

EL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO
Orígenes y métodos del
Law & Economics en los EE. UU.

PIERLUIGI CHIASSONI

EL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO

Orígenes y métodos del
Law & Economics en los EE. UU.

Traducción de
FÉLIX MORALES LUNA

2da edición

PALESTRA EUROPA
MADRID – LIMA – 2024

XXX.X XXX	Chiassoni, Pierluigi El análisis económico del Derecho / Pierluigi Chiassoni; 2a ed. – Lima: Palestra Editores; 2024. XXX pp.; 14.5 x 20.5 cm. D.L.: 2024- ISBN: 978-612-325-XXX-X 1. Derechos fundamentales; 2. Antidiscriminación; 3. Tutela; 4. Discriminación; 5. Igualdad de oportunidades.
--------------	---

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO
ORÍGENES Y MÉTODOS DEL LAW & ECONOMICS EN LOS EE. UU.
Pierluigi Chiassoni

Primera edición,
Segunda edición, setiembre 2024

© 2024: PIERLUIGI CHIASSONI
© 2024: PALESTRA EDITORES S. A. C.
Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú
Príncipe de Vergara 33 / 5º IZDA. 28001, Madrid, España
Telf. (+511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com
© De la traducción: Xxxx Xxxx Xxxx

Impresión y encuadernación:
ALEPH IMPRESIONES S. R. L.
Jr. Risso 580, Lince, Lima
Setiembre, 2024

Cuidado de estilo y edición:
MANUEL RIVAS ECHARRI

Diagramación:
ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2024-XXXX

ISBN: 978-612-325-XXX-X

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

CONTENIDO

LA FATAL ELECCIÓN: LOS JURISTAS FRENTE A LOS ENFOQUES IUS-ECONÓMICOS. NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN	11
1. Treinta años después.....	12
2. Una manera de pensar equivocada.....	13
3. Una concepción realista de la doctrina jurídica (el “modelo corbin”)	15
4. La forma monista neoclásica de doctrina ius-económica	17
5. La forma pluralista de doctrina ius-económica	21
6. Los juristas frente a la alternativa entre la forma monista neoclásica y la forma pluralista de doctrina ius-económica.....	31
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	35
I. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	37
1. “Análisis económico del derecho”	37
2. Características del análisis económico del derecho	41
3. Objeto y articulación de la investigación	43
PRIMERA PARTE	
ORÍGENES Y DIFUSIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	
II. ORÍGENES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: EL APORTE DE LOS ECONOMISTAS	47

CONTENIDO

1. Introducción	47
2. El análisis económico del derecho de los economistas	51
3. Aaron Director: la protección de la competencia según la microeconomía neoclásica de Chicago.....	51
4. Ronald Coase: derecho, externalidades negativas y costos contractuales.....	70
5. Armen Alchian: microeconomía de los derechos de propiedad	86
6. Harold Demsetz: economía de los derechos de propiedad y “enfoque nirvana”	95
7. Gordon Tullock: elecciones públicas y lógica económica del derecho.....	99
8. George Stigler: grupos de interés y regulación de la empresa privada	114
9. Aspectos básicos de las investigaciones iuseconómicas de los economistas.....	120

III. ORÍGENES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: EL APOORTE DE LOS JURISTAS.....

1. Guido Calabresi: accidentes y economía de los ilícitos civiles.....	129
2. El análisis económico del derecho: juristas vs. economistas.....	148
3. Análisis económico del derecho “viejo” y “nuevo”	152

IV. DIFUSIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. Circunstancias relevantes para la difusión de los modos de razonar iuseconómicos	155
2. Richard Posner: la economía “positiva” del <i>common law</i>	165
2.1. La polémica contra las investigaciones “normativas” de Calabresi	167
2.2. La polémica contra el conceptualismo.....	173
3. La economía “positiva” del <i>common law</i> : ¿explicación o reinterpretación?	183

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y TEORÍAS ECONÓMICAS

V. EL TEOREMA DE COASE Y OTROS INSTRUMENTOS DE LOS IUSECONOMISTAS

1. Seis orientaciones metodológicas	191
---	-----

CONTENIDO

2. Instrumentos neoclásicos.....	193
3. Teoremas de Coase y economía de los costos de transacción.....	214
3.1. El teorema de Coase: seis versiones auténticas	217
3.2. La economía de los costos de transacción	229
4. Instrumentos neo-institucionalistas y austro-evolucionistas	234
VI. EFICIENCIAS IUSECONÓMICAS.....	241
1. Certeza, riqueza, bienestar.....	241
2. Optimalidad paretiana y superioridad paretiana	243
3. Eficiencia de Kaldor-Hicks.....	249
4. Atribución eficiente de derechos de propiedad a título originario	258
5. Atribución eficiente y protección de derechos individuales	265
6. Eficiencias iuseconómicas y “ <i>technological jurisprudence</i> ”	270

TERCERA PARTE
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y
RAZONAMIENTO JURÍDICO

VII. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: ¿FORMALISMO O REALISMO?.....	277
1. El análisis económico del derecho en la literatura secundaria: cuestiones introductorias y temas de investigación.....	277
2. El análisis económico del derecho y la cultura jurídica americana: “¿formalismo o realismo?”	281
3. Diez posiciones formalistas.....	287
4. Realismo tecnológico vs. realismo intuicionista	292
4.1. Aspectos del realismo tecnológico	293
4.2. Aspectos del realismo intuicionista.....	299
5. Análisis económico del derecho, formalismos, realismos.....	302
6. Razonamiento iuseconómico: Powers vs. United States Postal Service	305
7. Razonamiento iuseconómico y razonamiento formalista: United States vs. Northern Securities Company	311
8. Razonamiento iuseconómico y razonamiento realista intuicionista:	

CONTENIDO

United States vs. Forness315

9. Razonamiento iuseconómico y razonamiento realista tecnológico:
responsabilidad indirecta y administración del riesgo.....321

10. A modo de conclusión326

VIII. CONCLUSIONES329

BIBLIOGRAFÍA.....333

LA FATAL ELECCIÓN: LOS JURISTAS FRENTE A LOS ENFOQUES IUS-ECONÓMICOS

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

«Ogni scienza economica presuppone una politica economica, che ad essa fornisce i presupposti istituzionali: anche l'«economia classica» (che pur sembrava assoluta, ossia fondata sull'eternità della natura umana a prescindere da ogni statuizione legislativa) non è che il quadro delle prevedibili azioni e reazioni nascenti dal presupposto di un «mercato libero» —cioè da quella data situazione giuridica, per un verso di liceità e per altro verso di tutela— e insieme dalle ulteriori eventualità di comportamento, che entro tale ambito si configurino come possibili»
G. Calogero¹

«What is efficient, or passes a cost-benefit test, is not a 'scientific' notion separated from beliefs and attitudes, and always must respond to the question of whom we wish to make richer or poorer»
G. Calabresi²

¹ G. Calogero, *Etica*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1960, p. 306.

² G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse, Syracuse University Press, 1985, p. 69.

1. TREINTA AÑOS DESPUÉS

La presente reimpresión de *El análisis económico del derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE. UU.*, publicado en 2013, aparece más de treinta años después del texto original³.

En 2013, a la excelente traducción por Félix Morales Luna, propuse un escrito introductorio, “Análisis económico del derecho, ciencia jurídica y justicia social”, aquí preservado⁴.

El escrito, hacia el final, al analizar la distinción entre análisis económico del derecho *positivo, normativo y heurístico*, destaca dos formas de análisis ius-económico normativo —el análisis normativo *orientado a la justicia* y el análisis normativo *orientado a la eficiencia*⁵— y resalta que ellas representan una alternativa fundamental para cualquier jurista que considere adoptar un enfoque ius-económico, proponiéndose abordar el estudio doctrinal de un cierto sector de la experiencia jurídica (nacional, internacional o global) utilizando metódicamente herramientas sacadas de teorías económicas⁶.

Diez años después, me parece que vale la pena resaltar, siempre en forma de rápidas consideraciones introductorias, que la adopción por parte de un jurista de un enfoque ius-económico involucra tres elecciones principales.

La primera es la elección, de carácter *ético-normativo*, relativa a los valores prácticos que proteger y realizar. Por ejemplo, en los términos bastante toscos de la alternativa que puse entonces: ¿justicia o eficiencia?

La segunda es la elección, de carácter *metodológico*, relativa a las herramientas económicas que utilizar.

La tercera es la elección, de carácter *meta-jurisprudencial*, relativa a la concepción de la función y tarea de la ciencia jurídica (doctrina jurídica, estudio doctrinal del derecho) que adoptar.

³ P. Chiassoni, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992; tr. cast., *El análisis económico del derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE. UU.*, Lima, Palestra, 2013 (a continuación: *El análisis económico del derecho*).

⁴ “Introducción a la edición castellana. Análisis económico del derecho, ciencia jurídica y justicia social”, *infra*.

⁵ “Introducción a la edición castellana”, *infra*, § 9.2.

⁶ El estudio *doctrinal* de un sector de la experiencia jurídica incluye, típicamente, operaciones tales como: (1) la identificación de la base disposicional, esto es, del discurso de las fuentes relativo al sector; (2) la averiguación de las interpretaciones-producto e integraciones-producto ofrecida por juristas y jueces en el pasado, considerando también los argumentos ofrecidos para justificarlas; (3) la propuesta de novedosas interpretaciones-producto e integraciones-producto, acompañándolas de argumentos adecuados; (4) la propuesta de reducción a sistema de los conjuntos de normas explícitas o implícitas ya formuladas o propuestas, presentándolas como conjuntos coherentes y completos; (5) la propuesta de novedosas definiciones de términos-clave del discurso jurídico.

La primera y la tercera elección establecen el criterio de adecuación práctica para la segunda. La elección metodológica tiene, pues, que ser estimada de dependiente —una dependencia instrumental o pragmática— en relación con la elección ético-normativa y la elección metajurisprudencial. Esto sugiere considerar una cierta manera de pensar, de la que voy a ocuparme ahora, como errónea.

2. UNA MANERA DE PENSAR EQUIVOCADA

Estamos acostumbrados a pensar que los juristas que consideran adoptar un enfoque ius-económico sean como clientes dentro de una ferretería sofisticada. Agentes enfrentados a una elección de carácter exquisitamente metodológico, técnicos eligiendo entre cajas de herramientas alternativas, cada una de las cuales se corresponde a una diferente teoría económica: la microeconomía neoclásica de Chicago (o Chicago-Viena), una cierta cual forma de economía del bienestar, la economía de las elecciones públicas, una cierta cual forma de economía institucional o neoinstitucional, la economía de los costes de transacción, la economía del comportamiento, etc.⁷.

Una manera tal de pensar, sin embargo, es equivocada. Dos errores merecen ser señalados.

En primer lugar, la adopción de un enfoque ius-económico no es, ni puede ser, solo una cuestión de elección metodológica. La elección de una caja de herramientas económicas supone la adhesión a una determinada concepción del estudio doctrinal del derecho (elección metajurisprudencial) y de la manera ideológica o ético-normativamente apropiada de llevarlo a cabo (elección ético-normativa) (*supra*, § 1).

En segundo lugar, tan pronto como nos damos cuenta de que la elección de un enfoque ius-económico no es un asunto de carácter puramente metodológico, tenemos también que darnos cuenta de que las vías alternativas, entre las que los juristas pueden elegir, *no* son *muchas*, como podría pensarse echando una ojeada superficial, sino solamente *dos*.

Mirándolo bien, los juristas se encuentran frente a una elección —una fatal elección— entre estas dos formas básicas de enfoque ius-económico. Mirándolo bien, ellos pueden optar: o bien, por una forma (que llamaré) *monista* (*monoteísta* y, por las razones que veremos, *colaboracionista*); o bien, por una forma (que llamaré) *pluralista* (*politeísta* y, por las razones que veremos, *autonomista*).

El factor determinante para el origen de la forma monista se encuentra dentro de la *cultura económica* norteamericana de los años cincuenta y sesenta. Puede

⁷ Véase, por ejemplo: *infra*, *El análisis económico del derecho*, cap. V; N. Mercurio, S. G. Medema, *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Second Edition, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006; C. R. Sunstein (ed.), *Behavioral Law & Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; E. Zamir, D. Teichman (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

identificarse, más precisamente, en la hegemonía cultural que la teoría marginalista neoclásica de la Escuela de Chicago (o de Chicago-Viena) terminó por conquistar en el debate acerca de la manera (ideológica) teórica y metodológicamente más adecuada de lidiar con los “fallos del mercado”⁸ y abordar los problemas de la apropiada regulación estatal de las actividades económicas⁹.

El factor determinante para el origen de la forma pluralista se encuentra, en cambio, dentro de la *cultura jurídica* norteamericana de los años cincuenta¹⁰. Puede identificarse, más precisamente, en la influencia ejercida por el modelo “realista” o “funcionalista” de estudio doctrinal del derecho. El modelo abogado por los partidarios de la jurisprudencia sociológica, los realistas jurídicos en sentido estricto y sus discípulos, desde finales del siglo XIX (desde los escritos seminales de Oliver Wendell Holmes Jr. en adelante), en oposición al modelo “formalista” centrado sobre las ideas —según los realistas, totalmente equivocadas— de la separación ontológica (“autonomía”) del derecho y de la autosuficiencia epistemológica (“autonomía”) de la ciencia jurídica frente a las ciencias sociales¹¹.

Ahora bien, ¿para qué opción debería tomar partido un jurista? ¿Qué tipo de enfoque ius-económico él tendría que considerar preferible, el monista o el pluralista? A continuación, me propongo sugerir que un jurista, si está preocupado

⁸ Externalidades, bienes públicos, monopolios y otras amenazas para la competencia, carencia de información.

⁹ Sobre las conexiones entre la Escuela de Chicago (en particular, Aaron Director, Henry Simons, George Stigler) y la Escuela de Viena (en particular, Friedrich von Hayek), en tanto que protagonistas del “neoliberalismo” en la cultura económica y política contemporánea, véase Y. Wasserman, *I rivoluzionari marginalisti. Come gli economisti austriaci vinsero la battaglia delle idee*, 2019, Vicenza, Neri Pozza, 2021, cap. 6; D. De Masi, *La felicità negata*, Torino, Einaudi, 2022, pp. 38-79. Sobre su programa de conquista de la hegemonía también sobre el pensamiento jurídico, véase M. D’Eramo, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, Feltrinelli, 2020, cap. 2.

¹⁰ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, New Haven and London, Yale University Press, 2016, cap. I, sugiere adscribir un papel importante para el origen de la forma pluralista (que él denomina “Derecho y economía”, “Law and Economics”) también a la presencia, al interior de la cultura económica de los años treinta-cincuenta, de la teoría institucionalista, brillantemente representada por la obra de Ronald Coase. Me parece, sin embargo, que el institucionalismo económico no sea determinante en sí, por imperialismo cultural triunfante, sino porque representa una postura muy acorde con la orientación del modelo realista o funcionalista de doctrina jurídica.

¹¹ M. White, *Social Thought in America. The Revolt against Formalism*, with a Foreword for 1976, London-Oxford-New York, Oxford University Press, 1976, cap. II y V; G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven-London, Yale University Press, 1977; R. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, en “Harvard Law Review”, 100, 1987, pp. 761-780. Véase también *infra*, *El análisis económico del derecho*, cap. VII.

por la dignidad de su profesión, se tendría que adherir a una forma pluralista de enfoque ius-económico.

Poniéndose en un camino trazado por Guido Calabresi en su libro más reciente, *The Future of Law and Economics*¹², mi argumentación se articulará en cuatro pasos.

El primer paso será dedicado a una rápida exposición de una concepción realista de la ciencia jurídica, tal como puede ser recogida en un escrito de Arthur Linton Corbin (1874-1969), discípulo de Roscoe Pound y profesor en Yale durante casi cuarenta años (*infra*, § 3).

El segundo paso proporcionará una reconstrucción de las ideas centrales de lo que, aquí y ahora, representa la instancia paradigmática de enfoque ius-económico monista: me refiero al enfoque monista neoclásico de Chicago (*infra*, § 4).

El tercer paso ofrecerá una reconstrucción de las ideas centrales de la forma pluralista de doctrina jurídica ius-económica, resaltando su carácter de postura radicalmente alternativa a la forma monista neoclásica (*infra*, § 5).

El cuarto y último paso esbozará algunos argumentos para que un jurista, si preocupado por la dignidad de su profesión, adopte un enfoque ius-económico pluralista y rechace sin más el monismo neoclásico (*infra*, § 6).

3. UNA CONCEPCIÓN REALISTA DE LA DOCTRINA JURÍDICA (EL “MODELO CORBIN”)

El núcleo de la concepción realista de la doctrina jurídica, tal como puede reconstruirse en la “Carta de adiós” que A. L. Corbin escribió a los colegas de la Facultad jurídica de Yale en ocasión de su jubilación, se compone de cuatro ingredientes:

- (1) racionalismo crítico;
- (2) relativismo ético-normativo;
- (3) ideal del jurista como maestro de ciencias sociales inductivas;
- (4) ideal del jurista como elaborador de reglas de vida razonables y operativas¹³.

¹² G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. I. En el libro, Calabresi destaca la forma doctrinal del “derecho y economía” (“Law and Economics”), lo que aquí presento como enfoque ius-económico pluralista, del “análisis económico del derecho” (“Economic Analysis of Law”) estrictamente entendido, lo que aquí presento como enfoque ius-económico monista, abogando por la primera.

¹³ A. L. Corbin, *Farewell Letter of Arthur Corbin to the Yale Law School Faculty*, reproducida en G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 173-176. Según hipotetiza Calabresi, la carta fue escrita en el año 1941 (G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., p. 10). Trata-se, cabe notar, de ideas com-

1. El *racionalismo crítico* es una postura normativa que aboga por el uso de la razón (conceptual, científica, instrumental, inferencial) en el estudio del derecho¹⁴. Se caracteriza por una clara conciencia de los *límites* de la razón —de lo que la razón, la “pequeña pero única lámpara de que disponemos” (Bobbio), puede y no puede hacernos conseguir— y, más en general, de los *límites* de la condición humana. Se opone al *racionalismo acrítico*, a la fe en una razón todopoderosa que, como todas las posturas extremas, se vuelve en una forma de irracionalismo generadora de ilusiones y (auto)engaños¹⁵.
2. El *relativismo ético-normativo* es una postura metaética ontológica de *no-objetivismo* concerniente a los valores, reglas, y principios morales. Se opone al *absolutismo* (objetivismo) *ético-normativo*. Para el relativismo ético-normativo, no existen reglas, principios o valores morales objetivos (“absolutos”), esto es, *evidentemente* dignos de asentimiento práctico e *intrínseca* y *universalmente* vinculantes para cada ser humano. Por el contrario, la justicia, el bienestar, la felicidad dependen de las actitudes, intereses y opciones de los seres humanos. Son —según afirma Corbin— “totalmente relativos y humanos”¹⁶.
3. *El ideal del jurista como maestro de ciencias sociales inductivas*. La aceptación del racionalismo crítico y del relativismo ético-normativo conlleva una cierta manera de entender la tarea del jurista. En tanto que conocedor, expositor y constructor del (de cierto sector del) derecho positivo, el jurista debe actuar de investigador que no quiere ser un “doctor de lo absoluto”, ni tampoco un “ignorante”, un presuntuoso (“*cocksure*”) o un hombre sin escrúpulos, sino un “maestro de ciencias sociales inductivas”. Rechazando las ideas formalistas de la separación ontológica del derecho de las otras esferas de la realidad social y de la autosuficiencia epistemológica de la ciencia jurídica (*supra*, § 2), el jurista debe investigar el derecho entendiéndolo como un fenómeno social complejo, sin hacerse

partidas, en general, por los exponentes del realismo “tecnológico”: véase *infra*, “Introducción a la edición castellana”, § 4.1; *El análisis económico del derecho*, cap. VII, § 4.1.

¹⁴ Destaco y considero estas diferentes formas de racionalidad en P. Chiassoni, *Promoting the Rule of Rationality over Positive Law and Legal Thinking*, in “Annals. Belgrade Law Review”, LXIX, 4, 2021, pp. 785-792; P. Chiassoni, *The Methodology of Analytic Jurisprudence*, in “Analisi e Diritto”, 2, 2021, pp. 9-47.

¹⁵ A. L. Corbin, *Farewell Letter of Arthur Corbin to the Yale Law School Faculty*, cit., pp. 173-174.

¹⁶ A. L. Corbin, *Farewell Letter of Arthur Corbin to the Yale Law School Faculty*, cit., p. 174.

condicionar por preconceptos teóricos, a partir *desde abajo* (según una estrategia *bottom up*), tomando en consideración detalles sobre la base de los cuales solamente debe elaborar tesis cognoscitivas de carácter general y, además, sirviéndose de las perspectivas (de las “gafas”) proporcionadas por la economía, la sociología, la antropología, la psicología social¹⁷.

4. *El ideal del jurista como elaborador de reglas de vida razonables y operativas.* La tarea del jurista que rechaza el rol de “doctor de lo absoluto” no se agota, ni debe agotarse, en operaciones de carácter puramente cognoscitivo. Le incumbe también el papel de elaborar propuestas de reglas de derecho para disciplinar la vida de los ciudadanos (“*rules of life*”), llevando a cabo, de una manera transparente, operaciones de política jurídica. Las reglas propuestas deben satisfacer tres condiciones. Primero, deben ser reglas *operativas*, es decir, deben ser *capaces de funcionar*. Segundo, deben ser pensadas siempre como reglas *provisionales*, es decir, como revisables siempre a la luz de la experiencia. Tercero, deben ser reglas *razonables*, es decir, deben ser el resultado de “una clara y precisa *ponderación de los intereses*”, de entenderse no ya como una simple medición del peso relativo de los intereses en conflicto (ponderación por superación¹⁸), sino como una medición que va acompañada de una reconciliación (ponderación por reconciliación), el todo basándose sobre “un estudio lo más preciso y completo posible de la experiencia humana”¹⁹.

4. LA FORMA MONISTA NEOCLÁSICA DE DOCTRINA IUS-ECONÓMICA

A modo de una reconstrucción sumaria, el núcleo de la forma monista de doctrina ius-económica, en su variante neoclásica, se caracteriza por cinco componentes:

- (1) imperialismo metodológico;
- (2) infalibilidad teórica;
- (3) unidireccionalidad y dirección de ajuste excluyente mundo-a-modelos económicos neoclásicos;
- (4) neutralidad valorativa y descuido para los gustos, valores y posturas irracionales;

¹⁷ A. L. Corbin, *Farewell Letter of Arthur Corbin to the Yale Law School Faculty*, cit., p. 175.

¹⁸ P. Chiassoni, *La balanza inexistente*, en “Analisi e Diritto”, 1, 2019, parte I; Id., *Fragments de una teoría de las antinomias constitucionales para uso de juristas garantistas*, en “Revista Cubana de Derecho”, 100, 2024, pp. 92-128.

¹⁹ A.L. Corbin, *Farewell Letter of Arthur Corbin to the Yale Law School Faculty*, cit., p. 175.

- (5) modelo bifásico de investigación ius-doctrinal²⁰.
1. *Imperialismo metodológico*. La teoría económica neoclásica —modelista, matemática, fundada en la asunción de que los seres humanos sean agentes racionales maximizadores de su utilidad (*homines oeconomici*)— representa el ápice de la cientificidad en el marco de las ciencias sociales. Constituye el único enfoque teórico y metodológico capaz de explicar científicamente la realidad social (los comportamientos interactivos de seres humanos al interior de grupos) y, dentro de ella, la realidad del derecho (los comportamientos de los seres humanos en relación con las normas de un orden jurídico positivo). Por lo tanto, tiene que ser utilizada de una manera (casi) excluyente, so pena de irracionalismo. Sería, pues, contrario a la razón, disponiendo de herramientas de investigación mejores (más refinados), seguir empleando los peores (menos refinados).
 2. *Infalibilidad teórica*. El método de investigación de la teoría económica neoclásica es, en línea de principio, infalible. Solo puede ser modificado por impulso interno, siguiendo a una reflexión metodológica intradisciplinaria. La buena teoría (ius)económica es una teoría de arriba-hacia-abajo (*top-down*).
 3. *Unidireccionalidad y dirección de ajuste excluyente mundo-a-modelos económicos neoclásicos*. Como corolario de 1 y 2, se debe excluir que el contacto con la realidad pueda afectar de alguna manera al método neoclásico de investigación (ius)económica. Se debe rechazar la idea de que los modelos económicos neoclásicos que explican y prevén la conducta de agentes racionales en condiciones de penuria (la típica condición en que se encuentran los seres humanos en relación con sus deseos y aspiraciones), así como los efectos de las reglas jurídicas, tengan que cambiar a la luz de datos aparentemente recalitrantes. La dirección de ajuste científicamente correcta procede no ya de los modelos económicos neoclásicos al mundo —por lo que ellos deberían adaptarse al mundo que pretenden explicar—, sino del mundo a los modelos económicos neoclásicos. Mirándolo bien, *siempre* toda realidad social (y jurídica) puede ser explicada utilizando los modelos neoclásicos y de una manera conforme a las previsiones que ellos suministran. Y si esto no es

²⁰ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. I, pp. 2-5, 6, 10, 12, 15-16.

posible, los fenómenos recalcitrantes deben considerarse desprovistos de relevancia teórica.

4. *Neutralidad valorativa y descuido para los gustos, valores y posturas irracionales.* La teoría económica neoclásica, así como la doctrina ius-económica neoclásica, deben hacer profesión de neutralidad ético-normativa (*Wertfreiheit*) y de apartidismo político. Deben profesar su total incompetencia, en cuanto teorías *científicas*, para juzgar de los gustos y valores presentes en las sociedades humanas, conforme al principio *de gustibus non est disputandum*. Solo deben dedicarse a señalar a las autoridades políticas y jurídicas lo que el eficiente funcionamiento de los mercados requiere; lo que es, o no es, Pareto superior. Sin embargo, es evidente que hay gustos, valores y posturas que son irracionales, equivocados, insensatos o, de toda forma, irrelevantes (como, por ejemplo, aquellos que dan lugar a costes morales)²¹. Por lo tanto, ellos deben quedar afuera de los análisis económicos teóricamente apropiados, positivos o normativos, de la experiencia y de las reglas jurídicas²².

²¹ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 41-48, 131-156; G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, cit., pp. 69-86.

²² Como ejemplos de escritos en que se reputa de “irracionales”, “equivocados” o “sinsentidos” los objetivos y costes diferentes de los estrictamente económicos, y por ende se reputa de “irracional” y en todo caso equivocado todo análisis normativo de las reglas jurídicas que considere objetivos diferentes de la eficiencia, Calabresi (*The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 47-48 y 194 nota 17, 74 y 199 nota 2, 131, 132-136, 215 nota 2, 217 nota 11) indica algunos escritos de Louis Kaplow, Steven Shavell y W. Kip Viscusi (L. Kaplow, S. Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, en “Journal of Legal Studies”, 23, 1994, pp. 667-681; L. Kaplow, S. Shavell, *The Conflict between Fairness and the Pareto Principle*, en “American Law & Economics Review”, 6, 1999; L. Kaplow, S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Mass., London, England, Harvard University Press, 2002 (2006); W. Kip Viscusi, *Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts*, en “Journal of Legal Studies”, 30, 2001, pp. 107-142, en particular a las pp. 111-115), sosteniendo que, actuando así, los partidarios del enfoque monista neoclásico “ignoran la realidad”, actúan como si “lo que muchas personas sienten debería no tener relevancia”, no “toman las utilidades de los individuos como lo son”, e incurrir en una contradicción pragmática, al hacer una aserción sobre los “gustos y valores” que es precisamente “de aquel tipo que los economistas afirman no serle permitido hacer”, en obsequio al principio de neutralidad valorativa (“Preguntarse por si estas posturas [de sufrimiento psíquico, de padecer daños morales en relación con los bienes de interés social, ndr] son ‘correctas’, ‘tienen sentido’ —o, como se hace a veces, ‘son coherentes con el óptimo paretiano’— es involucrarse precisamente en aquel tipo de afirmaciones sobre gustos/valores que la teoría económica dice evitar. Es algo [...] tan desencaminado como sería preguntarse porqué a algunas personas le gusta el caviar y a otras las bananas”). En cambio, según afirma Calabresi: “Si un número suficiente de personas ‘objeta a’ la asignación de estos bienes y males [de interés

5. *Modelo bifásico de investigación ius-doctrinal.* Sobre la base de las ideas que preceden, toda investigación doctrinal genuinamente científica acerca del derecho debe articularse en dos fases.
6. En la primera fase, el analista económico del derecho debe verificar si la realidad jurídica investigada es como ella tendría que ser según la teoría económica neoclásica. Debe verificar, en particular, si las reglas jurídicas exhiben la racionalidad *que tienen que* exhibir, de acuerdo con las previsiones de la teoría neoclásica, en cuanto reglas que se asume maximicen o promuevan la eficiencia, en tanto que maximización de la riqueza.
7. En la segunda fase, si la realidad jurídica se revela no ser así como ella tendría que ser, si las reglas jurídicas se revelan no funcionar para promover la eficiencia (la maximización de la riqueza), el analista ius-económico, haciendo obra de análisis económico normativo, debe indicar los cambios y las revisiones en las reglas existentes que favorezcan tal objetivo.
8. En su conjunto, el imperialismo metodológico, la infalibilidad teórica, la unidireccionalidad económica, la manera de entender la neutralidad valorativa, la tesis de que hay gustos, valores y posturas irracionales, insensatos o de toda forma irrelevantes, y el modelo bifásico sugieren que la forma monista neoclásica de doctrina ius-económica es, más allá de las apariencias, un enfoque intrínsecamente ideológico. Propone —e intenta imponer— la visión (normativa) de un mundo jurídico (y político) ideal: un mundo jurídico (y político) donde se realiza la soberanía absoluta —teórica y práctica— “del mercado”. Toda relación interpersonal, cualquiera que sea su carácter específico, es concebida, pues, como se ha visto, como una relación donde se compra y se vende algo, conforme a los planes utilitarios de los agentes involucrados, entendidos como agentes (idealmente) racionales, sin prestar atención a las diferencias en su respectiva fuerza contractual, a sus costes morales y a los efectos (y costes morales) para terceros de las conductas individuales.

social tales como el servicio militar en una guerra, los órganos trasplantables del cuerpo humano, las contribuciones electorales, etc., ndr] conforme a la prevaleciente distribución de la riqueza y ‘sufre’ si son asignados en tal manera, entonces el coste de aquel sufrimiento tiene que ser tomado en cuenta” (p. 74; véase también pp. 101-103, 114-115, 131-156).

5. LA FORMA PLURALISTA DE DOCTRINA IUS-ECONÓMICA

A modo de una reconstrucción igualmente sumaria, se puede identificar el núcleo de la forma pluralista de doctrina ius-económica como compuesto por ocho elementos:

- (1) anti-imperialismo metodológico;
- (2) falibilidad teórica;
- (3) bidireccionalidad y propensión metódica a la reforma y ampliación de las teorías económicas;
- (4) neutralidad ético-normativa;
- (5) candor ético-normativo;
- (6) institucionalismo y análisis institucional comparativo;
- (7) análisis positivo y normativo de los valores sociales;
- (8) modelo triádico crítico-propositivo de investigación ius-doctrinal²³.

1. *Anti-imperialismo metodológico*. Las teorías económicas pueden ofrecer a los juristas herramientas útiles para comprender, explicar, criticar y reformar la realidad jurídica.

El jurista que disfrute de sus servicios, sin embargo, siempre debe tomar en consideración también datos de (por lo menos) dos otros tipos. Por un lado, las investigaciones de las demás ciencias sociales (sociología, psicología social, antropología). Por el otro, el punto de vista de la cultura jurídica: cómo los operadores del derecho —teóricos (juristas) o prácticos (abogados, funcionarios, jueces)— suelen entender y describir la realidad del derecho.

La doctrina de corte ius-económico —el estudio del derecho positivo realizado utilizando nociones y herramientas proporcionados por teorías económicas— no debe entenderse, pues, como una *alternativa radical* a la doctrina jurídica tradicional. Debe entenderse, más bien, como una forma complementaria de investigación y reflexión crítica sobre el derecho. Como una integración saludable al estudio doctrinal del derecho, así como tradicionalmente llevado a cabo.

2. *Falibilidad teórica*. Los juristas que disfruten de las teorías económicas siempre deben considerarlas falibles. Siempre tienen que estar dispuestos

²³ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. I.

a aceptar que ellas pueden resultar *inadecuadas* para explicar la realidad social jurídicamente relevante o bien la realidad jurídica (el mundo del derecho); que siempre pueden presentarse fenómenos que se revelan recalcitrantes con respecto a los modelos e hipótesis económicos, poniéndolos en tela de juicio.

3. *Bidireccionalidad y propensión metódica a la reforma y ampliación de las teorías económicas.* Frente a los fenómenos recalcitrantes, las descripciones, previsiones y sugerencias suministradas por las teorías económicas deben ser refinadas (“ampliadas y modificadas”)²⁴. La realidad social debe considerarse apta para afectar las teorías económicas que la conciernen.

Por ejemplo, si una descripción económica de un cierto sector de la realidad social jurídicamente relevante fue elaborada tomando en consideración *solo* los costes estrictamente económicos de ciertas actividades (es decir, aquellos susceptibles de una valoración en un mercado real), pero dichas actividades producen también costes “morales” (costes de sufrimiento mental), y en la sociedad se reputa que tales costes sean, y deban ser, relevantes para la conformación y operación de ciertos sectores del derecho positivo, estos costes no deben ocultarse, ni eliminarse de la descripción (ius)económica de la realidad jurídica. Por el contrario, se les debe tener en cuenta como factores en relación con los cuales medir la racionalidad instrumental y la corrección ético-normativa de las normas jurídicas vigentes, y, si es el caso, proponer nuevas²⁵.

De forma que, una teoría económica adecuada “realista, empíricamente fundada, genuinamente científica y por ende útil para el conocimiento, la crítica y la reforma del derecho” debería ser “más amplia” y contemplar, por ejemplo:

- (1) no solo los bienes económicos (los bienes ordinariamente compravendidos en los mercados: los *money goods*, podríamos decir), sino también los bienes de interés social (cuya asignación debería depender no ya del dinero, sino del “mérito”: *merit goods*)²⁶;

²⁴ En estos términos G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 3-4, 6, 10, 12, 16, 21-22, 23, 73-74, 97, 101-103, 114-116.

²⁵ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. IV, pp. 74-75, 88-89, 200 nota 10, 114-116, 132-136.

²⁶ Véase G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. II-III-IV, donde Calabresi expone su propia teoría de los bienes de interés social (“merit goods”), destacando tres clases: (i) los cuya mercantilización es moralmente costosa (por ejemplo, ver “dar

- (2) no solo los gustos y valores correspondientes a la idea (y al ideal) del *homo oeconomicus* (el agente perfectamente “sensato”, “racional”, desprovisto de emociones, que actúa de monada impermeable a las acciones y reacciones de los demás), sino también los gustos y valores propios de las personas de carne y hueso que componen las sociedades humanas, los cuales pueden involucrar también posturas de enojo, indignación, enemistad, resentimiento, y llevar consigo costes (de no-cooperación) que no pueden ser pasados por alto sin más²⁷;
- (3) no solo las externalidades “clásicas” o “típicas” (los efectos dañinos o benéficos de las conductas individuales: piensen, por ejemplo, a la contaminación ambiental y a la vacunación), sino también las externalidades “morales”, basadas por ejemplo en la (altamente) desigual distribución de la riqueza²⁸;
- (4) no solo, por ende, los beneficios y costes económicos (materiales), sino también los beneficios y costes morales, considerándolos en la aplicación de los criterios de superioridad paretiana actual o potencial (Kaldor-Hicks), o bien justificando abierta y honestamente su exclusión²⁹.

un precio” a la vida o a una parte del cuerpo de algún ser humano genera en muchas personas sufrimiento, angustia, indignación) (*pricing-dependent merit goods*); (ii) los cuya asignación sobre la base de una distribución de la riqueza altamente desigualitaria es moralmente costosa (por ejemplo, ver que los ricos, gracias a su dinero, pueden evitar el servicio militar y la muerte en guerra, pueden acceder a las instituciones universitaria más prestigiadas, pueden condicionar los resultados de las elecciones políticas mediante sus contribuciones a las campañas electorales, pueden gozar de servicios sanitarios mejores y de una vida más larga, etc., genera en muchas personas sufrimiento, angustia, indignación) (*wealth distribution-dependent merit goods*); (iii) los que pertenecen simultáneamente a las dos clases precedentes (por ejemplo, ver que los riñones tiene un precio de mercado, y que los pobres son los que habitualmente venden sus riñones a los ricos, genera en muchas personas sufrimiento, angustia, indignación).

²⁷ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 131-156, 215, nota 6.

²⁸ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. IV y VII, 217, nota 12. Sobre las externalidades “clásicas”, véase *infra*, *El análisis económico del derecho*, cap. II, § 4, y V.

²⁹ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. II-III-IV, 119-120, 211, nota 11, 141-147, 217, nota 20, 154-156. La cuestión capital que ponerse, según sostiene Calabresi, es la siguiente: “¿Cuándo es [teóricamente] apropiado ignorar [ciertos] costes y valores elaborando un modelo económico, y cuándo no lo es?” (p. 150). Para una exposición de los criterios de Pareto y de Kaldor-Hicks, véase *infra*, *El análisis económico del derecho*, cap. VI.

Además, siempre a la luz de un cuidadoso análisis de la realidad social e institucional, las teorías económicas, siempre a modo de refinamiento (ampliación y revisión) de su aparato conceptual y teórico:

- (5) tendrían que ser dispuestas a poner en tela de juicio y, si es el caso, modificar sus tesis explicativas, aun las más sagradas³⁰;
- (6) tendrían que considerar la felicidad o utilidad individual como algo que depende típicamente de lo que hacen los demás agentes y de sus concepciones de su propia felicidad o utilidad (interdependencia de las funciones de utilidad personal)³¹;
- (7) tendrían que considerar el altruismo y la beneficencia por los privados, las empresas y el Estado como bienes que los agentes desean tanto por sí mismos (fines), así como medios para alcanzar otros fines, formando parte, a veces una parte muy relevante, de la felicidad individual (de la “función de utilidad” de las personas)³²;
- (8) tendrían que reflexionar sobre cuáles formas institucionales sean las más eficaces en incentivar las diferentes formas de altruismo y beneficencia deseadas (“optimizar” su “producción”)³³;

³⁰ Por ejemplo, la tesis —que representa un pilar de la teoría neoclásica— según la cual la sola forma adecuada de promover la igualdad material pasa no ya por el derecho positivo (estrictamente entendido: derecho civil, derecho penal, derecho constitucional, derecho administrativo), sino por la disciplina fiscal y los impuestos sobre los ingresos. La cual disciplina, sin embargo, tiene (desafortunadamente) un alcance muy limitado, porque hace falta evitar que los impuestos destruyan el saludable incentivo a la maximización y acumulación de la riqueza (G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 77-78, 199, nota 9; véase también pp. 119-125).

³¹ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., p. 22 (donde Calabresi resalta el hecho de la *interdependencia de las utilidades personales*, de que la conducta utilitaria (orientada a la utilidad o felicidad, esto es, a lo que procura placer y evita dolor) de cada persona influye típicamente sobre la utilidad de otras personas, tiene “efectos utilitarios interpersonales”, “*interpersonal utility effects*”, puede producir “costes morales para terceros”, “*third-party moral costs*”), pp. 145-147 (“Los modelos económicos clásicos no tienen en cuenta si tu felicidad al comprar bananas me pone triste o feliz [...] Un Análisis Económico del Derecho que no admite y no incluye en su modelo estos costes [morales] nos dice muy poco de útil acerca de las leyes que analiza en estas áreas [concernientes a los bienes de interés social]”).

³² G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 90-94, 101-103, 114-116, 136-141, lo que involucra rechazar la noción amplia, tautológica, de “auto-interés” (*self-interest*) a favor de una noción estricta, que permite destacar los actos ventajosos exclusiva o principalmente para el mismo agente que los lleva a cabo y los ventajosos también o exclusivamente para terceros (pp. 91 y 205, nota 4).

³³ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 114-115.

- (9) tendrían que considerar que “la regla de responsabilidad” (*liability rule*) no es, ni debe ser, empleada solo como una *herramienta subsidiaria* del mercado (“para hacer lo que el mercado es incapaz de hacer”), sino que puede, y debe, ser empleada también como una *herramienta principal* (“independiente”) para llevar a cabo las decisiones distributivas deseadas por una sociedad ni “puramente libertaria”, ni “puramente colectivista”, sino “social-democrática”³⁴;
- (10) tendrían que considerar que la protección de los derechos individuales (*entitlements*) por medio de una regla de responsabilidad (donde el valor del derecho “transferido” es determinado por la colectividad mediante una decisión judicial) no involucra necesariamente, ni debe involucrar, la imitación del mercado (*market-mimicking*) o el “acercamiento al precio negociado que se obtendría en un mercado libre”, bien pudiendo y debiendo ser determinada la magnitud del daño indemnizable en base a otros criterios y en vista de otros objetivos³⁵;
- (11) tendrían, en general, que considerar que las formas institucionales a utilizar para disciplinar jurídicamente los fenómenos sociales no consisten solo en la alternativa entre el “mercado puro” y el “comando puro”, sino en una amplia variedad de formas modificadas e híbridas³⁶;
- (12) tendrían, en general, que considerar las diferentes formas institucionales, a partir del “mercado puro” y del “comando puro”, no solo como medios, sino también como fines (que muchas personas prefieren “más mercado” o “más Estado”, porque les gusta, porque valoran positivamente tener más mercado o más Estado, independientemente de su eficiencia)³⁷;

³⁴ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 117-118, 121-125, lo que pone en tela de juicio dos pilares del enfoque ius-económico neoclásico: la idea de la (intrínseca) “lógica económica” de la regla de la responsabilidad (y su captura al interior de una ideología libertaria) y la idea de que “las reglas del derecho” (estrictamente entendidas a excluir las reglas tributarias) no son aptas para alcanzar “apropiadamente” fines redistributivos.

³⁵ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 117-120.

³⁶ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., p. 22 (el hecho de la interacción entre estructuras no tradicionales de “semi-mercados” y estructuras no tradicionales descentralizadas de “comando”, y su utilidad para la apropiada distribución “de bienes y males” en muchas áreas; la importancia de un *reconocimiento más matizado* de la relación entre estructuras de mercado y de comando en muchas áreas del derecho).

³⁷ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., p. 22 (el hecho de que muchos bienes y males, y los mismos mercados y estructuras de comando, son, *al*

- (13) tendrían, en general, que considerar que el manejo teórico de los gustos y valores conlleva fatalmente a tomas de posición valorativas³⁸;
- (14) tendrían que elaborar, en fin, a beneficio de legisladores y juristas, análisis de maximización conjunta, sea en relación con ciertos valores sociales (asumidos como) últimos (preferencias sociales “de primer orden” o “fundamentales”), sea en aras de medir la deseabilidad, con relación a la realización de ciertos valores últimos, de promover u obstaculizar ciertos valores o gustos secundarios (“subsidiarios”) socialmente influyentes³⁹.
- (15) En suma, la manera teóricamente correcta y provechosa de entender la dirección de ajuste entre el mundo (social y jurídico) y la teoría (económica) consiste en pensarla como bidireccional. Por un lado, ella tiene que ir de las teorías económicas al mundo social y jurídico. Por el otro, ella tiene que ir del mundo social y jurídico a las teorías económicas. Las teorías económicas sirven para entender (criticar y reformar) el mundo social y jurídico según ciertas hipótesis explicativas. Sin embargo, el mundo social y jurídico constituye un banco de prueba al que las teorías económicas deben prestar atención y adaptarse constantemente⁴⁰.
4. *Neutralidad ético-normativa*. Las doctrinas ius-económicas —en sus partes de carácter genuinamente cognoscitivo— deben estar informadas, en lo posible, por la más rigurosa neutralidad ético-normativa (*Wertfreiheit*). Esta constituye, pues, el ideal cardinal de toda ciencia social y, por ende, de la doctrina en sus componentes científicos.
5. *Candor ético-normativo*. Si por cualquier razón se requieren valoraciones y tomas de posición ético-normativas (*supra*, punto 3, (13)), estas últimas deben ser honestas y cuidadosamente declaradas y justificadas. Se debe abarcar, pues, el ideal del candor ético-normativo que ya formaba

mismo tiempo, medios para alcanzar ciertos fines (algo deseado por las personas), y *fines* deseados por sí mismos, y su importancia teórica).

³⁸ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., p. 22 (la existencia —efectiva e inevitable— de juicios de valor *subyacentes* a muchos análisis económicos).

³⁹ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 22 (la capacidad del análisis económico, bajo asunciones bastante tradicionales en la teoría económica, de orientar en relación con la deseabilidad de una variedad de gustos y valores), 156, 160-161, 165-167, 168-169. Véase también *infra*, punto 8.

⁴⁰ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., p. 6: “El mundo de la experiencia humana tiene —bilateralmente— que ser, *sea el objeto de análisis y críticas* basadas en la teoría, *sea la fuente de correcciones y ampliaciones* en la teoría analizante” (cursivas mías). Véase también las pp. 22, 78-89, 114-116, 126-127.

parte, como hemos visto, del modelo realista de doctrina jurídica (*supra*, § 3, n. 4).

6. *Institucionalismo y análisis institucional comparativo*. El jurista-economista debe, antes que nada, adoptar, como perspectiva económica básica, la de las teorías institucionalistas, rechazando toda forma de teoría económica “de pizarrón”⁴¹. Además, de acuerdo con el principio de neutralidad ético-normativa (*supra*, punto 4), el jurista-economista debe abstenerse de tener preferencias institucionales preestablecidas. No debe pensar, en particular, que el mercado sea, por lo menos en línea de principio, la forma de regulación de la interacción social *bonne à tout faire*. El ius-economista siempre debe asumir, por el contrario, que diferentes formas institucionales pueden ser adecuadas en relación con diferentes objetivos de política social: del mercado “puro” hasta el Estado “puro” (la “autoridad-pura” o “jerarquía-pura”: “*pure command*”), pasando por formas atenuadas (de cuasi-mercado y cuasi-autoridad) y por combinaciones de las dos formas puras⁴². La propuesta de una forma institucional a preferencia de otra, en relación con un determinado problema a resolver, deberá ser, por lo tanto, el resultado de una valoración comparativa de las ventajas (beneficios) y desventajas (costes) de cada una de las diversas formas institucionales consideradas⁴³.
7. *Análisis positivo y normativo de los valores sociales*. El postulado de neutralidad ético-normativa (*supra*, n. 4) y el postulado del candor (*supra*,

⁴¹ Es precisamente esta la principal crítica metodológica que Ronald Coase, economista de corte institucionalista discípulo de Arnold Plant, mueve a A. C. Pigou en relación con su manera abstracta, sin atención para la realidad, de abordar el problema de las externalidades negativas (R. Coase, *The Problem of Social Cost*, en “*Journal of Law and Economics*”, 3, 1960 (1961), pp. 1-44. Sobre este punto, véase *infra*, *El análisis económico del derecho*, cap. II, § 4.

⁴² *Supra*, punto 3, (11). Véase también G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 48-89, 94-98, donde se destacan las formas del mercado puro (asignación en base al dinero), del cuasi-mercado o mercado modificado (p. e., asignación por donación o por medio de un mercado incentivado por subsidios o ventajas fiscales), de la autoridad-pura (asignación inmotivada en base al poder), de la cuasi-autoridad (“quasi-command”) o autoridad modificada (“modified command”) (p. e., asignación motivada en base al poder, por ejemplo “en base al mérito individual”), distinguiendo además entre variantes descentralizadas o centralizadas, públicas o privadas de comando-autoridad-jerarquía; G. Calabresi, P. Bobbitt, *Tragic Choices*, New York, W. W. Norton & Co., 1978, donde, al abordar el problema de las elecciones trágicas, desarrollan un análisis institucional comparado de “cuatro métodos de asignación pura” (el “mercado puro”, el “método político responsable”, el “sorteo”, el “método consuetudinario o evolutivo”) y de algunas posibles revisiones y combinaciones.

⁴³ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 75-77.

n. 5) no prohíben en absoluto a los ius-economistas ocuparse de los valores sociales. Por el contrario, solo requieren que ellos mantengan cuidadosamente separadas las operaciones de investigación científica, que son (y deben ser) neutrales desde un punto de vista ético-normativo, y las operaciones de política del derecho (utilizando una expresión de Kelsen, Ross y otros realistas) que, en cambio, son (y no pueden sino ser) axiológicamente comprometidas. Y, además, que ellos declaren expresamente cuando una operación implica una toma de posición a favor de algún conjunto de valores prácticos.

En consideración de esto, los ius-economistas deben lidiar con los valores sociales realizando dos formas distintas, pero complementarias, de investigación: el análisis *positivo* y el análisis *normativo*.

Al realizar el *análisis positivo de los valores sociales*, el ius-economista debe actuar de *observador externo crítico*, cumpliendo cuatro tareas:

- (a) *reconocer* los valores que, en un momento determinado, la “sociedad” percibe como dignos de realización (por ejemplo, “más (cosas benéficas) es mejor que menos”, “hacer la tarta más grande”, realizar cierta política igualitaria de redistribución de la riqueza, garantizar cierta proporción en las desigualdades sociales, garantizar el máximo alcance para la creatividad individual en vista de hacer la tarta más grande, etc.);
- (b) *detectar* su escala jerárquica o de prioridad axiológica, destacando los valores considerados “fundamentales” de los que, por el contrario, son considerados “subsidiarios”;
- (c) *evaluar* las políticas legislativas propuestas desde sus probables efectos sobre los valores fundamentales;
- (d) *proponer* estrategias regulatorias que permitan, en lo posible, la “maximización conjunta de los valores fundamentales” involucrados⁴⁴.

Al realizar el *análisis normativo de los valores*, en cambio, el ius-economista debe actuar de *participante-experto en la sociedad*. Debe promover la crítica y la revisión de los valores sociales, aun animándose a proponer valores diferentes o

⁴⁴ En estos términos G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 160-169; véase también G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, cit., pp. 87-117. Véase también *supra*, punto 3, (14).

formas diferentes de entender los valores existentes, e identificar los medios (las normas e instituciones jurídicas) previsiblemente más adecuados para realizarlos⁴⁵.

8. *Modelo triádico crítico-propositivo de investigación ius-doctrinal*. Conforme a la forma pluralista de doctrina ius-económica, una investigación doctrinal puede considerarse útil si, y solo si, realiza una o más de estas tres tareas:

- (1) el control de adecuación y (eventualmente) la crítica de la doctrina jurídica tradicional (no ius-económica);
- (2) el control de adecuación y (eventualmente) la crítica de la teoría económica estándar;
- (3) el control de adecuación del derecho vigente y (eventualmente) la formulación de propuestas de reforma.

Control de adecuación y crítica de la doctrina tradicional. El ius-economista debe verificar, con la ayuda de la teoría económica “estándar” (la teoría económica corriente, por ejemplo, cierta combinación de economía del bienestar y microeconomía neoclásica), si los juristas, al adoptar un enfoque no económico, cometieron errores en la “descripción” de una cierta “realidad jurídica”.

En aras de llevar a cabo esta primera tarea, el ius-economista debe, en particular:

- (a) *reconstruir* el análisis doctrinal tradicional de una cierta realidad jurídica (su “descripción de la realidad jurídica”);
- (b) *elaborar* un análisis ius-económico estándar de la misma realidad jurídica;
- (c) *comparar* los dos análisis en aras de ver si, y en qué medida, ellos coinciden o discrepan;
- (d) *proponer* el rechazo del análisis doctrinal tradicional, si el análisis ius-económico se sea revelado más fino (más articulado, más sugerente).

Por ejemplo, esta tarea fue llevada a cabo por Guido Calabresi y Douglas Melamed en relación con la disciplina jurídica de la contaminación ambiental⁴⁶. Según la

⁴⁵ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 169-172. Los economistas y juristas-economistas tendrían, según sostiene Calabresi, que razonar así: “Si la sociedad se preocupa por [los valores fundamentales] *A, B, C, D, y E*—y nosotros pensamos que debería hacerlo— entonces los valores subsidiarios *F, G, H, I, K, L, y M* llevarían a la más elevada maximización conjunta de estos valores fundamentales. Y estimamos que las leyes y las estructuras jurídicas *X, Y, y Z* llevarían las personas a realizar los valores subsidiarios ahora mencionados, y serían por lo tanto deseables” (pp. 169-170).

⁴⁶ G. Calabresi, D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, en “Harvard Law Review”, 85, 1972, pp. 1089-1123.

doctrina tradicional, como sabemos, era posible elegir entre *tres* (y *solo tres*) maneras alternativas de regular el fenómeno: atribuyendo (a la planta) un derecho de contaminar protegido por una regla de propiedad; atribuyendo (al vecino) un derecho de no ser contaminado protegido por una regla de propiedad; atribuyendo (al vecino) un derecho de no ser contaminado protegido por una regla de responsabilidad. Sin embargo, disfrutando del postulado económico estándar de agencia racional, Calabresi y Melamed identificaron una *cuarta y novedosa* posibilidad: atribuir (a la planta) un derecho de contaminar protegido por una regla de responsabilidad. Y así pusieron en tela de juicio el análisis tradicional⁴⁷.

Control de adecuación y crítica de la teoría económica estándar. El ius-economista debe verificar también si los análisis de un problema jurídico realizados con la ayuda de la teoría económica estándar sean, o no, adecuados en relación con los valores sociales involucrados.

En aras de llevar a cabo esta segunda tarea, el ius-economista debe:

- (a) *reconstruir* el análisis ius-económico estándar de un cierto problema;
- (b) *verificar* si la solución ius-económica ofrecida sea, o no, satisfactoria desde las exigencias sociales;
- (c) *verificar* si la inadecuación del análisis ius-económico estándar dependa de un déficit conceptual, o sea de la maldad o inadecuación de las herramientas empleadas; y
- (d) en lo afirmativo, *proponer* una revisión de las herramientas ius-económicas.

Por ejemplo, en relación con el problema de la indemnización apropiada para los daños a las personas, el análisis ius-económico estándar sugiere considerar los agentes como maximizadores racionales de beneficios susceptibles de una valoración económica (de mercado real). Sin embargo, los individuos actúan también de maximizadores de sus beneficios “morales” (p. e. de sus gratificaciones psíquicas) y de minimizadores de sus costes “morales” (p. e. de sus sufrimientos mentales). Esta típica orientación de las personas representa un poderoso factor motivador de las conductas individuales. Merece, entonces, ser considerado relevante por el derecho. Por lo tanto, la noción de agente racional del enfoque ius-económico estándar debe ser sustituida por una noción diferente, más amplia y más adherente a la realidad⁴⁸.

Control de adecuación y crítica del derecho vigente. Por último, con la ayuda del análisis de los valores sociales (*supra*, n. 7) y de un enfoque ius-económico no

⁴⁷ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 3-4, 20, 35-36.

⁴⁸ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 47-48.

necesariamente desplomado sobre la teoría económica estándar, el ius-economista debe verificar si el derecho vigente, en cada sector, sea instrumentalmente (y, por ende, racionalmente) adecuado a los valores sociales (en sí o revisados) que debería servir. Considerando metódicamente, como se ha visto (*supra*, punto 3, (1), (4)), no solo los valores y bienes económicos (que tienen un valor de compraventa en el mercado), sino también los valores y bienes no económicos (como, antes que nada, los *merit goods* o bienes de interés social)⁴⁹. No solo los costes y beneficios materiales (económicos), sino también los costes y beneficios morales⁵⁰.

6. LOS JURISTAS FRENTE A LA ALTERNATIVA ENTRE LA FORMA MONISTA NEOCLÁSICA Y LA FORMA PLURALISTA DE DOCTRINA IUS-ECONÓMICA

Volvemos al problema inicial: frente a la alternativa entre una forma monista (neoclásica) y una forma pluralista de doctrina ius-económica, ¿qué camino debería elegir un jurista interesado por adoptar un enfoque ius-económico?

Una respuesta parece evidente. Si el jurista está preocupado por la dignidad de su profesión, él tendría que optar por la forma pluralista.

La forma monista neoclásica, por su imperialismo metodológico, infalibilidad teórica, unidireccionalidad y pseudo-neutralidad axiológica, asigna a los juristas el papel sombrío de servidores de una teoría dogmática e ideológicamente comprometida con el ideal de la soberanía del mercado (*supra*, § 4 en fin). Propone un modelo de doctrina jurídica que podríamos llamar *el modelo de la servidumbre* o *modelo colaboracionista*. Se caracteriza por promover la sujeción ideológica, teórica y metodológica del estudio doctrinal del derecho frente a la teoría económica neoclásica, aunque en la forma de un colaboracionismo entusiasta, calentado por “el fuego de la verdad”⁵¹. Se caracteriza, en otros términos, por reducir las operaciones de los juristas a herramientas de una ideología económica fundamentalista, a dóciles instrumentos para garantizar el triunfo del neoliberalismo en toda parte de los sistemas jurídicos positivos⁵².

⁴⁹ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., cap. II, III y IV.

⁵⁰ G. Calabresi, *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, cit., pp. 47-48, 131-156; Id., *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, cit., pp. 69-86.

⁵¹ E. W. Kitch (ed.), *The Fire of Truth: A Remembrance of law and economics at Chicago, 1932-1970*, en F. Parisi, C. K. Rowley (eds.), *The Origins of Law and Economics. Essays by the Founding Fathers*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, Edward Elgar, 2005, pp. 53-131.

⁵² Sobre la existencia de una estrategia de dominio cultural (y político), generosamente financiada por entidades económicas enemigas de la democracia y del estado del bienestar (si no del estado sin más), en nombre de un neo feudalismo económico-financiero, véase, por ejemplo, M. D'Eramo, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, cit., cap. 3; Q. Slobodian, *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Mass., London, England, Harvard Uni-

En cambio, la forma pluralista de doctrina ius-económica, en tanto que heredera del modelo realista de doctrina jurídica (*supra*, § 3), propone a los juristas una forma de doctrina jurídica usuaria de teorías económicas que se caracteriza por seis propiedades notables:

- (1) *Anti-imperialismo metodológico*: ninguna ciencia social, ningún método de investigación de los fenómenos sociales, puede considerarse por encima de críticas y refinamientos continuos;
- (2) *Pluralismo en las perspectivas científicas*: el conocimiento del derecho y el diseño de reformas jurídicas deben ser el resultado de una combinación de aportes de diferentes ciencias sociales coordinados por los juristas, en tanto que científicos del derecho positivo;
- (3) *Reivindicación de la igual dignidad científica y profesional de los juristas frente a los economistas*: rechazando toda forma de sumisión cultural, los juristas deben reivindicar su dignidad de técnicos de la normación jurídica y mantener el dominio sobre la sabiduría jurídica, ampliando sus conocimientos y capacidad operativa con la ayuda, entre otras, de las teorías económicas;
- (4) *Orientación hacia la justicia*: rechazando el monoteísmo ideológico de los ius-economistas neoliberales (idoltras del falso y mentiroso dios “mercado libre”), los juristas deben poner su actividad al servicio de la *justicia*, entendiéndola como el conjunto de los objetivos social y moralmente valiosos que caracterizan a las democracias constitucionales, liberales y sociales contemporáneas, y encuentran su núcleo en el ideal de la mayor posible libertad individual combinada con la mayor posible igualdad en relación con la distribución de la riqueza⁵³;

versity Press, 2018; Id., *Crack-Up Capitalism. Market Radicals and the Dream of a World Without Democracy*, London, Penguin Books, 2024.

⁵³ La orientación hacia el ideal de justicia propio de las democracias liberal-sociales (o social-liberales), sea dicho de paso, puede justificarse también desde la perspectiva de cierto utilitarismo. Piense-se en el *utilitarismo* (que podríamos llamar) *garantista* abogado por John Stuart Mill en su célebre ensayo de 1861 (J. S. Mill, *Utilitarianism*, 1861 (1870), en J. S. Mill and J. Bentham, *Utilitarianism and Other Essays*, Edited by A. Ryan, London, Penguin Books, 2004, pp. 272-338). No parece un disparate caracterizar al utilitarismo de Mill de *garantista*, porque se presenta no solo como *utilitarismo de las reglas* (que rechaza el «absurdo» utilitarismo del acto: pp. 295-297), sino también como *utilitarismo de los derechos jurídicos y morales individuales*; como utilitarismo respetuoso de la *igual dignidad moral* (jurídica y política) de cada ser humano; como utilitarismo que, en aras de promover la utilidad o felicidad general —es decir, la más grande felicidad de todo y cada ser humano al interior de una sociedad—, requiere que las instituciones jurídicas y sociales promuevan el desarrollo y el ejercicio de las facultades mentales más elevadas (“*higher*

- (5) *Candor*: los juristas deben llevar a cabo sus operaciones relativas al conocimiento, a la crítica y a la reforma del derecho positivo con honestidad intelectual, manifestando y justificando sus elecciones ético-normativas, allí donde sea necesario tomar posición;
- (6) *Razonabilidad de la política del derecho*: los juristas deben, en fin, elaborar propuestas de reforma del derecho vigente que sean el fruto de una reconciliación viable de los valores constitucionales fundamentales, allí donde las relaciones jerárquicas axiológicas incorporadas en la constitución no lo prohíban.

En suma, la forma pluralista de doctrina ius-económica propone a los juristas un modelo de estudio doctrinal del derecho que es respetuoso de su dignidad de agentes morales autónomos, responsables para las propuestas de política jurídica que formulen, donde el empleo de nociones y herramientas sacadas de teorías económicas (diferentes, según lo requieran las circunstancias) debe acompañarse programáticamente por el empleo de nociones y herramientas sacadas de otras disciplinas y ciencias sociales, yendo más allá de la teoría económica de vez en cuando dominante (sea ella neoclásica, estándar, o de otra forma).

Según la forma monista neoclásica, la doctrina jurídica está puesta al servicio de la teoría económica o, mejor dicho, al servicio de la teoría neoclásica y de la ideología neo-liberista de la soberanía absoluta del mercado inescindiblemente vinculada con ella.

Según la forma pluralista, por el contrario, la teoría económica o, más bien, las diferentes teorías económicas están todas puestas al servicio de la doctrina jurídica, de sus operaciones de conocimiento del derecho vigente, así como de sus operaciones —conscientes, responsables y transparentes— de política jurídica *de iure condito* y *de iure condendo*.

faculties”) para cada individuo, cual que sea su condición personal y social original, ofreciéndole niveles adecuados de instrucción, la garantía contra la pobreza, la garantía de la salud (pp. 283, 303). Sobre J. S. Mill cual defensor de los valores liberal-sociales (o social-liberales) y precursor del liberal-socialismo, véase, p. e., N. Bobbio, *Tradizione ed eredità del liberalsocialismo* (1994), en C. Rosselli, *Socialismo liberale, Introduzione e saggi critici di Norberto Bobbio. Nuova edizione*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 151-154. Análogamente, en el Prefacio (“John Stuart Mill (1806-1873)”) de C. Rodríguez Braun a J. S. Mill, *Liberalismo y socialismo* (Madrid, Ediciones Pirámide, 1996), se lee: “[J. S. Mill] defendió unas opiniones políticas que lo separan de los economistas clásicos, puesto que fue el único de ellos que estuvo claramente inclinado hacia la izquierda. De hecho, el socialismo moderado de la época actual, la socialdemocracia, deriva más de Stuart Mill que de Karl Marx” (p. 5). Véase también la “Introducción” de D. Negro Pavón (en particular, las pp. 160-165, “Del liberalismo social y de la socialdemocracia”) en J. S. Mill, *Sobre la libertad. Capítulos sobre el socialismo y otros escritos*, Barcelona, Orbis, 1985.

Por estas razones, como dije al comienzo, cabe hablar de una fatal, fundamental, elección entre *dos* posturas alternativas (*supra*, § 2).

Durante los siglos, los juristas han perseguido el ideal de la cientificidad de la jurisprudencia⁵⁴. La forma pluralista de doctrina ius-económica, tras las huellas del realismo jurídico tecnológico⁵⁵, parece indicarles la senda hacia la tierra prometida de una ciencia jurídica que, sin renunciar a sus funciones tradicionales de política del derecho y, más aún, en el pleno y responsable desempeño de estas, puede ser al mismo tiempo genuinamente científica y socialmente valiosa.

⁵⁴ N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950, en Id., *Saggi sulla scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 1-31.

⁵⁵ Véase *infra*: “Introducción a la edición castellana”, § 4.1; *El análisis económico del derecho*, cap. VII, § 4.1.