

NUEVOS DESARROLLOS EN EL DERECHO PRIVADO: EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL DERECHO COMERCIAL

Cristian Ricardo Abel PIRIS

Publicado en Martorell, Ernesto (Director). TRATADO DE DERECHO COMERCIAL. PARTE GENERAL - TOMO I – Arduino, Augusto (Coordinador). Págs. 119 a 166, La Ley. Buenos Aires, 2010.

- I. Introducción.
- II. Concepto del Análisis Económico del Derecho.
- III. Del Derecho Económico al Análisis Económico del Derecho.
- IV. Los prejuicios sobre el Análisis Económico del Derecho.
- V. Propiedades caracterizantes del Análisis Económico del Derecho.
- VI. Aplicaciones y aportes del Análisis Económico del Derecho al Derecho Comercial.
- VII. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente capítulo vamos a presentar un tema importante y de actualidad para el mundo jurídico continental, nos referimos a la irrupción del Análisis Económico del Derecho. Si bien no todas las ramas de Derecho han sido afectadas de la misma manera por esta nueva forma de encarar los estudios jurídicos, no puede dudarse que se trata de un fenómeno en ascenso.

Nos acechan un importante cumulo de dudas referidas a cómo presentar bien el tema, dado que se encuentra en un código comentando, donde los juristas buscan mayormente soluciones prácticas a problemas concretos. Pero coincidimos con la afirmación que no hay nada más práctico que una buena teoría, por ello vamos a reseñar con un lenguaje familiar para los juristas los aspectos teóricos más destacados del Análisis Económico del Derecho y sus posibles aplicaciones, sobre

todo tratando de desentrañar dos preguntas centrales: ¿Por qué análisis económico? ¿Por qué ahora?

Comencemos buscando respuestas a esas preguntas. En una obra relativamente reciente Horacio Spector introduce una idea inquietante para pensar la realidad del Derecho Privado moderno desde una perspectiva filosófica.

Spector afirma que “en la Edad Media, la doctrina jurídica iusprivatista comenzó a desarrollar una estructura teórica capaz de explicar y sistematizar el conjunto de normas de Derecho Romano. Este proceso culminó durante los siglos XVIII y XIX con la redacción de los códigos civiles europeos y latinoamericanos. Luego de que la codificación fue puesta en práctica, y completada con la sanción del Código Civil alemán (BGB), la ciencia jurídica comenzó a declinar en vitalidad intelectual. Aunque los juristas todavía trabajan en la sistematización de las normas codificadas y, en particular, de las decisiones judiciales que buscan ajustar el código a las nuevas circunstancias económicas, sociales y tecnológicas, esta actividad carece de la sofisticación teórica que marcó los estudios civilistas de la pre-codificación, en gran medida, esto se debe al hecho de que los juristas completaron, a todos los efectos prácticos el proceso de redescubrimiento y sistematización del Derecho Romano que sentó las bases para la codificación”¹.

Luego continúa diciendo que “en las últimas décadas, los juristas norteamericanos han producido una revolución intelectual al aplicar la economía y la filosofía moral al estudio de instituciones jurídicas particulares. Los analistas económicos del derecho y los filósofos del derecho compiten en tratar de ofrecer la explicación más exitosa de diferentes campos del common law”².

En el presente trabajo partiremos de esas aseveraciones y pasaremos a reseñar las propiedades caracterizantes del análisis económico que en otras latitudes se

¹ SPECTOR, Horacio. “*Justicia y Bienestar. Desde una perspectivas de Derecho Comparado*”, en *Doxa* 26 (2003). Pág. 241.

² Ídem, Pág. 241-242.

emplea en el estudio del Derecho Privado, y posteriormente veremos su posible aplicación en los distintos temas que abarca el Derecho Comercial actual.

II. Concepto del Análisis Económico del Derecho.

A. El planteamiento de la cuestión.

Desde antaño se han establecido sólidas vinculaciones entre el Derecho y la Economía³ (o mejor, entre ciertas ramas del Derecho y de la Economía), y en especial en estos tiempos de auge de una nueva forma de interrelación denominado Análisis Económico del Derecho.

Si bien es un lugar común pretender descalificar al AED en nuestras latitudes, a partir de afirmaciones tales como que su lugar de nacimiento y desarrollo es el derecho anglosajón, dado que allí la sujeción a leyes escritas -como los códigos- constituyen la excepción antes que la regla. Que en tal sentido el deber de los tribunales de dictar sentencia haciendo uso del precedente brinda al juez un campo de acción mucho más amplio, pudiendo introducir en sus razonamientos otros elementos provenientes de la economía, la sociología, la filosofía moral, etc. atento que no se halla obligado al uso del razonamiento lógico-formal tan propio del derecho continental.

Si bien, alegatos como el precedente pueden presentar cierta verosimilitud, a poco que la analizamos vemos que dicha veracidad es más aparente que real. Veamos por ejemplo que hasta hace poco tiempo atrás era posible referirse al Derecho Privado solo aludiendo a la ley, con referencias circunstanciales, es decir no sistemáticas, a la jurisprudencia o la doctrina, y hacer total abstracción de la Constitución o los Tratados internacionales. Hoy esto es impensable. Ha sido de tal magnitud la irrupción las nuevas fuentes formales que debemos repensar todo

³ A nadie escapa la estrecha conexidad existente entre los postulados de la Economía clásica y los principios de los códigos decimonónicos, especialmente en materia de Contratos y Responsabilidad Civil.

el sistema a partir de las remozadas jerarquías y relaciones que vienen a establecerse.

La constitucionalización y transnacionalización del Derecho Privado son dos nuevos paradigmas, a partir de los cuales resulta necesario reconstruir nuestras instituciones jurídicas, y sobre todo nuestra manera de pensar el Derecho Privado.

Básicamente, es necesario comprender que debemos salir de la seguridad y tranquilidad decimonónica para adentrarnos en un terreno incierto, que necesita todavía de una Teoría General renovada que dé cuenta de las nuevas fuentes - actuales y por venir-, y de las relaciones y jerarquías que se establecen entre ellas. Utilizando la jerga posmoderna, el sistema de fuentes ha salido del estado sólido - concreto, preciso, delimitado- para tornarse al estado líquido -fluido, blando, indeterminado-.

En todo caso, la constitucionalización del Derecho Privado exige una reflexión profunda que debe comprender distintas dimensiones de abordaje que excede lo normativo, y va desde lo descriptivo hasta lo analítico de la dogmática privatista y, al mismo tiempo, del Derecho Constitucional. Pero también exige al jurista privatista indagar en campos poco frecuentados como la voluntad del constituyente, los valores fundacionales, los principios fundamentales, el contexto sociohistórico existente al momento de la creación de la norma, etc.

Por otra parte la crisis del sistema de fuentes no afecta solo a las formales, de hecho estamos viviendo acelerados cambios sociales, al punto que las fluidas variaciones en el campo de las tecnologías, la industria, las estructuras sociales, las relaciones humanas, etc., cada vez se hacen más difíciles de fijar en los rígidos moldes jurídicos porque como señala con frecuencia no estamos frente a una época de cambios sino a un cambio de épocas.

Por todo ello es necesario articular una nueva labor jurídica privatista que no se halle excesivamente apegada a los textos normativos y a las inferencias lógico-

formales, dado que solo podrían generar una dogmática indiferente a la realidad social y los fundamentos que le dan origen a las instituciones jurídicas, y por tanto insensible los nuevos fenómenos que impactan sobre el Derecho Privado.

En este contexto no debemos perder de vista que a partir del renacimiento, pero especialmente en los siglos XVII y XVIII, los juristas se constituyeron en “ingenieros” institucionales, es decir, nada menos que quienes diseñaron las instituciones modernas, pero eso funcionó así hasta el siglo XIX porque como dice Alfaro “la magna opera de racionalización que supusieron los códigos no fue una comida gratis. Convirtió a los juristas en exégetas. Dejaron de ser productores de Derecho e ingenieros sociales para convertirse en funcionarios”⁴. El desafío de los juristas es encontrar el camino nos llevé a ser nuevamente “constructores” institucionales y para ello debemos explorar alternativas, alejándonos de la tranquilidad decimonónica y sin dudas una de esas alternativas la constituye el AED.

B. ¿Por qué análisis económico?

Podríamos comenzar preguntándonos ¿por qué sería importante incluir un capítulo referido al análisis económico en el estudio de un tema jurídico?, o con más precisión ¿cuál sería la utilidad de aplicar el análisis económico a la resolución de problemas jurídicos?

No hay una sola respuesta a esas preguntas, sino varias. En primer lugar es menester tener presente que las normas jurídicas producen efectos en la asignación y reasignación, es decir distribución, de los recursos. El Derecho influye en la determinación de quienes obtienen -o tienen derecho de obtener- cuáles bienes, y de qué manera lo hacen. Y cuando hablamos de Derecho no nos circunscribimos únicamente al Económico, dado que la referencia a bienes y

⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho”, en InDret 1/2007.

recursos debe ser entendida en sentido amplio, y es por ello que el AED se aplica a cuestiones penales, procesales, de familia, etc.

Yendo a la economía podemos apreciar que las normas jurídicas accionan sobre la estructura del sistema económico por vía de la afectación de los rendimientos, determinando el comportamiento de los agentes en el Mercado, y por lo tanto si el Derecho quiere seguir siendo un pilar básico del sistema social, como mecanismo de regulación de conductas, deben tener muy en claro esta influencia.

Las consideraciones realizadas más arriba se potencian en el Derecho Comercial, en tanto capítulo del Derecho Económico que se ocupa de la empresa, las transacciones mercantiles, la navegación, la propiedad industrial, etc.

Vale mencionar que las primeras reflexiones teóricas referidas a la economía estuvieron asociadas a temas éticos de filosofía moral que lo vinculaban estrechamente con el Derecho. Los filósofos griegos antiguos se preguntaban por el precio justo de las cosas, y si era justo cobrar intereses en los préstamos dinerarios u obtener ganancias del comercio, dado que ambas actividades (prestar y comerciar) no consistían en acciones que agregaran valor. Siglos después los escolásticos continuaron las sendas de esas reflexiones profundizando sobre la justicia de los intercambios, y sobre todo pretendieron determinar qué circunstancias hacían que los precios subieran o bajaran, si el costo de la producción o la escasez y la necesidad, todo ello para determinar el precio justo de las bienes. Podríamos decir que la Ciencia Económica nace cuando logra desprenderse de esas cuestiones referidas a la justicia y concentrarse en el funcionamiento del mercado⁵.

El Derecho es un subsistema integrante del sistema social como lo son también la política, la moral y la economía. Desconocer que los distintos subsistemas se

⁵ CACHANOSKY. Juan Carlos. "Economía, Derecho y Análisis Económico del Derecho", en <http://www.atlas.org.ar/derecho/cachanosky.asp> (última visita 30/11/2009)

interpenetran, es decir, se influyen y son influidos por los otros, es desconocer como operan las instituciones en una sociedad. Cualquier persona sin deformaciones profesionales, de manera intuitiva, podría dar cuenta de esto sin mayores inconvenientes, no obstante a los académicos tendemos a ver al mundo parcelado por las distintas disciplinas.

Pero a pesar de las ventajas analíticas que presenta el fraccionamiento por objetos de estudios, el problema se rige por el conocimiento, no por la disciplina. La pregunta central consiste en interrogarse metodológicamente cuál es la cuestión que queremos solucionar. Entonces, si en efecto resulta que la *anomalía* no se encuadra en los límites de una disciplina es menester encontrar el *eslabón perdido* que vincule los enfoques.

La parcelación disciplinar o especialización es un fenómeno relativamente nuevo que data de finales del siglo XVII y fue la solución hallada para abordar analíticamente situaciones problemáticas. Pero cuando las problemas se complejizan la monodisciplina carece de virtualidad explicativa para dar cuenta de ellos y por tanto se requiere la visión inter o multidisciplinar según sea al caso.

Afirma Bourdieu⁶ que el punto de vista crea el objeto, incluso va más allá y sostiene que “la investigación científica se organiza de hecho en torno de objetos contruidos...”⁷. Esa aseveración se asienta en Bachelard quien sostiene la idea que vamos a los hechos con teoría o con una carga de preconceptos, pero nunca ingenuamente. En este sentido poner de manifiesto desde un principio cual es la teoría que sustenta nuestra posición nos pondrá a cubierto de “obstáculos epistemológicos”⁸. Un obstáculo epistemológico es algo de lo cual no podemos desembarazarse fácilmente porque es un mecanismo psicológico, los obstáculos no están en las cosas, sino en la mente, en la psiquis del investigador, son sus

⁶ BOURDIE, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude y PASSERON, Jean-Claude. 1975. *El oficio de sociólogo*. Siglo XXI. Bs. As. Pág. 51.

⁷ Ídem. Pág. 52.

⁸ BACHELARD, Gastón. 1979. *La formación del espíritu científico*. Siglo XXI. México. Pág. 15 y ss.

modos de funcionar psíquicamente. Por ello sostiene que se conoce destruyendo un conocimiento anterior, intuitivo y prejuicioso, que se presentan como un obstáculo, inherente al sujeto y no propio del objeto.

II. Del Derecho Económico al Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho es una manifestación particular de las complejas vinculaciones que existen entre el Derecho y la Economía. Aunque para algunos se trata de un capítulo de la Economía y para otros de un enfoque interdisciplinar.

En este sentido, podemos encontrar reflexiones económicas en torno a la ley en las obras de los precursores de la Ciencia Económica como Adam Smith, Jeremy Bentham y Karl Marx.

Owen Fiss explica que "... cualquier mercado que funciona bien necesita del derecho", en ese sentido "por lo menos, el mercado requiere dos sistemas de derecho. El derecho inmobiliario es esencial para determinar quién es dueño de qué, una precondition para el comercio. También garantiza a los dueños de propiedad que ellos cosecharán el beneficio de cualquier inversión que vayan a hacer y así, provee incentivos para invertir. El derecho de contratos es también indispensable para garantizar a todos los interesados que estén negociando entre sí, que sus promesas serán respetadas.

Estos dos sistemas de derecho -y otros, tales como el derecho de responsabilidad civil y de antimonopolios, que pueden ser necesitados para que el mercado funcione- obviamente no se hacen valer por sí mismos. El mercado también necesita una institución que pueda interpretar e implementar pertinentes rules of law: un poder judicial. Esta institución debe ser independiente de los contendientes interesados así como de las mayores fuerzas sociales y políticas."⁹

⁹ FISS, Owen. "La autonomía del Derecho", en http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/omf2/pdf_files/Laautonomiadelderecho.pdf (última visita 25/01/2005).

Por otra parte, los juristas sabemos desde antaño que no podemos ser indiferentes a los fenómenos económicos. Manifestaciones de esto son: el Derecho Económico, el Derecho Patrimonial, el Derecho de la Competencia, el Derecho Tributario, incluso el Derecho Mercantil.

Podemos apreciar, mirando un poco hacia el pasado, las estrechas relaciones que se establecieron en el contexto de un Estado de Bienestar entre el Derecho Público y la Macroeconomía. Básicamente, en ese marco el Derecho era visto como un instrumento para incidir de algún modo sobre determinadas variables del sistema económico y lograr objetivos socialmente valiosos, como por ejemplo, asegurar el pleno empleo. Era bastante común incluir alguna reflexión económica cuando se trataba de regulaciones de servicios públicos, tributos, o gasto social, no obstante era extraño ese modo de abordar los temas aplicado al Derecho Privado.

Es dable apreciar que “las relaciones entre el derecho y la economía pueden plantearse como aproximaciones alternativas según se considere una conducta jurídica susceptible de explicarse desde un punto de vista económico, o según se considere una conducta económica para la cual las normas jurídicas sean sólo el ámbito o contexto donde la maximización del objetivo de aquella conducta se

A los efectos de evitar equívocos valga aclarar que esta cita no debe llamarnos a error, porque Fiss no es un defensor del AED, sino todo lo contrario. Para mayor ilustración resulta conveniente continuar en este lugar la parte que ha sido suprimida del cuerpo principal por cuestiones de pertinencia. Fiss expresa que “Mientras que esta versión pareciera establecer un enlace entre el neoliberalismo y el derecho -y frecuentemente se usa para este propósito- ella fracasa porque instrumentaliza limitadamente el derecho.

No reconoce que el derecho es una institución autónoma que sirve a una rica colección de valores, un buen número de los cuales, tales como la libertad política, la conciencia individual y la igualdad substantiva, no están relacionados con la operación eficiente del mercado o del crecimiento económico. El derecho puede ser una precondition para el mercado, pero una vez que emerge toma vida propia como un campo autónomo de actividad humana que no sirve a ningún amo más que a la justicia. Algunas veces el derecho de contratos o el derecho inmobiliario favorece la operación del mercado; algunas veces no es así todo depende de las reglas particulares.

La tentativa de algunos eruditos, más notablemente de Richard Posner en su colosal libro *An Economic Analysis of Law*, de demostrar que todas y cada una de las reglas del derecho sirven en realidad al mercado y así reducen el derecho sólo a términos de eficiencia, ha sido un fracaso, un fracaso provocativo, pero aun así, un fracaso. El punto más importante es que aun cuando algún especial reglamento de contratos, propiedad o cualquiera otra parte del derecho promueva el eficiente funcionamiento del mercado, el derecho presta ese servicio no como su objetivo sino como una consecuencia incidental a la búsqueda de un fin mayor, la justicia.”

lleve a cabo. Lo primero induce al examen de los incentivos para el seguimiento y acatamiento de las conductas jurídicas, y lo segundo implica el examen de la ley como contexto limitante en el examen de las decisiones económicas. De modo más preciso, en el primer caso tendríamos como objeto de estudio una conducta calificada como jurídica, es decir, como realizada por un sujeto que actúa por razones derivadas de una norma; en la segunda se partiría del presupuesto de que el sujeto de la acción tuvo la pretensión de maximizar su utilidad, para posteriormente determinar el contexto específico en que tal maximización se llevó a cabo, contexto que puede tener un carácter jurídico”¹⁰.

Pero aún así, para los juristas las relaciones entre Derecho y Economía, no son de interdisciplina; usualmente el Derecho toma al dato económico como el supuesto de hecho de la norma jurídica. En este sentido “lo característico es un papel ciertamente pasivo de la Economía en este tipo de análisis, ya que se limita a integrar el concepto de ‘supuesto de hecho’ o *fattispecie*. (...) Desde este punto de vista, el Derecho permanece neutral frente a las asignaciones que opera el mercado, antes y después de que la norma iusprivatista lo regule. (...) El cambio actual es, justamente, la pérdida de neutralidad del Derecho Privado frente a la Economía”¹¹.

Santos Pastor nos indica que hay muchas maneras de enfocar el estudio del Derecho pero la más usual es el análisis jurídico-formal, es decir, una labor interpretativa sobre el sistema jurídico. En este caso “el análisis de la norma la define y fija su alcance y significado con arreglo al tenor literal, espíritu, concordancias, analogías, voluntad del legislador, posición en la estructura y jerarquía de fuentes, relación con los precedentes judiciales o legislativos, encaje

¹⁰ BEJARANO, Jesús Antonio. “*El análisis Económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos*”, en revista de Economía Institucional, N° 1, noviembre 1999. Pág. 157 (También en <http://search.epnet.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&an=17738879&lang=e> – (última visita 10/07/2006).

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. “*Análisis económico del Derecho: valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 21. Derecho y Economía. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa fe, noviembre de 1999. Págs. 66 - 67.

en los principios generales del Derecho, contexto social, análisis de la estructura de la propia norma, etc.”¹².

En la actualidad resultan evidentes los límites de la dogmática tradicional para explicar y comprender el complejo fenómeno jurídico. Una muestra de ello es la imposibilidad de servir de guía para el legislador, el dogmático se ocupa solo de un objeto dado, el Derecho Positivo. Así, sus esfuerzos se vuelcan a un estudio interno del sistemático jurídico, “por ello resulta plenamente justificada la crítica que apunta a los juristas [dogmáticos] como seres poco sensibles al análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia o injusticia, de sus consecuencias sociales o de sus costes y su eficiencia”¹³.

Retomando a Santos Pastor, éste señala que el análisis jurídico-formal “[e]s un conocimiento autónomo que no requiere otro campo de aprendizaje”¹⁴. Pero que “... si nos preguntamos por la justificación o explicación de la existencia de una norma o institución jurídica, existente o propuesta, y por su efectos o consecuencias, de poca, si alguna, utilidad nos será el análisis jurídico formal. (...) y en ese sentido entiendo que el Derecho puede ser examinado mejor con los métodos y técnicas de las ciencias sociales.”¹⁵.

Básicamente de eso se trata el AED, de examinar el Derecho con otros métodos y técnicas que no corresponden al análisis jurídico-formal.

¹² PASTOR, Santos. SISTEMA JURÍDICO Y ECONOMÍA. UNA INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Tecnos. Madrid, 1989. Pág. 28.

¹³ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. “El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación”, en rev. DOXA 15-16 (1994), Pág. 931.

¹⁴ PASTOR, Santos. Ob. Cit. Pág. 28.

¹⁵ Ídem, pág. 29.

Indudablemente, cabe la pregunta de por qué sometemos aquí al Derecho a un análisis económico, y no sociológico¹⁶, antropológico, o psicológico, por citar algunas disciplinas.

Algunos autores afirman que esto es así por cuanto la ciencia económica es la ciencia social mas avanzada. Incluso el mismo Lorenzetti asevera que sometemos al Derecho a un análisis económico porque es “... la ciencia económica (...) la que más rigurosamente había estudiado la conducta humana y extraído reglas que la hacían predecible...”¹⁷.

Además, la economía cobra una importancia especial para los juristas porque no sólo nos aporta un conjunto de herramientas útiles y sofisticadas, sino se ocupa de un objeto que no puede resultarnos extraño. Según la muy difundida definición de Robbins, la Economía es la “ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos”¹⁸, es decir es una ciencia que se ocupa de las elecciones racionales de los seres humanos¹⁹.

Richard Posner afirma que la tarea de la Economía consiste en “explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones (lo que llamaremos su ‘interés propio’). No

¹⁶ Puede verse una propuesta renovada de sociología jurídica en FARIÑAS DULCE, María José. “*Sociología del Derecho versus análisis sociológico del Derecho*” en rev. Doxa N° 15. Págs. 1013-1023.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pág. 62.

¹⁸ ROBBINS, Lionel. AN ESSAY ON THE NATURE AND SIGNIFICANCE OF ECONOMIC SCIENCE, p. 16. Macmillan. London 1932. Citado en COOTER, Robert y ULEN, Thomas. DERECHO Y ECONOMÍA. FCE. México, 1998. Pág. 22

¹⁹ También puede decirse que la Economía se ocupa de un objeto de estudio considerado central en las sociedades occidentales y también las “occidentalizadas” (como las asiáticas), la riqueza.

En las sociedades actuales la riqueza es un objeto muy apreciado. Creemos que no constituye propiamente un valor -esto fue objeto de un interesante discusión académica entre Posner y Dworkin-, pero sin dudas es un *elemento* muy importante en la vida del hombre occidental. En este contexto, el AED es una referencia importante para el Derecho, porque constituye una especie de anclaje en esa realidad social que valora la riqueza.

Por eso hoy tiene sentido hablar de AED, si nos adentráramos en una época similar a la Edad Media, perdería sentido hacer AED y si tendría sentido hacer algo así como un Análisis Religioso del Derecho (ARD).

debe confundirse la maximización racional con el cálculo consiente. La economía no es una teoría de lo consiente. El comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección racional, cualquiera sea el estado mental de quien elige. Y el interés propio no debe confundirse con el egoísmo...²⁰.

El prestigioso economista, Hal Varian, afirma que “En los últimos años, el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del derecho. Es fácil ver la afinidad natural que existe entre estas dos disciplinas: ambas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales. Ambas tienen, además, un importante componente normativo: tanto el derecho como la economía se ocupan no sólo de indagar cómo funcionan las instituciones sociales, sino también de cómo mejorar su funcionamiento”²¹.

Ahora bien, el nuevo AED no subsume a cualquier intento de reivindicar el análisis económico del fenómeno jurídico; básicamente se caracteriza, en primer lugar, por establecer estrechas relaciones entre la microeconomía y el Derecho Privado; pero esto no es exhaustivo, por cuanto existen importantes manifestaciones del análisis económico referido a otros campos del Derecho como el referido a los delitos penales o la libre competencia.

Se define, en segundo término, por aplicar la teoría económica y los métodos empíricos de la Ciencia Económica al estudio de situaciones jurídicas. Pero lo llamativo es que esas situaciones jurídicas pertenecen a áreas del Derecho tradicionalmente ajenas a la reflexión económica. No es extraño para nosotros, al menos, “alguna” reflexión económica en materia de defensa de la competencia, seguros, tributos, servicios públicos, etc. A esa clase de estudios algunos autores, como Posner, han denominado el viejo AED. El nuevo AED, o simplemente AED, introdujo la novedad de traspasar el análisis económico al estudio de normas que regulan comportamientos que se dan fuera del mercado. Con mayor

²⁰ POSNER, Richard. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. Pág. 11.

²¹ VARIAN, Hal R. MICROECONOMÍA INTERMEDIA. Antoni Bosch. Barcelona, 1998. Pág. 601.

precisión, en el ámbito del mercado se aplica la denominada teoría de precios²² como la resultante de la interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda, lo novedoso del AED es que ha logrado *exportar* con éxito la teoría microeconómica de precios a situaciones no alcanzadas por el mercado.

Podemos afirmar que “el supuesto fundamental de este análisis es que las normas jurídicas crean costos y beneficios para la realización de determinadas acciones, con lo cual el Derecho deviene susceptible de un tratamiento a la luz de la teoría de precios, a su vez una rama de la microeconomía”²³

Como afirma Mercado Pacheco, lo común y definitorio del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación del Derecho²⁴. Pero con más precisión podemos afirmar que lo definitorio del AED es la aplicación de la teoría económica -principalmente la teoría de precios- para analizar la formación, estructura, proceso e impacto que tienen la ley y las instituciones legales.

El AED se desarrolla bajo la premisa que todo el Derecho responde a la misma racionalidad que el mercado.

²² Para el AED las normas jurídicas vienen a establecer “precios” para los comportamientos de las personas, y en tal sentido las conductas pueden analizarse como respuestas a ellos. Por ejemplo, y dicho de manera muy cruda con objeto de reforzar el recurso argumental, para el Derecho una norma penal marca un solo camino jurídicamente válido, el delito no es un opción, por ello está prohibido y se establece una sanción. En cambio para el AED esa misma norma traza dos caminos posibles, delinquir o no delinquir, poniendo un “precio” distinto a cada conducta, si en un determinado momento los “beneficios” de delinquir son mayores que los “costos” de una posible persecución y eventual condena penal, se verifica la existencia de incentivos para cometer un delito. Entonces para el AED, no importa lo que la norma diga, sino cómo influye sobre el sistema social y su valor como regulador de conductas.

²³ SPECTOR, Horacio (Comp). ELEMENTOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2004. Pág. 8

²⁴ MERCADO PACHECO, Pedro. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994. Pág. 27.

El AED propone un doble objetivo para el Derecho: “proveer las condiciones necesarias para que el mercado funcione e imitar al mercado cuando su libre desenvolvimiento no sea factible”²⁵.

Según Calabresi, se puede hablar de Derecho en términos de justicia y derechos - que es lo que hacemos mas frecuentemente-, o en términos de costos y beneficios -conforme la propuesta de Posner-, o combinando ambos lenguajes.

Lo que hoy reconocemos como AED, nace en la década del '60 en los Estados Unidos, a partir de los trabajos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker y Richard Posner.

Allá por la década del '50, en los EEUU, profesores de las Facultades de Derecho y Economía de la Universidad de Chicago, descubrieron el gran poder explicatorio que tenía el análisis microeconómico sobre diversos aspectos de la vida humana. Desde un punto de vista metodológico, se trataba de aplicar a un amplio abanico de actividades humanas el supuesto de comportamiento racional maximizador; de ese modo era posible establecer proposiciones con validez empírica sobre la forma como reaccionarían los individuos frente a determinados cambios en su entorno, elaborando a partir de estos antecedentes propuestas de reforma legal, basadas en el criterio de eficiencia económica.

En la actualidad el AED es una corriente de pensamiento desarrollada -y gestada- principalmente en Escuelas de Derecho de Yale y Chicago, por Calabresi y Posner respectivamente. Ha obtenido un gran predicamento en ese país y de a poco, y con alguna resistencia, empieza a ser utilizado en otros lugares como por ejemplo Canadá, Alemania, Italia y España, aunque algunos autores afirman que el AED viene a solucionar un problema “local” del realismo jurídico anglosajón, y lo ven

²⁵ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. “El Análisis Económico del Derecho: Algunas Cuestiones sobre su Justificación”, en rev. DOXA 15-16 (1994), Pág. 935.

“como una salida tecnocrática a la crisis de la teoría jurídica americana de los últimos cincuenta años”²⁶.

III. Los prejuicios sobre el AED

Dada la complejidad de la realidad a la que nos enfrentamos, el AED es una apuesta multidisciplinar, transdisciplinar o interdisciplinar, para abordar esa realidad. Lo fundamental es que existen problemas que la monodisciplina no puede resolver por si sola y en forma aislada; es necesario un enfoque mas holista, mas integrador, eso es lo que el AED pretende aportar; si lo logra o no es objeto de arduos debates, pero no debemos criticar desde los prejuicios o desde las posiciones dogmáticas. Por ese motivo conviene liberarnos de algunos preconceptos antes de avanzar en el estudio de los presupuestos sobre los que se sustenta el AED, tales como:

1. No hay que contaminar el análisis “jurídico” del Derecho con herramientas conceptuales extrañas²⁷. A poco que analizamos esta afirmación vemos que no resiste el menor análisis, dado que estudiar el Derecho con herramientas de otras disciplinas no es nada nuevo, sino veamos la sociología del Derecho, la filosofía jurídica, la lógica deóntica, etc. Esas miradas, hoy institucionalizadas, no han desnaturalizado al Derecho sino aportado a su comprensión.
2. El enfoque neoliberal. Este enfoque nos presenta al neoliberalismo al menos en su versión vernácula, donde aparece la desregulación y el AED, como un todo inescindible en la inteligencia que el “... Derecho tiene una importancia menor, facilitativa, y no regulatoria; que la desregulación es necesaria a fin de superar rigideces y que sólo el mercado

²⁶ MERCADO PACHECO, Pedro. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. UNA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994. Pág. 274.

²⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Los daños en una economía de mercado”, en JA 1996-IV-967.

tiene aptitud para asignar bienes y derechos.”²⁸. Pero esto no es necesariamente así, no todos los partidarios del AED coinciden en este punto, dado que hay varias vertientes con visiones diferentes sobre los fines y objetivos del AED.

3. El enfoque “economicista” que considera que el único objetivo del AED es analizar los costos y beneficios de las normas jurídicas. Para algunos juristas esto puede representar un disvalor, pero por el contrario entendemos que poder contar con una herramienta que nos clarifique sobre los costos económicos de las intervenciones jurídicas nos aporta un interesante elemento de juicio a tener en cuenta. Se ha sostenido que en realidad ese análisis se realiza como paso previo para lograr el objetivo de reducir los costos, entendiendo estos como costos primarios según la clasificación de Calabresi. Nuevamente nos podemos encontrar con visiones diferentes al interior del AED, Posner podría suscribir esa afirmación pero sin dudas no lo haría Calabresi.

Más allá de los prejuicios, si bien los juristas debemos asumir que la Economía ha realizado importantes aportes a las Ciencias Sociales, no es menos cierto que existen riesgos en una expansión irrazonable del AED; por ejemplo, extrapolar el teorema de Coase al discurso moral no resulta aceptable, tampoco consentir que la búsqueda de la eficiencia (en cualquiera de sus criterios) soslaye otros criterios normativos como justicia o igualdad, o admitir la concepción que todos los bienes son económicos, etc.²⁹

IV. Las propiedades caracterizantes del AED

Es un tanto difícil poder dar una explicación sobre las propiedades caracterizantes del AED que satisfaga a todos –porque tiene distintas vertientes-, y que a la vez

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pág. 63.

²⁹ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús. Ob. Cit. Págs. 929 - 930.

tenga valor explicativo. Ciertamente, bajo este rótulo se engloban diferentes formas de aproximarse al fenómeno jurídico, unas básicamente de carácter descriptivo y otras de carácter normativo.

El AED puesto en función descriptiva utiliza el principio de eficiencia como herramienta a la hora de explicar normas jurídicas y fallos judiciales. En estos casos se toma al Derecho como algo dado y se lo somete a la descripción y explicación efficientista. En este sentido, para Posner, el Derecho es en términos generales eficiente; y lo será en el futuro por lo que resulta posible predecirlo utilizando esa herramienta conceptual.

Las diferentes críticas formuladas al AED descriptivo y que no resulta pertinente desarrollar aquí porque sería muy extenso y exceden las pretensiones de este trabajo, brindaron mayores argumentos a su rama normativa, según la cual es posible utilizar el AED como guía para jueces y legisladores, y avanzar propositivamente proyectando nuevas normas jurídicas y fallos judiciales en función de la eficiencia económica.

Para esta última rama, los conceptos normativos utilizados hasta ahora por el derecho son definidos “como un irremediable embrollo de intuiciones y [por ello] ofrece una estructura analítica para ordenar dichas intuiciones y darles contenido. Esta estructura es el mercado. De acuerdo a esta rama del análisis económico del derecho, los conceptos normativos del Derecho deben ser construidos y aplicados de manera tal de hacer al poder Judicial un instrumento para perfeccionar el mercado”³⁰.

Veamos un caso paradigmático de la afirmación contenida en el párrafo anterior, la famosa fórmula de la culpa según Hand. Learned Hand fue un prestigioso juez estadounidense de mediados del siglo XX, insatisfecho ante las formulaciones destinadas a precisar la existencia de culpa en casos concretos. El principal problema para identificar la culpa residía en que ésta supone en abstracto no haber

³⁰ FISS, Owen. “¿La muerte del Derecho?”, en rev. DOXA 10 (1991). Pág. 128.

observado un determinado nivel de diligencia en el obrar, pero en los casos fronterizos los “deberes a su cargo” o las “precauciones de un buen padre de familia” que definen los estándares mínimos del comportamiento diligente no resultan de mucha ayuda. Por ello elaboró una fórmula que lleva su nombre, según la cual alguien puede ser considerado culpable de algo sólo si el gasto de previsión del daño (X) es menor al costo del daño previsto (Y), multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia (Z), es decir que descubrió en la culpa una formulación económica expresable de la siguiente manera ($X < Y \times Z$)³¹.

Además de esto existen otras variantes metodológicas del AED, por ejemplo la versión predictiva, según la cual tomando en consideración que las personas son agentes racionales que buscan maximizar sus beneficios, será posible predecir como se comportarán a partir de los incentivos y desincentivos que generan las normas jurídicas. También se encuentra la tesis evolucionista, por la cual se afirma que el Derecho tiende a adoptar normas eficientes³².

En cualquiera de las vertientes del AED, se verifican los siguientes presupuestos:

A. Eficiencia:

Los juristas hablamos en términos de justicia y en lo que se refiere al Derecho Privado identificamos a tres clases de ella, la distributiva aplicable a la asignación de derechos de propiedad, la correctiva referida al campo de la responsabilidad civil y la conmutativa correspondiente a los contratos. En el AED, el lugar que la justicia ocupa en el Derecho, es cubierto por la eficiencia. Esta mención viene a cuento para marca la importancia que se le asigna a este concepto en este ámbito de estudio.

³¹ Esta fórmula fue aplicada por Hand por primera vez para resolver el caso “United States v. Carrol Towing Co.” (159F. 2d 169 – 2d Circ. 1947).

³² SPECTOR, Horacio (Compilador). ELEMENTOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2004. Pág. 13.

La Economía parte del supuesto de que el hombre tiene necesidades insatisfechas y que los bienes necesarios para satisfacerlas son escasos, por ello se ocupa de procurar la más eficiente distribución de esos recursos. Así se explican las razones por las cuales se considera que un fin básico de la Economía es el logro de la eficiencia en la asignación de los recursos.

La principal preocupación que constituye una materia central de la Ciencia Económica es “... saber cómo debe utilizar una sociedad los recursos limitados de que dispone, para conseguir el mayor grado de satisfacción de las necesidades”³³. Esta es una preocupación que recorre transversalmente todas las reflexiones rotuladas como “económicas”.

Básicamente existen dos tipos de eficiencia, la referida a la producción y a la asignación. La eficiencia productiva alude al logro de un estado de cosas en el cual sea posible producir más de algún bien sin producir menos de ningún otro bien.

La eficiencia en la asignación es un concepto un poco más complejo y fue originalmente definido por el economista y sociólogo italiano Wilfredo Pareto. Para este autor, una situación distributiva es superior a otra cuando la utilidad o beneficio de un agente económico aumenta sin que por ello disminuya la utilidad o beneficio de ningún otro agente, es decir cuando al menos un agente se encuentre mejor sin que nadie se encuentre peor; a esto se denomina *Superioridad de Pareto*. En esta línea de razonamiento, una situación es óptima cuando ya no es posible aumentar la utilidad de un miembro de la sociedad sin empeorar la situación de otro sujeto, a esto se denomina *Óptimo de Pareto*. Por definición, el escenario montado por Pareto conduce a situaciones donde no existen perdedores, por ello no es necesario realizar comparaciones interpersonales. Va de suyo que la

³³ SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. MANUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CIVIL. Tecnos. Madrid 1991. Pág. 21.

optimalidad de Pareto solo es posible en el espacio de los intercambios voluntarios, vale decir, en el ámbito contractual paritario sin asimetrías³⁴.

La gran limitación del criterio paretiano es que no admite “perdedores”, y la gran mayoría de las normas jurídicas generan beneficiados y perjudicados; quizás las únicas normas que no produzcan este efecto sean aquellas que no regulan conductas (p.ej: poner nombre a una calle) o las referidas al ámbito contractual en la medida que no existan diferente poder negocial entre los contratantes.

Dada esa realidad del Derecho, es decir que siempre habrá ganadores y perdedores al cabo de la aplicación de una norma jurídica, entonces tiene sentido realizar comparaciones interpersonales a efectos de determinar si existen más beneficiados que perjudicados, y la cuantía de ese beneficio con el fin de determinar si los ganadores pueden indemnizar a los perdedores y todavía quede un remanente.

Por resolver problemas como estos los economistas Kaldor y Hicks, sostuvieron un principio paretiano morigerado, que lleva su nombre, *eficiencia Kaldor-Hicks*. Según este criterio, es posible respetar a Pareto aún cuando existiese un miembro de la sociedad perjudicado. En este sentido, una determinada situación social es preferible a otra si al menos un miembro de la sociedad resultara beneficiado, y al menos un miembro resultara perjudicado, si y solo si, resultase posible indemnizar a éste con parte del beneficio de aquel, y aún así siguiera teniendo una ventaja neta.

A los efectos prácticos, es difícil medir las utilidades de los sujetos, por ello se recurre a la moneda como escala de referencia de ésta. Según la difundida definición de Von Thur la moneda es aquella cosa mueble que el comercio utiliza como medida de valor para toda clase de bienes, pudiendo por lo tanto emplearse como medio general de cambio. Así el beneficio o utilidad se traduce en un

³⁴ Obsérvese que este criterio es indiferente a consideraciones de justicia distributiva, dado que un estado social determinado puede ser perfectamente óptimo con algunas personas en la más absoluta indigencia y otras en la opulencia; tanto es así que no sería posible mejorar la situación de los pobres a costa de reducir en algo los lujos de los más ricos porque estos pasarían a estar peor que antes.

parámetro más objetivo, la moneda, que en términos generales es denominado riqueza. Esto lleva a algunos analistas económicos del Derecho, como Posner, a sostener abiertamente que eficiencia en el ámbito del AED debe entenderse como maximización de la riqueza de la sociedad.

Según Dworkin³⁵ existe una diferencia sustancial entre el AED de los economistas y el de los juristas. Según el AED de los primeros el objetivo a lograr es la eficiencia, pero según el AED de los segundos es maximizar la riqueza, que según este autor –quizás el más importante filósofo del Derecho del siglo XX- no es lo mismo en muchos sentidos, pero no corresponde explayarnos en esta cuestión en este momento. Solo vale aclarar que Posner propone como criterio eficiencia la maximización de la riqueza, consistente en una variable mucho más simple y dura que la eficiencia paretiana, en ese sentido se maximiza la riqueza cuando los bienes –y recursos en general- se encuentran en manos de aquellos que más los valoran, y considera que alguien valora más un bien sólo si está dispuesto –y al mismo tiempo puede- pagar más que otros para poseerlo.

Como hemos visto, en términos generales, la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una acción o situación determinada puesta en contraste con los costos totales de la misma. En este sentido, se puede afirmar que estamos frente a un estado de cosas eficiente cuando se aumentan los beneficios totales y se disminuyen los costos totales.

En razón de ello, el AED considera “... como tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica, analizar en qué medida las reglamentaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos y aumentan la eficiencia”³⁶.

Finalmente el concepto de eficiencia, como el de justicia, son relativamente simples de formular. El problema radica en la selección de los criterios que nos

³⁵ DWORKIN, Ronald. “¿Es la riqueza un valor?”, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo N° 1; Buenos Aires Ab-1996. Págs. 13-43. Publicado originalmente en *The Journal of Legal Studies*, 9 (marzo 1980), pp. 191-226.

³⁶ Ídem.

conducen a esos puntos de llegada. Las distintas concepciones sobre eficiencia, al igual que de justicia, nos ponen frente al desafío de definir qué estamos dispuestos a sacrificar para obtenerlos, y eso nos lleva indefectiblemente a la discusión más básica sobre lo que consideramos bueno y correcto.

Debe quedar muy claro que lo eficiente no es necesariamente justo, pero la inversa no vale en la mayoría de los casos dado que la dilapidación de recursos rara vez podría conducir a un estado de cosas justo. Aunque autores como Posner dirían que este planteo es equivocado, visto que iguala los conceptos de justicia y eficiencia, reduciendo muchas veces el primero al segundo.

B. Consecuencialismo:

De lo anterior se deriva que el AED es una teoría consecuencialista. Desde el punto de vista ético se distingue entre teorías consecuencialistas y deontológicas. Las primeras sostienen que una buena acción es la que conlleva buenos resultados, o mejor aún, que los efectos de una acción compensan cualquier otra consideración en la deliberación moral. Según esas teorías las acciones y los hechos deben juzgarse según sus consecuencias, y no según los fines de su autor. En cambio, las otras ponen su atención en la intención o en el razonamiento sin reparar en las consecuencias.

Como señala Nino una doctrina que detenta esta propiedad caracterizante asume que “las acciones no tienen valor moral en sí mismas sino en relación a la bondad o maldad de sus consecuencias. La bondad o maldad de los efectos de los actos está, a su vez, determinada por la medida en que ellos inciden en la materialización de ciertos estados de cosas que se consideran *intrínsecamente* buenos o malos. Hay que distinguir, entonces, entre estos estados de cosas que son en sí mismos bueno (o malo) y los estados de cosas que sólo lo son

instrumentalmente, o sea como medios para materializar lo que es bueno (o malo) en forma intrínseca”³⁷.

El kantismo es una teoría ética deontológica, mientras que el utilitarismo es consecuencialista.

Queda claro que el AED no halla su “sustrato” justificatorio, es decir su fundamentación, en algún precepto normativo –por ejemplo, la Constitución- o extranormativo –por ejemplo, los Principios Generales del Derecho-, sino ponderando las consecuencias de la norma; puntualmente, si logra el objetivo de evitar el despilfarro de recurso que constituye la maximización de una situación óptima.

C. Escasez de bienes, individualismo, racionalidad, y universalización de preferencias:

Según Schäfer y Ott “las dos hipótesis legales más importantes de la teoría económica y de más aplicación práctica en la predicción científico-económica son la aceptación de la escasez de bienes y del individualismo metodológico”.³⁸

La hipótesis legal de la escasez supone que en todos los campos de aplicación el hombre tiene necesidades ilimitadas y a la vez posee medios limitados para satisfacerlos. Por otra parte, la del comportamiento racional egoísta (individualismo metodológico) acepta que, por regla general, los hombres intentan incrementar su propia utilidad y procurar su beneficio personal y saben muy bien lo que para ellos es útil o inútil.

El AED presenta un doble individualismo, normativo y metodológico.

³⁷ NINO, Carlos. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Astrea. Buenos Aires, 1998. Pág. 391-392.

³⁸ SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit. Pág. 60.

Según el individualismo normativo, el Estado solo puede trazar objetivos y delinear acciones (evidentemente aquí se incluye también la creación de normas jurídicas) “recurriendo a los objetivos y preferencias de los miembros de la sociedad”³⁹, porque nadie se encuentra en mejores condiciones que los propios individuos de establecer qué es lo que más les conviene.

Conforme al individualismo metodológico, los individuos son auto-interesados y tratan de maximizar su bienestar dentro de ciertas restricciones, aunque según Schäfer y Ott lo hacen “... sin dejarse llevar por categorías morales o por la conciencia del deber”⁴⁰. Esto no significa que los individuos realicen efectivamente un cálculo de este tipo en todos los casos sino que se comportan *como si* lo hicieron.

Tomando en cuenta lo anterior podemos decir que, como la premisa es que los bienes son escasos y no hay posibilidad fáctica de satisfacer todas las necesidades, cada individuo debe escoger alternativas y una decisión coherente será aquella que permita maximizar su bienestar y no reducirlo. En esto consiste la racionalidad. Cualquier conducta que no se adecue a este patrón no puede ser considerada racional, estos parámetros permiten extender los análisis mas allá del estricto ámbito subjetivo, universalizando las preferencias de las personas.

La combinación de individualismo y racionalidad lleva a la denominada *soberanía del consumidor* (o del sujeto que se trate), una formulación central para el AED, consistente en afirmar que cada quien es el mejor juez de sus intereses. En tal sentido nadie conoce mejor, ni determina con mayor exactitud, el valor que tienen las cosas que el sujeto mismo.

Finalmente, dado que se trabaja sobre un estereotipo de persona, es posible generalizar las preferencias y considerar que siempre los hombres intentarían

³⁹ Ídem, Pág. 22.

⁴⁰ Ídem.

maximizar su bienestar y que saben a ciencia cierta lo que les conviene y beneficia.

También el AED cuenta con métodos propios en el estudio de los fenómenos y problemas jurídicos, donde el principal es la utilización de modelos analíticos.

D. Modelos analíticos:

“La economía se basa en la construcción de modelos de los fenómenos sociales. Entendemos por modelo una representación simplificada de la realidad. (...) El poder de un modelo se deriva de la supresión de los detalles irrelevantes, que permite al economista fijarse en los rasgos esenciales de la realidad económica que intenta comprender”.⁴¹

Particularmente “el análisis económico utiliza un modelo: el mercado como método de asignación de recursos”.⁴²

Como la realidad es compleja e intrincada, un modelo es una construcción artificial que nos permite recortar aquellos datos fácticos que nos parecen más significativos y operar sobre ellos, principalmente a los efectos de obtener predicciones y “descubrir *principios generales* que se apliquen en situaciones realistas mas complejas”⁴³.

Muchas veces nos parecen absurdas las derivaciones que se obtienen de un modelo donde interactúan; por ejemplo: un consumidor y un proveedor, porque sabemos que en el mercado hay mucho mas que un proveedor y un consumidor, pero si no alcanzamos a comprender como actúan en un modelo ficticio dos

⁴¹ VARIAN, Hal R. Ob. Cit. Pág. 1.

⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. Cit. Pág. 72.

⁴³ FISCHER, Stanley; DORNBUSH, Rudiger y SCHMELENSEE, Richard. ECONOMÍA. 2º Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1992. Pág. 2.

actores, difícilmente podremos comprender como actúan una gran diversidad de actores en un mercado real.

Todo lo expuesto ilustra sobre cuál debe ser la función del Derecho para el AED. Si el mercado es la mejor herramienta con que cuenta la sociedad a los efectos de maximizar el bienestar (o la riqueza), entonces el rol del Derecho debe ser asegurar el funcionamiento del mercado, e imitarlo cuando éste no pueda actuar de manera efectiva.

Como los bienes finalmente tienden a dirigirse a manos de quienes más lo valoran, entonces debemos buscar la optimalidad en la asignación de los mismos. Esto se logra, según Pareto, cuando se realizan intercambios voluntarios de modo tal que al menos alguien esté mejor sin que nadie se encuentre en peor situación. De allí la fuerza y protagonismo que se le asigna al principio de autonomía de la voluntad.

E. Decisiones correctas y decisiones racionales. Racionalidad individual y colectiva

En los modelos analíticos es fundamental saber distinguir entre decisiones correctas y decisiones racionales, lo cual no siempre son coincidentes. Las correctas nos permiten acceder a un estado de cosas deseado. En cambio las racionales son aquellas que se toman en base a la información disponible, los riesgos existentes y la mejor adecuación medios a fines. El dilema del prisionero es un ejemplo de esta ambivalencia y una muestra de cómo funciona un modelo analítico.

El objetivo de este dilema consiste en marcar las diferencias que pueden existir entre racionalidad individual y racionalidad colectiva, también puede servir para ilustrar sobre decisiones racionales y decisiones correctas.

Según el dilema del prisionero, hay dos sospechosos que son interrogados en celdas separadas. Si ninguno confiesa, con las pruebas que acumuló la policía ambos van a parar a la cárcel por 1 año. Si sólo uno confiesa, sale libre por colaborar con las autoridades, mientras que el otro recibe una sentencia de 6 años por no colaborar. Y si ambos confiesan, la sentencia es de 3 años para cada uno, porque se refuerzan las pruebas existentes, pero se reduce la condena por colaborar.

En este dilema, hay implícita una ley del arrepentido, ya que hay una reducción de penas por cooperar con la justicia.

Desde el punto de vista individual, a cada prisionero le conviene confesar para lograr una rebaja en sus penas (si el otro no confiesa, sale libre en lugar de ir preso por 1 año; si el otro confiesa, va preso por 3 años en lugar de 6). Esta es la parte de racionalidad individual.

Esto los lleva al equilibrio “confesar, confesar”, donde ambos purgan 3 años de condena, en lugar de 1 año. Esta es la parte de irracionalidad colectiva, desde el punto de vista de los prisioneros. Ambos estarían mejor guardando silencio: les conviene el equilibrio “no confesar, no confesar”, para reducir la suma del tiempo que pasan en la cárcel de 6 a 1 año.

En este punto se pone en evidencia las diferencias que pueden existir entre racionalidad individual y colectiva, del mismo modo se demuestra que una decisión racional no siempre constituye una decisión correcta.

El acceso a la información es un factor clave para la toma de decisiones, por ello un fallo de mercado es, precisamente, la asimetría informativa. En materia de Teoría de las Decisiones la cantidad de información con que cuenta el individuo para decidirse por una opción u otra es fundamental. En esta circunstancia radica la distinción entre situaciones de certidumbre, riesgo e incertidumbre.

En la certidumbre tenemos seguridad sobre los resultados, sabemos a ciencia cierta cuáles son y solo corresponde elegir a aquel que consideremos más deseable. En una situación bajo riesgo no existe seguridad sobre el resultado de la decisión, aunque se conoce al menos la probabilidad de los distintos resultados alternativos. Finalmente en la incertidumbre, la falta de información se halla en los resultados, desconocemos cuáles pueden ser, en razón de lo cual no podemos atribuirle valores probabilísticos a los mismos o bien podemos saber cuáles son pero no contamos con la posibilidad de predecir su ocurrencia en términos de probabilidades objetivas. Por ejemplo, elegir rendir o no un examen de una materia, es una decisión bajo certeza, solo basta con inscribirnos para poder rendirla, en cambio elegir entre cara o cruz de una moneda, es una decisión bajo riesgo porque desconocemos de antemano el resultado pero conocemos la probabilidad objetiva de las dos alternativas.

Los modelos analíticos usuales del AED se constituyen a partir de sujetos racionales y autointeresados que cuentan con toda la información relevante para la toma de una decisión.

F. El teorema de Coase:

Una de las nociones básicas utilizadas por el AED es el llamado "Teorema de Coase", denominado así en honor al prestigioso economista que lo formuló en 1960, en un trabajo titulado "El problema del costo social".

Coase fue un economista británico que obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1991, por su descubrimiento del significado de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. En rigor de verdad fue un pionero en extender el campo de análisis de la economía sobre las instituciones y las normas jurídicas, en un periodo en el cual se consideraban compartimentos estancos sin bazos comunicantes.

Este teorema, también conocido como del costo social, en una enunciación simplificada, afirma que si los derechos de propiedad están bien definidos y no existen costos de transacción, entonces el mercado será eficiente. O en otras palabras, que se adoptará la solución eficiente, mientras que los derechos de propiedad estén claramente determinados, cualquiera sea la asignación de la titularidad de los mismo, siempre que los costos de transacción fueran igual a cero, vale decir inexistentes. La explicación es contundente: la solución será la más eficiente por la simple razón que en “un mundo sin costos de transacción, los derechos de propiedad serán transferidos a aquellos que los valoran más”⁴⁴, racionalmente nadie mantendrá en su patrimonio un bien que no valora lo suficiente si es que puede intercambiarlo por otro que aprecia más.

Pollinsky ejemplifica esto de la siguiente manera. Imaginemos que una fábrica emite contaminantes al aire que causan daños a cinco vecinos al momento de colgar sus ropas por \$75 a cada uno, es decir un total de \$ 375. Estos daños pueden eliminarse con la instalación de un filtro en la fábrica por un costo de \$ 150, o entregando a cada vecino una secadora por \$50 cada una, es decir con un costo total de \$ 250. Independientemente de que la fábrica tenga derecho a contaminar o los vecinos al aire puro, cualquiera de ellos optará por abonar los \$150 correspondientes al filtro; la diferencia consistirá en la redistribución de la renta, es decir quién hará frente al pago del filtro, ya que si se asigna el derecho a contaminar a la fábrica los vecinos pagarán el filtro, en caso contrario, la fábrica se hará cargo de los costos⁴⁵.

Pero si existieran costos de transacción positivos, por ejemplo si a cada vecino le cuesta \$60 reunirse con los demás, elegirían comprar la secadora por \$ 50 cada uno. A las claras importa la adopción de una solución ineficiente, con lo cual la norma debería asignarle la titularidad del derecho a ellos por cuanto la fábrica, al

⁴⁴ BEYER, Harald. “*Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho*”, en *Revista de Estudios Públicos* N° 45 (verano, 1992). Pág. 5.

⁴⁵ POLINSKY, Mitchell. *INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*. Ariel Derecho. Barcelona, 1985. Págs. 23 - 24.

no tener costos de transacción, escogería seguir pagando los \$ 150 del filtro. De esta forma es posible formular el “Teorema de Coase” en una versión más compleja: si hubiese costos de transacción positivos, la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica escogida⁴⁶.

En palabras del mismo Coase “si las transacciones del mercado fueran gratuitas, todo lo que importaría (aparte de las cuestiones de equidad) es que los derechos de las distintas partes debieran estar bien definidos y los resultados de las acciones legales fáciles de pronosticar. Pero, como hemos visto, la situación es muy diferente cuando las transacciones de mercado son tan costosas como para hacer difícil cambiar el ordenamiento de los derechos establecidos por la ley. En tales casos, la justicia influye directamente en la actividad económica. Parecería entonces deseable que las cortes comprendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y pudieran, en la medida en que esto sea posible, sin crear demasiada incertidumbre acerca de la tesis de la ley en sí misma, tomar en cuenta estas consecuencias cuando adoptan sus decisiones. Aun cuando sea posible cambiar la delimitación legal de los derechos a través de las transacciones de mercado, es obviamente deseable reducir las necesidades de tales transacciones y reducir así el empleo de recursos para llevarlas a cabo”⁴⁷.

V. Aplicaciones y aportes del Análisis Económico del Derecho al Derecho Comercial.

El ámbito natural de aplicación del Derecho Comercial es el mercado, de allí incluso su sinónimo de Derecho Mercantil, por ello es dable empezar viendo de que manera el AED se oriente a la regulación de aquel.

El mercado es el espacio donde interactúan la oferta y demanda de bienes y servicios. El acuerdo de oferentes y demandantes se expresa en el precio de los

⁴⁶ POLINSKY, Mitchell. Ob. Cit. Pág. 25.

⁴⁷ COASE, Ronald. “*El problema del costo social*”, en Revista de Estudios Públicos Nro. 1 (1991). Pág. 102. Trabajo publicado originalmente como “*The problem of the social cost*” en The Journal of Law and Economics, (octubre 1960). Págs. 1-44.

productos. Para llegar a la fijación del precio intervienen complejos factores, como ser costos de producción y rentabilidad esperada, por el lado del oferente; y expectativas y valoraciones por el lado del demandante. Finalmente el mercado asigna los bienes a quienes más los valoran, es decir, quienes están dispuestos a pagar más por los mismos.

En el contexto de los intercambios voluntarios que se presentan en el mercado, la transacción es posible porque en algún momento el oferente valora más el dinero que el bien ofrecido y el demandante valora más el bien que su dinero. Esta situación permite que uno se desprenda de dinero a cambio de bienes y viceversa. Estos intercambios contractuales hacen posible que los bienes *circulen* hacia aquellos sujetos que más los valoran.

Así descrito, el mercado se mueve naturalmente hacia la eficiencia logrando un óptimalidad paretiana, dado que cada intercambio voluntario que se produzca permitirá que al menos un sujeto mejore su situación, sin que nadie empeore la suya.

Si el mercado fuera perfecto siempre los bienes acabarían en manos de quienes más los valoran. Ese mercado ideal sería plenamente eficiente, y permanentemente se lograría el óptimo de Pareto.

En ese hipotético mercado perfecto, generado por una sociedad ideal, es posible concebir que todas las consecuencias de las interacciones humanas puedan ser acordadas previamente mediante negociación.

En esa sociedad ideal se podrían resolver todos los problemas de interacción social haciendo uso de la negociación, para llegar a acuerdos que disipen las disputas. Esa sociedad no requeriría de la existencia de un Estado fuerte –por ejemplo, hasta los servicios públicos podrían ser prestados de manera privada- y tampoco de un Derecho muy extendido –por ejemplo, no serían necesarias las reglas de responsabilidad civil-.

Pero no existen esa sociedad ideal, ni el mercado de competencia perfecta, ni podrían existir jamás porque en el mundo real se hallan los denominados *costos de transacción*, es decir, los costos de identificar interlocutores y negociar con ellos para llegar a un acuerdo.

En un nivel teórico es posible elucubrar una sociedad donde solo hayan derechos individuales de propiedad protegidos por las normas jurídicas y disponibles mediante contratos. En esa sociedad, cualquier actividad riesgosa para terceros solo podría llevarse a cabo en la medida que previamente se haya acordado con todos los posibles afectados.

En ese contexto, podríamos imaginar a un empresario que previamente negocia con todos los posibles dañados por sus productos. En ese supuesto, obviamente, no va a acordar dañarlos a cambio de una suma de dinero, sino que en caso de existir un accidente pactarían previamente la cuantía de la indemnización. En igual forma, podríamos imaginar a un productor que negocia con todos sus potenciales consumidores las eventualidades de un daño derivado del consumo de su producto.

La Economía parte de reconocer que en el mundo existen necesidades ilimitadas y recursos limitados para satisfacerlos. Ello nos pone frente al problema de la escasez, porque nunca los recursos alcanzaran para satisfacer todas las necesidades humanas.

Pero la escasez no es un problema solo en términos absolutos, como problema de la humanidad en su conjunto, sino también debe ser abordado en términos relativos porque no todos los seres humanos afrontamos esa situación del mismo modo, es decir, no todos contamos con la misma distribución inicial de recursos, ni con las mismas necesidades, ni con las mismas potencialidades, etc.

La cuestión es la siguiente; dada una situación cualquiera de asignación inicial de recursos, la sociedad debe permitir que los mismos se dirijan de manos de quienes menos lo valoren a manos de quienes más lo valoren. Es una forma de alcanzar optimalidad en la satisfacción de las necesidades. Pero existen reglas que legitiman el derecho de los sujetos a esa porción inicial de riquezas y regulan el proceso de circulación. Esas reglas son de naturaleza social, de orden político, religioso, económico y, claro está, jurídico. En el campo jurídico las reglas que regulan los Derechos de propiedad, el Derecho de contratos y la responsabilidad civil son las manifestaciones normativas de los *consensos sociales* sobre esas cuestiones.

El AED se aplica tradicionalmente a tres campos que no tienen una correspondencia necesaria con nuestras tradicionales ramas del Derecho, ello son: Derecho de la propiedad, Derecho de daños y Derecho de los contratos.

Los derechos de propiedad establece quién tiene derecho al acceso a determinados recursos y quienes no, el Derecho de contratos regula el modo en que los propietarios pueden intercambiar aquellos bienes a los cuales tienen acceso, y el sistema de responsabilidad civil establece las reglas en función de los cuales deben repararse aquellos bienes dañados por quienes no tenían derecho a hacerlo.

Esos ámbitos de aplicación “fuerte” del AED se corresponden el “trípode” de regulaciones jurídica que necesita un mercado libre para funcionar: “propiedad-contratos-responsabilidad”. Es decir, brindar reglas claras referidas a quien tiene derecho a determinados bienes (propiedad), garantizarle que podrá disponer de ellos voluntariamente (contratos) y que será recompensados en caso de lesión a los mismos (responsabilidad). En teoría un mercado no requiere más normas que esas para poder funcionar.

En Derecho de la propiedad se entiende de modo amplio comprendiendo los derechos reales, creditorios, intelectuales y también los sucesorios. Como se puede apreciar ese concepto se asemeja al concepto de propiedad definido en el

marco del Derecho Constitucional que ha sustentado la CSJN en varios fallos y que engloba a todos los derechos patrimoniales, y aún más todavía, dado que “comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y fuera de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”⁴⁸. Podemos apreciar que esta visión amplia era compartida por Vélez, quien en la nota al art. 2.506 del Código Civil manifestó que “la propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor”.

En lo que respecta a los derechos reales incluye a aquellos cuyo sustrato es una cosa, a saber: dominio, condominio, propiedad horizontal, usufructo, uso y habitación, superficie forestal, servidumbres activas, hipoteca, prenda y anticresis. Esos derechos se encuentran básicamente comprendidos en el Derecho Civil, aunque algunos están regulados en el Derecho Mercantil, como la prenda con registro, en el Derecho de la Navegación como la hipoteca y prenda naval, la copropiedad naval, en el Derecho Aeronáutico como la hipoteca aeronáutica, en el Derecho Minero como el Derecho del explotador minero, hipoteca y servidumbres mineras, etc.

El Derecho de Propiedad del cual se ocupa el AED también comprende a los derechos de propiedad intelectual, cuyo sustrato son objetos intangibles, tales como marcas, designaciones, patentes, modelos de utilidad y derechos de autor. Vale destacar que “el economista no experimenta ninguna sensación de discontinuidad cuando pasa de la propiedad física a la propiedad intelectual”⁴⁹, en

⁴⁸ C.S.J.N. "Bourdieu c. Municipalidad de la Capital" 1925- Fallos, 145:307.

⁴⁹ POSNER...Ob. Cit. Pág. 43.

cambio para los juristas supone un cambio sustancial desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de ambos derechos.

Por último también se extendería sobre nuevas formas de propiedad tales como clubes de campo (*countries*), parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras (*shopping centers*) y tiempo compartido o multipropiedad. Si bien la naturaleza de algunos de ellos es controvertida, es decir no queda claro si se tratan de nuevos derecho reales o de derechos personales, a los efectos económicos no presentan mayores diferencias con el condominio o la propiedad horizontal, dado que lo relevante para el análisis económico es poder determinar quien tiene derecho a usar y disponer del bien en cuestión, y por tanto integrarse al mercado como oferente del mismo. Otra cuestión clave del derecho de propiedad privada, además de la capacidad de negociar sobre el mismo, es la posibilidad de exclusión del goce de todos aquellos que no tienen derecho al bien.

Como afirman los marxistas el derecho de propiedad privada no es un “ente inmaterial” que liga a personas con cosas, si un acuerdo social, consagrado o respaldado por el Derecho, para asegurar a determinadas personas el uso, goce y disponibilidad de bienes escasos. La idea que “poseemos” las cosas sobre las cuales tenemos derechos de propiedad, al punto que según la teoría clásica el patrimonio era un atributo de la personalidad, no es más que una idea fetichista elaborada para minimizar las disputas distributivas. Obsérvese también que el derecho de propiedad se ejerce sobre bienes escasos ya que a nadie le interesa poseer lo abundante, como puede ser el aire o el agua del mar.

Cuando no hay un propietario exclusivo de un bien escaso se produce un uso ineficiente del mismo, popularizado por Garret Hardin como la “tragedia de los comunes” (*tragedy of the commons*⁵⁰). Dado que frente a un bien público nadie puede ser excluido de su uso y goce, ni nadie puede apropiarse de toda la renta de manera exclusiva, entonces se generan incentivos para su sobreexplotación,

⁵⁰ HARDIN, Garrett. “*The Tragedy of the Commons*”, en revista Science, Vol. 162, No. 3859 (Diciembre, 1968), pp. 1243-1248. Texto en castellano en <http://www.eumed.net/cursecon/textos/hardin-tragedia.htm> (última visita 15/11/2009)

agotando finalmente el recurso en cuestión y haciéndolo desaparecer para el conjunto, de allí la tragedia.

Aquí aparecen diferencias entre racionalidad individual y colectiva, decisiones correctas y decisiones racionales.

Hardin comienza su trabajo exponiendo el siguiente caso correspondiente a una aldea en la que cada familia es propietaria de su ganado, pero comparten los pastizales. Como todas las familias llevan sus animales a pastar a los terrenos comunes, ninguna está incentivada a cuidar los pastos, es decir a procurar que no se agoten, a reducir el uso que hace su ganado de esos bienes comunales, dado que todo lo que un pastor "ahorre" será consumido por el ganado de otros pastores. En conclusión no obtiene ningún beneficio directo de cuidar los pastizales.

El problema es el mismo que se expone en los "bienes públicos" y es descrito magistralmente con el modelo del "dilema del prisionero". Hay dos estrategias posibles, cuidar los bienes comunes o no cuidarlos, y allí se ponen en evidencia que la racional individual no siempre es coincidente con la racionalidad colectiva. O si se prefiere, que "la mano invisible" de Adam Smith nos señala que la mejor estrategia para cada familia, independiente de lo que hagan las demás, es no ser cuidadosa. El resultado de ello será que todas las familias estarán peor que si todas fuesen descuidadas. La expresión "la tragedia de los comunes" alude al destino inexorable al que parece estar condenado cualquier recurso de propiedad compartida.

En ese marco se aplica el teorema de Coase: el mercado perfecto es aquel donde los derechos de propiedad se encuentran bien definidos y los costos de transacción sean iguales a cero. Derechos de propiedad bien definidos no alude cuestiones distributivas de justicia social, sino a que todos los bienes económicos tengan dueño, es decir que no exista incertidumbre acerca de la propiedad de los mismos.

Por otra parte, tener claridad sobre la propiedad de los bienes, no solo brinda un estado de cosas favorable para los propietarios, quienes son los beneficiarios del disfrute, sino también para toda la sociedad porque clarifica quienes deben soportar las cargas asociadas a la propiedad, así como las responsabilidades derivadas de lo haga con ella.

Una vez definidos los derechos propiedad, los agentes económicos realizan intercambios voluntarios entregando algo suyo que valoran menos a cambio de algo ajeno que valoran más. Esa es la base de los contratos. Como afirma Posner “la protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para el uso eficiente de los recursos”⁵¹, pero “la creación de derechos exclusivos es una condición necesaria, pero no suficiente, para el uso eficiente de los recursos: los derechos deben ser transferibles”⁵².

El mercado no es otra cosa que una institución donde se intercambian derechos de propiedad, y esto se logra a través de los contratos.

El Derecho contractual tiene un valor fundamental, le asigna eficacia jurídica a los acuerdos de las partes. Por este medio se regulan las obligaciones asumidas voluntariamente por aquellas personas que intercambian sus derechos de propiedad que recaen sobre bienes transables. El comercio solo es posible en el marco de normas que regulen los contratos.

En este punto podemos retomar el teorema de Coase. Si no existieran costos de transacción el Derecho Contractual no sería necesario, las personas podrían encontrar fácilmente el sujeto con quien necesitan contratar y acordar todas la cuestiones atinentes a su intercambio. Pero sabemos que eso no es verdad, los costos de transacción existen y son elevados, razón por la cual las normas supletorias contenidos en el Derecho de contratos no hacen más que reducir costos

⁵¹ POSNER... Ob. cit. Pág. 38.

⁵² Ídem, pág. 39.

de transacción dejan establecido que en caso de no existir una regulación específica por las partes se aplicaran las contenidas en las normas jurídicas.

En ese marco el Derecho puede hacer mucho para facilitar o entorpecer los intercambios voluntarios. Desde el punto de vista del AED la norma jurídica contractual ideal es aquella que contiene aquellas regulaciones a los cuales hubieran arribado las partes por sí mismas de no haber tenido costos de transacción.

Las reglas de responsabilidad estipulan quiénes y en qué condiciones tienen derecho a dañar -el daño en este caso se vuelve jurídicamente irrelevante; por ejemplo, lesiones en el deporte-, quiénes tienen derecho a ser resarcidos en caso de daño, y quiénes tienen derecho a oponerse a la generación de daños.

La responsabilidad civil aparece cuando el contrato no es posible, porque no ha sido dable acordar *ex ante* de los daños, y no resulta viable acordar *ex post* de los mismos.

Los *fallos del mercado*, es decir en este caso, los costos de transacción, hacen necesaria la existencia de reglas de responsabilidad civil.

Pero estos procesos de negociación son imposibles en el mundo real, porque los costos de transacción los tornan impeditivos. Entonces, la sociedad puede actuar de dos modos diferentes frente a esta realidad; impidiendo las actividades riesgosas sobre las cuales no es posible acordar previamente con todos los eventuales afectados; o bien permitir las, aún a sabiendas que los acuerdos previos son imposibles, pero preservando los derechos individuales a través de reglas de responsabilidad civil.

Para el AED la responsabilidad civil es necesaria porque permite la realización de actividades riesgosas, que aún siendo eventualmente dañosas, son valoradas positivamente por la sociedad. Por eso es tan contundente la afirmación de

Schäfer y Ott cuando sostienen que “las normas del derecho de responsabilidad civil pueden ser entendidas desde esta perspectiva como un instrumento para conseguir objetivos de bienestar para el conjunto de la sociedad”⁵³.

Pero, para cumplir acabadamente con esa función, el sistema de responsabilidad debe ser equilibrado; dado que, si se adoptase un principio de responsabilidad total, se estaría volviendo por vía indirecta a las reglas del contrato, en el sentido que si el autor es responsable necesario de todas las consecuencias de sus actividades riesgosas no hallaría muchos incentivos para realizarlas, y debería acordar previamente con los posibles afectados, lo cual vimos que resulta imposible. Pero, el otro extremo tampoco resulta útil, dado que un principio de ninguna responsabilidad -una suerte de *res perit domino*⁵⁴ absoluto- afectaría seriamente los derechos de propiedad -y obviamente otros derechos- y volveríamos a la *ley de la selva*, porque cada quien llevaría a cabo la actividad que considere conveniente sin importar a quienes afecte la misma.

¿Cuál es la mejor solución? La pregunta parece simple, pero su respuesta es compleja. Los economistas, si bien han aceptado la existencia de los *fallos del mercado*, no dejan de mirar al mercado perfecto como un utópico punto de llegada.

Para el AED los costos de transacción son los males que afectan al mercado de competencia perfecta y que el Derecho debe purgar. Las normas jurídicas adoptan así un rol instrumental, como herramientas para el logro de mayor eficiencia

⁵³ SCHÄFER y OTT ... pág. 107

⁵⁴ Obsérvese que ese principio se halla vigente pero morigerado en las reglas de responsabilidad tradicional. Expresa López Olaciregui que “La doctrina clásica trabaja sobre la base de la siguiente lógica: si los daños consisten en la pérdida de bienes, y si los bienes perecen para sus dueños, la regla general debe ser la de atribuir jurídicamente la carga del daño a quien de hecho lo sufrió, salvo que hubiera mediado culpa o dolo en quien lo causó, en cuyo caso correspondería que el daño fuera transferido a ese sujeto. Las víctimas son en principio dueñas de sus daños porque fue destino de ellas sufrirlas” Cf. LÓPEZ OLACIREGUI, José María. “*El derecho de la responsabilidad* civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad”, en Responsabilidad Civil y Seguros N° 9 (Septiembre de 2007). Pág. 113.

económica. Herramientas para acercar nuestros mercados imperfectos al ideal de perfección construido por la Teoría Económica.

Como vimos con anterioridad, para Coase en un mercado perfecto las reglas de Derecho serían indiferentes; sea cual fuere la norma que seleccionemos, siempre los bienes terminarán en manos de quienes más los valoren; pero como el mercado no es perfecto, entonces las reglas de Derecho no son indiferentes, por eso las normas jurídicas deben posibilitar llegar a soluciones lo más cercanas posibles a las que se hubiesen arribado de ser el mercado un mecanismo perfecto de asignación de recursos.

A los efectos de modelizar cómo funciona el sistema desde el punto de vista del AED, podemos graficar la siguiente situación. En términos generales, un daño es un *anti-bien*, lo contrario de un bien, es decir, un mal, un perjuicio, que independientemente de quien cargue con los costos del mismo significa una reducción de bienes para la sociedad en su conjunto. En general, una comunidad es más pobre después de un daño y ello es así haciendo abstracción de quien resulte ser el afectado. Esto es muy claro cuando se trata de bienes patrimoniales, pero cuando están en juego otros bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial la afirmación deja de ser tan contundente. Porque una sociedad con muchas *víctimas morales* sufrientes y apenadas, es una sociedad peor desde el punto de vista del bienestar, pero no necesariamente más pobre desde el punto de vista económico.

Podemos decir que el daño material empobrece a la sociedad en su conjunto desde un punto de vista económico. Si se destruye un objeto –por ejemplo, un automóvil- y luego se indemniza, la sociedad toda es más pobre, porque ahora hay un automóvil menos como consecuencia del daño. Para decirlo de un modo gráfico, el *stock* de bienes o recursos de la sociedad se ha reducido por efecto del daño. Pero esto es así solo con los daños materiales, no con los personales -morales-. Al no existir un *stock* de recursos sociales inmateriales, por ser estos inconmensurables, su lesión o afectación no puede ser cuantificada del mismo modo. Producido un daño moral e indemnizado el mismo, nadie puede afirmar

que la sociedad sea más pobre; en todo caso se ha verificado una traslación de recursos económicos del dañador a la víctima, pero el stock de bienes sociales no se ha visto afectado.

Es posible imaginar un estado de cosas que llamaremos X donde existe una situación de equilibrio, es decir, de inexistencia de daño. Ese estado de cosas puede permanecer así o devenir en Z, que es una situación de existencia de daño. Ahora bien, Z genera un costo –social- consistente en la reparación del daño por parte del agente causal o la asunción de la pérdida por parte de la víctima. Pero permanecer en el estado X también genera un costo consistente en la prevención, en los recaudos que deben tomarse para evitar la causación del daño. La pregunta es: ¿Queremos evitar Z a toda costa?, entonces impidamos la realización de acciones que pueden generarlo -por ejemplo, prohibiendo una determinada actividad-; pero si no queremos prohibir la actividad porque es considerada socialmente valiosa, ¿Cómo podemos hacer para que ésta sea realizada de modo seguro, es decir, evitando en la medida de lo posible llegar a Z?, entonces debemos generar incentivos para ello –por ejemplo, imputando responsabilidad a quien realiza la actividad-, pero esto va a significar que si el costo de mantener X es mayor que hacerse cargo de Z, van a existir incentivos para dañar.

Ahora bien, supongamos que A es el agente causal del daño y B la víctima. Según el criterio de imputación subjetiva, A debe hacerse cargo de la reparación del daño solo si el costo de mantener X fuera menor que afrontar Z. Sería culpable porque es más barato evitar el daño que reparar el mismo. Pero si la situación fuera inversa, B debería cargar con los costos del daño, porque A no podría ser culpado. En este mismo sentido, si tanto A como B pudieran hacer algo para evitar el daño, será considerado culpable de su eventual comisión quien resulte ser el evitador más barato (*cheapest cost avoider*). La línea fronteriza que demarca los comportamientos diligentes de las conductas culpables, tiene que ver con comparaciones de gastos, y no con deberes abstractos de conducta como en las fórmulas jurídicas.

En sentido contrario a lo expuesto, la imputación objetiva se desentiende del comportamiento del individuo y poco importa si él mismo ha tomado los recaudos necesarios para evitar la ocurrencia del daño. Ello no quiere decir que deje de ser importante comparar costos de evitación y de reparación, sino que dichos análisis se *estandarizan*, y deja de ser relevante lo que haya ocurrido en el caso puntual. Eventualmente, se introducen otras consideraciones como la posibilidad de dispersión de los costos, menores costos de mantenimiento de la administración del sistema, etc.

El concepto económico de externalidad negativa es asimilable al concepto jurídico de daño. Recordemos también que no existe mercado para las externalidades, éstas se hallan fuera del ámbito de los intercambios voluntarios; pero, no obstante, inciden sobre las actividades económicas y por ello constituyen fallas del mercado.

Entonces, la pregunta formulada en párrafos anteriores puede reformularse en los siguientes términos, ¿cuáles externalidades negativas deben ser internalizadas por su autor a través de las reglas de responsabilidad civil? Para ello el AED propone que el Derecho de daños adopte la solución a la cual se hubiera arribado en el mercado perfecto, o al menos la más cercana a ella. Es decir la solución que hubiesen alcanzado el autor del daño y la víctima del mismo de haber podido negociar previamente a la ocurrencia del mismo. El Derecho debe “imitar” la solución del mercado, resolviendo su fallo y determinando si estamos frente a un daño resarcible o una externalidad negativa que debe ser soportada por la víctima, sin tener derecho a compensación.

Hasta aquí lo atinente a la regulación privada del mercado, que deben complementarse con los desarrollos específicos orientados hacia las organizaciones empresariales, la defensa del consumidor y seguros. Pero también el AED se ocupa de la regulación pública del mercado a través de la defensa de la competencia.

VI. Conclusiones

En el presente trabajo intentamos brindar un panorama de la amplitud y profundidad del AED, y sus posibles aplicaciones al Derecho Comercial.

Entendemos que el análisis jurídico tradicional muchas veces debe ser reconfigurado para poder abordar los complejos problemas actuales. Por ello estamos convencidos que debemos ir más allá de los planteamientos habituales en la materia, tomando en consideración aportes de otras disciplinas.

El uso del AED puede resultar un poco controvertido y todavía es necesario justificar su utilización en los estudios jurídicos de nuestro país; ello es así porque existe una fuerte resistencia de muchos juristas en adoptarlo como una disciplina con entidad suficiente o, al menos, como herramienta conceptual para abordar estudios jurídicos.

Detractores y partidarios del AED hacen mover la discusión actual en torno a la ética de la economía de manera pendular entre dos posturas extremas, la sacralización o la demonización del mercado. Creemos que por el contrario, debemos buscar un camino intermedio que nos permita encontrar la dosis de mercado y justicia que resulte la más adecuada a nuestra sociedad.

Existen muchos puntos de contacto entre Economía y Derecho. Como muestra de la existencias de raíces comunes vale tener presente que “ZÖLLNER, uno de los dogmáticos alemanes de mayor reputación, afirmaba que el Derecho privado codificado es producto no sólo del pensamiento revolucionario francés, sino también del pensamiento económico clásico representado especialmente por Adam SMITH (...) el Derecho Privado occidental – y aquí me refiero tanto a los países de *common law* como a los de Derecho continental – constituye la institucionalización de la economía de mercado. O, en términos más queridos para la dogmática jurídica, las sociedades occidentales son sociedades de derecho

privado por contraposición a las sociedades socialistas que serían sociedades de derecho público”⁵⁵.

Entonces, si bien existieron orígenes comunes en los albores de la modernidad, desarrollos posteriores llevaron al Derecho y la Economía a transitar por sendas separadas. Y si la Dogmática jurídica se desentendió de la reflexión económica, es porque pudo hacerlo, es decir, porque no era un elemento necesario en el análisis del Derecho. Pero esto está cambiando radicalmente.

En los tiempos que corren resulta menester prevenir sobre la necesidad de incorporar mayores dosis de racionalidad económica en los análisis jurídicos; ello es así porque la enorme importancia que la doctrina y la jurisprudencia tienen en el desenvolvimiento del Derecho Privado, debe llevarnos a asumir la responsabilidad de fundamentar nuestras decisiones en algo más que en puras inferencias normativas o la apreciación intuitiva de la solución más justa para el caso en cuestión. Todo jurista (juez⁵⁶ o doctrinario) debiera tomar en consideración la realidad social; es decir, estar atento a las consecuencias que sus decisiones u opiniones pueden tener sobre aquella, de la cual la Economía es una parte sustancial que no puede soslayarse.

Quizás tenga una cuota de razón Peña González, cuando afirma que los civilistas “... tienden más bien al análisis escolástico, o sea, a las querellas conceptuales al interior de la disciplina sin que sea posible, entre quienes cultivan el derecho civil, advertir una preocupación sistemática por las externalidades de las reglas que tan acuciosamente estudian y los efectos de eficiencia o ineficiencia que inevitablemente provocan”⁵⁷. En todo caso consideramos absolutamente cierto

⁵⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “*Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho*”, en rev. InDret 1/2007. Working Paper N° 417. Pág. 4.

⁵⁶ A efectos de ilustrar esta afirmación podemos traer a colación un texto de una sentencia resuelta por la CSJN, en la cual podemos leer que un tribunal “no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma” (Fallos 302:1284).

⁵⁷ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “*Sobre los dilemas económicos y éticos de un sistema de responsabilidad civil*” en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y BULLARD GONZÁLES, Alfredo

que “... el análisis económico del derecho y algunos aportes de la teoría ética, ayudan, en su conjunto, a configurar una dogmática civil orientada por las consecuencias y por los principios y no, simplemente, como aún suele ocurrir, por los conceptos”⁵⁸.

Por otra parte, la investigación jurídica tradicional parece estar limitada por márgenes muy estrechos para realizar propuestas, las cuales pueden ser de *lege lata* y de *lege ferenda*, y si eso no fuera poco, como explica De Geest, también existiría una definición demasiado reducida de lo que abarca cada uno. “El punto de vista tradicional es que o bien se describe el Derecho existente (de *lege lata*) o se efectúa una propuesta por un mejor Derecho (de *lege ferenda*). Algunos abogados erróneamente creen que proponer una doctrina mejor es necesariamente una afirmación de *lege ferenda*. Al contrario, la propuesta de una doctrina superadora puede consistir en una mejor descripción del Derecho vigente, y en este caso debe ser considerada una afirmación de *lege lata*. Incluso si el tribunal supremo decidiera rechazar una doctrina de modo expreso, esto no significaría que la misma fuera incorrecta de *lege lata*”⁵⁹.

Consideramos importante el aporte de una visión diferente e integradora dado que, en la complejidad del mundo actual, el Derecho ni la Economía pueden ser concebidos como disciplinas autosuficientes, con virtualidad explicativa necesaria para dar cuenta de todos los casos, especialmente los más complejos.

El Derecho no puede reducirse a la Economía, tampoco a la Lógica, Filosofía o Sociología; pero, sin dudas, se nutre de una combinación de esos razonamientos, y allí revista su valor que, fuera del alcance de intentos reduccionistas, pueda lograr un equilibrio complejo a la hora de cumplir su labor consistente en regular conductas.

(Editores), DERECHO CIVIL PATRIMONIAL. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. Pág. 214.

⁵⁸ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Ob. Cit. Pág. 213.

⁵⁹ DE GEEST, Gerrit. “Law & Economics y Derecho Comparado. El diseño de doctrinas jurídicas óptimas”, en JA 2006-II-1053.

Estamos convencidos que debemos aportar mayores dosis de preocupación analítica y empírica en el estudio de temas jurídicos. Básicamente, reemplazar descripciones y juicios de valor ocultos -muchas veces bajo el manto de disputas ontológicas sobre la naturaleza jurídica de las instituciones-, por explicaciones, análisis, contrastaciones de datos, y explicitación de presupuestos teóricos. Consideramos que el interés analítico y la búsqueda de comprobaciones empíricas conducen a un entendimiento más realista, pragmático e instrumental de la realidad jurídica, y se constituye, a la vez, en un camino alternativo frente a las concepciones dogmáticas y esencialistas del Derecho.

Esta aproximación seguramente no resultará atractiva para quienes piensen que el sistema jurídico es algo diferente e independiente de las restantes Ciencias Sociales, y que consideren que el Derecho se encuentra más allá de los datos empíricos o que las normas se independizan de las justificaciones teóricas que les dan sustento. Pero no obstante ello, hemos pretendido circunvalar los falsos dilemas incoados por las concepciones más tradicionales, en la inteligencia que los juristas comprometidos sabrán comprender que resulta necesario abrir la dogmática a nuevas consideraciones, que le aporten una mayor virtualidad explicativa al Derecho, para así poder aprehender mejor las complejidades del mundo de hoy.

En este contexto, la Ciencia Económica puede brindar un gran aporte; para ello, en primer lugar, debemos reconocer que ésta es la Ciencia Social con mayor desarrollo “científico”, que ha llegado al punto de poder predecir -y no solo describir- acciones y situaciones, y ha logrado expresarse en lenguaje matemático -lo cual pone de manifiesto su grado de sofisticación, desde un punto de vista epistemológico-. Esa evolución, en alguna medida afecta al Derecho, no solo por ser parte de la misma familia de las Ciencias Sociales sino por razones más profundas.

En algún momento del devenir evolutivo de la Ciencia Económica, se advirtió que la conducta humana típica sobre la cual se desarrollaban los modelos económicos, no solo era aplicable a la Economía. De hecho, un sujeto autointeresado que busca maximizar sus beneficios en un contexto de recursos escasos, era un modelo de ser humano que se comportaba de ese modo no solo en los mercados sino también en la política, en la sociedad, frente a los delitos, etc., razón por la cual empezaron a “*exportarse*” herramientas conceptuales de la ciencia económica hacia la Ciencia Política, la Sociología, la Criminología, y también a la Ciencia Jurídica.

La disciplina a través de la cual se hace presente el bagaje conceptual e instrumental de la Ciencia Económica en la Ciencia Jurídica es el AED, que no es asimilable a nuestro conocido Derecho Económico. Éste se trata de un conjunto de normas y principios jurídicos destinado a regular fenómenos eminentemente económicos; en cambio, el AED se ocupa de someter a las normas jurídicas a un análisis económico. El Derecho Económico es una rama de la Ciencia Jurídica, el AED es una derivación de la Ciencia Económica.

Cabe formularse aquí estas preguntas que inquietan a los juristas: ¿El AED es una verdadera “*intromisión*” de la Economía en el Derecho?⁶⁰, ¿Se trata de una modalidad de análisis propia de una disciplina, ahora proyectada sobre un objeto que no le es propio?, o bien ¿Estamos ante una ampliación del objeto científico de la Economía, que se ocupa de todas las conductas racionales de los seres humanos? ¿La Economía se ha transformado en una teoría de la decisión?

No son preguntas fáciles, porque no hay lugar para respuestas inocentes. Digamos, por un lado, que la epistemología actual advierte la existencia de

⁶⁰ “Es un lugar común en la doctrina argentina atribuir al análisis económico del derecho (en adelante: AED) la pretensión de sustituir los valores jurídicos por la eficiencia.

Estamos convencidos de que esta afirmación está errada.

El AED no prescinde de los valores jurídicos tradicionales, sino que simplemente propicia la incorporación de elementos provenientes de la economía para el estudio de los fenómenos jurídicos”. Cf. Rivera, Julio Cesar. Economía e Interpretación Jurídica. Exposición en la XV reunión conjunta de las academias nacionales de derecho y ciencias sociales de buenos aires y córdoba. Córdoba, 23 y 24 de octubre de 2003.

objetos científicos cada vez más cercanos al punto que es difícil determinar con claridad cuál ciencia debe ocuparse de ellos; por ejemplo, la Psicología Social y la Sociología Individual, etc. Debemos admitir que la Economía no tiene necesariamente una vocación “imperialista”⁶¹ sobre otras disciplinas. Por el contrario es necesario enmarcar la actual situación como parte del “amplio proceso de hibridación de las ciencias sociales experimentadas en las últimas tres décadas, hibridación de la que surgen nuevas disciplinas como el *public choice* o elección pública y la socioeconomía, entre otras”⁶².

En definitiva, lo que estamos observando entre la Economía y el Derecho no es un fenómeno local. Por otra parte, siempre el Derecho ha tenido puntos de intersección con otras disciplinas, prueba de ello es la lógica deóntica, la Filosofía, Sociología y Antropología Jurídica, etc, pero lo novedoso es que nunca esas disciplinas disputaron con el Derecho la suficiencia explicativa; es decir, brindar mejores y más adecuadas respuestas a los problemas jurídicos.

Entendemos que en la cuestión de la suficiencia explicativa se halla el meollo de la disputa. Acciarri trae un ejemplo muy gráfico; dice que es posible que un artista plástico emplee los principios de su disciplina para hacer un análisis artístico de la agricultura, y pueda hacer una tipología de sembradíos mas o menos pintorescos;

⁶¹ El imperialismo al que acaba de aludirse se apoya siguiendo a Cossío Díaz en las siguientes causas: “– Un punto de partida común a las ciencias sociales (o al menos a varias de ellas) en cuanto a la necesidad de fragmentar al individuo en ámbitos (*homo economicus*, *homo sociologicus*) a fin de hacerlo comprensible.

– La común pretensión de esas ciencias, de explicar al individuo mediante la asignación de un sentido a sus conductas.

– La formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignarle sentido a un universo muy extenso de conductas.

– La progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas

– La fortaleza de esas disciplinas para la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas”. Cf. COSSIO DÍAZ, José Ramón. DERECHO Y ANÁLISIS ECONÓMICO. FCE. México, 1997. Pág. 13 y ss.

⁶² BEJARANO, Jesús Antonio. “*El análisis Económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos*”, en revista de Economía Institucional, N° 1, noviembre 1999. Pág. 156 (También puede consultarse este trabajo en <http://search.epnet.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&an=17738879&lang=e> – (última visita 10/07/2006)

y hasta podría dirigirse al agricultor sojero, señalándole que en la historia del arte los cuadros más bellos han tomado como modelo campos sembrados con girasoles o maíz, y no soja como sería del caso⁶³. Pero nos resultaría difícil concebir que un comentario de esta naturaleza pueda ejercer alguna influencia en un agricultor.

No es el caso del AED, porque pretende influir decisivamente en el Derecho, exponiendo que sus soluciones son mejores o más adecuadas, en comparación con muchas soluciones jurídicas tradicionales. Y siguiendo con el ejemplo de Acciarri, el agricultor del relato puede desentenderse de las consecuencias estéticas de su accionar, en cambio el jurista no puede hacerlo de las consecuencias económicas y sociales de las suyas.

El AED puede hacer varios aportes al Derecho, en consideración a sus objetivos y enfoques. Existe un AED descriptivo, que realizando una labor que podríamos denominar *de lege lata*, explica las normas jurídicas a la luz de las consideraciones económicas. Puntualmente evalúa el grado de eficiencia de la norma jurídica. Pero también existe un AED mucho más controvertido, que es normativo, es decir de naturaleza prescriptiva, que realiza una labor *de lege ferenda*, y a través de la misma señala cuáles son las normas que el Derecho debería crear o modificar, a efectos de lograr la eficiencia en la asignación de recursos en la sociedad.

Pero este “aporte” de la Ciencia Económica al Derecho no está exento de dificultades. Más allá del amor propio de los juristas que se halla herido por la “invasión económica”, que no constituye una consideración científicamente atendible, hay razones de peso para abordar la existencia de verdaderas dificultades culturales para una plena integración. Aquí, no se trata de cuestiones semánticas, que aplicando una correcta dosis de filosofía analítica conseguiríamos disipar, sino de “modelos” de seres humanos diferentes.

⁶³ ACCIARRI, Hugo A. “El análisis económico del Derecho de Daños. Elementos para una aproximación”, en SJA 17/5/2006.

Cuando la Economía piensa en un ser humano paradigmático, piensa en un sujeto racional, egoísta, maximizador de sus beneficios, etc. El *homo economicus* presenta esas características y sobre esa base se construyen los modelos económicos. En cambio, cuando el Derecho piensa en un ser humano paradigmático, concibe a un sujeto diferente, menos racional y menos egoísta. El *homo juridicus*, se hace carne en el estándar jurídico tradicional del Derecho Romano del “buen padre de familia” y su pariente moderno el “buen hombre de negocios”. El *homo juridicus* no es racional, es razonable, no es egoísta, piensa en términos de grupo humano (familia) o en el peor de los casos es egocentrado, no busca a ultranza la maximización de sus beneficios económicos aunque tampoco es altruista, etc. Evidentemente, se trata de un concepto más etéreo y vaporoso, en comparación con los rígidos perfiles del *homo economicus*, pero salta a las claras que son diferentes.

La otra cuestión apunta a los fines. Cuanto menos es controvertido afirmar que el Derecho deba buscar la maximización de la riqueza de la sociedad, el crecimiento económico o el logro de la eficiencia.

A nuestro entender, la eficiencia no es un valor *lexicográficamente*⁶⁴ igual o anterior a la Justicia, pero no obstante debemos reconocer que constituye un valor social real. En el peor de los casos, debemos tratarla como un objetivo deseable; es decir, un estado de cosas sería preferible a otro, si *coeteris paribus*, la asignación de recursos es más eficiente. Entonces, dadas dos situaciones igualmente justas, la eficiencia puede ser un buen elemento a considerar para inclinarse por la situación más conveniente; vale decir, aquella que no dilapida innecesariamente recursos de la sociedad.

No obstante, es menester tener claro que no hay intercambio posible entre justicia y eficiencia porque no son valores equiparables; por el contrario, la justicia es un

⁶⁴ Lexicográfico significa que el primer principio debe cumplirse completamente antes de considerar el segundo. Tomamos el término de RAWLS, John. TEORÍA DE LA JUSTICIA. (Traducción de María Dolores González). Fondo de Cultura Económica. México, 1997.

fin en sí misma, mientras que la eficiencia es solo un medio, un instrumento para llegar a un estado de cosas deseable.

Compartimos la opinión de Casalmiglia cuando explica que "... una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque no el único y ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia"⁶⁵.

En el marco de la justicia debe darse un equilibrio entre eficiencia y distribución; vale decir, entre aumento de los recursos y su asignación, porque son medios para alcanzar estados de cosas justos. Una sociedad que se despreocupa de la eficiencia, dilapida recursos y en consecuencia, se empobrece, en general hace que todos estén peor; pero una sociedad que solo se ocupa de la eficiencia y se despreocupa de la distribución puede permitir que existan contrastes insalvables entre sujetos, por un lado extremadamente ricos y otros exageradamente pobres.

Sin embargo, no hay razones para elegir una sociedad rica a otra pobre, solamente basada en razones de cuantía de la riqueza⁶⁶. De hecho, "la maximización de la utilidad global entre los individuos de una determinada sociedad no impide que la distribución interna de esas utilidades entre los distintos individuos se haga de acuerdo con modelos de suma iniquidad"⁶⁷. Una sociedad rica, no es mejor *per se*, en comparación con una sociedad pobre. La única situación atendible que hace en algún sentido mejor una sociedad rica, es que ésta cuenta con más recursos para

⁶⁵ CALSAMIGLIA, Albert. "Eficiencia y Derecho", en rev. Doxa N° 4 (1987). Pág. 271.

⁶⁶ En cierta medida esta posición se contrapone a la de Hierro, quien sostiene que la eficiencia es instrumental de la Justicia, es decir, un componente de ésta, pero en la inteligencia que "la maximización de la riqueza, dada ciertas condiciones previas de justicia, promueve la satisfacción igualitaria de las necesidades humanas que constituyen lo que denominamos derechos morales básicos; es decir, que una Teoría de la Justicia entendida como Teoría de los Derechos incluye un puesto relevante para la eficiencia productiva"⁶⁶. Cf. HIERRO, Liborio. "Justicia, igualdad y eficiencia", en rev. Isonomía N° 9 (Octubre 1998). Pág. 132.

⁶⁷ GUARIGLIA, Osvaldo. "El concepto normativo de 'persona' y los requisitos de mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática", en rev. Doxa N°13. Pág. 111.

lograr que los ciudadanos puedan acceder a aquellos bienes que les permitan lograr una existencia digna. Esos recursos posibilitan en mayor medida la concreción de proyectos de vida plenos.

Esto nos lleva a otra idea, y es que una sociedad rica y desigual pierde todo atractivo, dado que solo algunos pocos podrían aspirar a contar con los medios materiales para lograr una existencia digna y la concreción de sus proyectos de vida. La eficiencia, entendida como maximización de la riqueza o similares, no puede ser un fin en sí misma.

Con esas breves reflexiones queremos dejar explicitadas algunas razones por las cuales consideramos imposible la equiparación entre justicia y eficiencia, razón por la cual, entendemos que la eficiencia puede operar como valor de corrección o selección, mas no como un valor autónomo, asimilable en rango a la justicia.

Entonces, si coincidimos que justicia y eficiencia no resultan equiparables, aún nos queda preguntas centrales que deben ser respondidas como por ejemplo: ¿podemos determinar desde el AED qué es justo?, y en el caso que la respuesta sea negativa cabe preguntar si ¿las herramientas conceptuales del AED nos acercan o nos alejan de la posibilidad de determinar lo justo? Estamos convencidos que el AED no nos sirve para marcar la línea divisoria que separa lo justo de lo injusto, pero nos brinda un elemento importante de juicio para determinarlo cuando establece cuando una norma es ineficiente. Una norma ineficiente es aquella que dilapida recursos y por tanto cuenta con una presunción de injusticia dado que malgastar recursos escasos rara vez conduce a lograr un estado de cosas justo.

El AED no nos sirve para establecer lo justo, pero descartarlo por ese motivo sería una necesidad, porque nos brinda una herramienta con la cual no cuenta el análisis jurídico formal, la posibilidad de establecer los costos y beneficios económicos de las normas jurídicas. Y ello tiene importancia porque esos costos y beneficios se traducen en incentivos o desincentivos para obrar. A esta altura todos sabemos

que las normas jurídicas tienen consecuencias sobre las acciones de las personas, no por su valor autoritativo sino porque crean incentivos para realizar determinados actos. Finalmente, también tienen consecuencias sobre los intercambios voluntarios y el funcionamiento del mercado en su totalidad, y en tal sentido ignorar cómo funciona el mercado implica renunciar a la posibilidad de utilizar el Derecho como herramienta para lograr el bienestar económico de la sociedad.

Otra cuestión a dilucidar es ¿hasta donde resulta razonable dejar cuestiones de justicia a la acción de las reglas de mercado? En principio, podemos señalar que al mercado le compete la justicia conmutativa, y al Derecho le corresponde garantizar las bases sobre la cual esa justicia pueda funcionar, y hacer efectiva la justicia correctiva y la distributiva.

En rigor de verdad, el mercado por sí solo puede asegurar la justicia conmutativa, claro está, en la medida que funcione de manera correcta (libre competencia). En ese sentido, los intercambios voluntarios mueven a los agentes hacia el óptimo de Pareto, siendo éste su principal y singular valor como espacio de interacción social. Pero tiene sus límites, dado que los fallos del mercado hacen imposible que se constituya en herramienta al servicio de la justicia correctiva. Y desde el punto de vista distributivo, tampoco cumple una labor destacada porque tiende a perpetuar las asignaciones preexistentes –muchas veces injustas-, de modo que tampoco sirve para equilibrar las desigualdades y volverse un instrumento de la justicia distributiva.

En el terreno de la justicia distributiva, y en el marco de sociedades capitalistas, el mercado opera como el principal mecanismo de asignación de recursos, y el Estado, a través del Derecho, interviene de dos maneras:

- 1) Garantizando las asignaciones que se realizan en el mercado, asegurando la *infraestructura* necesaria a tal fin (reglas de propiedad, Derecho de contratos, etc.)

- 2) Corrigiendo las asignaciones del mercado según criterios de justicia. El mercado es una fuente de desigualdades, ya sea porque funciona de manera anormal, o porque en su seno se arrastran diferencias que luego allí se consolidan. Entonces el Derecho debe, por un lado, remover aquellos obstáculos que impidan su normal funcionamiento, y por el otro, desplegar acciones correctivas que excluyan o minimicen las desigualdades injustificadas o arbitrarias que puedan existir, dado que todos somos iguales ante la ley pero no así frente al mercado.

Como explica Garzón Valdés "... el mercado es el ámbito de la negociación y el compromiso es obvio que solo vale para lo que es negociable y acordable. Y lo negociable y acordable no puede ser decidido en el mercado sino que se requiere la aceptación de un sistema normativo superior. Este es la justicia como virtud social. Sólo desde él pueden formularse los arreglos institucionales que confieren calidad moral al instrumento del mercado. Quien pretenda invertir el razonamiento e inferir valores morales de la actividad incontrolada del mercado habrá de perder su cabeza bajo la guillotina de Hume"⁶⁸.

Estas reflexiones nos deben servir como aportes para pensar nuevas situaciones que se van dando en el mundo jurídico lejos de la tranquilidad decimonónica, pero lejos de esnobismos y de rechazos dogmáticos, es preciso evaluar los aportes de las nuevas disciplina con criterio científico, evaluado sus aportes y limitaciones.

⁶⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "*Mercado y Justicia*", en rev. Isonomía N° 2. Pág. 28.