

## NORMAS Y VALORES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO\*

Denis J. Brion\*\*

*El Análisis Económico del Derecho, como herramienta jurídica, utiliza diversos conceptos económicos para proyectar el efecto de las leyes y la máxima eficiencia en su aplicación, a fin de obtener el mayor beneficio posible. Sin embargo, existen diversas corrientes al interior de esta construcción teórica, cada una con valores subyacentes distintos, los cuales son algunas veces considerados como contrapuestos.*

*En el presente artículo, el autor expone y analiza claramente el contenido de los valores prescriptivo y descriptivo que subyacen el discurso del Análisis Económico del Derecho, proponiendo una posición intermedia como solución al aparente conflicto entre ambas.*

\* El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título "Norms and Values in Law and Economics" en la Enciclopedia of Law and Economics. Cheltenham: Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest. 2000. La traducción estuvo a cargo de Carlos Cotera y Gloria Zubizarreta, miembros de la comisión de Contenido de THEMIS.

\*\* Abogado. Profesor de Derecho en la Escuela de Leyes de la Universidad de Washington y Lee.

## I. DEFINICIÓN

El discurso del Análisis Económico del Derecho, como empresa intelectual y como práctica que ocurre en los procesos de la ley, es rico en valores. Para explorar la sustancia y la naturaleza de estos valores, comencemos con una definición estándar de la economía:

La economía es el estudio de cómo la gente y la sociedad terminan eligiendo, con o sin el uso del dinero, el empleo de recursos escasos que podrían tener usos alternativos, a fin de producir varias materias primas y distribuirlas para su consumo, ahora o en el futuro, entre varias personas y grupos en la sociedad. Analiza los costos y beneficios de mejorar los patrones de asignación de recursos<sup>1</sup>.

Esta definición procede de asumir que los recursos son escasos, establece el foco analítico como la asignación de recursos a las actividades productivas y la distribución de la riqueza entre los miembros de la sociedad, y adopta la eficiencia en la asignación de recursos como criterio fundamental de la evaluación.

El Derecho se puede definir, en un sentido material, como el complejo de provisiones constitucionales, cuerpos de promulgaciones legislativas, tales como códigos y estatutos, y, particularmente en los sistemas del common law estructurados con una judicatura independiente, con el continuo desarrollo de la doctrina judicial.

Funcionalmente, la ley define el alcance, los poderes y las limitaciones de tales elementos del gobierno como las instituciones obligatorias de agencias públicas y define el campo permitido de relaciones entre personas jurídicas y entre las personas jurídicas y las entidades del gobierno.

Partiendo de estas definiciones, el Análisis Económico del Derecho es el uso de las técnicas analíticas y de los valores del análisis económico para la explicación o para la prescripción. En el reino de la explicación, es la empresa de desarrollo de modelos que, en términos económicos, explica los fenómenos de la actividad humana - las decisiones y las acciones en curso de las instituciones legales tales como cuerpos legislativos y el proceso judicial; y las prácticas tales como las interacciones le-

galmente permitidas de individuos. En el reino de la prescripción, el discurso del Análisis Económico del Derecho aboga por la aplicación de principios económicos en la toma de decisión de instituciones legales, tanto sustancial como procesal, y el uso de principios económicos en la formación del alcance permitido de interacciones entre personas jurídicas.

La discusión a seguir primero describirá los valores que son la base del discurso explicativo del Análisis Económico del Derecho y luego se describirán los valores que subyacen el discurso prescriptivo. Esta discusión revelará que el discurso del Análisis Económico del Derecho es una empresa sustancialmente heterogénea. Y es heterogénea porque los valores que son la base de ella no se resuelven en una unificada, mutua y consistente totalidad<sup>2</sup>.

## II. DISCURSO EXPLICATIVO

El discurso explicativo busca desarrollar modelos que expliquen, en términos económicos, cómo los seres humanos interactúan tanto afuera como adentro de instituciones políticas y sociales. Este discurso ha prestado considerable atención a la interacción entre individuos, y a la acción dentro de las instituciones públicas tales como el sistema judicial, los cuerpos legislativos y las entidades administrativas. En general, el enfoque analítico de estos modelos define al agente básico de la acción económica en términos de comprensión de la naturaleza humana del homo economicus - que el individuo es agente interesado en si mismo, competitivo por naturaleza, que pretende alcanzar la maximización racional de la utilidad personal<sup>3</sup>.

Las primeras obras sobre el Análisis Económico del Derecho procedieron de asunciones del homo economicus para tratar los aspectos económicos de la interacción individual. *The Tragedy of the Commons*<sup>4</sup> explicó el curso de actividad recurso-destructivo cuando un número de individuos tenían acceso a un recurso en las circunstancias en las cuales los derechos sobre dicho recurso estuvieren mal definidos. El análisis en *The Problem of Social Cost*, que vino ser conocido como el teorema de Coase, sostiene que, en la ausencia de costos de transacción, la asignación original de

<sup>1</sup> SAMUELSON, Paul A. "Economics". New York: McGraw-Hill. 1976. p. 3.

<sup>2</sup> RAKOFF, Todd. "Too many Theories". En: Michigan Law Review. 1996. pp. 1799-1809.

<sup>3</sup> TREBILCOCK, Michael J. "The Limits of Freedom of Contract". Cambridge: Cambridge University Press. 1993.

<sup>4</sup> COOTER, Robert D. y Thomas S. ULEN. "Law and Economics". Segunda Edición. Reading: MA Addison - Wesley. 1997.

<sup>5</sup> HARDIN, Garret. "The Tragedy of Commons". En: Science. 1968. pp. 1243-1248.

los derechos no afecta a la asignación de recursos a la producción en circunstancias del conflicto en el uso de recurso<sup>5</sup>. Además de las asunciones básicas sobre la naturaleza humana, ambos análisis postularon que el criterio supremo de la evaluación de la interacción humana es la eficiencia, definida implícitamente como la asignación de recursos al uso más valioso en la producción. Y ambos análisis postulan, implícita o expresamente, que la definición anterior de un patrón de los derechos individuales a los recursos hace posible la acción del mercado que dirige la asignación de estos recursos hacia la eficiencia.

Otras primeras obras describen el juicio de conflictos privados en un sistema de *common law* como un proceso eficiente. Esto ocurre porque las partes de un conflicto tienen un incentivo para litigar las reglas doctrinales anteriores que son ineficientes, que a su vez tienden a inducir en la judicatura la sustitución de estas reglas por reglas eficientes. El resultado es una tendencia para la doctrina judicial sustancial de evolucionar hacia un cuerpo de reglas eficientes<sup>6</sup>.

El análisis del *public choice* toma como enfoque el proceso político y los procesos de instituciones gubernamentales<sup>7</sup>, caracterizándose como una empresa descriptiva, en lugar de normativa<sup>8</sup>. El análisis de *public choice* aplica el análisis económico a la toma de decisiones políticas, incluyendo las teorías del estado, las reglas electorales y el comportamiento de votación, la apatía, la política de partidos, la reciprocidad entre los políticos, la opción burocrática, el análisis de política, y regulación<sup>9</sup>. Un temprano análisis del *public choice* describe el proceso legislativo como un mercado para la acción política, en el cual los individuos, sean constituyentes o lobbystas, expresan su demanda

en términos de interés propio, y los legisladores suministran la acción política sobre el mismo criterio<sup>10</sup>. Otros trabajos analizan otros elementos del proceso político de la misma manera, tales como el voto general<sup>11</sup>, la acción burocrática específica<sup>12</sup>, y los procesos públicos del gobierno en general<sup>13</sup>.

La corriente principal del discurso descriptivo procede entonces de una pequeña cantidad de principios particulares. La naturaleza humana se postula en términos de interés propio, de un *homo economicus* maximizador de utilidades. El mercado se postula como el paradigma de la interacción humana, aunque el tema del intercambio sea bienes y servicios o acción pública. El criterio para la evaluación de la interacción humana es la eficiencia en la asignación de recursos a la actividad productiva. Y el modo general de análisis adopta el estático, equilibrado modelo de la microeconomía neoclásica, con una presunción tácita de una dotación relativamente fija de los recursos que se asignarán, y de la participación de los individuos en actividades del mercado con programas relativamente fijos, racionalmente ordenados y utilitarios<sup>14</sup>.

El análisis institucional toma un enfoque alternativo a la derivación de modelos para explicar la interacción humana, mirando a las instituciones en lugar de mercados como el entorno de la actividad<sup>15</sup>. Las instituciones son definidas como hábitos extensamente seguidos del pensamiento y las prácticas, que prevalecen en cualquier periodo dado<sup>16</sup>. Esta aproximación postula que la acción humana es relacional e interdependiente, en contraste con el carácter atomista de la acción humana en el modelo neoclásico del mercado<sup>17</sup>. Hay una retroalimentación mutua entre la acción

<sup>5</sup> COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". En: *Journal of Law and Economics*. 1960. pp. 1-44.

<sup>6</sup> GOODMAN, John C. "An Economic Theory of the Evolution of Common Law". En: *Journal of Legal Studies*. 1978. pp. 393-406.

LANDES, William y Richard POSNER. "The Economic Structure of Tort Law". Cambridge: MA, Harvard University Press. 1987.

PRIEST, George. "The Common Law Process and the Selection of Efficient Legal Rules". En: *Journal of Legal Studies*. 1977. pp. 65-82.

RUBIN, Paul. "Why is the Common Law Efficient?". En: *Journal of Legal Studies*. pp. 51-63.

<sup>7</sup> FARBER, Daniel y Philip FRICKEY. "Law and Public Choice: A Critical Introduction". Chicago: University of Chicago Press. 1991.

<sup>8</sup> BRENNAN, Geoffrey y James BUCHANAN. "Is Public Choice Immoral? The case for the Nobel Lie". En: *Virginia Law Review*. 1988. pp. 179-189.

<sup>9</sup> MERCURO, Nicholas y Steven G. MEDEMA. "Economics and the Law: From Posner to Postmodernism". Princeton: Princeton University Press. 1997. pp. 84.

<sup>10</sup> DOWNS, Anthony. "An Economic Theory of Democracy". New York: Harper and Row. 1957.

BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK. "The calculus of consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy". Ann Arbor: University of Michigan Press. 1962.

<sup>11</sup> BLACK, Duncan. "The Theory of Committees and Elections". Cambridge: Cambridge University Press. 1958.

<sup>12</sup> NISKANEN, William. "Bureaucracy and Representative Government". Chicago: Atherton. 1971.

<sup>13</sup> BARTLETT, Randall. "The Economic Foundations of Political Power". New York: NY, Free Press. 1973.

<sup>14</sup> ACKERMAN, Bruce. "Constitutional Politics Constitutional Law". En: *Yale Law Journal*. pp. 453-547.

<sup>15</sup> COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". En: *Journal of Law and Economics*. 1960. pp. 1-44.

<sup>16</sup> VEBLEN, Thorstein. "The Theory of the Leisure Class". New York: Mac Millan. 1899.

<sup>17</sup> SCHMID, Allan. "Law and Economics: An Institutional Perspective in Mercurio, Nicholas (ed.) *Law and Economics*". Boston: Kluwer Academic Publishers. pp. 57-85.

económica y las instituciones, con cada uno formando la naturaleza de la otra; así, en contraste con el modelo neoclásico que postula un proceso que se mueve hacia el equilibrio, el análisis institucional postula un proceso de evolución en curso<sup>18</sup>. Describe la acción económica en términos de conflicto en lugar de en términos de cooperación resultante, que es descrita como la consecuencia de la acción dentro de un modelo de mercado; y las instituciones son entendidas como los medios para controlar este conflicto inherente<sup>19</sup>. El criterio de la evaluación es la eficacia de instituciones en la minimización de costos de transacción inherentes en la acción económica, sirviendo de tal modo para maximizar la riqueza<sup>20</sup>.

### III. DISCURSO PRESCRIPTIVO

El contenido sustancial de los materiales de la ley - provisiones constitucionales, promulgaciones legislativas y doctrina judicial - es un foco principal del discurso prescriptivo del Análisis Económico del Derecho. Este aspecto del discurso intenta prescribir la base sustantiva para las decisiones realizadas en procesos legales, particularmente en el proceso judicial. Este discurso presenta diversos conjuntos de valores subyacentes. Tres de éstos se tienden en la corriente principal del discurso prescriptivo; otros proveen menores, aunque sustanciales, temas en el flujo de discurso.

En una comprensión general, el discurso del Análisis Económico del Derecho se identifica con lo que ha sido denominada la Escuela de Chicago<sup>21</sup>. El análisis de la escuela de Chicago no es, sin embargo, homogéneo, tanto en términos de prescripciones que ofrece o en términos de sus valores subyacentes. Un elemento importante de la Escuela de Chicago procede de un sistema particular de principios - la propiedad privada es un derecho que emerge espontáneamente de interacciones

entre individuos porque la cooperación tiende a incrementar el bienestar individual<sup>22</sup>. Así, la propiedad privada ocupa una posición suprema en el esquema de valores sociales; el método preferido para la asignación de recursos es el mercado libre de bienes y servicios; el rol del Estado es llevado al mínimo, principalmente, la protección de las derechos antecedentes; la distribución de la riqueza es determinada según cualidades individuales; y el criterio principal de evaluación es la eficiencia de Pareto<sup>23</sup>.

De acuerdo a este enfoque, el derecho individual a la propiedad debe ser tener la máxima protección frente a la usurpación de otros individuos, y la acción gubernamental que erosiona su uso valor puede ocurrir solamente con una compensación total<sup>24</sup>. En la ley sobre responsabilidad civil, el elemento básico de la responsabilidad es la protección liberal basada en el derecho a la integridad corporal<sup>25</sup>. En las leyes de los negocios, las leyes clásicas de contratos se aplican - la libertad amplia de enajenación, un estricto *enforcement* contra el incumplimiento del contrato, y mínima participación judicial en los términos sustanciales de contrato<sup>26</sup>.

Los apoyos filosóficos de este enfoque son capturados por el concepto de Roberto Nozick del estado del *night watchman*<sup>27</sup>. Este enfoque se basa en los valores del individualismo. La autonomía del individuo es el máximo valor político y social. Por naturaleza, los seres humanos buscan maximizar su bienestar individual y no pueden ser cambiados de una manera fundamental por la acción de instituciones coercitivas. Los recursos económicos son una fuente de riqueza de muchos, a ser desarrollados en el proceso de ensayo y del error de la acción individual. El acuerdo social óptimo establece la máxima libertad de la acción individual; y las instituciones públicas son correctamente confina-

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> MERCURO, Nicholas y Steven MEDEMA. Op. Cit. pp. 107.

<sup>20</sup> COASE, Ronald. "The Firm, The Market and The Law". Chicago: University of Chicago Press. 1988.

<sup>21</sup> MERCURO, Nicholas y Steven MEDEMA. Op. Cit. pp. 51-83.

<sup>22</sup> BENSON, Bruce. "The Impetus for Recognizing Private Property and Adopting Ethical Behavior in a Market Economy: Natural Law, Government Law or Evolving Self-Interest". En: Review of Austrian Economics. 1993. pp. 43-80.

<sup>23</sup> MALLOY, Robin Paul. "Law and Economics: A comparative Approach to Theory and Practice". St. Paul: West Publishing Company. 1990. pp. 86-92.

<sup>24</sup> EPSTEIN, Richard. "Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain". Cambridge: MA, Harvard University Press. 1985.

<sup>25</sup> COOTER, Robert D. "Torts as the Union of Liberty and Efficiency: An essay on Causation". Chicago: Kent Law Review. 1987. pp.522-551.

<sup>26</sup> COOTER, Robert D. "Liberty, Efficiency and Law". En: Law and Contemporary Problems. 1987. pp. 141-163. COOTER, Robert D. "Justice at the Confluence of Law and Economics". En: Social Justice Research. 1987. pp. 67 y siguientes.

<sup>27</sup> CAMPBELL, David. "The Relational Constitution of the Discrete Contract". En: CAMPBELL, David y Peter VINCENT JONES. "Contract and Economic Organisation: Socio-legal Initiatives". Darthmouth: Aldershot. 1996. pp. 40-66.

GRAY, John. "Contractarian Method, Private Property and the Market Economy". En: CHAMPMAN, John y Roland PENNOCK J. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 13-58.

NOZICK, Robert. "Anarchy, State and Utopia". New York: Basic Books. 1974.

EPSTEIN, Richard. "Simple Rules for a Complex World". Cambridge MA: Harvard University Press. 1995.

THOMPSON, Michael et al. "Cultural Theory". Boulder: CO, Westview Press.1990.

das a la función de la protección de la autonomía individual<sup>28</sup>.

Un diverso elemento del análisis de la Escuela de Chicago proviene de un diverso sistema de principios - postula la maximización social agregada de la riqueza como el bien más alto; rechaza el concepto de las derechos naturales o inherentes; aprueba la acción del mercado como valor de segundo orden que sirva a la meta fundamental de la maximización de la riqueza social agregada; y adopta el análisis de costes y beneficios como la técnica analítica básica<sup>29</sup>. Este enfoque se identifica cercanamente con el trabajo de Richard Posner<sup>30</sup>. Las instituciones colectivas, públicas (gubernamentales) y privadas (empresas capitalistas en gran escala) tienen un rol sustancial en el alcance de la maximización de la riqueza. Los derechos sobre los recursos son contingentes, en vez de un derecho protegido del titular individual; así, los recursos deben ser dirigidos, sea por la acción del mercado o por la acción sobreviniente de instituciones colectivas, al usuario más productivo<sup>31</sup>. La función del proceso judicial, bajo este enfoque, es imitar al mercado en la resolución de conflictos<sup>32</sup>. En consecuencia, el patrón de la distribución de la riqueza es analíticamente irrelevante.

Así, en la ley de responsabilidad civil, la base de la responsabilidad es la minimización de los costos asociados con los casos de daño<sup>33</sup>. En la ley de los contratos, el incumplimiento eficiente, aunque desestablece la distribución del derecho efectuada por un contrato ejecutivo, es aprobado porque destina los recursos al usuario que los valora más<sup>34</sup>. En la ley de propiedad, el análisis del *least*

*cost avoider* justifica los derechos del desplazamiento al usuario más productivo<sup>35</sup>.

Este elemento del análisis de la Escuela de Chicago se basa en valores jerárquicos. El criterio supremo de la evaluación es la riqueza social agregada. Las instituciones colectivas, tanto privadas y públicas, tienen un rol fundamental en la dirección de los recursos hacia actividades generadoras de riqueza. Las titularidades no se protegen de la erosión ni se transfieren para cambiar de recursos a usuarios más productivos, subordinando de tal modo los derechos individuales al bienestar social. Una extensión sustancial en la distribución de poder y riqueza es aceptable para alcanzar la maximización de la riqueza agregada<sup>36</sup>.

Un tercer enfoque de esta corriente, identificado por la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale, también rechaza el concepto de los derechos naturales o inherentes<sup>37</sup>. Aunque este enfoque acuerde un rol sustancial para las instituciones colectivas públicas y privadas, las instituciones públicas tienen un papel supremo. Estas instituciones proporcionan un entorno del discurso por el cual los valores supremos de la sociedad son determinadas, y tienen un rol sustancial en dirigir arreglos económicos y sociales al ordenar para avanzar la realización de estos valores<sup>38</sup>. Porque estos fines son colectivos en lugar de individualistas en naturaleza, luego este enfoque, como la segunda rama de análisis de la Escuela de Chicago, es sustancialmente jerárquico en carácter. Este enfoque, sin embargo, es no es semejante a la rama jerárquica del análisis de la Escuela de Chicago en dos aspectos. Tiende a preferir conceptos más

<sup>29</sup> MALLOY, Robin Paul. Op. Cit. 1990. pp. 60-68.  
MEDEMA, Steven. "Is There Life Beyond Efficiency? Elements of a Social Law and Economics". En: Review of Social Economy. 1993. Pp. 138-153.

<sup>30</sup> POSNER, Richard. "The Economics of Justice". Cambridge MA: Harvard University Press. 1981. pp.415.  
POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law". Quinta Edición. New York: Aspen Publishers, Inc. 1998.

<sup>31</sup> KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. "Property Rules versus Liability Rules: An economic analysis". En: Harvard Law Review. 1996. pp. 713-790.

<sup>32</sup> MEDEMA, Steven. Op. Cit.  
CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral". En: Harvard Law Review. 1972. pp. 1089-1128.

<sup>33</sup> CALABRESI, Guido. "The Cost of Accidents: A legal and Economic Analysis". New Haven: CT, Yale University Press. 1970.

<sup>34</sup> GOETZ, Charles y Robert SCOTT. "Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach". En: Columbia Law Review. 1977. pp. 554-594.

<sup>35</sup> POLINSKY, Mitchell. "An Introduction to Law and Economics". Boston: Little Brown. 1989.  
POSNER, Richard. Op. Cit.1998.

<sup>36</sup> RILEY, Jonathan. "Justice under Capitalism". En: CHAPMAN, John y Roland PENNOCK. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 122-162.  
THOMPSON, Michael et al. Op. Cit.

<sup>37</sup> MERCURO, Nicholas y Steven MEDEMA. Op. Cit. pp. 79-83.  
MALLOY, Robin Paul. "Law and Economics: A Comparative Approach to Theory and Practice". Saint Paul: West Publishing Company. 1990. pp 69 - 75.

<sup>38</sup> ACKERMAN, Bruce. Op. Cit. 1980.  
ACKERMAN, Bruce. "Reconstructing American Law". Cambridge: Harvard University Press. 1984.  
ROSE-ACKERMAN Susan. "Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State". New York: NY Free Press. 1992.

<sup>39</sup> BROWNSWORD, Roger. "Contract Law, Co-operation and Good Faith: The Move to Static to Dynamic Market - Individualism". En: DEAKIN, Simon y Jonathan MICHIE. "Contracts, Co-operation and Competition: Studies in Economics, Management and Law". Oxford: Oxford University Press. 1997. pp. 255-284.

cualitativos y utilitarios de asistencia social sobre medidas más cuantitativas de riqueza agregada<sup>39</sup>. Y trata el patrón de la distribución de la riqueza como una consideración altamente relevante en la determinación de bienestar social<sup>40</sup>.

En resumen, el aspecto principal del discurso preceptivo del Análisis Económico del Derecho es dominado por enfoques que se basan en valores individualistas o en valores jerárquicos. Estos valores son, sin embargo, mutuamente inconsistentes. Así, el principal discurso es propiamente caracterizado más como un debate que como empresa colectiva que refina un modelo científico social unitario bajo la tutela de un sistema monolítico de valores.

Mientras este discurso ha madurado, otras voces, basadas en otros valores, se han incorporado al debate. Una alternativa prominente es el discurso de los Critical Legal Studies, que es considerablemente heterogéneo<sup>41</sup>. Más aún, ha tendido a ser reactiva por naturaleza, en el sentido que busca revelar, y criticar, la tendencia del discurso académico y la doctrina judicial a avanzar a valores jerárquicos detrás de una retórica de valores individuales. Así, ha existido una tendencia en una parte sustancial del discurso de Critical Legal Studies a no ofrecer una prescripción coherente para una conceptualización alternativa de la sustancia y los procesos de la ley.

No obstante esta tendencia, un enfoque con un carácter distintivo ha emergido<sup>42</sup>. Este enfoque postula que los valores están elegidos correctamente en un entorno social, y que el entorno apropiado para esta opción es la comunidad inmediata. La ley, según este enfoque, debe animar las tendencias altruistas y cooperativas de la naturaleza humana por sobre sus tendencias de interés propio y competitivas. Y la distribución de la riqueza debería tender hacia la igualdad, de este modo creando un orden social que sea relacional por naturaleza en lugar de ser jerárquica o transaccional.

Así, la determinación del uso apropiado de la propiedad no es el interés propio del detentador del título, sino por el contrario, son los valores emergentes de la comunidad en donde está situado. En la ley de daños, la responsabilidad se basa en un incumplimiento de un deber de cuidado hacia la integridad física y psíquica de otras personas, en lugar de una falla de ejercer racionalidad económica en la persecución de ganancia personal. Y el proceso de intercambio debe ser relacional - un proceso interactivo de búsqueda de beneficio mutuo y para la búsqueda de sinergia en la creación de bienestar común<sup>43</sup>. Este enfoque se basa en los valores de la comunidad. Consistente con estos valores, el carácter de la interacción humana es relacional, en vez de jerárquico, transaccional, o competitivo. La riqueza se distribuye para tender hacia igualdad. Y el entorno relacional sirve como baluarte contra la explotación del individuo por otros que intentan realizar su interés propio o instituciones jerárquicas, que buscan amontonar y ejercitar poder. Un análisis económico de derecho social basado similarmente en valores comunitarios de carácter igualitario, acentúan la distribución equitativa de la riqueza, el aseguramiento amplio de la dignidad humana, y la solidaridad<sup>44</sup>.

Hay, también, otro sistema distinto de valores que emerge del discurso del Análisis Económico del Derecho. Aunque gran parte del trabajo de Richard Posner se basa en valores jerárquicos, él también ha ofrecido una extensa recolección de acciones humanas basadas en su concepto de bioeconomía<sup>45</sup>. Desde este punto de vista, la acción humana es determinada por la conducción de apetitos y cualidades naturales asentados en la naturaleza humana. La acción humana, desde esta perspectiva, es la consecuencia de la maximización racional para la satisfacción de sus impulsiones. Dada esta propuesta es que la acción humana es resuelta, este enfoque lleva una afinidad fuerte a la tradición del derecho natural.

<sup>40</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. "Inalienability and The theory of Property Rights". En: Columbia Law Review. 1985. pp. 931-969.

<sup>41</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. "The Critical Legal Studies Movement". Cambridge: MA Harvard University Press. 1986.

KELMAN, Mark. "A Guide to Critical Legal Studies". Cambridge: MA Harvard University Press. 1987.

<sup>42</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. "Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory". New York: NY Free Press. 1976.

UNGER, Roberto Mangabeira. "Passion: An Essay on Personality". New York: NY Free Press. 1984.

<sup>43</sup> MACNEIL, Ian. "The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations". New Haven: CT Yale University Press. 1980.

BROWNSWORD, Roger. Op. Cit.

CAMPBELL, David. Op. Cit. 1996. .

CAMPBELL, David. "The Relational Constitution of Contract and the Limits of Economics: Kenneth Arrow on the Social Background of Markets". En: DEAKIN, Simon y Jonathan MITCHIE. "Contracts, Co-operation and Competition: Studies in Economics, Management and Law". Oxford: Oxford University Press. 1997. pp. 529-596.

<sup>44</sup> MEDEMA, Steven. Op. Cit. 1993.

VELJANOVSKI, Cento. "Wealth Maximization, Law and Ethics- on the Limits of Economic Efficiency". En: International Review of Law and Economics. 1981. pp. 5-28.

<sup>45</sup> POSNER, Richard. "Sex and Reason". Cambridge: MA Harvard University Press. 1992.

Otras aproximaciones ofrecen una mezcla de valores. Un enfoque liberal clásico se basa en los dos valores supremos de la libertad individual y de la dignidad humana<sup>46</sup>. Bajo esta aproximación, el mercado libre es una institución importante a través de la cual los individuos ejercen su derecho a la libertad. El Estado también juega un importante rol económico – protegiendo la dignidad humana mediante la protección de los derechos individuales de la erosión por la acción privada o por la acción de instituciones colectivas, y manteniendo a los individuos en la tenencia de un nivel mínimo de riqueza. De esa manera, combina los valores derivados tanto de individualidad y de jerarquía.

La teoría de la justicia de John Rawls presenta un ejemplo conocido de un enfoque mezclado<sup>47</sup>. Su concepto de la prioridad de la libertad se basa en un fundamento individualista. La presunción a favor de una distribución equitativa de la riqueza y el papel sustancial del Estado en mantener un sistema de libertades y en intervenir en el patrón del resto de la distribución de la riqueza, que descansa en un fundamento de jerarquía.

Margarita Jane Radin ha desarrollado otro ejemplo de un enfoque mezclado por su concepto de *property for personhood*<sup>48</sup>. Entonces, ciertas clases de propiedad, centrales a la definición del individuo, están protegidas contra alienaciones privadas o expropiaciones públicas descansan en valores individualistas. De ese modo, la definición del individuo, y por ende, la especificación de que propiedad en particular tiene el nexo requerido con *personhood*, tiene lugar en un proceso social

de valores comunitarios, al igual que el empuje igualitario del concepto que cierta propiedad proporciona una dotación individual presuntamente inalienable.

#### IV. CRÍTICA MUTUA

Dado que el discurso del Análisis Económico del Derecho está sustentado en una heterogeneidad de valores, este discurso adquiere el carácter de debate - el ofrecimiento de enfoques particulares para análisis y prescripción, y la crítica mutua de éstos.

##### A. Discurso explicativo

Una presunción fundamental del discurso explicativo es que el agente principal de la acción económica es *homo economicus* -egoísta, competitivo, racional, maximizador de utilidades. Este modelo cae en desafío por no poder explicar la capacidad de los individuos de exhibir altruismo igualitario, de buscar y de alcanzar solidaridad social, y de dar su lealtad a las organizaciones jerárquicas<sup>49</sup>. Otra presunción básica postula que la acción individual en un mercado libre, con un coste administrativo mínimo, continuamente rotan los recursos al mayor valor que consideren los usuarios, de tal modo alcanzando una asignación de recursos eficiente para producción. Apelar a un criterio de eficiencia se encuentre bajo crítica en el supuesto que, incluso bajo el enfoque del análisis neoclásico, no hay un punto único de eficiencia; en su lugar, hay diversos puntos de eficiencia que corresponden a diversos patrones en la distribución de riqueza<sup>50</sup>.

- <sup>46</sup> MALLOY, Robin Paul. Op. Cit. 1990. pp. 93-101.  
MALLOY, Robin Paul. "Is Law and Economics Moral? – Humanistic Economics and a Classical Liberal Critique of Posner's Economic Analysis". En: Valparaiso University Law Review. 1990. pp. 147-161.  
MALLOY, Robin Paul. "Market Philosophy in the Legal Tension Between Children's Autonomy and Parental Authority". En: Indiana Law Review. 1988. pp. 889-900.  
MALLOY, Robin Paul. "The Merits of the Smithian Critique: A final Word on Smith and Posner". En: University of Kansas Law Review. 1988. pp. 266-274.  
MALLOY, Robin Paul. "The Invisible Hand or the Sleight of Hand? Adam Smith, Richard Posner and the Philosophy of Law and Economics". En: University of Kansas Law Review. 1988. pp. 209 y siguientes.
- <sup>47</sup> RAWLS, John. "A Theory of Justice". Cambridge: MA Harvard University Press. 1971.
- <sup>48</sup> RADIN, Margaret. "Property and Personhood". En: Stanford Law Review. 1982. pp. 927 y siguientes.  
RADIN, Margaret. "Market – Inalienability". En: Harvard Law Review. 1987. pp. 1849-1937.  
RADIN, Margaret. "Justice and the Market Domain". En: CHAPMAN, John y Roland PENNOCK. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 165-197.
- <sup>49</sup> CAMPBELL, David. Op. Cit. 1997.  
HUANG, Peter y Ho-Mou WU. "More Order without More Law: A theory of Social Norms and Organizational Cultures". En: Journal of Law, Economics and Organisation. 1994. pp. 390-406.  
KELMAN, Mark. "Misunderstanding Social Life: A Critique of the Core Premises of Law and Economics". En: Journal of Legal Education. 1983. pp. 274-284.  
LEFF, Arthur. "Economic Analysis of Law: Some realism about nominalism". En: Virginia Law Review. 1974. pp. 451-482.  
MORSE, Jennifer. "Who is Rational Economic Man?". En: Social Philosophy and Policy. 1997. pp. 177-206.  
SEN, Amartya. "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory". En: Philosophy and Public Affairs. 1977. pp. 317-344.
- <sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. "Is Wealth a Value?". En: Journal of Legal Studies. 1980. pp. 191-226.  
WHITE, James. "Economics and Law: Two Cultures in tension (alumni distinguished lecture in jurisprudence)". En: Tennessee Law Review. 1987. pp. 161-202.

La proposición de que la acción individual en el mercado libre tiende a la eficiencia se debe a las inevitables distorsiones, el mercado en lugar de otro rinde una corriente trayectoria-dependiente subóptimas de los bienes y servicios<sup>51</sup>.

El asunto que las reglas legales se deben elegir por su eficiencia viene bajo crítica considerando que las consecuencias de la eficiencia no pueden ser determinadas - si están analizados sobre una base parcial del equilibrio, pueden llevar a la ineficacia general; y el análisis general del equilibrio exige altos costos de información<sup>52</sup>. Una crítica similar se hace del uso de remedios judiciales de ofrecer incentivos para escoger la conducta eficiente que puede llevar a la distorsión si la distinción entre los precios y las sanciones no se considera<sup>53</sup>. Y la cuenta del juicio en el *common law* como proceso que genere reglas eficientes viene bajo crítica sobre la base de parcialidad sistémica en la selección de conflictos que vengan antes que las cortes prevengan el desarrollo de las reglas eficientes para las varias clases de conflictos que puedan presentarse<sup>54</sup>, y que la búsqueda del interés propio por los partidos del litigio crea una tendencia hacia el desarrollo de reglas ineficientes<sup>55</sup>.

Otro aspecto del discurso explicativo es la tendencia a adoptar un enfoque numerativo para la empresa de evaluar y, para avanzar en el discurso del Análisis Económico del Derecho como una campaña científica<sup>56</sup>. Aunque este enfoque sea bien fundado en el racionalismo ilustrativo<sup>57</sup>, en el discurso del Análisis Económico del Derecho procede en parte del problema que las comparaciones interpersonales de utilidad no pueden ser hechas porque la utilidad en sí misma no puede ser medida por una escala transitiva de evaluación<sup>58</sup>. Para evaluar el estado de bienestar social

en términos de riqueza, un factor que es susceptible de ser medido, sin embargo, es la adopción de un criterio del bienestar económico agregado que es considerablemente más estrecho que la utilidad<sup>59</sup>. Más aún, un enfoque numerativo tiende a aceptar los resultados de medir esos factores que sean susceptibles de medida como el orden apropiado de las cosas<sup>60</sup>, de tal modo, implícitamente participando en la falacia del deber-ser.

El uso del análisis de costo-beneficio como un medio para determinar el impacto de la riqueza de una medida legislativa o de una decisión judicial sigue los tests de Kaldor-Hicks derivados de los clásicos artículos publicados por Nicholas Kaldor y John R. Hicks<sup>61</sup>. Debido a que esta prueba no requiere compensación en las consecuencias de las decisiones que redistribuyen los derechos a los recursos, puede ser demostrado que, debido a los efectos de los cambios de posiciones y programas de utilidad en la ausencia de compensación, la prueba no determina exactamente si ha ocurrido una mejora del bienestar<sup>62</sup>. Además, la prueba en sí misma no captura con precisión las visiones expresadas por los profesores Kaldor y Hicks, quienes tomaron la postura que la distribución de la riqueza es una consideración relevante para la decisión política, y que, en la asunción de disminuir utilidad marginal en el consumo, el principio de maximización de utilidades exige una presunción de la igualdad relativa en la distribución de la riqueza, compensándose por un grado de desigualdad para proveer un incentivo a producir<sup>63</sup>.

Una aproximación alternativa al dominante modelo neoclásico conceptualiza la acción económica en términos dinámicos, tendiendo hacia el desequilibrio como tecnología, las dotaciones de recursos y las percepciones del cambio de utilidad<sup>64</sup>.

<sup>51</sup> EASTMAN, Wayne. "How Cosean Bargaining Entails a Prisoners Dilemma". En: Notre Dame Law Review. 1996. pp. 89-101.

<sup>52</sup> RIZZO, Mario. "The Mirage of Efficiency". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 641-658.

WHITE, James. Op. Cit. 1987.

<sup>53</sup> NANCE, Dale. "Guidance Rules and Enforcement Rules: A better view of the Cathedral". En: Virginia Law Review. 1997. pp. 837-937.

<sup>54</sup> HADFIELD, Gillian. "Bias in the Evolution of Legal Rules". En: Georgetown Law Journal. 1992. pp. 583-616.

<sup>55</sup> COOTER, Robert y Lewis KORNHAUSER. "Can litigation improve the Law without the help of judges?". En: Journal of Legal Studies. 1980. pp. 139-163.

<sup>56</sup> HORWITZ, Morton. "Law and Economics: Science or Politics?". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 905-912.

<sup>57</sup> TOULMIN, Stephen. "Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity". Chicago: University of Chicago Press. 1990.

<sup>58</sup> KALDOR, Nicholas. "Welfare Propositions of Economics and Inter-Personal Comparisons of Utility". En: Economic Journal. 1939. pp. 549-552.

<sup>59</sup> WEINRIB, Ernest. "Utilitarianism, Economics and Legal Theory". En: University of Toronto Law Journal. 1980. pp. 307-332.

HICKS, John. "The Foundations of Welfare Economics". En: Economic Journal. 1939. pp. 696-712.

<sup>60</sup> MCCLOSKEY, Donald. "The Rhetoric of Law and Economics". En: Michigan Law Review. 1988. pp. 752-767.

<sup>61</sup> KALDOR, Nicholas. Op. Cit.

HICKS, John. Op. Cit.

<sup>62</sup> SCITOVSKY, Tibor. "A Note on Welfare Propositions in Economics". En: Review of Economic Studies. 1941. pp. 77-88.

MISHAN, Ezra. "Welfare Economics: An Assessment". Amsterdam: North Holland. 1969.

<sup>63</sup> COLEMAN, Jules. "Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law". En: California Law Review. 1980. pp. 221-249.

<sup>64</sup> KALDOR, Nicholas. Op. Cit.

KLEIN, Burton. "Dynamic Economics". Cambridge: MA Harvard University Press. 1977.

MALLOY, Robin Paul. "Adam Smith and the Modern Discourse of Law and Economics". En: MALLOY, Robin Paul y Jerry EVENSKY. "Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics". Boston: Kluwer Academic Publishers. 1994. pp. 113-150.

Los productores pueden ser vistos como poseedores del poder de crear y manipular la demanda, y de reaccionar no simplemente a la demanda<sup>65</sup>, y el último recurso productivo es inteligencia e invención humana<sup>66</sup>. Debido a que la capacidad humana es susceptible de mejorar por la inversión del mantenimiento y educación, entonces la maximización de la riqueza puede ser entendida más en términos de un proceso dinámico de la inversión en capital humano que en la asignación eficiente de recursos materiales.

## B. Discurso prescriptivo

Los enfoques individualista y jerárquico han tendido a dominar el discurso prescriptivo. Así, el discurso del análisis crítico también ha tendido a dirigirse a los valores que subyacen a estos enfoques. Asimismo, el empuje de este análisis ha tendido a tomar una forma esperable - la crítica de las consecuencias de la realización de un enfoque particular desde el punto de vista de los valores de otro enfoque particular.

El valor individualista de la importancia suprema del egoísta, atomístico individuo, entra bajo crítica sobre la base que su implementación fallara en servir a los valores de la asignación de recursos y de la maximización de la riqueza.<sup>67</sup> Esta falla es especialmente aguda en la producción eficiente de bienes públicos<sup>68</sup>. También es criticado porque evita otras acciones individuales orientadas a la exclusión tanto de la acción organizacional y del altruismo igualitario<sup>69</sup>. Por otro lado, a su

vez prevendrá la formación de las organizaciones jerárquicamente dirigidas a necesariamente alcanzar la maximización agregada de la riqueza. También evitará la acción altruista necesaria para alcanzar una relativamente equitativa distribución de la riqueza requerida para la maximización de utilidades ampliamente observada y para participar en la acción económica que genera valores económicos particulares sobre una base suficientemente amplia<sup>70</sup>. Y la naturaleza transaccional del enfoque individualista entra bajo crítica porque lleva a una conceptualmente irrestricta mercantilización, que a su vez lleva a la destrucción de la integridad de personas y de particulares clases de objetos<sup>71</sup>.

El principio jerárquico de maximización agregada de la riqueza entra en una crítica múltiple. Es criticada como incoherente en términos de la especificación de qué cuenta como riqueza<sup>72</sup>, que su maximización no corresponde necesariamente a una asignación eficiente de los recursos<sup>73</sup>, y que proporciona un criterio de bienestar social que es sustancialmente inferior a la utilidad<sup>74</sup> o a los valores colectivos<sup>75</sup>. También entra bajo crítica porque trata el patrón de la distribución de la riqueza como irrelevante<sup>76</sup>. Dado que la distribución de la riqueza es irrelevante bajo el enfoque jerárquico, la búsqueda de la maximización de la riqueza puede generar una disparidad amplia en la distribución de la misma<sup>77</sup>. Debido a que la carencia de la riqueza imposibilita a un individuo de expresar sus preferencias de utilidad en el mercado, una amplia disparidad en la distribución de la riqueza lleva a una distorsión en el punto

<sup>65</sup> BARTLETT, Randall. "The Economic Foundations of Political Power". New York: NY, Free Press. 1973.

<sup>66</sup> SCHULTZ, Theodore. "Investing in People: The Economic op Population Quality". Berkeley: University of California Press. 1981.

REICH, Robert. "The Next American Frontier". New York: New York Time Books. 1983.

REICH, Robert. "The Work of Nations: Preparing ourselves for 21<sup>st</sup> Century Capitalism". New York: Alfred A Knopf. 1991.

<sup>67</sup> CAMPBELL, David. Op Cit. 1996.

<sup>68</sup> WHITE, James. "Economics and Law: Two Cultures in Tension (alumni distinguished lecture in jurisprudence)". En: Tennessee Law Review. 1987. pp. 161-202.

WHITE, Barbara. "Coase and the Courts: Economic for the Common Man". En: Iowa Law Review. 1987. pp. 577-635.

OLSON, Mancur. "The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups". New York: Shocken Books. 1971.

<sup>69</sup> RADIN, Margaret. Op. Cit. 1989.

SUNSTEIN, Cass. "Disrupting Voluntary Transactions". En: CHAPMAN, John W. y Roland J. PENNOCK. "NOMOS XXXI: Markets and Justice". New York: New York University Press. 1989. pp. 279-302.

<sup>70</sup> KELMAN, Mark. Op. Cit. 1983.

<sup>71</sup> RADIN, Margaret. Op. Cit. 1989.

SUNSTEIN, Cass. Op. Cit.

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. "Why Efficiency?". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 563-590.

RIZZO, Mario. "The Mirage of Efficiency". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 641-658.

<sup>73</sup> WHITE, Barbara. Op. Cit.

<sup>74</sup> BAKER, Edwin. "Utility and Rights. Two Justifications for State Action Increasing Inequality". En: Yale Law Journal. 1975. pp. 39-59.

BAKER, Edwin. "Starting Points in the Economic Analysis of Law". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 939-972.

DWORKIN, Ronald. Op Cit. 1980.

<sup>75</sup> DRIESEN, David. "The Societal Cast of Environmental Regulation: Beyond Administrative Cost-Benefit Analysis". En: Ecology Law Quarterly. 1997. pp. 545-617.

<sup>76</sup> SCHWARTZ, Gary. "Economics, Wealth Distribution and Justice". En: Wisconsin Law Review. 1979. pp. 799-813.

<sup>77</sup> BAKER, Edwin. Op Cit. 1975.

KENNEDY, Duncan. "Cost-Benefit of Entitlement Problems: A Critique". En: Stanford Law Review. 1981. pp. 387-445.

KRONMAN, Anthony. "Wealth Maximization as a Normative Principle". En: Journal of Legal Studies. 1980. pp. 227-242.

MACPHERSON, C.B. "The Rise and Fall of Economics Justice and Other Papers". Oxford: Oxford University Press. 1985.

WEINRIB, Ernest. Op. Cit.

de la eficiencia que el mercado puede generar<sup>78</sup>. Asimismo, la primacía del principio de maximización de la riqueza tiene el efecto de erosionar los derechos individuales sobre los recursos, interpretando estos títulos como contingentes en vez de conferidos<sup>79</sup>. Uno de los proponentes principales de una minimización de costo y aproximación a la maximización de la riqueza a la ley de la responsabilidad civil, Guido Calabresi, ha sido cuidadoso al afirmar que el principio de maximización de la riqueza debería ser subordinado a otros principios, tales como maximización de la utilidad, equidad en la distribución de riqueza, y seguridad en la explotación de los derechos de los individuos sobre los recursos<sup>80</sup>.

## V. RESUMEN

En forma de resumen, un arsenal rico de valores que subyacen al discurso del análisis económico de derecho. Modelos descriptivos de acción económica y del funcionamiento de los procesos legales y políticos ofrecen una mezcla de enfoques a la explicación del fenómeno de la acción económica. El discurso dominante presenta modelos que son numerativos en carácter y que adoptan la aproximación del equilibrio de la microeconomía neoclásica. Un tema de menor importancia en este discurso presenta los modelos que son más cualitativos en carácter y que adoptan un enfoque dinámico alternativo.

El arsenal de valores que subyace al discurso prescriptivo es similarmente heterogéneo. El discurso dominante ofrece los enfoques basados en valores individuales y jerárquicos, competidores entre ellos. Temas de menor importancia en este discurso ofrecen enfoques basados en los valores de comunidad y naturalismo. Y el discurso de crítica procede como un debate implícito sobre estos sistemas de valores alternativos.

## VI. TEORÍA

Relacionado a la sustancia de los valores que subyacen al discurso del Análisis Económico del Derecho y la heterogeneidad de estos valores es el asunto de la causa de esta heterogeneidad - la pregunta de si este conflicto puede ser una consecuencia de las naturalezas particulares de las categorías de economía y de derecho, o la naturaleza inevitable de un discurso que ocurre a través del límite entre las distintas áreas del esfuerzo intelectual o, quizás, la manera particular en la cual ha procedido este discurso.

Que esta heterogeneidad de valores cae en un patrón particular en el discurso del análisis económico de derecho, es replicado en otras áreas del discurso. Las teorías jurisprudenciales pueden ser entendidas como caídas dentro de un patrón de positivismo y formalismo jerárquico, ley clásica individualista, derecho natural, y la teoría marxista comunitaria<sup>81</sup>. En un nivel particular, la doctrina judicial en las cortes de Estados Unidos, en lugar de desarrollarse como una versión formalista puede predecir, hacia una más completa estructura de reglas y de principios, pudiendo ser trazados sobre este mismo patrón de valores subyacentes. Este patrón puede ser visto en una diferente conceptualización de propiedad de la tierra que determinan implícitamente los resultados de casos particulares - propiedad como dominio único y despótico<sup>82</sup>, un derecho concedido al individuo protegido contra la interferencia del Estado<sup>83</sup>; propiedad como el nexo por el cual el individuo es puesto dentro de un orden jerárquico, en donde el Estado tiene el poder de imponer límites sustanciales al derecho de uso<sup>84</sup>; propiedad como derecho subordinado a la red biótica natural que define el orden físico y biológico de la naturaleza ambiental<sup>85</sup> y propiedad como el nexo por el cual el individuo se encuadra en una comunidad local, en donde la siempre emergente matriz de valores

<sup>78</sup> LEFF, Arthur. Op. Cit. 1974.

<sup>79</sup> CHAPMAN, Bruce. "Individual Rights and Collective Rationality: Some Implications for Economic Analysis of Law". En: Hofstra Law Review. 1982. pp. 455-481.

KRONMAN, Anthony. Op cit. 1980.

REICH, Charles. "Property Law and the New Economic Order: A Betrayal of Middle Americans and the Poor". En: Kent Law Review. 1996. pp. 817-823.

WHITE, Barbara. Op. Cit.

WHITE, James. Op Cit.

<sup>80</sup> CALABRESI, Guido. "An Exchange about Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin". En: Hofstra Law Review. 1980. pp. 553-562.

<sup>81</sup> BARRY, Norman. "The Classical Theory of Law". En: Cornell Law Review. 1988. pp. 283-291.

EPSTEIN Richard. "The Classical Legal Tradition". En: Cornell Law Review. 1988. pp. 292-299.

PELLER, Gary. "The Classical Theory of Law". En: Cornell Law Review. 1988. pp. 300-309.

<sup>82</sup> BLACKSTONE, William. "Commentaries on The Law of England". Reimpresión. Buffalo: William S. Hein & Co. 1992.

<sup>83</sup> Pennsylvania Coal co. V. Mahon. 260 US 393 (1922).

<sup>84</sup> Penn Central Transp. Co. V. City of New York. 438 US 104 (1978).

<sup>85</sup> Just v. Marinette County. 201 N.W. 2d 761 Wis. (1972.)

comunales determina los límites en el uso individual<sup>86</sup>. En el derecho penal también la doctrina puede ser categorizada en términos de conceptualización de la criminalidad - criminalidad subjetiva, consecuencias dañosas y criminalidad manifiesta<sup>87</sup>, bajo la base respectivamente, de valores individualistas, jerárquicos, y comunitarios.

Las ideologías políticas manifestadas en las deliberaciones y las acciones de cuerpos legislativos y en discurso político público se pueden trazar sobre un patrón similar. La ideología liberal abraza los valores del individualismo. El moderado conservacionismo de la empresa de negocios y valores del bienestar social de la ideología de centro izquierda adoptan los valores de la jerarquía. El pluralismo del grupo de interés desarrolla los valores de comunidad. Y los *Green blocs* y los fundamentalistas religiosos se adhieren los valores del naturalismo.

Las ciencias sociales relacionadas a la antropología ofrecen una explicación a este fenómeno de heterogeneidad de valores y los patrones en los cuales los valores caen. En un discurso antropológico, una cosmología se define en los siguientes términos:

Cualquier cosa que se perciba debe pasar por controles perceptuales. En el proceso algo es admitido, algo es rechazado y algo es suplementado para hacer el acontecimiento cognoscible. El proceso es mayormente cultural. Un sesgo cultural pone los problemas morales bajo una luz particular. Una vez formadas, las opciones individuales se catalogan según la estructura de la conciencia, que está lejos de ser un asunto privado<sup>88</sup>.

Un sesgo se basa necesariamente en valores. Los sistemas particulares de valores componen una cosmología. Y, no hay una cosmología principal; hay solamente alternativas que están disponibles para elección - cosmologías particulares basadas en los valores de la individualidad, jerarquía, comunidad y naturalismo<sup>89</sup>. Concientemente, el mundo mental que distingue seres humanos del resto de organismos biológicos se debe organizar alrededor de un cierto sistema de valores profun-

dos. El individuo trata de adoptar una cosmología particular en el proceso en curso de la socialización que es el medio de la existencia humana. Y de esta cosmología, el individuo va alrededor de la función necesaria de construir un mundo mental.

Un crítico del pensamiento económico contemporáneo, comentando en lo que él ve como pobreza, ha afirmado:

El estudio de quién consigue qué y porqué, a diferencia del estudio de plantas o planetas, no puede dejar de ser una tarea ideológica cargada. A pesar de las técnicas laboriosas y la pretensión científica, la mayor parte de marcas de la economía son secretamente ideológicas. La economía marxiana, con su teoría del valor de trabajo, asume la inevitabilidad del conflicto de clase, y por lo tanto la necesidad de la lucha de clase; Keynesianismo, con su convicción que el capitalismo industrial es sistemáticamente inestable, ofrece una racionalidad equitativa científica para la intervención del gobierno. La economía neoclásica, con su dependencia en la eficiencia de mercados, es un ricamente bordado resumen para el liberalismo<sup>90</sup>.

La economía, y la empresa académica del discurso del Análisis Económico del Derecho no se ven, sin embargo, empobrecidas por la heterogeneidad de sus valores subyacentes. En su lugar, esta heterogeneidad enriquece el discurso. La economía y el derecho son, fundamentalmente, empresas intelectuales que dirijan la profunda cuestión de cómo, y en qué valores, los seres humanos organizarán los mundos mentales que crean. El discurso del Análisis Económico del Derecho se vería empobrecido solamente si no pudiese reflejar la completa variedad de caminos basados en valores sobre las cuales los seres humanos crean sus mundos.

El discurso del Análisis Económico del Derecho no puede ser considerado precisamente como fallado porque no se ha desarrollado hacia valores-homogéneos. El Valor-heterogeneidad es una consecuencia de su naturaleza como empresa intelectual - abarca un discusión en curso sobre los conceptos esencialmente disputados<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Goldblatt v. Town of Hempstead. 369 US 590. (1962).

<sup>87</sup> FLETCHER, George. "Rethinking Criminal Law". Boston: Little Brown. 1978.

<sup>88</sup> DOUGLAS, Mary. "Introduction to Grid/Group Analysis". En: DOUGLAS, Mary. "Essays in the Sociology Perception". London: Routledge & Kegan Paul. 1982. pp. 1-8.

<sup>89</sup> DOUGLAS Mary. "Cultural bias. Occasional Paper N° 34". 1978.  
DOUGLAS, Mary. Op. Cit. 1982.  
THOMPSON et al. Op. Cit. 1990.

<sup>90</sup> KUTTNER, Robert. "The Poverty of Economics". En: Atlantic Monthly. 1985. pp. 74-84.

<sup>91</sup> GALLIE, W.B. "Essentially Contested Concepts". En: Proceedings of the Aristotelian Society. 1956. pp. 167-198.

## VII. DEBATE

Una cuestión final es la función de los valores en el discurso del Análisis Económico del Derecho. No sólo son estos valores heterogéneos en carácter pero también pueden ser avanzados para una heterogeneidad de propósitos. Los valores pueden servir como el foco de discusión teórica sobre si un sistema unificado de valores puede emerger dentro de una cultura particular. Tal debate se ajustaría a los métodos de filosofía sistemática y de su proyecto fundacionalista<sup>92</sup>. Alternativamente, los valores pueden proveer los medios para

refinar una conceptualización particular de la acción económica en procesos legales. Tal empresa se ajustaría a los métodos de ciencia normales<sup>93</sup>. Adicionalmente, los valores proporcionan la base profunda para la promoción - la empresa de alcanzar consenso, sea en discurso académico, político o discurso en el proceso judicial. Finalmente, los valores son un ingrediente necesario a la cuasi-fundacionalista empresa del método pragmático, en el cual el discurso se dirige hacia el valor del efectivo de emplear uno u otro sistema de valores a fin de solucionar un problema particular en la arena de la acción humana<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> RORTY, Richard. "Philosophy and the Mirror of Nature". Princeton: Princeton University Press. 1979.

<sup>93</sup> KUHN, Thomas. "The Structure of Scientific Revolutions". Chicago: University of Chicago Press. 1970.

<sup>94</sup> COOTER, Robert. "Punitive Damages". En: GRAY, Christopher B. "Philosophy of Law: An Encyclopedia". New York: Garland Inc. 1996.

JAMES, William. "Pragmatism". En: KUKLICK, Bruce. "William James: Writings 1902-1910". New York: Library of America. 1987. pp. 479-624.