

# EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN TIEMPOS NEOCONSTITUCIONALES

Eduardo Hernando Nieto\*

*El Análisis Económico del Derecho tiene como premisa a la eficiencia y a la libertad de las partes para determinar entre ellos la mejor manera de desenvolverse en el mercado. En contraposición, el neoconstitucionalismo le otorga un especial valor a los ideales éticos y morales como principios unificadores del ordenamiento jurídico. En ambos casos, se trata de privilegiar los valores de justicia y bienestar, pero estos difieren en su finalidad de acuerdo a la perspectiva que se utilice.*

*En ese sentido, el autor plantea su posición en relación al Análisis Económico del Derecho, que busca privilegiar la eficiencia bajo la noción de “mayor beneficio al menor costo”, siendo ésta la “respuesta correcta” como razonamiento jurídico; y, del mismo modo, afirma que las teorías neoconstitucionales se cimentan en la creencia de que también se puede llegar a una “respuesta correcta” en cada caso concreto, concluyendo en que la insuficiencia ética de ambas posturas imposibilita llegar a este ideal.*

\* Abogado. Doctor en Filosofía. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

## I. INTRODUCCIÓN

Si se produjese una catástrofe natural, un sismo por ejemplo –como el que está pronosticado hace varios años para Lima– y se generara entonces una gran destrucción y al mismo tiempo una grave escasez de productos básicos, ¿sería dable que aquellos proveedores de alimentos por ejemplo como arroz o verduras, o aquellos que tuviesen en su stock miles de cajas de botellas de agua sin gas elevaran sus precios de manera significativa, por ejemplo cobrando 30 o 40 soles por una botella de agua que vale normalmente 1 o 2 soles?

Evidentemente, medidas de este tipo generarían no solamente el inmediato malestar de la población afectada sino que rápidamente exigirían al gobierno que tome las medidas correspondientes respecto a estos comerciantes que aprovechándose de la necesidad de los sobrevivientes al desastre buscarían incrementar sus ya buenas ganancias a costa del sufrimiento del pueblo.

El gobierno en su momento podría invocar a la justicia a fin de intervenir y corregir a costa de leyes tal acción de los comerciantes. Sin embargo, desde la perspectiva de los comerciantes una intervención en este sentido sería perniciosa e inclusive perjudicial para la población, pues al final la necesidad extrema haría que las personas que cuenten con recursos igual estarían dispuestas a pagar esa cantidad solicitada o aun más pero no sería el caso de aquellos que tienen menos recursos y que no podrían satisfacer sus deseos.

Quienes estarían del lado de los comerciantes más bien podrían señalar que el mantener los precios elevados en esta coyuntura beneficiaría a largo plazo a los menos favorecidos ya que al estar tan elevados los precios, esto sería un buen incentivo para que lleguen al lugar otros comerciantes –de zonas no afectadas por la catástrofe– con enormes cantidades de mercadería y esto generaría que paulatinamente los precios empiecen a caer progresivamente permitiendo de esta manera que más personas se beneficien (por la regla de la oferta y la demanda).

En síntesis, tanto los que abogan por la justicia (los que están a favor del control de precios) como los que defienden la libertad (quienes intentan incrementar sus ingresos) tienen aparentemente buenas razones para defender sus puntos de vista.

No obstante ello como señala el conocido filósofo político de la Universidad de Harvard Michael Sandel<sup>1</sup>, no solamente se trataría aquí de un problema de la justicia enfrentada a la libertad (bienestar) sino más bien habría además una dimensión ética que podría evidenciarse en tales conductas, dice pues Sandel: “La codicia es un vicio, una mala manera de ser, en especial cuando lleva a que no se tenga en cuenta los sufrimientos de los demás. No es ya que sea un vicio personal; es que choca con la virtud cívica. En tiempos de tribulación una buena sociedad empuja unida. En vez de empeñarse en obtener un máximo provecho, los unos miran por los otros. Una sociedad donde se explota al prójimo para conseguir una ganancia económica en tiempos de crisis no es una buena sociedad. La codicia excesiva es, pues, un vicio que una buena sociedad debe desalentar si puede. Las leyes contra los precios abusivos no pueden abolir la codicia, pero sí pueden, al menos, restringir sus expresiones más desaprensivas y demostrar que la sociedad la desaprueba. Al castigar el comportamiento codicioso en vez de recompensarlo, la sociedad expresa su adhesión a la virtud cívica del sacrificio compartido por el bien común”<sup>2</sup>.

Yo mismo hace ya muchos años compartía en un artículo de crítica hacia el análisis económico una lectura semejante, partiendo en este caso de un diálogo platónico no tan conocido como es el Hiparco, o del amor a la ganancia en donde aparecía la figura del “aprovechador” que iba a ser entendido en un doble sentido, por un lado desde el lado de lo bueno y por el otro desde el interés personal: “desde la filosofía entonces, la idea del provecho siempre está 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 más a los hombres al ideal de “buena vida”, que

<sup>1</sup> SANDEL, Michael. “Justicia ¿Hacemos lo que debemos?”. Barcelona: Debate. 2011.

<sup>2</sup> Ibid. p.16.

no era otra cosa que la realización de su naturaleza humana”<sup>3</sup>. En el otro sentido más bien, el aprovechador es aquél que buscaba obtener mayores ganancias inclusive como vimos en el ejemplo a costa del sufrimiento de otros y esto por la sencilla razón que al partir de un individualismo duro, su sensibilidad y sentido de compasión decrecía.

Sin embargo, en los últimos años se ha apreciado una tendencia muy marcada en el Derecho orientada a vincular a éste con la moral<sup>4</sup>, pero al hablar de moral se ha considerado sobre todo el concepto de moral crítica, es decir aquella que mejor se expresa en la llamada racionalidad práctica kantiana (la moral de los derechos individuales). En este sentido, podría considerarse que tal propuesta moral que tiene como eje el valor justicia, señalaría que si bien la justicia puede colisionar innumerables veces con la dimensión del bienestar (personal o colectivo), empero, en tales situaciones la regla indica que siempre la justicia ha de anteponerse al bienestar que sería la propuesta liberal igualitaria expresada en autores como John Rawls<sup>5</sup> o Ronald Dworkin<sup>6</sup>, o en su otra modalidad podría llegarse en todo caso a la situación en la cual se tratará de ponderar en el problema concreto cuál valor es el que debería prevalecer: La justicia o el bienestar. En este último caso encontraríamos los aportes del conocido profesor alemán Robert Alexy<sup>7</sup>.

Este texto que presento aquí buscará entonces evaluar la realidad del Análisis Económico del Derecho y su afán por maximizar el bienestar (riqueza, eficiencia etc.) frente al desafío del no positivismo expresado en corrientes como la constitucional y su tesis de la vinculación necesaria y permanente entre el Derecho

y la moral<sup>8</sup>. En este sentido, plantearé las siguientes interrogantes a fin de poder aclarar mejor esta situación y arribar a alguna conclusión persuasiva.

- a) ¿Existe una relación necesaria y permanente entre el derecho y la moral?
- b) ¿Existe una relación entre el análisis económico del derecho y la moral?
- c) ¿Qué clase de relación se daría entre el análisis económico y la moral?
- d) ¿Existen respuestas correctas en el derecho?

A partir de estas interrogantes entonces desarrollaré mi argumentación para poder llegar a resultados más específicos entorno a estas dos corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo.

## II. ¿EXISTE UNA RELACIÓN NECESARIA Y PERMANENTE ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL?

Desde que se planteó la posibilidad de establecer una ciencia del Derecho se entendió que ésta debería seguir los cánones planteados por la ciencia moderna, vale decir, distinguir claramente lo que corresponde al plano de los hechos y lo que compete al plano de los valores, así para la ciencia moderna los hechos serían objetivos mientras que los valores subjetivos.

Tal tesis dentro del terreno de la ciencia jurídica se plasmaría bajo la conocida distinción entre el Derecho y la moral, así el llamado positivismo metodológico afirmaría

<sup>3</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. “¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del derecho?”. En: THEMIS-Revista de Derecho 27. 1998. p.131.

<sup>4</sup> Se denomina a estos enfoques no-positivistas o postpositivistas principialistas y han dado lugar a teorías del Derecho como la teoría constitucional y la teoría de la argumentación jurídica. Ver: GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “Principios y positivismo jurídico”. Madrid: CEC. 1998. Ver: GARCIA FIGUEROA, Alfonso. “Criaturas de la Moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los Derechos”. Madrid: Trotta. 2009.

<sup>5</sup> RAWLS, John. “La Teoría de la Justicia”. México D.F.: FCE. 1975.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en Serio”. Barcelona: Ariel. 1984.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Lima: Palestra. 2007. Ver también: ALEXY, Robert. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tercera Parte. 2003.

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. “Para una teoría postpositivista del derecho”. Lima: Palestra. 2009.

que el método que propone el positivismo para acercarse al conocimiento del derecho sería pues el método científico<sup>9</sup> y de esta forma se seguiría que lo que pretende la ciencia jurídica no es otra cosa que la descripción pormenorizada de su objeto de estudio, siendo el caso que el objeto de estudio sería un objeto estático como el sistema normativo por ejemplo. Además para realizar una descripción del mismo no sería necesario determinar si es o no valioso desde un punto de vista moral<sup>10</sup>.

Así pues, la tesis de la separación ha estado ligada por muchos años al positivismo y su negativa a poder hablar de objetividad o verdad en el plano de los valores (los valores son subjetivos). Sin embargo, ya desde el propio positivismo se empezaría a cuestionar o por lo menos a plantear otras posibilidades de evaluación de la relación entre Derecho y moral.

Por ejemplo un autor asociado al positivismo como fue el profesor Herbert Hart, indicaba que la identificación del derecho dependería de una regla denominada *regla de reconocimiento* y dicha regla debía ser concebida como un hecho social, es decir, dependería en último caso de la aceptación colectiva, entendiéndose entonces que el Derecho podría empezar a orientarse al campo de la racionalidad práctica y su idea de corrección fruto de la aceptabilidad<sup>11</sup>. En todo caso, esto sería también el punto de partida del hoy llamado “positivismo incluyente” que sostiene la tesis de la separación entre el Derecho y la moral pero lo matiza al afirmar que podría darse el caso que una norma requiera de la moral para su identificación, como señala recientemente el profesor

Himma, “(...) existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles, en los cuales los criterios morales de validez incluyen (o incorporan) principios morales”<sup>12</sup>.

Precisamente, a partir de este positivismo incluyente cabría entonces afirmar la posibilidad de que exista algún sistema normativo cuya validez pueda depender de criterios morales. En los actuales momentos tal sistema normativo sería el Estado Constitucional de Derecho que sostiene justamente este requisito de compatibilidad entre las normas jurídicas y los principios constitucionales, pasándose entonces a una tesis opuesta a la planteada por los positivistas, a saber, entre el derecho y la moral existe una relación necesaria y permanente.

Tal tesis de la vinculación necesaria y permanente entre el Derecho y la moral parte del reconocimiento de que el Derecho hoy ya no se lo considera un simple objeto (una estructura normativa) sino más bien se lo concibe como una práctica interpretativa (diría Ronald Dworkin) o una actividad persuasiva (según Perelman) o quizá una actividad discursiva (Alexy). El caso es que se trataría de un saber práctico orientado a encontrar la corrección de su desempeño, ciertamente, esto es lo que hace que el Derecho requiera ahora contar con un contenido, pues de este dependería sustancialmente su aceptabilidad y persuasión.

Esta perspectiva es la que ahora recibe el nombre de teoría pospositivista o no positivista del Derecho, incluyéndose entre estas teorías a la teoría constitucional y a la teoría de la argumentación jurídica como dos buenos ejemplos de ella<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. “El problema del positivismo jurídico”. México: Fontamara. 2009. p. 47. Dice Bobbio: “En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es aquél que asume frente al derecho una actitud valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (v. gr.: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor correspondencia con cierto sistema de valores”.

<sup>10</sup> Tesis de la neutralidad. Ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La Argumentación en el Derecho”. Lima: Palestra. 2005. p. 228.

<sup>11</sup> HART, Herbert. “El Concepto del Derecho”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 1992.

<sup>12</sup> HIMMA, Kenneth. “Derecho y Moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. p. 23. Existe ciertamente un debate abierto en la teoría positivista respecto a si es que puede o no existir un sistema normativo cuya validez podría depender de un criterio moral. El positivismo incluyente (originado por Hart y con seguidores como Waluchow, Coleman, etc.) sostiene la tesis de la vinculación contingente entre el Derecho y la moral mientras que el positivismo excluyente (Raz, Marmor, etc) afirman todo lo contrario. Ver: ORONESU, Claudina. “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente” En: Anal. Filos 27. Buenos Aires. 2007.

<sup>13</sup> HERNANDO NIETO, Eduardo. “Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?”. En: Gaceta Constitucional 7. 2008.

Tras las experiencias nefastas de la segunda guerra mundial y los problemas que se suscitaron tras ésta, se generó una corriente importante que cuestionaba la neutralidad valorativa (ligada al positivismo) y que más bien trataba de devolverle objetividad a los valores<sup>14</sup> a fin de evitar que pudiesen volver experiencias que podrían atentar contra las libertades individuales y la tolerancia.

El Derecho entonces ahora ya no sería solamente conocido como un sistema normativo (formal), sino como práctica orientada por principios los cuales constituirían –según la teoría constitucional– una moral de derechos individuales. El Derecho, entonces, se convierte en una suma de reglas, principios y procedimientos<sup>15</sup>.

A partir de este enfoque el Derecho también podría interpretarse como una técnica orientada a la solución de problemas prácticos (Atienza) y dependerán en último término de la aceptación que goce la respuesta propuesta (lógicamente si se trata de personas racionales la mejor respuesta será aquella que el colectivo de personas razonables considere correcto).

Así pues, el Derecho comienza a vincularse con los derechos pero no son los con los clásicos derechos individuales vinculados directamente con la libertad (los llamados derechos civiles y políticos) sino también con derechos ligados a la dimensión de bienestar y que apuntan a la búsqueda de la igualdad, es decir, aquellos que luego serán considerados como de segunda y de tercera generación.

En realidad, todos estos derechos se fundamentan en las dos grandes tradiciones morales que han estado presentes en la modernidad y en el desarrollo del liberalismo, la moral utilitarista (consecuencialista) y la moral kantiana<sup>16</sup>.

La primera que tuvo representantes desde fines del Siglo XVII y durante el Siglo XIX, en autores como Jeremías Bentham y John Stuart Mill, consideraba que era posible defender los principios liberales a partir de la maximización del bienestar general, esto a partir de las elecciones personales, partiendo por ejemplo de máximas tan conocidas como la señalada por Mill: “(...) la única libertad que merece tal nombre es la libertad de buscar cada quien la felicidad a su manera”<sup>17</sup>, o la frase orientada a maximizar la felicidad del mayor número de personas asociada al pensamiento de Bentham. Ciertamente, una de las cosas favorables de esta corriente ha sido el hecho que la maximización de la utilidad no requiere de estar juzgando las preferencias valorativas de las personas, solo se trataría de agregarlas. Sin embargo, en aras de incrementar el bienestar colectivo bien podría ser dable el colocar una minoría como objeto al servicio del interés de la mayoría (el conocido ejemplo de los gladiadores en el circo romano que divierten al público que colma el coliseo sería un caso elocuente de esto).

Justamente ante esta debilidad, que evidenciaría que el utilitarismo no tomaría muy en serio todos los derechos de los individuos, es que se basa la crítica planteada por Kant: “Los principios empíricos tales como la utilidad son incapaces de servir como base de la ley moral. Una defensa completamente instrumental de la libertad y los derechos no sólo deja vulnerables a los derechos, sino falla al no respetar la dignidad inherente de las personas. El cálculo de los utilitaristas trata a las personas como medios para la felicidad de otros”<sup>18</sup>.

El modelo kantiano apelará más bien a la defensa de los derechos individuales, a tomar en serio estos derechos (como diría Ronald Dworkin) siendo el caso de que existirían determinados derechos que no podrían ser derrotados bajo ningún concepto, mucho

<sup>14</sup> Es interesante anotar que esta perspectiva fue asumida por académicos de distintas tendencias ideológicas desde el conservadurismo de Leo Strauss (Derecho Natural e Historia), el liberalismo de Isaiah Berlin (Dos conceptos de Libertad) o más adelante el liberalismo igualitario de Jürgen Habermas (Teoría de la Acción Comunicativa). También otro académico ligado a esta perspectiva orientada a la devolución de objetividad a los valores fue el filósofo del Derecho Chaim Perelman (La Nueva Retórica) y finalmente tenemos a Robert Alexy (Teoría de la Argumentación Jurídica).

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. “El Concepto y la Validez del Derecho”. Barcelona: Gedisa. 1994.

<sup>16</sup> SANDEL, Michael. “Liberalism and its critics”. Oxford: Blackwell. 1992. p. 2.

<sup>17</sup> MILL, John Stuart. “Sobre la Libertad”. Madrid: Alianza. 1970.

<sup>18</sup> SANDEL, Michael. “Liberalism”. Op. Cit. p. 3.

menos la defensa del bienestar general o el interés de una mayoría<sup>19</sup>. En conclusión, tanto la ética teleológica o consecuencialista (utilitarismo) como la ética deontológica (moral kantiana) han estado enfrascadas en un debate permanente respecto de cual resulta siendo la mejor concepción de racionalidad práctica. Veamos ahora como este debate se relaciona con el avance del análisis económico del derecho y su crítica actual.

### III. ¿EXISTE UNA RELACIÓN ENTRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA MORAL?

Según señalan algunos académicos, el Análisis Económico del Derecho no está alejado de la temática de la justicia y de la equidad, precisamente si se trata de considerar que lo que se busca es realizar una distribución eficiente de distintos bienes; entonces es posible pensar que cabría tal posibilidad, ¿Cómo podríamos llamar injusticia o inmoralidad a una conducta que busca llevar adelante la mejor distribución ante el panorama –nada aliciente– de la escasez de bienes?

Dice así Albert Calsamiglia: “Pero una sociedad no sólo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino que también debe de asignar correctamente los recursos. Una sociedad que despilfarras recursos que cubren necesidades básicas no es una sociedad justa. La eficiencia –entendida como el mayor beneficio con el menor costo– podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa”<sup>20</sup>.

Sin embargo, complementaba el ya desaparecido profesor Calsamiglia, “(...) aunque evidentemente no es el único ni quizá el más importante”<sup>21</sup>.

Lógicamente, si se considera ciertos los presupuestos de los que parte el Análisis Económico del Derecho, en el sentido de afirmar que los bienes son escasos y que los individuos son sujetos racionales maximizadores (presupuestos de la denominada economía neoclásica) entonces es posible sostener que la justicia empieza por la conducta más eficiente capaz de sacar el mejor provecho al bien y que de esta manera aproveche también al resto de la sociedad<sup>22</sup>.

Claro, en todo caso hay enfoques desde la llamada “Teoría de los juegos” en los que se podría encontrar contraejemplos de tal aseveración; es decir, que en determinadas condiciones un sujeto racional buscando satisfacer su interés personal pueda no sólo causarse un perjuicio a si mismo sino también a los demás<sup>23</sup>.

Hay a su vez otro aspecto de los enfoques de mercado que podrían también llevarnos a pensar en la relación entre análisis económico y la justicia. Éste se podría dar también a partir de una conocida teoría desarrollada a fines del siglo pasado por un profesor de la Universidad de Harvard llamado Robert Nozick, cuya tesis calificaría como la de una concepción de justicia libertaria<sup>24</sup>.

Básicamente un libertario consideraría fundamental el derecho de propiedad y propondría una concepción de justicia no pautada, es decir, sostendría la tesis de que no

<sup>19</sup> Éste es el sentido que le otorga el profesor Ernesto Garzón Valdés al concepto “Coto Vedado”, que implica el conjunto de derechos que no pueden ser modificados o negociados aunque se trate de la preferencia de una mayoría. Ver: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Representación y Democracia”. En: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho 6. Madrid. 1989.

Por su parte, Carlos Santiago Nino consideraría que tales derechos serían el de Dignidad, Autonomía e Inviolabilidad de la Persona Ver: NINO, Carlos. “Ética y Derechos Humanos”. Barcelona: Ariel. 1989.

<sup>20</sup> CALSAMIGLIA, Albert. “Racionalidad y Eficiencia del Derecho”. México: Fontamara. 1997. p. 28.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> La llamada economía de bienestar que sostiene que en un espacio de mercado y allí donde existan personas egoístas sus acciones interesadas los llevarán involuntariamente a generar un bienestar para todos, esto gracias al ardid de la llamada “mano invisible” según el original término acuñado por Adam Smith. Ver: SMITH, Adam. “Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”. México: FCE. 1997.

<sup>23</sup> Esto se da principalmente a través del famoso caso del dilema del prisionero en donde se llega a conclusiones irracionales a partir de un punto de partida racional. Ver: CALSAMIGLIA, Albert. Op. cit. p.50.

<sup>24</sup> NOZICK, Robert. “Anarchy, State, and Utopia”. Oxford: Basil Blackwell. 1990. Ver: BARRY, Brian. “On Classical Liberalism and Libertarianism”. London: MacMillan. 1986.

existe ninguna regla racional que pueda llevar adelante una distribución justa de bienes, en la medida que no existiría ninguna regla que tendría tal capacidad y competencia (esto, por la sencilla razón de que una regla así tendría que apelar a un conocimiento de la totalidad del mundo y no existiría la capacidad humana para alcanzar tal conocimiento; dicho sea de paso, esta tesis provendría de la llamada ilustración escocesa y del empirismo). Así pues, ante la ausencia de una pauta racional que pueda cumplir con tal fin, Nozick señala que la única regla válida sería aquella que indique que “lo que se adquiere con justicia se transfiere con justicia”<sup>25</sup>, es decir, que solamente a través de la distribución que propone el mercado cabría hablar de una distribución justa.

Ahora bien, lo interesante con la tesis defendida por el profesor Nozick (que la elaboró a modo de crítica al –ya en ese momento famoso– libro de John Rawls, “Teoría de la Justicia”) es que su intención apuntaba, al igual que en la concepción de justicia liberal (Rawls), a afirmar sobre todo la dignidad de las personas; es decir, que si se garantizaba el funcionamiento del mercado sin interferencias o intervenciones del Estado (por ejemplo a través de una política redistributiva), entonces se podría asegurar la defensa de la dignidad y la autonomía individual<sup>26</sup>.

Así, entonces, para Nozick el medio era el mercado pero el fin eran los derechos individuales (moral kantiana), coincidiendo en ese sentido con la propuesta de los liberales. En otras palabras, lo que sostendría en el fondo esta concepción libertaria sería que no habría ninguna incompatibilidad entre el bienestar y la justicia ya que a través del bienestar que genera el mercado se alcanza la justicia (entendida como la satisfacción de la autonomía individual y la consecuente protección a la dignidad).

#### IV. ¿QUÉ CLASE DE RELACIÓN SE DARÍA ENTRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO Y LA MORAL?

Por todo lo expresado, parecería claro el sostener que entre la moral y el análisis

económico existe una relación directa y permanente; sin embargo, como ya lo señaló en otro pasaje de este texto, existen serias dudas respecto al éxito de esta vinculación entre la justicia y la economía de bienestar, pues como dije al inicio, la famosa tesis del incremento del bienestar general a través de la maximización del interés personal ya había sido cuestionada desde la teoría de los juegos (dilema del prisionero<sup>27</sup>).

Por otro lado, si quisiéramos evaluar este punto de manera más directa y cercana, podríamos tomar como ejemplo el caso del transporte público en la ciudad de Lima, definitivamente un sistema caótico e ineficiente, y lo peor, capaz de poner en serios riesgos derechos fundamentales como la vida, integridad física, entre otros; como lo indica un especialista en el tema: “Las políticas de transporte desarrolladas en América Latina durante las últimas décadas, consistentes fundamentalmente en la promoción de la movilidad individual y en la liberalización del transporte colectivo, han tendido a potenciar el transporte privado, invirtiendo en él grandes insumos, y a abandonar la gestión pública y, sobre todo, el subsidio del transporte colectivo”<sup>28</sup>. Por supuesto, el argumento de estos autores iba además por el tema de la exclusión social que genera un transporte público deficiente que limita la movilidad de las personas que menos recursos tienen al dejar toda la movilidad en manos del sector privado.

Sin embargo, lo más importante para mi argumentación en todo caso resulta siendo la negación categórica de la tesis de la economía del bienestar, es decir, el que cada persona al actuar buscando satisfacer su interés personal produce involuntariamente un incremento en el bienestar general.

Lógicamente en este caso concreto ocurre todo lo contrario, ya que al buscarse el provecho personal (por ejemplo las combis que hacen “carreras” para ganar más pasajeros o se pasan una luz roja) se saturan las vías, se arriesga la vida de los pasajeros y transeúntes,

<sup>25</sup> NOZICK, Robert. Op. cit. p. 151. “Whatever arises from a just situation by just steps is itself just”.

<sup>26</sup> KYMLICKA, Will. “Contemporary Political Philosophy”. Oxford: Oxford University Press. 1990. pp. 124-125.

<sup>27</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Op. cit.

<sup>28</sup> CEBOLLEDA, Angel y Pau AVELLANEDA. “Equidad social en movilidad: Reflexiones en torno a los casos de Barcelona y Lima”. En: Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales 12. 2008. p. 270.

se descuida el mantenimiento de los vehículos, entre muchas otras cosas; aunque, en esta situación los seguidores del análisis económico pueden responder indicando, por ejemplo, que antes de la liberalización del transporte, las personas no encontraban vehículos para movilizarse, o iban muy apretados e incómodos. Más recientemente, uno de los que apuestan por esta corriente ha recomendado la privatización de las calles a modo de evitar el caos vehicular: “Si las calles tuviesen dueño, tendríamos que pagar por usarlas. Ello racionaría su uso. Los precios subirían en las horas punta, motivando a la gente a conducir a otras horas o a compartir autos o a usar más transporte público masivo que ocupe menos espacio y reparta el mismo costo entre varios. Los precios racionarían el tránsito”<sup>29</sup>.

El texto del profesor Bullard, parte de la famosa “tragedia de los comunes”, que sostiene que allí donde no se delimita y define la propiedad particular, las personas tratarán de aprovecharse de aquel bien que no tiene titular y rápidamente el recurso se agotará por el excesivo consumo (esa sería la tragedia en sentido estricto).

Obviamente que pensar en una lotización de las calles y un cobro de una suerte de peaje por transitar en ella implicaría –según Bullard– que la congestión disminuiría y la calle estaría en mejores condiciones; sin embargo, podría ser que mucha gente no tuviese elección para dejar de transitar por una calle (por razones de trabajo, estudios, etc.), y sin existir medios de transporte masivos no parecería ser una solución, o en su defecto generaría muchos más costos para los ciudadanos.

A pesar de la crítica a esta posición, se percibe empero lo que ya había adelantado, el análisis económico apunta a lograr la justicia por medio del bienestar (mercado, asignación de titularidades), es decir, para el análisis económico el medio es la eficiencia económica, pero el fin es la salvaguarda de los derechos individuales (justicia), esto es, el mismo fin que persigue el constitucionalismo contemporáneo.

## V. ¿EXISTEN RESPUESTAS CORRECTAS EN EL DERECHO?

Al inicio del texto mostraba, a través del profesor Michael Sandel, la relación por demás bastante problemática entre la justicia y el bienestar, la misma que podría plantearse también en el lenguaje de la teoría legal contemporánea como la tensión entre el constitucionalismo (contemporáneo) y el Análisis Económico del Derecho. A pesar de ello, entre ambos términos podría existir una relación positiva –al menos desde un punto de vista conceptual– al poder afirmarse que no podría haber justicia sin bienestar<sup>30</sup> o que el bienestar (eficiencia) nos conduciría hacia la justicia.

Sin embargo, decirlo con palabras suena bastante mejor que en los hechos prácticos cuando nos enfrentamos a casos concretos en donde pueden entrar fácilmente en conflicto cada uno de ellos.

El constitucionalismo tradicionalmente ante estos dilemas había tomado rápidamente partido por la justicia anteponiéndola al bienestar en la solución del caso difícil.

Una muestra de este enfoque podría ser la tesis del profesor de la Universidad de Nueva York, Ronald Dworkin, en la cual se considera que en un caso difícil (por ejemplo uno que enfrente un derecho concreto frente a una preferencia colectiva), la única respuesta correcta sería fallar a favor del derecho concreto; el interés personal (contingente) no puede afectar a los principios de justicia, dice Dworkin: “La actitud del Derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo es colocar al principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a los proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el Derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> BULLARD, Alfredo. “Vacas y Combis”. En: Diario el Comercio. 9 de Junio de 2012.

<sup>30</sup> Inclusive en este aspecto, constitucionalistas liberales igualitarios como Rawls y Dworkin considerarían que es bueno que la economía crezca para contribuir a alcanzar la justicia aunque siempre sin vulnerar derechos individuales concretos (Justicia).

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. “El Imperio de la Justicia”. Barcelona: Gedisa. 1992. p. 290.

Dworkin considera entonces que el derecho tiene un sentido (dado por los principios), y que este apuntaría a establecer una sociedad libre e igualitaria (liberal igualitaria). Esto se convierte en la clave de su discurso en la medida que al abocarse al análisis de un caso concreto, el juez *dworkiano* (Hércules) tendrá que considerar la respuesta que mejor maximiza tal fin y esa será calificada como la única respuesta posible, así por ejemplo si un líder de una agrupación como los Boy Scouts es despedido por ser homosexual y plantea una demanda de reposición entonces el Juez Hércules que sigue la tesis de la “lectura moral del Derecho” (o la Constitución, que para el caso sería lo mismo), consideraría que las convicciones de las mayorías o el interés general no podría vulnerar un derecho concreto como el de ser tratado con igual consideración y respeto; en este sentido, solamente cabría fallar en favor del demandante.

Por su parte, Robert Alexy, el otro importante representante de la corriente constitucionalista actual, aparentemente propondría una solución diferente, menos dura respecto al bienestar y pudiendo considerar la opción de la ponderación entre la justicia y el bienestar atendiendo también al caso concreto<sup>32</sup>. No obstante, este matiz importante respecto a la tesis inflexible de Dworkin, habría que tener cuidado de no hacer juicios tan categóricos con respecto a las diferencias entre él y Alexy. El profesor Alexy siguiendo los cánones del liberalismo contemporáneo considera que existe ciertamente este “coto vedado” no negociable que involucra conceptos como el de dignidad, por ejemplo, y que nunca podría ser subordinado al bienestar o el interés público<sup>33</sup>, dice Alexy: “Quisiera sostener que bajo estas condiciones y bajo el presupuesto del interés en la corrección, determinados derechos humanos pueden resultar discursivamente necesarios y su negación discursivamente imposible. Entre ellos se cuentan, por lo menos el derecho a la vida y a la integridad física y, además los derechos a la personalidad, a la libertad básica de acción, a la libertad de religión, de opinión y de reunión, de ejercicio de la profesión y de propiedad, al tratamiento básico igual y a la participación en el proceso de formación de la voluntad política. Además, probablemente entre estos derechos sociales fundamentales mínimos, tales como el derecho a un mínimo vital”<sup>34</sup>.

En este sentido, se podría considerar entonces que el método de la ponderación podría estar limitado a casos fáciles (en donde en teoría no se requeriría de la ponderación) pero en los casos difíciles se seguiría manteniendo la prioridad de la justicia sobre el bienestar, llegándose a afirmar la posibilidad de encontrar una única respuesta correcta (aunque esto no lo aceptase el profesor Alexy).

Finalmente, respecto a la ponderación llama también la atención que en su vertiente anglosajona (el llamado *balancing*), pueda identificarse su origen en las corrientes sociológicas del derecho y en la tradición realista y pragmatista norteamericana. Justamente, desde mediados del Siglo XX, el instrumentalismo que considera al Derecho como un medio para satisfacer intereses sociales había avanzado en los Estados Unidos y más o menos de esa época datan también los orígenes de la ponderación, siendo que la ponderación sería un resultado lógico del desarrollo del instrumentalismo y el pragmatismo<sup>35</sup>.

Para concluir, tenemos al análisis económico que nos dice que la respuesta correcta al caso será siempre la respuesta más eficiente

<sup>32</sup> Ver: ALEXY, Robert. “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. También, el concepto y la validez del Derecho”. Barcelona: Gedisa. pp. 179-208. Es decir, que podría darse un caso en donde la justicia sea la regla y el bienestar la excepción, pero también podría ser a la inversa, es decir, que la regla sea el bienestar y la excepción la justicia.

<sup>33</sup> Para una crítica a la ponderación. Ver: BEADE, Gustavo y Laura CLERICO. “Desafíos a la Ponderación”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011. También para un análisis de la ponderación y el neoconstitucionalismo. Ver: CARBONELL; Miguel y Leonardo GARCÍA JARAMILLO. “El Canon Neoconstitucional”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 154.

<sup>35</sup> “La ponderación está relacionada con el enfoque que consideraba que el Derecho estaba lleno de medios para un fin y demandaba un escrutinio particularizado y contextual de los intereses sociales en juego en una controversia constitucional.” ALEINIKOF, Alexander. “El Derecho Constitucional en la era de la ponderación”. Lima: Palestra. 2010. p. 47.

desde el punto de vista económico, aunque la eficiencia pueda calificarse de distintas maneras (maximización de la felicidad, maximización de la riqueza, óptimalidad de Pareto, etc.), coincidiendo entonces con su rival el constitucionalismo afirmarían también que es posible encontrar siempre la respuesta adecuada al caso<sup>36</sup>.

Vemos entonces que tanto el constitucionalismo cuanto el Análisis Económico del Derecho podrían coincidir en dos cosas concretas, a saber, su identificación con un mismo fin, esto es, la defensa de los derechos individuales (autonomía, dignidad, etcétera) y la tesis de la única respuesta correcta al caso difícil (aun cuando la ponderación de Alexy pretenda decir generalmente otra cosa); es más, podemos considerar que en su raíz la ponderación está en deuda con el instrumentalismo y la satisfacción de intereses personales.

Al comenzar a redactar este texto traje a colación el caso de una emergencia en la cual se encontraban personas tratando de aprovecharse de la circunstancia a través del incremento de los precios a fin de obtener una mayor ganancia. Empero, en el análisis no quedaba del todo claro si es que la defensa de la justicia era mejor que la defensa del bienestar y de la libertad de comercio o

viceversa. No obstante ello, sí había un punto destacado en la lectura de Sandel respecto a que la actitud del que busca enriquecerse en una situación de catástrofe puede encontrar argumentos favorables en el campo jurídico y político mas no necesariamente en el ético.

En este sentido, podría pensar que tanto el neoconstitucionalismo cuanto el Análisis Económico del Derecho al estar asociadas a perspectivas individualistas en el fondo, dejan de lado claramente este componente ético<sup>37</sup> que subyace la tesis de Sandel y que comparto.

Más que tratar de evitar males se trata de hacer bienes y el problema con estas dos visiones del derecho contemporáneo es que se ubican en la tarea preventiva antes que en una dinámica positiva. Esta realidad se debe indudablemente al compromiso que tienen ambas corrientes con el individualismo moderno, y que los lleva como vimos a sostener la tesis —a mi modo de ver, equivocada— de que siempre es posible en el Derecho alcanzar una respuesta correcta, lógicamente sin el compromiso ético que asume una noción densa de bien<sup>38</sup> difícilmente se podría hablar de corrección o de encontrar una respuesta correcta al caso concreto, en esto finalmente es que identificaría sus limitaciones y posibles errores.

<sup>36</sup> Por ejemplo, tenemos en el análisis económico el clásico Teorema de Coase que señala que independientemente de quien tenga derecho, la solución que tiene que buscarse es aquella que minimice el coste social.

<sup>37</sup> Y aquí planteo una distinción entre la moral y la ética, la primera que busca fundamentalmente evitar el mal y por eso su tarea es defender derechos y la otra que busca hacer el bien y tiene que ver más con obligaciones y compromisos políticos y ciudadanos.

<sup>38</sup> Me refiero a un compromiso duro con valores sustantivos. El Estado constitucional contemporáneo presenta una concepción tenue o blanda de valores precisamente para “respetar” la autonomía individual y permitir que se siga afirmando la idea de un Estado Neutral frente a las preferencias personales, esto obviamente también es compartido por el análisis económico del Derecho.