

# ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y UTILITARISMO. CONCORDANCIAS Y DIVERGENCIAS

PEDRO MERCADO PACHECO  
*Universidad de Granada*

## ABSTRACT

The bulk of the article is devoted to an analysis of the relations between the *Law and Economics* movement and utilitarianism. Among the most severe critics of the economic approach to law are those who attack it as a version of utilitarianism in contemporary legal theory, but R. Posner, the leading scholar in this movement, rejects this classification.

Posner defends the «wealth maximization» principle as a criterion of justice by pointing out its alleged advantage as an ethical theory over classical utilitarianism. The goal of Posner's theory of «justice as economic efficiency» is to disengage the economic analysis of law from utilitarianism by demonstrating that the economic approach is innocent in some significant ways of the particular charges which he levels against utilitarianism.

This article shows that Posner's proposal is flawed by arguing that economic analysis of law is utilitarian in two central tenets: the human action theory—the self-interestedness of human motivation—and the consequentialist character of economic theory of law.

However, the article attempts to illustrate that there are differences between the economic analysis of law and classical utilitarianism, exemplified by Bentham's theory of law, related with the conception of «legal rules as incentives» and the directive force of mandates.

Finally, the «natural» and «artificial» harmony of interests theories are introduced to explain those differences and to illustrate the «sacralization» of market's solutions in Posner's version of the economic analysis of law.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un conocimiento, al menos a nivel general, de lo que es el Análisis Económico del Derecho (en

adelante AED). Como tal identificamos una corriente teórica surgida en los Estados Unidos y que tiene como característica definitoria la aplicación de las categorías, los instrumentos y el método de la ciencia económica en la explicación y evaluación de las instituciones del sistema jurídico.

El origen del AED se remonta a los años sesenta con la publicación de dos trabajos uno de R. Coase<sup>1</sup> sobre el problema del coste social y otro de G. Calabresi<sup>2</sup> sobre el derecho de la responsabilidad civil en los que ya estaban indicadas las principales ideas sobre las que después se desarrollaría el AED. Sin embargo, es a partir de la publicación de la obra de R. Posner, *Economic Analysis of Law* en 1973<sup>3</sup> y del debate teórico que surge en torno a él, cuando el AED adquiere carta de naturaleza como una corriente teórica institucionalizada en el panorama de la teoría jurídica contemporánea americana y europea<sup>4</sup>.

La novedad con la que se presentaba dicho movimiento era la de constituir un estudio interdisciplinar del derecho que tenía como base la aplicación de las categorías e instrumentos de la teoría microeconómica neoclásica en general y de una de sus ramas más desarrolladas en nuestro siglo en particular –la Economía del Bienestar– en la explicación del sistema jurídi-

<sup>1</sup> R. COASE, «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 y ss.

<sup>2</sup> G. CALABRESI, «Some thoughts on Risk Distribution and the law of Torts», *Yale Law Journal*, vol. 68 (1981), pp. 499 y ss.

<sup>3</sup> R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, New York, 1973. Existe una tercera edición de la obra publicada en 1986.

<sup>4</sup> En lo que respecta a España, la recepción de las ideas del AED ha sido reciente; en un primer periodo fueron artículos de presentación general del AED, en especial hay que destacar el trabajo pionero y excelente de Cándido PAZ-ÁRES, «La economía Política como jurisprudencia racional», *Anuario de Derecho Civil*, 2 (1981), así como los trabajos de Santos PASTOR, «Una introducción al Análisis Económico del Derecho» en *Hacienda Pública Española*, núm. 89 (1984), p. 137-157 y del mismo autor su monografía *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989; para una panorámica de conjunto puede ser de utilidad el trabajo de Juan TORRES LÓPEZ, *El Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid 1987 y G. RREBUFFA «El análisis económico del derecho» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25 (1985), p. 101 y ss. Una evaluación de este movimiento desde el ámbito de la filosofía jurídica puede verse en Paloma DURÁN LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992 y en mi propio trabajo, P. MERCADO PACHECO, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. También en el ámbito de la filosofía jurídica son de destacar los trabajos de A. CALSAMIGLIA, «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, núm. 4 (1987), pp. 267 y ss. y «Justicia eficiencia y Derecho», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (1988), pp. 305 y ss.

co. Sin embargo, la peculiaridad del AED respecto a los anteriores intentos de combinar derecho y economía en la historia del pensamiento jurídico consiste en constituir el derecho en objeto de estudio desde el punto de vista económico. Ello implica, en primer lugar, que en el AED la teoría económica no solo aporta una información técnica o un instrumental que permita cuantificar y evaluar los efectos económicos de las normas jurídicas, sino que la misma interpretación y evaluación de las normas se realiza desde los presupuestos de dicha teoría y, en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas es una racionalidad de tipo económico lo que produce una reformulación del sistema jurídico acorde con dicho modelo de racionalidad. Esta reformulación del derecho puede ser ilustrada con las dos aportaciones más conocidas y divulgadas de este movimiento, la teoría positiva y la teoría normativa del derecho.

Sintetizando bastante, lo más característico del AED como *teoría positiva* ha sido el de desarrollar en paralelo al análisis de los efectos económicos de las normas jurídicas el estudio del sistema jurídico en su conjunto desde un punto de vista económico. Asumiendo esta perspectiva, R. Posner ha avanzado la hipótesis de la eficiencia del *common law*, es decir, la hipótesis de que el *common law* o derecho de base judicial promueve la eficiencia económica, que las normas e instituciones del derecho privado patrimonial (propiedad, contratos y responsabilidad) son de hecho eficientes en el sentido económico. La lógica del mercado y la lógica del derecho son idénticas, una «mano invisible» recorre las decisiones de los jueces en el proceso de toma de decisiones induciendo a éstos a adoptar las decisiones congruentes con la lógica de la eficiencia económica: «la hipótesis no es que el *common law* duplique o pueda duplicar los resultados de los mercados competitivos, sino que, dentro de los límites de viabilidad administrativa, el derecho conduce al sistema económico a conseguir los resultados que la competencia efectiva —un mercado en el que no existan externalidades relevantes, monopolios o problemas de información— produciría»<sup>5</sup>.

La tarea de la teoría positiva es, desde este punto de vista, verificar la hipótesis mediante el estudio de las normas y decisiones judiciales. El resultado de ese trabajo de verificación, es la afirmación de Posner de que

«el *common law* exhibe una unidad profunda, el derecho de contratos, el derecho de responsabilidad y el derecho de

<sup>5</sup> R. POSNER, «Some Uses and Abuses of Economics in Law», *The University of Chicago Law Review*, vol. 46 (1979), p. 289.

familia, son diferencias principalmente de vocabulario, detalle y de temáticas específicas más que de método o de objetivos. El método del *common law* es asignar responsabilidades entre los individuos involucrados en actividades económicas interrelacionadas de manera que se maximice el valor total de dichas actividades»<sup>6</sup>.

Por otro lado, como *teoría normativa* del derecho, el gran interrogante al que intenta dar respuesta el AED es si el sistema jurídico debe ser eficiente, o lo que es lo mismo, si la eficiencia económica es un valor que fundamente y justifique las decisiones jurídicas. En este punto es donde existen mayores diferencias dentro del AED y en el que aparecen diversas tendencias claramente diferenciadas: mientras la tendencia de la escuela de Chicago, con Posner a la cabeza, afirma que el juez no sólo debe de adoptar la decisión eficiente sino que además debe de adoptar ese principio maximizador con exclusión de cualquier otro fin, la eficiencia económica es considerada un adecuado criterio de justicia; por el contrario, la tendencia liberal-reformista, liderada por Calabresi, rechaza la consideración de la eficiencia económica como único criterio normativo para la decisión jurídica y afirma la necesidad de completar el análisis eficientista con otros valores que integren un concepto más amplio de justicia en el que tengan cabida la equidad o la justicia distributiva<sup>7</sup>.

Así caracterizado, el AED fue pronto un movimiento «etiquetado». En sus propuestas de interpretar económicamente el

<sup>6</sup> Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of law, op. cit.*, p. 180. Esta teoría hace transparente la preferencia otorgada, por parte de determinados practicantes del AED, a los mecanismos jurídicos tradicionales del *Common law* sobre la regulación pública o estatal en la consecución de la eficiencia económica. El *common law* es eficiente porque, en cierto sentido, lo único que puede realizar es la eficiencia entendida como maximización de la riqueza: «Los tribunales pueden hacer muy poco en la distribución de la riqueza de una sociedad, por ello sería mucho más sensato que se concentrasen en lo que pueden hacer realmente, es decir, maximizar el tamaño del pastel económico y dejar el problema de repartirlo en las manos de los legisladores que tienen mayores poderes de imposición y de gasto». (Vid. R. POSNER, «Wealth Maximization and Judicial Decision-Making», *International Review of Law and Economics*, vol. 4 (1984), p. 131-132. Esta postura explícitamente sugiere que el principio de eficiencia es un principio o valor técnico o neutral respecto a cualquier conflicto y que el derecho privado tradicional y las decisiones de los jueces son irrelevantes respecto al problema distributivo: «el *common law* es, en su mayor parte, distributivamente neutral» (Vid. R. POSNER, *Economic Analysis of Law, op. cit.*, p. 241). Ambas presunciones caracterizan el trabajo de la corriente mayoritaria, liberada por Posner y ligada a Chicado. El trabajo de verificación de esta teoría del derecho basada en la hipótesis de su eficiencia, llevado a cabo por estos juristas-economistas, es el blanco de todas las críticas que se le han dirigido al AED.

<sup>7</sup> Vid. P MERCADO, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica, op. cit.*, cap. I.

derecho y de prescribir que el sistema jurídico deberá tener como fin exclusivo la eficiencia económica se detectaba la mano bien visible de los economistas de la Escuela de Chicago, La «etiqueta» de «conservador», fue pronto una idea extendida entre los juristas europeos, aunque se considerara que en dicho movimiento había autores e ideas que se desmarcaban de esta tendencia, como Guido Calabresi y sus seguidores. Al mismo tiempo, el AED era considerado como una más de las manifestaciones de la filosofía utilitarista en el análisis y evaluación del derecho, un etiqueta que abarcaba a todas las tesis y tendencias del movimiento del AED. En efecto, esta es la opinión tanto de autores como H. L. A. Hart<sup>8</sup> o R. Dworkin<sup>9</sup> que adoptan una perspectiva crítica y distanciada del AED, como de la mayoría de los autores europeos que se han acercado a una valoración de conjunto de dicho movimiento<sup>10</sup>.

La influencia del pensamiento utilitarista en el AED parece en una primera lectura nítida: de un lado, incluso por los mismos practicantes del AED se reconce a Bentham y a su teoría utilitarista del derecho como antecedente en el tiempo de este análisis económico del derecho; de otro lado, si el AED se define como la aplicación de la ciencia económica en la explicación y evaluación del sistema jurídico a nadie se le escapa la conocida influencia que el pensamiento utilitarista ha tenido en el proceso de formación y desarrollo de la ciencia económica. En apariencia, bastaría con estos argumentos para poner punto final a un trabajo sobre las relaciones entre utilitarismo y AED.

Sin embargo, la nitidez de la identificación del AED con la filosofía utilitarista empieza a emborronarse y a hacerse problemática cuando Posner, el representante más significativo de la corriente mayoritaria del AED, renuncia explícitamente en varios de sus trabajos a la etiqueta de utilitarista para el AED. El objetivo de esas páginas es intentar ilustrar lo que une y separa la teoría del derecho utilitarista de la teoría económica del derecho tal y como es entendida por el AED.

<sup>8</sup> Vid. H. L. HART, «American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, vol. 11 (1977), núm. 5, p. 987.

<sup>9</sup> «la parte normativa de la teoría de Bentham ha sido muy depurada mediante el uso del análisis económico del derecho en la teoría jurídica», vid. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 34.

<sup>10</sup> Vid. G. RREBUFFA, «El análisis económico del derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1989, p. 176; vid. también P. DURÁN LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada, 1992 y J. TORRES LÓPEZ, *El Análisis económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987.

Este trabajo comparativo tomará como términos de la comparación, de un lado, la teoría económica del derecho de Posner por ser el más claro exponente de la corriente mayoritaria del AED, de otro, la teoría utilitarista clásica de Bentham por ser este tipo de utilitarismo del que precisamente quiere destacarse Posner.

Sin más dilación, empecemos por las convergencias entre AED y utilitarismo.

## 2. LA RENUNCIA DE POSNER AL UTILITARISMO. DIVERGENCIAS APARENTES Y FUNDAMENTO UTILITARISTA DEL AED

En un artículo de 1979<sup>11</sup>, Posner critica a Hart por haberle atribuido erróneamente la idea de que el utilitarismo sería la fuente de inspiración del AED. Su objetivo es demostrar que la eficiencia económica entendida como maximización de la riqueza es una base más firme que el principio de utilidad sobre la que construir una teoría normativa del derecho. Más firme, en tanto que permite superar las dos lagunas principales que, según Posner, afectan a la teoría utilitarista: en primer lugar, la indefinición del principio de utilidad clásico debido a la ausencia de un método empírico para identificar, medir y comparar la utilidad y, en segundo lugar, la «monstruosidad moral»<sup>12</sup> del utilitarismo en lo que respecta tanto a su «incapacidad para hacer distinciones entre tipos de placer» como a su «disposición a sacrificar al individuo en el altar de la necesidad social». Veamos como Posner trata de superar dichas críticas.

Según Posner, el principio de utilidad en la formulación de Bentham juzga el valor moral de una acción o de una ley por sus efectos en la promoción de la felicidad agregada de todos los miembros de una comunidad. En esta formulación, el concepto de utilidad remite a una concepción hedonista, psicológica, de la utilidad en tanto que ésta se mide en términos de placer y de dolor. La noción de utilidad, entendida en estos términos psicológicos, aboca irremediabilmente a plantearse el problema clásico de la filosofía utilitarista de la medición de la utilidad y de cómo realizar comparaciones interpersonales de utilidad.

<sup>11</sup> Vid. R. POSNER, «Utilitarianism. Economics and Legal Theory, *Journal of Legal Studies*, vol. 8 (1979), pp. 103-140, Recogido posteriormente en el volumen *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1983.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 116.

La noción de «maximización de la riqueza», afirma Posner, vendría a salvar el escollo de esta inconmensurabilidad de la utilidad puesto que la justicia o moralidad de las instituciones sociales y jurídicas se juzga por su capacidad de aumentar la riqueza de la sociedad medida en términos monetarios. La «riqueza» se distingue de la «felicidad» y de la «utilidad» porque viene definida como el «valor en dólares o equivalentes de todo aquello que existe en la sociedad» y se mide «con la ayuda de lo que los individuos están dispuestos a pagar por cualquier cosa, o si poseen ya alguna cosa, con la ayuda de lo que piden en dinero por renunciar a ella»<sup>13</sup>. El óptimo social en un sistema basado en la maximización de la riqueza se alcanzará cuando los recursos estén en manos de quién más los valore.

Lo que se defiende no es la maximización de la suma de las utilidades individuales —ese óptimo social que resultaría, según Bentham, de la suma de los «placeres y de las penas» que entraña toda acción o decisión— sino tan solo la maximización del conjunto de las satisfacciones individuales que tienen un valor real en cuanto se expresan a través de una voluntad concreta de pago:

«sólo tienen valor, y sólo son susceptibles, por ello, de intervenir en la definición de aquello cuya maximización se puede lograr, aquellas satisfacciones personales, y solamente aquellas, que están en alguna medida apoyadas por una voluntad y capacidad reales de pago y que, por ello, son susceptibles, de manera explícita o implícita, de ser objeto de un intercambio monetario en el mercado»<sup>14</sup>.

La relación entre maximización de la riqueza y mercado es el punto crucial en la teoría de Posner para argumentar su superioridad sobre el principio de utilidad. ¿Por qué? Porque Posner, y esta es la clave de toda su argumentación, extiende el ámbito del mercado a lo que él llama «mercados implícitos» y «mercados hipotéticos»<sup>15</sup>.

Es posible hablar de «mercados implícitos» (por ejemplo el «mercado de matrimonios» o el mercado de la educación de los niños, o el mercado de la salud, etc...) porque, según Posner, también en la esfera de los fenómenos no mercantiles existen intercambios voluntarios de bienes y servicios que pueden ser monetizables en relación a los bienes y servicios alternativos que pueden ser comprados y vendidos en un mercado actual o explícito.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 120.

Por otro lado, la idea de «mercados hipotéticos» hace referencia a las situaciones en las que el mercado no puede funcionar porque existen costes de transacción que hacen imposible su funcionamiento. En estas situaciones el derecho debe adoptar la misma solución a la que se hubiese llegado en un intercambio voluntario entre las partes afectadas, es decir, asignando el derecho o recurso de que se trate a la parte que más lo valore, la solución del mercado si éste hubiese podido funcionar sin obstáculos.

La «superioridad» del principio de maximización de la riqueza sobre el principio de utilidad estriba en que mediante esta extensión del fenómeno mercantil a ámbitos, en principio, ajenos a los tradicionales, Posner pretende otorgar al principio de maximización de la riqueza un largo alcance: en el cálculo maximizador sólo cuentan las preferencias monetarias que se registran en el mercado, pero la concepción del mercado es tal que todo fenómeno humano puede ser traducido en términos monetarios. En última instancia el presupuesto último sobre el que descansa la formulación de Posner es que toda preferencia ética puede ser monetizable, que toda acción, bien o recurso tiene un coste, un precio<sup>16</sup> y puede ser intercambiado en el mercado —actual, implícito o hipotético— con el objetivo de maximizar la riqueza. En definitiva, detrás de este «imperialismo económico» aparece el principio de mercantilización universal.

<sup>16</sup> En este sentido, el AED puede ser visto como un aspecto más del fenómeno conocido como «imperialismo económico» que tiene en el economista G. Becker su principal representante y que asume como punto de partida que los teoremas fundamentales de la economía son aplicables directamente a fenómenos y realidades considerados convencionalmente como no económicos. En este fenómeno de expansión, categorías como «mercados implícitos», o «precios sombra» permiten la traducción en términos económicos de bienes y fenómenos no mercantiles o patrimoniales. El concepto de coste de oportunidad de los economistas, al hacer referencia a los costes del uso alternativo de los recursos, permite asignar a toda acción humana un coste, un precio que permite hacerlo ingresar en la lógica del cálculo maximizador. Las palabras de Becker son elocuentes al respecto: «Es claro que el enfoque económico no queda restringido a los bienes y necesidades materiales, ni tampoco al sector de mercado. Los precios, sean precios monetarios o precios 'sombra' imputados de un sector que funciona al margen del mercado, miden el coste de oportunidad de la utilización de recursos escasos, y el enfoque económico predice que, ante variaciones de los precios 'sombra' se producirá el mismo tipo de respuesta que ante variaciones de los precios monetarios» (vid. G. BECKER, «El enfoque económico del comportamiento humano», *Información Comercial Española*, enero 1980, p. 16). El carácter patrimonial o pecunario de los bienes deja de ser una característica que identifica o defina el objeto de la ciencia económica. Si toda acción humana entraña un coste —el valor de las acciones alternativas que se han dejado de realizar para llevar a cabo dicha actividad— no hay aspecto de la conducta humana que escape a la lógica económica.

Por otro lado, al reducir las preferencias que entran en el cálculo maximizador a las preferencias que puedan ser registradas en el mercado, esto es, a las que se sustentan en una capacidad y voluntad real de pago, Posner entiende que se salva el escollo de la teoría utilitarista clásica de no hacer distinciones entre tipos de preferencias. En este sentido, asumir dicho criterio para Posner implica que las preferencias del ladrón o del violador no son tenidas en cuenta en el cálculo maximizador a menos que no sean sostenidas por una voluntad real de pago. Pero al mismo tiempo esta reducción de las preferencias afecta a aquellos que no tienen los recursos necesarios para satisfacer sus preferencias con una oferta en el mercado. En este sentido, el criterio de maximización de la riqueza no toma en cuenta el problema de la igualdad, es decir, el problema de la asignación inicial y de la distribución de los recursos en una sociedad, lo que aboca a la teoría de Posner a una circularidad (sólo pueden entrar en el cálculo maximizador las preferencias de aquellos que ya tienen una capacidad de pago, y sólo puede ser maximizado el valor de aquellas preferencias) privilegiando al rico sobre el necesitado, al productor sobre el consumidor<sup>17</sup>.

Por último, argumenta Posner, un sistema basado en la maximización de la riqueza es un sistema que incrementa la libertad individual y el respeto por los derechos de los individuos de una manera más adecuada que el utilitarismo que es propenso a sacrificar la libertad individual en favor de la utilidad social. El argumento, de nuevo, es el de la reducción de las preferencias a las preferencias registradas en el mercado. Para Posner, los participantes en un intercambio mercantil da su consentimiento implícito a los resultados de todas las transacciones del mercado siempre que no exista fraude o coacción. Toda transacción que maximiza la riqueza en el mercado es por definición voluntaria. Dicha transacción no se realiza a menos que los participantes en ella den su consentimiento. De esta manera la maximización de la riqueza tiene, a diferencia del principio de utilidad, un fundamento consensual. Este fun-

<sup>17</sup> En este punto es claro que Posner se aleja de uno de los principios del utilitarismo clásico en tanto que para éste en el cálculo de la utilidad «each person count as one and no more than one». Sobre el principio de igualdad en el utilitarismo clásico vid. M. ESCAMILLA, «Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 153-192. Vid. también sobre la preferencia de la teoría posneriana hacia los productores sobre los consumidores el trabajo de E. C. Bhaker, «The Ideology of Economic Analysis of Law», *Philosophie and Public Affaires*, vol. 5 (1975), pp. 1 y ss.

damento consensual<sup>18</sup> es el que garantiza que en un sistema basado en la maximización de la riqueza la autonomía individual y los derechos inherentes a ella queden salvaguardados sin que sea posible su sacrificio en aras de la maximización de la utilidad social. Sin embargo, hay que añadir seguidamente que los derechos que el AED considera que no deben sacrificarse en aras de la consecución de la utilidad social y que configuran el ámbito de la autonomía personal son aquellos que forman parte de un sistema de mercado libre de propiedades privadas, en otras palabras, el respeto por los derechos que procura la maximización de la riqueza implica sólo el respeto por los derechos que son intrínsecos al capitalismo<sup>19</sup>. Pero incluso en la consideración de esta clase de derechos no deja de percibirse en la teoría de Posner —y en AED en general— la postura escéptica del utilitarismo en la consideración de la prioridad de los derechos frente a la consecución de cualquier objetivo social. En efecto, a la hora de diseñar una estructura de derechos eficiente en el sentido económico Posner afirma que los derechos considerados como absolutos, como fines en sí mismos pueden dar lugar a situaciones ineficientes cuando el mercado no puede funcionar en condiciones de competencia perfecta por la existencia de costes de transacción que hacen imposible el acuerdo voluntario —lo que ocurre en la mayoría de las situaciones reales—. En estos casos, la maximización de la riqueza no se conseguirá a menos que el juez o el legislador ponga el derecho controvertido en manos de aquel que más lo valore. La razón que alega Posner explícitamente para justificar la transferencia «forzosa» de derechos en aras de la maximización de la riqueza es que «los derechos no son trascendentales o fines en sí mismos»<sup>20</sup>.

Hasta aquí los argumentos de Posner, pero ¿basta con esta argumentación de la superioridad del principio de maximización de la riqueza para desterrar del AED la etiqueta de utilitarista? La respuesta a esta cuestión sería, creo, negativa por dos razones fundamentales:

<sup>18</sup> Este fundamento consensual de la maximización de la riqueza es avanzado por Posner en su trabajo, «The Ethical and Political Basis of Wealth Maximization», *Hofstra Law Review*, vol. 8 (1980) y ahora recogido en R. POSNER, *The Economics of Justice*, op. cit., cap. 4.

<sup>19</sup> Vid. T. CAMPBELL, «Justice as Efficiency: Posner and Criminal Justice», capítulo 5 del libro de mismo autor, *Justice. Issues in Political Theory*, Macmillan, London, 1988, p. 140.

<sup>20</sup> Vid. R. POSNER, *The Economics of Justice*, op. cit., p. 71. Para un análisis y evaluación de la teoría de los derechos sustentada por el AED, vid. Pedro MERCADO, *El análisis económico del derecho...*, op. cit., pp. 151-154.

En primer lugar, porque los argumentos utilizados por Posner para demostrar que el AED no es una teoría utilitaria son completamente parciales y reduccionistas. Posner, al igual que Bentham, cuando habla de utilidad concibe ésta como una noción cardinal. Mientras que, el concepto de utilidad al que recurre el utilitarismo moderno y la nueva economía del Bienestar es una noción ordinal que permite únicamente clasificar las preferencias individuales. Las críticas de Posner no se dirigen más que a un tipo de utilitarismo, a la concepción cardinal y hedonista de la utilidad de Bentham, aún cuando su intención es la de distanciarse del utilitarismo en su conjunto.

Y en segundo lugar, porque la única diferencia con el utilitarismo ordinal o preferencial es que detrás del principio de maximización de la riqueza, tal y como es expuesto por Posner, se esconde una visión utilitaria aún más estrecha y reducida. En efecto, mientras que el utilitarismo ordinal y la teoría económica del Bienestar tienen en cuenta diversas preferencias, la teoría normativa —o, según los propios términos Posner, la «teoría ética»— del AED «se fundamenta exclusivamente sobre una preferencia, el deseo de riqueza»<sup>21</sup>. No contento con reducir, como hace el utilitarismo, las instituciones y reglas jurídicas a su valor instrumental en relación a ciertos fines, Posner reduce el orden de los fines a la riqueza. La riqueza, considerada habitualmente como un medio para conseguir fines, se convierte en el fin mismo de todo proceso de maximización.

En uno de sus últimos trabajos<sup>22</sup> y ante las críticas que se habían lanzado a su teoría de justicia como maximización de la riqueza, Posner desvela con claridad meridiana las razones de su preferencia por la maximización de la riqueza como criterio de decisión en el ámbito ético y jurídico:

«Ya que la utilidad es más difícil de medir que la riqueza, un sistema basado en la maximización de la riqueza puede ser considerado un apoderado de un sistema utilitarista, pero es algo más; su espíritu es diferente; la maximización de la riqueza es una ética de la productividad y de la cooperación social, mientras el utilitarismo es una ética hedonística y social. Y una ética de la productividad y de la cooperación es más congruente con los valores de los grupos dominantes en nuestra sociedad que una ética utilitarista pura»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> *Ibidem.*, p. 122.

<sup>22</sup> Vid. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge Mas., 1990.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 390.

En última instancia el argumento en favor de la eficiencia se convierte en Posner en un argumento exclusivamente pragmático:

«el argumento más fuerte en favor de la maximización de la riqueza no es moral sino pragmático. Si echamos una mirada al mundo vemos que en general la gente que vive en sociedades en la que se permite que el mercado actúe más o menos libremente no sólo son más ricos que la gente de otras sociedades, sino que tienen más derechos políticos, más libertad y dignidad, y están más satisfechos (evidenciado, por ejemplo, por ser menos propensos a emigrar), por tanto, la maximización de la riqueza puede ser el camino más directo para alcanzar una gran variedad de fines morales»<sup>24</sup>.

Detrás de la defensa del principio de la maximización de la riqueza no hay más que la sacralización del mito del mercado como modelo de organización social.

Pese a los intentos de Posner por desmarcarse del utilitarismo, el AED tiene un marcado carácter utilitarista. El fondo utilitarista del AED, sin embargo, no viene determinado por el criterio normativo de evaluación de las instituciones y reglas jurídicas (la utilidad o la riqueza), sino por su peculiar forma de concebir la naturaleza y la función del derecho.

En concreto, el fundamento utilitarista del AED puede detectarse en los siguientes rasgos caracterizadores de su teoría del derecho:

a) *Una teoría de la acción humana común.* Uno de los rasgos que caracterizan al AED es el de intentar proveer de una teoría que explique el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas. Asumir este enfoque behaviorista en el análisis del derecho supone desplazar el centro de gravedad sobre el que se ha sostenido la teoría jurídica tradicional. En efecto, mientras que la teoría positivista, al igual que la iusnaturalista, conciben al derecho como un conjunto de normas caracterizadas y especificadas como jurídicas bien por su contenido (por su conformidad con ciertos principios de una naturaleza divina o humana), o bien por su forma (por poseer una serie de cualidades formales o por su inclusión en sistema normativo que obedece a una lógica interna), el AED abandona esta perspectiva exclusivamente interna al propio sistema jurídico. El elemento fundamental para el AED no reside en el contenido o en la estructura de las normas, sino que ésta, como concepto central y definitorio del sistema jurídico, es sustitui-

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 382.

da en la perspectiva del AED por la idea de que existe una relación estrecha entre derecho y comportamiento inducido por el derecho, o lo que es lo mismo, que la teoría del derecho reposa sobre y necesita de una *teoría de la acción*<sup>25</sup>.

Lo que hay que concretar seguidamente es, en primer lugar, cuál es esa teoría de la acción que sirve de base al AED. A esa cuestión el AED da cumplida respuesta mediante la adopción de la teoría de la acción racional económica basada en el modelo del *homo oeconomicus*, el del individuo maximizador y con frecuencia estable en el ámbito de un mercado de competencia perfecta. Y es en esta adopción de la teoría racional económica en donde utilitarismo y AED convergen más profundamente. Para ambos, la conducta de los individuos es una conducta maximizadora, calculadora. Tanto Posner como Bentham coinciden en este punto. Bentham había establecido en su famoso pasaje de la *Introducción a los Principios de la Moral y de la Legislación*—«Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure (...) they govern us in all we do, in all we say, in all we think»—que el cálculo de placeres y penas era aplicable a todos los comportamientos humanos. Posner recoge ese mismo pasaje y precisa que Bentham había sido el primero en subrayar que «los seres humanos actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones»<sup>26</sup>. Y Posner recoge seguidamente para ilustrar dicha afirmación el pasaje de la misma *Introducción a los Principios...* en el que afirma «los hombres calculan, unos con menos exactitud, y otros con más exactitud: pero todos los hombres calculan». De este modo todos los actos humanos son actos calculadores. Pero además, se puede afirmar que tanto en el utilitarismo como en el AED ese cálculo es autointeresado. Pueden diferir en la amplitud que otorgan a dicho comportamiento interesado pero ambos comparten este fundamento conductual común<sup>27</sup>.

b) En segundo lugar, el AED comparte con el utilitarismo el ser una *teoría consecuencialista del derecho*. Si el consecuencialismo es una teoría de la acción que requiere que las acciones sean elegidas sobre la base de los estados de cosas que

<sup>25</sup> Vid., A. STROWEL, «Utilitarianism et analyse économique du droit», *Revue Interdisciplinaire de Etudes Juridiques*, núm. 18. p. 38.

<sup>26</sup> POSNER, «Blackstone y Bentham», en *Journal of Law Economics*, vol. 19, 1976, p. 600.

<sup>27</sup> Para una ilustración más en profundidad de las teorías de la acción defendidas por Bentham y por el AED vid. A. STROWEL, «Utilitarianism et approche économique dans la théorie du droit» en *Revue Interdisciplinaire D'Etudes Juridiques*, núm. 18, 1987, pp. 1 y ss.

constituyen sus consecuencias<sup>28</sup>. El AED al igual que el utilitarismo de Bentham es una teoría consecuencialista, aunque las consecuencias se entiendan en términos de utilidad, bienestar o riqueza. En concreto, el AED como base de su teoría descriptiva y normativa del derecho realiza una predicción y evaluación de los efectos económicos de las normas e instituciones jurídicas, en este sentido, el AED ha desarrollado lo que pudiéramos denominar «una teoría del impacto legal» que trata de predecir y cuantificar los efectos económicos de las normas jurídicas sobre la base de un análisis minucioso de los costes y beneficios de las distintas alternativas de acción o de decisión jurídica. La importancia de estos trabajos reside precisamente en la introducción en la teoría jurídica de un enfoque consecuencialista en el proceso de toma de decisiones y en su evaluación que transforma la orientación y la función de muchos de los sectores del sistema jurídico. En concreto, la adopción de una perspectiva consecuencialista hace del AED una teoría del derecho orientada hacia el futuro, centrada en el *output* del derecho<sup>29</sup>. En este aspecto, el AED entroncaría con la tradición realista y antiformalista del pensamiento jurídico en su intento de abrir la perspectiva interna de la dogmática jurídica al análisis de la eficacia del derecho en la sociedad.

Por otra parte, y derivado de ese carácter consecuencialistas, el AED defiende, al igual que el utilitarismo de Bentham, *una teoría instrumentalista del derecho*. El derecho en manos de los juristas-economistas se convierte en un conjunto de incentivos y rémoras, que encauzan la conducta de los individuos hacia la consecución del fin específico que ha de perseguir el derecho, que no es otro diferente del de la maximización de la riqueza. Esta concepción del derecho lo reduce a ser un instrumento para conseguir fines sociales. El derecho es sólo un medio para conseguir la eficiencia económica.

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

<sup>28</sup> Vid SEN y WILLIAMS, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982, p. 3-4.

<sup>29</sup> Vid Pedro MERCADO. *El análisis económico del derecho... op. cit.*, capítulo V.

Si estas son las características comunes vamos a pasar seguidamente a ilustrar cómo pasa a ese fundamento común. La teoría del derecho sostenida por Bentham y por el AED divergen fundamentalmente en dos aspectos que nada tienen que ver con las diferencias que Posner trataba de establecer entre principio de utilidad y principio de maximización de la riqueza, sino que afectan directamente a la concepción del derecho que ambas teorías sostienen.

### 3. DIVERGENCIAS: DE UNA TEORÍA «IMPERATIVA» A UNA TEORÍA «INCITATIVA» DEL MANDATO JURÍDICO

El núcleo teórico del AED que comparten todos los juristas-economistas, sea cual sea la tendencia en la que se inscriban o las ideas que los diferencien entre sí, es lo que ha sido llamado por Kornhauser<sup>30</sup>, *la tesis beaviorista del AED* que afirma que *la teoría económica constituye una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas*. Una teoría predictiva y explicativa de dicho comportamiento es posible porque, en primer lugar, el derecho influye en el comportamiento de los individuos (en esto no se innova nada en tanto que todas las teorías del derecho asumen como premisa que uno de los objetivos del derecho es influir en el comportamiento de los individuos imponiendo un modelo de conducta); en segundo lugar que esa influencia sobre el comportamiento humano es de naturaleza económica.

¿Cómo influye «económicamente» el derecho en el comportamiento humano? Existen dos formas a través de las cuales el derecho influye en la conducta:

a) El derecho fija precios para determinadas conductas (una regla de responsabilidad en el ámbito del tráfico no es sino el precio de conducir cuidadosamente), una obligación jurídica impone un coste a la persona obligada, y la teoría económica predice que los actores motivados únicamente por su propio interés elegirán su conducta en función de este precio.

b) El derecho, en tanto que sanciona una determinada estructura de derechos, especialmente en lo que respecta a los derechos de propiedad, tiene una influencia directa en la eficiente asignación de los recursos de una sociedad. Diferentes estructuras de derechos determinarán diferentes incentivos en la conducta de los individuos (un régimen de propiedad priva-

<sup>30</sup> L. A. KORNHAUSER, «The Great Image of Authority», *Stanford Law Review*, vol. 36 (1984), p. 353.

da o un régimen de propiedad pública determinan un distinto uso de los recursos afectados por esa regulación jurídica)<sup>31</sup>.

Al margen de estos dos distintos tipos de afrontar el tema de la influencia de las normas jurídicas sobre el comportamiento de los individuos, la adopción de esta perspectiva behaviorista sustentada por el AED tiene un efecto fundamental en la concepción del sistema jurídico. En efecto, lo que distingue al AED es asumir una perspectiva en la que el concepto, contenido y estructura de la norma, como elemento central de la reflexión jurídica deja paso a una concepción del derecho en la que el elemento central es la acción racional de los individuos ante las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, la función del derecho no consiste en la construcción de una moral pública, o en resolver disputas bajo los criterios de valor implícitos en las normas jurídicas, sino en guiar y planificar cursos de acción eficientes desde el punto de vista económico. Como resume lacónicamente Priest, «the purpose of law, from an economic viewpoint, is to guide behavior, not to settle disputes»<sup>32</sup>. El sistema jurídico aparece, así reformulado, como un sistema de incentivos y rémoras que encauzan la conducta de los individuos hacia los cursos de acción congruentes con los objetivos que ha de implementar el derecho. Las normas jurídicas incentivarían y desincentivarían mediante el establecimiento de «precios» de las distintas alternativas de acción, los resultados congruentes con la lógica de la eficiencia económica<sup>33</sup>.

Una teoría como el AED que sitúa el comportamiento de los individuos como punto central de su análisis del sistema jurídico ha de hacer frente a la cuestión de en qué medida las normas jurídicas proveen de razones o motivos que influyan en la acción de los individuos. O para decirlo de otra forma, toda teoría que dirija su atención a la influencia que las normas jurídicas tienen sobre el comportamiento efectivo sus destinatarios debe ofrecer una teoría del carácter normativo o directivo del derecho. Este es el tema que analiza Kornhauser en su trabajo «Legal Rules as Incentives»<sup>34</sup> y del que nos serviremos para introducir la respuesta del AED a esa cuestión.

<sup>31</sup> Este aspecto del significado económico de las reglas que asignan los derechos sobre los recursos es el ámbito en el que se ha desarrollado el trabajo de los economistas de la llamada escuela de los *property rights*. Vid. como ejemplo H. DEMSETZ, «Hacia una teoría de los derechos de propiedad», *Hacienda Pública Española*, núm. 68, 1981.

<sup>32</sup> Vid. G. L. PRIEST, «Selective Characteristics of Litigation», *Journal of Legal Studies*, vol. 9 (1980), p. 322.

<sup>33</sup> Vid. C. PAZ-ARES, «La economía política como jursiprudencia racional», en *Anuario de Derecho Civil*, 2 (1981).

<sup>34</sup> Vid. L. A. KHORNHAUSER, «Legal Rules as Incentives», En . MERCURO (ed.), *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1989. Existe

Según Khornhauser, la teoría jurídica tradicional americana al abordar el tema de los efectos de las normas jurídicas sobre el comportamiento de los individuos, considera que los individuos conforman su conducta a aquella requerida por la norma. Es decir, de acuerdo con la teoría tradicional, la inclusión de un mandato o una orden de comportarse de una determinada manera ofrecía una razón o motivo incuestionable para la acción del individuo. Un individuo actúa como el derecho manda porque el derecho autoritariamente demanda la realización de ese acto específico<sup>35</sup>. De esta forma la evaluación de los efectos de las normas se reduce, para esta teoría, a la investigación de lo que la sociedad, a través del derecho, desea o requiere<sup>36</sup>.

Por el contrario, la teoría económica del derecho niega que la mera inclusión de una orden o directiva en una norma jurídica ofrezca alguna razón o motivo para actuar en su conformidad. Para decirlo de otra forma, en la teoría tradicional los individuos conforman su conducta *perfectamente* a la exigida por la norma jurídica, la razón para ello es que el derecho poseería en sí mismo una fuerza normativa o directora de la conducta de los individuos. Desde la perspectiva de la teoría económica del derecho, los individuos conforman su conducta *imperfectamente* a la establecida por la norma jurídica: una norma jurídica no contiene en sí misma fuerza directiva o normativa de las acciones de los individuos. El impacto del derecho sobre la conducta surge del impacto que las normas jurídicas en el cálculo autointeresado de los costes y beneficios de los cursos de acción alternativos que tiene el individuo en presencia de la norma jurídica: cumplir con la norma o no cumplirla, cometer un delito o no cometerlo, cumplir un contrato o no cumplirlo son acciones que adopta el individuo fruto de un cálculo de costes y beneficios de las distintas alternativas, el derecho sólo sería una de las variables que influiría en la conducta o elección resultante.

Lo que resulta de un enfoque como el adoptado por el AED es que el derecho pierde el carácter de condicionante directo, en sentido fuerte, de la conducta de los destinatarios de las normas. En efecto, en el AED los individuos actúan racionalmente en su propio interés y las normas jurídicas influyen en los cálculos racionales de éstos a la hora de elegir el curso de acción más eficiente, pero difícilmente esta influencia sobre el

---

traducción castellana de este libro colectivo con el título, *Derecho y Economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

<sup>35</sup> Vid. KHORNHAUSER, «Legal Rules as Incentives» *op. cit.*, p. 42.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 28.

comportamiento puede considerarse como un motivo o razón de las elecciones de los individuos.

Estas breves consideraciones sobre el impacto que la adopción de un enfoque behaviorista tienen en la visión del derecho que nos otorga el AED, no quiere decir que en su teoría no exista un convencimiento de carácter condicionante de las conductas humanas. En esto tanto la teoría convencional o tradicional como el AED coinciden en tanto que ambas comparten la función del derecho como guía de la conducta humana. Sin embargo difieren en la forma de considerar cómo influye y para qué influye en la conducta de los individuos. En el análisis económico del derecho, como hemos visto, las normas jurídicas influyen en la conducta creando precios implícitos para los diferentes comportamientos a los que inducen dichas reglas. Dichos precios, por otra parte, son establecidos para guiar la conducta hacia el más eficiente uso de los recursos. Por el contrario, en la teoría jurídica convencional o tradicional, el derecho dirigiría las conductas hacia otro fin distinto de la eficiencia, este fin para algunos representantes de esa teoría convencional podría ser la concepción del derecho como un «ideal público»<sup>37</sup>. En esta concepción una de las funciones principales del derecho sería declarar y expresar los fines a los que la comunidad aspira. Bajo esta perspectiva el derecho no sólo codificaría, registraría la práctica social de los individuos en la esfera social sino que dirigiría la conducta de estos hacia una práctica mejor de acuerdo con los objetivos fijados por la comunidad<sup>38</sup>.

Esta diferencia nos pone en conexión con uno de los efectos fundamentales que la teoría económica del derecho tiene en la concepción del sistema jurídico. Este efecto fundamental es el destierro dentro de su perspectiva teórica de toda relación entre efectos jurídicos y efectos morales sobre la conducta de los individuos:

«el análisis económico excluye, en efecto, la hipótesis según la cual las normas jurídicas tendrían un impacto educacional o moral sobre el individuo. Si se asume el hecho de que el individuo actúa en su propio interés, la moral en tanto que conjunto de razones distintas que conducen a la realización de una acción no tiene ninguna incidencia sobre él.

<sup>37</sup> Vid. O. M. FISS, «La muerte del derecho», *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 123 y ss. También podría encuadrarse dentro de esta concepción la teoría de Dwor-kin especialmente en su trabajo, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona.

<sup>38</sup> Vid sobre esta diferencia T. S. ULEN, «Law and Economics: Settled Issues and Open Questions», en N. MERCURO (Ed.), *Law and Economics*, op cit., p. 212.

Siendo sus preferencias inmutables y fijas, los cambios intervenidos a través del derecho no pueden llevar a cambiar sus deseos. El derecho sólo puede influenciar el comportamiento de los individuos operando en el ámbito de los estímulos y de la riqueza»<sup>39</sup>.

Llegados a este punto estamos en condiciones de establecer al menos dos diferencias entre la teoría de Bentham y la teoría del AED.

En primer lugar, respecto a la *función del derecho*, Bentham concibe el derecho como algo más que un mecanismo para encauzar la conducta de los individuos hacia la maximización de la felicidad o utilidad, el derecho es también un instrumento de educación de los hombres<sup>40</sup>. Bentham reconoce que existen dos maneras de influir en los comportamientos, de una parte, como lo hace el «ingeniero social» que trata de «determinar lo que haremos», de otra como lo hace el «educador» que trata de «mostrar lo que debemos hacer»<sup>41</sup>. Bentham parece admitir la idea de una racionalidad pública superior a los intereses cambiantes y contradictorios de los individuos<sup>42</sup>. El detentador de esta racionalidad que tiene por nombre la utilidad es el legislador que debe de enseñar a los hombres el deber que les corresponde con el interés superior de la comunidad.

Por el contrario, en la concepción del AED el derecho pierde toda función educativa, o de realización de una moral o de un consenso sobre valores y se reduce a una función puramente instrumental. Para ser más explícitos, el AED niega la posibilidad de una racionalidad pública superior a los intereses cambiantes y conflictivos de los individuos que pudiera ser expresada y realizada a través de las normas jurídicas. El significado de una norma jurídica que reprime una acción del individuo mediante el establecimiento de una sanción no es el de comunicar al potencial infractor aquello que la sociedad considera contrario a sus valores como si fuese un acto de comunicación de los valores socialmente vigentes. Para el AED para remediar ese acto considerado como reprimible por la sociedad basta aumentar su coste sin necesidad de tacharlo mediante la promulgación de principios acompañados de sanciones. En tanto que el AED, admite que el individuo tiene una serie de pre-

<sup>39</sup> Vid. KORNHAUSER, «L'analyse économique du droit», *Revue de Synthèse* 1985, p. 315.

<sup>40</sup> Sobre esta función educativa vid. M. ESCAMILLA, *Jeremy Bentham: Racionalidad del mercado, moral y derecho*. (Tesis Doctoral inédita).

<sup>41</sup> Vid. BENTHAM, *An Introduction to Principles of Morals and Legislation*, edic. a cargo de J. Burns y H. L. A. Hart, University of London, 1970, p. 11.

<sup>42</sup> Vid. N. ROSEMBLUM, *Bentham's Theory of the Modern State*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1978, pp. 2, 4, 5 y 151.

ferencias fijas, no puede reconocer el derecho una función educativa dirigida a instaurar una jerarquía en los valores y a preconizar algunos de ellos. Desde el punto de vista del AED, la única función del derecho es la de incitación y disuasión de conductas. El sentido del derecho se agota en sus efectos<sup>43</sup>.

B) En segundo lugar, respecto a la *naturaleza del derecho* y a los elementos de la norma jurídica, el AED abandona la perspectiva del sistema jurídico como sistema de obligaciones y prohibiciones acompañados de sanción, que es la concepción de Bentham<sup>44</sup>, para concebir el derecho como un sistema de incentivos de determinados cursos de acción, es decir, se abandona una teoría «incitativa» de éste. A su vez, el derecho pierde la cualidad de dato ineludible para la conducta humana y pasa a ser una variable, entre otras, en la función de maximización en la que se conforma la conducta de los individuos<sup>45</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN. IDENTIFICACIÓN DE INTERESES Y CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Una vez detectadas estas diferencias la cuestión que surge inevitablemente es ¿por qué dos teorías que tienen un fundamento utilitarista común divergen en su concepción del derecho?

La respuesta podemos encontrarla, creo, en algo que señalaba Halévy<sup>46</sup> al establecer las relaciones entre Bentham y A. Smith. Según este autor, Bentham, al contrario de Smith, defiende el *principio de armonía artificial de los intereses* y preconiza el recurso a la autoridad pública para asegurar la convergencia de los intereses individuales con el interés superior de la colectividad. La concepción del derecho de Bentham, pero también su concepción de la moral, de la religión o de la educación, están directamente determinadas por esta idea. Es necesario la guía del legislador, del educador, para que el individuo armonice sus intereses con los intereses de la colectividad, por eso el derecho asume un carácter normativo y educador de la conducta de los individuos. La teoría de Bentham es, desde este punto de vista, una tarea de instaurar un derecho y un orden social *ex novo* mediante la racionalización de todas

<sup>43</sup> Vid. A. STROWEL, «Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit», *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>44</sup> Vid. J. J. MORESO, *La Teoría del Derecho en Bentham*, P. P. U., Barcelona, 1992.

<sup>45</sup> Vid. A. STROWEL, *op. cit.*, p. 37.

<sup>46</sup> E. HALEVY, *La formation du radicalisme philosophique*, vol., I, *La jeunesse de Bentham*, París, 1901.

las prácticas sociales de acuerdo con el principio de utilidad. La época de Bentham era la época de la reforma, de la desmitificación del derecho tradicional, de la instauración artificial en la nueva sociedad industrial naciente de la racionalidad económica descubierta en el mercado.

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

La relación entre economía y derecho en el AED está marcada por la peculiar «mediación normativa» que asume lo económico respecto a lo jurídico. Esta peculiar mediación normativa de la economía sobre el derecho que caracteriza al AED, tiene su base en la afirmación de que el derecho tiene una racionalidad económica. Es decir, que el derecho, específicamente el derecho privado patrimonial, responde a una lógica racional que es la lógica de la eficiencia económica. Asumiendo los dogmas fundamentales de la teoría económica neoclásica, esto es, el *paradigma del homo oeconomicus*, el *sistema de mercado* como modelo de decisión óptima y la *eficiencia económica* como único valor social, la economía se convierte en principio de explicación y justificación última de toda decisión. Los sujetos del ordenamiento jurídico son agentes racionales que intentan maximizar su bienestar dentro de las restricciones que el ordenamiento jurídico pone a sus acciones; la única base de análisis de la conducta social en este sentido es la teoría de la acción racional económica, cuya única diferencia relevante para analizar la conducta de los individuos es su posición en el proceso económico, es decir si actúan como productores o consumidores. Por otra parte, constituyendo al mercado (y sus correlatos de sociedad civil autónoma, democracia política y autonomía jurídica de la voluntad) en modelo de decisión óptima de todo conflicto, toda decisión heterónoma es invalidada a menos que sea racionalizada, esto es, que imite la decisión del mercado. Esto implica para el análisis del sistema jurídico una diferenciación entre tipos de reglas (reglas heterónomas a la lógica del mercado y reglas congruentes con dicha lógica) que determina la preferencia por una estructura institucional con predominio de reglas e instituciones que traduzcan la racionalidad autónoma de las decisiones del mercado. Y por último, la constitución de la eficiencia en el único criterio de legitimidad

de toda decisión conduce a hacer de ésta la fundamentación de toda norma social. La legitimidad del sistema reside en su eficiencia. La eficiencia económica de las soluciones de mercado se convierte en la norma fundamental para la racionalización del sistema de derecho. Como norma fundamental, todos los sectores y normas del ordenamiento serán deducidos de ella. Ello transforma y reformula la función del derecho, transformando al sistema jurídico en su totalidad en instrumento que produce y reproduce una racionalidad material de tipo económico. La función del derecho y del Estado son en el AED reformuladas desde esta óptica económica.

Este cambio en la función del derecho está ya enunciado en la proposición general del AED, lo que en la jerga de este movimiento se llama *Teorema de Coase*. En efecto, si derecho y mercado traducen la misma lógica, que es la de la maximización de la riqueza, de ellos se deduce:

a) Que funcionando el mercado en equilibrio perfecto, es decir cuando existen las condiciones de competencia perfecta, al derecho no compete ninguna función decisoria o de intervención para conseguir el resultado eficiente. *El derecho es una estructura redundante respecto del mercado* y su única función es la de garantizar las condiciones de libertad y seguridad del tráfico mercantil que hacen posible que ese resultado se logre.

b) Cuando el equilibrio no surja espontáneamente por la existencia de fallos de mercado (como por ejemplo, la existencia de externalidades, de monopolios, bienes colectivos, etc.), la función del derecho es reducir la existencia de esos obstáculos reduciendo los costes de transacción que impiden que el resultado eficiente se logre a través de un acuerdo negociado.

c) Y por último, cuando la decisión del mercado sea imposible llevarla a cabo por la imposibilidad de eliminar los obstáculos (básicamente la presencia de elevados costes de transacción, como veremos más adelante) que impiden la decisión de mercado, la función del derecho es la de actuar como *un mercado simulado*, es decir, la adopción por parte del juez o del legislador de la solución que habría adoptado el mercado en el caso de que no existiesen obstáculos para su funcionamiento.

Como vemos, no existe una racionalidad propia o diferenciada del sistema jurídico respecto al sistema económico. Al asumir como norma fundamental del sistema jurídico la eficiencia económica, el derecho, especialmente el derecho privado, se convierte en instrumento de reproducción de la lógica económica en todas las ramas del derecho, y ello mediante una reconstrucción del derecho que establezca: *en primer lugar*, la

constitución del mercado mismo mediante una asignación y distribución de los derechos sobre los recursos productivos que para ser eficiente han de tener las características de universalidad, exclusividad y plena transferibilidad (función del derecho de propiedad); *en segundo lugar*, una garantía efectiva de la libertad del mercado que permita que esos derechos distribuidos pasen a manos de los individuos que más los valoren (función del derecho contractual); *en tercer lugar*, reglas que simulen operaciones de mercado cuando éste no pueda operar por la existencia de obstáculos (función del derecho de la responsabilidad civil); y *por último* un sistema de sanciones y remedios legales para disuadir y reparar las invasiones de los derechos sobre el uso de los recursos. A ello añade Posner la defensa por parte del ordenamiento jurídico de un sistema de moral personal basado en «the traditional 'Calvinist' or 'Protestant' virtues and capacities associated with economic progress»<sup>47</sup>.

Un derecho racional, en el sentido económico, es como vemos un derecho con predominio del derecho privado y en el que sus normas reguladoras parecen adquirir un nivel casi constitucional, lo que en el ámbito de la política jurídica se traduce en la incorporación del AED dentro de las teorías que propugnan la desregulación progresiva de amplios sectores de la vida económica y el retorno a instituciones que favorezcan la solución privada de los conflictos sociales. En este sentido, el significado de la relación economía-derecho que plantea el AED sólo puede ser entendido inscribiendo a este movimiento de renovación de la teoría jurídica en el contexto más amplio de la crisis del Estado del Bienestar y del profuso debate intelectual al que ha dado lugar, no sólo en la teoría jurídica, sino en la teoría social, económica y política. El AED adquiere su sentido más preciso como propuesta de renovación de la teoría jurídica precisamente en la respuesta a los problemas del derecho en las sociedades actuales. La provisión de un fundamento nuevo, el económico, y de una teoría de base simplificadora de la complejidad del fenómeno jurídico sólo pueden ser comprendidos con la inscripción del AED en ese marco de respuesta a la crisis del modelo de derecho vigente.

Situados en el marco histórico en el que se desarrolla el AED la distancia con el utilitarismo clásico de Bentham se nos muestra de una forma clara. En Bentham la preocupación era instaurar un nuevo orden, y un nuevo derecho que lo garantizase, por ello su fórmula fue el código y su protagonista el

<sup>47</sup> R. POSNER, *Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Mass. and London, 1983, p. 68.

legislador. Para Posner se trata de restaurar el orden, despojar al *common law* de todos los efectos perversos que la ingerencia del legislador ha provocado durante los años de legislación intervencionista y partir de cero, esto es, de la eficiencia económica como racionalidad subyacente al sistema jurídico<sup>48</sup>.

El AED en la versión de Posner nos previene de los efectos de la mitificación de la acción del Estado y del legislador, considerándola como algo que es más resultado de la presión de grupos de intereses que expresión de realización de un valor o interés público. El AED destruye una visión del derecho americano en la que éste aparecía como valedor de un consenso sobre valores públicos compartidos, en el que cada decisión, cada legislación era leída como expresión del «interés general», y en el que el derecho era la vía y el vehículo adecuado para la reforma igualitaria de la sociedad americana. El AED, en esta vertiente desmitificadora nos previene de los efectos de la mitificación de la acción del Estado a través del derecho. Nos descubre que detrás de toda decisión jurídica hay un problema de escasez y de elección, que es necesario elegir y hacerlo sobre la base realista de un análisis de las consecuencias, medidas en costes y beneficios, porque esa es la única manera de resolver los problemas prácticos a los que debe hacer frente el derecho. Nos descubre que el derecho cuesta, que su aplicación no es gratuita y que las instituciones jurídicas son determinantes de la asignación y distribución de los recursos de una sociedad determinada. E intenta aportar un modelo de cientificidad jurídica y de jurista acorde con las realidades del presente. Una teoría del derecho más operativa, dotada de técnicas de análisis simples manejables, y a la vez sofisticadas, que permiten la verificación empírica de las predicciones de las políticas jurídicas, y un jurista especializado, experto en las nuevas técnicas capaz de llevar ante un tribunal los argumentos extraídos de una teoría no basada en intuiciones y particularismos sino en la claridad y la consistencia que el lenguaje económico de los costes y beneficios proporciona.

En esta labor de desmitificación de la función del sistema jurídico y de la puesta a la luz de sus fundamentos económicos, el AED nos sitúa ante una nueva imagen del derecho y de la práctica jurídica. Pero, en segundo lugar, hay que decir seguidamente que se sigue tratando de una imagen, no de una explicación de la realidad, sino de una representación imaginaria, ideológica, de la misma. No es cierto que baste con des-

<sup>48</sup> Sólo así se explica la defensa que Posner hace de Blackstone frente a los ataques de Bentham a su concepción del *common law*. Vid. R. POSNER, «Blackstone and Bentham» en *The Economics of Justice*, *op. cit.*, pp. 13-47.

prenderse de los ropajes de las viejas categorías jurídicas y de su reformulación en los términos de la nueva retórica de las externalidades, de los costes de transacción y del análisis coste-beneficio; no basta con objetivar en términos cuantitativos las categorías del discurso jurídico tradicional como la culpa o la pena; no basta el análisis económico del impacto legal para quedarnos con una descripción de la realidad desnuda de imágenes. Lo que el AED nos entrega es una imaginería tan falaz y tan reductora de la realidad como la anterior. La complejidad de la realidad es reducida a la imagen producida de un individuo reducido a *homo oeconomicus*, a lo que se suma la reducción de la sociedad a un vasto mercado donde la política y el derecho son racionalizados sobre la base de esa realidad para convertirlos en metamercados institucionales que reproducen la lógica de la racionalidad maximizante. No hay espacio exterior al mercado y a lo mercantilizable. De la realidad así descrita es excluido todo aquello que no pertenece al orden del cálculo económico, estamos ante una reducción de la realidad y del derecho que, por ejemplo, hace que la única forma en la que la conflictualidad social sea representada a través de la categoría de externalidad y de costos de transacción en la que la identificación de los individuos se reduce a su posición en el mercado como productores o consumidores. El nivel de renta, de educación, de formación, la diferencia sexual, étnica, etc. no son criterios de determinación que la teoría del derecho haya de asumir, porque el hecho básico es la uniformidad en el comportamiento racional económico. En definitiva, en lugar del derecho como mediador de la realidad social, del Estado y la política como decisión del conflicto en nombre del interés general o de unos valores públicos, el AED nos resucita el mito del mercado y de la eficiencia como modelo y criterio de organización social. Ese es el precio de la explicación «realista» del derecho que nos proporciona este movimiento.