

Respuesta a la profesora Paloma Durán

Por PEDRO MERCADO PACHECO

Granada

Cuando uno se dedica durante un buen período de tiempo a la elaboración de un trabajo, no puede por menos que mostrar su agradecimiento a quienes tienen la deferencia de interesarse por dicho trabajo y de leer y criticar lo que uno ha escrito. Y mi agradecimiento es doble, en primer lugar, al profesor Gil Cremades por haber sugerido la posibilidad de realizar un debate a propósito de mi libro *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica* y, en segundo lugar, a la profesora Paloma Durán por haber aceptado dicha tarea y por llevarla a cabo concienzudamente como corresponde a una de las personas que mejor conoce en nuestro país la corriente del «análisis económico del derecho» (AED).

Mi respuesta a la profesora Paloma Durán no ha sido tarea fácil porque, como ella misma reconoce, se hace difícil criticar o responder a una crítica cuando se comparte la misma posición de fondo respecto al AED. No obstante, existen una serie de cuestiones planteadas por Paloma Durán que ponen de manifiesto que nuestra visión del AED, de sus límites y de su significado en el actual panorama de la cultura jurídica, pese a confluir en muchos aspectos no es idéntica, lo cual no deja de ser saludable desde el punto de vista intelectual, y sobre las que habría que detenerse en estas páginas.

Las consideraciones que realiza la profesora Durán en su comentario a mi trabajo y a las que intentaré responder, aclarar y profundizar en su debate las encuadra en dos tipos de cuestiones. Unas, en el ámbito metodológico, se refieren a la propia historia y características internas del AED; las segundas, y desde mi punto de vista más cruciales, están relacionadas con la definición del derecho que emerge de las te-

sis del AED y al significado de este movimiento en el contexto de la teoría jurídica contemporánea.

I.— Entre las primeras, y al hilo de un comentario sobre la historia del AED, la profesora Durán entiende que dicha historia debería comenzar con los trabajos de Becker sobre la discriminación como punto de partida de la extensión del análisis económico a realidades no explícitamente económicas, más que con el trabajo de Coase sobre el coste social. Al respecto, habría que decir que en este caso no se trata de una cuestión cronológica, sino de trabajos que hacen frente a problemas diferentes y que tienen una trascendencia para el AED también diferente.

Los trabajos de Becker son un presupuesto fundamental para el nacimiento y el desarrollo del AED desde el punto de vista cognoscitivo y metodológico, o por decirlo de una forma más clara, la aportación de Becker se sitúa en el terreno de las relaciones entre ciencia jurídica y ciencia económica. Los estudios de Becker sobre el enfoque económico del comportamiento humano rompen la frontera epistemológica de la ciencia económica, la ciencia económica se convierte en una ciencia sin objeto, lo económico se universaliza al extender el modelo de racionalidad económica a todos los comportamientos humanos, constituyéndose en este sentido en presupuesto fundamental para el nacimiento del AED. Y es en el marco de una ciencia económica que se autoproclama teoría general de la sociedad, invadiendo ámbitos hasta entonces ajenos a su propio discurso, en el que se hace posible de una manera casi automática la extensión de las técnicas y categorías económicas a la explicación del sistema jurídico, tal y como hacen Posner y sus seguidores.

El trabajo de Coase sobre el coste social se sitúa en otro ámbito distinto, no en el de las relaciones epistemológicas entre «ciencia» jurídica y «ciencia» económica, sino en el terreno de las relaciones entre esfera económica y esfera jurídica, entre economía y derecho, reformulando la función económica del derecho en la asignación eficiente de los recursos. La reformulación del problema de la externalidad, tal y como la lleva a cabo Coase, se inscribe en los desarrollos de la teoría económica que ponen un énfasis especial en la consideración de la estructura institucional en la que se enmarca todo problema económico, constituye una puesta al día de la teoría económica neoclásica para hacer entrar en ella los problemas que la intervención estatal en la economía habían puesto de manifiesto durante la experiencia del Estado del Bienestar. En particular, la importancia concedida por Coase a la delimitación de los derechos sobre los recursos y a los costes de transacción como determinantes a la hora de resolver el problema de la externalidad, nos aportan una clave interpretativa nueva de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico, entre derecho y economía. Una clave interpretativa que parte del reconocimiento de la *función consti-*

tutiva de las relaciones económicas por parte del sistema jurídico, es decir, de la *función del derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos*. La acción del derecho, de la forma jurídica, es una acción constitutiva de las propias relaciones económicas y sociales; no sólo es una acción de control y garantía. Además, plantear el problema de los costes de transacción, como obstáculos institucionales que impiden la solución negociada y eficiente del conflicto transforma la visión de discurso jurídico convencional en tanto que subraya la existencia de costes en la actuación de la maquinaria jurídica, es decir, supone introducir en el ámbito del pensamiento jurídico el problema del coste del derecho y la relación directa entre las estructuras de derechos sobre los recursos y la asignación eficiente de los recursos de una sociedad. En este sentido, el trabajo de Coase representa, desde mi punto de vista, el pilar constitutivo del AED; si hay algo novedoso en el AED es esa reformulación de la función económica del derecho, ese es el punto de partida de todos los trabajos del AED sea cual sea la corriente en que se inscriban, desde los posnerianos ortodoxos a los planteamientos más moderados de Calabresi o los desarrollos de la tendencia neoinstitucionalista, algo que, por el contrario, no cabe decir de la concepción de lo económico que resulta de las aportaciones de Becker que siendo el pilar metodológico y epistemológico de los desarrollos de la corriente más ligada a la ortodoxia de la Escuela de Chicago, no se encuentran presentes en la misma medida en los análisis de la corriente liberal-reformista o en la neoinstitucionalista.

II.— En segundo lugar, la profesora Durán entiende que, aunque compartiendo conmigo que el AED surge en un momento histórico muy concreto y que no se inscribe en una tradición centenaria de estudio de las relaciones entre economía y derecho, tal y como pretende Posner, el modelo de racionalidad económica subyacente no es nada original y que, fundamentalmente, repite los argumentos de Bentham sobre la interpretación de la conducta humana y a la interpretación de Smith acerca del fenómeno económico, lo que hubiera hecho necesario una profundización en el pensamiento de estos dos autores. No tengo nada que objetar a dicha sugerencia, sin embargo, el objetivo que me propuse al intentar reconstruir los presupuestos del AED ha sido intentar mostrar no sólo la «no originalidad» del planteamiento del AED en este tema, sino también el reduccionismo en la explicación económica de la realidad jurídica al que aboca asumir el *homo oeconomicus* como modelo de racionalidad. El problema del reduccionismo reside en el nivel de las premisas de la teoría. Por ello era necesario ahondar en el fundamento de ese modelo de racionalidad encarnado en la figura del *homo oeconomicus*, porque sólo después de demostrar su origen, su formación y generalización como criterio de racionalidad podíamos comprender el significado de ese reduccionismo. Para hacerlo, bien es verdad, podría haber insistido en la referencia en profundidad

a A. Smith y Bentham, pero creo que era necesario y más útil ilustrar el proceso histórico general de constitución de la racionalidad económica como hecho natural y universal de todo comportamiento humano, desde los inicios de la edad moderna con el proceso de rehabilitación de las pasiones y la constitución de lo económico en un ámbito autónomo, separado de la moral y de la política —en el que la aportación de Smith es fundamental—, hasta su formalización y generalización en la economía neoclásica —en la que la influencia del utilitarismo de Bentham es generalmente indiscutida—.

Sin embargo, y para no dejar zanjada la cuestión respecto a las relaciones entre el AED y Bentham, me gustaría profundizar en un tema, el de las relaciones entre AED y utilitarismo, que en mi trabajo estaba ligeramente apuntado y del que me he ocupado en un trabajo posterior ¹ que quizás aclare y supla la deficiencia a la que hacía referencia la profesora Durán.

El AED, desde sus inicios, ha sido considerado como una más de las manifestaciones de la filosofía utilitarista en el ámbito de la teoría del derecho. En efecto, ésta es la opinión tanto de autores como Hart ² o Dworkin ³ que adoptan una perspectiva crítica y distanciada del AED, como de la mayoría de los autores europeos que se han acercado a una valoración de conjunto de dicho movimiento ⁴. Sin embargo, la nitidez de la identificación del AED con la filosofía utilitarista empieza a emborronarse y a hacerse problemática cuando Posner renuncia explícitamente en varios de sus trabajos a la etiqueta de utilitarista para el AED. Su objetivo es demostrar que la eficiencia económica entendida como maximización de la riqueza es una base más firme sobre la que construir una teoría normativa del derecho que el principio de utilidad en la formulación de Bentham. Sin embargo, detrás de esa operación de distanciamiento se esconde, como intento poner de manifiesto en el trabajo antes citado, una visión utilitarista aún más estrecha y reducida. En efecto, no contento con reducir, como hace el utilitarismo, las instituciones y reglas jurídicas a su valor instrumental en relación a ciertos fines, Posner reduce el orden de los fines a la riqueza. La riqueza, considerada habitualmente como un medio para conseguir fines, se convierte en el fin mismo de todo proceso de maximización.

1. Vid. MERCADO PACHECO, P., «Análisis económico del Derecho y utilitarismo. Concordancias y divergencias», *TELOS. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. III, Núm. 2, diciembre 1994, pp. 99-123.

2. Vid. HART, H.L., «American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, vol. 11 (1977), núm. 5, p. 987.

3. «La parte normativa de la teoría de Bentham ha sido muy depurada mediante el uso del análisis económico del derecho en la teoría jurídica», vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 34.

4. Vid. REBUFFA, G., «El análisis económico del derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1989, p. 176; vid. también la propia postura de DURÁN LALAGUNA, P., *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992 y TORRES LÓPEZ, J., *El Análisis económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987.

A pesar de los intentos de Posner por desmarcarse del utilitarismo de Bentham, el AED, y en esto coincido con la profesora Paloma Durán, tiene un marcado carácter utilitarista que se manifiesta en una teoría de la acción humana común sobre la base de la conducta calculadora y autointeresada, una teoría ética y jurídica consecuencialista y una visión instrumentalista del ordenamiento jurídico⁵.

No obstante, y pese a ese fundamento común, la teoría del derecho sostenida por Bentham y por el AED divergen fundamentalmente en dos aspectos que nada tienen que ver con las diferencias que Posner trataba de establecer entre principio de utilidad y principio de maximización de la riqueza, sino que afectan directamente a la concepción del derecho que ambas teorías sostienen:

- a) En primer lugar, respecto a la *función del derecho*, Bentham concibe el derecho como algo más que un mecanismo para encauzar la conducta de los individuos hacia la maximización de la felicidad o utilidad, el derecho es también un instrumento de educación de los hombres⁶. Bentham reconoce que existen dos maneras de influir en los comportamientos, de una parte, como lo hace el «ingeniero social» que trata de «determinar lo que haremos», de otra como lo hace el «educador» que trata de «mostrar lo que debemos hacer»⁷. Bentham parece admitir la idea de una racionalidad pública superior a los intereses cambiantes y contradictorios de los individuos⁸. El detentador de esta racionalidad que tiene por nombre la utilidad es el legislador que debe de enseñar a los hombres el deber que les corresponde con el interés superior de la comunidad.

Por el contrario, en la concepción del AED el derecho pierde toda función educativa, o de realización de una moral o de un consenso sobre valores y se reduce a una función puramente instrumental. Para ser más explícitos, el AED niega la posibilidad de una racionalidad pública superior a los intereses cambiantes y conflictivos de los individuos que pudiera ser expresada y realizada a través de las normas jurídicas. El significado de una norma jurídica que reprime una acción del individuo mediante el establecimiento de una sanción no es el de comuni-

5. Estas características del AED hacen de él, creo, una manifestación de la filosofía utilitarista en el ámbito de la teoría del derecho contemporánea. Y desde esta perspectiva, tanto las críticas que se han dirigido contra el utilitarismo por su carácter consecuencialista, por defender una moral del resultado, como las dirigidas al utilitarismo por su carácter instrumental, o porque es incompatible con la idea de justicia, o con una teoría de los derechos morales, son igualmente aplicables al AED.

6. Sobre esta función educativa *vid.* ESCAMILLA, M., *Jeremy Bentham: Racionalidad del mercado, moral y derecho*. (Tesis doctoral inédita).

7. *Vid.* BENTHAM, *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*, edic. a cargo de J. Burns y H.L.A. Hart, University of London, 1970, p. 11.

8. *Vid.* ROSEMBLUM, N., *Bentham's Theory of the Modern State*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1978, pp. 2, 4, 5 y 151.

car al potencial infractor aquello que la sociedad considera contrario a sus valores como si fuese un acto de comunicación de los valores socialmente vigentes. Para el AED para remediar ese acto considerado como reprimible por la sociedad basta aumentar su coste sin necesidad de tacharlo mediante la promulgación de principios acompañados de sanciones. En tanto que el AED, admite que el individuo tiene una serie de preferencias fijas, no puede reconocer al derecho una función educativa dirigida a instaurar una jerarquía en los valores y a preconizar algunos de ellos. Desde el punto de vista del AED, la única función del derecho es la de incitación y disuasión de conductas. El sentido del derecho se agota en sus efectos ⁹.

- b) En segundo lugar, respecto a la *naturaleza del derecho* y a los elementos de la norma jurídica, el AED abandona la perspectiva del sistema jurídico como sistema de obligaciones y prohibiciones acompañados de sanción, que es la concepción de Bentham ¹⁰, para concebir el derecho como un sistema de incentivos de determinados cursos de acción, es decir, se abandona una teoría «imperativa» del derecho y en su lugar aparece una teoría «incitativa» de éste. A su vez, el derecho pierde la cualidad de dato ineludible para la conducta humana y pasa a ser una variable, entre otras, en la función de maximización en la que se conforma la conducta de los individuos ¹¹.

La explicación de esta divergencia podemos encontrarla, creo, en algo que señalaba Halévy ¹² al establecer las relaciones entre Bentham y A. Smith. Según este autor, Bentham, al contrario de Smith, defiende el *principio de armonía artificial de los intereses* y preconiza el recurso a la autoridad pública para asegurar la convergencia de los intereses individuales con el interés superior de la colectividad. La concepción del derecho de Bentham, pero también su concepción de la moral, de la religión o de la educación, están directamente determinadas por esta idea. Es necesaria la guía del legislador, del educador, para que el individuo armonice sus intereses con los intereses de la colectividad, por eso el derecho asume un carácter normativo y educador de la conducta de los individuos. La teoría de Bentham es, desde este punto de vista, una tarea de instaurar un derecho y un orden social *ex novo* mediante la racionalización de todas las prácticas sociales de acuerdo con el principio de utilidad. La época de Bentham era la época de la reforma, de la desmitificación del derecho tradicional, de la instauración artifi-

9. Vid. STROWEL, A., «Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit», *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, núm. 18, 1987, pp. 1 y ss.

10. Vid. MORESO, J.J., *La Teoría del Derecho en Bentham*, P.P.U., Barcelona, 1992.

11. Vid. STROWEL, A., *op. cit.*, p. 37.

12. HALEVY, E., *La formation du radicalisme philosophique*, vol. I, *La jeunesse de Bentham*, París, 1901.

cial en la nueva sociedad industrial naciente de la racionalidad económica descubierta en el mercado.

El AED, en la formulación de Posner, partiría, como A. Smith, del *principio de armonización natural de los intereses*. Los individuos, como *homo oeconomicus*, son seres perfectamente racionales que tienen unas preferencias estables, ni la moral, ni el derecho pueden actuar sobre dicha racionalidad. Para el AED no hay unas esferas sociales separadas, el mercado, reino de la armonía natural de los intereses y de la racionalidad económica, y de otro lado, una esfera de lo público, de lo social, en la que impera otra lógica distinta.

Situados en el marco histórico en el que se desarrolla el AED la distancia con el utilitarismo clásico de Bentham se nos muestra de una forma clara. En Bentham la preocupación era instaurar un nuevo orden, y un nuevo derecho que lo garantizase, por ello su fórmula fue el código y su protagonista el legislador. Para Posner se trata de restaurar el orden, despojar al *common law* de todos los efectos perversos que la intervención del Estado ha provocado durante los años de legislación intervencionista y partir de cero, esto es, de la eficiencia económica como racionalidad subyacente al sistema jurídico. Sólo así se explica la defensa que Posner hace de Blackstone frente a los ataques de Bentham a su concepción del *common law* ¹³.

III. En tercer lugar, la profesora Paloma Durán considera que en mi trabajo se da una identificación excesiva entre AED y la teoría de Posner, dejando en un plano muy secundario las aportaciones de las otras tendencias existentes en el AED. Al respecto, he de decir que, en efecto, una de las carencias reconocidas en el propio texto (entre otras muchas, como el estudio exhaustivo de la aplicación del AED a los distintos sectores e instituciones del sistema jurídico) ha sido la falta de un estudio sistemático y en profundidad de las distintas tendencias del AED, solamente apuntado en el capítulo primero de descripción general y retomado puntualmente, sobre todo en lo que hace referencia a Calabresi y a la corriente liberal-reformista, en otros lugares del trabajo. En este sentido, en efecto, quizás el empeño en denunciar el reduccionismo de la descripción económica del derecho mostrando sus consecuencias extremas, haya podido llevar al reduccionismo de dejar de mostrar las soluciones más temperadas, como las de Calabresi, en su entendimiento menos pretencioso respecto a la utilidad del análisis económico en el trabajo de los juristas, reduciendo su campo de estudio al ámbito de la política del derecho, salvando en última instancia la decisión colectiva, la decisión del legislador, frente a la «naturalidad» de las soluciones de mercado o la necesidad de integrar en el análisis económico del derecho junto a las consideraciones de eficiencia una

13. Vid. POSNER, R., «Blackstone and Bentham» en *The Economics of Justice*, Blackwell, Cambridge Mass. 1981, pp. 13-47.

teoría de los puntos de partida, de la justicia distributiva y de la influencia del derecho en la conformación de los valores de una sociedad determinada ¹⁴. No obstante, la justificación de tal carencia, si la hay, está en el propósito inicial del trabajo de ofrecer una lectura de conjunto del movimiento y de sus consecuencias y significado en la cultura jurídica contemporánea. En este sentido, aunque en la parte de reconstrucción de los presupuestos económicos del AED el estudio se ha centrado en la argumentación de Posner en lo que se refiere al fenómeno del imperialismo económico y en la sacralización del mercado como mecanismo eficiente de asignación y distribución de recursos, ello no obsta para que la valoración del AED en su conjunto como propuesta en el marco de la teoría jurídica contemporánea, tal y como queda en mi trabajo, no sea extensible a todas las corrientes del AED y no exclusivamente a su versión posneriana. En concreto, el planteamiento de la relación entre derecho y economía desde el punto de vista de la función directa del sistema jurídico en la asignación y distribución de los recursos, la visión consecuencialista e instrumentalista del derecho fundamentada en un enfoque conductista del derecho, la provisión de una teoría general simple y globalizadora del sistema jurídico desde un punto de vista económico y la calificación de este discurso como una salida tecnocrática a la crisis del derecho en la regulación de los conflictos de las sociedades contemporáneas, son características aplicables a todas las corrientes y tendencias del AED.

IV. Y es en el terreno de la valoración del AED en el contexto de la teoría jurídica contemporánea, donde las consideraciones de la profesora Paloma Durán apuntan a una lectura del AED que no se corresponden con la intencionalidad pretendida en mi trabajo. En concreto, señala que en mi esfuerzo por contextualizar el AED en la cultura jurídica americana, intento también «justificar» el AED como una teoría renovadora del discurso jurídico, señalando un cambio de planteamiento y una contradicción con los capítulos precedentes. Lo cual requiere por mi parte una aclaración.

En primer lugar, es cierto que existe un cambio de planteamiento. En efecto, en la parte correspondiente a los presupuestos económicos del AED, el imperialismo económico y la endogeneización de la variable institucional en la economía neoclásica, pretendía poner de manifiesto las condiciones que en el ámbito de la ciencia económica hacían posible la extensión de las categorías y del instrumental del economista al ámbito jurídico, intentando mostrar, al mismo tiempo, que tras su aparente neutralidad, objetividad y científicidad se esconden una serie de opciones metodológicas e ideológicas que abocan al reduccionismo

14. *Vid.*, al respecto, por ejemplo, CALABRESI, G., «Il futuro dell' analisi economica del diritto», *Sociologia del Diritto*, núms. 1-2, 1990, pp. 47-54.

de una descripción y evaluación del derecho realizada desde esas premisas economicistas. Por el contrario, la segunda parte del trabajo dedicada a la contextualización del AED en la cultura jurídica americana intenta explicar las condiciones que hacen posible que un movimiento con esas características del AED se presente *a sí mismo* como teoría renovadora del discurso jurídico tradicional. Para decirlo más claramente, después de haber ilustrado el reduccionismo inherente a las premisas de partida hubiese sido mucho más fácil una lectura coyuntural y sincrónica del movimiento como fundamento de una crítica externa que desde la adhesión o el rechazo a los presupuestos ideológicos de la teoría económica de base del AED abordara sus consecuencias en el ámbito del derecho. Frente a ello, creo que se hacía necesario una explicación de las condiciones existentes en la cultura jurídica contemporánea que posibilitaban el auge y la institucionalización de una teoría del derecho cuando, aparentemente, sus propuestas eran impugnadoras del modelo de teoría y de enseñanza jurídica vigente hasta entonces. Era necesario preguntarse cómo y porqué el AED nace y se articula como «teoría del derecho» que se presenta por sus propios practicantes como alternativa al modelo dominante de ciencia jurídica, cómo dialoga con ese modelo y con las demás propuestas alternativas que confluyen en su crítica.

La respuesta a estas preguntas, no creo que lleve a legitimar o a justificar el AED, sino a tratar de explicar, al menos esa era mi intención, que dicho movimiento puede integrarse con facilidad en la cultura jurídica americana porque, como «teoría del derecho», no representa una ruptura con las problemáticas abiertas sobre las que ha girado la cultura jurídica americana. Intentaba poner de manifiesto que el AED no es algo que se imponga desde el exterior del propio debate del pensamiento jurídico americano, no es fruto de un descubrimiento científico que luego demuestre su aplicabilidad en el ámbito del sistema jurídico, el AED puede constituirse en propuesta de teoría del derecho porque se inserta en una determinada tradición jurídica de la que es deudor.

En este sentido, el rastreo por la historia del pensamiento jurídico americano desvela, creo, de una manera esclarecedora el significado de la propuesta del AED en dicho contexto. La referencia al realismo jurídico americano (una tradición desgraciadamente poco estudiada en nuestro país, salvo excepciones importantes como el acercamiento a dicha tradición realizada por el prof. Liborio Hierro en su trabajo sobre el realismo jurídico escandinavo¹⁵), es crucial para comprender la propuesta del AED. El giro en el pensamiento jurídico americano que produce el movimiento realista es la base desde la que es posible comprender movimientos tan heterogéneos como el AED o el de los *Critical Legal*

15. Vid., HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia, 1981, especialmente cap. 3.

Studies. La evolución del pensamiento jurídico americano tras el realismo permite explicar la adhesión de una parte de los juristas americanos a las propuestas del AED como teoría renovadora de un derecho abiertamente en crisis. Por ello, la introducción de las ideas de Ackerman querían servir como ejemplo, no para «proponer» el AED como una nueva forma de retórica legal, sino precisamente para ilustrar cuáles eran los problemas en cuya solución el AED se mostraba como una «seductora» promesa de renovación de la cultura jurídica americana.

Sólo en el contexto de una cultura jurídica insatisfecha con el particularismo del caso y con la diversidad y fragmentación de la jurisprudencia y la legislación, es posible explicar el éxito de una teoría simplificadora y globalizadora de todo el sistema jurídico basada en el «redescubrimiento» de la racionalidad económica del *comon law*. Sólo en el contexto de la crisis de una concepción del derecho sostenida en la idea de un interés público consensuado, aparece como «realista» una descripción del derecho como solución al conflicto de la asignación y distribución de los recursos escasos de una sociedad. Sólo en ese contexto puede explicarse que a la demanda de un conocimiento científico de la realidad jurídica, largamente buscado y propuesto en dicha tradición, se responda mediante el abrazo de la metodología y el instrumental de la ciencia económica. Y sólo en el contexto de la crisis de la idea de la legislación y del derecho como ideales públicos es posible plantear la eficiencia económica como criterio de evaluación y justificación de las instituciones jurídicas y de las decisiones judiciales.

Otra cosa bien distinta, es que detrás de esa seductora promesa, detrás de esa imagen del derecho que nos otorga el AED, nos aparezca el reduccionismo y el dogmatismo de las soluciones. Que detrás de la descripción «realista» del derecho, aparezca la realidad de una sociedad reducida a mercado y de unos individuos reducidos a *homo oeconomicus*, y que detrás de la «cientificidad» de la descripción económica del derecho se escondan postulados metacientíficos y opciones ideológicas expresas que ponen en duda el intento de hacer presentar a la eficiencia económica como un criterio «técnico y neutral» en la evaluación y justificación de la decisión jurídica.

El significado y las propuestas del AED creo que no pueden ser comprendidos en su totalidad sin situarlas en el marco, más general, de la crisis del modelo regulativo de la fase del Estado del Bienestar. Porque, desde mi punto de vista, bajo la apariencia del retorno al liberalismo y al mercado, al derecho privado tradicional, a la propiedad privada absoluta, a la autonomía privada y a la eficiencia económica como racionalidad subyacente al *common law* existe una compleja y complicada adaptación de las categorías económicas y jurídicas a las condiciones de vida de la sociedad capitalista avanzada. Para decirlo más claramente, detrás de la teoría económica del derecho arde el fuego del individualismo posesivo, el canto a la propiedad privada individual, la reprivatización de lo que lo público ilegítimamente había invadido, de la vuelta al

mercado y a la despolitización de esferas sociales invadidas por regulaciones generadoras de efectos perversos, del retorno al derecho privado como base institucional de la sociedad autorregulada por el principio de autonomía de la voluntad. Pero la propiedad, el individuo, el mercado, lo público y lo privado de hoy no son los de ayer. La fundamentación de esas nociones y su significado ideológico-político es, por tanto, también nueva. Sólo en esa novedad creo que es posible captar el significado de esas soluciones jurídicas, económicas y políticas que el AED propone y que nos sitúan ante sendas ya transitadas. Baste señalar como ejemplo la reconceptualización del concepto de *property right*, la desintegración y desustancialización de la propiedad (cuyas consecuencias se ilustran en el capítulo tercero de mi trabajo) o la reformulación de la noción de culpa en el lenguaje tecnocrático del análisis coste-beneficio, para poner de manifiesto la distancia con las concepciones liberales tradicionales de propiedad o responsabilidad en las que se sustentaban nuestros códigos decimonónicos. La vuelta al mercado y a la eficiencia, no es la vuelta a un mundo sin fricciones en el que el sistema jurídico actúe como registro de los acuerdos espontáneos del mercado. El significado del AED está precisamente en el reconocimiento de que la puesta en acción de esa lógica de la maximización de la riqueza exige la instrumentalización decidida del derecho. Una vez reconocida la existencia de costes de transacción y externalidades, y reconocida la inexistencia de mercados de competencia perfecta que funcionen sin fricciones, el sistema jurídico ha de asumir las funciones de asignación y distribución de los recursos en base a la eficiencia que correspondería al mercado. El derecho se convierte de esta forma en el mecanismo decisivo a través del cual la eficiencia económica pasa del orden de la posibilidad al orden de la legalidad. Ese es el significado de la definición del derecho como «metamercado institucional» que nos propone el AED. Esa es la novedad de la propuesta que el AED plantea en el marco de la crisis del modelo de derecho correspondiente al Estado del Bienestar. Toda la reformulación de los conceptos y categorías jurídicas tradicionales y de las funciones de las instituciones jurídicas llevada a cabo por el AED, creo que debe ser leída en estos parámetros.

V. Por otro lado, la profesora Durán plantea una serie de cuestiones de fondo, que afectan a la definición del derecho y de la justicia que resultan de las aportaciones del AED, con las que estoy básicamente de acuerdo y en las que me gustaría profundizar, no con ánimo de réplica puesto que no hay lugar a ella cuando se comparte el fondo de la crítica al reduccionismo del AED, sino con la intención de hacer más explícita mi lectura del movimiento del AED.

En este ámbito, la profesora Durán afirma que el AED no es solamente una alternativa de legitimación de un sistema que está en crisis, sino una justificación del sistema jurídico desde la óptica concreta del

sistema capitalista, un sistema que no respeta al individuo ni a sus derechos más básicos. No hay nada más claro para ilustrar este hecho que la propia argumentación de Posner para justificar la maximización de la riqueza como un adecuado criterio de justicia.

En uno de sus últimos trabajos ¹⁶ y ante las críticas que se habían lanzado a su teoría de justicia como maximización de la riqueza, Posner desvela con claridad meridiana las razones de su preferencia por la maximización de la riqueza como criterio de decisión en el ámbito ético y jurídico:

«Ya que la utilidad es más difícil de medir que la riqueza, un sistema basado en la maximización de la riqueza puede ser considerado un apoderado de un sistema utilitarista, pero es algo más; su espíritu es diferente; la maximización de la riqueza es una ética de la productividad y de la cooperación social, mientras el utilitarismo es una ética hedonística y asocial. Y una ética de la productividad y de la cooperación es más congruente con los valores de los *grupos dominantes* en nuestra sociedad (la cursiva es mía) que una ética utilitarista pura» ¹⁷.

En última instancia, el argumento en favor de la eficiencia no es un argumento moral, sino exclusivamente pragmático:

«el argumento más fuerte en favor de la maximización de la riqueza no es moral, sino pragmático. Si echamos una mirada al mundo vemos que en general la gente que vive en sociedades en las que se permite que el mercado actúe más o menos libremente, no sólo son más ricos que la gente de otras sociedades, sino que tienen más derechos políticos, más libertad y dignidad, y están más satisfechos (evidenciado, por ejemplo, por ser menos propensos a emigrar), por tanto, la maximización de la riqueza puede ser el camino más directo para alcanzar una gran variedad de fines morales» ¹⁸.

Detrás de la defensa del principio de la maximización de la riqueza no hay más que la sacralización del mercado como modelo de organización social y, por tanto, la mercantilización universal de toda preferencia, acción, derecho o recurso.

Por ello, y en referencia a las consideraciones que hace la profesora Durán sobre las relaciones entre eficiencia y justicia, habría que añadir que en el AED, al menos en su versión posneriana, no es que la

16. *Vid.*, POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1990.

17. *Ibid.*, p. 390.

18. *Ibid.*, p. 382.

justicia quede en un lugar secundario respecto a la eficiencia, no es que haya un conflicto entre eficiencia y justicia en el que la segunda quede supeditada a la primera, sino que la eficiencia es considerada como un adecuado criterio de justicia. La eficiencia económica se convierte en el fundamento material de toda decisión que se pretenda como justa.

Pero no hay que extrañarse del auge y desarrollo de este discurso económico del derecho que pudiéramos calificar como criptoiusnaturalista. Hoy en el imaginario colectivo de la sociedad capitalista avanzada, en una situación de globalización de la economía de mercado, la legitimidad de la eficiencia se ha convertido en el criterio determinante de gran parte del proceso de toma de decisiones políticas. La eficiencia económica se ha tornado en una «nueva» ley natural a la que toda legislación y toda decisión debe plegarse. En realidad, a lo que asistimos es al triunfo del paradigma de conducta del *homo oeconomicus* y a la extensión cotidiana del cálculo económico a todos los ámbitos y aspectos de la vida de los individuos.

En la «naturalidad» del mercado y de la acción racional económica, la eficiencia deviene la única lógica posible, convertida en un valor técnico y, por ello, incuestionable, necesario, presupuesto de toda política legislativa. Puede que algunas de las tesis del AED, las más extremas como las de Posner, nos aparezcan como exageraciones economicistas, cuando no meras veleidades de neoliberales ingenuos que justifican la pena de muerte como medida más eficiente que la privación de libertad, o la extensión a los bienes comunes, como los mares y sus recursos, de la lógica propietaria como medida de protección del medio ambiente. Pero el problema es que la legitimidad de la eficiencia económica recorre por la vía de los hechos, no de la teoría, amplios espacios de la política jurídica de nuestros días. Es por la vía de los hechos, por la que la argumentación consecuencialista y el análisis coste-beneficio se han introducido en el proceso de toma de decisiones de los tribunales de justicia, y es por la vía de los hechos por la que, por ejemplo, las reformas de la administración de justicia traducen el primado de la ley de la eficacia. Basta pensar, por ejemplo, en el proceso penal. No ha sido necesario traducir las páginas que Posner dedica a demostrar la eficiencia del procedimiento de *plea bargain* (el acuerdo entre ministerio público y acusado que pone fin al proceso) para apoyar su introducción fáctica en nuestros tribunales o la simplificación de los procesos penales. Es en este ámbito donde el modelo de justicia de la eficiencia muestra su cara más «técnica» y en su nombre se ponen en cuestión todas las garantías del Estado de Derecho que el proceso penal expresaba. La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario del juicio contradictorio, la confrontación pública y antagónica entre las partes en condiciones de igualdad procesal. Y no hay contradicción cuando las partes más que contender, pactan al margen del proceso en condiciones de desigualdad, transformando el juicio en un lujo reservado a quienes estén dispuestos a afrontar sus

costes y sus riesgos. El pacto, puede ser eficiente desde el punto de vista económico, ahorra tiempo y gastos, está fundado en un intercambio voluntario, pero sigue siendo un intercambio perverso (¿qué puede intercambiar el acusado con la acusación para la reducción de la condena sino su autoinculpación o la inculpación, incluso infundada, de los demás acusados, o qué impide a un ciudadano inocente, pero privado de defensa, no aceptar a pesar suyo una condena reducida?) qué desquicia todo el sistema de garantías más fundamentales sobre las que descansa el proceso penal¹⁹. No se trata de eficiencia *versus* justicia, sino de conceptos diferentes de justicia. En el mundo de la economía globalizada no es extraño que el contrato se haya convertido en la fuente del derecho fundamental, que se asista al nacimiento de una nueva *lex mercatoria* internacional y a una jurisdicción, el arbitraje internacional, que traducen de una manera nítida la lógica racional de la eficiencia que describen los juristas-economistas del AED, esa es la justicia de las instituciones del mercado internacional de las grandes corporaciones y del mundo de las finanzas, desligadas ya de las reglamentaciones del Estado-nación, de las administraciones de justicia nacionales²⁰. La sociedad autorregulada del mercado es la *societas divitum*, su ley es el contrato, su justicia es una justicia cara confiada a jueces que eligen las partes sobre la base de su competencia profesional. Al lado de ella, la *societas pauperum* tiene que seguir dirigiendo sus reivindicaciones al Estado, su justicia es la justicia del juez estatal, la justicia gratuita pero lenta, desorganizada y privada de especialización profesional.

Pero que ello sea así en la realidad de las sociedades contemporáneas no significa, como pretende Posner, que se confirme la «naturalidad» del mercado y del sistema capitalista como modelo de organización social y de la conducta del *homo oeconomicus* como paradigma de racionalidad. Esa es la falacia naturalista que esconde el economicismo del AED en su versión posneriana: una vez descubierta la racionalidad económica inherente al *common law*, una vez descubierto que lo real es racional, lo racional, la lógica de la eficiencia económica, debe ser real, mediante la reformulación del sistema jurídico para hacerlo acorde con dicha lógica. Sin embargo, nada hay de natural en el mercado, ni nada hay de natural en la conformación de la conducta económica como parámetro de racionalidad. Por el contrario, como intento poner de manifiesto en mi trabajo, son fruto de un proceso histórico, de decisiones y opciones políticas e ideológicas determinadas. El determinismo economicista no es de recibo en una sociedad que precisamente por padecer el primado de esa ley natural del cálculo económico y de la

19. *Vid.*, sobre este particular FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1994, pp. 747 y ss.

20. *Vid.*, GALGANO, F., «Le istituzioni della società postindustriale» en GALGANO, F. y otros, *Nazioni senza ricchezza. Ricchezza senza nazione*, Il Mulino, Bologna, 1993.

eficiencia, alumbrando, como bien señala Paloma Durán, nuevos sujetos y nuevas demandas sociales que impugnan la justicia del mercado y la eficiencia y que ponen de manifiesto la necesidad y la posibilidad de establecer vínculos sociales no mercantilizados.

VI. Por último, una consideración final y conclusiva referente al enfoque que pretendía dar a mi trabajo. El propósito inicial era hacer una lectura *interna y reconstructiva* de las condiciones de posibilidad del nacimiento del AED. Ello ha obligado a, en primer lugar, un trabajo de reconocimiento de determinadas pistas en la historia de la cultura jurídica americana; en segundo lugar, un trabajo de confrontación con las corrientes de la cultura jurídica presentes, trabajo que se podría haber ampliado hasta el infinito, de hecho hay partes de ese trabajo no incluidas aquí (por ejemplo, todo lo referente a la teoría jurídica continental de corte normativista o kelseniano); al mismo tiempo, éste ha sido un trabajo de *contención* del proyecto de esa investigación reconstructiva en unos límites abarcables: ha quedado fuera —sólo emerge ocasionalmente— toda la reflexión que requiere la crisis del *Welfare State*, como otras muchas cosas (las aplicaciones del AED en diversos terrenos o el análisis exhaustivo de las tendencias).

Naturalmente, la conclusión que pretendía enunciar no cierra un discurso en el sentido de dejar establecidas unas determinadas certezas con pretensión de inamovibles: más bien y además de que lo escrito se presentaba sobre todo para que fuese debatido, se trataba de verificar si el método de análisis escogido en el que he procurado equilibrar la atención a la naturaleza histórica de los problemas (de un determinado discurso sobre el derecho, en este caso) con lo que inevitablemente eran preocupaciones mías como investigador, había dado el resultado esperado: una visión no distorsionadora que, sobre todo, deja al lector en condiciones de extraer sus propias conclusiones.

Como es inevitable, la dedicación durante mucho tiempo a un tema de trabajo induce a no ver más allá de él. He procurado evitar este riesgo, y por ello, en la reconstrucción teórica del AED, en vez de dejar algo por establecido, he intentado confrontar las propuestas del AED con las cuestiones más importantes a las que se enfrentaba dicho movimiento en el ámbito de la cultura jurídica americana, pero que me parece que afectan al conjunto de la cultura jurídico-política contemporánea. Y la conclusión se podría enunciar de una manera muy breve: *nihil novum sub sole*. Es cierto que el AED es una promesa de una nueva retórica legal y es cierto que innova; pero no es menos cierto que, como espero haber ilustrado en mi trabajo, la innovación tiene tantas deudas que, en un cierto punto, se tiene la impresión de estar ante una pura operación de reciclado. Naturalmente, esta es una forma hiperbólica de decir las cosas. Pero quiere aludir al hecho de que, a menos que se opte por situarse completamente fuera del lenguaje común, los problemas no dan más de sí porque pese a lo que pudiera hacer pensar el hecho de

que el AED surge en tierras de *common law*, al final los problemas decisivos con los que toda teoría jurídica tiene que medirse son unos pocos. O quizás sólo uno: el problema de la decisión. En este terreno, toda la operación del AED no tiene más objetivo que un *cambio de sede* de la decisión sobre derechos y recursos. Lo que me importa subrayar ahora, para concluir es que:

- 1.º El problema sigue siendo el de la decisión y su fundamentación. Toda la argumentación —tan variopinta— de los teóricos del AED debería ser leída en esa clave: ese es el problema que quieren resolver. Y en esto (*nihil novum sub sole*) no hay nada nuevo respecto a todas las tradiciones de la cultura jurídica.
- 2.º La solución que el AED da al problema consiste en residen- ciar la decisión en la ficción del mercado y hacerla real gracias a la «naturaleza» del *homo oeconomicus*. Tampoco estamos ante un gran hallazgo. Me parece que sería impropio hablar de retroceso, o incluso de reacción; simplemente, los sistemas de derecho de las sociedades capitalistas avanzadas no tienen muchas más posibilidades de elección.

El problema está, sin embargo, en que buscar otras posibilidades requiere, quizás, una apertura del campo de estudio que probablemente vaya a desbordar todo. Quiero decir que instrumentos como la antropología, la sociología, la filosofía *pura* y *dura*, me parecen cada vez más necesarios. ¿Cómo podría ser de otra manera en una época que se define por la crisis de sus fundamentos? No podría decir que el estudio del AED no me haya aportado nada en esa tarea: por ejemplo, el juego con las ficciones y las abstracciones en que siempre se mueve es un excelente aprendizaje para entender la suprema abstracción, la forma eterna que el derecho se empeña en ser, ni puede dejar de empeñarse en ser. Pero también creo que se trata de un modelo teórico que todavía tiene que secularizarse: la sacralización del mercado me resulta desde un punto de vista puramente intelectual inmanejable.

VII. Finalmente, quisiera agradecer nuevamente a Paloma Durán la oportunidad que me ha brindado para volver a reflexionar sobre lo que uno ha escrito, y los elogios hacia mi trabajo que su autor considera inmerecidos, pero que agradezco muy sinceramente por venir de alguien que ha hecho importantes aportaciones en la tarea de evaluación y crítica de un movimiento tan complejo y heterogéneo como el AED.