

# Postconvencionales

No. 7-8, julio 2014, pp. 226-229  
Escuela de Estudios Políticos y Administrativos  
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA

Reseña de:

♣ Barragán, Julia; Torres, Manuel; y Lara, Nelson.  
(Comps.) (2010). *Uso estratégico del derecho*.  
Caracas: VELEA, 259 págs.

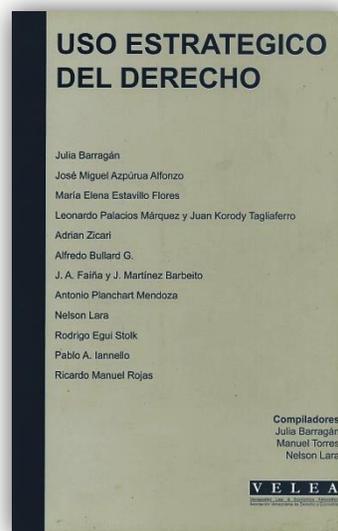
## De la ley como “juego” dinámico

Simón Hernández Henríquez

Escuela de Estudios Políticos y Administrativos  
Universidad Central de Venezuela

Este es un texto de gran interés para los estudiosos de la Teoría de la Decisión, pues si bien determinar qué es lo conforme a derecho suele ser visto como una cuestión de pura lógica o de mera aplicación, la realidad es mucho más compleja e implica, entre otras cosas, prestar atención al Análisis Económico del Derecho, o al uso “estratégico” del derecho. Este no es un tópico de investigación del todo nuevo, pues aparece ya a finales de los años cincuenta, con la fundación del *Journal of Law and Economics*<sup>1</sup>, donde artículos como los de Ronald H. Coase y Aaron Director, establecieron las bases de la materia; pero sin duda es un tópico de creciente importancia.

Así pues, el Análisis Económico del Derecho se estructura como la interrelación entre las teorías jurídicas y la teoría económica, es decir, la vinculación de los métodos económicos con los efectos de las instituciones y leyes, lo que podemos entender como el estudio de “la economía de la regulación jurídica de actividades de no mercado”<sup>2</sup>, o lo que sería lo mismo, visualizar los costos que tendría sobre los implicados la aplicación de un instrumento legal.



<sup>1</sup> *The Journal of Law and Economics* y *The Journal of Law, Economics and Organizations*, están entre las revistas referidas a esta materia y más reconocidas actualmente.

<sup>2</sup> Lara, Nelson (1997). *El impuesto como incentivo*. Ponencia ganadora en el III Congreso de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Análisis Económico del Derecho.

Volviendo al texto reseñado, el mismo se divide en tres partes, antecedidas por una Presentación, a cargo de la profesora Julia Barragán. En esa sección introductoria, entre otras cosas, Barragán nos advierte que:

Tanto en el momento de elaboración de las normas como en el de la producción de la solución normativa a un problema específico, el uso del derecho como herramienta estratégica es tan poderoso que está dejando de ser una opción más para convertirse en una verdadera exigencia (p. 10).

Agregando más adelante, que en lugar de sucumbir a la tentación de ofrecer respuestas simplistas a problemas complejos, esta perspectiva considera al derecho como una forma de juego estratégico —dinámico e infinito—, “en el que las partes, incluida la autoridad normativa, tienen la obligación de estar en buena forma y deben actuar conforme a las reglas de la decisión racional en un entorno de juego” (p. 12).

En la Parte I, referida a la “Regulación”, se discute la concreción teórica de esta línea de investigación en el campo de las transacciones impositivas en diferentes ámbitos regulables y cómo pueden generarse mecanismos de incentivos sobre los individuos para generar una estructura conductual deseable y aceptable socialmente. En esta parte José Miguel Aspúrua presenta el texto *Estrategias transaccionales en la actividad regulatoria: las redes políticas*, donde discute los supuestos del análisis de las redes políticas y cómo participan, en contraposición con la actividad regulatoria y su importancia para el entendimiento de los procesos políticos. Le sigue María Elena Estavillo, desde México, con *Los consumidores en el juego de la regulación*, donde plantea, desde la teoría de la elección pública, el problema de cómo congeniar los intereses públicos y los privados, y el contraste entre el ámbito de la regulación y los tomadores de decisiones públicas, como los legisladores o los gobernantes, para colocar el acento en el nuevo marco institucional y la necesidad de generar los equilibrios suficientes en pro del interés público.

En *La imposición como instrumento de regulación e intervención del estado*, Leonardo Palacios y Juan Korody discuten las medidas impositivas que recaen sobre el ciudadano en forma de tributos y desarrollan un perfil de la política fiscal que permitiría una óptima capacidad contributiva y una adecuada orientación de las políticas públicas, al momento de detentar y ejercer el Poder Tributario. Continúa Adrián Zicari, desde Francia, con *Barajar y dar de nuevo. El debate por las nuevas reglas en los mercados financieros internacionales*. Texto en el que considera el mercado global partiendo desde la crisis financiera internacional de 2007 y sus vastas y diversas repercusiones. En particular, Zicario ahonda sobre la regulación y la autorregulación del mercado y de los agentes económicos, vinculándolos con los criterios éticos y sus riesgos para establecer los mecanismos impositivos, e invitándonos a cuestionar qué aprendimos de la crisis afrontada por la sociedad global.

La Parte II, referida a la “Negociación”, trata de una de las áreas en que más se aplica el Análisis Económico del Derecho. La inicia Alfredo Bullard, desde Perú, con el texto *Comprando justicia. ¿Genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?* Allí reflexiona sobre las estructuras de incentivos que se generan alrededor de los tribunales, cuestiona la falacia de que el mercado no puede generar bienes públicos, y

explica por qué el arbitraje de conflictos comerciales está derrotando ampliamente, en términos de predictibilidad, a los sistemas ordinarios de administración de justicia. Luego J. A. Faña y J. Martínez Barbeito, desde España, nos presentan *Balance óptimo de intereses en conflicto: el razonamiento marginal como técnica para la resolución de casos*. Allí consideran las relaciones entre economía y derecho, subrayando su valor cognitivo como herramienta práctica para alcanzar la solución de casos, y lograr, vía las herramientas matemáticas de la microeconomía, clarificar la responsabilidad de los agentes involucrados. Todo ello, a la luz de ejemplos jurídicos de alto impacto público.

Seguidamente encontramos *Algunas reflexiones en torno a los problemas actuales para la adecuada resolución de conflictos tributarios en Venezuela*, de Antonio Planchart Mendoza. Este aporte versa sobre la problemática de los tributos como medida impositiva en la sociedad y los litigios que se generan al respecto de su marco normativo. El propósito es ofrecer una visión panorámica de los problemas entre el sistema tributario y el ciudadano a fin de promover las transformaciones institucionales necesarias para lograr un “equilibrio en la relación, tanto sustantiva como procesal, entre la Administración Tributaria y los ciudadanos” (p. 160). Finalizando esta Parte, el profesor Nelson Lara nos plantea un llamativo artículo titulado *La No certidumbre en las políticas públicas* en el que nos explica las condiciones de incertidumbre y riesgo al momento de decidir en el ámbito público, en marcado contraste con la visión lineal de muchas de las teorías de las políticas públicas. Para ello el catedrático destaca las condiciones de No certidumbre valiéndose de diversas medios, que incluyen una analogía con el “Juego de la Guama”, la Teoría de Referencia Prospectiva de Viscusi, y la aproximación “horizontal” a las instituciones y reglas. Todo ello con miras a una mejor comprensión política de las estrategias y tácticas cambiantes de los actores individuales y colectivos, y a diseños institucionales capaces de promover la cooperación eficazmente.

Finalmente, la Parte III, referida a “Casos y experiencias”, la inicia Rodrigo Egui Stolk, exponiendo las *Prácticas de buen gobierno corporativo. Breves referencias al sector financiero*. Contribución en la que argumenta por qué un buen gobierno corporativo es esencial para todo el sistema productivo y el sistema financiero global. Para ello parte de conceptualizar y caracterizar lo que denomina como “gobierno corporativo” y para ubicarnos, se pasea por los antecedentes de este, así como su evolución y desarrollo durante los últimos treinta años, destacando las principales normativas al respecto desde principios de los años noventa hasta el 2006. Resalta la relación del gobierno corporativo con el sector financiero y recalca brevemente el caso venezolano desde los aportes normativos y legales, todo ello sin dejar de lado una breve referencia a otros casos latinoamericanos. Luego, desde Argentina, nos llega el escrito titulado *Sistemas jurídicos, fuentes del derecho y la economía de la adaptación de normas*, de Pablo Iannello. Allí se nos ofrece un breve recorrido histórico de las diversas fuentes del derecho y la conformación de los sistemas jurídicos modernos, para luego profundizar en la significación de los frecuentes y complejos “transplantes legales”. Revisiones con las cuales se pone de manifiesto que “en el campo del análisis económico del derecho comparado se está transitando desde una perspectiva estática del análisis de los sistemas jurídicos a una perspectiva dinámica de los mismos” (p. 231).

Por último, Ricardo Manuel Rojas, también desde Argentina, nos presenta *La utilidad del análisis económico en la labor de fiscales y defensores penales*, donde analiza detalladamente el proceso penal visto desde la perspectiva económica para comprender sus costos y cómo reducirlos en pro del bien público. En ese sentido, Rojas subraya que los conceptos y herramientas del análisis económico pueden contribuir a generar mecanismos de negociación y cooperación dentro del sistema penal, porque “la competencia no opera fundamentalmente sobre productos, sino sobre información y conocimiento” (p. 253), y también porque de hecho, los fiscales y defensores en el proceso penal, de modo análogo a lo que sucede con los empresarios, “están siendo vistos por la teoría procesal más como inquietos ‘buscadores de oportunidades’, que como estáticos cumplidores de reglas formales” (p. 254).

Como se puede apreciar, entonces, el texto comentado resulta sumamente instructivo, tanto por el recorrido que hace a través de las categorías y conceptos más generales del Análisis Económico del Derecho, como por la atención que presta a diversos casos o aplicaciones específicas. Todo ello abordado por un elenco de destacados especialistas de diversas nacionalidades, que en conjunto nos invitan a repensar el derecho, viéndolo ya no como un cuerpo normativo que puede ser aplicado mediante reglas de derivación puramente lógica, sino más bien como un marco y un tipo de herramientas que nos permite alcanzar soluciones “con un bajo costo de transacción” (p. 9), a los más complejos conflictos de intereses individuales y colectivos.