

Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano

Eleonora Lozano Rodríguez
(coordinadora)

TEORÍA Y PUESTA EN PRÁCTICA DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO COLOMBIANO

TEORÍA Y PUESTA EN PRÁCTICA DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO COLOMBIANO

Eleonora Lozano Rodríguez
(coordinadora)

Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano / Eleonora Lozano Rodríguez (coordinadora). – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2016.

442 páginas; 17 x 24 cm

Otros autores: Catalina Brando Vernaza, Farid Samir Benavides Vanegas, Gustavo Alfredo Peralta Figueredo, Laura Fernanda Norato Prieto, Lina María Uribe, María del Socorro Rueda Fonseca, María Fernanda Peña Bortone, Ángela Patricia Zorro Medina, Camilo Andrés Acosta Mejía, Norberto Hernández Jiménez, Nubia Constanza Bonilla Palomino, Luisa Fernanda Cano Blandón, Santiago Pardo Rodríguez, Stephanie Flechas Rodríguez.

ISBN 978-958-774-291-6

1. Derecho y economía I. Lozano Rodríguez, Eleonora II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 340.11

SBUA

Primera edición: abril del 2016

© Eleonora Lozano Rodríguez (coordinadora)

© Catalina Brando Vernaza, Farid Samir Benavides Vanegas, Gustavo Alfredo Peralta Figueredo, Laura Fernanda Norato Prieto, Lina María Uribe, María del Socorro Rueda Fonseca, María Fernanda Peña Bortone, Ángela Patricia Zorro Medina, Camilo Andrés Acosta Mejía, Norberto Hernández Jiménez, Nubia Constanza Bonilla Palomino, Luisa Fernanda Cano Blandón, Santiago Pardo Rodríguez, Stephanie Flechas Rodríguez.

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-291-6

ISBN *e-book*: 978-958-774-292-3

Corrección de estilo: Astrid Paola Molano Martínez

Diagramación interior y de cubierta: David Alba Salazar

Impresión:

Xpress

Estudio Gráfico y Digital, S. A.

Carrera 69 H n.º 77-40

Teléfono: 6020808

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

PARTE TEÓRICA

3

HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Eleonora Lozano Rodríguez	5
---	---

PARTE APLICADA EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COLOMBIANO EN ACCIÓN

65

SOLUCIONES ÓPTIMAS A CONTROVERSIAS JURÍDICAS. Catalina Brando Vernaza	67
--	----

DERECHO, DESARROLLO Y NEOLIBERALISMO: EL CASO DE LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL COLOMBIANO. Farid Samir Benavides Vanegas	89
--	----

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A CONTRATAR: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS A LA OFERTA Y A LA ACEPTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. Gustavo Alfredo Peralta Figueredo	123
---	-----

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL MEDIO AMBIENTE Y LA TRAGEDIA DE LOS COMUNES: ¿IMPUESTOS PARA SALVAR LOS RECURSOS NATURALES? Laura Fernanda Norato Prieto	143
TRIBUTACIÓN INDIRECTA Y REGRESIVIDAD: RELACIÓN ESTADÍSTICA A NIVEL GLOBAL. Lina María Uribe	173
EL ARANCEL O LA TASA JUDICIAL. María del Socorro Rueda Fonseca	195
ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES. LA TOMA DE DECISIONES EN UN GRUPO DE EMPRESAS María Fernanda Peña Bortone	235
UN ENFOQUE ECONÓMICO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN RECLUSA Y HACINAMIENTO CARCELARIO EN EL TRÁNSITO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO (2003-2008). Ángela Patricia Zorro Medina, Camilo Andrés Acosta Mejía y Norberto Hernández Jiménez	251
ACUERDOS ANTICIPADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA: ENFOQUE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Nubia Constanza Bonilla Palomino	283
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL. EL CASO DE LOS JUECES DE TIERRAS. Luisa Fernanda Cano Blandón y Santiago Pardo Rodríguez	303
¿APERTURA Y CRECIMIENTO O APERTURA Y DECRECIMIENTO? ANÁLISIS DE LA DISCUSIÓN ENTRE ECONOMISTAS Y ABOGADOS SOBRE LA APERTURA ECONÓMICA EN COLOMBIA (1991-2012). Stephanie Flechas Rodríguez	321
GLOSARIO	349
ÍNDICE DE MATERIAS	425

INTRODUCCIÓN

LA RESPUESTA A UNA SERIE DE INTERROGANTES

La primera pregunta del lector al iniciar la lectura de esta obra colectiva puede ser por qué es atractivo en Colombia estudiar la relación teórica y práctica de dos disciplinas, el derecho y la economía, que en apariencia tienen lenguajes, conceptos y métodos del todo diferentes. La respuesta obvia, dada por otros tiempos atrás, está en el ámbito social, que influye en los objetivos de ambas áreas del conocimiento. En esencia, el derecho y la economía buscan, por una parte, la convivencia pacífica y digna y, por otra, los recursos económicos para que se dé. Reconocemos, sin embargo, que el vínculo entre lo social, la economía y el derecho es opacado de manera constante no sólo por las complejas nociones técnicas de la economía, sino también por las múltiples herramientas jurídico-interpretativas que desdibujan la idea de justicia que debería tener el derecho. Estas problemáticas, en efecto, dificultan los análisis que esta obra realizará de diferentes áreas específicas del comportamiento social.

Nuestros activos lectores también podrían preguntarse por qué insistir en profundizar en cuestiones teóricas y prácticas de la metodología del análisis económico del derecho (AED), que fue de gran importancia para algunas tradiciones jurídicas en un momento dado, en especial para la anglosajona, pero que hoy en día ha demostrado aparentes dificultades en su aplicación tanto por la falta de entrenamiento académico de abogados y economistas como por la presunta resistencia a este tipo de métodos de países de tradición civilista, como los nuestros. Nuestra respuesta preliminar a los anteriores cuestionamientos es que esta obra busca suplir la poca doctrina existente en la materia en Colombia y demostrar que el enfoque tradicional mediante el que se entendía el AED, como sólo aplicable a jurisdicciones del *common law*, se supera al reconocerse que el precedente judicial no es el único ámbito en el que se podría aplicar el análisis económico como instrumento de predicción. En efecto, el método es ahora muy usado por la corriente civilista. Además, algunas jurisdicciones del *common law* se han vuelto cada vez más *legisladas*, sin que esto impida que apliquen el AED.

En este libro se demostrará la importancia de este conjunto de herramientas interdisciplinarias para el aplicador jurídico o intérprete, para el diseñador de políticas públicas, en la creación de normas jurídicas en instancias legislativas o ejecutivas, y para la solución de conflictos derivados de los diálogos de los actores del derecho, en sede administrativa o judicial.

El libro tendrá la siguiente estructura. En la primera parte, se esbozarán los aspectos teóricos generales del AED. Se describirá su evolución, las posibles aplicaciones y los principales teoremas, planteamientos y conceptos. En la segunda parte, la academia jurídica uniandina disertará sobre diferentes tópicos del AED. Desde la economía, se estudiarán temas jurídicos propios de los mercados, como la tributación (p. ej., la tributación indirecta y la regresividad, el arancel judicial y sus manifestaciones, los acuerdos anticipados de precios de transferencia y la tributación medioambiental) y el comercio exterior (p. ej., la apertura económica y sus implicaciones). También se analizarán temas novedosos relacionados con el derecho societario (p. ej., la toma de decisiones en grupos empresariales), los procedimientos arbitrales (p. ej., las soluciones óptimas a controversias jurídicas de inversión extranjera), el derecho contractual (p. ej., la oferta y la aceptación), el derecho penal (p. ej., las reformas al sistema penal colombiano y la detención preventiva) y la actividad judicial en general (p. ej., el caso de los jueces de tierras), entre otros en los que este método de análisis tiene cabida. Un glosario al final de la obra servirá de instrumento pedagógico para la futura enseñanza y aprehensión del AED.

Esperamos que este texto enriquezca el debate y contribuya a un mejor diálogo entre el derecho y la economía.

PARTE TEÓRICA

HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ*

*A mi padre, por animarme y apoyarme en el estudio del derecho y la economía.
Sin él, no lo habría logrado.*

I. LA NECESARIA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

Decíamos en la introducción de esta obra que *lo social*, es decir, lo perteneciente o relativo a la sociedad¹, es el ámbito de relación entre el derecho y la economía. Ambas disciplinas se aproximan a la realidad mediante metodologías y conceptos propios, intentando encontrar respuestas a preguntas problemáticas y de urgente solución. La interrelación de los conceptos jurídicos y económicos es necesaria para encontrar solución a estas preguntas. Muchos tratadistas han encontrado que este vínculo se da en doble vía. Para Cooter y Ulen, por una parte, muchos conceptos económicos han sido asimilados por el derecho (p. ej., incentivos, costos de oportunidad, aversión al riesgo, costos de transacción, dilema del prisionero y teoría de juegos) y, por otra, muchas nociones jurídicas son de ineludible comprensión para algunas reflexiones económicas (p. ej., derechos de propiedad y contratos)². Por lo anterior, uno de los principales objetivos de la parte teórica de esta obra es identificar cuáles son las nociones básicas, jurídicas y económicas, para quien desee realizar un análisis económico del derecho (AED) o entender aspectos jurídicos en estudios económicos, pues partimos de que la economía no es sólo útil para el abogado, sino que también el derecho lo es para el economista. Por la naturaleza propia de la obra, en la que nos propusimos ver la utilidad y aplicabilidad del AED en Colombia, son más las nociones económicas que se estudiarán y definirán, en específico en el apartado III. Como complemento, al final de la obra encontrará el lector un extenso glosario que hemos construido. En el apartado II, los economistas encontrarán una primera aproximación a cómo reflexionan los abogados en Colombia.

* Abogada, economista y magíster en economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesora asociada de la Universidad de los Andes.

1 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22.^a ed., s. v. "Social". Consultado el 7 de octubre del 2013 en <http://lema.rae.es/drae/?val=social>.

2 Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 13-16.

Con respecto a la relación entre derecho y economía, compartimos las ideas de Stigler, para quien la filosofía del AED debe proveer a los abogados experticia económica en los puntos requeridos, así como proporcionar a los economistas conocimientos relacionados con la fuente, la estructura y la evolución del sistema legal, donde “los elementos del razonamiento económico no necesariamente son más rigurosos o válidos sólo por estar declarados en las palabras y los símbolos de un economista de formación: un ensayo económico muy formal puede ser insípido, mientras que un argumento verbal simple puede ser esclarecedor”³.

George A. Hay propone dos estrategias para evitar que el AED use en exceso fórmulas matemáticas comprensibles sólo para un público reducido: simplicidad en la manera de presentar los análisis y sofisticación técnica en donde en verdad se requiera⁴. Con respecto a la simplicidad, Calabresi señala la necesidad de introducir el método reduccionista, que impediría la mala recepción de las teorías económicas en los cursos de derecho, a través de un lenguaje de fácil entendimiento en aquellos problemas legales “donde los intercambios simples se presentan”⁵. Para Calabresi, el consumidor no se siente cómodo ni con las complejidades lingüísticas del abogado ni con las del economista, por esto se hace indispensable la simplificación⁶.

Esperamos que siguiendo las anteriores premisas nos acerquemos cada vez más a una mejor comprensión de la relación entre estas dos importantes áreas del conocimiento.

II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

A. El concepto

En general, el AED es la aplicación de conceptos y métodos de la economía en el estudio del derecho⁷. Para Horwitz (citado en Morales, 2011), el derecho se

3 George J. Stigler. “Law or Economics”. *The Journal of Law and Economics* 35, 1992, p. 463. Consultado el 24 de octubre del 2013 en www.heinonline.org.

4 George A. Hay. “The Present and Future of Law and Economics”. 22.º *Cornell Law Forum Faculty*, 1996, pp. 7-8. Consultado el 24 de octubre del 2013 en www.heinonline.org.

5 Guido Calabresi. “Reflexiones sobre el futuro de la teoría económica en la enseñanza del derecho”. En *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 585.

6 Según Calabresi, “la mayoría de los consumidores no conoce el lenguaje de la economía”. Además, dice: “[p]ero sería absurdo pensar que conocen el lenguaje jurídico o que se sienten consolados por el hecho de que las cortes hablan en términos de derechos y algunos otros término jurídicos” (2002, p. 579).

7 Por ejemplo, Francesco Parisi. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. *European Journal of Law and Economics* 18, n.º 32, 2004, p. 2. Consultado el 9 de octubre del 2013 en <http://ssrn.com/abstract=586641>. Luis E. Amador et al. *Serie de Derecho*

vale del prestigio de la economía para ser más “objetivo, neutral y apolítico”⁸. Según otros autores, los métodos de la economía sirven al derecho, en términos sencillos, para explicar y predecir las reacciones conductuales humanas ante las normas jurídicas⁹. Por su parte, tratadistas como Roemer consideran que el ámbito por excelencia de aplicación del AED es el diseño de políticas públicas eficientes¹⁰, que para algunos, incluso, sacrifican nociones de justicia¹¹. En cuanto a la formulación y aplicación de políticas públicas de abogados y economistas, Stigler analiza los fines y medios de los dos grupos de profesionales y encuentra inconformidades con su desempeño. El autor concluye que el análisis económico puede contribuir a que las superen, más aún cuando se les ha pedido a los economistas hacer un trabajo al que están acostumbrados pero en un área más o menos nueva y a los abogados usar “una lógica económica y un conjunto de técnicas estadísticas que no son parte de su entrenamiento tradicional”¹².

El concepto del AED ha generado discusiones en torno a preguntas como: ¿cuáles áreas y métodos de la economía son útiles para poner en práctica el AED?, ¿a qué áreas y ámbitos del derecho puede aplicarse? ¿cuáles son y en qué consisten los enfoques del AED? En relación con la primera pregunta, la gran mayoría de los exponentes del AED han usado conceptos y herramientas de la microeconomía, y dentro de ésta, nociones de la economía del bienestar, para estudiar fenómenos jurídicos¹³. Asimismo, han hecho énfasis en el uso de métodos empíricos¹⁴ y de análisis costo-beneficio¹⁵.

Con respecto a la segunda pregunta, desde la doctrina han surgido varias cuestiones: si este método se puede usar en campos del derecho privado o público, si se puede aplicar en regulaciones jurídicas de situaciones de mercado o no mercado¹⁶ y si es pertinente en tradiciones del *common law* o del derecho civil, y por ende, en algunas regiones geográficas como América Latina o Europa.

Económico 1. Casos de estudio de aplicación del Análisis Económico del Derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 11.

- 8 Carlos Morales de Setién Ravina. “Estudio Preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p. 24.
- 9 *Ibidem*, pp. 25, 60 y 61; Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 28; Andrés Roemer. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 101 y 104.
- 10 Roemer. *Op. cit.*, pp. 105-106.
- 11 Pinzón. *Op. cit.*, pp. 27 y 146.
- 12 George J. Stigler. “El análisis económico de las políticas públicas: una súplica a los académicos”. En *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 604.
- 13 *Ibidem*, pp. 28 y 152.
- 14 Parisi. *Op. cit.*, p. 2.
- 15 Pinzón. *Op. cit.*, p. 150.
- 16 *Ibidem*, p. 146.

Los alcances distributivos del derecho privado han propiciado interesantes discusiones. Algunos tratadistas consideran que la eficiencia se materializa en esta área del conocimiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad, por el cual son las partes las que acuerdan las condiciones de negociación. Desde la perspectiva de la eficiencia, el derecho privado podría ser el área idónea para usar el AED como herramienta analítica¹⁷. Mario Pinzón es de esta opinión: resalta que el derecho privado es la base de los estudios del AED, en concreto, en lo referente a los derechos de propiedad, al derecho de contratos y a la responsabilidad civil¹⁸. Esta obra, sin embargo, no excluye al AED de lo público, ya que algunas herramientas económicas pueden ayudar a resolver problemas de la relación Estado-individuo. Por su parte, Andrés Roemer ha estudiado de manera detallada la aplicación del AED en situaciones de mercado o no mercado. Al analizar el enfoque tradicional de esta metodología, al que nos referiremos más adelante, el autor considera que existen dos vertientes del AED: una que estudia los mercados explícitos y otra que explica situaciones de no mercado. En la primera vertiente estaría la utilización de la economía como ciencia que hace Smith; y en la segunda estarían los planteamientos de Bentham sobre la maximización racional del individuo en todos los campos de la vida humana, incluso en aquellos de no mercado, como el derecho penal (p. ej., el costo de la sanción penal para el potencial delincuente que depende de la severidad y la probabilidad de aplicación). Además de Bentham, según Roemer, los trabajos de Calabresi (sobre los accidentes) y los de Coase (sobre el costo social) amplían el ámbito de aplicación del AED a situaciones de no mercado¹⁹. Mario Pinzón también se ocupa de la tensión mercado-no mercado y la resuelve al afirmar que en sus inicios el AED se restringió a situaciones de mercado, en concreto, al estudio del derecho antimonopolio, y extendió su campo a situaciones de no mercado, como el derecho penal y la responsabilidad civil²⁰. La relevancia del AED en la tradición civilista es un punto de debate. En apariencia y en virtud del precedente judicial vinculante (*stare decisis*)²¹ en los países que

17 Al respecto Robert Cooter y Thomas Ulen afirman que “[e]ste libro rechaza el enfoque de la distribución en el derecho privado. Perseguir metas de redistribución es un uso excepcional del derecho privado que podrían justificar circunstancias especiales, pero que no debe ser el uso habitual del derecho privado” (2008, pp. 23-25). Son casos excepcionales, por ejemplo, la construcción de rampas en las entradas de los edificios o las políticas de responsabilidad social en las empresas.

18 Pinzón. *Op. cit.*, pp. 35-40.

19 Roemer. *Op. cit.*, pp. 5-8.

20 Pinzón. *Op. cit.*, pp. 41-42.

21 Entiéndase por *precedente judicial* las decisiones jurisprudenciales que funcionan como modelos para tomar decisiones posteriores. Existen dos clases de precedentes: los vinculantes (*stare decisis*) y los no vinculantes. En relación con los primeros, la naturaleza de las decisiones futuras de los jueces es obligatoria salvo que exista una razón convincente para no aplicar el precedente, motivación que deberá ser plasmada en el fallo modificador de la línea jurisprudencial. Por su parte, la

pertencen al derecho común, el AED es muy útil como herramienta de predicción de decisiones de la jurisprudencia. Sin embargo, diferentes perspectivas teóricas han demostrado muy bien que hoy no existe la necesaria relación entre precedente vinculante y derecho común, en la medida en que tradiciones civilistas han incorporado el *stare decisis* en muchas áreas de su jurisprudencia²². Compartimos, por lo tanto, la posición de Cossio, para quien es claro que el AED es aplicable a la familia jurídica civilista, con la aclaración de que las discusiones en ambas tradiciones serán diferentes, así como los resultados que arroja el análisis económico²³. Como en esta obra se precisará, no creemos que el AED sea sólo aplicable al ámbito judicial, sino que puede ser útil para el intérprete, el legislador, para quien formula políticas públicas y para el ejecutor normativo. Varios teóricos han evaluado la dificultad de la aplicación del AED en regiones geográficas como América Latina, de evidente tradición civilista, en comparación con Norteamérica, en donde se encuentran los orígenes del AED y que sigue la corriente del *common law*. Cossio, que llama romanista a la tradición civilista, y que analiza en específico el caso mexicano, sostiene que

tampoco puede cancelarse la posibilidad del análisis económico del derecho en los sistemas romanistas porque el derecho se considere como una cuestión puramente normativa (teoría del derecho o dogmática jurídica), dejando de lado el hecho de que hay perspectivas (sociología o política jurídica) en las que se toman en cuenta los elementos fácticos o pragmáticos de manera semejante a como lo hace el análisis económico²⁴.

[...]

[E]l análisis económico del derecho es, entonces, aplicable a cualquier tipo de “conducta jurídica”, ello con independencia del orden jurídico dentro del cual se dé²⁵.

Para Roemer, pese a que los obstáculos en la recepción del AED en países civilistas se han superado en parte²⁶, subsisten retos, como afirmar la identidad del

segunda clase de precedente, no vinculante, permite que los jueces tengan la discrecionalidad de elegir o no si emplean el raciocinio jurídico usado en decisiones anteriores (Lozano, 2013).

22 Al respecto, ver la discusión doctrinal en Eleonora Lozano (2013).

23 José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 23-59.

24 *Ibidem*, p. 270.

25 *Ibidem*, p. 271.

26 Roemer identifica dos obstáculos para la completa aceptación del AED en diferentes jurisdicciones. El primero, que es para él un malentendido, tiene ver con que los abogados consideran que la justicia nada importa a los economistas, y que los economistas, en su mayoría, piensan que la eficiencia tiene un valor nulo para los abogados. El segundo obstáculo es el lenguaje no sólo

AED en estos países y entender sus límites en la ciencia jurídica y sus usos fundamentales. También Roemer considera que la economía seguirá enriqueciendo el conocimiento al ocuparse de las normas jurídicas, si a esto se suma que cada vez más economistas se interesarán por el derecho²⁷. Por su parte, Waller, al estudiar la expansión del AED de la escuela de Chicago a diferentes jurisdicciones, sostiene que tanto el derecho americano como el europeo han sido receptivos al análisis normativo e institucional, en términos de eficiencia asignativa y de maximización de la riqueza, sobre todo en áreas del derecho antimonopolio, de protección al consumidor y de la competencia, y mucho menos en ramas como el derecho de familia y de la niñez, en las que, según el autor, también tendría cabida²⁸. Depoorter y Demot, cuando analizan la penetración del AED en Europa, presentan un panorama más tenso aunque esperanzador al final. Según estos autores, el AED ha tenido una real expansión en Estado Unidos, que en cambio en Europa ha sido muy limitada. Entre los motivos expuestos está el clima ideológico y político hostil a análisis legales distintos a los estatutarios estrictos (códigos), el limitado rol de los jueces en la creación del derecho, la ausencia de buenos estudiantes de derecho y economía, la baja calidad de la educación jurídica, la naturaleza distinta de los mercados de servicios legales y el prestigio cada vez mayor de la economía aplicada en los Estados Unidos. Sin embargo, a partir de un análisis de las publicaciones, las organizaciones de profesores, las actividades y conferencias realizadas y los empresarios de derecho y economía en Europa, Depoorter y Demot encuentran importantes avances a pesar de las múltiples dificultades institucionales, como el poco apoyo a la innovación jurídica y a la actividad interdisciplinaria en las facultades de derecho europeas²⁹. Según los autores, la integración de los mercados europeos y la mayor competitividad europea en estudios de posgrado han permitido este impulso³⁰. Desde esta posición, que compartimos, las diferencias continentales

porque gran parte de la literatura está escrita en inglés, lo que hoy resulta un problema mínimo, sino también por la prevención que tienen los abogados con respecto a las matemáticas. Esta última restricción es más difícil de superar (2008, p. 87).

27 *Ibidem*, pp. 100-102.

28 Para Waller, el AED se ha expandido como un virus. Ha tenido más recepción en áreas del derecho cuyo manejo es más centralizado (no federal) y donde existe un menor grado de coherencia y fortaleza ideológica (2009, pp. 374-375).

29 Ben Depoorter y Jef Demot. "The Cross-Atlantic Law and Economics Divide: A Dissent?". *University of Illinois Law Review*, n.º 5, 2011, pp. 1593-1606. Consultado el 21 de noviembre del 2013 en www.heinonline.org.

30 Hay un master europeo en Law & Economics en el que alrededor de noventa estudiantes culminan estudios en microeconomía, AED comparativo, AED de responsabilidad, AED de propiedad, AED contractual, entre otros. Cada vez hay más contacto entre las facultades de Derecho y las de Economía en las universidades europeas, y cada vez se ofrecen más doctorados en AED. Los graduados en estos programas trabajan en la academia, en altas posiciones del gobierno, en organismos

se disolverán y habrá una mayor expansión de estas y otras metodologías interdisciplinarias.

Con respecto a la tercera pregunta formulada unos párrafos antes, existe una extensa literatura sobre los enfoques positivo y normativo del AED. El enfoque positivo, desarrollado en detalle por la visión tradicional del AED, se usa para conocer de manera descriptiva los efectos económicos (pasados, presentes o futuros³¹) de la normativa³² y para medir su eficiencia³³. Para muchos, en su concepción más purista, este enfoque es de difícil comprensión para el abogado³⁴. Un buen ejemplo de esta perspectiva es la demostración de Hovenkamp con herramientas económicas de que una ley antimonopolio contra precios predatorios obliga a algunas empresas dominantes a cobrar precios altos e ineficientes³⁵. Roemer va más allá y afirma que los positivistas realizan sus análisis con las siguientes hipótesis: (1) las personas actúan como maximizadoras racionales de sus satisfacciones al decidir, por ejemplo, cometer o abstenerse de cometer delitos; (2) las normas crean precios implícitos para diferentes conductas. Las respuestas pueden ser analizadas de manera similar a como los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio; y (3) las normas, procedimientos e instituciones del derecho consuetudinario promueven la eficiencia³⁶.

El enfoque normativo del AED tiene como principal finalidad, luego de evaluar un conjunto de alternativas, elegir la mejor propuesta de política (materializada ojalá en una normativa) con el mejor resultado social³⁷. Según Hovenkamp, en esta perspectiva, una norma que estableciera cuotas de entrada en un mercado sería una mala política, si el mercado de fabricación nacional no es competitivo³⁸. Posner considera que la mejor solución social se basa en valores, lo que hace que el AED se distancie del tecnicismo económico y de la compleja teorización jurisprudencial, que aburren tanto a abogados como a economistas³⁹.

de investigación, en firmas multinacionales, en organizaciones públicas, entre otras importantes entidades (Depoorter y Demot, 2011, p. 1606).

31 Roemer. *Op. cit.*, p. 13; Posner *et al. Op. cit.*, p. 106; Pinzón. *Op. cit.*, p. 56.

32 Herbert Hovenkamp. "Positivism in Law & Economics". *California Law Review* 78, 1990, pp. 816-817. Consultado el 16 de octubre del 2013 en www.heinonline.org.

33 Cossío. *Op. cit.*, p. 297; Hovenkamp. *Op. cit.*, p. 821.

34 Posner *et al. Op. cit.*, p. 28.

35 Hovenkamp. *Op. cit.*, p. 821.

36 Roemer. *Op. cit.*, pp. 13-14.

37 Adecuación de la autora de varias definiciones (Roemer, 2008, p. 106; Cossío, 2008, p. 297).

38 Hovenkamp. *Op. cit.*, p. 816.

39 En sus términos, "el análisis normativo puede reducir el uso de la teoría económica y de los modelos formales económicos a un mínimo, además de poder prescindir de las a veces enrevesadas teorías jurisprudenciales sobre el derecho en la medida en que se está haciendo una

B. La evolución

Tratadistas como Mercurio y Medema⁴⁰ y, más cercanos a nosotros, Roemer⁴¹, Pinzón⁴² y Morales de Setién Ravina⁴³ han estudiado el desarrollo del AED. Todos han coincidido en que el AED tuvo sus orígenes en la escuela de Chicago, cuyos principales exponentes son Coase, Manne, Becker y Posner. Esta escuela influyó en otras, como la de New Haven, estudiada en detalle por Pinzón⁴⁴, o las de Yale y Virginia, analizadas en profundidad por Parisi⁴⁵. Autores como Waller han explicado la difusión de este método de manera didáctica al asimilarlo a un *virus* que contagió grandes áreas del derecho norteamericano y europeo⁴⁶. Un grupo de estudiosos ha analizado la evolución del AED en relación con las áreas jurídicas en las que se han aplicado técnicas económicas, mientras que otro ha profundizado en los conceptos y métodos económicos utilizados.

Para Morales de Setién Ravina, que forma parte del primer grupo, existen tres corrientes del AED. En la primera, los abogados aplican la teoría económica en áreas del comportamiento social propias del mercado tradicional de bienes y servicios, como el derecho de la competencia, el derecho tributario y el derecho

propuesta de deber ser [...]”; y más adelante señala que “el análisis normativo ha expuesto al análisis económico del derecho a las acusaciones de presentar como ciencia lo que no es sino una posición política, de desconocer el funcionamiento real del derecho y las limitaciones que la realidad impone a las propuestas normativas de ese tipo, y de arrogancia intelectual, en la que el teórico del derecho piensa que los problemas de la realidad se pueden resolver simplemente desde una posición teórica” (Posner *et al.*, 2011, pp. 27-29).

40 Nicholas Mercurio y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. EE. UU.: Princeton University Press, 2006.

41 Roemer. *Op. cit.*

42 Pinzón. *Op. cit.*

43 Carlos Morales de Setién Ravina. “Estudio Preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011.

44 Para Pinzón, Calvert Simons y Aaron fueron los pioneros del AED en la escuela de Chicago. Centrarón sus estudios en aspectos fiscales, de intervención del Estado en la economía y en políticas antimonopolio, a partir de un enfoque positivista. Por su parte, Guido Calabresi impulsó el AED en la escuela del New Haven, en esencia en áreas de la responsabilidad civil. Usó la economía para diseñar la estructura legal deseable, es decir, la diseñó desde una perspectiva normativa. Pinzón considera que la escuela de Chicago se inclina hacia la eficiencia, mientras que la del New Haven hacia la equidad (Pinzón, 2010, pp. 45-57).

45 Parisi ubica la escuela tradicional o de Chicago en el enfoque positivista, mientras que a la de Yale en el normativo. La primera enfatiza en la eficiencia como factor predominante que moldea las normas, en tanto la segunda centra la atención en cuestiones distributivas. Este autor también recalca el importantísimo rol que desempeña el enfoque funcional de la escuela de Virginia. Mediante este enfoque se identifican las fallas políticas en la formación del derecho. Deja, además, que los individuos actúen en la creación y selección de las normas jurídicas en los mercados. En la actualidad, a este se le denominada *escuela de la elección pública* (Parisi, 2004, pp. 18-19).

46 Waller usa la metáfora del virus para mostrar cómo el AED de la escuela de Chicago ha penetrado en diferentes áreas del derecho así como también ha sido rechazado por otras. Presenta, además, unas hipótesis explicativas de estos fenómenos (2009).

de los servicios públicos⁴⁷. En la segunda, el ámbito de acción se extiende a áreas de no mercado, como el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, el derecho penal y el derecho administrativo⁴⁸. En la tercer corriente, se incorporan teorías que distan del paradigma clásico que explica la injerencia del derecho en el comportamiento humano, como el neoinstitucionalismo o la economía conductual⁴⁹.

En el segundo grupo, que sigue los lineamientos de Mercurio y Medema, hay cuatro perspectivas del AED: la tradicional, la neoinstitucional, la de elección pública y la crítica jurídica. En la perspectiva tradicional, propuesta por la escuela de Chicago, las personas actúan bajo el criterio de racionalidad y buscan la maximización de su propio interés económico, según Roemer. Las normas jurídicas son precios implícitos que actúan como incentivos y determinan la conducta individual de manera similar a como responden los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio. En la perspectiva tradicional, en virtud del precedente judicial, las normas, los procedimientos y las instituciones del derecho común o consuetudinario promueven la eficiencia, que puede ser entendida a partir de los planteamientos de Pareto o de Kaldor-Hicks⁵⁰. Otros autores, como Mercurio y Medema, consideran que para esta escuela son fundamentales los desarrollos y las aplicaciones prácticas de la teoría microeconómica de los mercados, en general, y de los monopolios, en particular⁵¹. Según Aron, Moulton y Owens, la *eficiencia* es el concepto líder de este enfoque, en el que, por lo tanto, hay cierto desdén por la intervención estatal y el derecho⁵². Este último se considera un “mero suplemento del mercado: un vehículo necesario pero menor para perfeccionar las soluciones de mercado”⁵³. Este postulado ha sido muy criticado, pues para muchos el enfoque tradicional ha idealizado el mercado y ha desconocido una importante área de relación del derecho y la economía: la intervención estatal. Asimismo, la racionalidad ilimitada e individualista del enfoque tradicional ha sido cuestionada. Como muy bien lo define Posner, algunas personas al actuar analizan las posibles reacciones de otros, en sus términos, usan la hiperracionalidad, logrando de esa

47 *Ibidem*, p.17.

48 *Ibidem*, p. 18.

49 *Ibidem*, p. 18.

50 Roemer. *Op. cit.*, pp. 5-40.

51 Mercurio y Medema. *Op. cit.*, pp. 94-155.

52 Nan Aron, Barbara Moulton y Chris Owens. “Economics, Academia, and Corporate Money in America: The ‘Law and Economics’ Movement”. *Antitrust Law & Economics Review* 24, 1993, pp. 27-42. Consultado el 26 de noviembre del 2013 en www.heimonline.org. Este artículo resulta muy interesante para comprender la evolución de la escuela de Chicago, sus centros de investigación (p. ej., el de Henry Manne), sus financiadores (p. ej., William Simon, presidente de la Olin Foundation), su recepción en universidades de élite (como Yale, Harvard, Chicago y Stanford) y sus debilidades.

53 *Ibidem*, p. 30.

manera evadir la ley y volverla ineficaz. Los comportamientos estratégicos racionales son estudiados por la teoría de juegos⁵⁴, disciplina económica útil para el AED en campos como el litigioso, para estimar probabilidades de éxito, cuantías monetarias en discusión y actuaciones futuras, dadas las similitudes fácticas en los procesos judiciales⁵⁵.

Diagrama 1. Conceptos económicos de la perspectiva tradicional



Fuente: Elaboración propia.

Klein define la perspectiva neoinstitucional del AED o nueva economía institucional, propuesta por Williamson, Coase y North, como un análisis interdisciplinario que relaciona la economía, el derecho, la teoría de la organización, la ciencia política, la sociología y la antropología, para comprender el nacimiento, los objetivos, la evolución y las eventuales reformas de las instituciones⁵⁶. Roemer, por su parte, señala que el objeto de estudio del neoinstitucionalismo es el examen sistemático de la relación entre las instituciones jurídicas de signi-

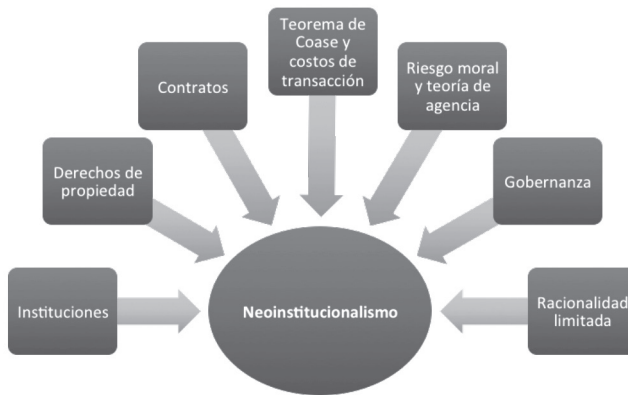
54 Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007, pp. 52-53.

55 Para Robert Cooter y Ulen, “[l]a resolución de disputas legales tiene un valor monetario; por ejemplo, que el demandado debe pagar los daños compensatorios o que el demandado debe desistir de cierta actividad. El valor monetario en cuestión es la ‘apuesta’ en disputa. La decisión de una disputa legal implica casi siempre la asignación de la apuesta entre las partes. La decisión acerca de qué porción de la apuesta obtiene cada una de las partes genera incentivos para el comportamiento futuro, no sólo de las partes de una disputa en particular, sino de todos los demás que se encuentren en una situación similar” (2008, p. 22).

56 Peter G. Klein. *New Institutional Economics*. EE. UU: University of Georgia, Department of Economics, 1998, p. 1. Consultado el 26 de noviembre del 2013 en <http://ssrn.com/abstract=115811>.

ficación económica, como los derechos de propiedad, los contratos y los costos de transacción, explicados a través del teorema de Coase. El estudio de esta relación es fundamental para el diseño de políticas públicas⁵⁷. También son esenciales los conceptos del riesgo moral, la teoría de la agencia y los relativos a la gobernanza en actores privados⁵⁸. Por su parte, Mercurio y Medema afirman que en esta corriente los individuos en su proceso de maximización de la riqueza poseen una racionalidad limitada en esencia por los derechos de propiedad y los costos de transacción, así como por la limitada capacidad computacional de la mente humana. De esta manera, en esta corriente se integran las ciencias neurológicas, la filosofía y la psicología⁵⁹. Este tipo de análisis enriquece la perspectiva tradicional y vuelve aún más interdisciplinaria la comprensión del comportamiento humano.

Diagrama 2. Conceptos económicos, jurídicos y organizacionales del enfoque neoinstitucional



Fuente: Elaboración propia.

La teoría del AED de la elección pública, expuesta por Buchanan y Tullok, usa herramientas económicas para analizar la toma de decisiones públicas por tradición estudiadas por la ciencia política. Esta teoría es una respuesta a la incapacidad de esta última de reaccionar ante las fallas del Estado cuando interviene la economía. Así, las teorías del Estado, las reglas de votación, el comporta-

57 Roemer. *Op. cit.*, pp. 5-40.

58 Klein. *Op. cit.*, pp. 1-47.

59 Mercurio y Medema. *Op. cit.*, pp. 241-283.

miento de los votantes en las elecciones, las formas de actuación de los partidos políticos en campaña y al ejercer el poder y los procesos legislativos y regulativos son aspectos analizados con instrumentos económicos, en específico con instrumentos microeconómicos, como la paradoja de Arrow, los comportamientos racionales, egoístas y maximizadores de utilidad de los actores (*homo economicus*) en la búsqueda de rentas, en un escenario de intercambios (*catalaxis*), así como el papel de los grupos de poder en la acción legislativa, las reglas de votación (p. ej., consenso unánime, mayoría, mayoría simple) y el teorema del votante mediano⁶⁰.

Diagrama 3. Conceptos económicos del enfoque de la elección pública



Fuente: Elaboración propia.

La crítica jurídica surge como reacción a los anteriores enfoques. Sus principales exponentes son Abel, Gertner, Heller, Kennedy, Rosenblatt, Trubek, Tushnet y Fiss, de la Universidad de Yale, y Bellow, Klare, Kelman y Stone, de la Universidad de Harvard. Busca de manera práctica y real, por lo tanto, menos teórica, resolver tensiones y conflictos normales dados en un escenario inevitable de contradicciones sociales⁶¹. Para lograrlo, esta perspectiva entiende el comportamiento racional en relación con la ideología política subyacente, desplaza el aparato judicial a lo distributivo, por oposición a lo asignativo, elimina de la

60 *Ibidem*, p. 156; Roemer. *Op. cit.*, pp. 55-58.

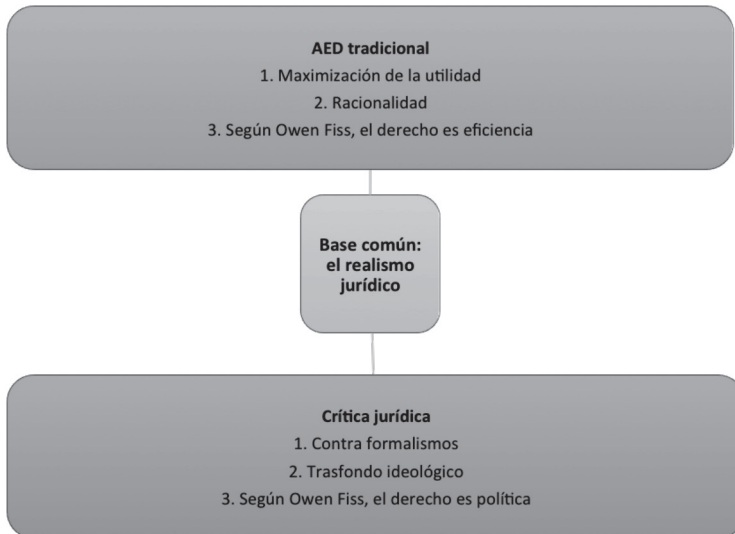
61 Roemer. *Op. cit.*, pp. 73-83.

enseñanza y de la práctica del derecho el excesivo formalismo y legalismo, que lo vuelve opresor de los débiles y proclive a la estructura de clases, y estudia los conflictos sociales a partir de la teoría jurídica, el criticismo literario, el feminismo y el estructuralismo. De esta manera, el movimiento le apuesta a la comprensión del derecho a través de visiones interdisciplinarias⁶².

Owen Wiss resume muy bien las diferencias entre este enfoque y el tradicional. Mientras que para el AED tradicional el derecho es eficiencia, para la crítica jurídica es política⁶³. Sin embargo, esta no se aleja del todo del enfoque tradicional, pues en últimas ambos tienen como base común el realismo jurídico, que, según Roemer, busca la reivindicación de la necesaria legislación social y combatir la legislación en exceso formalista⁶⁴.

Es claro el distanciamiento, como Roemer lo reconoce, de esta joven escuela de lo *económico* en sentido estricto, para entender lo social, ampliando su comprensión a partir de otras áreas del conocimiento, así como es evidente su oposición a los formalismos jurídicos.

Diagrama 4. Similitudes y diferencias entre el AED tradicional y la crítica jurídica



Fuente: Elaboración propia.

62 *Ibidem*, p. 78 y ss.

63 *Ibidem*, p. 78.

64 *Ibidem*, pp. 81-82.

III. EL DISCURSO JURÍDICO

Por lo general, las monografías sobre AED han intentado resumir las principales características del discurso jurídico a los economistas. Es así como Cooter y Ulen, en “Introducción al derecho y las instituciones legales”, reconocen que los economistas tienen una ventaja frente a los abogados, pues al parecer a los primeros les resulta más fácil comprender el derecho que a los segundos la economía⁶⁵. Esta afirmación es sólo en parte cierta, sobre todo por la cada vez más extendida presencia de los tecnicismos matemáticos en la economía. Sin embargo, no podemos desconocer las particularidades hermenéuticas o de interpretación del conocimiento jurídico, así como la maleabilidad del lenguaje que puede dificultar la comprensión del economista.

Para Cooter y Ulen, una aproximación básica al derecho, centrada en la tradición norteamericana, debe estudiar las diferencias existentes entre las tradiciones civilistas y del *common law*, ahondar en las instituciones del sistema judicial federal y estatal de los Estados Unidos y explicar la naturaleza de una disputa legal, así como la evolución de las reglas legales a través de la casuística jurídica⁶⁶. Para Cossio, en el capítulo intitulado “Determinación y estudio del derecho”, es fundamental hacer una precisión conceptual entre lo que se comprende por *teoría del derecho* y *dogmática jurídica*. En la primera, el derecho se identifica y se comprende, mientras que en la segunda se explican los diversos contenidos de lo que se considera derecho. Para lograr la anterior distinción, Cossio parte de la obra clásica de Kelsen, *Teoría pura del derecho*, y pasa por temas tan profundos como el deber ser y el ser, la significación de las conductas, las normas, los sistemas normativos y el orden jurídico, el derecho y la coacción, la estructura de los órdenes jurídicos, la individualización e interpretación del derecho y la creación y el estudio del derecho⁶⁷.

Para efectos de esta obra, consideramos fundamental que el economista que se aproxime al derecho colombiano comprenda la tradición jurídica a la que pertenece, el sistema de fuentes que lo rige y su método y, de manera muy general, el ordenamiento jurídico vigente por áreas del derecho. Estos temas se tratarán a continuación.

65 Cooter y Ulen. *Op. cit.*, p. 92.

66 *Ibidem*, pp. 92-112.

67 Cossio. *Op. cit.*, pp. 21-59.

A. Tradición jurídica

Nuestra hipótesis preliminar es que Colombia y, en general, los países latinoamericanos pertenecen a la tradición romano-germánica o civilista. Lo anterior significa que nuestro sistema normativo tuvo una fuerte influencia del Código Civil francés o napoleónico de 1804. Para el profesor Álvarez-Correa, los preceptos fundamentales de este código son “la protección de la propiedad privada, y la autonomía de la voluntad (esto es, el derecho a contratar libremente)”. Según él, esto es coherente con la filosofía económica del liberalismo o capitalismo en boga en ese momento⁶⁸.

Existen obras en la literatura jurídica que en el *arte* de comparar legislaciones, lo que denominamos los abogados *derecho comparado*, dedican capítulos a las familias legales en el mundo, intentando superar las dificultades clasificatorias para una cabal comprensión. Es el caso de la monografía de Zweigert y Kötz. Según estos autores, al momento de definir el sistema legal al que pertenece un país y, en concreto, para establecer su estilo legal, deben tenerse en cuenta los siguientes factores: (1) los antecedentes históricos y su desarrollo, (2) el modo característico y predominante del pensamiento en aspectos legales, (3) algunas instituciones distintivas, (4) el sistema de fuentes y su uso y (5) la ideología⁶⁹.

En relación con los antecedentes históricos, existe un grupo de países (Reino Unido y los países donde se expandió el Imperio británico en África, Asia, Norteamérica y Oceanía) que siguen la corriente por tradición denominada del *common law* o derecho anglosajón. En este, el derecho se basa en el análisis de sentencias judiciales (jurisprudencia) y en las interpretaciones que estas hacen de las leyes. Para Álvarez-Correa, dos son las fuentes de esta tradición jurídica: las decisiones de los jueces (jurisprudencia) y la legislación. Con respecto a las primeras, el autor dice que “los jueces del *common law* están obligados a seguir el precedente judicial, esto es, aplicar a un caso análogo una solución ya dada por un tribunal”. De la legislación, afirma que “cobra mayor importancia de día en día, organiza campos técnicos, pero también da las pautas para la uniformización del derecho a gran escala”⁷⁰. Los países que adoptaron el Código Civil francés en Europa (Francia, España, Portugal, Alemania, Austria y Suiza) y en Suramérica han sido clasificados en la corriente romano-germánica. Más

68 Eduardo Álvarez-Correa. *Curso de introducción al derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1980, p. 84.

69 Konrad Zweigert y Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press. New York: Oxford University Press, 1992, pp. 63-73.

70 Álvarez-Correa. *Op. cit.*, p. 88.

cercanos a esta última corriente que a la del *common law* están las jurisdicciones de la familia jurídica nórdica⁷¹.

Zeigert y Kötz distinguen entre el modo distintivo del pensamiento jurídico del *common law* y el del resto de tradiciones jurídicas (romano-germánicas y nórdicas). El primero tiene como fundamento de su mentalidad y desarrollo jurídico el estudio empírico, caso a caso. Las otras corrientes usan el método deductivo basado en ideas fijas para la elaboración de reglas y su sistematización. Dicen estos autores que para estudiar este factor resulta indispensable hacer uso de la sociología jurídica⁷².

Cada tradición jurídica tiene algunas instituciones legales especiales. Zeigert y Kötz identifican, por ejemplo, el derecho de responsabilidad extracontractual (*torts*), el concepto de agencia, el derecho de contratos (*contracts*), el derecho de propiedad y el derecho probatorio como instituciones clave del *common law*. En la familia romanística, los conceptos fundamentales son los de *cause* (motivo), *actio in rem verso* (enriquecimiento sin causa) y *negotiorum gestio* (gestor de negocios). Para la germánica, son importantes las cláusulas generales para la evolución del derecho de los jueces, la doctrina del contrato abstracto real, la responsabilidad de la *culpa in contrahendo* (falta de diligencia al celebrar contrato), entre otras⁷³.

Con respecto a las fuentes de derecho y su interpretación, por tradición se ha dado una enorme importancia al precedente jurisprudencial como fuente esencial del *common law* y a la construcción estatutaria (códigos, leyes) como fuente de la romano-germánica. Sin embargo, como se mencionó, hoy por hoy esa diferenciación es cada vez más irrelevante, por cuanto las jurisdicciones pertenecientes a la tradición romano-germánica consideran más a menudo que la jurisprudencia es la fuente principal de interpretación del derecho⁷⁴. Para finalizar, en lo que tiene que ver con la ideología, sea religiosa o política, que permea los sistemas económicos, Zeigert y Kötz se refieren a las familias islámica o hindú, que en el pasado han sido la base de los sistemas legales socialistas⁷⁵. Por su parte, Álvarez-Correa afirma que existen derechos religiosos, como el hindú y musulmán, que regulan principalmente a las personas, a la familia y a las sucesiones, pero también a los bienes y a las obligaciones. Según el autor, hay

71 Zeigert y Kötz. *Op. cit.*, pp. 67-69.

72 *Ibidem*, p. 70.

73 *Ibidem*, p. 71. Una explicación de estas instituciones se encuentra en los capítulos 29, 32 I, 40 II, 38 II y 37 II de esta obra.

74 *Ibidem*, p. 72.

75 *Ibidem*, p. 72.

también derechos tribales, como los que subsisten en algunas regiones africanas, a pesar de la colonización europea, consuetudinarios, es decir, basados en la costumbre, y no escritos⁷⁶.

Es importante precisar, así lo reconocen Zeigert y Kötz, que el peso otorgado a cada uno de los anteriores factores depende de las circunstancias⁷⁷. También hay que señalar que existen jurisdicciones de difícil clasificación, caso en el que debe acudir a la tradición más cercana⁷⁸.

B. Fuentes y método

En nuestro trabajo diario, los abogados nos dedicamos a *convencer* a un auditorio que, por lo general, tiene un problema jurídico por resolver. Es así como a través de un concepto jurídico respondemos las inquietudes de nuestros clientes, mediante memoriales fijamos posiciones jurídicas que pretendemos defender en un proceso y hacer prevalecer ante los jueces, a través de diversos vehículos legales intentamos facilitar los negocios de los personas y con escritos académicos (doctrina) buscamos persuadir a nuestros lectores. Para todo lo anterior, nos valemos de la interpretación de una serie de instrumentos que en la literatura jurídica se suelen denominar *fuentes del derecho*⁷⁹. De esta manera, *convencemos* al auditorio a través de una buena argumentación sustentada en la interpretación de las fuentes⁸⁰. Podría afirmarse, entonces, que si el método, en general, es “el modo de decir y hacer con orden”⁸¹, el método en el derecho sería la argumentación jurídica que se realiza mediante la interpretación de las fuentes⁸².

76 Álvarez-Correa. *Op. cit.*, p. 88.

77 Por ejemplo, “la ideología es efectiva para distinguir entre sistemas religiosos, pero no nos sirve para separar familias legales de occidente”. También “las fuentes del derecho sirven como aspecto distintivo del derecho islámico e hindú y puede ayudarnos a dividir el *common law* de las familias de derecho continental, pero no lo podemos usar como base para distinguir entre las familias germánicas, nórdicas o romanísticas” (Zweigert y Kötz, 1992, p. 72).

78 Es el caso de los sistemas híbridos como Grecia, Louisiana, Quebec, Scotland, Suráfrica, Filipinas, Puerto Rico, entre otros. Zweigert y Kötz los analizan en los capítulos 2 IV, 8 VII, 14 VI y 16 VI de su obra citada.

79 Al respecto, véase Álvarez-Correa. *Op. cit.*; Marco Gerardo Monroy Cabra. *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis, 2003, pp. 128-139; Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997, pp. 63-97; Enrique R. Aftalión y José Vilanova. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, pp. 441-643; Christian Larroumet. *Introducción al estudio del derecho privado*. Bogotá: Económica y Legis, 2006, pp. 117-143.

80 Estos conceptos se desarrollan en detalle en Eleonora Lozano Rodríguez y Camilo Mendoza Rozo. “Hermenéutica tributaria”. En *Fundamentos de la tributación*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2008, pp. 43-75.

81 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22.^a ed., s. v. “Método”. Consultado el 16 de enero del 2014 en <http://lema.rae.es/drae/?val=m%C3%A9todo>.

82 Muy cercano a este discurso se encuentra Diego López Medina, para quien la solución de problemas jurídicos requiere de la presentación y la sustentación de argumentos, materializados en lo que él denomina un *ensayo jurídico*. Para este tratadista, las afirmaciones que se hagan como parte de la argumentación jurídica se deben sustentar en fuentes jurídicas vigentes. De esta manera,