicieran su trabajo y no sufrieran los daños a la salud propios de los humanos. De ésta forma y siguiendo a MITCHELL POLINSKY, «la elección de la norma jurídica redistribuye la renta en la cuantía de la solución de menor coste al conflicto».¹¹

Ahora bien, los economistas y propios miembros del movimiento del Análisis Económico del Derecho, han aceptado que la hipótesis de los costos de transacción cero es muy remota en la mayoría de situaciones¹², a lo cual se sostiene que ante la presencia de costos de

¹¹ POLINSKY, *ibidem*, p. 24.

¹² POLINSKY, *ibidem*, p. 24.

transacción positivos, la norma a elegir preferible es aquella que reduce al mínimo los efectos de los costos de transacción, que en el caso de los trabajadores y la empresa «E», serían todos aquellos costos generados por elecciones ineficientes a lo largo del proceso, o por costos de reuniones, negociación (transporte y logística) o gastos de honorarios de abogados.

6. EL COSTO DE OPORTUNIDAD

El *costo de oportunidad* es otro de los conceptos fundamentales en Economía y particularmente, en la Microeconomía. Simplificadamente, se entiende por costo de oportunidad el valor que representa desaprovechar una oportunidad, o el costo económico por la elección de una alternativa sacrificada. PAUL SAMUELSON define el costo de oportunidad como el «valor del siguiente mejor uso (u oportunidad) de un bien económico, o sea, el valor de la alternativa sacrificada». ¹³ De esta forma, «toda decisión tiene un costo de oportunidad, porque elegir una cosa en un mundo de escasez significa renunciar a alguna otra. El costo de oportunidad es el valor del bien o servicio al que se renuncia». ¹⁴

Por ejemplo, la elección que toma un joven de ingresar a la universidad en vez de aceptar un trabajo de tiempo completo, en el que ganaría un millón de pesos mensuales, tiene el costo de oportunidad de sacrificar un salario mensual, a cambio de recibir educación profesional. Así mismo, la elección de aceptar el trabajo tiene el costo de oportunidad de sacrificar la obtención de educación profesional y la posible obtención de ganancias mayores a futuro, cuando sea un profesional.

7. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DE ALGUNAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COLOMBIANAS

En el Análisis Económico del Derecho se sostiene que todos los actos derivados de nuestra conducta, se realizan porque tienen beneficios superiores a los que en sí mismo implican. En dicha medida, el Análisis Económico igualmente se extiende a temas que explícitamente son ajenos del aspecto patrimonial y que a título de presentación del movimiento de los *Law & Economics*, centrarán nuestra atención en seguida, como lo son la institución básica y central del ordenamiento jurídico, es decir, la familia; el desarrollo del poder de la jurisprudencia y la creación de reglas jurídicas flexibles; y por último, el análisis económico de un delito no patrimonial.

7.1 El matrimonio y la familia

La familia siempre ha sido la base social por excelencia y por ello la Carta Política la reconoce como el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42). La familia tiene el fin primordial de otorgar a sus miembros el lugar físico y anímico para la supervivencia, así como para el desarrollo individual y social. No obstante, dicho proceso está compuesto por infinitas transacciones económicas, que convierten a la familia en la más importante unidad de consumo y producción de la sociedad.

Tradicionalmente la familia residente en el campo se ha acomodado a pequeñas propiedades trabajadas en común por sus miembros, convirtiéndose ésta fuerza de trabajo en una

¹³ Ejemplifica SAMUELSON, que «El costo de oportunidad de una tonelada de carbón es, pues, los 10 quintales de trigo que *podrían* haberse producido». SAMUELSON, PAUL. *Ibidem*, p. 1129.

¹⁴ SAMUELSON, PAUL. *Ibidem*, p. 38.

importante unidad de producción. Por su parte, la vida en las ciudades siempre ha tendido a establecer roles definidos de división del trabajo, que especializan al esposo en la fuerza laboral del mercado (por ejemplo, en la abogacía), lo cual a su vez le permite obtener los ingresos económicos para la adquisición de los insumos de consumo de la familia. Por su parte, la esposa emplea gran parte de su tiempo en el hogar, a través de la transformación en alimentos de los insumos adquiridos con los ingresos del esposo, y en la procreación y crianza de los hijos.¹⁵ El costo de oportunidad para la esposa tradicional, se manifiesta en el sacrificio de obtener una asignación mensual (completa o parcial, según el tiempo) a cambio de dar crianza a sus hijos; al tanto que para el padre el costo de oportunidad se traduce en el poco tiempo que puede disponer para la educación y recreación directa de sus hijos, a cambio de obtener los ingresos para la adquisición de insumos. Entonces, se tiene que el padre maximiza los ingresos de la familia, al tanto que la madre maximiza la crianza y la debida educación de los hijos.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter económico de la familia, al sostener que cada persona vela económicamente por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley le obliga. De ésta forma, los alimentos tienen su fundamento en el deber de protección de la familia, en la solidaridad, y en el principio de equidad, en la medida en que «cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente».¹⁶

Igualmente el artículo 113 del Código Civil colombiano, reconoce el carácter eminentemente económico del matrimonio, al definirlo

como un *contrato solemne*, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y *auxiliarse mutuamente*. El sentido económico del matrimonio resulta claro, considerando que la razón de ser del mismo (o en términos de Posner, el «bien principal») es la consecución de hijos a través de la procreación y el auxilio mutuo. Y es que si el amor de pareja (simple altruismo para los economistas), es -como lo sostenía el filósofo alemán ARTHUR SCHOPENHAUER- el resultado de un instinto o deseo de preservación de la especie, de perpetuar y mejorar las características genéticas, así como de extender el nombre y la memoria de los padres; indudablemente toda la actividad económica de la división del trabajo familiar, converge hacia la realización del producto final de ésta singular unidad de producción económica, como lo son los hijos.

Tan evidente es la relación económica del matrimonio (y otras formas de unión de pareja con efectos patrimoniales) concebida por el legislador, que se ha regulado en extenso la transferencia de la propiedad por causa de muerte de cualquiera de los motores de la unidad productiva familiar (art. 1008 y s.s. del C.C.).

No extraña la valoración económica que formula RICHARD POSNER de las uniones de pareja, como un «mercado del matrimonio» en el que los individuos intentan «encontrar parejas conyugales para formar familias productivas».¹⁷ En consecuencia, dicho mercado es racional, como cualquier otro, en el que se tiende a que los hombres brillantes busquen mujeres brillantes y viceversa, con igual o mejores posibilidades o expectativas económicas, así como en toda asociación productiva

¹⁵ POSNER, *ibidem*, ps. 135-136.

¹⁶ Sentencias C-156 de 2003 y C-237 de 1997.

¹⁷ Véase POSNER, *ibidem*, p. 138.

las oficinas de abogados buscan mejores socios, las mejores universidades buscan mejores profesores y estudiantes, y las empresas buscan mejores ejecutivos.

También se ve el enfoque económico que tiene la institución del matrimonio al momento de su terminación, como el de cualquier sociedad productiva, como lo son la disolución y liquidación de la sociedad conyugal (arts. 160, 167 y 200 del C.C.), y la proporción en la contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos menores (arts. 149, 166, 257, 258 y 300 del C.C.).

7.2 El desarrollo del poder de la jurisprudencia y la creación de reglas jurídicas flexibles

El llamado -y muy en boga en nuestro medio- «poder de los jueces», quizás no sea la repercusión jurídica de la «economización» del Derecho, pero sí genera consecuencias que pueden llegar a hacer más eficiente la producción jurídica, bajo parámetros hasta ahora considerados indirectamente económicos.

En efecto, de vieja data ha sido que el jurista colombiano se ufane de la gran tradición positivista que tiene el pensamiento jurídico local, en el sentido distorsionado que aquí gusta legislar sobre todo, con miras a garantizar la seguridad jurídica y el romántico culto diariamente profanado a que «Si las armas

nos han dado la independencia, las leyes nos darán la libertad».

No obstante, el supuesto acato al legalismo tiene inconvenientes que afectan directamente el bolsillo de todos y la eficiencia de las instituciones y normas jurídicas. Y es que las normas y reglas de derecho, entre más rigurosas y exactas pretendan ser, requieren que permanentemente se estén revisando y re- adaptando a la infinidad de cambios que la dinámica social exige, por lo que -como señala POSNER- una regla específica se volverá obsoleta con mayor rapidez que una norma amplia y general.¹⁸ Entonces, si a medida que la sociedad se desarrolla, las leyes pétreas se vuelven más ambiguas con mayor rapidez, ello constituye caldo de cultivo para que la promulgación de nuevas leyes generen más costos de transacción, representados en el tiempo, en la inversión económica y en el esfuerzo de poner de acuerdo sobre determinado punto a la mayoría de los legisladores, que se agrupan en dos cámaras y participan en debates diferentes.

Económicamente lo anterior se traduce en que los jueces hayan venido adquiriendo gran protagonismo en la elaboración (o descubrimiento) de reglas jurídicas más amplias y elásticas, aunque limitadas a situaciones muy concretas¹⁹, que reducen los costos de transacción de la producción legislativa.²⁰

¹⁸ Sostiene el juez newyorkino que «Entre más exacta y detallada sea una regla, más probable es que genere lagunas: que permita implícitamente una conducta que la regla trataba de prohibir». «Las reglas generan presiones a favor de las excepciones, y la combinación de una regla y sus excepciones puede diferir poco de una norma en términos prácticos, sobre todo si se permite la multiplicación de excepciones especiales a fin de mejorar el ajuste entre una regla rígida y un contexto social cambiante». POSNER, *ibidem*, p. 511.

¹⁹ Sobre la transformación de la cultura jurídica latinoamericana y la introducción de las teorías anglosajonas de producción y/o descubrimiento de reglas jurídicas por parte de las Cortes colombianas, puede consultarse, entre otros, LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *La Teoría impura del Derecho*. Ed. Legis, Bogotá, 2004; y RODRÍGUEZ, CESAR. *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.

²⁰ Destacan varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los que ésta ha liderado la interpretación flexible del Derecho en Colombia: «La Corte Suprema, no podía seguir atada a un análisis del aspecto formal, por cuanto el sistema Constitucional Colombiano es flexible; no contiene 'cláusulas pétreas' o

Tanto así, que en Colombia algunos ya se atreven a hablar del precedente judicial, de la creación judicial del Derecho o de la doctrina del *stare decisis*; como un omnipoder de los jueces para interpretar, argumentar y crear Derecho, pero muchas de las veces, desconociendo las razones coyunturales que en otras latitudes han motivado ésta larga tradición.

Un claro ejemplo de la flexibilización de las reglas jurídicas por parte de los jueces, en aras de minimizar los costos de transacción del Derecho, es la aplicación elástica de la carga de la prueba. En efecto, en los últimos años las altas Cortes colombianas han venido aplicando la denominada carga dinámica de la prueba, según la cual el peso de la prueba no se mantiene rígido y estático según conceptos *a priori* establecidos inflexiblemente por el legislador, sino que se desplaza pendularmente en uno u otro sentido de acuerdo a la facilidad de producción de la prueba que tenga cada una de las partes.²¹

Bajo el Análisis Económico del Derecho, resulta eficiente el desplazamiento del *onus probandi* de un hecho (H), en aquellos eventos en que la probabilidad (P) de que el hecho haya ocurrido, multiplicada por los costos de producción de la prueba (Cp), sean inferior

res a que el hecho no haya ocurrido (-H), multiplicada por los costos para la contraparte (Cc) de probar que el hecho no ocurrió y por ende, tampoco el daño (D). En términos de razonamiento económico, la inversión eficiente de la carga de la prueba se plantea en la siguiente ecuación:

$$P(D/H) * P(H) * Cc > P(D/-H) * P(-H) * Cp.$$

En términos simplificados la aplicación de la carga dinámica de la prueba se justifica cuando los costos de producción probatoria son menores para una de las partes en relación con la otra, ya sea por razones de disponibilidad o posesión del medio, por facilidades técnicas, capacidad económica o cualquier otro motivo.

Entonces, al emplear la *regla de juicio*, el juez se encuentra obligado a aplicar las reglas convencionales y estáticas del *onus probandi*. Sin embargo, una vez aplicada en abstracto la regla, el juez puede concluir que por la ausencia de prueba debe responsabilizarse no a quien apriorísticamente le asistía ese deber, sino a la parte que contando con todas las facilidades de su producción (frente a las ostensibles desventajas o incluso imposibilidad de la otra) omitió allegarla, lo cual hubiese

inmodificables; su tendencia es evolutiva y reformista» (C-544 de 1992). «Para la Corte Constitucional este precepto no viola la Constitución sino que incluso se inscribe perfectamente en su sistema axiológico que pretende por un Estado Social de Derecho flexible y dinámico, abierto a proteger cada vez más las diferentes aristas de la dignidad humana» (C-018 de 1993). «Lo anterior indica que no se trata de un principio absoluto, pues el universo jurídico no admite posiciones de tal carácter, por ser una coordinación de posibilidades racionales. La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar» (C-549 de 1993). «...las normas jurídicas tienen más de una interpretación, ya que en realidad siempre hay un marco interpretativo, con más de una posibilidad, y todas ellas tienen el mismo valor jurídico; el juez puede dentro de la misma ley y sin salirse de ella, acoger una interpretación distinta a la que venía acogiendo; puede elegir otra de las posibilidades de la ley y de esta modificar la jurisprudencia» (Salvamento de voto de JAIME ARAUJO RENTERIA a la sentencia C-836 de 2001). «De manera reiterada, la Corte ha precisado que la regla de unidad de materia se aplica en forma flexible, a fin de no afectar el principio democrático» (C-795 de 2004).

²¹ Doctrinariamente se concibe el desplazamiento del *onus probandi* dinámico, bajo el entendido que «incumbe a las partes probar los hechos que les resulten de más fácil demostración, en comparación con la extrema dificultad de su adversario en demostrarlos, conforme a la experiencia de cada proceso». TRUJILLO CABRERA, JUAN. *La carga dinámica de la prueba*. Editorial Leyer, Bogotá, 2006, p. 75.

permitido la eficiencia económica en la búsqueda de la verdad material en el proceso.

En el mismo sentido la Corte Constitucional ha justificado que el juez tenga una actividad mucho más dinámica en el proceso, mediante el decreto y práctica de pruebas, así como en la asignación flexible del *onus probandi* al momento de aplicar la regla de juicio, y en dicho «sentido, debe reinterpretarse a la luz de la Constitución, el alcance de la carga de la prueba regulada por algunos códigos de procedimiento».²²

8. ANÁLISIS ECONÓMICO DE UN «DELITO»

En la mayoría de los casos es el Estado quien tiene la titularidad de la acción penal para promover procesos penales, por tanto, resulta interesante observar cómo en éstas situaciones el Análisis Económico del Derecho puede ser una herramienta útil en la búsqueda de la solución eficiente. En consecuencia, omitiremos realizar ahora dicho enfoque a los delitos querellables, en donde las partes fácilmente pueden llegar a un arreglo económico para efectos de extinguir la acción y solucionar eficientemente el conflicto.

A continuación se procederá a efectuar el análisis económico de un caso penal, que tuvo reciente repercusión en la opinión pública colombiana:

En la ciudad de Bogotá, en horas de congestión vehicular y peatonal, una joven estudiante aguardaba la parada de un bus, cuando de repente se vio sorprendida al ser tocada en sus nalgas por un mensajero que se desplazaba en bicicleta a entregar un en-

cargo. Luego de dar comunicación del hecho a las autoridades de policía, el sujeto fue capturado en la oficina donde prestaba labores, fue sometido a investigación y juicio penal, y finalmente condenado a cuatro años de prisión por el delito de acto sexual abusivo.

El Tribunal Superior de Bogotá fundamentó su sentencia en que éste tipo de actos degradan la moral y la dignidad de los miembros de la sociedad, y una pena drástica en dicho sentido, funcionaría como conducta ejemplar para evitar que actos de dicha naturaleza se siguieran repitiendo en el futuro.²³

Económicamente se ha establecido que un individuo se ve impulsado a cometer un delito, porque los beneficios esperados del hecho superan para él los costos esperados, que en tratándose del acto sexual abusivo, corresponderían a satisfacciones intangibles, como es un superficial y efímero placer sexual.

En nuestro ejemplo, los costos de oportunidad atañen al tiempo empleado por el infractor de la norma en cometer el acto, el escarnio público de verse sometido a una investigación penal por acto sexual abusivo y finalmente, el sometimiento a una pena de cuatro años de prisión.

Los costos de transacción se reparten entre todos los extremos que conforman el proceso penal:

En primera medida, la *victima* asume los costos de pagar los honorarios de un profesional del Derecho, siempre y cuando decida constituirse en parte civil dentro del proceso penal. Estos gastos no se verían recompensados económicamente, si el juez considerase que

²² Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.

²³ Información tomada de la página judicial de los periódicos *El Tiempo* de Bogotá (edición del 24 de febrero de 2006); *El Mercurio* de Santiago de Chile (edición del 25 de febrero de 2006) y *El Nuevo Herald* de Miami (edición del 26 de febrero de 2006). A la fecha de la entrega de éste artículo para su publicación, el proceso penal al cual se hace referencia, se encuentra ante la Corte Suprema de Justicia, para que dicha Corporación decida si mantiene, atenúa o suprime la pena del inculcado.

aunque se vulneró un bien jurídico susceptible de protección penal, no se demostró la causación de un perjuicio estimable económicamente cuya titularidad corresponda a la víctima (daños psicológicos, morales, etc.).

En segundo lugar, el *agresor* asume los costos de transacción de contratar por igual los servicios de un abogado que asuma su defensa, permanecer cuatro años en prisión (o menos, en caso de estudio, trabajo u otros beneficios), perder el empleo en el cual es económicamente productivo y del cual pueden depender para su subsistencia otras personas²⁴, y por último, perder oportunidades futuras de mejoramiento salarial, a causa de los antecedentes penales que quedan consignados en su historial por acto sexual abusivo.

Finalmente, el *Estado* asume los costos de transacción relativos a poner en actividad todo el aparato judicial para la investigación y juzgamiento de la conducta -en todas sus instancias-, lo cual implica gastos de logística, papelería, servicios públicos, congestión judicial, etc.

En éste análisis, se observa que tanto para la víctima, para el agresor y para el Estado, los costos de transacción que deben sufragarse por el proceso penal resultan absolutamente

elevados, frente al poco o quizás ningún beneficio que ellos mismos obtienen.²⁵ Si el fin de la pena privativa de la libertad, constituye la disuasión de futuros delitos, esto no se garantiza necesariamente con la drasticidad de la medida, ya que éste tipo de conductas (simplemente tocar unas nalgas sin consentimiento) difícilmente se previenen con penas de prisión, en un país en el que no cabe mas reclusos en las cárceles por ofensas que si son realmente graves.

Castigar con prisión en el caso planteado, económicamente resulta ineficiente para toda la sociedad. La prisión no genera ningún recaudo económico para el Estado, sino que por el contrario, constituye un gran costo de transacción por la manutención del condenado durante cuatro años, frente a la supuesta gravedad de la conducta desplegada; costos que a su vez equivalen a los mismos que deben sufragarse frente a un secuestrador, asesino o terrorista, cuyos actos no son comparables.²⁶ No se justifica económicamente la construcción, el mantenimiento y la operación de una prisión; frente a la pérdida de la producción económica de un individuo durante cuatro años y otros tantos más, con anotaciones de antecedentes penales, que le restan oportunidades de mejorar sus ingresos.²⁷

²⁴ En cuanto a la inutilidad del carácter preventivo que pueda tener en todos los casos la privación de la libertad, y por el contrario, los efectos económicos negativos que la misma produce, sostiene POSNER que «el ingreso perdido del empleo legítimo es un costo de oportunidad del delito, una reducción de las perspectivas de ingresos legales del prisionero reduce los costos de la actividad criminal para él y así aumenta la probabilidad de que cometa delitos después de su liberación». POSNER, RICHARD. *Ibidem*, p. 219.

²⁵ En éste sentido, Cooter y Ulen sostienen que el «castigo del Derecho Penal empeora la situación del victimario sin beneficiar directamente a la víctima» y mucho menos al Estado. COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Ibidem*, p. 548.

²⁶ En el mismo sentido, el periódico *El Nuevo Herald* de Miami informó en su edición del 26 de febrero de 2006, refiriéndose al caso aquí comentado, que «La condena proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Víctor García, levantó polémica en los medios de comunicación, que la compararon con la pena máxima de ocho años que tendrían que pagar los miembros de grupos armados de extrema derecha por los asesinatos de miles de campesinos en los últimos 20 años.»

²⁷ Si resulta ineficiente económicamente someter a cuatro años de prisión a quien toca las nalgas de una mujer, igualmente desde el punto de vista penal es absurdo desgastar el aparato judicial en la investigación y juzgamiento de tales conductas, cuando en realidad no se ha atentado contra la libertad

En éste sentido, el Análisis Económico del Derecho defiende el empleo menor de la cárcel como sanción y el uso adecuado y ejemplar de las multas o sanciones pecuniarias, como mecanismos de represión de infracciones que no ameritan costos de transacción tan elevados.²⁸ Así mismo, la utilización adecuada del principio de oportunidad en el sistema adversarial, podrá constituir un mecanismo realmente eficiente del manejo de la justicia penal.²⁹

9. CONCLUSIONES

Aspectos generales

- El Análisis Económico del Derecho es un método de evaluación de los casos particulares y de las instituciones jurídicas, siguiendo criterios económicos.
- La metodología de éste movimiento se basa en una perspectiva eminentemente analítica, apoyado en las restricciones y recompensas que genera el Derecho, combinando variables de marginalidad, bienes y servicios, y sus correspondientes efectos en el mercado.
- La utilización del Análisis Económico del Derecho se ha expandido a campos en donde a primera vista no cabría el razonamiento económico como método para buscar la solución equitativa y eficiente, pero que igualmente comportan transacciones y repartos de riqueza.

Fundamentos económicos

- Todas las personas son *actores económicos*, ya que interactúan directa o indirectamente con los recursos económicos y buscan *maximizar* el factor que a cada quien más le interesa.
- El criterio de *eficiencia económica* en el sentido de Pareto, es aquella situación que no perjudica a nadie, pero mejora a alguno, es decir, que una situación será mejor que otra solo si en la nueva se pueden compensar las pérdidas de todos los perjudicados y queda un sobrante (una utilidad para alguien).
- Según el Teorema de Coase, las externalidades o las ineficiencias económicas se corrigen mediante la negociación de las partes afectadas.
- Los *costos de transacción* son aquellos que se originan con ocasión de las diferentes operaciones producidas en el mercado.
- El costo de oportunidad es el valor que representa desaprovechar una oportunidad, o el costo económico por la elección de una alternativa sacrificada.

El Análisis Económico del Derecho en las instituciones y normatividad colombiana

- A pesar de las fuertes críticas que ha recibido el movimiento, principalmente por emplear técnicas ajenas al purismo dogmático del Derecho y por su aparente carácter ni-

sexual (bien jurídico tutelado), dado que tan solo se ha cometido una infracción menor sin relevancia penal, que se enmarca mejor en el ámbito policivo. Ahora bien, si se aceptara que la conducta se enmarca dentro de la orbita del Derecho Penal, podría igualmente pensarse que el castigo es exagerado, partiendo de la base que el Tribunal no distinguió entre la conducta espontánea y la conducta deliberadamente planificada por el autor, que en el caso analizado lógicamente corresponde a la primera, ya que el victimario no formuló ningún plan por adelantado, no buscó la oportunidad para cometer la infracción, sino que tan solo desplegó su conducta de forma espontánea cuando la oportunidad se le presentó, situación ésta que debilita el dolo.

²⁸ «El castigo monetario es una suma de dinero que lleva al victimario a preferir la ausencia de daño al daño con pago del dinero». COOTER, ROBERT y ULEN, THOMAS. *Ibidem*, p. 549.

²⁹ Véase ROEMER, ANDRÉS. *Economía del Crimen*. México, Limusa, 2002.

hilita; sus postulados constituyen una valiosa herramienta para abordar los problemas más complejos que el ejercicio del Derecho plantea, así como para el análisis acerca del sentido y finalidad de las instituciones y fenómenos presentes en nuestro campo profesional.

Aplicado el razonamiento económico al análisis de dos instituciones básicas del ordenamiento jurídico colombiano, como lo son el matrimonio y la familia; al desarrollo del poder de la jurisprudencia y la creación de reglas jurídicas flexibles; y por último, a un caso concreto del Derecho Penal no patrimonial; se tiene que sus postulados resultan perfectamente compatibles con el sistema romano-germánico heredado por la tradición jurídica colombiana, a pesar de haberse gestado el movimiento del Análi-

sis Económico del Derecho en el *Common Law* norteamericano.

- En un contexto social en el que predomina el reformismo legal ante cada nueva situación que surge y en el que los valores morales que irradian a la norma objetiva (por más positiva que sea), existen solo en los manuales de urbanidad, en los discursos políticos y en los sermones de los domingos; el análisis económico de las instituciones y normas jurídicas puede aparecer como un salvavidas de la verdadera legalidad, así como del sentido y la finalidad del orden jurídico.
- Por último, el Análisis Económico del Derecho plantea, de manera seria, herramientas para lograr la eficiencia del Derecho, completamente alejado de las enraizadas discusiones dogmáticas, que ahondan en el silogismo jurídico y en el moralismo de las reglas de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- FRAUDEL, Fernand. *Pareto*. Fondo de Cultura Económica. México, 1941.
- COXTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica. México: 2002.
- LOPEZ MEDINA, Diego. *La Teoría impura del Derecho*. Ed. Legis, Bogotá, 2004.
- POLINSKY, Mitchell. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1985.
- POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México. 1995.
- Rodríguez, César. *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.
- TEJEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México. 2001.
- TEJEMER, Andrés. *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.
- TEJEMER, Andrés. *Economía del Crimen*. México, Limusa, 2002.
- SAMUELSON, Paul. *Economía*. McGraw-Hill, Inc., Madrid, 1990.
- TRUJILLO CABRERA, Juan. *La carga dinámica de la prueba*. Editorial Leyer, Bogotá, 2006.

INCIDENCIA DE FACTORES FORMALES E INFORMALES EN LA CREACIÓN DE EMPRESAS EN BOGOTÁ: UN ESTUDIO DESDE LA TEORÍA ECONÓMICA INSTITUCIONAL

Rodolfo Vergel Causado¹ - Diego Ernesto Mendoza²
Norma Fabiola Gómez Segura³ - Juan de Jesús León Beltrán⁴
Grupo de investigación: Factores Humanos Aplicados a la Producción
Facultad de Ingeniería Industrial
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

Este artículo presenta un avance de investigación sobre la *Incubación de empresas: una mirada a la complejidad de escenarios y estrategias gerenciales*, proyecto de investigación financiado por la Corporación Universitaria Republicana. En particular se aborda el estudio de los factores formales e informales que condicionan la creación de empresas en Bogotá. Se asume como supracategoría de análisis la teoría económica institucional desde la perspectiva de Douglass North⁵, y se describe la manera como ésta repercute en la creación de empresas. El proyecto se inscribe en el paradigma cualitativo de investigación. Se presenta una primera aproximación al pro-

blema general de la investigación, su propósito y una planificación preliminar del estudio.

PALABRAS CLAVE

Creación de empresas, teoría económica institucional, factores formales e informales, paradigma cualitativo de investigación.

ABSTRACT

This article presents a balance sheet about the hatching enterprise: One look to the complexity of the stages and the management strategies, investigation project financed by the Corporación Universitaria Republicana. Par-

¹ Magíster en Docencia de las Matemáticas de la Universidad Pedagógica Nacional de Bogotá, Especialista en Educación Matemática de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y Licenciado en Matemáticas y Física de la Universidad Francisco de Pula Santander. Profesor adscrito a la Facultad de ingeniería industrial de la Corporación Universitaria Republicana de Bogotá, rodo30_2000@yahoo.es

² Especialista en Gerencia Financiera de la Universidad de la Salle, Ingeniero industrial de la Universidad América de Bogotá y profesor de la facultad de Ingeniería Industrial de la Corporación Universitaria Republicana de Bogotá, d.mendoza@javeriana.edu.co

³ Ingeniera Industrial de la Universidad Javeriana de Bogotá y coordinadora del proyecto curricular de Ingeniería industrial de la Corporación Universitaria Republicana de Bogotá, nofago@hotmail.com

⁴ Magíster en Docencia de la Física de la Universidad Pedagógica Nacional de Bogotá, Especialista en Educación Matemática y Licenciado en Física de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Profesor adscrito a la facultad de ingeniería industrial de la Corporación Universitaria Republicana de Bogotá, jlleonb@gmail.com

⁵ Premio Nobel de Ciencias Económicas en 1993. Departamento de Economía, Universidad de Washington, Saint Louis, Misuri, 63130-4899, jlleonb@gmail.com

ticularly it aboard the study of formal and informal factories that condition the creation of enterprises in Bogotá. It assumes as a high category of analysis the institutional theory since the Douglass North perspective and it describes the way it repercutes in the creation of enterprises. The project is inscribed in the quality paradigm of investigation. It presents a first general approximation of investigation, its matter and a preliminary planification of the learning.

KEY WORDS

creation of enterprises, institutional theory, formal and informal factories, quality paradigm of investigation.

INTRODUCCIÓN

Este artículo emana de las discusiones, reflexiones y avances conceptuales generados al interior del grupo de investigación que indaga por la *Incubación de empresas: una mirada a la complejidad de escenarios y estrategias gerenciales*. Se inspira en los estudios e investigaciones que la comunidad académica ha venido desarrollando en relación con los factores externos o del entorno que condicionan la creación de empresas. Estos trabajos (Birley, 1987; Kirchoff and Phillips, 1988; Van de Ven, 1993; Urbano y Veciana, 2001; Aponte, 2002; Urbano, 2003) por lo general, asumen como enfoque la teoría económica institucional liderada por Douglass North. La literatura internacional plantea que se ha estudiado la incidencia de los factores formales e informales en la creación de empresas, pero con escasas excepciones se ha utilizado un enfoque teórico formal. En esta dirección los trabajos de Urbano y Veciana (2001), Aponte (2002) y Urbano (2003) precisan los factores del entorno que condicionan la creación de empresas en ambientes socioeconómicos particulares y se fundan en North, tomando como limitaciones forma-

les el marco legal y las medidas de apoyo (organismos como programas/servicio de apoyo a la creación de empresas) globales y específicas.

Para describir el avance alcanzado en el sentido descrito, en primer lugar se presentan los argumentos teóricos que permiten problematizar el tema en cuestión y desde los cuales se pretende soportar el estudio. En segundo lugar, se describe una primera aproximación al problema de investigación, el objetivo principal y finalmente se abordan los supuestos teóricos investigativos y la planificación preliminar de la investigación que comporta las unidades de análisis y los instrumentos que permitirán hacer la recolección de la información (entrevistas semiestructuradas y el análisis de contenido). Se asume, inicialmente, en este estudio tres tipos de triangulación: de datos, de investigadores y de teorías.

1. Fundamentos teóricos

En este apartado se aborda, en primer lugar y de manera sucinta, las aportaciones teóricas desde la perspectiva de Douglass North y de sus contemporáneos, por lo que es necesario plantear las precisiones teóricas acerca de las instituciones y organizaciones, sus relaciones y diferencias, entre otros aspectos. En segundo lugar se realiza un primer análisis de cómo esta teoría puede ofrecer un marco analítico en el tema de la creación de empresas.

Una mirada a la teoría económica institucional

North (1998) plantea que las *instituciones* son imposiciones creadas por los humanos, en tanto estructuran y limitan sus interacciones. Se componen de imposiciones formales (por ejemplo, reglas, leyes, constituciones), informales (por ejemplo, normas de comportamiento, convenciones, códigos de