

¿ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO UNA HERRAMIENTA VÁLIDA DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO POSITIVO?

FREDDY ESCOBAR* *versus* EDUARDO HERNANDO NIETO**

Con esta sección, THEMIS-Revista de Derecho hace "realidad" una inquietud y una idea que viene desde varias "comisiones de Contenido" atrás: crear una sección dedicada al debate y confrontación de ideas acerca de un tema específico. Esperamos y confiamos en que este primer debate colmará las expectativas de nuestros lectores, aunque sabemos que podrá ser perfeccionada la "mecánica" para llevarlos a cabo en el futuro y la originalidad de los temas planteados.

El procedimiento en esta oportunidad ha consistido en hacerle la misma pregunta (que aparece como título de la sección) a los profesores participantes, los cuales podían responderla con una extensión de siete caras (cada uno). Luego, nosotros recibíamos las primeras siete caras de cada profesor y se las "reenviábamos" al otro, el que debía responder sobre la base del trabajo del primero. Cabe destacar que una vez recibida la "respuesta", no podían modificar sus primeras siete páginas. De esta manera, creemos, se ha intensificado y exacerbado la idea del debate, contribuyendo a un mejor desarrollo de la materia propuesta.

En el presente debate, los profesores Hernando Nieto y Freddy Escobar desarrollan sus distintas visiones en torno a la viabilidad de utilizar el análisis económico del Derecho como mecanismo interpretativo de nuestras normas. Así, el doctor Escobar plantea que, mediante dicho mecanismo, el bienestar social se incrementaría, lo cual no presupondría dejar de lado aspectos morales. Por su parte, luego de señalar que, en nuestro país, no es posible hablar de interpretación jurídica, el doctor Nieto señala que dicho mecanismo únicamente beneficiaría a los más ricos, quedando los pobres totalmente desamparados.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Civil y de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las notas del editor estuvieron a cargo de Luis Miguel Velarde, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS.

** Doctor en Filosofía. Profesor de Filosofía y Teoría General del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

A. INTRODUCCIÓN

A pedido de THEMIS-Revista de Derecho, en este breve artículo intentaré explicar por qué el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) constituye un método válido de interpretación del Derecho positivo. En términos generales, mi posición puede ser resumida de la siguiente manera: a) el Derecho positivo no es un cuerpo normativo 'coherente' ni 'autosuficiente' debido a que su contenido es el resultado sustancialmente amorfo e impreciso del enfrentamiento de fuerzas opuestas en los planos político, económico, social y cultural; b) el AED representa un mecanismo racional que el operador jurídico puede emplear para superar las contradicciones internas del sistema así como para dotar de contenido a las normas vagamente consensuadas por las fuerzas indicadas; y, c) el razonamiento que privilegia el valor eficiencia no desconoce la historia del sistema local ni traiciona sus valores.

B. UNIVERSALIDAD DEL MÉTODO

El AED tiene dos facetas: la descriptiva y la normativa. La primera intenta describir los efectos que las normas provocan en el comportamiento de las personas (¿cuál es la influencia del sistema de responsabilidad civil 'X' en el número de accidentes automovilísticos?). La segunda intenta establecer qué normas –o interpretaciones– son superiores a otras dentro de un espectro determinado, tomando como criterio diferenciador el de la maximización del 'bienestar social' (¿qué sistema de responsabilidad civil es más eficiente en la reducción del número de accidentes automovilísticos?)¹.

Las facetas descriptiva y normativa se basan en ciertas premisas: a) las personas actúan 'racionalmente', tratando de maximizar sus beneficios (tangibles e intangibles); y, b) el 'bienestar social' está determinado por el agregado de los beneficios obtenidos por cada uno de los integrantes de la sociedad².

Las premisas en cuestión pueden ser modificadas en función: a) de la evidencia psicológica o sociológica sobre las tendencias conductuales de las personas; o,

b) de la opción política que se adopte en torno a la distribución de la riqueza. En cualquier caso, sin embargo, el método sigue intacto. En efecto, el hecho de que algunas personas no actúen racionalmente ante el riesgo y por lo tanto tengan preferencias positivas o negativas hacia el mismo (en función de determinadas circunstancias) en modo alguno limita la posibilidad de describir los efectos que las normas provocan en el comportamiento de dichas personas. Asimismo, el hecho de que la maximización del 'bienestar social' sea entendida en términos acumulativos o redistributivos en modo alguno limita la posibilidad de determinar qué norma o interpretación es superior a otra dentro de un espectro determinado. Por consiguiente, el AED puede ser empleado en una sociedad formal o informal, moderna o tradicional, conservadora o liberal. Asimismo, el AED puede ser empleado por comunistas, capitalistas o estoicos³.

C. RAÍCES HISTÓRICAS

La esencia del AED no es ajena a la tradición romana ni a la tradición germana. En efecto, la idea de maximizar el 'bienestar social' ha estado presente en el Derecho Romano y en el Derecho Germano así como en el de otras civilizaciones⁴. Lamentablemente, los textos romanos que muestran la tendencia práctica de los pretores hacia la maximización del 'bienestar social' fueron conscientemente excluidos por la Escuela Pandectista. En efecto, dicha escuela elaboró un sistema conceptual abstracto basado en cierta jurisprudencia romana: la que respondía a las tendencias políticas y económicas dominantes en los siglos XVIII y XIX. A grandes rasgos, dichas tendencias privilegiaban la libertad individual, la propiedad privada y la obligatoriedad absoluta del contrato. El Estado, según las tendencias en cuestión, debía básicamente limitarse a proteger la 'esfera privada' de los individuos.

Ihering, sin embargo, objetó con éxito la construcción Pandectista, argumentando que la misma no sólo era artificial sino además errónea. En efecto, según el jurista alemán más importante de todos los tiempos, el Derecho Romano, lejos de privilegiar la esfera privada, intentaba encontrar un balance entre los intereses del individuo y los de la sociedad⁵. Por otro lado, el Derecho Germano, lejos de justificar la visión Pandectista –según la cual el sistema legal tenía como

¹ SHAVELL, Steven. "Foundations of Economic Analysis of Law". Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2004. pp. 1-2.

² POSNER, Richard A. "The Problems of Jurisprudence". Cambridge-London: The Harvard University Press. 1990. pp. 354-356.

³ GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. "Principles and Methods of Law and Economics". Cambridge: Cambridge University Press. 2005. p. 4.

⁴ La civilización babilónica es un claro ejemplo. En el Código de Hammurabi, uno encuentra casi todos los mecanismos de tutela contemporáneos con una clara lógica económica subyacente.

⁵ VON IHERING, Rudolf. "Law as a Means to an End". New Jersey: The Lawbook Exchange. 1999. p. 391. Traducido por Isaac Husik.

función proteger la esfera indicada—, promovía la utilidad social y la eficiencia económica⁶.

Si uno considera que la obra y el pensamiento de Ihering han influido notablemente en la configuración normativa y conceptual del Sistema Romano-Germánico, no veo cómo se pueda negar la presencia del ADN del AED en nuestra tradición. Es verdad que Ihering no era un utilitarista-individualista como Bentham, pero, como indiqué previamente, el AED puede ser empleado para maximizar cualquier concepción política sobre el '*bienestar social*'. En este sentido, como utilitarista-social, Ihering empleaba, sin duda alguna, herramientas propias del AED. En sus escritos, los términos "justicia" y "moral" ceden lugar a los términos "utilidad social" y "eficiencia económica".

D. ESPACIO DE ACTUACIÓN

El sistema legal no es producto del desarrollo autárquico de la '*ciencia jurídica*' (entre otras razones, porque tal cosa no existe). El sistema legal es producto de la lucha constante de fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales que eligen emplear determinado '*meta-lenguaje*' (el '*meta-lenguaje jurídico*') con la finalidad de imponer sus propias agendas y legitimizar sus conquistas⁷. Como quiera que ninguna fuerza es lo suficientemente poderosa como para excluir a las otras, el sistema legal termina adoptando, con distintos matices, las exigencias de cada grupo que pugna por el poder⁸. Por tal razón, el sistema legal no es un cuerpo normativo coherente⁹ ni racional¹⁰ como lo concebían los Pandectistas.

Un ejemplo llamativo de lo que acabo de indicar lo encontramos en la incorporación positiva local de dos figuras absolutamente antagónicas en términos políticos y económicos: el contrato de estabilidad jurídica y el contrato colectivo de trabajo negociado por rama. La

primera figura claramente protege intereses individuales, al someter los acuerdos celebrados entre el Estado y los inversionistas al régimen del Código Civil, a pesar de que dichos acuerdos versan sobre materias de Derecho Público (por ejemplo, impuestos). La segunda figura claramente protege intereses clasistas al obligar a empleadores y trabajadores a negociar por rama de actividad las condiciones laborales mínimas que se incorporarán a los contratos individuales de trabajo. No hace falta ser científico político para darse cuenta de que en materia contractual el sistema legal peruano otorga concesiones brutales a la derecha y a la izquierda. Con tales figuras, la teoría del contrato como mecanismo de autorregulación de la esfera privada es simplemente ilusoria.

Las concesiones que se otorgan las fuerzas en oposición generalmente se plasman en '*estándares*' que buscan limitar los alcances de las '*reglas*' diseñadas, para garantizar actuaciones concretas de los actores sociales favorecidos por el *status quo*. De este modo, la decisión dominante de permitir que el acreedor pueda exigir el cumplimiento de la obligación incluso a través de mecanismos forzados es atemperada con la aceptación del principio según el cual el acreedor no puede abusar de su derecho.

En teoría, los '*estándares*' no generan conflictos internos debido a que "rectamente interpretados" operan en armonía con las '*reglas*'. Esta visión, sin embargo, es irreal. Ante un '*caso difícil*', el '*estándar*' aplicable puede ser entendido e interpretado de distintas formas, de modo que, sin violar los parámetros del sistema legal, es perfectamente posible que el mismo genere soluciones opuestas¹¹. Analicemos un caso concreto: el de la '*buena fe*'.

Históricamente, el empleo de la *bona fides* tuvo como finalidad limitar el alcance de las '*reglas formales*', de modo que los individuos no pudieran ampararse en la letra de tales reglas para lograr resultados que

⁶ VON IHERING, Rudolf. Op. Cit. pp. 391, 394 y 395.

⁷ Por razones históricas y hasta quizás antropológicas, el Derecho tiene (aunque cada vez menos) un sentido legitimizador dentro de la sociedad. A diferencia de lo que ocurría hasta hace no mucho, hoy día las conquistas políticas ya no se gestan mediante el uso de la fuerza (conquista, colonización, guerra externa, revolución, etcétera), sino más bien mediante la manipulación de los sistemas legales. Sobre el rol que el derecho cumple en la canalización de conflictos sociales y en la producción de cambios dentro del marco de reglas aceptado por la sociedad: MINOV, Martha. "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover". En: The Yale Law Journal 96. 1987. p. 1902.

⁸ Incluso la adopción de cortes constitucionales puede ser explicada en función del análisis costo-beneficio que realizan los grupos de poder que pierden espacio social como consecuencia de las luchas políticas. En efecto, la decisión de implementar dichas cortes responde básicamente al propósito de generar un "seguro" que impida (a través de las declaraciones de inconstitucionalidad) a quienes han ganado legitimidad social desmantelar brutalmente el *status quo* gestado por quienes han perdido dicha legitimidad. En este sentido, la renuncia a una cuota de poder (representada por el otorgamiento de potestades extraordinarias a las cortes en cuestión) es percibida como un "costo" que no supera el "beneficio" que significa imponer límites constitucionales a la futura actuación de los rivales políticos que han ganado espacio. Una detallada explicación de esta tesis se encuentra en: HIRSCHL, Ran. "Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism". Cambridge-London: Harvard University Press. 2004. pp. 680 y siguientes.

⁹ KENNEDY, Duncan. "Form and Substance in Private Law Adjudication". En: Harvard Law Review 88. 1976. p. 757.

¹⁰ ROE, Mark J. "Chaos and Evolution in Law and Economics". En: Harvard Law Review 109. 1996. pp. 641-652.

¹¹ Es indicativo que tanto Kelsen como Hart hayan aceptado esta posibilidad. Ver: KELSEN, Hans. "Introduction to the Problems of Legal Theory. A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law". Oxford: The Clarendon Press. New York: Oxford University Press 2002. p. 83. Traducido por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley Paulson; HART, H. L. A. "The Concept of Law". Oxford: The Clarendon Press. New York: Oxford University Press. 1994. p. 136.

comprometieran la "moral social"¹². Con el advenimiento de la sociedad contemporánea (pluralidad de ordenes morales y religiosos, fragmentación cultural, diversidad étnica, etcétera), la *bona fides* perdió su rol original, ya que su referente unitario (la "moral social") dejó de existir. Por tal razón, con el fin de aplicar las normas que recogían la *bona fides*, los juristas europeos reemplazaron el criterio de la "moral social" por el criterio del "propósito" o "función" de las instituciones jurídicas¹³.

Bajo la premisa de que el Derecho debía servir a la afirmación de fines sociales (Ihering, Gény), las cortes de los países europeos comenzaron a dar importancia a las exigencias del entorno económico de sus sociedades¹⁴. De esta manera, el mismo '*estándar*' generó diversos resultados dentro de la misma comunidad de naciones. Así, por ejemplo, en Alemania, la *bona fides* fue extensamente desarrollada por las cortes, de modo que la misma sirvió de fundamento para la imposición judicial de una amplia gama de '*deberes de lealtad*', los mismos que limitaron la libertad de las partes durante todo el *iter* contractual. En Inglaterra, en cambio, la *bona fides* fue tímidamente desarrollada por las cortes (como consecuencia de la entrada en vigencia de la directiva europea sobre protección al consumidor), de modo que la misma no sirvió de fundamento para limitar la amplia libertad que el *Common Law* concedía a las partes durante todo el *iter* contractual¹⁵. ¿Por qué la diferencia? Si se toma en cuenta que la economía alemana tiene su base en el '*modelo de mercado coordinado*', que se caracteriza por la alta importancia que cobran las acciones empresariales consensuadas y por la apuesta a las relaciones (de largo aliento) que permitan fortalecer los vínculos entre los actores de toda la cadena productiva, fácilmente se concluirá que para no corromper el modelo en cuestión, hace sentido imponer a las partes negociantes los denominados '*deberes de lealtad*'¹⁶. En cambio, si se considera que la economía inglesa tiene como base al '*modelo de mercado competitivo*', que se caracteriza por la alta importancia que cobra la competencia entre las empresas y por la apuesta a las relaciones (de corto aliento) que permitan modificar (sin mayores costos) la asignación de los recursos, con el fin de lograr el uso más productivo de los mismos, fácilmente se concluirá que, para no corromper el modelo en cuestión, hace sentido exonerar a las partes negociantes de los deberes antes indicados¹⁷.

La determinación del contenido abstracto del '*estándar*' no agota la tarea que el juez debe enfrentar. En efecto, no es suficiente saber si en el país 'X' la *bona fides* genera o no '*deberes de lealtad*'. Si, por las razones que correspondan, el juez del referido país llega a la conclusión de que, al amparo de la *bona fides*, las partes deben observar tales deberes, acto seguido tendrá que determinar el alcance de los mismos. Y es aquí donde el AED puede jugar un rol preponderante.

En nuestro sistema, por ejemplo, es claro que la *bona fides* obliga a ambas partes a revelar "cierta" información en la etapa de las negociaciones, desde que el Código Civil recoge la figura del '*dolo omisivo*'. Por consiguiente, a nivel abstracto, sabemos que el '*estándar*' funciona como en Alemania. Ahora bien, ¿cómo determinamos el límite del '*deber de informar*'?

Imaginemos que 'A' y 'B' negocian un contrato de compraventa de un terreno, y que 'A' sabe que en el subsuelo existe un pequeño yacimiento minero. Obviamente, si 'B' conociera este dato, no vendería el terreno o lo vendería a un precio mayor. Supongamos que 'A' no revela la información, celebra el contrato con 'B', paga el precio y toma posesión del terreno. ¿Puede 'B' anular el contrato por '*dolo omisivo*' una vez que se entere de la existencia del yacimiento minero? ¿Estaba 'A' obligada a revelar el dato indicado al amparo de la *bona fides*?

Si (a la luz de lo que afirman los tratadistas) el juez considera que la *bona fides* obliga a tomar en cuenta el interés de la otra parte, puede pensar que 'A' debía haber revelado a 'B' la existencia del yacimiento. Pero ¿acaso 'A' no podía tomar en cuenta, antes que el interés de 'B', su propio interés? El sistema legal peruano no resuelve directamente este caso, bastante sencillo, y nos deja solos, frente a dos normas (artículos 212 y 1362 del Código Civil) cuyos límites únicamente pueden ser hallados con el auxilio de la moral o de la economía.

Las concepciones morales no son siempre uniformes, incluso frente a temas tan sensibles como la muerte (pensemos en la distinta aproximación que la moral musulmana y la moral cristiana tienen respecto a las "inmolaciones santas"). No dudo que un juez pueda resolver satisfactoriamente el caso descrito a través del empleo de ciertas consideraciones morales. Sin

¹² TEUBNER, Gunther. "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences". En: The Modern Law Review 61. 1998. p. 23.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ GILKER, Paula. "Pre-Contractual Liability in English and French Law". The Hague-London-New York: Kluwer Law International. 2002. pp. 47-48.

¹⁶ TEUBNER, Gunther. Op. Cit. pp. 25-26.

¹⁷ Ibid. pp. 26-27.

E. LUGAR PARA EL JUICIO MORAL

¿Querer maximizar el '*bienestar social*' es inmoral? La pregunta encierra una trampa. Nadie puede oponerse con argumentos morales sólidos a la maximización del '*bienestar social*'. El problema radica en definir qué es '*bienestar social*'.

Por razones de espacio, aquí sólo indicaré dos cosas. Primero, la mejor forma de obtener la maximización del '*bienestar social*' supone –en términos generales– no imponer límites a la maximización del '*bienestar individual*'. La redistribución de la riqueza, necesaria en un país con pobres, debe efectuarse a través del sistema impositivo, y no a través del sistema contractual o del sistema de titularidades²². Segundo, no todo '*beneficio individual*' puede ser tomado en consideración para efectos de aplicar el método que privilegia la '*eficiencia*'. Un individuo puede gozar lastimando físicamente a otro y estar dispuesto a pagar el '*precio*' que corresponda (indemnización o incluso prisión) con tal de prolongar su '*bienestar*'. Alguien puede pensar que, como el beneficio intangible que recibe el individuo en cuestión es superior al costo de producirlo, el Derecho debería tomarlo en cuenta al momento de determinar cuál es la '*regla*' óptima de cara a la maximización del '*bienestar social*'. Semejante tesis, sin embargo, linda con la estupidez. Ningún sistema legal ni orden social puede ignorar las consideraciones morales de la mayoría de los individuos²³. Hay ciertos '*beneficios*' individuales que, por razones de diversa índole, simplemente no pueden ser tomados en consideración para determinar en qué situación el '*bienestar social*' alcanza su máxima expresión²⁴. ¿Quiere esto decir que hay espacio para la moral en el AED? Desde luego. El AED no sólo acepta que en ciertos casos es más eficiente confiar únicamente en el control moral, sino que también toma en cuenta las preferencias morales a efectos de identificar qué norma o interpretación es superior a otras, desde que el reconocimiento de dichas preferencias incrementa el '*bienestar individual*', que es la unidad básica en función de la cual se mide el '*bienestar social*'.

Nótese, sin embargo, que en el modelo del AED la exclusión de ciertos '*beneficios*' por razones morales,

se basa fundamentalmente en la decisión del legislador de criminalizar tales '*beneficios*' en función de la conciencia dominante en la sociedad.

PRIMERA PARTE DE HENANDO NIETO: ¿NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL PERMITE EL ANÁLISIS ECONÓMICO COMO MÉTODO INTERPRETATIVO?

I. ¿POR QUÉ INTERPRETAR EN EL DERECHO?

En principio, si tratamos de entender el sentido que tiene la interpretación en el Derecho, debemos de pensar como lo proponía el profesor Joseph Raz, es decir, por la pregunta del por qué es necesaria la interpretación en el Derecho. Esta interrogante serviría, a su vez, para lanzar una segunda pregunta referida al cómo interpretar en el Derecho²⁵.

Básicamente, la hipótesis de Raz respecto a la primera pregunta se sustentaba en la naturaleza humana y contingente del Derecho, esto es, que el Derecho moderno es producto de un acto de la voluntad y de la razón humana y, en ese sentido, se trata precisamente de conocer cuál es el fin y propósito de dicha voluntad. La doctrina, por su parte, trataría de prolongar en el tiempo esa intención (en la medida que la vida humana es breve y la autoridad no durará siempre). La segunda pregunta se respondía en términos de que serían los tribunales los que resolverían el problema de "el cómo", actualizando y tomando en cuenta la racionalidad de la decisión (vale decir, que pueda generar consenso entre las personas racionales) y los efectos sociales de la misma.

Así pues, no existen misterios, ni mucho menos, cosas esotéricas en el Derecho; no se trata entonces de encontrarle tres pies al gato, sino de poder reconocer que el sentido del Derecho se sustenta simplemente en el propósito que la autoridad le otorga a su mandato, y cómo es que nosotros, que valorizamos la acción de la autoridad, obedecemos finalmente sus órdenes, estando ellas éticamente justificadas²⁶.

Ciertamente, ésta es una concepción, digamos, liberal del Derecho, la cual calza precisamente con el *telos* del Derecho moderno que identifica, inicialmente, sus fines con el orden, la paz y la seguridad²⁷, y que, más

²² KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. "Fairness Versus Welfare". En: Harvard Law Review 114. 2001. p. 961.

²³ SHAVELL, Steven. "Law Versus Morality". En: "The Origins of Law and Economics. Essays by the Founding Fathers". Editores: Francesco Parisi and Charles K. Rowley. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar. 2005. pp. 416-417.

²⁴ SHAVELL, Steven. "Foundations of the Economics Analysis of the Law". Op. Cit. p. 245.

²⁵ RAZ, Joseph. "¿Por qué interpretar?". México: Isonomía. 5. 1996.

²⁶ Aquí, obviamente nos encontramos con la esencia del Derecho moderno, es decir, el Derecho positivo sobre la base de la necesidad de generar paz y orden, y allí donde no exista éste, no habrá Derecho ni autoridad. Por esta razón, como todos queremos salir de la situación de anomia e inseguridad, estamos obligados a obedecer al soberano. Ver: HOBBS, Thomas. "Leviatán". Existen múltiples ediciones de este clásico libro.

²⁷ Así lo sostienen autores tan representativos para la tradición liberal como Bentham, Kelsen y Hart, y ha sido adherida por la tradición del realismo jurídico, tal como lo afirmaba Llewellyn. Ver: Karl Llewellyn. "The normative, the legal and the law-jobs: the problem of juristic method". Yale Law Journal 49. 1355, 1940.

adelante (una vez que dichos fines han sido satisfechos), se enriquece con el añadido de la búsqueda del bienestar social y la autonomía individual²⁸.

Justamente, este será el paso del llamado Estado de Derecho al Estado de Bienestar, y de éste al ahora denominado Estado Constitucional de Derecho, lo cual implica que los fines del Derecho se han venido incrementando, dando paso a una serie de demandas que tratan de materializar distintos valores que ahora parecen claros en el contexto del Derecho²⁹.

En este sentido, el razonamiento que voy a desarrollar en este breve texto se concreta en una serie de puntos. En primer lugar, voy a mostrar la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho y lo que ha venido desarrollando recientemente la Teoría de la Argumentación Jurídica, a fin de identificar los elementos del Derecho que involucrarían conceptos como los de valores, principios, directrices y reglas, y que son justamente los dos primeros conceptos los que mayor trabajo demandan a la interpretación³⁰. Sin embargo, se reconocerá que la existencia del Estado Constitucional de Derecho es el resultado de un largo proceso, el cual se inició con la presencia de una Autoridad que le dio un propósito a una comunidad, habiéndose identificado siempre dicho propósito con el logro de la felicidad y del bienestar de la comunidad³¹.

Esta referencia servirá, en realidad, para situar concretamente cuál es el lugar que le corresponde a la eficiencia económica y las reglas de la economía neoclásica dentro del escenario del Estado Constitucional de Derecho, y la manera como puede plantearse una interpretación desde esta perspectiva, siempre y cuando no contravenga los valores y principios del orden constitucional que, como veremos luego, se encontrarían por encima de los fines económicos y sociales.

Sin embargo, el otro punto central de la argumentación que propongo estará situado en el análisis de la realidad

política y jurídica del Perú que, desde mi punto de vista, se encuentra muy lejos de la noción de Estado Constitucional de Derecho; es más, hasta podría decirse que ni siquiera el Estado de Derecho ha calado hondo, ya que no se puede sostener la existencia de un equilibrio de poderes³². Es más, allí donde no se puede afirmar la existencia de orden y paz y, lo más importante, donde difícilmente podemos hallar una real "autoridad" en todo el sentido de la palabra, difícilmente podremos enfrentarnos al problema de la interpretación. Mi tesis sencillamente es que, en el Perú, sólo ha habido –hasta hoy– poderes en disputa, pero el poder no puede ser materia de ninguna interpretación racional, sino sólo la voz de la autoridad (el mandato se cumple, no se interpreta), por lo que concluiré sosteniendo que la interpretación, lamentablemente, no es algo que pueda darse en nuestro entorno, ya que vivimos en medio de una ficción en donde el poder aparece maquillado como autoridad y, por lo tanto, nuestras lejanías con el Estado Constitucional de Derecho son demasiado obvias.

II. ESTADO DE DERECHO, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN

De acuerdo con la tradición del positivismo jurídico, el Derecho se concebía en términos de un sistema de reglas impersonales que regulaban las conductas con la finalidad de conservar un orden y una paz sociales. La base del sistema jurídico, en este esquema, descansaba en el principio de "legalidad" y la noción de validez, identificándose finalmente lo constitucional con lo legal.

Sin embargo, no hay que olvidar que este modelo, en realidad, fue fruto de las ideas de la modernidad del siglo XVIII, las cuales impulsaban valores como la libertad y la igualdad, y a través de las cuales se generaron una serie de principios que trataban de optimizar tales valores en el mundo concreto. El desarrollo del sistema capitalista y el crecimiento del Estado para satisfacer las crecientes demandas

²⁸ Precisamente, este es el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, también conocido como Welfare State, y que se aboca a la concreción de los derechos económicos y sociales. Se pasa, entonces, de la existencia de un Estado Protector o Policía a un Estado Asignador o Redistribuidor, como una lógica consecuencia del desarrollo del sistema capitalista y la expansión de los valores democráticos. Al respecto, ver, por ejemplo: FERRAJOLI, Luigi. "El Garantismo y la Filosofía del Derecho". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005; y FISS, Owen. "Libertad de Expresión y Estructura Social". México: Fontamara. 1997.

²⁹ Sobre el Estado Constitucional de Derecho existe hoy una profusa bibliografía, destacándose, por ejemplo: FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Garantías, la ley del más débil". Madrid: Trotta. 1999; ZAGREBELSKI, Gustavo. "El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia". Madrid: Trotta. 1999; PRIETO SANCHÍS, Luis. "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales". Madrid: Trotta. 2003; WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst. "Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia". Madrid: Trotta. 2000.

³⁰ Precisamente, porque la existencia de la autoridad hace que los mandatos no sean vistos como órdenes personales concretas, sino como acciones racionales que se sostienen en determinados valores y principios legitimados socialmente.

³¹ Véase, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución Americana, el cual evidencia la presencia de legisladores (autoridades) que tenían en mente un proyecto de República de hombres libres, iguales y felices, debiendo ese ser el sentido de la interpretación del ordenamiento legal.

³² Por ejemplo, véase el tema de la injerencia del Poder Ejecutivo y el Legislativo en la administración de justicia desde inicios de la República hasta la fecha. Al respecto, se destacan clásicos textos como el de PÁSARA, Luis. "Jueces, justicia y poder en el Perú". Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad. 1982.

sociales³³ obligó a llenar de contenido a esas reglas y a percibir más bien la visión de un Estado activo políticamente, donde se adoptaran decisiones que, mediante de la implementación de medidas económicas y sociales, mejoren las condiciones de vida.

Así, pues, lejos de pensar que el Derecho sólo es un conjunto de *reglas* que sirven para asegurar la paz social y la libertad de los individuos frente a los poderes públicos, ahora veíamos que también se encontraban en el Derecho normas que perseguían claramente fines políticos, económicos y sociales. Pero, había que tener también presente, que dichas normas (conocidas como *directrices* en el lenguaje de la teoría de la argumentación) se elaboraban en función a la existencia previa de *principios*, los cuales, en realidad, eran mandatos de optimización³⁴ que se gestaban a partir de la existencia de *valores*³⁵.

Dichos valores, finalmente, vendrían a constituir la base del orden jurídico, habiendo sido definidos concretamente por la autoridad dentro de un ordenamiento político-jurídico que se afirmaba como un Estado Constitucional de Derecho. De esta manera, al definir al Derecho ya no solamente a partir del "principio" de legalidad sino también a través del denominado principio de "constitucionalidad", se dejaba atrás la validez por la búsqueda de una coherencia –llamémosla externa– (para diferenciarla de la interna, que se asocia con la legalidad y la formalidad) que debería en esencia convenir con el sentido del ordenamiento establecido precisamente por dichos valores; dicho de otra forma, una norma, por más válida que fuese (en el sentido de haber sido elaborada de acuerdo a lo establecido por el mismo ordenamiento legal), debería ser validada por segunda vez en función al sentido del ordenamiento constitucional.

Así es como se entendería entonces la interpretación dentro del Derecho contemporáneo y entre las principales democracias liberales del planeta, las cuales se adhieren plenamente a esta fórmula de los valores y los principios, y le devuelven al Derecho su dimensión filosófica política, pues, en el fondo, se está diciendo que la interpretación de las reglas, directrices y principios debe efectuarse en concordancia con el régimen político de la democracia representativa, es decir, de la base valorativa, y que no es ciertamente una abstracción sino que contempla una serie de

hechos concretos como, por ejemplo, la ciudadanía y la inclusión, la participación, la solidez institucional y el pleno goce de autonomía de los ciudadanos. Esto sería compatible con la idea de una sociedad de bienestar que se sostiene en función al desarrollo del Estado democrático.

Lejos de afirmar un proyecto de vida individualista y egoísta, el Estado Constitucional de Derecho dejaba espacio también para el desarrollo de la vida social, trayendo nuevamente al presente ideas liberales clásicas (como las sostenidas por John Stuart Mill o Alexis de Tocqueville, en el sentido de integrar y amalgamar las libertades individuales con las libertades sociales), con lo que podíamos decir que se producía un retorno a lo político dentro del mundo del Derecho, y que lo político ya no era visto solamente desde una perspectiva negativa, sino también desde una positiva.

Sin embargo, no hay que dejar de mencionar que la lectura del Estado Constitucional de Derecho también podía tener otros sentidos, como aquellos dados por autores influenciados por la filosofía kantiana (Rawls, Dworkin, Nino, Ferrajoli, entre otros) que consideraban fundamentalmente que el Estado Constitucional de Derecho debía entenderse como un Estado que defendía principios, y que estos tenían que identificarse con los derechos subjetivos, léase derechos civiles y políticos en los casos de Rawls o Dworkin, por ejemplo, o derechos económicos y sociales por el lado de Ferrajoli, quien acuña además el término de garantismo para referirse a la idea de que los derechos deben verse como protección a los más débiles (tesis similar a la de Dworkin, dicho sea de paso). Pero, en todas estas interpretaciones se advertía un problema, pues parecía que estos autores confundían a los principios (mandatos de optimización) con los valores y, por ello, los derechos subjetivos tenían un *status* supremo y absoluto; vale decir, que los derechos aparecían como fines en si mismos y no como medios para la realización de los valores (que además de la libertad y la igualdad podrían incluir muchos otros, como, por ejemplo, la felicidad y el bienestar).

Es interesante anotar también que tal distorsión del Estado Constitucional de Derecho (que privilegia a los derechos individuales y los toma como fines en si mismos), procede de una extraña mezcla que se da en el contexto norteamericano, en donde la vieja tradición realista y pragmática del Derecho se asocia con la

³³ Al respecto, se puede revisar la contundente obra de: WEBER, Max. "Economía y Sociedad". México: FCE. 1964.

³⁴ La definición es de Robert Alexy: "Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización". Ver: ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983. p. 86.

³⁵ Según el mismo Robert Alexy, un valor sería un criterio que determina la corrección de algo en relación a ese mismo criterio, siendo entonces un concepto de orden axiológico. Ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. "La Argumentación en el derecho". Lima: Palestra. 2003. p. 259.

especulación y metafísica kantiana, estableciéndose así una omnipotencia de derechos individuales, los cuales podrían derrotar a cualquier regla o mandato que los violentara³⁶. En conclusión, el Estado Constitucional de Derecho, en cualquiera de sus posibilidades, vale decir, la que afirma valores y principios (liberalismo clásico), o la que integra valores y principios (liberalismo contemporáneo de Rawls, Dworkin, etcétera), coloca siempre por debajo a las directrices y a las reglas, por lo que los fines sociales o económicos no serán aceptables si es que atentan directamente contra la esencia del orden constitucional.

III. BREVE REFERENCIA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Partiendo de una vieja tesis de la llamada economía neoclásica, el análisis económico del Derecho (*Law & Economics*, en inglés) afirma que los bienes son siempre escasos, por lo que lo adecuado (léase racional) sería hacer un uso eficiente de los mismos y no desperdiciarlos. En este sentido, el enfoque económico asume la idea de que las reglas de la economía son mejores que cualquier otra regla que se idee para lograr una distribución justa y correcta de los recursos (que deberá ser, a fin de cuentas, la "tarea" del Derecho).

A partir de esta afirmación, se desarrolla entonces una propuesta "distributiva" desde el denominado *mercado* (espacio de intercambio entre sujetos racionales maximizadores, que satisfacen allí sus preferencias, deseos y necesidades), rigiendo entonces sus propias reglas, las cuales se idealizan hasta alcanzar un estado de eficiencia absoluta³⁷, el mismo que podría ser traducido por los seguidores de este enfoque como "estado justo".

Ciertamente, la propuesta del análisis económico se gesta en los intersticios del realismo jurídico norteamericano, corriente que se caracterizó siempre por contextualizar el Derecho (tribunales, decisiones, jueces, intereses) y alejar de éste cualquier resabio especulativo (justicia, derechos, Estado de Derecho), que era más bien la perspectiva del discurso jurídico europeo continental más apegado a la metafísica y a lo ideal.

Desde esta óptica, resulta claro que la tradición del análisis económico del Derecho responde a una lógica opuesta a la del Estado Constitucional de Derecho, en principio por ser cada una de ellas deudoras de perspectivas distintas, la primera realista y la segunda más bien idealista (en particular, la visión del Estado Constitucional de Derecho de raíz liberal contemporánea). Asimismo, se puede apreciar que la tradición del análisis económico radicaliza el concepto de individuo de una forma más contundente que la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho, que matiza este dominio del individuo por una mayor presencia de lo social³⁸.

La fuerza del análisis económico estaría entonces en privilegiar las elecciones personales y, en caso de conflictos entre estas preferencias, pues simplemente se adoptaría la solución que sea considerada más eficiente desde el punto de vista económico, vale decir, aquella que se logra al satisfacerse las preferencias personales, tomando siempre en consideración, por ejemplo, que el valor que le asigna una persona a una preferencia se expresa en el precio que está dispuesto a pagar por ella (Posner), por lo cual, si alguien, por ejemplo, ocasiona un perjuicio o daño a otro y quiere seguir en esta práctica, podría cubrir el costo del daño del afectado y seguir con su actividad. Claro que con una tesis como esta se estaría santificando el poder y la riqueza, ya que con ello lo que se estaría afirmando es que, mientras más dinero y poder poseas, más podrás hacer lo que te VENGA EN GANA pero, al mismo tiempo, cuanto menos dinero tengas, pues menos chance tendrás de satisfacer tus preferencias, por lo que la búsqueda de la riqueza material se convierte prácticamente en una OBLIGACIÓN si no en una obsesión³⁹.

Evidentemente, aquí también –y desde el campo de la filosofía, fundamentalmente– cabe la pregunta entorno a si es que la riqueza⁴⁰ y la eficiencia son conducentes al bienestar, o si es que la sociedad de consumo sería igual a la sociedad de bienestar. Hoy por hoy, más bien, se tiene la certeza de que el crecimiento y el bienestar no van necesariamente por los mismos caminos y que, de esta manera, la eficacia económica no es precisamente el camino para la justicia y la equidad⁴¹.

³⁶ Tesis famosa de Dworkin: el juez, entendido como defensor de los derechos contra cualquier decisión del poder que se haga en función a abstracciones –como el interés general o público– y violente derechos fundamentales. Ver: DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel. 1999.

³⁷ El famoso Óptimo de Pareto: "Un estado de cosas es óptimo en la medida que no exista otro estado que sea preferido de manera unánime".

³⁸ Aunque no de la misma manera que la fórmula liberal clásica, la cual intenta colocar en un mismo nivel al individuo y a la sociedad.

³⁹ Con lo cual, la idea de que el Análisis Económico es simplemente un modelo inofensivo que interpreta la realidad para hacer más eficaz al Derecho pierde fuerza, y más bien tenemos aquí un proyecto que apunta a transformar radicalmente la sociedad y convertirla en una civilización materialista, cuyo objetivo principal estaría dirigido a la acumulación de la riqueza y el consumo.

⁴⁰ Al respecto, se puede revisar el interesante texto de DWORKIN, Ronald. "Is wealth a value?". En: "A Matter of Principle". Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1986.

⁴¹ Al respecto, confrontar los textos de SEN, Amartya: "Sobre Ética y Economía". Madrid: Alianza. 1999; "El derecho a no tener hambre". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. En esta misma línea, DASGUPTA, Partha. "Libertad positiva, mercados y Estado de Bienestar". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

IV. EL CASO PERUANO

De acuerdo a la pregunta lanzada como título a este trabajo, tengo ahora que dar una respuesta clara al respecto. Como ya indiqué, mi tesis parte de la separación contundente entre nuestra realidad y lo que significa el contexto del Estado Constitucional de Derecho. En este sentido y, tratándose del Estado Constitucional de Derecho, es evidente que la interpretación que propone este régimen político calza más bien con fines de carácter sustantivo o cualitativo y no con los propósitos meramente cuantitativos del enfoque económico. Por lo tanto, resulta claro pues que, dentro de este parámetro, la eficacia se subordina a los valores y a los principios constitucionales, y este sería el tenor de la interpretación que elabore cualquier magistrado al aplicar el Derecho dentro de este contexto.

Ahora bien, si pensamos directamente en la realidad peruana y nos situamos en un plano histórico, tendremos que reconocer la influencia de la tradición europea continental en lo que concierne a la teoría legal, primero a través del Derecho natural, luego el Derecho positivo, y ahora recientemente a través de la argumentación jurídica y el Estado Constitucional de Derecho. De esta forma, la influencia del realismo – línea teórica ligada a los enfoques económicos – ha sido más bien periférica, básicamente a partir de los contactos de algunos docentes peruanos con la academia norteamericana⁴², aunque también por las influencias políticas internacionales de los años 90, que permitieron introducir normas constitucionales favorables al enfoque económico del Derecho e inclinaron en algo las tendencias hacia esta perspectiva.

Sin embargo, es evidente que hoy por hoy la frágil doctrina nacional y los constitucionalistas parecen más adherirse a los postulados del Estado Constitucional de Derecho, identificándose con los valores democráticos a través de los cuales se realizaría el proyecto de una sociedad liberal e igualitaria, como lo demuestra, por ejemplo, la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que hace hincapié en este aspecto, y que ha estado haciendo un control sobre las reglas de carácter económico que podrían afectar o vulnerar derechos fundamentales⁴³.

Si nos atenemos al concepto de que la jurisprudencia genera criterios interpretativos (precedentes), entonces

podemos afirmar que ésta, en nuestro caso, se orienta mayoritariamente hacia el lado del Estado Constitucional de Derecho y no hacia el Análisis Económico, aun cuando los criterios de eficiencia puedan ser invocados en muchas sentencias o al momento de elaborar leyes.

Pero el aspecto más relevante de mi lectura es que la realidad peruana dista mucho de ser un espacio adecuado para la interpretación en el Derecho, pues solamente de modo formal somos un Estado de Derecho o un Estado Constitucional de Derecho, según sea el caso y los gustos. Para que esto se de, se requiere la presencia de *autoridades* en el verdadero sentido de la palabra⁴⁴, con propósitos claros y racionales al momento de legislar, y que no sean meros poderes que actúan en función a simples intereses coyunturales y cuyas órdenes distan mucho de generar consensos (y, mucho menos, paz y orden). Si nos atenemos, entonces, a la definición de interpretación que parte del hecho de que se requiere identificar la intención de la autoridad⁴⁵ para poder interpretar y, además, de ser necesaria, la presencia oportuna de la doctrina y la jurisprudencia que respondan también a sólidas bases institucionales, veremos que contamos con un déficit enorme de estos componentes indispensables para esta tarea, dejando la impresión de que el tema de la interpretación es más forma que contenido y, en tal circunstancia, también puede ser difícil el desarrollo de una propuesta argumentativa en el Derecho, que es, dicho sea de paso, la perspectiva que ahora asociamos al Estado Constitucional de Derecho y sus valores.

RESPUESTA DE ESCOBAR A LA PRIMERA PARTE DE HERNANDO NIETO: ANÁLISIS ECONÓMICO Y DERECHO POSITIVO: respuesta al profesor Eduardo Hernando

1. Hace algunos meses, en una conferencia sobre la enseñanza del Derecho en la que participaban como expositores Louis Kaplow (defendiendo el método del análisis económico) y Scott Brewer (defendiendo el método del análisis filosófico), uno de los asistentes le preguntó a este último por qué, siendo doctor en filosofía, enseñaba contratos y teoría probatoria. Brewer, que además de filósofo es abogado, dio una respuesta que hasta ahora retumba en mis oídos. Dijo que para él, filosofía y Derecho estaban indisolublemente unidos por un

⁴² Primero, en la década de los sesenta, con las visitas de docentes de la Pontificia Universidad Católica a la Universidad de Wisconsin y, más recientemente, con los estudios de postgrado de algunos alumnos de la Universidad Católica en importantes universidades de los Estados Unidos.

⁴³ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 0048-2004-PI/TC sobre las regalías mineras.

⁴⁴ Vale decir, de personas que decidan en función al bien de la comunidad y cuyas decisiones están legitimadas por la sociedad.

⁴⁵ En el sentido del texto de RAZ, Joseph. "¿Por qué interpretar?". Op. Cit.

vínculo de “honestidad”. En su opinión, las densas reflexiones sobre el ‘ser’, la ‘sociedad’, el ‘bienestar’, etcétera, carecían de legitimidad si no eran contrastadas con las situaciones concretas que las personas de carne y hueso enfrentaban día a día. Por otro lado, las largas reflexiones sobre las ‘instituciones jurídicas’ también carecían de legitimidad si no eran guiadas por ciertos valores o ideales que encontraban su punto de equilibrio en las esferas más trascendentales de la existencia. El estudio filosófico de casos y problemas reales relacionados con el Derecho contractual y el Derecho probatorio, permitía que sus dos profesiones encontraran la honestidad que él requería para ejercerlas con dignidad.

Confieso que envidio a los alumnos de la Escuela de la Leyes de Harvard por tener a un filósofo como Brewer como profesor.

2. He leído con atención el texto preparado por el profesor Hernando y debo confesar que encuentro en el mismo muchas frases en mayúsculas, pero poca sustancia. En efecto, a pesar de compartir algunas de sus afirmaciones en torno al Derecho y a la política⁴⁶, encuentro que su aproximación al tema planteado es bastante simplista. Así es, tal aproximación se basa en dos premisas: a) el Análisis Económico del Derecho (AED) defiende al neoliberalismo; y, b) el Estado Constitucional de Derecho se basa en valores autosuficientes. Ambas premisas, sin embargo, son falsas⁴⁷.
3. El profesor Hernando conoce de filosofía, pero no de AED, ni de economía. Sus referencias al “Óptimo de Pareto” (que ha sido reemplazado por la fórmula de Kaldor-Hicks) y a Posner (que a pesar de ser una figura mayor, sólo representa una posición dentro del movimiento) son ilustrativas al respecto. Sus conclusiones sobre los efectos que produciría la interpretación normativa a la luz del criterio de la eficiencia confirman su desconocimiento sustancial de la materia.

El AED no permite, como el profesor Hernando lo indica, que los ricos hagan lo que les venga en

gana con los pobres, desde que los conceptos de “recurso” y “utilidad” toman en consideración preferencias materiales (por ejemplo, ingresos por impuestos) e inmateriales (por ejemplo, prestigio). Así, por ejemplo, en un conflicto entre una fábrica contaminadora y un grupo de pobladores, la comparación de costos y beneficios tendría que considerar las ganancias que la fábrica perdería si es que los pobladores prevalecen, así como también el bienestar material (propiedades, oportunidades laborales, etcétera) e inmaterial (acceso a educación, a tradiciones culturales de la zona, a reservas naturales especialmente valiosos, etcétera) que los pobladores perderían si es que la fábrica prevalece. Por tal razón, es perfectamente posible llegar a la conclusión de que, en términos económicos, es más eficiente que la fábrica deje de operar en el lugar.

Por lo demás, insisto en que, dependiendo de la noción de “bienestar social” que se adopte, el AED puede ser empleado hasta por comunistas⁴⁸.

Quizás convenga aquí efectuar un par de aclaraciones sobre el real sentido de la escuela bajo análisis. En primer lugar, el AED no se reduce a la aplicación de formulas matemáticas. En efecto, las fórmulas en cuestión son simplemente mecanismos que tratan de representar de manera más o menos sencilla un cúmulo de ideas complejas. En todo caso, las fórmulas de las que se vale el AED no son más complejas que las “doctas” sentencias que suele emitir el Tribunal Constitucional Español. En segundo lugar, así como la dogmática jurídica admite diversidad de criterios, el AED también admite diversidad de posiciones en torno a la eficiencia. Y es que los abogados no son los únicos que pueden discrepar entre sí; todos los profesionales lo hacen, desde médicos hasta economistas. Por eso, es perfectamente posible encontrar posturas opuestas respecto de un mismo problema. Un caso curioso es, por ejemplo, el de la “lesión”. Alfredo Bullard⁴⁹, siguiendo a cierta doctrina norteamericana, considera que no existen bases económicas para cuestionar los contratos lesivos debido a que el desequilibrio económico

⁴⁶ Comparto la percepción del profesor Hernando acerca de la relación entre Derecho y política, así como su diagnóstico sobre la realidad peruana. No comparto, sin embargo, su actitud frente al problema. El que no tengamos un verdadero Estado de Derecho no puede significar, entre otras cosas, que renunciemos a la tarea de construir una teoría sobre la interpretación de las normas. En todo caso, para ser consecuente con su posición, el profesor Hernando debería rechazar cualquier cátedra en la facultad de Derecho.

⁴⁷ Para romper el mito que equipara al AED con los postulados de la economía neoclásica: JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass y Richard THALER. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. En: Stanford Law Review 50. 1997-1998. pp. 1471-1547.

⁴⁸ El Presidente Evo Morales podría recurrir a la teoría del “incumplimiento eficiente” para justificar sus últimas decisiones con relación a la nacionalización de ciertos recursos naturales. No estoy seguro, sin embargo, que bajo la perspectiva de los números, tales decisiones sean realmente eficientes. En cualquier caso, no hay razón alguna para pensar que gobiernos izquierdistas como el suyo no puedan servirse del método que privilegia la eficiencia.

⁴⁹ BULLARD, Alfredo. “La Parábola del Mal Samaritano. La Lesión en el Derecho de los Contratos”. En: “Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales”. Lima: Palestra Editores. 2003. pp. 277-297.

de los mismos sobre la base de las leyes de la oferta y la demanda. Steven Shavell⁵⁰, sin embargo, considera que sí existen bases económicas para cuestionar dichos contratos, ya que para la sociedad es mucho más barato: a) otorgar a las personas colocadas en situaciones de extrema necesidad un 'seguro legal' (la invalidez contractual) que b) generar incentivos para que las mismas (en su condición de adversas al riesgo) tomen precauciones 'excesivas' destinadas a evitar tales situaciones y efectúen, por tanto, 'inversiones' que terminan convirtiéndose en recursos perdidos. Por consiguiente, tanto los que crean que el AED genera un bloque monolítico de pensamiento, como los que consideran que el AED "revoluciona" los sistemas legales (generando orden racional o caos amoral, según la perspectiva), tienen deudas pendientes con algunos textos sobre la materia⁵¹.

4. En el contexto del Estado Constitucional de Derecho, el AED mantiene intactas todas sus virtudes. En efecto, sea cual sea la forma jurídica adoptada, sea cual sea el sistema legal vigente en una sociedad determinada, los 'valores' tienen que ser observados en la realidad por personas de carne y hueso.

Hasta donde sé, la 'virtud' es algo que el común de los mortales no logra alcanzar en su paso por este mundo. Por lo tanto, es posible anticipar que la consagración positiva de ciertos 'valores' no será suficiente para que la sociedad se desarrolle a la luz de los mismos. En efecto, sea porque los ciudadanos son corrompibles, o porque los ciudadanos no son totalmente aptos para comprender en toda su dimensión el alcance de los principios constitucionales vigentes, lo cierto es que el propio tejido social de las relaciones cotidianas genera una serie de incentivos para no acatar las normas del Estado. Por consiguiente, la desobediencia de la 'filosofía' del ordenamiento legal es algo que no se puede evitar, aunque sí minimizar.

Ante la posibilidad de que los valores del Estado Constitucional de Derecho fracasen debido a que

nadie los aplique en la realidad cotidiana, los legisladores pueden echar mano de la psicología, de la sociología y de la economía, a fin de generar los incentivos necesarios que garanticen la menor cantidad de violaciones posible. El AED precisamente trata de establecer cuál es la forma más eficiente de crear tales incentivos⁵². Por consiguiente, la eficiencia que ese método pretende alcanzar no ignora los 'valores' del sistema; al contrario, los refuerza.

Pero aun si los ciudadanos tuvieran una actitud de adhesión plena a los 'valores' del Estado Constitucional de Derecho, la complejidad de la realidad cotidiana irremediamente generaría conflictos entre los diferentes derechos constitucionales (*derecho a la información versus derecho a la intimidad; derecho a la educación versus derecho a la asociación; etcétera*). En tal caso, ¿cómo tendríamos que resolver coherentemente tales conflictos? El AED ofrece una respuesta. Dudo que el análisis que propone el profesor Hernando ofrezca otra "superior".

El profesor Hernando ha dicho que "... no existen misterios ni mucho menos cosas esotéricas en el Derecho...". Suscribo totalmente sus palabras. Tengo la convicción, sin embargo, de que su aproximación al fenómeno discutido torna al Derecho en algo inasible, incomprensible e impracticable. El misterio y el esoterismo son detalles menores en el cuadro pintado por quien parece desconocer los límites que el razonamiento abstracto y formal presenta frente al dolor y al sufrimiento que jueces y abogados presencian día a día en las cortes.

RESPUESTA DE HERNANDO NIETO A LA PRIMERA PARTE DE ESCOBAR: ¿QUÉ RACIONALIDAD?, ¿QUÉ MORAL?: una respuesta a Freddy Escobar

Realmente, es bastante curioso, por decir lo menos, que se emplee la Teoría Crítica Legal⁵³ para mostrar la irracionalidad de la Teoría Legal Moderna (léase positivismo), permitiendo así la incorporación del

⁵⁰ SHAVELL, Steven. "Foundations of Economic Analysis of Law". Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2004. p. 335.

⁵¹ Para una muestra de la confrontación existente al interior del movimiento: PRIEST, George L. "The Rise of Law and Economics: A Memoir of the Early Times". En: "The Origins of Law and Economics. Essays by the Founding Fathers". Editores: Francesco Parisi y Charles K. Rowley. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar. 2005. pp. 350-377.

⁵² Incluso, dos críticos de la talla de Hanson y Hart reconocen esto. Ver: HANSON, Jon D. y Melissa R. HART. "Law and Economics". En: "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory". Editado por Dennis Paterson. Malden-Oxford- Carlton: Blackwell Publishers. 1999. p. 37.

⁵³ La Crítica Legal es una línea de discurso jurídico que nace del realismo norteamericano y lo radicaliza, teniendo una enorme influencia marxista y de la filosofía deconstructivista y postestructural, destacando, por otro lado, la presencia de una serie de conflictos en la teoría legal moderna, fruto de la naturaleza contradictoria de la misma modernidad. En este sentido, no debemos olvidar que el AED, como lo enfatizaremos luego, es un producto típicamente moderno, por lo que estará también afecto a las mismas contradicciones. Sobre Crítica Legal, se puede revisar, entre otros: HERNANDO NIETO, Eduardo. "Los Estudios de Crítica Legal frente al derecho civil y los contratos". En: "Deconstruyendo la Legalidad: ensayos de teoría legal y teoría política". Lima: PUCP. 2001; PÉREZ LLEDÓ, Juan. "El Movimiento de Critical Legal Studies". Madrid: Tecnos. 1996; KELMAN, Mark. "A Guide to Critical Legal Studies". Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1987.

Análisis Económico del Derecho (AED) como una alternativa de solución a este problema, ignorando claramente que los alcances de la Teoría Crítica Legal llegarían también hasta el mismo Análisis Económico del Derecho, la cual representaría, con mayor razón, el triunfo del poder económico y la avidez por sobre la razón, la moderación y el sentido común⁵⁴.

Así pues, en el texto del profesor Escobar se afirma básicamente que el Derecho positivo no es un cuerpo normativo 'coherente' ni 'autosuficiente', ya que su contenido contradictorio refleja intereses en pugna, y que el AED sería más bien la alternativa "racional" que lograría superar tales conflictos, imponiendo soluciones acordes con la lógica economicista (eficiencia) que, además, y para satisfacción de muchos, no se opondrían a los valores sociales o moral comunitaria. ¡Bendito sea entonces el AED!

En conclusión, abrazar el camino del AED sería actuar en aras del bienestar general, entendido éste como la sumatoria de las satisfacciones personales, claro está, sin saber en realidad muy bien cómo es que las satisfacciones personales de un sujeto "X" tienen que leerse como un incremento de las satisfacciones de toda la colectividad⁵⁵. Afirmaciones como ésta, propia del modelo utilitarista (que se gesta desde fines del siglo XVIII) y convergente con las tesis del individualismo metodológico⁵⁶, que es, en realidad, la base del AED, solamente pueden servir para corroborar algo que también es bastante obvio (aunque en el texto se diga lo contrario), esto es, que el ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO es algo realmente nuevo en el escenario jurídico y que, además, se desarrolla en un contexto específico, como es el que hemos indicado anteriormente, la Norteamérica libertaria del siglo XX.

Es evidente que siempre han existido intereses personales y que éstos han formado parte del mundo del Derecho, pero también es cierto que éstos han estado subordinados a los intereses colectivos, los cuales no eran entendidos como lo hace el utilitarismo –esto es, a través del agregado o sumatoria de intereses individuales–, sino a partir de aquello que pudiese ser bueno para la colectividad en sí misma y que trasciende

las voluntades individuales, ya que se trata de un concepto de orden racional⁵⁷.

El gran peligro de la propuesta utilitarista que aquí defiende el profesor Escobar es que puede llegar a sostener, por ejemplo, que en algunos casos puedan ser las preferencias de las mayorías las que finalmente se asuman como los límites de lo que –siguiendo a la crítica legal– él denomina "estándares", cuando, en realidad, dejar en manos de las mayorías estas funciones podría acarrear no sólo que no se sepa a ciencia cierta por qué razón se toma una decisión, sino que, al final, se pueda estar optando por una salida que perjudica a alguna minoría (claro, como se trata de maximizar bienestar, entonces ello sería legítimo).

Sin embargo, el problema principal que encuentro en el texto del colega es que pasa por alto el tema de la argumentación jurídica, que precisamente sería el mecanismo idóneo para resolver casos difíciles y que nos liberaría de la tiranía de las voluntades individuales o mayoritarias, llevándonos más bien a la plenitud, razonabilidad y equilibrio del proceso deliberativo (cuando éste pueda darse, ciertamente).

La Teoría de la Argumentación y el Neo-constitucionalismo representarían, entonces, las vías más aceptables para resolver lo que, en verdad, puede ser un problema de la legalidad moderna, vale decir, las reglas y sus contradicciones o también, como diría Hart, la "textura abierta" de muchas de ellas, lo cual deberíamos "aclarar" a partir de la interpretación. Pero la interpretación, la selección de la norma apropiada o la demostración de los hechos en disputa son actividades ARGUMENTATIVAS y no podemos pensar que este problema real del Derecho tenga que ser resuelto apelando a las reglas de la economía que, como hemos visto, serían complacientes con las salidas interesadas, supuestamente prácticas y eficientes y, según leo ahora, también "morales".

Ahora bien, para demostrar la validez del AED se toma en cuenta un caso en el que se da la figura del "dolo omisivo", y cómo es que en semejante caso sería racional y moral el aceptar las reglas de la eficiencia social, saltándose las controversias que podrían

⁵⁴ Como ya lo había comentado anteriormente, podemos pensar ideas como las de un representante importante en esta corriente, Richard Posner, quien afirma la tesis de la "maximización de la riqueza", la cual se manifiesta en el hecho de que, si alguien está dispuesto a pagar por un bien, ello sería la expresión del deseo que se tiene por ese bien, impulsando con esta idea la necesidad de acumular riquezas a fin de poder satisfacer siempre nuestros deseos. Evidentemente, qué mayor signo de MODERNIDAD éste, que la búsqueda ilimitada de bienes y satisfacciones personales.

⁵⁵ Como sí, gracias al incremento de la fortuna del Señor Baruch Icher, por ejemplo, se tendría que producir el incremento de bienestar de la población, digamos, de Ayacucho o Huancavelica. Si alguien pudiese demostrarme empíricamente que esto es cierto, entonces cambiaría mi percepción sobre el Análisis Económico del Derecho.

⁵⁶ Perspectiva que asume que la realidad se constituye sobre la base de individuos, y que todo cambio social debe explicarse en términos de modificaciones en las conductas individuales. Su contraparte epistemológica vendría a ser el Holismo.

⁵⁷ Precisamente, desde la filosofía clásica siempre se discutió en torno a aquello que podría ser bueno para la ciudad (Sócrates, Platón, Aristóteles), destacando el valor del régimen político y la ciudad en relación con su contribución al desarrollo de la naturaleza humana.

suscitarse si es que escogemos en su lugar el camino de la discusión moral⁵⁸.

En el citado caso se arguye que, en una compraventa, no sería necesario avisar al vendedor que el bien en venta posee características que lo hacen más valioso (conocidas sólo por el comprador) puesto que, si no se actúa de esta manera, se estaría afectando al bienestar social y, al desincentivarse dicha transacción, se podría desmejorar la riqueza colectiva.

De acuerdo al AED entonces, si el comprador conoce algo que el vendedor ignora, esto es una evidencia de que aquel ha invertido en esa información o alguien lo ha hecho por él, por lo que se presume que esto lo motivó a realizar la transacción, la cual permitirá obtener el máximo provecho del bien e incrementar la riqueza colectiva. Se supone, entonces, que aquel que pueda sacar "mayor provecho" del bien –en nuestro caso el comprador– debería ser su propietario.

En el ejemplo en cuestión, es natural hacerse la pregunta consistente en qué ocurriría si es que, en realidad, el vendedor fuera más inteligente que el comprador y, por ende, pudiera obtener mayores beneficios del bien, siendo por ello mejor que el

comprador le comunique al vendedor acerca del valor adicional del bien. El profesor Escobar reconoce esta posibilidad pero, inmediatamente, la descarta como pura "especulación"; empero, ¿no podría entonces tildarse de especulación el suponer que el comprador obtuvo la información sin incurrir en ningún costo, digamos, por azar? Si de especulación se trata, no pienso que el AED se salve. Por otro lado, el que se tenga que "premiar" al que gastó más en informarse no parece tan justo si pensamos que el vendedor no se informó por negligencia o falta de interés, sino porque no tenía recursos para obtener tal información. En síntesis, si tienes la suerte de ser pobre, entonces estás condenado a ser devorado por los grandes buscadores y poseedores de información, léase los ricos, quienes, de acuerdo al AED, serán quienes mejor exploten el bien y, con eso, nos generarán "involuntariamente" mayor beneficio a todos.

La pregunta final sería ¿por qué si las políticas económicas contemporáneas se rigen por estas reglas hay más malestar social que bienestar? Habría entonces que pedirle al profesor Escobar y a quienes apuestan por esta perspectiva repensar en torno a estas tesis que, aparentando solidez, en su contacto con la realidad se desvanecen.

⁵⁸ Que sería incommensurable, según lo entiende el autor, aun cuando después señale que la moral sí puede ser útil en algunos casos para hacerla compatible con el AED, con lo cual, no sabemos entonces si es que la moral puede o no identificarse y limitarse, o si ésta es o no confiable al final de cuentas.