

Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial*

Jahir A. Gutiérrez O.**

Recibido: febrero 6 de 2012

Aprobado: abril 30 de 2012

Resumen

Este artículo está dirigido a evaluar los elementos comunes y diferenciales del análisis económico del derecho y del derecho económico desde la perspectiva empresarial. La orientación ofrecida por ambos no ha superado la disquisición de fundamentos y posturas que aún no constituyen marco de aplicación para que las empresas respondan a problemáticas de corte económico-legal. El consultar las circunstancias por las cuales atraviesan ellas y los elementos que exigen superar la discusión, puede contribuir para establecer el escenario de complementariedad de ambos. Para ello, debe considerarse la simbiosis entre el derecho y la economía desde el punto de vista empresarial; el alcance de la vinculación entre el análisis económico del derecho y el derecho económico y; la aplicación de ambos sobre la empresa en calidad de sujeto empresarial. La armonización del análisis económico del derecho con el derecho económico terminaría por refundar diversas áreas del saber económico y jurídico que se limitan a identificar la empresa como unidad productiva o razón legal, concepciones que impulsan el estudio del sujeto empresarial desde la teoría de la firma y la responsabilidad.

Palabras clave: análisis económico del derecho, derecho y economía, regulación y legislación empresarial, corporativismo y seguridad jurídica.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación: "El concepto de estrategia del gerente colombiano – Cátedra empresarial CES", financiado por la Dirección de Investigaciones de la Universidad (CES) y Universidad del Rosario (Bogotá) en el período octubre de 2010 a enero de 2011, ejecutado por el grupo de investigación en Gestión Empresarial de la Facultad de Administración CES, registrado en Colciencias, y del Grupo de Perdurabilidad empresarial en las empresas (GIPE) categoría AI de la Universidad del Rosario.

** Economista de la Universidad de Medellín, Colombia, (PHD) en Administración Pública, Atlantic International University (AIU), Hawái, (USA), Magíster en Desarrollo Regional y Local, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia, Estudiante de la especialización en Sistemas de Información Geográfica (SIG), Universidad San Buenaventura, Medellín, Colombia. Docente e investigador, Facultad de Administración, Universidad CES en Medellín y Universidad del Rosario en Bogotá, Colombia, e-mail: algutierrez@ces.edu.co

Economic Analysis of Law and Economic Law According to a Corporate Review

Abstract

This article is aimed to evaluate common and differential elements of the economic analysis of law and economic law from a business perspective. The guidance offered by both has not overcome the difference of bases and positions that still do not constitute application framework to enable companies to respond to economic- legal problems. To consult the circumstances faced by them and elements demanded to overcome the situation may contribute to set the stage for their complementation. For this purpose, the symbiosis between law and economy should be considered from a business point of view; the scope of the linkage between the economic analysis of law and economic law and the application of both on the company as a business subject. The harmonization of the economic analysis of law with economic law would eventually consolidate various areas of economic and legal knowledge that are limited to identify the company as a production unit or legal reason, ideas that drive the business subject study from the theory of the firm and responsibility.

Key words: Economic analysis of law, law and economics, regulation and business law, corporatism and legal certainty.

Introducción

El análisis económico del derecho y el derecho económico están expuestos todavía a los argumentos y concepciones que establezcan el distanciamiento entre ambas vertientes. Mientras el análisis del derecho procura la calidad y eficiencia en la Administración de la Justicia el derecho económico asume que ambas premisas son intrínsecas y consagradas en la definición prescrita en la ley. No obstante, las circunstancias por las que atraviesan las empresas exigen la puesta en vigencia de un marco de complementación entre ambos para que las empresas establezcan claramente el alcance de su accionar económico-legal.

El análisis económico del derecho dota y fundamenta a la estructura jurídica para que la eficacia y la eficiencia sean propias del marco que reviste la creación de las leyes. Ha sido de poco recibo por parte de los juriconsultos, que si bien tratan la economía de manera nominal en distintas áreas del derecho, el interés que despierta a la hora de hacerla parte del discurso legal termina por encender las ya cotidianas diferencias sobre lo que puede representar el repunte de la economía sobre el derecho, circunstancia denominada imperialismo económico, apreciación carente de argumentos, frente a los reclamos por tener una justicia eficaz en todos los frentes.

El derecho económico incorpora el marco normativo y de principios que circunda las diversas actividades en donde se requiere la fundamentación legal, por cuestión de ordenamiento jurídico y de referencia a la hora de que los agentes o sectores económicos conozcan el marco legal que caracteriza la acción de las empresas. La estipulación legal desprendida del derecho económico ha alcanzado su límite, por cuanto continúan apareciendo circunstancias que no están contempladas y que son concebidas como atípicas, apreciación poco ilustrativa de la realidad que tienen al frente las empresas

que en ningún caso están prescritas o confinadas en el deber ser.

La posibilidad de que ambas posturas trabajen en llave se hace hoy más necesaria que antes. La lejanía que muestran o el desentendimiento que entre sí se reivindicán, no les ha permitido avanzar del estado de suprema antonomasia en las que de cierta manera las han radicado. Es tan importante la garantía de la eficiencia en la Administración de Justicia vía ley, cómo que esta última explícitamente busque que la sociedad se vea reflejada en las decisiones jurídicas en todos los escenarios posibles; perspectiva sobre la que urge un derecho más abierto de lo tradicional y que se pueda ubicar en el centro de la sociedad y la empresa, tal como lo estima la sociología jurídica.

La dilación a la que está sometido el análisis empresarial, desde la complementariedad del análisis económico del derecho y del derecho económico, ha impedido que se avance en temáticas trascendentales como la responsabilidad penal y la culpabilidad de las empresas ante diversas circunstancias que, si bien no implica un señalamiento, expresa el escenario de desbordamiento de los aspectos que aún no han sido tratados de manera conjunta. Es la naturaleza de la firma establecida en la estructura empresarial, la que obliga a considerar el papel del marco legal en función de la sociedad y no de esta última al servicio de las disposiciones jurídicas.

Para fines de correspondencia frente a lo considerado, el artículo está conformado por la siguiente estructura de análisis: en primer lugar, una revisión acerca de los nexos entre el derecho y la economía en los que se enfatizan los sucesos relevantes que dieron origen al derecho económico y al análisis económico del derecho. En segundo lugar, los elementos que acercan el análisis económico del derecho con el derecho económico y los aspectos que los distancian, como puntos de referencia que

deben considerarse simultáneamente. Y por último, una aproximación sobre las circunstancias en las que se apoyan las empresas desde ambos contextos.

1. *Simbiosis entre el derecho y la economía desde una perspectiva general*

La relación entre el derecho y la economía tuvo como una de sus cúspides las temáticas relacionadas con el dominio, la explotación y posesión de los bienes, sobre las que igualmente fue creada toda una serie de sustentaciones que sirvieron de fundamento para constituir la teoría del valor económico, en la que dicho campo, propio del derecho romano, pasó a sopesar la discusión en un marco más amplio desde los derechos de propiedad y la tenencia. No obstante, se preservó el concepto de que solo bastaba el fundamento jurídico para que reinara cierta armonía en lo económico. Explica Katz:

Uno de los principales objetivos del marco legal es definir los derechos de propiedad sobre los recursos que cada uno de los agentes económicos posea y que permite a éstos apropiarse del flujo neto de ingresos que se deriva de la utilización de dichos recursos, ya sean físicos o humanos. Un segundo objetivo es determinar las condiciones de entrada y el nivel de competencia que existe en cada mercado y un tercero es contribuir a la creación de nuevos mercados. Sin duda, la principal función del marco legal es la definición de los derechos de propiedad, entendiendo a éstos como las relaciones de comportamiento sancionadas legalmente, entre los agentes económicos, que surgen de la existencia de bienes y que atañen a su utilización. Es importante señalar que el término "bien", se utiliza para definir cualquier cosa (material o inmaterial) (Katz, 2001, p. 29).

La tendencia de la economía ha estado dirigida a exponer los vacíos presentados por cuenta

del marco legal a la hora de analizar y evaluar las circunstancias por las cuales atraviesan las empresas. La posición tomada por la estructura legal frente al discurso económico ha tenido entrada en el sistema *common law* de origen anglosajón, y se distancia del sistema romano-germánico que aún basa su accionar conforme a la estructura de códigos y formulación de conductas para determinar con ello la manera como deben actuar las empresas y las relaciones que entre ellas se presenten. No obstante, el escenario internacional ha obligado a su acercamiento. Analiza Rubio:

A diferencia de lo que ha ocurrido en Norteamérica, y probablemente con mayor fuerza que en otros países de tradición civilista, parece claro que en las sociedades regidas por el derecho iberoamericano la penetración del AED¹ tanto como herramienta positiva para la comprensión del derecho, o como elemento normativo para el diseño de las políticas, la doctrina legal, las discusiones legislativas, o la jurisprudencia es bastante precaria. No parece prudente, ni conducente, limitarse a argumentar que estas fallas en la aceptación del AED se explican en su totalidad por la débil formación económica de los abogados, los jueces o los legisladores. Es indudable que existen problemas de mayor calado, obstáculos de fondo a la comunicación entre juristas y economistas que vale la pena tratar de identificar (Rubio, 2007, p. 34).

Es la forma como se atiende la presencia de otra disciplina y la capacidad de diálogo que se crea entre ellas, lo que puede privilegiar algún tipo de formulación que no necesariamente agote el discurso de la una o de la otra, sino que lo enriquezca, cultivando con dicho paso la posibilidad de que el sujeto del derecho y el económico se entiendan como filamentos de una misma lanza, el sistema jurídico, que de no atender el revisionismo propuesto entre

¹ Análisis Económico del Derecho –AED–.

sí, puede dejar sin elementos de fondo para la comprensión del comportamiento legal de las empresas y de los impactos que para ellas trae al manejo económico. Argumenta Posner:

No debemos rechazar todo el análisis económico del derecho sólo porque no nos convenza la versión más agresiva de tal análisis. La versión más agresiva sostiene que la economía no sólo explica las reglas e instituciones del sistema legal, sino que también provee la guía más sensata desde el punto de vista ético para el mejoramiento del sistema. Podríamos creer que la economía explica sólo unas cuantas reglas e instituciones legales, pero que utilizarse para mejorar muchas de ellas; o que explica muchas de ellas, pero esto es lamentable porque la economía es una guía inmoral para la política legal (Posner, 2000, p. 31).

Existen documentos que deploran la presencia de la economía en la fundamentación jurídica, por cuanto lo que ha sucedido no es un hecho sobreviniente de un análisis premeditado y concienzudo del proceso, sino que ha sido el resultado del afianzamiento de una de sus escuelas de pensamiento, en el caso del análisis económico del derecho, con respecto al neo institucionalismo que combina la perspectiva institucionalista de Coase con las premisas de la economía y del mercado de Posner frente al desempeño legal. Dicha aseveración ha contribuido para que en el derecho de manera interna se genere un proceso revisionista de su estructura ortodoxa. Aporta Cossio:

Nos parece que en la medida en que sea posible lograr la ubicación metodológica del análisis económico del derecho, se terminará con muchas de las falsas y desproporcionadas expectativas que sobre él se han creado, y será posible también constituirlo como un método válido para explicar ciertos aspectos de las conductas jurídicas y para contribuir a la creación del derecho mismo (Cossio, 2002, p. 20).

Cuando es realizada alguna evaluación con respecto a los resultados que se espera del ejercicio jurídico y su operatividad, la controversia se centra en debatir que la problemática no está en el derecho sino en las perspectivas que se tienen sobre éste. Agregado a ello, el interés del derecho por ejemplarizar la Administración de Justicia como parte de una estructura de gestión, sin que esto implique impactos esperados o relevantes, mostrando con ello la calidad con que es apreciado el desempeño jurídico y el poco interés que tienen las instituciones de derecho para hacer visibles sus actos. Conceptúa de nuevo Rubio:

Las dificultades que existen para una mayor aceptación por parte de los juristas del análisis económico de los asuntos legales se puede agrupar en dos grandes categorías. Estarían en primer lugar las razones teóricas o conceptuales que impiden un acercamiento. En este sentido cabe mencionar cuestiones como las diferencias para abordar el estudio del derecho, las marcadas discrepancias en la tradición intelectual, la adopción de ciertos supuestos básicos o creencias, la preferencia de modelos rivales del comportamiento humano o la importancia relativa, para el derecho, de las decisiones judiciales y las legislativas. En segundo lugar habría dificultades a nivel de asuntos más prácticos, como los mecanismos de definición de los tópicos de interés de cada disciplina, la disponibilidad de información y, no menos importante, problemas elementales de metodología y de estilo (Rubio, 2007. p. 34).

Hasta ahora el derecho ha logrado camuflar sus derivaciones en distintos campos, sin reconocer la presencia de las demás áreas disciplinares. Sin embargo, un hecho trascendente de esta circunstancia muestra un derecho con la habilidad de evaluar el estado de la ley, pero con cierta debilidad para llevarla a la comprensión plena desde las diferentes instancias en las que está circunscripto. La temeridad con que se muestra

en general, no es complaciente con la necesidad de contar con un derecho más aguerrido y causal de los requerimientos disciplinares. Destaca Gutiérrez:

Vale la pena recalcar el hecho de que la débil aceptación de Law and Economics en países distintos a Estados Unidos ha solido ir acompañada de una desconfianza ante la propuesta generada en prejuicios más que en razones de fondo. De hecho, esa desconfianza se refiere a Law and Economics como si fuera una propuesta teórica homogénea. Es crucial, entonces, que la paulatina divulgación del análisis económico del derecho se realiza de forma tal que los distintos paradigmas y versiones existentes sean presentados en conjunto (Gutiérrez, 2001, p. 58).

En el caso empresarial, el estado de disonancia manifiesta entre las dos vertientes ubica a ésta, en permanente alerta con respecto a los requerimientos y el establecimiento que por cuenta de la estructura legal esperan contar para lograr el propósito de sus actividades o para responder frente a dificultades o problemáticas de carácter legal surgidas por su accionar. La formación temática en campos que incumben al derecho con las áreas de manejo empresarial, se convierte en una necesidad a la hora de escenificar las condiciones a las que están expuestas las empresas por cuenta del sistema jurídico. Contextualiza Gómez-Jara:

En efecto, sólo de esta manera se contará con un sistema punitivo que pueda reaccionar adecuadamente frente a la delincuencia organizativo-empresarial, adaptándose a las circunstancias del caso concreto. Se precisa de un sistema coherente que pueda integrar, por un lado, las exigencias del derecho penal moderno, y, por otro, las necesidades de respuesta jurídico-penal frente a las organizaciones empresariales. Dado que en la actualidad no se cuenta con dicho sistema, podría servir de excelente guías para configurar el futuro modelo

el completo y detallado sistema estadounidense contenido en las directrices para dictar sentencias contra organizaciones, el cual tendría que ser adaptado a la idiosincrasia normativa española (Gómez-Jara, 2011, p. 81).

Las situaciones comentadas hacen parte de la exigencia que se hace para que el derecho genere puentes de entendimiento con las demás áreas de trabajo que aparecen permanentemente en el derecho económico, una estructura que apele a la dirección de la ley para concretar los argumentos y expresiones jurídicas a las que hace lugar cualquier actividad o sector que requiere un marco de actuación en sentido legal. El derecho económico representa, para este caso, el armazón jurídico que, derivado del canon legal, ejemplifica el accionar económico. Explica Beyer:

La enseñanza de Coase para los hombres de derecho tal vez se pueda resumir, usando sus propias palabras, en lo siguiente: "Si las transacciones de mercado son no costosas, todo lo que importa (dejando de lado cuestiones de equidad) es que los derechos de las partes deben estar bien definidos y los resultados de las acciones legales deben ser fáciles de predecir. Pero (...) la situación es muy diferente si las transacciones de mercado son tan costosas que hacen muy difícil modificar el ordenamiento de derechos establecido por la ley. En tales casos, las Cortes influyen directamente en la actividad económica (Beyer, 1992, p. 20).

El proponer la evaluación sobre la cantidad, el contenido y el impacto de las leyes en cualquier temática es un llamado que aboga por una reflexión amplia sobre lo que debe o puede abarcar la estructura de cualquier sistema legal. Lo importante no es la constante promoción de nuevos marcos legales o providencias para extender aún más el debate; lo relevante, es que se pueda contar con bases jurídicas concretas en los temas consagrados y que, a su vez, se abra paso a la formulación y presentación de

leyes en donde existe claro y pleno vacío, como en los campos del arbitraje, la jurisdicción, la culpabilidad y responsabilidad directa de las empresas, y el análisis de la empresa como sujeto con responsabilidad jurídica y económica, entre otros.

2. Estructura del análisis económico del derecho y del derecho económico

Es extraño para la actualidad la tendencia de ubicar en un mismo lugar el vínculo entre el derecho y la economía, cuando gran parte de la historia da cuenta de la relación estrecha registrada por ambas, bajo la cual el derecho ha sido constituido sobre principios económicos y estos últimos han sido la sustentación del derecho mismo, estructura que caracteriza en gran medida el comportamiento de todas aquellas relaciones en las que los derechos comerciales, de herencia y/o de propiedad son propios de las partes que los generan. Aporta Anglas:

El estudio de los problemas económicos siempre ha tenido que considerar para hacer viable sus planteamientos, el ordenamiento jurídico o la norma. De igual manera, los propios juristas que se han preocupado por el contexto social o medio en el cual se aplica la norma han tenido que apreciar el fenómeno económico como una fuerza que funciona con frecuencia el accionar de los sujetos. La inevitable conexión del Derecho con la realidad social lo ha hecho derivar hacia una mayor complejidad en la que los fenómenos económicos conviven con nítida energía (Anglas, 2008, p. 12).

El papel que cumple el derecho en la economía, y en el resto de áreas sociales, consiste en facultar las diversas interacciones de los diferentes agentes y sujetos que constituyen la base en las que se fundamenta la economía, las negociaciones internacionales, la política económica e internacional entre otras. La atención se centra, en los argumentos que proveen el

derecho y la legislación para reglar y normalizar las actuaciones de los diferentes participantes en los fundamentos referidos, particularmente, los de naturaleza económica e internacional. Explica Márquez:

La relación entre la economía y el derecho como instituciones, nos lleva a desarrollar todas aquellas correlaciones entre el mercado, principal componente de la economía como institución y las normas que lo regulan. Y la relación entre el derecho como ciencia y la economía como institución pretende dar cuenta del estudio de la acción del hombre que se desarrolla en la economía como institución (en el mercado). De estas dos relaciones surge, a nuestro parecer, el derecho económico, pues se desarrolla el estudio científico de un conjunto de normas –institución jurídica– que regulan la actividad económica. Para algunos, con los que nos identificamos, todo el derecho al final de cuentas es económico, y por ello no es necesario hacer distinciones (Márquez, 2005, p. 33).

En el caso de la economía es un poco más complicado acercarse a las otras áreas sociales, debido a la discrecionalidad que a través de ella se ha querido promover, en cuanto al papel que cumple como ordenadora de las interacciones entre los diferentes agentes y sujetos en diversos campos. La opción sobre la cual se atiende la apreciación del discurso económico, la ha conducido a ubicarla a una ciencia que se atiende así misma, y que por ende, su transversalidad queda confinada a criterios de resultados poco consecuentes con la realidad humana.

Seguramente para muchos individuos la ciencia económica es una disciplina árida, sin contenido humano, envuelta en estadísticas y disfrazada por una fuerza para ilustrados. Sin embargo, uno de los objetivos de la presente obra fue mostrar que para quienes se involucran en la materia y descubren su utilidad en el campo de la vida cotidiana, la economía se convierte en un arma poderosa que

describe la conducta humana, la predice y por ello conduce a tomar mejores decisiones (Roemer, 2008, p. 495).

Ha sido la inestabilidad económica e incertidumbre política internacional en los últimos años, el escenario en el que se ha estimado la conveniencia de recuperar la orientación del derecho y la economía para afrontar temas que se habían considerado superados, como la expropiación o nacionalización. No obstante, no basta sólo un hecho infortunado para reivindicar la relación indisoluble entre ambas áreas. Es precisamente, el interés por prevenir estos hechos y otros aparecidos en el marco de los tratados internacionales, los que hoy ponen al derecho y la economía en el mismo lugar. Argumentan Rojas y Lloreda:

La solución de controversias en el ámbito del comercio internacional también evolucionó de un sistema puramente diplomático a la adjudicación judicial. Las controversias que surgieron a raíz de los primeros tratados de comercio internacional se solucionaron mediante negociaciones políticas. Luego, los acuerdos de comercio introdujeron la figura de los grupos especiales ad hoc para la solución de controversias particulares. En un comienzo, estos grupos decidían con base en consideraciones políticas, pero con el tiempo los argumentos y normas jurídicas fueron adquiriendo preponderancia sobre la política. En la actualidad, la mayoría de los acuerdos internacionales de comercio prevén la figura de los tribunales ad hoc, que deciden a partir de normas del respectivo acuerdo y que emiten recomendaciones para el cumplimiento, que deben ser adoptadas por el país demandado, so pena de ser objeto de retaliaciones económicas por parte del país demandante (Rojas & Lloreda, 2007, p. 112).

Los acuerdos y tratados, que por años han sido estimados de orden soberano, hoy hacen parte del dialogo discrecional de los agentes y sujetos que a través de ellos amplían su radio

de acción. No obstante, el alcance que podría tener la estructura jurídica y económica bajo una sola tónica, para poder responder ante cualquier requerimiento en dichos campos, aún continúa siendo materia de discusión y de estudio. De allí, temas tan comunes como el derecho internacional de las empresas o la existencia de sistemas jurídicos de arbitraje continúan por fuera de los acuerdos y tratados, pero hacen parte del análisis económico del derecho. Refrenda Márquez:

Desde hace tiempo, la idea de aplicar conceptos económicos para tener un mejor entendimiento del derecho se ha introducido como una disciplina auxiliar en el análisis jurídico contemporáneo. Esta idea ha sido desarrollada principalmente a partir de los años cincuenta del siglo pasado, especialmente en los Estados Unidos, con el nombre del análisis económico del derecho (de ahora en adelante AED) (Márquez, 2005, p. 107).

La discusión sobre el derecho empresarial internacional se ha dejado a la doctrina de los sistemas jurídicos aplicados indistintamente en los países, puesto que no ha sido contemplado como tema global, conforme a la evolución de las empresas como organización económica de derecho internacional; dado que el tema jurídico es considerado un insumo más para definir las condiciones y barreras de entrada de las empresas. Desde lo jurídico, se asumen sus actos o presencia como empresas extranjeras o negocios atípicos, siendo más apreciaciones económicas que jurídicas, debido a la movilidad y capacidad de transformación empresarial que escapa a la misma acción legal internacional. Explica Gómez-Jara:

En el presente caso se ha tenido principalmente en cuenta la doctrina alemana y estadounidense. Las razones para incorporar las reflexiones de la doctrina alemana consisten en que ésta ha proporcionado, hasta la fecha, los intentos más sólidos de fundamentar una verdadera culpabilidad de la empresa, además de la conocida influencia de

dicha disciplina en su homóloga española. Por lo que se refiere a la doctrina estadounidense, es la que ha tratado de manera más profusa la problemática que circunda esta institución. Además, constituye un punto de referencia idóneo de ciertas figuras, situadas en el marco extrapenal, que van a tener una influencia decisiva en la construcción teórica que aquí se propone -el denominado "buen ciudadano corporativo" (goodcorporatcitizen) (Gómez-Jara, 2011, pp. 53-54).

Temas como la definición del sujeto empresarial, la responsabilidad de las empresas, la obligación jurídica de las mismas o la adquisición de una canasta jurídica sólo aparecen frente alguna situación particular que las vincula, pero no hacen parte de la instrucción legal provista, por ejemplo en los códigos de comercio, para analizar la conducta empresarial internacional. Al respecto, el derecho empresarial, el económico, el de negocios, el comercial, y el de sociedades en suma, deben modificar y unificar las apreciaciones diferentes que tienen de la empresa internacional, y lo que significa ser sujeto empresa; como agente económico y legal internacional. Controvierten Mattei y Pardolesi:

En este momento, el AED se puede ver como una herramienta para estudiar el derecho en términos teóricos generales, capaz de devolver a los estudiosos del derecho a su antiguo papel de ingenieros sociales. Desde entonces, hace falta una metodología unificada que satisfaga los deseos de los estudiosos del derecho para obtener directrices culturales más amplias. Los estudiosos del derecho se han visto ensombrecidos por el aumento de prestigio de la "ley por casos" (Mattei & Pardolesi, 2000, p. 371).

La intención no es recurrir a un cuerpo teórico específico, por el contrario, se pretende mostrar el tema ampliamente, para que se construya el análisis y la estructura que se requiere para entender desde el punto de vista legal al derecho empresarial internacional. Y definir, un esquema

general de rastreo legal, que permita observar la conducta empresarial y de los empresarios de manera homogénea desde criterios jurídico-económicos consolidados. Denominaciones como el de empresas internacionales encasilladas en las estructuras multinacionales y transnacionales, suelen ahuyentar la discusión desde el AED.

Algunos filósofos del derecho observan con excesiva cautela al economista, mientras que algunos economistas lo hacen con profundas sospechas si no es que con franca indiferencia, al filósofo. Lo que no deja de llamar la atención es que en los orígenes del AED -y en alguno de sus representantes más destacados en la actualidad- lejos de existir un divorcio entre la filosofía del derecho y la economía, se asume con toda conciencia y buena dosis de humildad que su interrelación es necesaria; que existe una textura abierta de significación para términos como eficiencia, equidad, justicia, preferencias individuales, libertad, riqueza, que merece una dilucidación semántica y una seria justificación teórica; que el mismo status epistemológico del AED está aún por determinarse: ¿es una ciencia?, ¿es una ideología?, ¿es un instrumento de análisis neutral? y que debe ser tratado con el rigor necesario; en fin, que el debate sobre los límites normativos del AED -que bien podría traducirse en la polémica sobre las relaciones entre derecho y economía, por una parte, y ambos con la moral, por la otra- no solo es un tema recurrente sino, para muchos teóricos, el punto de encuentro o de ruptura entre las distintas escuelas y autores (Vásquez, 1999, pp. 159-160).

La unicidad jurídica empresarial internacional conceptual debe constituirse como principio económico y legal. Siendo necesario hacer un recuento de la realidad que suscribe a las empresas cuando provienen del derecho de sociedades, y se entremezclan con otros derechos como el comercial o empresarial. La constitución de las formas empresariales como tal no obedece

al círculo jurídico en exclusivo, por el contrario, han sido las formas de organización empresarial las que han conducido al planteamiento y revisión legal de su existencia. Aporta Mattei:

La reciente ola de hegemonía jurídica americana se puede ver más claramente, y es mucho más significativa, como un cambio en la conciencia jurídica, en vez de como un patrón para el trasplante de normas jurídicas. La recepción jurídica es una actividad sumamente creativa y no se comprenderían muy bien los trasplantes jurídicos en su naturaleza si se les enfocara únicamente como un ejercicio mecánico de importación y exportación (Mattei, 2004, p. 130).

La evaluación de la conducta empresarial y las acciones de los empresarios continúan siendo temas complicados para los sistemas jurídicos internacionales. Existen elementos que no permiten evidenciar la acción de la justicia sobre las empresas y empresarios cuando de imponer sanción se trata, hecho que evidencia que el tema aún no hace parte del contexto jurídico de manera amplia, a no ser que la situación elevada a una categoría superior de crisis o circunstancia negativa así lo obligue, como por ejemplo las crisis económicas por cuenta de los malos manejos empresariales o los daños ambientales de gran magnitud. Es decir, la empresa como tal carece de contextualización internacional en cuanto a la definición que en ley se asume de la misma de conformidad con criterios económicos y sociales en conjunto, de ahí la obligación de analizar la perspectiva jurídica y constitucional que al respecto se tiene de ella. Reitera Malem:

La capacitación del juez en el uso del lenguaje natural y técnico del derecho adquiere una importancia capital para llevar a cabo dos tareas distintas, aunque relacionadas. La primera, se vincula a la interpretación de la ley. El juez debe saber qué es lo que la ley establece. Con ese objetivo, el primer criterio que ha de seguir para interpretar un texto legal es el de su sentido literal, esto es, ha de

seguir el significado estándar o habitual de los términos y hacerlo de acuerdo con las reglas sintácticas de la lengua. El segundo se relaciona con la formulación de la sentencia. En ambas tareas el juez se comporta como lingüista en el sentido de que realiza análisis y operaciones que normalmente hacen los lingüistas, aunque muchas veces sin poseer los conocimientos lingüísticos necesarios para ello (Malem, 2008, p. 235).

Cuando los Estados aseguran condiciones jurídicas con el establecimiento de códigos o definición prescrita del derecho de los negocios internacionales, lo que están haciendo es desconocer el origen de las empresas como producto de la sociedad, pues conducen a la redefinición de aquella bajo la concepción del sujeto-empresa. A instancias de la definición de sujetos, la empresa asume el papel de agente económico para con sus similares, y profundiza dicha aseveración en cuanto a las relaciones que crea dicha figura. Hasta ahora, sólo se conoce el creciente repunte de éstas empresas y cómo los Estados atienden sus requerimientos, como una especie de contrato acomodaticio para cada una de ellas. En este contexto, se pone en jaque la realidad jurídica puesta en los derechos sociales o civiles frente a los derechos de las empresas. Poco conocido es el escenario de derecho empresarial internacional en que se mueven las organizaciones con dicho carácter. Sus acciones son consideradas aisladas por obedecer más al terreno de sus propias actuaciones.

3. Aplicación del análisis económico del derecho y del derecho económico en la estructura empresarial

La connotación de sanción y castigo aún caracteriza la relación entre la estructura legal y las actuaciones de las empresas. Los análisis sobre los costos de transacción, el análisis económico del derecho y la teoría institucional brindan las pistas necesarias para que puedan

ser incorporados e internalizados, en la gerencia empresarial, los hechos jurídicos que afectan directa e indirectamente el quehacer externo e interno de las empresas. Explica Gloria de Vivo:

Así las cosas, hemos podido tener serios indicios, por ser conservadores al hacer afirmaciones, a partir de nuestra propia experiencia y de la de otras escuelas de derecho del mundo, que la formación de los abogados de hoy se constituye en un espacio adecuado para conocer, además de la ciencia jurídica, la sociedad, la economía y la política; no sólo a partir de las ciencias que tienen estos asuntos como objeto de estudio en su carácter de tales y actuando como "auxiliares" o "complementarias" del derecho, sino en su papel de eslabones, de piezas que hacen parte de la misma entraña de la ciencia jurídica, que le dieron origen y hoy le dan sentido (Gloria de Vivo, 2010, p. IX).

El análisis económico del derecho encuentra valor en las empresas en la medida que este atiende problemáticas sujetas a los temas de derechos de propiedad y, a la postre, de la explotación de algún tipo de bien económico. También se interesa por que la Administración de Justicia sea, además de la piedra angular del derecho, el punto de partida para que este sea eficiente. En el AED todos los agentes y estamentos diferenciados en Estados, empresas o individuos pasan a ser sujetos de derecho, sobre los cuales se presta un espacio de equivalencia que permite actuar en condiciones de igualdad. Argumenta Vanossi:

Es obvio que en las soluciones controvertidas que se pueden originar en las dinámicas relaciones entre "el Derecho" y "la Economía", los casos litigiosos deben ser encarados y resueltos a nivel jurisdiccional siguiendo los mismos parámetros mencionados *ut supra*: o sea, que el árbol no impida ver el bosque, que la hojarasca no oculte la verdadera naturaleza del suelo, que el pabellón no cubra una mercadería de contrabando.

Transparencia versus ocultamiento o ficción (Vanossi, 2008, p. 56).

La perspectiva de criterios de unificación y clarificación frente a la conducta empresarial presenta algunos fenómenos que no han sido considerados. El primero, en cuanto al vínculo del contrato internacional que las empresas en sí asumen cuando realizan alguna actividad económica en otro país. Mientras, es más común que en sus países de origen se presenten llamados a la transparencia y coherencia en la contratación internacional, en los países en donde los ejecutan; pareciese que fuese normal el estado de concomitancia entre las empresas y el orden jurídico presto para las actividades económicas, de cualquier tipo de empresa, pero como correlato común a las de carácter internacional.

Los abogados, como grupo profesional, no viven en un mundo completamente separado de su contexto social. Por lo tanto, es natural que su percepción profesional sea, por lo menos en parte, el producto de la percepción social general. Los economistas han contribuido en "Derecho y Economía" por medio de una ideología de individualismo y de derechos de propiedad que es demasiado extrema y sesgada como para reflejar cualquier clase de estructura institucional de la vida real (Mattei, 2003, pp. 150-151).

El segundo fenómeno, parte de las ventajas que aparentemente son creadas desde los sistemas jurídicos como tal, para atraer a las empresas internacionales, escenario bajo el cual es asumida la existencia de cierta manera de paraísos legales. No existen sistemas jurídicos más eficientes que otros, lo que existe son estructuras institucionales que apoyan su labor para que sean consecuentes con las realidades a las que se enfrentan, pero se olvidan de la importancia de la regulación antes que de la sanción, seguido del aparente autismo para comprender desde el punto de vista jurídico las

razones que motivan la creación y acciones de las empresas internacionales. Existen fines que no son diferentes como la supervivencia en los mercados y las economías, y claro está, el fin de lucro y las ganancias.

The approach advanced by this themes suggest the international legislation, through international treaty, international custom, or reciprocal national action, of rules of perspective jurisdiction that are designed to minimize the sum of (x) transaction costs occasioned by the need to allocate and reallocate jurisdiction for greatest efficiency, and (y) deadweight losses due to the failure to allocate or reallocate jurisdiction for greatest efficiency. The analysis required by this approach would, as an initial position, seek to allocate jurisdiction to the governments whose constituents are affected by the transaction, pro rata in proportion to the relative magnitude of such effects. This allocation would eliminate deadweight losses; buy may occasion substantial transactions costs. In circumstances where transaction cost exceed the sum of transaction cost and deadweight losses resulting from one or more alternative methods of allocation, the method that minimizes such sum should be used. Of course once this initial allocation is made, governments may decide to reallocate through real locative transactions (Trachtman 1997, p. 645).

Conforme a dichos argumentos, los sistemas jurídicos deben entenderse como la estructura sobre la cual se explica el accionar institucional legal de los países; ilaciones que se presentan en uno y otro sistema para darles tono. Sin embargo, es importante dilucidar el camino en lo que concierne a la expresión de la relación que debe existir entre los sistemas. Es decir, debe haber un margen de maniobrabilidad entre ellos para que las problemáticas empresariales no sean asumidas como ajenas a otras latitudes o propias de un sistema exclusivamente. La empresa internacional entiende que por su propia cuenta puede resolver disputas sin incurrir en mayores

costos de oportunidad y consecuencias, y que por ende, le es más conveniente una justicia concedora de las circunstancias, y no una que tenga que aprehender de ello. Señala Kung:

En el tercer Foro de Dirección de Davos, en 1973, se propuso un código de comportamiento ético para la gestión de empresas, que considera como tareas de estas servir a los consumidores, a los trabajadores, al capital y a la sociedad y lograr el equilibrio de sus antagónicos intereses. Culmina con la conclusión de que la ganancia es ciertamente un medio necesario, pero no el objetivo final de toda dirección de empresa. (Kung, 1999, p. 261):

Desde el AED las diferencias inherentes a los temas de derechos de propiedad (de dominio, de explotación y real) hacen parte de los puntos argumentativos en los que se basa. A su vez, goza de una amplia reciprocidad con el derecho comparado que permite abordar ejemplos de otros casos similares a los llevados a juicio para tomar de allí marcos de referencia o caracterizaciones sobre cómo en otros escenarios han considerado los problemas base de los juicios o los tipos de soluciones a los que han llegado. Bajo estos pergaminos, el análisis económico del derecho es presto a la hora de recibir contribuciones para la concepción de un caso o la búsqueda de soluciones para el mismo. Sostiene García: "El análisis económico del derecho ha manifestado la estrecha vinculación que entre economía y derecho existe; no conduce tal vínculo necesariamente a la subordinación de este a aquella" (García, 2006, p. 317).

El AED tiene entre sus particularidades la presencia activa de economistas que hacen las veces de jueces económicos o peritos en temas de legislación económica internacional y de negocios internacionales. Su tarea consiste en mediar entre los mecanismos que expone el derecho con las condiciones económicas de los sujetos llevados a juicio o expuestos a los casos, ya sea para tomar el componente económico

como parangón de las disposiciones legales o para indicar la capacidad de impacto de las acciones legales sobre las sanciones impuestas. Considera Vanossi:

La doctrina del AED ha despertado en nuestro medio un rico intercambio de impresiones, especialmente en el ámbito del derecho privado, no obstante que sus implicancias llegan al terreno del derecho público y, aún más, al derecho penal. Adhesiones, rechazos, reservas o incondicionalidades se registran en los foros de debate y en publicaciones jurídicas (Vanossi, 2008, p. 116).

La abierta posición a evaluar completamente el ejercicio del derecho con aplicación económica es la razón que ha llevado al AED a tener detractores o abanderados de que la justicia en cualquier campo también debe apremiar elementos provenientes del discurso económico. Uno de los elementos actuales que no puede dejarse a la deriva es que la justicia no es solo un mérito del sistema legal, sino que es una identidad social, en la que todos sin excepción deben verse reflejados en las apreciaciones de la ley, pero igual, con equivalencia real. Muestra Restrepo:

En materia económica lo que se busca por dichos agentes es proveer estabilidad jurídica al desarrollo de esa actividad, y por ello presionan a los Estados para generar cambios tanto en sus políticas como en las normas jurídicas a través de las cuales ellas se instrumentan, que incorporen postulados o principios considerados de carácter global, de tal manera que haya un alto grado de certeza sobre el actuar transparente de la administración pública, así como continuidad y previsibilidad respecto de las reglas de acción (Restrepo, 2010, p. 290).

El papel que debe cumplir el AED para complementarse con el derecho económico consiste en que este pueda mostrar, en atención a las acciones justicia, los campos no observados o las salvedades obviadas por el proceso legal. De hecho, el AED se presta como variable espejo

en el cual se socializa la medida legal como un hecho de correspondencia general o social, sobre la cual también debe prevalecer un estado de justicia colectiva o, por lo menos, que las acciones ordinarias de la ley tengan aceptación o recibo de toda la sociedad. Aporta Montalvo:

Los delitos de cuello blanco dentro de los cuales encuadran los delitos económicos no dañan únicamente a la persona física o moral que sufre un menoscabo en su patrimonio, sino también va en contra del Estado y por ende del orden público económico interno y global. Otro de los factores trascendentales de la delincuencia económica para el análisis económico del derecho es que no se trata del delincuente común, estamos hablando de sujetos con capacidad y adiestramiento profesional, lo que trae aparejado la desestimación de la trascendencia social, jurídica y política de las consecuencias de realización de este tipo de delitos (Montalvo, 2010, p. 8).

El derecho económico, por su parte, dispone las reglas de juego a las que en principio son sometidos todos los participantes en cualquier tipo de actividad. Su rol consiste en garantizar la presencia de elementos de orden jurídico que permitan a los sujetos empresariales conocer a lo que se está sujeto en materia de derechos y las prerrogativas económicas expuestas en ellos para que las empresas y empresarios tengan la posibilidad de analizar sus posibilidades. Explica Tobón: "Este es otro de los temas que los abogados subestimamos, pues creemos que la identidad corporativa es para quienes venden productos y no para quienes prestan servicios legales. Gran equivocación". (Tobón, 2006, p. 181).

Los derechos existentes tienen una perspectiva conductista y funcional de la acción del empresario y de la empresa. En primer lugar, suponen que la acción del empresario y la constitución de la empresa son plenamente presumibles y evidentes, razones que sólo implican el control de lo que se constituya y figura en ella. En se-

gundo lugar, la funcionalidad permite dilucidar que las empresas se crean para la obtención y acumulación de riqueza, de ahí que se considere la acción de la empresa y del empresario como un acto libre del cual la sociedad y el sistema jurídico debe ser vigilante pero no represivo o controlador. Ambas perspectivas rezan en los diferentes sistemas jurídicos existentes, pero en realidad poco construyen en cuanto a la manera de tratar a las empresas y empresarios cuando por fallas o circunstancias premeditadas, terminan cometiendo actos en contra de la organización, pero de igual manera en contra de la sobrevivencia de las empresas. Explica Bernate:

La posibilidad de atribuir responsabilidad criminal a los entes colectivos, es un asunto cada vez más polémico al interior de la dogmática jurídico-penal y sobre el cual el acuerdo parece cada vez más remoto. Hay una realidad indiscutible, y es el papel protagónico de la empresa como principal agente económico dentro de las sociedades contemporáneas. Resulta innegable el que la sociedad puede ser un instrumento de generación de riqueza y empleo, pero también puede emplearse como la fachada para la comisión de ilícitos y beneficiarse del manto de impunidad que proporciona. Parafraseando a algún autor, mientras el delincuente clásico ocultaba su identidad y buscaba la impunidad de su acto criminal tras una máscara, el delincuente económico acude, para los mismos fines, a la persona jurídica. Así, existe acuerdo a la hora de afirmar que político-criminalmente sería lo más deseable establecer la responsabilidad de los entes colectivos como mecanismo de prevención general en contra de este tipo de delincuencia, pero la dogmática jurídico penal, tal y como la entendemos en la actualidad, no permite que ello sea posible (Bernate, 2006, p. 37).

Los últimos años han sido escandalosamente protagonizados por las acciones lesivas de las empresas y las conductas perniciosas de los empresarios. Sin embargo, las connotaciones

que han tomado dichas acciones han tenido como protagonista el hecho de que los sistemas jurídicos se hagan al margen o no tengan claridad de cómo actuar, dado que en el extremo es el Estado quien toma las decisiones finales, utilizando el sistema y la ley, como instrumentos para mediar entre el daño y la forma de resarcirlo por parte de quienes lo cometieron, sin mérito a que afecte la estabilidad jurídica y económica del país, ya sea por efectos de sanciones flexibles que conduzcan a observar poca claridad en el manejo de temas tan espinosos como las quiebras provocadas o la alteración de información o, por otro lado, mostrar severidad y contundencia que puede generar pánico y rebelión de las empresas, que a sabiendas que pudiesen presentar alguna situación similar se vean abocadas a cerrar o declararse en insostenibilidad de las mismas ante las alteraciones rígidas en la ley, creadas para contener y paliar precisamente dichos actos. Explica Fonade:

Es por lo tanto el derecho de los negocios a través de sus técnicas el que escoge o unifica, en sus relaciones de la economía con las diferentes normas jurídicas. Constituyendo un sector del Derecho Económico, la disciplina del derecho de los negocios participa también de ese espíritu jurídico nuevo. Así, en tanto que las disciplinas jurídicas tradicionales están dominadas por el carácter normativo de la norma de derecho, el derecho de los negocios en su integridad se orienta hacia una función organizadora. El derecho de los negocios no rige a las personas, sino a la naturaleza de las operaciones y de su alcance económico, a diferencia del comercial que es subjetivo. El derecho de los negocios se aplica a operaciones mercantiles independiente de la calidad de los operadores y de la naturaleza de la jurisdicción que tenga que intervenir para dirimir conflictos. Así, el Derecho Económico está compuesto por: 1. estructura Jurídica de la Intervención del Estado. a. Sector Público. b. Política electoral y el Plan Nacional de desarrollo. 2. Aspectos internacionales del derecho

económico. a. Relaciones económicas internacionales b. Contratos entre estados y empresas extranjeras. A diferencia del derecho de los negocios con: 1. Aspectos de derecho interno relativo a las empresas. a. El derecho de sociedades y técnicas societarias. b. Las actividades económicas de las empresas. c. Relaciones con otras disciplinas. 2. Aspectos Internacionales relacionadas con la noción de empresa. a. Comercio Internacional. b. Arbitraje comercial internacional² (Fonade, 1996, p. 98).

Aparentemente, existe una cierta expectativa jurídica que el Estado crea ante el mundo empresarial, cuando de observar los actos de las empresas se trata. Al interior puede considerarse esto como una especie de diplomacia jurídica empresarial, en donde el Estado actúa cuidando que sus decisiones no afecten la capacidad de maniobra jurídica de las leyes creadas para controlar o sancionar a las empresas. Temas como la responsabilidad empresarial o la imputabilidad en la persona jurídica empresarial, siguen siendo de soporte aislado que dependen más de la convicción y relación que tienen las empresas con la sociedad. Explican Cuevas et., al:

Los mercados están constituidos por conjuntos de contratos, y por ello sus costos de operación dependen de la claridad sobre los derechos y sus procesos de transferencia, de la eficacia de los instrumentos para su respeto y de las garantías de cumplimiento sobre los compromisos. En general, mientras más difusos sean los derechos, mayor es la cantidad de confusiones, superposiciones y encartamientos (Cuevas et al., 2002, p. 113).

Las empresas tienen cierta libertad jurídica que las hace impenetrables ante cualquier revisión de sus actuaciones por parte de los sistemas jurídicos, premisa que ha tomado fuerza y que ha hecho mella entre sistemas tan tradicionales como el romano-germánico frente al *common*

² Decreto 1890 Ponencia sobre proyectos de desarrollo.

law anglo o norteamericano. Mientras en otros se asume a la empresa como algo arraigado e inherente a la sociedad, concepción sobre lo cual los sistemas jurídicos tienen más capacidad y claridad en cuanto a la manera de actuar. De otro lado, la correspondencia internacional referida a la manera de cómo considerar actos de las empresas desde los sistemas jurídicos, queda a criterio de los medios de comunicación, dejando aislados completamente a los sistemas que quedan expectantes a los anuncios para definir en cualquier momento en qué y cómo actuar. Señala Bioca

El Derecho Internacional Privado es aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente (Bioca, 1997, p. 20).

Frente a las crisis que provocan las empresas de forma generalizada o en virtud de situaciones que dejan inhabilitadas cualquier acción de los contenidos o procedimientos de la justicia, la ley queda paralizada y no tiene elementos de cómo sortear el efecto de las circunstancias provocadas por las empresas con la capacidad de respuesta jurídica para que sea posible solucionar o hacer más llevadera la situación. Para tener algunos elementos claros al respecto, es necesario revisar cual ha sido el panorama en las que se han presentado problemas de índole empresarial, que han conducido a paradojas, vicisitudes y situaciones de no respuesta por parte de los sistemas jurídicos, cuando son las empresas las que los ponen en jaque con sus actuaciones. Indica Jara:

A la vista de la reciente introducción de la responsabilidad penal empresarial en diversas legislaciones europeas de la nueva situación que plantea el artículo

31, 2 del vigente código penal. (En este sentido debe destacarse la legislación suiza C:P, suizo, Art. 100 quarter y 200 quinquies) –en vigor desde el 12 de diciembre de 2002– la Polaca (Ley sobre responsabilidad penal de los sujetos colectivos por hechos castigados con penas) –en vigor desde el 28 de noviembre de 2003– y la austriaca (Ley sobre responsabilidad de la empresa)– que entra en vigor el 1 de enero de 2006. En concreto se parte del concepto constructivista de culpabilidad empresarial cuya fundamentación pormenorizada no puede, por motivos obvios, desarrollar en una contribución de este tipo. Lineamientos generales del concepto constructivista de culpabilidad empresarial. Adquiere su denominación del hecho de estar basado en el constructivismo operativo corriente epistemológico de la teoría de los sistemas sociales auto-poieticos (Niklas Luhmann). Esta teoría, no cuenta con excesivos partidarios en el derecho penal tradicional, parece haber encontrado cierto acomodo en el ámbito del derecho penal empresarial, de tal manera que son variadas las culturas que explícita o implícitamente se remiten a ella en la fundamentación de sus posiciones (Jara, 2006, pp. 8-9).

Esta situación es mucho más profunda, cuando se señala que las situaciones jurídicas internacionales han tenido que ser resueltas o conducidas por alternativas provistas por las mismas empresas internacionales, quienes bajo su propia garantía y transparencia, respaldan al denominado derecho internacional privado. En suma éste último, en conjunto con las controversias internacionales, han motivado que avance con fuerza y criterio el derecho internacional privado como una forma que pretende no saltarse a las estructuras y sistemas tradicionales, para tener cierto grado de respuesta y coherencia en temas que por cuenta de los sistemas jurídicos en general son pocos los que muestran respuestas o claridad frente a los fenómenos económicos y de negocios internacionales. Explica Márquez:

Modus Operandi de la delincuencia corporativa. Hace referencia cuando empresas u organizaciones legalmente establecidas, aprovechándose de las oportunidades que se ofrecen a los que ejercen la profesión, cometen infracciones, normalmente para mejorar su situación económica. En el derecho sancionador, para poder establecer una responsabilidad penal, el sujeto activo tiene que ser una persona física. Cuando se trata de corporaciones grandes y actividades que pueden haber transcurrido durante mucho tiempo, a veces es imposible encontrar una persona física responsable. Se puede concluir que una compañía puede tener una personalidad delictiva propia, independiente de las personas que ocupan cargos de responsabilidad (Márquez, 2004, pp. 71-74).

Con mediación directa de la globalización las empresas internacionales siguen aumentando su presencia en el mundo. Sin embargo, frente al tema jurídico se evidencia una exagerada definición de dichos temas por parte del componente económico en comparación con el legal. Es decir, el derecho internacional privado no ha mediado para que se conozca aun más sobre la realidad jurídica empresarial internacional. Por ello, es importante analizar hasta qué punto la globalización como tal ha contribuido para fortalecer al derecho internacional privado en cuanto a los campos señalados, y que tanto las disputas y controversias internacionales entre ellas, que en ocasiones han involucrado a los mismos Estados, hayan contribuido para definitivamente hablar con propiedad de un derecho autónomo y claro para las empresas internacionales. Suggest Bhattacharya: "When comparing the market's reaction to litigation, it is important consider that news of litigation may take longer to reach foreign markets" (Bhattacharya et., al, 2007, p. 633).

No obstante, la distancia tomada ha servido para que emerjan posturas conciliadoras y renovadoras con respecto a la dirección que

debe tomar el derecho económico. La internacionalización económica o los tratados internacionales de comercio son puntos de partida para alcanzar las acciones que en materia de internacionalización conducen a mejorar al derecho económico. Sin embargo, el tema no está en las bases o principios, sino en la posibilidad de que ambos estén constituidos de manera tal que respondan de modo natural a un hecho tan real como los intercambios económicos. Aporta Marzoratti: "Es uno de los temas más difíciles del derecho internacional privado. Los países han tratado de sortear el problema adhiriendo a convenciones internacionales o dictando disposiciones internas" (Marzoratti, 2003, p. 391).

Otras manifestaciones mucho más agresivas inducen para que la formación jurídica adapte y contemple otros estadios como el sociológico, el económico y el de las relaciones internacionales. El Estado de derecho, y de la ley, viene siendo permeado por las circunstancias y las pretensiones de avanzar hacia la consolidación de un derecho económico internacional mucho más plano y abierto a la evaluación de las posibilidades que de manera manifiesta tienen los interesados en desarrollar actividades económicas fuera de sus espacios legales naturales.

Conclusiones

Es importante que se anticipe la acción empresarial en cuanto a la forma de sancionar o juzgar los diferentes hechos delictivos y de daños que provocan los empresarios o que se cometen en contra de las empresas o a expensas de éstas. Independiente a los sistemas jurídicos, los Estados en sí no han arraigado realmente a la empresa como centro de la acción jurídica y económica, por cuanto tras alguna sentencia que no pueda capturar o responder las empresas, estas se ven abocadas a cerrar o declararse en incapacidad de respuesta ante los requerimientos legales.

Para que la aplicación del derecho en temas de delitos empresariales y de negocios internacionales sea parte de la concepción jurídica se requiere que estos sean revisados en *strictu sensu* desde la perspectiva económica, dado que los delitos que comúnmente se desarrollan y ejecutan en las empresas son de esta naturaleza, en lo que al campo de los negocios internacionales se refiere. Sin embargo para muchos, esto puede significar mayores costos.

La discusión no está en la relevancia del derecho económico o si la urgencia es denominarse análisis económico del derecho o de otra manera; la perentoriedad está definida en la capacidad de elementos que puedan ofrecer ambas vertientes unidas o separadas, para que la labor del sistema legal en estos campos sea objetiva y coherente, y con ello eliminar el aparente sesgo de dirección que se les indica y que poco sirve para la aplicación real en temas tan ávidos de aportes concretos en materia legal, como los que responden a la estructura empresarial.

Referencias bibliográficas

- Anglas, D. J. (2008). *Teoría del análisis económico del derecho*. Consultado en <http://www.cvperu1.files.wordpress.com>
- Bhattacharya U., Neal G., and Haslem B. (2007). *The Home Court advantage in International Corporate Litigation*, *The Journal Law and economics*, The University of Chicago Press, 50 (4): 625-659.
- Bejarano, J. A. (1999). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos, *Revista de Economía Institucional*, (1), 155-167.
- Bernate O, F. (2006). *Estudios de Derecho Penal Económico*. (1a.ed., Editorial Ibáñez, Universidad del Rosario, Bogotá.
- Beyer, H. (1992). Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho. *Escuela de Economía y Administración*, Universidad de Chile. *Estudios Públicos*, (45), 1-21.
- Bioca C., B. (1997): *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. (1a.ed.,). Edigraff, Buenos Aires.

- Cossio, J. R. (2002). *Derecho y análisis económico*. (2 Reimpresión). México: Fondo de Cultura Económica.
- Cuevas H., Alexei J., Núñez R., Peña O. D., y Villa E. (2002). *Teorías Jurídicas y Económicas del Estado*, (1a. ed.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Fonade (1996). *Constitución Económica Colombiana*, (1a. ed.). El Navegante editores, Colección Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá.
- García, J. S. (2006). Análisis Económico del Derecho desde la Perspectiva del Derecho Notarial: el Notariado como Factor de Eficiencia y Equidad. *Revista Pódium Notarial*, (34), 293-318.
- Gloria de Vivo, S. M. (2010). Los programas de derecho como espacios para comprender la sociedad, la economía y la política, *Revista de derecho, Universidad del Norte*, (34), VII-IX.
- Gómez-Jara, C. (2011). *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*. (1ra Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gutiérrez P., H. (2001). El análisis económico del derecho. Perspectivas para el desarrollo del derecho económico. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, (15), 1-61.
- Jara D, C. G. (2006). ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Culpabilidad e imputabilidad empresarial en un verdadero derecho penal empresarial. Universidad autónoma de Madrid, *Revista Internacional Legis editores*. Bogotá.
- Katz, I. M. (2001). La constitución y los derechos privados de propiedad. *Cuestiones Constitucionales*, (4), 27-48.
- Kung, Hans (1999). Una ética mundial para la economía y la política. (1a. ed.). Valladolid Editorial Trotta.
- Luhmann, N. (1995). *La autopoiesis de los sistemas sociales*. En *Zona Abierta*, N° 70/71.
- Malem, J. F. (2008). *El error judicial y la formación de los jueces*, (1ra Ed.). Barcelona: Editorial Gedisa.
- Márquez, C. P. (2005). Anotaciones sobre análisis económico del derecho. *Escuelas*. (1ra Ed.), (Vol. I). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Márquez C., Á. E. (2004). *La delincuencia económica*. (1a. ed.). Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín.
- Marzoratti, O. J. (2003). *Derecho de los Negocios Internacionales*. (Tomo II), (3ra Ed.). Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma.
- Mattei, U. (2007). Auge y caída del enfoque "Derecho y Economía". *Precedente: Anuario Jurídico*, 121-153, Recuperado el sitio Web www.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/2186/1/06.pdf.
- Mattei, U. & Pardolesi, R. (2000). Análisis económico del derecho en países de tradición civil: Un enfoque comparativo. En: A. Roemer, (Comp.), *Introducción al análisis económico del derecho* (1ra Ed.) (pp. 366-379). México: Fondo de Cultura Económica de México.
- Montalvo, M. T. (2010). El análisis económico del derecho en la delincuencia económica. *Letras Jurídicas*, Universidad Veracruzana, Xalapa, (21), 1-9.
- Posner, R. A. (2000). *El análisis económico del derecho*. (1ra Ed.). México: Fondo de Cultura Económica de México.
- Restrepo, M.A. (2010). Redefinición normativa de la regulación y el control de la actividad económica en el caso colombiano. *Vniversitas*, Universidad Pontificia Javeriana, (121), 263-304.
- Roemer, A. (2008). *Economía del crimen*. (1ra Ed.). México: Noriega editores.
- Rojas, S. y Lloreda, M. E. (2007). ¿TLC? *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos*. (1ra Ed.). Bogotá: Grupo editorial norma.
- Rubio, M. (2007). *Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. (1ra Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tobón, N. (2006). *Gerencia Jurídica y Responsabilidad Profesional. Colección de Textos de Jurisprudencia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Trachtman, Joel P. (1997). *Externalities and extraterritoriality: The law and economics of prescriptive jurisdiction*. En Jagdeep Bhandari S., and Alan Sykes O., *Economic Dimensions in International Law. Comparative and Empirical Perspectives*, 642-684 (1a. ed., Cambridge University Press. United Kingdom, 1997).
- Vanossi, J. R. (2008). *La aplicación constitucional de "el análisis económico del derecho (AED)": ¿nada menos y nada más que un "enfoque"?*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- Vázquez, R. (1999). Comentarios a los fundamentos filosóficos del Análisis Económico del Derecho de Robert Cooter. *Gaceta de Economía*, ciudad de México, 5, (9), 159-174.