

EL CARÁCTER INTERDISCIPLINARIO DEL DERECHO Y LA UTILIDAD DE LA ECONOMÍA EN SU ESTUDIO^{****}

Guillermo Cabieses Crovetto^{**}**

Varios años atrás se consideraba al Derecho como una disciplina autónoma, como aquella que debía ser estrictamente estudiada y entendida exclusivamente por personas instruidas en Derecho. Además, se pensaba que el Derecho no requería del entendimiento de otras disciplinas para su estudio. Sin embargo, la historia y la realidad nos han demostrado lo contrario. En el presente artículo, el autor nos demuestra las ventajas que se generan del estudio del Derecho si se presta atención a otras ciencias sociales y no se limita el objeto de estudio exclusivamente al sistema jurídico formal.

No podemos basarnos sólo en el conocimiento legal para solucionar los problemas jurídicos, el Derecho requiere de otras disciplinas para entender mejor los distintos fenómenos que se presentan en la sociedad y así poder regularlos, señala el autor. El Análisis Económico del Derecho permite mirar las cosas desde otra perspectiva, logrando entender los fenómenos en su real complejidad, debido a la amplitud del objeto de estudio de la economía, referido al estudio de las decisiones individuales, y la formación que tienen los economistas. Esto, permite marcar una diferencia respecto de los enfoques legales tradicionales. De ahí el éxito del método económico en el estudio del Derecho.

* Dedico este artículo mi entrañable amigo Freddy Escobar, a quien debo haberlo escrito.

** Este artículo fue premiado en la XV Reunión de la Asociación Latino Americana e Ibérica de Economía y Derecho –ALACDE, organizada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá el 3 y 4 de agosto de 2011.

*** Agradezco los valiosos comentarios realizados a este artículo por Enrique Ghersi, Federico Salazar e Iván Alonso, sin embargo, cualquier error me es imputable.

**** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Chicago. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima; Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo surgió a raíz de una conferencia que dicté en el “Seminario Internacional de Enseñanza del Derecho” que organizó la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la revista *Ius et Veritas* en el mes de agosto de 2010¹. El tema que mi buen amigo, el profesor Giovanni Priori me pidió abordar en esa conferencia fue: “La formación interdisciplinaria del abogado”. Sospecho que el profesor Priori confió en mí para ese encargo porque conoce mi interés por tratar de comprender y entender el Derecho a la luz de otras disciplinas. De hecho, es fruto de ese interés que he dedicado gran parte de mi actividad académica al estudio del Análisis Económico del Derecho, que tiene por propósito aplicar el método económico al análisis de las instituciones jurídicas.

Naturalmente, el solo hecho de que sea profesor de Análisis Económico del Derecho, un curso que tiene por propósito el estudio sistemático del sistema jurídico mediante la aplicación de las herramientas de una disciplina distinta (la economía) es prueba suficiente de cuál es mi posición respecto de si la formación de un abogado debe o no ser interdisciplinaria. En tal sentido, adelanto que considero indispensable que un hombre de leyes tenga una formación interdisciplinaria, es decir, que se eduque en materias distintas a las estrictamente jurídicas, pues ello, como veremos, le permitirá entender mejor los distintos fenómenos que se presentan en la sociedad y que el Derecho regula y, en consecuencia, ser mejor abogado.

Mi defensa de ese tipo de formación, se basa en que el Derecho es, en mi concepto, una disciplina que carece de autonomía. Es decir, es una disciplina que no debe ser entendida como una que deba ser estrictamente estudiada y entendida exclusivamente por gente que únicamente sea instruida en Derecho. Por el contrario, sostengo que es indispensable recurrir al estudio de otras disciplinas que nutren y dotan de contenido al Derecho, al ser justamente las que nos explican el comportamiento de las personas, que es justamente lo que el Derecho pretender regular.

Más aún, es mi parecer que la supuesta autonomía del Derecho no obedece más que a la pretensión de cientificidad que los juristas han querido darle a la ciencia jurídica lo largo de la historia. A tal punto, que hoy entienden al Derecho como un fin en sí mismo, cuando no es más que un medio para lograr ciertos fines sociales.

En esa línea, el propósito de este artículo es explicar el origen de la pretensión que dio origen a la supuesta autonomía disciplinaria del Derecho, para luego explicar por qué es que considero que tal pretensión se sustenta en una posición errada respecto del Derecho como disciplina. Sobre esa base, he construido mi argumentación acerca de las ventajas que se generan del estudio del Derecho si se presta atención a otras ciencias sociales y no se limita el objeto de estudio de éste exclusivamente al sistema jurídico formal. Disciplinas como la lingüística, la psicología, la economía, la sociología, la historia, entre muchas otras, nos ayudan a entender el comportamiento de los individuos y, dado que el fin del Derecho es justamente regular la conducta de las personas, quienes se dedican a estudiar esta materia no puede dar la espalda a las ciencias sociales que precisamente sirven de base para entender por qué las personas (cuyos comportamientos se pretende regular) actúan de tal o cual manera.

Ahora bien, un lector avisado se preguntará: ¿Cuál es la necesidad de escribir un artículo que tenga como propósito argüir que en el estudio del Derecho deba recurrirse al aprendizaje de otras disciplinas? ¿Acaso no es obvio? ¿Hay quienes piensen que un abogado puede desenvolverse en la vida sin tener conocimientos elementales de economía, psicología, historia o, incluso, filosofía? ¿Es que los abogados viven en una sociedad distinta al resto de las personas?

Me temo, sin embargo, que la respuesta a las preguntas planteadas es sí, en todos los casos. Existen abogados (tanto en el ejercicio como en la academia) que se comportan respecto del Derecho como si este fuese un fin en sí mismo y resulta necesario aclararles que, contrariamente a lo que creen, el Derecho no es un fin, es un medio. Más aún, hay quienes

¹ Me refiero al “Seminario Internacional sobre la Enseñanza del Derecho”. Organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y *Ius et Veritas*, del 9 al 11 de agosto de 2010.

creen que el Derecho debe ser entendido, y aplicado, sin prestar atención a las demás ramas que estudian el comportamiento de las personas. Es pertinente dejar sentado que ignorar la utilidad que el conocimiento de otras disciplinas nos brinda para entender el Derecho es darle la espalda a la realidad y, cuando el Derecho le da la espalda a la realidad, ésta se burla de él tornándolo en irrelevante, en inútil, abrogándolo socialmente. En esa línea de argumentación, si bien es indiscutible para algunos que el Derecho debe ser estudiado a la luz de otras ciencias sociales que nos permiten entenderlo mejor y así regular de manera más eficiente el comportamiento de las personas en la sociedad, aparenta ser el caso que muchos han perdido por completo de vista esa idea. Hay, sin lugar a dudas, más de un abogado que se desenvuelve sin contar con las más elementales nociones de economía o filosofía y, curiosamente, los perjudicados somos los que tenemos que tratar con ellos. Son demasiados y parecen vivir una sociedad distinta a aquella en la que actúan el resto de personas, una realidad paralela, un twilight light zone, una dimensión desconocida, en donde todo está en la ley y no en la realidad. En donde el mundo empieza y termina en el Derecho. Es mi convicción, que esa desconexión existente entre los abogados y la realidad que los rodea, ese desfase entre el Derecho formal y el Derecho vivo, es fruto de una tradición errada de la que somos hijos los abogados, que nos ha llevado a creer que el derecho es autónomo, cuando ciertamente no lo es.

Adicionalmente, aprovecharé este espacio para explicar por qué es que el método económico ha tenido tanto éxito en el estudio del derecho. Para ello, destacaré el beneficio de utilizar método del análisis económico como herramienta para estudiar el Derecho, a efectos de ejemplificar como el conocimiento

de otra disciplina puede hacernos, no sólo mejores académicos, sino mejores abogados. Para ello, he optado por analizar cuál es la causa que ha generado esta migración del método económico al estudio de otras disciplinas, por qué ha sido exitosa y cuáles son los beneficios.

Lamentablemente, por motivos de espacio no me extenderé a otras ciencias sociales que, en su interrelación con el Derecho, han generado avances sustanciales en la teoría legal.

Debo aclarar, sin embargo, que no es mi propósito al escribir este artículo desterrar las tesis que partan, se basen o se aproximen a la concepción que señalamos como errada, dado que hay mucho que aprender de ellas. Tan sólo quiero hacer notar a quienes las abrazan, que una concepción más amplia, que una aproximación interdisciplinaria, sólo puede redundar en un mejor entendimiento de la sociedad y por lo tanto del Derecho que la regula.

II. LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO Y SU SUPUESTA AUTONOMÍA DISCIPLINARIA

Existe más de una explicación acerca del origen de la pretendida autonomía disciplinaria del Derecho. El profesor Richard Posner sostiene que esta pretensión de autonomía se originó a raíz de una aspiración constante por parte de los abogados de mantener un monopolio respecto de la hechura y la interpretación de las leyes. Posner nos dice que el origen de la autonomía del Derecho se produjo como una especie de cartel de los abogados para ser los únicos capaces de hacer e interpretar las leyes². Es más, el mismo autor señala que en Inglaterra la autonomía del Derecho fue una herramienta política que los jueces utilizaban para obtener cierta independencia de la Corona en sus decisiones³, por lo que

² Según Posner “[l]a idea de que el derecho es una disciplina autónoma, es decir, un tema apropiadamente encomendado a personas instruidas en derecho y en nada más, fue originalmente una idea política. Los jueces en Inglaterra la usaba para eludir la interferencia del rey en sus decisiones, y los abogados la han utilizado desde tiempos inmemoriales para proteger su monopolio de representar a la gente en materia legal”. POSNER, Richard. “La decadencia del Derecho como disciplina autónoma: 1962 – 1987”. (Traducido por Eduardo Camero). En: ROEMER, Andrés. “Derecho y Economía: una revisión de la literatura”. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 103.

³ En palabras de Sir Edward Coke, “(...) entonces el Rey dijo que la ley estaba fundada en la razón, y que él y otros tantos tenían razón, tanto como los jueces, a lo que yo respondí, que si bien si bien Dios había dotado a Su Majestad de notable habilidad y grandes dotes naturales, Su Majestad no estaba versado en las leyes de su reino de Inglaterra, y que las causas relativas a la vida, las herencias, los bienes o las fortunas de sus

se partía de la idea de que sólo una persona instruida en derecho podía aplicarlo⁴.

Al parecer esta autonomía política o táctica económica con el tiempo mutó a una pretensión de autonomía científica que por cierto se presentó tanto en el Common Law como en el Civil Law, aunque en el primero las críticas a esa postura han causado desviaciones de tal postura que han calado más profundamente en los académicos.

Sobre la base de la explicación de Posner, indagué un poco más sobre el origen de la pretendida autonomía disciplinaria del Derecho y encontré el que creo es el antecedente de esta pretensión en ambos sistemas. Al parecer el origen remoto e incipiente del conceptualismo que pretende hacer del Derecho una disciplina aislada que no requiera de otras para su estudio y entendimiento, encuentra su génesis en el redescubrimiento de las Institutas de Justiniano ocurrido a finales del siglo XI⁵, alrededor del año 1080, en una biblioteca italiana⁶.

Como es sabido, el redescubrimiento de las Institutas fue un suceso que marcó la historia del Derecho occidental profundamente. Fue a raíz de este evento que el Derecho romano (fundamentalmente casuístico), recobró vigencia en toda Europa continental. Ese fenómeno se debió, en gran medida, a la poderosa influencia que por aquella época tenía la Universidad de Bologna, considerada la “madre las de universidades europeas”

por su temprana fundación y el predominio intelectual que ejercía por aquel entonces. En esa casa del conocimiento el estudio del Derecho romano, a raíz del descubrimiento de las Institutas, se volvió materia indispensable en la formación de los abogados durante siglos.

Sin embargo, conforme la ciencia evolucionaba, los círculos científicos se empeñaron en acercar cada vez más las ciencias sociales a las llamadas ciencias exactas. En el siglo XVII esto se agravó a tal grado que se percibía a la geometría como el modelo que la ciencia en general debía seguir⁷. Ello se debió a que la geometría permite derivar teoremas mediante inferencias de axiomas, lo que significaba que el método geométrico sea el camino para una verdad atemporal, exonerada de las dificultades propias del método empírico. De hecho el filósofo racionalista francés René Descartes, uno de los pensadores más influyentes de la época y de la historia, consideraba que la geometría era la ciencia que debía inspirar a todas las demás disciplinas en su pretensión de convertirse en ciencias⁸. Más aún, sus seguidores, los cartesianos, además consideraban, entonces, que el conocimiento empírico (como el estudiado fruto del casuístico Derecho romano) era sinónimo de un conocimiento asistemático, no científico.

Fue en busca de corregir esa esta carencia de cientificidad del Derecho que el sabio Gottfried Wilhem Leibniz⁹ inició –desde muy joven– una búsqueda por encontrar un

súbditos no debían decidirse mediante la razón natural, sino por medio de la razón artificial y el juicio de la ley, y que la ley requiere largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda obtener su conocimiento y que la ley era la medida para resolver las causas de los súbditos y la que mantenía a su majestad a salvo y paz”. Citado por POSNER, Richard. Op. Cit. nota al pie 1.

⁴ Ibid. p. 103.

⁵ El desarrollo histórico que se detalla en esta sección se basa en un artículo previo en el que se desarrolla un recuento histórico del conceptualismo jurídico para explicar la inexacta apreciación que se tiene en el Perú respecto del fideicomiso. Al respecto ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. “Categorías, esquemas y sombras: El caso de fideicomiso peruano”. En: *Advocatus* 19. pp. 85-100.

⁶ Al respecto ver: BERMAN, Harold J. “Law and Revolution”. Cambridge: Harvard University Press. 1983. p. 123.

⁷ BERKOWITZ, Roger. “The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition”. Cambridge – London: Harvard University Press. 2005. p. 17.

⁸ El objetivo de René Descartes era “(...) hacer de la filosofía una especie de matemática universal, una ciencia de la cual se consigo todo a partir de los conceptos más sencillos, por vía de una deducción estricta”. Ver: STÖRIG, Hans Joachim. “Historia universal de la Filosofía”. Madrid: Tecnos. 2004. p. 358.

⁹ Gottfried Wilhem Leibniz fue hombre polifacético, nacido en 1646 y muerto en 1716, fue abogado, físico, filósofo, geómetra, ingeniero y político, vivió en el Imperio Austro-Húngaro. Su legado en materia jurídica es más influyente de lo que comúnmente se reconoce. BERKOWITZ, Roger. Op. cit. No solo eso, Leibniz es además considerado como el verdadero fundador de la filosofía alemana, en palabras de Störig “[s]u carácter polifacético y sus sobresalientes logros en casi todos los dominios de la ciencia no tienen parangón en la historia intelectual de Alemania”. Ver: STÖRIG, Hans Joachim. Op. cit. p. 377.

método que le permitiese dotar al Derecho de la sistematicidad que le ofreciese la cientificidad de la que carecía¹⁰. Empeñado en esta titánica tarea, Leibniz se aventuró en el diseño de un método que permitiese, respecto del Derecho, la obtención de un conocimiento verdadero y atemporal que estuviese sostenido sobre las columnas de la ley natural¹¹. La pretensión de Leibniz, común a los científicos de su época era que su método fuese exacto de modo tal que nadie pudiese dudar de su existencia y autoridad¹². Para ello se basó en el principio de la razón suficiente e impulsó un cambio trascendental en el foco de atención del estudio del Derecho: en lugar de conocer lo que la ley, había que conocer las razones, bases y justificaciones de eso que la ley establecía¹³. Nótese que si bien esto parece una idea muy razonable, no lo es. El problema de este tipo de aproximaciones, y el caso de Leibniz no fue la excepción, es el punto del que parten. Leibniz pretendió, siguiendo a Descartes, aplicar un método geométrico, para ello partió de un axioma según el que el derecho debía basarse en el ideal de justicia según la voluntad de Dios (un punto de partida que es absolutamente imposible de conocer y demostrar). Con esto en mente Leibniz se embarcó en la elaboración de un código científico estructurado geoméricamente¹⁴. Esto marcó una gran diferencia con los códigos y las leyes de la antigüedad que eran casuísticos en muchos casos –como las Institutas de Justiniano– o una colección de leyes válidas –como el Código de Hammurabi–. Así, el Código de Leibniz, llamado Codex Leopoldus en honor al emperador Leopoldo I del Imperio Austro-Húngaro, era un código

científico consistente en un repertorio de normas válidas sistemáticamente ordenadas, que podían ser lógicamente deducidas de principios fundamentales¹⁵. Bajo esta pretendida cientificidad Leibniz organizó este cuerpo normativo sobre la base de axiomas y teoremas, de tal forma que, tal cual como en la geometría que permite que los más diversos teoremas podían ser explicados a partir de unos cuantos axiomas geométricos elementales, las reglas legales contenidas en dicho código podían ser lógicamente derivadas de unos pocos principios de justicia.

El objetivo declarado del sabio no era otro que reducir todo el Derecho romano a sus principios generales (axiomas) para que se pudiese, mediante procedimientos lógicos, derivar de tales principios todas las reglas legales que la comunidad necesitase (teoremas), de modo tal que cualquier persona que conociera los axiomas (que no eran numerosos) pudiese resolver el más intrincado problema legal a través de un sencillo proceso deductivo¹⁶.

Para la mala fortuna de Leibniz, el Emperador Leopoldo I rechazó su pedido de promulgar el Codex Leopoldus como la ley suprema del Imperio Austro-Húngaro. Empero, sin saberlo este sabio había creado una obra monumental que marcó para siempre el destino de una buena parte de la humanidad y el desarrollo del Derecho en el mundo occidental. Su método cientificista no sólo inspiró a la Escuela Histórica, que tuvo en Friedrich Carl von Savigny¹⁷ a su principal exponente, sino que se vio finalmente reflejado en la

¹⁰ Si bien nuestra investigación nos ha conducido a considerar a Leibniz como el primero en conceptualizar el Derecho como un sistema de estrictamente conceptual, debe mencionarse que antes Hugo Grocio ya consideraba al Derecho como un sistema que procedía de la recta razón.

¹¹ Para ir a la fuente original puede consultarse: LEIBNIZ, G.W. "Escritos de Filosofía Jurídica y Política" Madrid: Editorial Biblioteca Nueva. 2001.

¹² BERKOWITZ, Roger. Op. cit. p. 7.

¹³ BERKOWITZ, Roger. Op. cit. Loc. cit.

¹⁴ Es probable que los trabajos de Erhard Wiegel, que además de ser el maestro de Leibniz en teoría de la probabilidad y un erudito en aritmética, tenía profundos conocimientos sobre jurisprudencia, hayan influenciado en este el sabio Leibniz en su pretensión de combinar geometría y leyes. Para mayor referencia: HACKING, Ian. "El Surgimiento de la Probabilidad". Barcelona: Editorial Gedisa. 2005. pp. 109 y siguientes.

¹⁵ BERKOWITZ, Roger. Op. cit. pp. 20 y 21.

¹⁶ *Ibid.* p. 26.

¹⁷ Una referencia acerca de la importancia de la obra de Leibniz como antecedente de los esfuerzos de Savigny por dotar de autonomía conceptual al derecho puede encontrarse en: LARENZ, Karl. "Metodología de la Ciencia del Derecho" Traducido por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Editorial Ariel. 1994. p.28. Advertimos que una lectura de Karl Larenz debe ser cauta dada su marcada inclinación por el nacionalsocialismo. A este respecto puede consultarse a: LA TORRE, Massimo. "La Lucha contra el Derecho Subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho". Madrid: Editorial Dyjinson. 2008.

arquitectura del Bürgerliches Gesetzbuch – BGB¹⁸ y en la escuela de la jurisprudencia de conceptos¹⁹, cuyos aportes al pensamiento jurídico moderno, además de ser innegables y ampliamente conocidos, siguen siendo los pilares sobre los que el Derecho romano germánico está basado.

La influencia que el pensamiento de Leibniz tuvo sobre Savigny fue de tal magnitud que este último llevó la pretensión de un sistema orgánico y científico que pueda explicarse en su totalidad sobre la base de las normas y los institutos que lo compongan a ser el centro de su teoría. Al efecto, Karl Larenz señala con precisión que “[d]esde un principio es característico en Savigny exigir una combinación del método “histórico” y el “sistemático”. El primero considera la génesis de cada ley precisamente en una situación histórica determinada. El segundo intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que les sirven de base”. Añadiendo además que lo que perduró de él fue “(...) junto con su perspectiva histórica, la idea de sistema con significado

de un sistema “científico” formado a partir de conceptos jurídicos (...)”. Esta curiosa mezcla de sistemática e historicismo en Savigny se debió, probablemente, a la influencia que Georg W. Friederich Hegel²⁰ tuvo por aquella época²¹.

Esta concepción de científicidad se agravó con Puchta y la llamada “genealogía de conceptos”, que sentó las bases para el conceptualismo jurídico en adelante. En palabras de Larenz “[f]ue Puchta quien, con clara firmeza, encaminó la Ciencia del Derecho de su tiempo por la vía del sistema lógico en el sentido de una “pirámide de conceptos” y, de este modo, decidió su evolución hacia la jurisprudencia formal de conceptos”.

La “genealogía de conceptos” de Puchta consistía en una pirámide conceptual, en la cual se contenían todos los conceptos jurídicos, siendo que los conceptos menores derivaban de los mayores en el marco de una estructura absolutamente lógica²². Como puede apreciarse, bajo este método, el Derecho es una ciencia que mira hacia adentro y no hacia afuera. Todo lo que se requiere para estudiar

¹⁸ *Ibid.* p. 137 y siguientes. Para un detalle de la evolución de la metodología del Derecho de Savigny en adelante puede consultarse el trabajo de LARENZ. *Op. cit.* pp. 31-38.

¹⁹ Por “jurisprudencia de conceptos” nos referimos al método perfeccionado por Puchta basado en la estructuración de una pirámide de conceptos jurídicos sobre la base de la lógica formal. Ver: LARENZ. *Op. cit.* pp. 39-44.

²⁰ Para entender el pensamiento jurídico de Hegel ver: HEGEL, Georg W. Friederich. “Filosofía del Derecho”. Buenos Aires: Claridad. 2009. Para una crítica devastadora del pensamiento hegeliano en general, ver: POPPER, Karl. “La Sociedad Abierta y sus Enemigos”. España: Paidós Básica. 2010. pp. 199-267.

²¹ Indica Larenz que “Hegel había acometido la empresa de mostrar lo “verdadero” como el “todo”, es decir, como el movimiento del concepto “concreto” que gira sobre sí mismo, tanto incluyendo como anulando lo opuesto. En el prefacio a la Filosofía del Derecho figura la expresión “arquitectónica de la racionalidad” del Estado como la “rica articulación de la Moral en sí”. El “sistema” significaba aquí, por tanto, mucho más que solamente la claridad y la fácil dominabilidad de la materia; significaba el único modo posible en que el espíritu cognoscente es capaz de asegurarse de la verdad: el criterio de la “racionalidad” interna, la ineludible exigencia de auténtica científicidad. De a ello, Savigny, quien no fue inmune a la filosofía de su tiempo, acentuó desde un principio, junto al carácter “histórico” de la Ciencia del Derecho y con igual peso, su carácter “filosófico” o sistemático. Casi todos los juristas alemanes importantes del siglo XIX le han seguido en la alta estimación del valor del sistema científico”. LARENZ. *Op. cit.* p. 39. El pensamiento de Savigny, sin embargo, es sumamente difícil de etiquetar, dado que si bien propone un sistema rigurosamente conceptual, sostiene también que el derecho emana del “Espíritu del Pueblo”, bien podría ser considerado, en alguna medida, un protoevolucionista, lo que lo sitúa, en ese respecto, en las antipodas de Hegel.

²² Larenz nos dice que “[l]a “genealogía de los conceptos” indica, por tanto, que el concepto supremo, del que son derivados todos los demás, codetermina con su contenido todos los restantes. Pero, ¿de dónde proviene el contenido de este concepto supremo? Este concepto tiene, por cierto, que tener un contenido, si es que de él se han de obtener determinados enunciados; y este contenido no debe provenir de los conceptos de él derivados, de lo contrario todo sería un círculo vicioso. Para Puchta ese contenido proviene de la Filosofía del Derecho; de este modo consigue el firme punto de partida desde el cual puede edificar deductivamente todo el sistema y, con ello, derivar también nuevas normas jurídicas. Ahora bien, el a priori jurídico-filosófico del sistema de Puchta es, más en concreto, el concepto kantiano de libertad. De él deriva Puchta, en los §§ 1 al 6 de su *Cursus der Institutionen* el concepto de sujeto es de derecho como una persona (en sentido ético), y el de derecho subjetivo como poder jurídico de una persona sobre otra. Sólo después que, en cierto modo, ha colgado la cúspide de la pirámide de conceptos en el firmamento de la Ética, Puchta desciende desde allí al terreno del Derecho positivo y hasta los últimos subconceptos jurídicos, con lo cual el contenido ético del

los fenómenos jurídicos está en la pirámide de conceptos y no en factores externos a ésta.

Sostiene Larenz, acertadamente en mi opinión, que “Puchta, al haber abandonado la relación, subrayada por Savigny, de las “reglas jurídicas” con el “instituto jurídico” a ellas subyacente, en beneficio de la formación abstracta de conceptos, y al haber sustituido por el procedimiento lógico-deductivo de la “Jurisprudencia de conceptos” todos los otros métodos –y no en último término el de una interpretación y desarrollo del Derecho orientados al fin de la ley y a la conexión de sentido de los institutos jurídicos–, preparó el terreno del “formalismo” jurídico dominante durante más de un siglo (...)”²³.

La posición de Puchta fue luego refutada por uno de sus discípulos, Rudolf von Ihering, quien renegó del excesivo conceptualismo²⁴ que la llamada ciencia jurídica había alcanzado; sin embargo, tales críticas no calaron lo suficientemente hondo en el estudio de los sistemas del Civil Law. El caso de Ihering es curioso, el sabio jurista alemán tuvo dos etapas marcadas, durante la primera fue un seguidor de Puchta, llegando incluso a comparar al Derecho con la química²⁵, durante la segunda, se volvió su crítico más mordaz²⁶.

Los juristas posteriores a Savigny y Puchta siguieron sus pasos, el principal fue quizás Windscheid (contemporáneo y amigo de Ihering) que también guió su pensamiento sobre la base del “historicismo” y el “racionalismo”²⁷ y lo impregnó en el BGB. No ahondaremos en la historia más reciente, por motivos de espacio, pero es una verdad innegable que la historia del Civil Law durante los últimos dos siglos debe en gran parte a estos juristas alemanes sus cimientos.

Esta concepción científicista no fue exclusiva del Derecho romano-germánico, sino que también invadió al Common Law. En siglo XVIII en Inglaterra, William Blackstone pretendió demostrar en su famoso tratado *Commentaries on the Laws of England* que el Common Law tenía orden interno y fundamentos racionales que podían explicar, desde una perspectiva lógica, todas las soluciones legales²⁸.

Los Estados Unidos de Norteamérica tampoco fueron ajenos a esta pretensión de autonomía científica, como apunta Kronman, en la famosa Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, el reputado profesor Christopher Columbus Langdell implantó durante los últimos lustros del siglo XIX el método

concepto de que ser parte se diluye por naturaleza constantemente y palidece hasta la incognoscibilidad. Con ello, y éste es el fallo decisivo de la Jurisprudencia formal de conceptos, las normas jurídicas particulares –por ejemplo sobre la servidumbre o cualquier otro instituto jurídico– no se enjuician según su fin especial y según su función en la conexión de sentido del instinto jurídico respectivo o según una relación más amplia, sino sólo según el escalón en que han de clasificarse en la pirámide de conceptos”. *Ibid.* p. 42.

²³ *Ibid.* p. 44.

²⁴ Quizás una de las piezas jurídicas más maravillosas de la historia sea el famoso ensayo de Rudolf von Ihering titulado “En el Cielo de los conceptos jurídicos, Una fantasía”, en el que el autor hace una crítica al conceptualismo dotada de profundidad y humor. Al respecto ver: IHERING, Rudolf. “Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica”. Madrid: Editorial Cívitas. 1987. pp. 215-264.

²⁵ Este pasaje gráfica el pensamiento de Ihering durante su primer periodo: “Compara Ihering la Jurisprudencia dogmática con otra ciencia, a saber, con la Química. La ciencia sistemática del Derecho es la “Química jurídica, que busca los cuerpos simples (!)”. Al “volatilizar en conceptos” la “materia dada” (ésta lo son las reglas jurídicas), la construcción jurídica proporciona “el paso de Derecho desde el estado inferior de agregado al superior”. La transformación, que con ello sobreviene, consiste en que “la materia deja completamente la forma práctica e imperativa inmediata” y adopta “la figura de un cuerpo jurídico” (!). Los “cuerpos jurídicos” –de tales califica Ihering los conceptos fundamentales simples obtenidos por análisis lógico y abstracción– son ahora dotados por él de ciertas propiedades y considerados capaces de ciertos efectos. El operar del pensamiento con estos “cuerpos”, producidos en cierto modo químicamente, lo denomina ahora Ihering, bastante extrañamente, “método histórico-natural” de la Jurisprudencia. De él espera, como ya se indicó, no sólo el facilitar el dominio de la materia, sino que, según él, conduce también a un descubrimiento de normas jurídicas antes no conocidas. Muchas de éstas no deben su origen a una necesidad práctica cualquiera, sino “sólo a la consecuencia o necesidad jurídicas”; “existen”, porque “no pueden existir”. LARENZ. Op. cit. p. 47.

²⁶ Larenz refiere que Ihering, durante su primer periodo “(...) no sólo acepta la Jurisprudencia formal de conceptos y de construcción de Puchta, sino que incluso la culmina, en el segundo periodo, la persiguió con burla mordaz e intentó sustituirla por una nueva perspectiva”. LARENZ. Op. cit. p. 45.

²⁷ *Ibid.* pp. 48-56.

²⁸ Ver SUTHERLAND, Arthur. “The Law at Harvard”. Cambridge: Harvard University Press. 1967. pp. 24 y siguientes.

geométrico de Leibniz, aspirando a construir un sistema teórico cartesiano que explicará, desde una perspectiva que pretendía ser lógica, todas las decisiones judiciales a partir de unos cuantos principios fundamentales²⁹. En palabras de Posner, Langdell “[d]ijo que los principios del derecho podrían inferirse de las opiniones judiciales, de tal manera que la instrucción pertinente de los estudiantes de derecho consistía en la lectura y comparación de opiniones y el conocimiento pertinente era el que dichas opiniones contenía. Creía que este procedimiento era científico, pero no lo era, de ningún modo, en el sentido moderno. Era una forma de platonismo; tal como Platón consideraba las sillas particulares como manifestaciones o aproximaciones del concepto “silla”, Langdell consideraba las decisiones particulares en el derecho contractual como manifestaciones o aproximaciones del concepto “contrato”³⁰.

Esta visión del Derecho fue unánimemente aceptada en los Estados Unidos de Norteamérica por un breve periodo. No obstante, Oliver W. Holmes, no le dio mucho tiempo de tregua y se convirtió en su crítico más feroz. Para Holmes el derecho no era más que una herramienta para alcanzar fines sociales y no una ciencia. Holmes consideraba que el entendimiento del Derecho requería de una comprensión sobre el funcionamiento de la sociedad³¹, que es además, la base para las corrientes que el realismo jurídico generaría más tarde³². Eso originó que se genere una consciencia en los estudiosos del Common Law respecto de la carencia de autonomía

del Derecho y que se promueva su estudio interdisciplinario³³. Es además a raíz de las implacables críticas de los seguidores de Holmes al método implantado por Langdell que éste, poco a poco, ha ido perdiendo vigencia.

Sin embargo, Posner acusa que el pensamiento de Holmes no llegó a extinguir la concepción que se tenía del Derecho como disciplina autónoma planteada por Langdell. En sus palabras porque “(...) Holmes mismo estaba empapado del pensamiento filosófico, tanto ético como epistemológico, de finales del siglo XIX, en particular por el darwinismo social y del pragmatismo de Charles Peirce. Sin embargo, la lección sugerida por su carrera (...) era que un pensador del derecho debía tener una formación amplia y ser culto e intelectualmente rico (más que meramente hábil en la analítica de la doctrina impartida por Langdell y sus sucesores) y no en que alguna de las claves para el entendimiento del derecho estuviera en posición de alguna disciplina distinta al derecho”³⁴.

Así entonces, el legado de Holmes (y de los realistas jurídicos que se inspiraron en él) consistió en hacerle notar al estudioso del Derecho que requería de conocimientos de diversas materias distintas a la estrictamente jurídica para poder entender y aplicar el Derecho. A diferencia de los días de Langdell, no bastaba que los estudiantes se dedicasen sólo al estudio de textos legales o resoluciones judiciales, sino que debían ser capaces de entender lo que ocurría en la realidad³⁵.

²⁹ Ver: KRONMAN, Anthony. “The Lost Lawyer”. Cambridge – London: The Belknap Press of Harvard University Press. 1993. p. 171.

³⁰ POSNER, Richard. Op. cit. p. 103.

³¹ Oliver Wendell Holmes, Jr., ha sido, sin lugar a dudas, el juez más influyente de los EE.UU., además de sus sentencias judiciales, que son históricas, puede consultarse su obra magna: HOLMES, Jr. Oliver W. “The Common Law”. New York: Dover Publications. 1991. Para una excelente selección de textos de Holmes puede consultarse la recopilación de POSNER, Richard A. “The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.”. Chicago: The University of Chicago Press. 1992.

³² En palabras de Posner: “Holmes pensaba que el futuro de los estudios jurídicos pertenecían al economista y al estadístico más que al hombre de “letra gótica”. POSNER, Richard. Op. cit. p. 103.

³³ Para un recuento de cómo se produjo este fenómeno respecto del Common Law en los Estados Unidos de Norteamérica puede revisarse a POSNER, Richard. Op. cit.

³⁴ *Ibid.* pp. 103-104. Charles S. Pierce fue un influyente filósofo estadounidense del siglo XIX, precursor del pragmatismo.

³⁵ Posner refiere que, durante su tiempo como estudiante, en la década de 1960-70, “[a] diferencia de los días de Langdell, una diferencia que era el legado de Holmes y de los realistas jurídicos, la ley era ahora reconocida como un instrumento de control deliberado de control social, por lo que había que saber algo acerca de la sociedad para ser capaz de entender, criticar y mejorar la ley”. *Ibid.* p. 104.

Fue entonces el poderoso pensamiento Holmes y de los realistas que lo sucedieron, los que sirvieron de base para el estudio interdisciplinario del Derecho que a partir de la segunda mitad del siglo pasado empezó con una gran fuerza y mucho éxito en los Estados Unidos de Norteamérica y que con el tiempo se ha ido propagando por todo el globo, dado el natural poder expansivo que las grandes ideas tienen.

No obstante, no puedo dejar de confesar lo anecdótico que resultó el sueño de Leibniz. Este sabio pretendió acercar la ciencia del derecho a la justicia y desenlace de su esfuerzo fue el contrario al deseado. Gracias a su influencia la concepción y la metodología de estudio del Derecho que actualmente tenemos es absolutamente cientificista, opera sobre la base de axiomas y teoremas conectados mediante procedimientos lógico formales, que privilegian la forma sobre la sustancia, la coherencia deductiva sobre lo económicamente eficiente o moralmente exigible; en suma, es el pretendido “conocimiento científico” sobre la justicia³⁶. Esto ha creado que la concepción científica del Derecho –fruto de la creencia de su autonomía como disciplina– se base en una supra-realidad en la que los problemas con relevancia legal son explicados y tratados, no en función de costos, beneficios, incentivos, desincentivos, valores, entre otros, sino en función de conceptos legales. Es decir, el Derecho mira hacia adentro y no hacia afuera para resolver los conflictos sociales³⁷.

III. LA FALTA DE AUTONOMÍA DEL DERECHO

Como puede apreciarse el origen de la concepción del Derecho como una disciplina

autónoma, al igual que su concepción cientificista deriva un proceso histórico que lamentablemente caló más profundamente en el Civil Law que en el Common Law, más que de una cualidad propia de la disciplina.

El Derecho está indudable e íntimamente ligado a la política, al punto que cuando no hay diferencias políticas el Derecho da la apariencia de ser una disciplina absolutamente técnica y objetiva³⁸. Sin embargo, cuando no existe consenso político el Derecho es fuente de debates interminables sobre cuál debe ser la ley y cómo debe aplicarse o interpretarse³⁹. En tal sentido, fue fruto de la falta de consenso político que la creencia en la autonomía disciplinaria del Derecho decayó en los Estados Unidos de Norteamérica durante los últimos cuarenta años. Con los años, tras el fin de la Guerra Fría, el estrecho espectro político de los Estados Unidos de Norteamérica se amplió, lo que generó que los académicos de las más diversas materias tuviesen posiciones políticas diametralmente opuestas. Esto no sería un problema, si en el Derecho – como en la química– la política no tuviese relevancia alguna. En las ciencias naturales, la falta de consenso político no se afecta a la ciencia en sí, una discrepancia política entre dos químicos no afectará la visión que tengan de su disciplina, mientras que la falta de consenso entre dos hombres de leyes sí hará que sus posiciones respecto de un mismo problema legal sean distintos. Esto se debe a que la química no está confinada a la política, mientras que el Derecho sí lo está. Al ser esto así, no podemos confiar en basarnos sólo en el conocimiento legal para solucionar

³⁶ Como bien indican Kevin Gray y Susan Francis Gray, “[t]he essence off an axiomatic structure is, of course, that ‘axioms’ (or ‘fixed postulates’) enjoy a fundamental and autonomous status within the scheme. An axiomatic proposition is a raw datum whose validity is assumed, never proved. One can no more seek to ho behind an axiom than one may question why, in a game of chess, the knight or the bishop moves in the peculiar ways these pieces do. It is irrelevant that the axiom in question is morally neutral or indifferent and that no evil of any kind would ensue from a denial of its validity. Axioms are simply immune from rational challenge. To knock at an axiom is to want to play a different game; and to alter an axiom is already to have begun a different game”. Ver: “The Rhetoric of Reality”. En: Rationalizing Property, Equity and Trusts. Essays in Honour of Edward Burn. Editor: GETZLER, Josua. “Lexis Nexis”. 2003. pp. 208 y 209.

³⁷ Esta afirmación es muy parecida que la realizada en un trabajo previo. Al respecto ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. Op. cit. p. 93.

³⁸ POSNER, Richard. Op. cit. p. 106.

³⁹ De hecho, la teoría de la elección pública se dedica a estudiar, desde una perspectiva económica, el fenómeno de la creación de las leyes. El libro capital en esta materia es: BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. “The Calculus of Consent”. Michigan: University of Michigan Press. 1962. Hoy la literatura sobre esta materia es abundante, para un recuento puede consultarse el trabajo de GARCÍA GARCÍA, José Francisco. “El proceso legislativo sin romance: Implicancias para el diseño constitucional chileno”. En: Revista Ius et Praxis 2. Año 14. pp. 489-522.

los problemas jurídicos⁴⁰. Si la posición política de las personas es determinante en su entendimiento de la ciencia jurídica, entonces, ésta no es autónoma, depende necesariamente de al menos otra disciplina, la política; y, por ende requeriremos de otras herramientas para poder solucionar los problemas jurídicos, de lo contrario, estaríamos a merced las de convicciones políticas de los operadores jurídicos.

Lo mismo ocurre en el Civil Law, el problema es que a diferencia de lo que ocurrió en el Common Law, aún se considera al Derecho como una disciplina autónoma y existe una gran resistencia a aceptar su carácter interdisciplinario.

No obstante, el Derecho no sólo está ligado a la política, sino que también lo está a la filosofía, pues ésta se ocupa justamente de los temas que aquél pretende regular. Es propia de la filosofía la discusión acerca de qué debemos entender por justicia⁴¹, que además es central para el Derecho, al punto que John Rawls, unos de los principales

filósofos de la actualidad, sostiene que "(...) las leyes y las instituciones, sin importar qué tan eficientes y bien organizadas estén, deben reformarse o derogarse si son injustas"⁴², acepción que si bien es comúnmente aceptadas por gran parte de la academia jurídica es tautológica, pues no existe una teoría sobre la justicia que sea universalmente aceptada⁴³. También son materias que conciernen a la filosofía moral la pena capital, el aborto, los derechos de los pobres, entre tantas otras de las que el derecho se ocupa⁴⁴.

En realidad, el declive del consenso político dio paso a una nueva tendencia, consistente en el auge del estudio de disciplinas complementarias a éste⁴⁵. Siendo que el Derecho debe recurrir necesariamente disciplinas externas para nutrirse de éstas tanto en su creación como en su aplicación, es que consideramos que es interdisciplinario, es decir, que debe ser estudiado conjuntamente con otras disciplinas y no ser sólo atendido por personas que sean exclusivamente instruidas en Derecho.

⁴⁰ En palabras de Posner "[l]os sustentos de la fe en la autonomía del derecho como disciplina se eliminaron en el último cuarto de siglo. Primero, el consenso político asociado con el "final de la ideología" se hizo añicos. El espectro de opinión política en las facultades de derecho, que en los años sesenta ocupaba una franja delgada entre un liberalismo moderado y un conservadurismo moderado, se expande hoy desde el marxismo, el feminismo, el nihilismo de izquierda y el anarquismo, a la izquierda, hasta el liberalismo económico y político y el fundamentalismo cristiano, a la derecha. Incluso si cortamos los extremos, permanece un área central muy amplia que va, digamos, desde Ronald Dworkin a la izquierda hasta Robert Bork a la derecha, ambos figuras completamente respetables del sistema que, sin embargo, están tan distantes ideológicamente entre sí que no existen puntos comunes entre ellos. Ahora sabemos que si presentamos un problema legal a dos pensadores en derecho igualmente distinguidos, escogidos al azar, obtendremos soluciones completamente incompatibles, por lo que evidentemente, no podemos basarnos sólo en el conocimiento legal para proveer soluciones definitivas a problemas legales.

La destrucción del consenso político no importaría si las leyes estadounidenses estuvieran confinadas a temas no políticos; la química no ha dejado de ser una disciplina autónoma sólo porque ahora hay más diversidad política entre los químicos que hace 30 años". POSNER, Richard. Op. cit. p. 107. Advertimos que en este pasaje Posner utiliza el término liberalismo para referirse a la izquierda estadounidense, que en el resto del mundo sería considerada social demócrata. Por eso luego, al referirse a la derecha utiliza el término "liberalismo económico y político". Para una explicación del porqué en Estado Unidos de Norteamérica a diferencia del resto del mundo, a los socialistas se les llama "liberals" puede consultarse a CUBEDDU, Raimondo. "Atlas del Liberalismo". Madrid: Unión Editorial. 1999. pp. 121 y siguientes.

⁴¹ Para un buen trabajo sobre los diversos conceptos de "justicia" que existen es recomendable el trabajo de SANDEL, Michael J., Justice: What's the right thing to do?, New York: Farrar, Straus and Giroux. 2009.

⁴² RAWLS, John. "A Theory of Justice". Cambridge: The Belknap Press of the The Harvard University Press. 1971. p. 3. La cita original en inglés señala que "(...) laws, no matter how efficient or well-arranged must be reformed or abolish if they are unjust". Sin embargo, dejamos en constancia de nuestra discrepancia con John Rawls acerca de lo que él califica como justicia en su obra. No me ocuparé de este tema en este artículo por motivos de espacio.

⁴³ Esta denuncia es formulada por BRENNER, Reuven. "Economía: ¿Una ciencia imperialista?". En: ROEMER, Andrés. "Derecho y Economía: una revisión de la literatura". México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 96.

⁴⁴ POSNER, Richard. Op. cit. p. 108.

⁴⁵ Ibidem.

Esta afirmación no debe sorprendernos en lo absoluto. Encontrándose el Derecho “[c]arente de una autonomía intelectual real” está naturalmente abierto a inclusiones de otras ramas del saber⁴⁶, pero no son sólo la filosofía y la política, las disciplinas de las que se nutre el Derecho, también lo son la sociología, la historia, la psicología, la lingüística, la lógica, la estadística, la economía, entre tantas otras. Por motivos de espacio y limitaciones de conocimiento no me ocuparé de todas éstas y sólo me centraré, brevemente además, en la economía como disciplina que puede servirnos para estudiar, entender y aplicar el Derecho, explicando porqué es que ha tenido tanto éxito el uso del método económico en el análisis de las instituciones jurídicas en el último medio siglo.

IV. EL MÉTODO ECONÓMICO Y LA COMPETENCIA ENTRE LAS CIENCIAS SOCIALES

Es impresionante la evolución que el uso de herramientas económicas ha experimentado en el estudio del Derecho. Desde la aparición del famoso artículo del profesor Ronald H. Coase acerca del problema del costo social en 1960⁴⁷ a la fecha la enseñanza del análisis económico de derecho en el mundo se ha incrementado exponencialmente. Existen múltiples causas para explicar el éxito que el empleo de la teoría económica al estudio del Derecho ha tenido. Aquí sólo esbozaré

algunas de ellas que tienen que ver con las virtudes metodológicas de la economía.

Creo relevante para explicar este fenómeno partir de la falta de rigurosidad del Derecho como disciplina, pues éste, como bien indicó Stigler, “[...] no tiene una teoría propia de los procesos legales comparable a la teoría de los procesos económicos [...]”⁴⁸. El Derecho no es tan riguroso, ni empírico como la economía⁴⁹, que está dotada además de elementos estadísticos⁵⁰ que permiten demostrar la veracidad (siempre sujeta a falso como en toda ciencia) de sus predicciones⁵¹.

Eso se debe al amplio espectro de campos que la economía ha logrado abarcar, siendo que hoy no sólo se ocupa de los fenómenos que comúnmente han sido materia de estudio por parte de los economistas (como el estudio de los mercados monetarios, por ejemplo), sino que su campo de estudio se ha extendido a todos los comportamientos humanos en general. No es un secreto que durante los últimos cincuenta años, en gran medida gracias al influyente y sistemático trabajo de los miembros de la Escuela de Chicago⁵², la economía ha servido, más que ninguna otra ciencia, para entender los más diversos fenómenos del comportamiento humano, desde el consumo de drogas hasta el matrimonio, desde el crimen hasta el altruismo⁵³.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 109.

⁴⁷ COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost”. En: *Journal of Law and Economics* 3. 1960. pp. 1-44. George Stigler señaló respecto de la influencia de Coase que “[i]n the field of law and/or economics, B.C. means Before Coase. B.C., the economists paid little attention to most branches of law. A.C., “The Problem of Social Cost” became the most cited article in the literature of the field, perhaps in the entire literature of economics. Law, like other social institutions, came to be viewed by economists as an instrument for the organization of social life. Coase reminded economists and taught lawyers that, in a word exchange by agreement determine its scope. Because agreements can be costly, many will not be struck, and these unachieved agreements will have been inhibited by the smallness of the benefits or the largeness of the costs of agreement”. Al respecto ver: STIGLER, George. “Law or Economics?”. En: *The Journal of Law and Economics* 2. Trigésimo Quinto Volumen. 1992. p. 456.

⁴⁸ STIGLER, George. “El análisis económico de las políticas públicas: una súplica a los académicos”. En: ROEMER, Andrés. “Derecho y Economía: una revisión de la literatura”. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 600.

⁴⁹ POSNER, Richard. *Op. cit.* p. 108.

⁵⁰ STIGLER, George. *Op. cit.* p. 604.

⁵¹ Sobre el método del análisis económico puede consultarse a COLE, Julio. “La Metodología del Análisis Económico y Otros Ensayos”. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín – Unión Editorial. 2044. pp. 13-33. Sobre los métodos de estudio científico en general es capital el trabajo de POPPER, Karl. “La lógica de la investigación científica”. Segunda Edición. Madrid: Tecnos. 2008.

⁵² Para una magnífica historia, y un detalle de la influencia, de esta escuela de pensamiento económico puede consultarse a: VAN OVERTVELDT, Johan. “The Chicago School”. Chicago: Agate Imprint. 2008.

⁵³ Ver: BECKER, Gary. “The Economic Approach to Human Behavior”. Chicago: The University of Chicago Press. 1976.

Sin embargo, no haré un recuento de los diversos aportes que el uso del análisis económico del derecho como herramienta metodológica ha generado, pues para ello más que un ensayo se requeriría un tratado. Solamente procuraré explicar a qué se debe este triunfo del enfoque económico como instrumento para entender el comportamiento humano y la gran acogida que ha tenido en el campo de las ciencias sociales, especialmente en el derecho, explicando a su vez, su notoria e indiscutible utilidad.

Es mi creencia que el éxito que ha experimentado el método económico como forma de análisis adoptada para el estudio de otras disciplinas es producto de la competencia, es decir, es consecuencia de un proceso económico. Me explico. Entre las ciencias sociales existe una competencia por responder un conjunto similar de preguntas y/o explicar un conjunto muy parecido de fenómenos sociales. Es en función de la capacidad de cada disciplina para responder con mayor acierto a tales interrogantes que las personas deciden migrar o no a una de éstas, recurriendo al uso de las herramientas que ofrece. Es decir, es en función de la competencia entre las ciencias sociales que se determinan sus fronteras⁵⁴.

Como es obvio, las disciplinas que estudian el comportamiento de los individuos en sociedad tienen naturalmente enfoques diferentes respecto de su objeto de estudio, de otra forma no serían disciplinas distintas. Esto genera que los demandantes de conocimiento optemos por una u otra en función de las ventajas que ofrecen para nuestros propósitos. En palabras de Brenner “[l]a existencia de disciplinas en competencia implica que no hay un punto de vista único, generalmente aceptado, acerca de la naturaleza de los fenómenos que cada una de estas disciplinas trata de explicar”⁵⁵.

En tal sentido, la extensión de un campo de estudio se determina en función de la amplitud o constricción del rango de preguntas que pretenden resolver los especialistas de esa disciplina. Tal rango es a su vez ampliado de acuerdo a la utilidad que espera obtener el estudioso de la disciplina de que se trate, al resolver las preguntas formuladas, lo que está estrechamente ligado a la carencia de los estudiosos de otras disciplinas de proveer al mercado de ideas, respuestas satisfactorias respecto de esas mismas preguntas⁵⁶.

En el caso de la economía existen algunas razones singularmente importantes para explicar el éxito que ha tenido la utilización de su método de análisis aplicado al Derecho (al igual que a otras disciplinas), que explican a su vez la utilidad que esta forma de análisis genera para quienes la aplican. La primera consiste en su campo de acción. La economía es hoy en día concebida como el estudio de las decisiones humanas en un mundo de recursos escasos en relación a las necesidades de las personas⁵⁷. Al ser la economía es una ciencia social referida al estudio de las decisiones individuales, naturalmente tiene más de un punto de conexión con el resto de las disciplinas que se encargan de estudiar el comportamiento de las personas. Sin embargo, el sólo hecho de tener un objeto de estudio amplio no hace a la economía per se una herramienta de análisis útil, ni resulta una razón suficiente para explicar su éxito. Por el contrario, podría argüirse que al tener un ámbito de aplicación tan amplio, difícilmente puede ser útil, pues no ofrece las ventajas que la especialización (consistente en limitar el objeto de estudio) permite. Sin embargo, si bien la amplitud del objeto de estudio no es la razón fundamental del éxito del método económico, sí genera que la economía sea una herramienta de suma utilidad

⁵⁴ Esta es una idea que pertenece a Ronald Coase. Al respecto ver: COASE. Ronald H. “Economics and Contiguous Disciplines”. En: *Journal of Legal Studies* 7. 1978. p. 201.

⁵⁵ BRENNER. Op. cit. p. 93.

⁵⁶ En palabras de Coase “[t]he practitioners in a given discipline extend or narrow the range of the questions that they attempt to answer according to whether they find it profitable to do so, and this is determined, in part, by the success or failure of the practitioners in other disciplines answering the same questions”. *Ibid.* p. 202.

⁵⁷ En palabras de Posner: “Economics, the science of human choice in a world –our world– in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call his “self-interest””. POSNER, Richard. “Economic Analysis of the Law”. Aspen Publishers. Séptima Edición. 2007. p. 3.

para el estudio y entendimiento de otras disciplinas, dado que el hecho de que una intersección entre ésta y las otras ciencias sociales, permite que puedan aplicarse las herramientas que una ofrece al estudio de la otra. En tal sentido, la amplitud del objeto de estudio de la economía nos sirve para entender porque podemos valernos de esta disciplina para el entendimiento de las demás.

Adicionalmente, hay otra razón, que sumada a la anterior, nos permite entender porqué el método económico es tan útil y exitoso cuando se desplaza al estudio de otros campos. Esta otra razón es la formación que tienen los economistas y que no tienen los abogados. En efecto, los economistas tienen, por formación, la disposición de estudiar y entender los fenómenos partiendo una aproximación que asuma como paradigma el comportamiento racional del individuo como maximizador de utilidad. Esto les permite marcar una diferencia respecto de los enfoques legales tradicionales⁵⁸.

Es, en mi concepto, este enfoque el que ha permitido el éxito de la economía en su invasión a las demás ciencias sociales y justamente en él radica su utilidad. Como bien ha señalado Brenner es precisamente la existencia de los paradigmas que fundamentan el análisis económico y la carencia de tales paradigmas en las demás disciplinas, lo que ha originado la exitosa expansión de la primera en aquéllas. Ello aunado, según Brenner, al hecho de que las predicciones del enfoque económico sean más compatibles o cercanas a la realidad que las de las otras ciencias sociales⁵⁹.

En efecto, si uno piensa en el derecho encontrará que uno de sus paradigmas fundamentales es la justicia; sin embargo, conforme he indicado en la sección II precedente, no existe una definición unívoca de justicia, ni siquiera una que sea ampliamente aceptada por la academia jurídica, de tal forma que quien quiera construir una teoría sobre la base de tal paradigma deberá partir por explicar qué se entiende por éste. Es por ello que se señala que el Derecho carece de un paradigma, que no tiene un marco uniforme que sea mayoritariamente aceptado. En esa línea se ha pronunciado Brenner al identificar que “[l]a ausencia de éste [se refiere al paradigma] en los estudios jurídicos es también evidente: los estudiosos del derecho han sido incapaces desde tiempos remotos de definir claramente la “justicia”, aunque el supuesto de que tanto el comportamiento individual como el de la misma sociedad debe guiarse por esta idea parece ser el paradigma de esta disciplina. A pesar de que los numerosos libros escritos acerca de la justicia, la noción misma permanece oscura”⁶⁰.

El poder partir de un marco uniforme que sirva de base para el análisis simplifica el estudio de la ciencia. El conocimiento científico se hace justamente caminando sobre los pasos de los antecesores, no en vano Issac Newton dijo “si he visto más allá es porque me he parado en hombros de gigantes”. Es precisamente sometiendo a examen las ideas contra la realidad que se prueba su veracidad (siempre sujeta a ser falseada) o su falsedad (que deberá dar paso a una nueva teoría). Sin embargo, el operador jurídico, al

⁵⁸ Como bien señala el profesor Coase, “[b]y defining economics as the “science of human choice,” (sic.) economics becomes the study of all purposeful human behaviour and its scope is, therefore, coterminous with all of the social sciences. It is one thing to make such claim, it is quite other to translate it into reality. At a time when the King of England claimed to be also the King of France, he was not always welcome in Paris. The claim that economics is the science of human choice will not be enough to cause sociologists, political scientists, and lawyers to abandon their field or, painfully, to become economists. The dominance of the social sciences by economists, if it happens, will not come about simply by redefining economics, but because of something which economists possess and which enables them to handle sociological, political, legal, and similar problems better than the practitioners in these other social sciences. I take it to be the view of Becker and Posner that the decisive advantage which economists possess in handling social problems is their theory of, or approach to, human behaviour, the treatment of man as a rational, utility-maximizer”. COASE, Ronald. Op. cit. pp. 207-208.

⁵⁹ Brenner a la letra señala que “[p]ara explicar el imperialismo de la economía son necesarias dos características de las ciencias sociales hoy en día: a) la existencia de un paradigma en la economía y la falta de paradigmas en otros campos de las ciencias sociales del presente, y b) el hecho de que las predicciones del enfoque económico son más compatibles con los hechos que las predicciones de otras teorías de científicos sociales”. BRENNER. Op. cit. p. 92.

⁶⁰ *Ibid.* pp. 95-96.

no partir de paradigmas lo suficientemente sólidos, se encuentra, la más de las veces, en la necesidad de iniciar su análisis partiendo por la definición de principios básicos o dando por sentadas cuestiones que no son parte del marco uniforme de la ciencia. De otro lado, existe también en el Derecho una imposibilidad de someter a falseo el mayor paradigma que se tiene; la justicia⁶¹. En efecto, la justicia o injusticia de un precepto o una solución legal, no es algo que pueda contrastarse con la realidad, pues responde a la visión que cada persona tenga del mundo, más que a un criterio verificable⁶².

El economista no se ve enfrentado a estos problemas, ante la pregunta si algo es que es injusto aumentar la pena que se imponga a los ladrones, responderá que lo que cabe preguntarse es en cuánto podrá lograrse que se disminuya esa actividad con esa nueva sanción. El economista —y quienes hemos adoptado el razonamiento económico— no pierde de vista cuestiones que para quienes no tiene esa formación no parecen evidentes⁶³. Ello por las herramientas de análisis que utiliza, tales como el análisis costo-beneficio, la teoría de la utilidad marginal o incluso el empleo de métodos cuantitativos.

En ese sentido, lo que el análisis económico nos permite es mirar las cosas desde otra perspectiva, logrando entender los fenómenos en su real complejidad. Incluso, quienes no crean en la utilidad de la economía no pueden negar que comprender un sistema de análisis distintos al que normalmente se

utiliza sea desventajoso⁶⁴. Las herramientas de análisis están, como hemos indicado, en competencia y es en función de su utilidad para explicar los fenómenos que estudian que la gente las utilizará o no. La ventaja de la economía, frente al Derecho (y las demás disciplinas sociales) radica en su alto poder explicativo y su marco conceptual. Los abogados mal haríamos si perdemos de vista este método que puede complementar nuestro análisis y ofrecernos nuevas y más eficientes soluciones a los problemas legales que se nos presentan.

Esto no significa que el enfoque económico no deba ser refinado para incorporar dentro de sus estudio las variables propias del campo jurídico, pues como bien dice Coase, el enfoque económico debe adaptarse al campo de estudio de la materia en la que se esté aplicando para ser exitoso⁶⁵, tan sólo que es de suma utilidad en el entendimiento del Derecho y su adopción, como una herramienta más de estudio, parte de comprender que el Derecho no es una disciplina autónoma, sino que por el contrario, es multidisciplinario.

V. LOS ENFOQUES TRADICIONALES

Lo aquí expuesto es una crítica a la concepción autónoma del Derecho entendida como una disciplina que no requiere del entendimiento de otras para su estudio, mas no es una crítica a los enfoques jurídicos que denominaremos, convenientemente para los efectos de este trabajo, tradicionales. Así no es nuestra intención aquí restarle utilidad a la exegesis⁶⁶

⁶¹ Ibid. p. 96.

⁶² Lo que es justo o injusto depende de la teoría de justicia de la que se parta y teorías sobre la justicia hay muchas, que van desde tiempos inmemoriales hasta periodos recientes. Al respecto ver: SANDELS. Op. cit.

⁶³ Como bien indica Coase "(...) a study of economics makes it difficult to ignore factors which are clearly important and which play a part in all social system. Such a factor would be that, to a large extent, people choose their occupation on the basis of money incomes. Another would be that a higher price lowers demand. Such factors may appear in a various guises, but an economist is likely to see through them. Punishment, for example, can be regarded as the price of crime. An economist will not debate whether increased punishment will reduce crime; he will merely try to answer the question, by how much? The economist's analysis may fail to touch some of the problems found in other social systems, but often the analysis can be brought to bear. An the economist will take full advantage of this opportunities which occur when the "measuring rod of money" can be used". Coase, Ronald. Op. cit. p. 210.

⁶⁴ Sobre esto Coase señala que "(...) the main advantage which an economists brings to the other social sciences is simply a way of looking at the world, it is hard to believe, once the value of such economic wisdom is recognized, that it will not acquired by some practitioners in these other fields". Ibid. p. 210.

⁶⁵ El propio profesor Coase reconoce que "[t]he analysis developed in economics is not likely to be successfully applied in other subjects without major modifications". Ibid. p. 209.

⁶⁶ La gran influencia que ejerció el Código Napoleón en las codificaciones del siglo antepasado no se limitó al orden de las materias o las soluciones contenidas en el texto de la ley, sino que trajo consigo un nuevo método de analizar e investigar el derecho: el Método Exegético, según el cual la doctrina del derecho civil empieza y termina en el código civil y cuya exposición de pensamiento sólo puede adoptar el orden fijado

o a la dogmática jurídica⁶⁷ (esta última es mi concepto de suma utilidad), sino hacer notar que estos métodos son tan sólo algunas de las herramientas que el estudioso del Derecho puede utilizar en sus análisis, pero no son, ni deben ser, los únicos métodos que puede (y menos debe) emplear. Más aún considero que ambos pueden verse sustancialmente mejorados por un entendimiento de otras disciplinas, como he señalado a lo largo de este artículo.

VI. CONCLUSIÓN

Finalmente, respecto al uso de la economía como disciplina útil para el estudio del Derecho, no me queda más que citar las

palabras de George Stigler, pues considero, junto con él, que si bien “[e]l investigador jurídico está llamado a emplear un tipo de lógica económica y un conjunto de técnica de estadística que no son parte de su entrenamiento tradicional. No me queda duda de su capacidad para dominar estas herramientas y producir con ellas investigaciones excitantes e importantes. Y, si se me permite citar libremente a Adam Smith, el investigador jurídico que se dedica a estos problemas básicos de la política social será “en este, como en muchos otros casos, llevado por una mano invisible a promover un fin que no era partes de sus intereses”, concretamente sus propios intereses”⁶⁸.

por la secuencia numérica de la ley, pues expresa una absoluta identificación entre el saber del civilista y del conocimiento del código. En este método puede observarse con nitidez una pretensión de cientificidad y autonomía dado que presenta una relación entre el derecho civil –como disciplina científica– y el código civil como objeto de estudio y materia de investigación. El código, en efecto, está ya ordenado en base a un sistema previamente elegido por el legislador de modo tal que el jurista se le presenta la alternativa de adecuarse al orden inmanente en el objeto de estudio o de trascender tal orden y descubrir afinidades y conexiones no reveladas por la letra de la norma ni por su disposición numérica. La escuela exegética resuelve el dilema en el primer sentido. Y de aquella sentencia que se atribuye a Jean-Joseph Bugnet “yo no conozco el Derecho civil, yo no enseño más que el Código Napoleón”. IRTI, Natalino. “Voz Diritto Civile”. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile. Sexto Volumen.* UTET. Torino. 1990. p. 131.

⁶⁷ Para una definición de dogmática jurídica puede consultarse la *Voz Dogmatica Giuridica*. En: *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile. Séptimo Volumen.* UTET. Torino. 1990. p. 27.

⁶⁸ STIGLER, George. Op. cit. p. 604.