

# ¿POR QUÉ NO DEBEMOS ELEGIR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

Eduardo Hernando Nieto  
Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría Política  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Academia Diplomática del Perú.

*"El aprovechador, Sócrates, pienso que es aquel  
que busca sacar provecho de todo..."*

*Hiparco o el Aprovechador, Platón*

*A inicios de los años 50 en Estados Unidos se produce, como resultado del desarrollo de la escuela realista que reivindicaba el individualismo metodológico y rechazaba el legalismo y los análisis jurídicos casuísticos, el socavamiento de la idea tradicional del Derecho. La imagen del Derecho como ciencia autónoma y delimitada en su totalidad cede frente a una interpretación mucho más extensa que incluye en el Derecho elementos y razones provenientes de otras áreas del conocimiento. Así, el derecho recibe influencia tanto de la política como de la moral y la economía.*

*El autor esboza y comenta las ideas que originan lo que se ha denominado Análisis Económico del Derecho. El autor critica esta posición, desde que entiende que esta corriente no crea un orden superior en la tarea de resolución armónica de problemas jurídicos y, si lo hace, sólo abarca la perspectiva de los directamente involucrados en el problema y no una visión amplia del problema, en un entorno social que condiciona la solución jurídica que se le pretenda dar "beneficiando a ambas partes haciendo el menor gasto".*

## 1. LA FILOSOFÍA Y LA NATURALEZA DEL PROVECHO PERSONAL

La Filosofía, como decía Allan Bloom,<sup>1</sup> emergió tarde en la historia humana, y era todavía nueva en tiempos socráticos. No formaba parte del mundo de la ciudad, ni del mundo de la familia, menos aún se vinculaba al mundo de los dioses y era por eso, materia de odios y burlas. La mejor prueba de ello, fue sin duda la ejecución de Sócrates por parte de la democracia ateniense, que percibía en la filosofía una corriente de pensamiento peligrosa que, supuestamente, subvertía los valores de la polis y la religión ancestral.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BLOOM, Allan. *The Political Philosopher in Democratic Society: The Socratic View*, En: *Giants and Dwarfs, essays 1960-1990*. New York: Simon and Schuster, 1990. p.106. Allan Bloom, filósofo político de la Universidad de Chicago, falleció en 1992.

<sup>2</sup> Desde la perspectiva del filósofo, la Verdad había sido olvidada y de allí el intento por recuperarla a través de la filosofía. Quienes no eran filósofos pensaban que se movían realmente en el mundo de la verdad, pero esto desde la perspectiva de los filósofos era simplemente un error o un juicio desde la caverna, en este sentido, los políticos y sacerdotes, guardianes del orden y la tradición de la polis en esos momentos, en realidad

Para los filósofos, sin embargo, estaba claro que la filosofía no podía ser otra cosa que “la manera de transformar las **opiniones** en **conocimiento**”<sup>3</sup>, y este era precisamente el modo como quienes inventaron la filosofía la entendían. La filosofía por lo tanto buscaba la Verdad y lo Bueno y esto se representaba por el conocimiento.

El mundo de las opiniones (*doxa*), en el que vivían quienes no eran filósofos, reunía entonces un conjunto de falsedades, medias verdades o distorsiones de la Verdad que expresaban una concepción que era a su vez particular y relativa, y no colectiva y absoluta. Esta última característica produciría por cierto un orden basado en la individualidad y la neutralidad, muy distinto al estado buscado por la filosofía.<sup>4</sup>

Ahora bien, la filosofía actuaba siempre de modo dialéctico y este era el mecanismo a través del cual la filosofía y el filósofo se expresaban. Quizá, donde mejor se apreciaba este modo de ser de la filosofía y las diferencias entre la opinión y el conocimiento, o entre lo relativo y lo absoluto, eran los diálogos platónicos.

**Hiparco o el Aprovechador**, por ejemplo, un diálogo platónico no demasiado difundido, nos ponía en el contexto de una conversación entre un filósofo (Sócrates) y una persona que actuaba desde el terreno de la opinión. El tema era esta vez el del provecho personal, esto es, la acumulación desmedida del sujeto maximizador de beneficios.<sup>5</sup>

Como todo diálogo platónico, **Hiparco** partía entonces con unas preguntas esenciales: ¿qué cosa es el aprovechamiento?, y ¿quienes son los aprovechadores?

La primera pregunta que se planteaba evidentemente establecía algo muy claro: que el significado del término “provecho” podía ser variable o, por lo menos, que Sócrates entendía por provecho algo muy distinto a su compañero, lo cual establecía, por cierto, la diferencia de almas entre ambos.<sup>6</sup>

Para el acompañante, el provecho debía medirse en dinero, y en lo que esto representa, es decir, sería equivalente al sentido que tiene el provecho en nuestras sociedades comerciales. Evidentemente, quien compartía el diálogo con Sócrates no diría directamente que buscaba solamente su provecho y *confort* personal pero al final se podría apreciar claramente que él era un representante del sector más bajo de la República (La clase que ama el dinero, diría Sócrates).

En un inicio, el compañero de Sócrates le dirá entonces que una persona que “ama el provecho” es aquél “que piensa que tiene mérito el producir una ganancia de las cosas que carecen de valor”.<sup>7</sup>

Pero, ¿esto era verdad?, en realidad, quien buscaba el provecho, no podía pensar exclusivamente en aprovecharse de las cosas que carecían de valor sino de todas las cosas,<sup>8</sup> es decir, que todas las cosas que existían podían ser materia de aprovechamiento,

eran defensores de una tradición ya superada y por eso surge esa rivalidad entre ellos y los filósofos o, lo que es lo mismo, entre la política, la teología y la filosofía.

<sup>3</sup> STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy? Or: What is Political Philosophy? and Other Essays*. Chicago: Chicago University Press, 1988. p.11 “La Filosofía es esencialmente no la posesión de la verdad, sino la búsqueda de la verdad. El carácter distintivo del filósofo es que ‘el sabe que no sabe nada’, y que esta vista hacia nuestra ignorancia lo induce a buscar con todas sus fuerzas el conocimiento”.

<sup>4</sup> La filosofía nace con la crisis de la *polis* manifestada en la expansión de la *opinión* y el olvido del *conocimiento*, oponiéndose entonces abiertamente a las creencias u opiniones de los individuos, que por ser creencias no forman parte del conocimiento ni de la verdad. Sin embargo, es menester mencionar que los filósofos eran muy conscientes de que las creencias eran importantes para la política porque mantenían unida a la ciudad, y por lo tanto el difundir la filosofía dentro del espacio de la ciudad llevaba en sí, el peligro de sembrar la duda y el escepticismo dentro de la *polis* (Lo que por cierto, llevó a los filósofos a escribir esotéricamente y a hablar y discutir filosofía solo entre sus discípulos). Con el paso del tiempo, empero, este cuidado de los filósofos dejará de tomarse en cuenta, y así los llamados “filósofos” de la ilustración intentarán llevar la filosofía a la ciudad, propagando y sembrando la duda en la esfera política, lo cual servirá para asentar todas las corrientes individualistas y neutrales de la modernidad y agudizando por otro lado los conflictos sociales.

<sup>5</sup> En realidad, la palabra que utiliza Platón para referirse al Aprovechador es *philokerdes*, que significa el que “ama ganar” o el que “ama la ganancia”. Por otro lado, Hiparco fue el hijo de del tirano ateniense Pisistrato y se dice que tomó la tiranía tras la muerte de su padre (527 AC) y gobernó hasta que fue asesinado y la tiranía pasó a su hermano Hippias, más adelante trataremos de relacionar el concepto *philokerdes* o aprovechador con la racionalidad instrumental y con el moderno concepto de **consumidor**.

<sup>6</sup> BLOOM, Allan. *Ibid.* p.108.

<sup>7</sup> PLATÓN, “*Hipparchus or the Profiter*”, traducido por Steven Forde, reimpresso en: *The Roots of Political Philosophy: Ten Forgotten Socratic Dialogues*, editado por Thomas Pangle. Ithaca: Cornell University Press, 1987, también incluida en *Giants and Dwarfs*, de BLOOM, Allan. *Ibid.* 225b, p.94.

<sup>8</sup> *Ibid.*

pues obviamente nada que careciese de valor podía producir algo. Ahora, también era verdad que si manteníamos la primera definición, era factible pensar que alguien mediante argucias podría hacer creer que algo no tenía valor cuando en realidad sí lo tenía. El provecho era opuesto a la pérdida, y por lo tanto el provecho era algo bueno en relación a la pérdida.

Pero, esto mismo iba a ser desafiado por Sócrates afirmando que el provecho no podía circunscribirse en obtener algo más de lo que uno invertía. Por ejemplo, si alguien era invitado a una fiesta en la cual asistía para comer y bailar sin tener que pagar (lo cual podía aparentemente ser definido como un provecho), pero de pronto la comida le caía mal y se enfermaba, evidentemente se tendría que deducir que el permanecer sano antes que haber ido a la fiesta era más provechoso que el haber ido a la fiesta, y que el provecho no requería de obtener cualquier posesión.<sup>9</sup>

Así también, si uno invertía la mitad de una medida de oro y obtenía a cambio el doble en plata, ¿podía ser entendido esto como un provecho? Por cierto que no.<sup>10</sup> Esto a las claras demostraba que el provecho tenía que ver necesariamente con el valor absoluto y por eso, menos cantidad de oro podía equivaler en valor con una mayor cantidad de plata.

Así pues: “el valor, entonces, era lo que era provechoso, sea pequeño o grande, y lo carente de valor era lo que no traía provecho.”<sup>11</sup>

Por ende, quedaba también claro para Sócrates que el provecho debía provenir de algo **bueno** y no **malo**, porque si venía de algo malo entonces no podía ser considerado provecho,<sup>12</sup> y por lo tanto, se podía deducir de aquí la inexistencia de un provecho decente y otro indecente. En síntesis: “todos los

provechos, pequeños o grandes, eran buenos”<sup>13</sup>, y todas las personas decentes deberían aspirar a este tipo de provecho.

Desde la filosofía, entonces, la idea del provecho siempre estaba orientada por un fin o un propósito bueno, y esta noción implicaba finalmente que el provecho tenía que ver con lo sustantivo (valor o mérito) y no con lo material o cuantitativo, implicando además una mejoría que aproximaba a los hombres al ideal de “Buena Vida”, que no era otra cosa que la realización de su naturaleza humana.<sup>14</sup>

El provecho, como lo entendía el interlocutor de Sócrates, sin embargo, distaba mucho de ser un verdadero provecho, porque justamente descartaba la relación del provecho con lo **bueno** y reivindicaba así mismo una posición cuantitativa y acumulativa del significado de éste.

Recurriendo a un mentado refrán del saber popular que decía que “lo barato sale caro”, el provecho entonces no dependía de la obtención de un beneficio inmediato para sufrir posteriormente un perjuicio, ni mucho menos tenía que ver con cálculos matemáticos que pudiesen brindarnos la idea de un incremento patrimonial o de evitar un perjuicio en el patrimonio.

Derrotado en la confrontación dialéctica, empero, “el sofista aprovechador” aguardará pacientemente su tiempo para reaparecer con fuerza en los tiempos modernos, a partir de la obra hobbesiana y de los modernos epígonos de Hiparco, es decir, los economistas y abogados forjadores hoy de una alianza denominada **Análisis Económico del Derecho**.<sup>15</sup>

Como en los tiempos de la crisis de la *polis* antigua, el espíritu de Hiparco atacaba de nuevo.

<sup>9</sup> Ibid., 231b, p.102.

<sup>10</sup> Ibid., 231d, p. 103.

<sup>11</sup> Ibid., 231e.

<sup>12</sup> Ibid., 232b, p.103.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Cfr. MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*. Barcelona: Crítica, 1987.

<sup>15</sup> El **Análisis Económico del Derecho**, como más adelante veremos, no será otra cosa que el intento por aplicar ciertas reglas de la microeconomía libertaria en el campo del Derecho a partir de los años 70, fundado en la supuesta capacidad racional de los seres humanos para discernir el mejor modo de obtener beneficios materiales, vale decir, en la manera más adecuada para realizar elecciones individuales.

Los trabajos más relevantes en los inicios del **Análisis Económico del Derecho** son los siguientes: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Segunda edición, 1977; POLINSKY, Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 1983; GOETZ, Charles. *Law and Economics*. 1984; y COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 1988.

Más recientemente también de POSNER, Robert. *Overcoming Law*. 1995.

## 2. ¿QUIÉN ES EL MAXIMIZADOR?

Thomas Hobbes (1588-1679), además de haber sido uno de los filósofos que más contribuyeron en el proceso de construcción del Estado moderno y de las teorías absolutistas, destacó así mismo por describir de una manera excepcional las cualidades que empezaban a acompañar al hombre moderno, al sujeto racional que buscaba ya no fines trascendentes, sino que utilizaba su razón en un sentido instrumental que le servía entonces para buscar los mejores medios a su alcance a fin de poder sobrevivir en un medio en el que los bienes escaseaban. Así para él, la razón no era sino **cálculo**, esto es, la capacidad de sumar y restar, y ésta se empleaba de acuerdo al modelo inductivo de la ciencia moderna, que partiendo de lo particular y concreto buscaba algún tipo de ley.<sup>16</sup>

Según Hobbes, el ser humano poseía una naturaleza que respondía a estímulos, y gracias a estos estímulos era que el hombre podía convertirse en un ser móvil; estos estímulos, según él, eran básicamente dos, a saber, el apetito o deseo y la aversión. En este sentido, el filósofo de Malmesbury mencionaba que "lo que los hombres desean se dice también que lo aman y que odian aquellas cosas por las cuales tienen aversión."<sup>17</sup>

Lo bueno, obviamente, era lo que nosotros deseábamos, y lo malo aquello que rechazábamos, sin embargo, como el cuerpo humano cambiaba y se transformaba siempre, también los deseos y las aversiones se modificaban con el paso del tiempo, y dependían de la naturaleza particular de cada ser humano.<sup>18</sup>

Ahora bien, lo que más destacaba en la personalidad de los hombres era sin duda su perpetuo e incesante afán de poder que solamente concluía con la muerte, pero, lo que era más grave, era que la

única manera de mantener este poder era adquiriendo siempre bienes nuevos.<sup>19</sup> Al compartir estas características los hombres estaban en igualdad de facultades, teniendo en cuenta además que cada hombre tenía la capacidad de matar al otro aunque paradójicamente cada uno pensaba que nadie era superior a sí mismo.<sup>20</sup>

Como decía entonces Hobbes: "de esta igualdad en cuanto a la capacidad se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos..."<sup>21</sup>

De esto entonces se derivaban tres causas de discordia entre los hombres: la competencia, la desconfianza y la gloria.<sup>22</sup> La primera de estas causas impulsaba a los hombres a atacar para procurarse un beneficio, la segunda para lograr seguridad y la tercera para ganar reputación.<sup>23</sup> Empero, estas características conducían a los hombres a un estado de guerra o conflicto permanente, lo cual podría llevarlos a la muerte. Este temor a la muerte movía por consiguiente los sentimientos humanos hacia la búsqueda de la paz al tiempo que existía también un anhelo por llevar una vida cómoda y confortable. Era en este momento cuando intervenía entonces la razón, que sugería las normas pertinentes para garantizar la paz, vía el mutuo consenso.<sup>24</sup>

Este modelo no era otro que el modelo burgués que después sería perfeccionado tanto por los filósofos vinculados a la ilustración escocesa (como Hume o Adam Smith), como también por aquellos cercanos a la filosofía utilitarista como James Mill o Bentham.

Precisamente, entre estos autores encontraríamos las bases del análisis económico o economicista de la sociedad que posteriormente será llevado al campo de la política y del Derecho.

<sup>16</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Madrid: Sarpe, 1984. Cap V. pp.58-59.

<sup>17</sup> *Ibid.* Cap. VI. p. 68.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 69.

<sup>19</sup> *Ibid.* Cap. XI. p. 110.

<sup>20</sup> *Ibid.* Cap. XIII. p. 134.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 135.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.* p.138.

En el caso específico del Análisis Económico del Derecho, Adam Smith empezaría a estudiar, por ejemplo, los efectos económicos de la legislación mercantilista, pero será Jeremy Bentham quien dará el verdadero impulso a este enfoque, al preocuparse por el análisis económico de la legislación que no tenía que ver con lo comercial sino con los asuntos penales, de responsabilidad civil, etc.<sup>25</sup>

Siguiendo entonces la descripción de la naturaleza ya presente en el análisis hobbesiano, Bentham estaría de acuerdo en señalar que la naturaleza humana se enfrentaba a dos amos: el dolor y el placer, y por eso la vida humana podía circunscribirse exclusivamente al cálculo entre éstos, el mismo que debería brindar un superávit de placer frente a un déficit de dolor.<sup>26</sup> En este sentido, para los utilitaristas los seres humanos tenían que convertirse en instrumento o herramientas de cálculo, lo cual desde su punto de vista podía ser muy ventajoso en el caso del Derecho punitivo o sancionador.

Así pues, como se entendía que las personas eran maximizadoras racionales de intereses, el control penal podía manejarse a través del establecimiento de un conjunto de "precios" (sanciones), cuya severidad dependía de la probabilidad de que éstas se aplicaran. Por lo tanto, un delito de difícil sanción por su dificultad en detectarse debería de tener un castigo más severo en relación a delitos fácilmente detectables que podrían contemplar una sanción menor. En conclusión, teniendo en cuenta estas premisas, el hombre racional debería de abstenerse de delinquir si es que hacía sus cálculos de manera adecuada, pues de otro modo sufriría gratuitamente de perjuicios.

El planteamiento fundamental, entonces, era que el sujeto moderno era por naturaleza un sujeto calculador que aplicaba la dialéctica costo/beneficio a fin de reducir el dolor e incrementar la riqueza. Por lo tanto, el Análisis Económico del Derecho se funda-

ba en la eficacia, que debía medirse sobre la base del incremento de la productividad, y esto se podía advertir en el modo como los hombres racionales agregan beneficios mientras tratan de reducir los gastos.<sup>27</sup>

### 3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Como resultado del desarrollo de la escuela realista en norteamérica a inicios de los años 30, que reivindicaba el individualismo metodológico y rechazaba el legalismo y los análisis jurídicos casuísticos, y que asimismo se ocupaba fundamentalmente por reivindicar la eficacia del Derecho antes que por resaltar su validez, poco a poco la idea tradicional del Derecho positivo comenzaría a ser socavada, desdibujándose también esa imagen del Derecho como Ciencia Autónoma perfectamente delimitada e identificada. Esto daría pie, entonces, a una interpretación mucho más extensa, que incluiría ahora a un conjunto de elementos y razones provenientes de distintos campos del conocimiento.

A partir de entonces, tanto la política, como la moral y la economía fueron consideradas las áreas más cercanas al Derecho moderno y que poco a poco habían comenzado ya a minar la unidad y autonomía de su estructura.

Siendo además Estados Unidos una sociedad plural culturalmente hablando y altamente industrializada, era evidente que estos factores tenían que aparecer con fuerza dentro del terreno judicial. Empero, el método jurídico tradicional, en parte por su conservadurismo y lentitud y en parte por su particular esencia, era incapaz de seguir el paso de estos "avances políticos y económicos" propios de un país desarrollado.

Es más, para muchos empresarios y economistas el modelo legal tradicional producía resultados que

<sup>25</sup> ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 6.

<sup>26</sup> BENTHAM, Jeremy. *A Fragment of Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, WHarrison (de). 1960. p.125. Citado por ROEMER, Andrés. *Ibid.* p.7

Al respecto podemos traer a colación una reciente sátira literaria escrita por el teórico político Steven Lukes quien, describiendo un régimen que vive bajo los preceptos utilitarios, llamado Utilitaria, dice:

"Sin duda sería demasiado prematuro relatarte mi sensación de cómo es la vida en este lugar, pero estoy impresionado por su aparente buena organización y eficiencia y por la naturalidad con que consideran estas cualidades todos aquellos que he conocido hasta el momento. Parece haber un extraordinario sistema de bienestar social en cuanto a sanidad y educación, y parece existir un especial interés por el bienestar de los ancianos.

He observado algo muy extraño: el idioma utilitarista parece curiosamente deficiente, y ciertas palabras y conceptos son sencillamente desconocidos".

LUKES, Steven. *El viaje del Profesor Caritat o las desventuras de la Razón*. Barcelona: Tusquets, 1997. pp.80-81.

Posteriormente, el personaje principal descubrirá que esas palabras que olvidan los utilitarios tienen que ver con los sentimientos, es decir con todo aquello que hace que los hombres se diferencien de las máquinas calculadoras o las computadoras.

<sup>27</sup> POLINSKI, Mitchel. *An Introduction to Law and Economics*. Boston, Toronto: Little Brown and Company, 1989. p.7.

económicamente hablando podían ser perjudiciales, inclusive para quienes pudiesen haber obtenido un fallo favorable en las Cortes.

Así, a inicios de los años 60 un puñado de importantes profesores de Derecho de “prestigiosas” universidades norteamericanas (Harvard, Yale, Standford, etc., esto es, de universidades provenientes de la llamada *Evy League*), decidieron adoptar las herramientas utilizadas por los economistas para poder aplicarlas al campo jurídico y de este modo hacer más efectivo el Derecho y configurar así un modelo adecuado para el nuevo avance económico. La herramienta escogida sería entonces la economía neoclásica (microeconomía), esbozada por los economistas de Chicago como Frank Knight, Aaron Director, Milton Friedman y por supuesto Friedrich Hayek, tenaces enemigos del *New-Deal* y todos los proyectos intervencionistas.<sup>28</sup> Por ende, los primeros intentos de Análisis Económico había que buscarlos en las leyes corporativas (empresas), en la tributación federal, y en las leyes antimonopólicas, y de allí se pasaría posteriormente al terreno del Derecho Penal e inclusive al Constitucional.<sup>29</sup>

La idea fundamental era la de aplicar las ventajas de los modelos económicos a las acciones humanas, teniendo en cuenta, como lo decía Richard Posner (uno de sus principales voceros), que “los seres humanos eran maximizadores racionales durante todas, o casi todas sus interacciones sociales.”<sup>30</sup>

Ahora bien, ese sujeto maximizador racional no tenía nada que ver con el modelo planteado por Sócrates en el Hiparco, que **buscaba su provecho orientado al Bien**, sino más bien se relacionaba con el mismo aprovechador criticado severamente en este diálogo.

Evidentemente, un sujeto maximizador era aquél que era capaz de elegir de manera adecuada, teniendo en cuenta los criterios de producción eficiente señalados por la microeconomía, esto es, establecer un nivel determinado de rendimiento con el menor costo combinado de gastos;<sup>31</sup> esto, por cierto, significaba entonces que la firma (o la persona) ya no podía producir a menor costo.<sup>32</sup> Teniendo en cuenta esto y sabiendo que “el problema de la economía era la asignación de medios escasos entre fines alternativos o en competencia”,<sup>33</sup> había que pensar también en una eficiencia en la asignación:<sup>34</sup> “La eficiencia en la asignación, describía un equilibrio en la distribución de bienes y servicios entre los consumidores individuales. Una distribución particular de bienes puede ser una asignación eficiente si no es posible redistribuir los bienes a fin de hacer por lo menos mejor a un consumidor (en su propia estimación) sin empeorar a otro consumidor (nuevamente en su propia estimación)”.<sup>35</sup> Esto sería además el ideal de la llamada *Welfare Economics* (Economía de Bienestar) que supuestamente pretendería sintetizar la eficiencia con la equidad.

El Análisis Económico, entonces, pretendía alcanzar esta eficiencia en cualquier controversia jurídica. Esto podía llevarnos inclusive a obviar las resoluciones judiciales y sin perjuicio a nuestra productividad y eficiencia, pues, gracias al teorema de Coase,<sup>36</sup> podíamos saber que, en aquellos casos donde las negociaciones no fueran costosas, la resolución judicial era irrelevante y los efectos producidos por las partes en litigio podían seguir siendo los mismos. En otras palabras, se podía concluir que las leyes no tienen mayores efectos cuando las partes en litigio mantienen relaciones de regateo. Esto podía verse a través de un ejemplo bastante citado en los textos generales del Análisis Económico:

<sup>28</sup> SCHUERMAN, William. *The Rule of Law at Century's End*. En: *Political Theory*, Vol. 25, No. 5 (Octubre de 1997) p. 754.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> POSNER, Richard. *The Law and Economics Movement*. En: *American Economic Review*, No.1 (Marzo de 1987). p.3. Citado por William E. Scheurman.

<sup>31</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Harper Collins, 1988. p.17.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> BUCHANAN, James. *What should economist do?* Indianapolis: Liberty Fund, 1979. p.20.

<sup>34</sup> Y aquí es donde la economía intentaba hacerse más humana preocupándose no solo en la productividad sino también en su distribución. Evidentemente habrá quienes solo optarán por la eficiencia a secas mientras que existirá otros que, si bien le dan la preferencia a la eficiencia no descartarán la equidad, aunque ésta quedará subordinada a la primera.

<sup>35</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Ibid. p.18.

<sup>36</sup> COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. J.L. & Econ. 1, 1960.

“Una fábrica emite humo que ensucia las ropas de una lavandería en el vecindario. Supongamos que la lavandería inicia una acción legal para detener esta acción; dependiendo de las evidencias que se presenten en la corte, el caso se puede resolver de dos modos. Si la corte entiende que se está violando el derecho de la lavandería a no ser dañada por el humo de la fábrica, entonces la corte debe dar los pasos apropiados para detener la polución que ocasiona la fábrica. Sin embargo, si la corte decide que no hay delito en la acción de la fábrica (porque quizá, la fábrica estaba primero en el vecindario; la lavandería “fue entonces donde el daño”), la corte puede, por lo tanto, desestimar la queja de la lavandería sin remedio ¿Será afectada la eficiencia de la producción de la fábrica o de la lavandería de acuerdo a la opción que tome la corte?”<sup>37</sup>

Evidentemente, para los seguidores del Análisis Económico que siguieran el teorema de Coase, el resultado judicial sería irrelevante si es que se lograra una negociación entre las partes (ambas, perfectamente racionales) que produzca una mejoría concreta y cuantificable para todos.

Así pues, si empezamos de una vez a cuantificar el problema planteado entre la fábrica y la lavandería, la lavandería se vería perjudicada por la contaminación por ejemplo en unos 10,000 soles, que sería el costo que tendría que pagar por los daños sufridos por la acción de la fábrica, y la fábrica a su vez, si fuese obligada por la corte a detener la contaminación, tendría que hacer un desembolso equivalente a 20,000 soles, que sería el costo requerido para detener la contaminación y resarcir los daños. En este sentido, el Análisis Económico buscará encontrar una tercera vía que impida el pago de 10,000 por parte de la lavandería si obtiene una sentencia negativa, o en su defecto que deje de lado el pago de los 20,000 soles que debería cancelar la fábrica en el supuesto de que la corte entienda que se está violando el derecho de la lavandería a no ser contaminada.

Supongamos ahora que puedan darse situaciones adecuadas para la negociación privada a bajo costo y que pueda construirse esa tercera vía, por ejemplo, señalando que la fábrica pague cierta suma a la lavandería, la misma que podría ser de unos 14,000 soles; esto facultaría a la fábrica a seguir produciendo - y de paso seguir contaminando - y lo más

importante, a reducir el monto de sus gastos de 20,000 a 14,000. Por su parte, la lavandería no sólo se resarcirá del daño producido por la polución de la fábrica, sino que también podría obtener un plus o extra de 4,000 soles. Este tipo de solución produciría al final un beneficio patente para ambas partes, al tiempo que descartaría de plano los efectos de la resolución judicial cualquiera haya sido esta, pues, “bajo la asunción de que existen bajos costos de negociación, la fábrica continuará contaminando no importa si la ley favoreció al contaminado dándole el derecho a no serlo o le brinda al contaminador el derecho para contaminar.”<sup>38</sup>

Planteados así los hechos del caso y la solución que proporciona el Análisis Económico, resulta claro el énfasis en la eficacia y la productividad que deja de lado cualquier elemento normativo o vinculado al concepto de validez del orden legal. Si el Derecho intenta mediar entre los conflictos particulares, entonces la mejor solución no es aquella que otorga la razón a una de las partes, sino aquella que posibilita la conclusión del litigio vía la negociación de la solución más eficaz, entendida esta desde una posición cuantitativa o productiva según lo entiende la razón económica.

Así pues, los aportes del Análisis Económico pronto superarían los lindes de la responsabilidad y el daño y comenzarían a ser propuestos en los distintos ámbitos del Derecho, inclusive llegando hasta al Derecho Público y al Derecho Constitucional;<sup>39</sup> todo esto, por cierto, amparado por la contundencia de sus resultados, deseables desde cualquier punto de vista por cualquier sujeto racional y maximizador, es decir, por cualquier “aprovechador” como el que discutía con Sócrates en el Hiparco.

#### 4. ¿POR QUÉ NO DEBEMOS ELEGIR EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

Después de hacer este viaje imaginario sobre los orígenes de la filosofía, la aparición del sujeto moderno (el sujeto racional, calculador y portador de la razón instrumental o *zweckrationalität*), y el desarrollo del llamado Análisis Económico del Derecho, vamos a tratar ahora de expresar algunos argumentos que respondan a la pregunta planteada y que sirvan, *mutatis mutandis*, para desalentar a quienes, si bien comparten como nosotros la crítica al modelo de la validez esgrimido por el positivismo y todas

<sup>37</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Ibid.* p.4.

<sup>38</sup> *Ibid.* pp. 5-6.

<sup>39</sup> Cfr. BRENNAM, Geoffrey y HAMLIN, Alan. *Economical Constitutions*. En: *Constitutionalism in Transformation, european and theoretical perspectives*, editado por BELLAMY, Richard y CASTIGLIONE, Dario. Oxford: Blackwell, 1996. pp. 194-207.

sus variantes, consideren sin embargo, alentador y atractivo el Análisis Económico del Derecho. Al hacer esto, debemos dejar en claro que nuestra opción se aproximará mucho a lo dicho en su momento por Sócrates y la tradición filosófica, lo cual nos alejará evidentemente de las bases teóricas del Análisis Económico que justamente se situará, como lo dijimos anteriormente, dentro del arquetipo del Aprovechador o Maximizador.

Si quisiéramos hacer un listado de buenas razones por las cuales el Análisis Económico no es aceptable habría que comenzar por las premisas o postulados que le dan nacimiento.

El Análisis Económico, como lo mencionamos ya, deriva sus fundamentos de la perspectiva racionalista e individualista procedente del contexto anglosajón. Esto significaba que el "punto de Arquímedes" de esta teoría no era otro que el atomismo político o individualismo metodológico,<sup>40</sup> en donde se entendía que la parte (individuo) era anterior al todo (sociedad) y por ende lo antecedía y determinaba.<sup>41</sup> Por lo tanto, este enfoque partía, como sus mentores lo decían, del hombre autónomo y racional que iba a llevar adelante un "contrato social" que significara por cierto una maximización de sus intereses. El supuesto, entonces, era un estado de igualdad de condiciones naturales, que hacía que todos los seres humanos compartieran una misma forma de razón, que los conduciría a elegir los medios más pertinentes para llevar adelante sus fines particulares (razón instrumental) los mismos que, como lo había adelantado Hobbes, tenían como primer objetivo la supervivencia. Obviamente, esta manera de pensar, que respondía a una forma histórica de pensamiento<sup>42</sup>, aparecía ahora como la manera **racional** de actuar, tildándose de irracional cualquier conducta o acción que respondiera a otras motivaciones.<sup>43</sup>

Si por un lado los hombres poseían la razón, su característica más importante, sin embargo, no era otra que la capacidad de elección (autonomía) de cada uno de ellos. Así, yo no era un ser humano porque Dios lo había querido o porque existiría alguna razón trascendente para ello, sino que yo era un hombre porque tenía la capacidad de elegir y mis elecciones serían siempre correctas si es que fuesen elecciones racionales. De aquí entonces podríamos deducir que toda elección racional era una buena elección y para que la elección fuese racional debía de minimizar los gastos y maximizar las ganancias.<sup>44</sup>

Para actuar de este modo, teníamos que considerar a los seres humanos casi como máquinas programadoras o calculadoras capaces de analizar cualquiera de sus acciones según estos preceptos matemáticos. Así pues, no solamente se requería que existiese incorporada una capacidad de esta naturaleza sino que los seres humanos tuviesen también establecidos un conjunto de preferencias que deberían ordenarse de acuerdo a lo estipulado por los principios de maximización (es decir, que si alguien tenía una preferencia digamos no lucrativa o no cuantitativa entonces tal preferencia debía de situarse en el escalafón más bajo dentro de su "set" de preferencias). Pero, ¿podían demostrarse estas premisas?, ¿poseían los seres humanos una computadora en su cerebro?, ¿qué tan cierto era esta descripción de la naturaleza humana racionalista cuando parecería que las personas se mueven más por impulsos y sensaciones antes que por fríos cálculos matemáticos como aparentemente lo hacía Jeremy Bentham?, ¿acaso muchos de nuestros compatriotas no trabajan para gastar su dinero inmediatamente y no para ahorrar o acumular a pesar de que puedan tener buenos ingresos?, ¿no es la "productividad" una característica más afín a las religiones protestantes<sup>45</sup> y a los pueblos anglo-sajones<sup>46</sup> que a

<sup>40</sup> Para una explicación y crítica de este postulado: Cfr. TAYLOR, Charles. *Atomism*. En: *Philosophy and the Human Sciences, Philosophical Papers 2*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

<sup>41</sup> Es más, se podría decir que en realidad el sujeto en este modelo está completamente separado de la realidad, aunque los autores individualistas sostengan que el atomismo no puede establecerse sobre la base de una ruptura radical. Cfr. LUKES, Steven. *Methodological Individualism reconsidered*. En: *The Philosophy of the Social Explanation*. Oxford: Oxford University Press, 1973.

<sup>42</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996.

<sup>43</sup> Como por ejemplo la llamada *Wertrationalität* o acción racional de acuerdo a valores, como la conducta de un creyente. Curiosamente, Max Weber, quien analiza profundamente estas conductas desde la perspectiva sociológica, se encarga también de subrayar que este tipo de acción de acuerdo a valores o fines es también una conducta racional.

<sup>44</sup> Esto, sin embargo, produciría la primera paradoja dentro de este pensamiento, pues resultaba claro que la autonomía no era tal en tanto que solo podíamos actuar autónomamente y ser libres si es que lo hacíamos de manera racional. ¿Podía ser definida esta situación como autónoma y libre?

<sup>45</sup> Como lo decía WEBER, Max. *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Madrid: Sarpe, 1984.

<sup>46</sup> Como lo mencionaba SPENGLER, Oswald. *Prusianismo y Socialismo*. Buenos Aires: Ediciones Nacionales y Extranjeras, 1935.

la religión católica y las tradiciones andinas e hispanas mayoritarias en nuestro país? Evidentemente el modelo del atomismo, como modelo originado por la modernidad, apuntaba a lo universal y abstracto, lo cual lo convertía en deconstructor de la cultura imperante,<sup>47</sup> lo que implicaba dejar de lado las particularidades y características culturales de los pueblos hacia los cuales se dirigía la ley. En este sentido, el Análisis Económico debería de estar en capacidad de demostrar que lo universal y abstracto está por encima de lo particular y concreto.<sup>48</sup>

Otra premisa también barajada por esta perspectiva tenía que ver con el privilegio concedido a la elección autónoma por encima de la ausencia de elección, esto es, que quien era dueño de su destino y de sus elecciones estaba y quedaba siempre en mejores condiciones que aquél que no fuese capaz de tomar las riendas de sus decisiones. Por eso, si alguien rehuía a asumir su capacidad de aprovechador y maximizador estaba condenado al fracaso. Pero, ¿era esto cierto?

Recientemente, este ha sido un tema bastante tocado en el campo de la teoría política y constituye un punto importante a rebatir por quienes se niegan a aceptar el individualismo metodológico.<sup>49</sup>

Supongamos que una persona decide desde el colegio que desea ser abogado y para eso comienza a relacionarse con personas de ese ámbito, decide que va a estudiar en la mejor facultad y que va a ser un buen abogado y, por tanto, dejará sus planes particulares hasta que consiga tener una buena posición económica. Finalmente, consigue estudiar y egresar de esa facultad con muy buenas calificaciones y, gracias a sus contactos cultivados por años, encuentra un buen trabajo lo cual lo pone ya en camino de desarrollar planes más particulares, como, por ejemplo, el matrimonio; por último, se casa con la persona elegida y vive una vida tranquila y feliz. Imaginemos ahora otro joven que cuando sale del colegio no sabe que cosa estudiar y que no se anima por nada hasta que su padre lo obliga a meterse a un instituto, donde estudia sin

entusiasmo hasta que un día un amigo lo lleva a una exposición de fotografías y esto le entusiasma tanto al punto de ponerse a estudiar fotografía, encuentra después por ese mismo amigo un trabajo en un periódico y lo envían en comisión fuera del país donde hallará una colega de la cual se enamora y termina casándose siendo también feliz. De todo lo dicho, ¿podemos afirmar que la vida del abogado que fue producto de las elecciones racionales es mejor que la vida del fotógrafo fruto exclusivo del azar? Evidentemente no, pues la realidad concreta es que ambos obtuvieron en este caso resultados análogos con y sin elecciones, lo cual demuestra que el privilegio que le da el Análisis Económico al tema de la elección racional carece de sustento fáctico.<sup>50</sup>

Ahora, si hemos demostrado ya las debilidades teóricas de los supuestos de fondo y de base del Análisis Económico (esto es, el sujeto racional maximizador y autónomo), veamos qué problemas podrían suscitarse a otro nivel de análisis más concreto y real. Para ello será menester retornar al caso citado de la fábrica y la lavandería.

En el caso propuesto, existe un litigio que parece poder ser cuantificado para producir así una solución matemática deseable para cada una de las partes. Estaríamos aparentemente entonces ante un conflicto denominado "Más o Menos", que no podría producir entonces una sumatoria cero (vale decir, que una parte gane todo a costa de la derrota del otro) sino un triunfo compartido. El esquema del caso se mostraba bastante convincente, pues como vimos éste permitiría mantener la productividad de cada parte sin que ninguna se perjudique por el daño. Esta solución podría encontrarse entonces sobre la base de la negociación de las partes, quienes obviamente serían "aprovechadores racionales". En principio, habría que decir que se trataría de un problema de Derecho Privado entre partes autónomas e individuales, pero inmediatamente se nos viene a la mente un problema que comienza a manifestarse cada vez con más frecuencia y que tiene que ver con el propio paradigma moderno que creó la dicotomía Privado - Público.

<sup>47</sup> La expresión hace referencia al origen del Estado de Derecho que parte de una relativización de los valores por tender éstos a lo particular y concreto, y por eso la Norma Fundante o Norma Básica es siempre universal y abstracta. Debo esta expresión a: CAYGILL, Howard y SCOTT, Alan. *The Basic Law versus the Basic Norm?, The Case of the Bavarian Crucifix Order*. En: *Constitutionalism in Transformation*.

<sup>48</sup> Ya aquí el Análisis Económico no podía decir que disenta del positivismo tan criticado por ellos, porque el positivismo también partía de una ley universal y abstracta.

<sup>49</sup> Nos referimos a los autores vinculados al pensamiento político Comunitarista que responde a los argumentos atomistas aseverando que el individuo no puede ser anterior a la sociedad porque es ésta quien le brinda a él las posibilidades y las facultades para elegir.

<sup>50</sup> La base del ejemplo lo hemos extraído de BELL, Daniel. *Communitarianism and its Critics*. Oxford: Oxford University Press, 1993. pp.4-5.

¿El conflicto entre una fábrica que contamina la ropa de una lavandería puede ser un asunto privado?, ¿son los modernos conflictos entre derechos asuntos exclusivamente privados?, ¿acaso una fábrica sólo puede contaminar las ropas de una lavandería y no estaría contaminando también el aire de esa comunidad y, con el correr del tiempo, podría también reducir las expectativas de vida de esa población? Si las partes deciden arreglar su asunto como lo manda el Análisis Económico podría evitarse un perjuicio para la fábrica y la lavandería, pero ¿es que la fábrica y la lavandería se hallan en medio de la nada o en un páramo como de pronto se hallaba la casa de la familia Ingalls esto es, “*in the middle of nowhere*”? Nada se encuentra en el aire, y por lo menos este caso, tan recurrente en los textos o manuales de Análisis Económico, nos vincula a un problema que evidentemente puede perjudicar a terceros, lo cual nos conduciría a señalar que no estaríamos ante un conflicto del tipo “Más o Menos” sino más bien ante un conflicto del tipo “Uno u Otro”, en donde el “Uno” lo constituirían la fábrica y la lavandería que se ponen de acuerdo para no sufrir perjuicio y el “Otro” serían todos aquellos habitantes de la comunidad perjudicados por la polución, el ruido y tráfico de los camiones y la mala calidad de los productos (¿Lucchetti?), habida cuenta de que sus dueños, como buenos “maximizadores”, buscarán alcanzar el mínimo de calidad a fin de reducir sus costos. Los conflictos modernos entre derechos, para lamentos de los epígonos de la técnica económica, siempre van a derivar en una situación del tipo “Uno u Otro” y no de la clase “Más o Menos”, como equivocadamente pensaban, porque los derechos modernos conllevan una carga sustantiva o valorativa que no es posible cuantificar (la libertad y la igualdad no pueden materializarse, es decir no puede haber más o menos libertad), por ende, lo que se presentaba como una solución eficiente dentro del Análisis Económico del Derecho sólo podía serlo para los “agentes privados” (fábrica y lavandería), pues sólo ellos serían los ganadores frente a los terceros que serían los perdedores.

En sus orígenes, el Derecho podía decir que se movía sobre la base de los criterios de la distribución justa (buena), porque el Derecho no tenía que ver con derechos individuales (abstracciones) sino con el reparto o distribución de cosas materiales entre personas según criterios aritméticos o geométricos, como por ejemplo la partición de una herencia o el pago de tributos;<sup>51</sup> es decir, buscaba dar a cada uno su parte. La distribución “Más o Menos”, entonces, tenía su espacio aquí, pues nos movíamos -repito- en una esfera real y concreta ya que la materia podía partirse y repartirse. En el caso de bienes inmateriales (derechos), sin embargo, no cabría la partición, sino que el bien entero (el derecho) tenía que ir para una parte o para la otra. El Análisis Económico, supuestamente pensaba que se hallaba bajo este supuesto del Derecho clásico, pero evidentemente no era así, pues hablaban sobre casos relacionados a conflictos entre derechos (derecho a contaminar de la fábrica frente al derecho de la lavandería a no ser contaminado). La cuantificación entonces no era dable, y al final los resultados que obtuviesen tendrían que corresponder necesariamente a la esfera del “Uno u Otro”, como el caso analizado.<sup>52</sup>

Demostrado esto, podemos afirmar entonces que es un error sostener que el Análisis Económico puede configurar un orden superior en la tarea de concluir de manera armónica los problemas jurídicos y, al contrario, al estar basado en el individualismo, su único objetivo es enriquecer a unos a costa de empobrecer a otros (según la lógica del modelo “Uno u Otro”), al tiempo que la productividad y la eficiencia se encargan de depredar lo poco que queda virgen y puro en la naturaleza y en la sociedad.

Parecería pues que hoy los ecos del “aprovechador” se oyen más fuertes que nunca, aún más que en el tiempo de los sofistas, lástima no más que este mundo maltrecho ya ni siquiera sea capaz de engendrar un Sócrates de nuevo.

<sup>51</sup> Cfr. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Libro V.

<sup>52</sup> Por eso es que, en el contexto norteamericano, quienes responden las tesis del Análisis Económico del Derecho, es decir, la corriente de la Crítica Legal (*Critical Legal Studies*), sostienen que ellos sólo buscan la eficiencia o eficacia económica mas no la eficiencia política, que justamente se movería bajo la premisa de “Más o menos” y no de “Uno u Otro”. Ver sobre esta corriente HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law, 1870-1960*. En: *The Crisis of Legal Orthodoxy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1992.