

LAW & ECONOMICS: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos

SANTIAGO MONTT OYARZÚN*

I. “Muy interesante, pero... ¿esto no es Derecho?”

La Revista de Derecho y Humanidades es una prueba irrefutable del liderazgo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile entre sus pares. No sólo porque es la única en Chile que es operada íntegramente por alumnos, sino particularmente porque intenta situar al Derecho en contacto con otras ciencias sociales. Siguiendo el ideario de la Revista y usando como formato un “comentario” a los magníficos artículos de los profesores Jules Coleman y Susan Rose-Ackerman, pretendo mostrar aquí dos cosas: primero, que la conexión del Derecho y la Economía no es un esnobismo intelectual sino una necesidad de sentido común de antiguo pedigree en la historia del Derecho chileno; segundo, que las versiones más sofisticadas y sensibles de *law & economics* no veneran a la eficiencia al modo de un dios azteca al que todos los demás valores deban sacrificarse en una suerte de ritual sanguinario.

La relación entre el Derecho y las humanidades se ha hecho muy difícil entre nosotros como consecuencia del formalismo de nuestra educación jurídica. Las posibles vinculaciones entre el Derecho y las demás ciencias sociales han sido totalmente dejadas de lado por la preeminencia exagerada de la escuela de la exégesis primero y de la dogmática jurídica después. Embobados con una sensación de autosuficiencia y pseudo-objetividad, hemos despreciado cualquier esfuerzo no formalista. Ante cualquiera de sus manifestaciones, hemos fruncido el ceño en actitud de superioridad y hemos exclamado: “muy interesante, pero... ¿esto no es Derecho!”.

Una mirada a la historia del Derecho chileno deja al descubierto una gran sorpresa: la lucha entre formalistas y humanistas es casi tan antigua como la República. En el pasado, probablemente uno de los capítulos más interesantes fue la pelea que se produjo entre Andrés Bello y el reaccionario decano Juan Francisco Meneses frente a la reforma curricular de nuestra carrera. Luchando por incorporar la “economía política” de un modo más intenso a los estudios del Derecho, el célebre rector se vio en la necesidad de afirmar cosas tan obvias para un humanista como él como las siguientes:

El plan de estudios legales, según el programa de la Universidad tiene por objeto no sólo proveer al país de hábiles jurisconsultos, sino de hombres capaces de desempeñar las altas funciones de la administración y de la legislatura, y de dirigir la opinión pública. No sólo las ciencias estrictamente legales, sino las políticas y

* Abogado y Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, Candidato a Doctor, Yale University

sociales son resortes de la sección universitaria, a que en nuestra ley se ha dado el título de Facultad de Leyes y Ciencias Políticas¹.

Téngase presente que la Facultad de Leyes agrega a este título el de Ciencias Políticas, lo que indica bien claro la intención que dominó al crearla, de formar en ella no solo hombres instruidos en el derecho positivo y buenos magistrados, sino también hombres que influyesen en materias políticas sobre la opinión e introdujesen sus buenos conocimientos adquiridos en las leyes, ocupando con lucimiento y utilidad pública asientos en los cuerpos lejisladores².

Desearía en fin, que se ensanchase y ennobleciese el estudio de la jurisprudencia misma; que el joven abogado extendiese sus miras más allá del reducido y oscuro ámbito de la práctica forense; que profundizase los principios filosóficos de esta ciencia sublime, y la contemplase en sus relaciones con las bases eternas de la justicia y de la común utilidad; y que se la olvidase de templar su severidad, amenizándola con el cultivo asiduo de la filosofía y de las humanidades, sin las cuales no ha habido jamás ningún jurisconsulto eminente³.

No se crea que Bello es una isla solitaria en la historia de nuestra educación legal. Cerca de cuarenta años después, en 1892, otro de los grandes educadores de Chile, el célebre Valentín Letelier, también clamaba encendidamente en contra de la exégesis y del formalismo:

Lo mismo se hace en la facultad jurídica de nuestra Universidad: indiferente al desarrollo del saber, empeñada en formar abogados antes que jurisconsultos, y dirigida al propósito profesional de desarrollar la destreza para registrar las leyes, la enseñanza de aquella facultad reduce cada ciencia a un código; da preceptos en lugar de verdades, y desatendiendo la interdependencia de los conocimientos, se desarrolla en escrupulosa conformidad por el orden fijado por el legislador⁴.

Tal vez el momento en que más cerca estuvo el Derecho de las demás ciencias sociales se produjo durante la década de los 1920 y los 1930, como consecuencia del profundo impacto que las cuestiones sociales produjeron en todo orden de cosas. En efecto, el siglo XX hizo de la conexión del Derecho con la realidad social y económica subyacente una necesidad vital que nuestros espíritus más despiertos no pasaron por desapercibida. Precisamente en esta época, una comisión dirigida por el entonces decano Ruperto Bahamondes volvía de nuevo la atención a la exigencia de incorporar las ciencias sociales a los programas de la escuela de Derecho:

¹ Bello, Andrés, "Discurso del Rector de la Universidad de Chile", en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, 1853, N°10, p. 285.

² Andrés Bello, "Actas del Consejo de la Universidad de fecha 21 de mayo de 1853", en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, 1853, N°10, p. 178.

³ Andrés Bello, citado por Baeza Marambio, Mario, *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 1944, p. 64. Esta cita no está tomada del contexto de la pelea entre Bello y Meneses.

⁴ *Vid.* Letelier, Valentín, *Filosofía de la Educación*, Buenos Aires, Argentina, Caubart y Cia., 1927, edición aumentada y corregida (primera edición de 1892), p. 535.

En cuanto se refiere a los estudios de la Escuela... es necesario destruir la idea de que el único fin de esos estudios es formar Abogados... La misión de la Escuela ha de ser más amplia, pues ha de propender a suministrar la cultura superior universitaria a todos los hombres que deseen adquirir los conocimientos de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales que son indispensables para formar la clase dirigente en una democracia⁵.

Tres profesores de Derecho –que fueron además rectores de la Universidad de Chile– insistieron en tres momentos distintos de nuestra historia en la idea de no dejarse atrapar por el formalismo y de poner en contacto al Derecho con la realidad circundante. ¿Por qué seguimos sospechando tanto de los intentos *humanizadores* de otras disciplinas sobre el Derecho? Creo que es hora de cambiar el peso de la prueba y empezar a desconfiar del predominio incontrolado de la dogmática y sobre todo, de dejar de creer que es la única alternativa posible para los abogados y para la educación jurídica. Más de ciento cincuenta años de lucha así lo exigen. Veamos a continuación un caso particular, esto es, la posibilidad de conectar el Derecho y la Economía.

II. “Muy interesante, pero... ¡esta copia a los norteamericanos es un esnobismo intelectual!”

Siguiendo con la línea histórica de las opiniones antes citadas, es interesante destacar que al menos los rectores Bello y Bahamondes estaban pensando específicamente en la integración de la Economía al Derecho. Y eso que en sus tiempos, la Economía todavía no desplegaba los espectaculares avances que han sido posibles gracias a los enfoques neoclásicos. En efecto, Bello luchaba contra el reaccionario decano Meneses pues este último intentaba reducir aún más la educación jurídica a una mera preparación profesional de abogados. Conforme a su plan, la Economía no servía esencialmente para nada a los letrados, lo que queda claramente reflejado en la siguiente opinión expresada en el Consejo de la Universidad (opinión que por lo demás raya en la ironía):

Por lo tocante a la Economía, considérola un estudio muy recomendable i provechoso, mas por lo mismo me parece debe estar separado de los necesarios para obtener grados en Leyes. ¿Qué es lo que resulta de su union en el dia? Que no se logran los fines que precisamente se ha deseado conseguir prescribiendo su aprendizaje como forzoso; porque, no teniendo relacion inmediata sus materias con los demas conocimientos legales, los jóvenes solo siguen tal clase para cumplir con la lei, i faltos de proporciones para recordar después semejantes conocimientos, los olvidan⁶.

La respuesta central con la que Bello combatió a Meneses en el Consejo la he citado más arriba en extenso⁷. Pero tan interesante como el desacuerdo mismo entre Bello y Meneses, es el hecho que Bello llamó a aumentar la cantidad de clases de Economía a los alumnos de Derecho:

⁵ “Reforma del plan de estudios de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas. Informe presentado por los Profesores Ruperto A. Bahamondes, Oscar Dávila I., Moisés Vargas y Daniel Martner, Comisionados por la Facultad para el efecto” en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, 1921, N°147, pp. 273-274.

⁶ Juan Francisco Meneses, “Actas del Consejo de la Universidad de fecha 21 de mayo de 1853”, en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, 1853, N°10, p. 178 (destacados en el original).

⁷ Vid. nota 2.

Creo que no solo es necesario mantener a la economía política en el lugar que actualmente ocupa, sino que enseñándose en un año escolar, no bastaría consagrar a ella tres lecciones semanales. No veo como pudiera ser de otro modo, en una ciencia tan vasta, i ciertamente no de las mas accesibles a un entendimiento apenas desarrollado, proporcionar a los alumnos una instrucción que no fuese excesivamente superficial... Lecciones diarias por espacio de un año, es lo menos que podemos asignar a la instruccion elemental de un ramo científico, que interesa en el mas alto grado al porvenir de Chile⁸.

Tres cuartos de siglo después, el rector Bahamondes no pensaba muy distinto a Bello a este respecto. En el mismo informe sobre reforma del plan de estudios de la Facultad mencionado anteriormente⁹, Bahamondes expone con más detalle cómo considera vital el estudio de la Economía para el Derecho:

Inspirada en este concepto de la misión moderna de la Universidad, la comisión ha juzgado necesario introducir nuevos ramos en el plan de estudios, que no obedecen a un objetivo profesional, pero que son indispensables para dotar a los estudiantes de una cultura científica armónica...

Otra de las ideas que ha inspirado la reforma ha sido la de dar cabida i desarrollo al estudio de las Ciencias Económicas. Para ello ha tenido en vista la evolución que ha experimentado el concepto de las ciencias jurídicas i sociales en los centros de mayor progreso universitario i la importancia cada día mayor que van adquiriendo aquéllas en el mundo entero.

La evolución que los estudios jurídico-sociales han tenido que sufrir con el aumento progresivo de la cultura general, ha puesto más i más de manifiesto la estrecha conexión que ellos tienen con los económicos-sociales, conexión que no puede debilitarse ni menos destruirse sin grave perjuicio para el natural desarrollo de ambas ramas... La proporción en que hasta ahora han permanecido los estudios económicos frente a los jurídicos en nuestra Facultad, ha sido desfavorable al progreso científico i a la formación del criterio de nuestros estadistas...

La importancia que día a día adquieren estas ciencias en todo el mundo, hace que su estudio se haga cada vez con mayor intensidad en los centros científicos. La lucha económica en los tiempos modernos es intensa i muchas veces decisiva en la vida nacional e internacional. La vida política general de los pueblos civilizados de hoy está subordinada esencialmente a los intereses económicos. De aquí la trascendencia de los estudios cuya ampliación hemos considerado en el plan¹⁰.

Las opiniones anteriores son simplemente impresionantes. ¿Cómo podemos tener tan poca memoria histórica? Estoy seguro que si Bello y Bahamondes hubiesen conocido los desarrollos de la Economía y la ciencia política positiva o *Public Choice* –que usa el análisis económico para comprender el comportamiento político– habrían sido seguidores entusiastas del *law & economics*. Al fin y al cabo, el análisis

⁸ Bello, Andrés, "Discurso del Rector de la Universidad de Chile", en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, 1853, N°10, p. 285.

⁹ Vid. nota 5.

¹⁰ "Reforma del plan de estudios de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas. Informe presentado por los Profesores Ruperto A. Bahamondes, Oscar Dávila I., Moisés Vargas y Daniel Martner, Comisionados por la Facultad para el efecto" en *Anales de la Universidad de Chile*, Santiago, Chile, 1921, N°147, pp. 274-276.

económico del Derecho tiene un poderosísimo fundamento en el sentido común. Preguntas tales como qué costos tienen nuestras soluciones legales, quiénes los pagan, hay maneras más eficientes de hacer lo mismo, quiénes reciben los beneficios, etc., son ejemplos cuya importancia medular nadie puede negar. Según veremos más adelante, es obvio que tales preguntas no reemplazan las consideraciones valorativas fundamentales sobre la justicia y la equidad, pero sí nos informan sobre muchos aspectos positivos que debemos saber y tener en cuenta para resolver informadamente las cuestiones axiológicas.

¿Podría alguien ahora, después de oír tan autorizadas voces, clamar que el *law & economics* no es más que un esnobismo intelectual, una copia sin sentido crítico de lo que hacen los americanos? Por mi parte, puedo hacer dos comentarios a quienes formulan la referida crítica. El primero es “¡con qué ropa!”. En los últimos años hemos desarrollado un enorme grado de dependencia de la cultura jurídica española y alemana. Pero no se me malinterprete en este punto. No digo que prestar atención al trabajo de españoles y alemanes sea mala idea. De hecho es una magnífica idea, sobre todo considerando las limitaciones de la doctrina de nuestro país. Pero otra cosa es dedicarse a copiar sin sentido crítico y sin desarrollar las capacidades analíticas propias.

Pero aparte de descalificar a quienes critican el *law & economics* como una copia esnobista, mi segundo comentario es que efectivamente hay riesgos importante en ser copiones de los norteamericanos. El principal riesgo es importar desapercibidamente elementos políticos y filosóficos presentes en algunas de las formas dominantes de *law & economics*, como lo es la escuela de Chicago. O sea, bajo la apariencia de copiar algunas de las metodologías básicas –copia del todo razonable e incluso conveniente– puede pasar “colado” el virus político e ideológico. He aquí la importancia de los dos artículos que han sido publicados en este número de la Revista de Derecho y Humanidades sobre *law & economics*: uno de ellos es una crítica filosófica a la tesis que defiende la eficiencia como el valor único y absoluto que debe inspirar al Derecho (Coleman) y el otro presenta un contraste entre los distintos fundamentos metodológicos, políticos y filosóficos de las diversas escuelas que practican el análisis económico del Derecho y propone alternativas que no son puramente eficientistas (Rose-Ackerman). Veamos separadamente los aportes de cada uno de estos trabajos.

III. Jules Coleman y su crítica a las tesis que defienden la eficiencia como valor único

El análisis económico del Derecho está directamente asociado al nombre del profesor Richard Posner y a la escuela de Chicago. Con ello se vincula el *law & economics* con la postura *normativa* asumida por estos últimos en la cual la eficiencia o maximización de la riqueza debe ser el único fin que oriente al Derecho y a quienes lo estudian. A este respecto, imaginemos una charla de Richard Posner en Chile dirigida a abogados, jueces y estudiantes, en la que el profesor de Chicago presente su tesis de que el Derecho debe preocuparse únicamente por la eficiencia o la maximización de la riqueza. La principal pregunta que cualquier asistente haría –pregunta muy pertinente, por cierto– sería la siguiente: “*muy interesante... pero, ¿cómo puede ser que los señores Pareto, Kaldor y Hicks, y su eficiencia económica, de los cuales no hemos oído hablar nunca, ni en el presente ni en los últimos tres mil años de historia jurídica, sean ahora el único valor del Derecho?*”.

El artículo de Coleman que aquí se publica –“Los Fundamentos del Bienestar”– debe ser puesto en contexto. En 1980, Coleman publicó un famoso artículo en el que echó por tierra los fundamentos

filosóficos del análisis económico de Posner¹¹. Richard Posner, alejándose de la poco atractiva filosofía moral utilitarista, había intentado fundar su *law & economics* en otra teoría moral consecuencialista llamada “maximización de la riqueza”¹². En el referido artículo, Coleman demostró que, en lo moral, la maximización de la riqueza no es una tesis sólida y de hecho es aun menos sólida que el utilitarismo —o sea, Posner no pudo escapar a las críticas que él mismo partía por aceptar—. En lo funcional, demostró asimismo que la tesis de Posner no constituye un estándar alternativo al criterio de la eficiencia de Pareto o de Kaldor-Hicks. En síntesis, desde el campo de la filosofía moral y de la propia Economía, Coleman destruyó el esfuerzo posneriano por demostrar que la maximización de la riqueza debe ser el único fin del Derecho.

En el artículo traducido en esta revista, Coleman vuelve nuevamente a la carga, esta vez en contra de un reciente esfuerzo de los profesores de la escuela de Derecho de Harvard Louis Kaplow y Steven Shavell. Estos últimos, siguiendo la antigua huella de Posner, buscan situar no la maximización de riqueza por sobre la justicia como la clave explicativa y orientadora frente al Derecho sino una versión reformulada y más sofisticada que denominan “bienestar humano” (*human welfare*)¹³. Es importante notar que Kaplow y Shavell conocen las críticas que Coleman y muchos otros han formulado a Posner y de hecho son dos académicos de posiciones mucho más moderadas que las de Posner dentro del *law & economics*¹⁴. Sobre la base de la Economía de Bienestar, el esfuerzo de Kaplow y Shavell pasa por incorporar algunos aspectos de la justicia y equidad¹⁵ como parte de las preferencias personales de los ciudadanos, para así ingresarlos como inputs —junto con los demás gustos o preferencias personales— al cálculo maximizador de este concepto de “bienestar humano”. Así, para ellos, sólo esta nueva eficiencia más sofisticada debe ser el criterio de análisis y crítica del Derecho como también el fundamento de cualquier proposición de reformas al mismo¹⁶.

Ahora bien, el resultado no sólo dista de ser convincente, sino que como indica otro comentarista citado en el artículo en cuestión, es todavía, sobre todo en sus extremos, tan “incivilizado” como los ejercicios anteriores. De acuerdo a Coleman, los que creen que el bienestar humano obtenido vía maximización de preferencias personales constituye un valor superior a la justicia, tienen la carga de la prueba de demostrar por qué esto es así. Mal que mal, se trata de una afirmación *fuerte*. En concreto, los

¹¹ Vid. Coleman, Jules, “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, en *Hofstra Law Review*, N°8, pp. 509 y ss. (1980).

¹² Vid. Posner, Richard, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies*, N°8, pp. 103 y ss. (1979); Él mismo, “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, en *Hofstra Law Review*, N°8, pp. 487 y ss. (1980), y Él mismo, *The Economics of Justice*, Massachusetts, USA, Harvard University Press, 1981.

¹³ Vid. Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

¹⁴ Ver así como Susan Rose-Ackerman, en la nota al pie N°3 del artículo traducido en esta Revista, señala que Steven Shavell es moderado en sus posiciones y que pertenece por ello a la escuela reformista-*common law*.

¹⁵ Sólo *algunos* aspectos, pues si fuera posible incorporarlos todos no habría ninguna tensión entre eficiencia y justicia, lo que no es efectivo. Es evidente que las preferencias de las personas no agotan los contenidos valóricos de la justicia y la equidad. Así lo reconocen Kaplow y Shavell, *supra* nota 13, p. 12: “La convergencia entre los dos enfoques [justicia y bienestar] será, por cierto, incompleta”.

¹⁶ Vid. *idem.*, p. 3-4 (“Nuestra proposición central es que solamente un enfoque normativo basado en el bienestar sea usado en la evaluación de las normas legales. Esto es, las normas legales deben ser seleccionadas solamente en relación con su efecto sobre el bienestar de los individuos en la sociedad. Esta posición implica que nociones de justicia tales como justicia correctiva no deben recibir ninguna consideración en forma independiente a efectos de evaluar las normas legales”).

defensores de esta tesis requieren demostrar que existen otros valores morales detrás del “bienestar humano” que justifican utilizar el aparato coercitivo estatal presente en el Derecho para implementar la eficiencia. En concreto, según Coleman, un esfuerzo como el que intentan Kaplow y Shavell debe seguir el siguiente plan: primero, presentar sustantivamente qué es lo que comparan, en este caso bienestar y justicia; segundo, proveer criterios para realizar la comparación; y tercero, demostrar en base a tales criterios la superioridad del bienestar (eficiencia) para analizar y determinar los fines del Derecho.

Pero estos autores no proveen ningún argumento normativo serio en este sentido, y por el contrario, al considerar el bienestar (eficiencia) por un lado y la justicia como todo lo no incluido en las preferencias de las personas por el otro lado, quedan atrapados en una tautología —una afirmación siempre cierta que no ofrece nada nuevo—: perseguir la justicia trae aparejado costos de bienestar y, al revés, perseguir el bienestar trae aparejados costos de justicia. Pero en ningún momento estos autores demuestran —ni siquiera argumentan en forma aceptable, según Coleman— que el bienestar sea un valor superior a la justicia. Asimismo, su concepto de bienestar como maximización de las preferencias personales prueba ser normativamente muy débil, pues el concepto de satisfacción de preferencias personales es muy ambiguo como para soportar el edificio normativo que Kaplow y Shavell quieren construir sobre él¹⁷.

En síntesis, la eficiencia —“agrandar la torta”, sea en su versión más clásica de maximización de la riqueza o en la versión retocada de bienestar humano— no tiene defensa ética si lo que se pretende es elevarla a un valor único y absoluto. Con ello, tanto el eficientismo desalmado de los Chicagos como otras versiones más sofisticadas y con más corazón —como la que promueven Kaplow y Shavell— están en graves dificultades filosóficas. En efecto, la eficiencia económica “Kaldor-Hicks” es un criterio que presenta tal cantidad de problemas que resulta imposible elevarla a la categoría de súper-valor. En primer lugar, se trata de un criterio que puede dar lugar a aplicaciones inconsistentes, lo cual viola el principio de la racionalidad —la paradoja de Scitovsky—; en segundo lugar, en la eficiencia de Kaldor-Hicks hay ganadores y perdedores, lo que implica que hay que hacer comparaciones de utilidades interpersonales, y además que hay que unificar criterios de comparación de las ganancias versus las pérdidas que violan las consecuencias normativas derivadas del teorema de imposibilidad de Arrow¹⁸; y, en tercer lugar, el criterio de la eficiencia en su versión posneriana —el más usado en la práctica por quienes promueven la eficiencia como valor único— sufre de un grave problema de circularidad. Este se produce como consecuencia de que la maximización de la riqueza requiere de la existencia de un sistema de precios y, al mismo tiempo, la maximización afecta ese sistema de precios¹⁹. Por ende, como los distintos equilibrios

¹⁷ Coleman resuelve este problema situando la autonomía personal como uno de los estándares con los cuales evaluar tanto el bienestar (eficiencia) como la justicia en su relación con el Derecho. La autonomía individual —la capacidad de planear y de organizar la vida conforme a un programa personal— incluye la habilidad de satisfacer las preferencias y deseos personales, pero la trasciende. *Vid.* artículo traducido en esta revista.

¹⁸ Ver *infra* notas 32 y 33.

¹⁹ La cadena completa es la siguiente: la maximización de la riqueza requiere de la existencia de precios; los precios dependen, entre otras cosas, de la demanda relativa que exista sobre ellos; la demanda depende, a su vez, de la distribución de la riqueza —incluidos los derechos—. Coleman, *supra* nota 11, p. 525, da un muy claro ejemplo: “El sistema de maximización de la riqueza presupone en cualquier tiempo dado un conjunto de precios para todos los bienes. Sobre la base de los precios en t_1 , supongamos que el principio recomienda un cambio en las reglas legales desde responsabilidad objetiva [sin culpa] a uno con culpa. En el tiempo t_2 la regla de responsabilidad con culpa es implementada. Supongamos que en t_3 reevaluamos la eficiencia de los sistemas de responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa. Resulta perfectamente posible que ocurra que, en algunos casos, el principio de la maximización de la riqueza —dado el sistema de precios en t_3 — recomiende ahora un cambio desde responsabilidad por culpa a responsabilidad objetiva”.

eficientes son el resultado de la asignación de los recursos –incluidos los derechos–, hay un problema de circularidad en la defensa de la tesis de que sólo la eficiencia debe determinar los derechos²⁰.

Desde una perspectiva distributiva, también hay profundos reparos a las tesis que Coleman critica. La eficiencia económica, incluido el criterio de Pareto, es por definición función de la distribución inicial de la riqueza. Esta característica, en sí misma neutral, es consecuencia del segundo principio del teorema de bienestar de la microeconomía²¹. Pero cuando la misma se une al criterio adicional del respeto por el status quo –cuando se exige un Pareto superior respecto del estado actual–, quienes promueven la eficiencia normalmente terminan por beneficiar más a quienes actualmente tienen más recursos. Más importante aún es el hecho de que el sistema posneriano choca frontalmente con la igualdad pues en su versión de la eficiencia –que depende de los precios y por ende de las curvas de oferta y demanda– cuenta la “disponibilidad de pagar” de las personas, que es función, entre otras cosas, de la cantidad de bienes que tengan actualmente tales personas –incluyendo sus “derechos”–. De forma que, como consecuencia de que las personas ricas tienen más “disponibilidad para pagar” que aquellos que carecen de recursos, los primeros tienen un peso ponderado mayor que los segundos en la determinación de las soluciones eficientes²². De hecho, en el límite, aquellos que no tienen recursos no son considerados por la ecuación posneriana.

Pero estas críticas filosóficas y políticas a las versiones más conocidas de *law & economics* no implican que la eficiencia deba ser menospreciada. Por el contrario, ella sigue siendo un valor en extremo importante, aunque no el único por cierto²³. Siguiendo el sentido común y sin intentar elaborar una teoría de la justicia, creo que es posible formular la siguiente modesta afirmación: la eficiencia –la maximización del bienestar humano– es un valor equivalente y también subordinado a la justicia y la equidad. En efecto, este valor aparece al menos en dos niveles claves: el primero es en la combinación de eficiencia y justicia-equidad que como sociedad deseamos establecer. Dado que la justicia *puede* exigir un costo en términos de bienestar –costo que *puede* incluso ser muy alto– deseamos saber cuál es dicho costo y tomar la decisión respectiva informadamente. Por ejemplo, ¿cuánto estamos dispuestos, como sociedad, a invertir

²⁰ Vid. Samuels, Warren J., “Maximization of Wealth as Justice: An Essay on Posnerian Law and Economics as Policy Analysis”, en *Texas Law Review* N°60, pp. 147 y ss. (1981).

²¹ Los dos teoremas fundamentales de la economía de bienestar establecen que: *Primero*, la asignación de bienes en equilibrio perfecto constituye siempre un óptimo de Pareto; *Segundo*, cualquier asignación de bienes que sea un óptimo de Pareto es obtenible vía un equilibrio competitivo en la medida en que se parta de distintas distribuciones iniciales para cada actor antes de entrar al mercado.

²² Además, desde una perspectiva de *behavioral law & economics*, la asignación de un determinado recurso a una persona puede aumentar su “disponibilidad para aceptar” respecto a su “disponibilidad para pagar”. Esto se conoce como el “efecto de la dotación” (*endowment effect*): cuando un individuo es titular de un bien, el valor que le asigna a ese bien aumenta. Vid. Hoffman, Elizabeth y Spitzer, Matthey, “Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications”, en *Washington University Law Quarterly*, N°71, pp. 59 y ss. (1993); Hovenkamp, Herbert, “Legal Policy and the Endowment Effect”, en *Journal of Legal Studies* N°20, pp. 225 y ss. (1991), y más en general, Sunstein, Cass (Ed.), *Behavioral Law and Economics*, Nueva York, USA, Cambridge University Press (2000).

²³ En todo caso, hay áreas del Derecho que sí deben centrarse únicamente en la eficiencia, como por ejemplo, librecompetencia. En este sentido, es precisamente mérito de la escuela de Chicago el haber convencido al mundo que el análisis completo de los ilícitos en librecompetencia debe estar dominado por consideraciones económicas de eficiencia. Vid. Posner, Richard, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, USA, University of Chicago Press, 1976 (la segunda edición de 2001 sólo se llama *Antitrust Law*, y como explica Posner, este cambio se debe a que la perspectiva económica que él defendía frente a otras en 1976 es ahora la única comúnmente aceptada, *vid.* prefacio, p. vii y ss.); Él mismo, “The Chicago School of Antitrust Analysis”, en *University of Pennsylvania Law Review*, N°127, pp. 925 y ss. (1979). Vid. también, Hovenkamp, Herbert, “Chicago and Its Alternatives”, en *Duke Law Journal*, N°1986, pp. 1014 y ss. (1986).

en tener un sistema criminal que no condene *nunca* a un inocente? ¿Cuánto queremos invertir en carreteras seguras para salvar vidas humanas²⁴? ¿Cuánta redistribución consideramos apropiada sabiendo que ésta puede desincentivar el motor de la iniciativa privada²⁵? Segundo, decidida la combinación de eficiencia-justicia-equidad que queremos, o en otras palabras, decidido el grado de justicia-equidad que nos hemos propuesto obtener a pesar de su costo en términos de bienestar, la eficiencia vuelve a ser relevante, pues lo razonable es lograr dicho nivel de justicia de la manera menos costosa posible, esto es, sin despilfarrar recursos y sin asignarlos de una manera inapropiada²⁶.

El *law & economics* nos puede ayudar en ambos niveles, aportando conocimiento sobre las conexiones causales positivas que existen entre ciertas normas o principios del Derecho y los resultados que buscamos en el plano axiológico. Pero el *law & economics* no entrega una teoría de la justicia moralmente aceptable, por lo que los cultores de esta disciplina deben ser cuidadosos en distinguir la metodología de la filosofía y de la política. Y quienes todavía quieran afiliarse a las versiones de Posner o de Kaplow-Shavell, tienen por delante la dura tarea –por no decir imposible– de hacerse cargo de los demoleadores argumentos de Coleman (entre otros).

IV. Susan Rose-Ackerman: Hacia un *Law & Economics* compatible con el sentido común y que se tome en serio valores distintos a la eficiencia

La causa del *law & economics* no está perdida tras la crítica de Coleman²⁷. Si bien la influencia de Posner en el análisis económico ha sido considerable, el artículo de Susan Rose-Ackerman “Law & Economics: Paradigma, Política o Filosofía” da cuenta de que dentro del *law & economics* existen otras versiones que no tienen el profundo sesgo conservador de la escuela de Chicago. En efecto, Susan Rose-Ackerman y la escuela de *law & economics* de New Haven ofrecen una postura normativa con más sentido común y en definitiva con soluciones más adecuadas a las intuiciones morales de nuestra cultura jurídica continental. Como he señalado anteriormente, hasta hace muy poco los abogados nunca habíamos oído hablar de Pareto, Kaldor-Hicks, ni de la eficiencia económica, por lo que la teoría de la justicia de corte

²⁴ Salvar todas las vidas humanas es una solución cuyo costo exige probablemente prohibir el uso de las carreteras y de los automóviles.

²⁵ En el límite, el proyecto comunista-colectivista probó que no estábamos dispuestos a aceptar una completa redistribución de la propiedad; el costo de eficiencia fue demasiado alto (basta mirar la realidad de Europa del este antes de la caída del comunismo y la de Chile en el período 1970-1973). La utopía colectivista es demasiado cara, y el resultado final puede terminar siendo mucho más débil incluso en términos de justicia y equidad.

²⁶ Estos dos niveles son explicados por Mercurio, Nicholas y Medema, Steven G., *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton, USA, Princeton University Press, 1997, pp. 185-186 en los siguientes términos: “El uso normativo del criterio de la eficiencia puede tomar dos formas: como regla de ‘primer orden’, en la cual la eficiencia es uno de diversos fines o es el fin tomado en consideración por la política jurídico-económica que se persigue... El uso de la regla de eficiencia de ‘segundo-orden’ exige minimizar la función de costos sujeto a la limitación de que el nivel deseado de una cierta actividad a ser desarrollada sea tal que pueda lograrse el total de beneficios planeados. Por ejemplo, una vez que la sociedad ha determinado (sobre la base de, digamos, razones éticas o políticas) el nivel apropiado de reducción de polución, tal nivel debe ser alcanzado en la manera más eficiente posible”.

²⁷ De hecho, el autor no condena la metodología del análisis económico del derecho como tal, esto es, lo que él llama *law & economics* positivo (como opuesto a *law & economics* normativo). Vid. por ejemplo, Coleman, Jules, *Markets, Morals and the Law*, Nueva York, USA, Oxford University Press, 1998 y él mismo, *Risks and Wrongs*, Nueva York, USA, Oxford University Press, 1992.

economicista de Chicago difícilmente puede ser persuasiva en nuestras filas. Si bien es cierto que Rose-Ackerman no ofrece aquí una teoría filosófica en competencia con la de Posner, sí presenta una versión política y metodológica de *law & economics* centrada en la persona y preocupada no sólo por la eficiencia sino también por una distribución de la riqueza justa y equitativa. En concreto, lo que su artículo demuestra es que existen otras formas de análisis económico del Derecho que sí se toman en serio valores distintos a la eficiencia —especialmente la igualdad— y que no reverencian la distribución actual de la riqueza, el *laissez-faire* ni el abstencionismo estatal.

Al no estar ideológicamente comprometida con el *laissez-faire*, no es casualidad que esta modalidad de *law & economics* centre su atención en el Derecho público —en especial en el Derecho administrativo y en las regulaciones sectoriales— y no en el Derecho privado. En esto se distingue nítidamente de la escuela de Chicago: en vez de estudiar cómo se comporta el Derecho de contratos y de responsabilidad extracontractual *caso a caso* y centrar por ello la atención en la actividad de los tribunales, la visión progresista de Rose-Ackerman estudia la totalidad del mercado y de la industria y dirige el enfoque a la acción de los organismos administrativos a cargo de dar soluciones a los problemas sectoriales respectivos.

El programa de *law & economics* de la autora tiene tres objetivos básicos: a) definir las justificaciones económicas para la intervención estatal en la economía; b) analizar el comportamiento institucional político y burocrático de manera realista; y c) definir el rol que corresponde a los tribunales en el moderno sistema de políticas públicas²⁸. Para ello propone una combinación metodológica que una el análisis de las políticas públicas y el *Public Choice*; en otras palabras, el análisis económico del Derecho debe poner la lupa analítica tanto sobre las fallas de mercado como las fallas de gobierno.

Del análisis de las políticas públicas, Rose-Ackerman busca rescatar el estudio de las fallas de mercado, para lo cual parte de la base que el Estado tiene un rol muy importante que jugar frente a los problemas de eficiencia y equidad que los mercados no son capaces de resolver por sí mismos. Pero las intervenciones estatales que tienen por objetivo solucionar las fallas de mercado no son gratuitas, lo que se debe al hecho de que el gobierno también falla. Cualquier análisis serio tiene entonces que hacerse cargo tanto de las fallas de mercado como de las fallas de gobierno, partiendo de la base que, en términos generales, no hay recetas *a priori* que permitan determinar en qué casos las primeras son lo suficientemente profundas como para que la intervención estatal —incluidas sus fallas— produzca un balance general positivo²⁹. De forma que, gracias a los avances del *Public Choice*³⁰, la escuela progresista no parte de una concepción ingenua del comportamiento de los organismos públicos —léase Congreso y Administración Pública—, sino más bien lo contrario, esto es, una visión más o menos cínica, de acuerdo a la cual políticos y burócratas no persiguen el bien común o el interés general, sino que andan en la búsqueda de la maximización de sus propios intereses personales. Esto incluye el éxito en la siguiente elección, aumentar el poder del organismo público bajo su control, ascender en el escalafón funcional, etc.

²⁸ Vid. Rose-Ackerman, Susan, *Rethinking the Progressive Agenda. The Reform of the American Regulatory State*, Nueva York, USA, The Free Press, 1992, p. 3.

²⁹ *Idem*, p. 7 (“Cada una de estas fallas de mercado crea una presunción en favor de una intervención estatal, pero una que puede ser superada si es que el programa público resulta ser excesivamente costoso o ineficiente. Al promover la asignación eficiente de los recursos, los equilibrios o transacciones entre fines de eficiencia y de equidad determinan algunos de los desafíos más complejos para una visión progresista”).

³⁰ Un trabajo detallado y extensivo sobre el *Public Choice* en Mueller, Dennis C., *Public Choice III*, Nueva York, USA, Cambridge University Press, 2003.

El *Public Choice*, a pesar de tener cuatro premios Nobel entre sus filas³¹, no es conocido en nuestro medio. En términos muy aproximados, se lo puede definir como una especie de *law & economics* en ciencia política, esto es, como la aplicación de la economía y sus técnicas y metodologías a la ciencia política. Por eso se habla también de *ciencia política positiva* o *economía-política*. El *Public Choice* presenta al menos dos grandes áreas de estudio. Una rama más abstracta, conocida como *Social Choice*, estudia los mecanismos de elección o decisión colectiva, esto es, las formas que usamos para transformar un determinado conjunto de preferencias individuales en preferencias colectivas.

Esta línea de investigación, que incluye las “teorías de las votaciones”, comenzó con el trabajo pionero de Kenneth Arrow. Este economista demostró hace ya medio siglo, en el famoso teorema de la *imposibilidad* que lleva su nombre, que no hay manera de agregar preferencias individuales para generar preferencias colectivas de una manera no-dictatorial³². En otras palabras, salvo situaciones muy especiales, no hay manera de determinar el bien común o el interés general a partir de un conjunto de preferencias personales. Una gran consecuencia del teorema de Arrow es que la estabilidad que presenciamos en las decisiones públicas—esto es, la existencia de mecanismos capaces de romper los problemas de *circularidad* derivados del teorema de la imposibilidad—se produce al costo de introducir elementos normativamente insatisfactorios—injustos, incoherentes, dictatoriales, etc.—en el proceso de votación o de agregación de preferencias³³. De modo que el impacto de Arrow sobre el estudio institucional es de primer orden, pues si bien no destruye la democracia como tal, sí demuestra que falla y con ello echa por tierra cualquier confianza *ingenua* que podemos tener en las instituciones que toman decisiones colectivas³⁴.

³¹ Ellos son Kenneth Arrow, James Buchanan, Amartya Sen y George Stigler.

³² Vid. Arrow, Kenneth, *Social Choice and Individual Values*, Nueva York, Wiley, 1951; y “A Difficulty in the Concept of Social Welfare” en Arrow, Kenneth, *Collected Papers of Kenneth J. Arrow*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, Vol. 1, 1983 (publicado originalmente en *Journal of Political Economy*, N°58, pp. 328 y ss. (1950)). El teorema de Arrow demuestra que, salvo situaciones muy excepcionales, no hay manera de agregar preferencias individuales de más de tres personas cuando se disputan tres o más alternativas, de modo que se satisfagan las siguientes propiedades fundamentales (que constituyen el mínimo de requisitos que, de cumplirse, harían la agregación un producto razonable): a) transitividad: si A es preferido a B, y B sobre C, entonces A es preferido sobre C; b) unanimidad: A debe ser preferido a B cuando todos los sujetos prefieren A sobre B; c) independencia de alternativas irrelevantes: la elección entre A y B no es afectada por la introducción de una tercera alternativa; d) no-dictadura: ningún individuo puede tener un poder que le permita imponer sus preferencias a las de los demás.

³³ La conocida paradoja de Condorcet es un caso puntual de esta situación de circularidad. Pedro prefiere el proyecto A, luego el B, luego el C (en ese orden); Juan prefiere el proyecto B, luego el C, luego el A; Diego prefiere el proyecto C, luego el A, luego el B. Si se vota A contra B, gana A (Pedro y Diego prefieren A sobre B); si se vota B contra C, gana B (Pedro y Juan prefieren B sobre C); pero —he aquí la circularidad— si se vota A contra C, gana C (Juan y Diego prefieren C sobre A), debiendo haber ganado A por transitividad (A le gana a B y B le gana a C).

De manera que el resultado de la elección colectiva dependerá del procedimiento que los individuos de nuestro ejemplo usen para determinar el orden de las votaciones. En otras palabras, como cualquiera alternativa puede ganar, todo depende del orden que se establezca y de cuándo se determine dar fin al proceso. En términos muy generales, los seguidores del *Public Choice* reaccionan de dos maneras frente a este atributo de los procesos de decisión colectiva: a) de una manera cínica, al dar cuenta de que quienes manejan los procedimientos (*agenda setters*) determinan los resultados; b) de una manera agnóstica, al sugerir que cualquier cosa puede ser el resultado de un procedimiento colectivo.

³⁴ Vid. Mashaw, Jerry L., *Greed, Chaos, & Governance*, New Haven, USA, Yale University Press, 1997, p. 15 (“[El teorema de la imposibilidad de Arrow] nos dice que nunca seremos capaces de diseñar instituciones que reflejen el sentimiento mayoritario, si por tal entendemos una estructura de gobierno que pueda agregar preferencias personales en decisiones colectivas de manera intachable. Las teorías de votaciones nos enseñan que la democracia mayoritaria es necesariamente un proceso de compromisos y arreglos y que cualquier diseño institucional que elija promover la democracia va a tener necesariamente una relación problemática con nuestras aspiraciones normativas”).

Una segunda rama dedica su atención al estudio de los grupos de interés y su relación con las decisiones adoptadas por los legisladores y administraciones públicas. Parte importante del análisis del *Public Choice* parte aquí del supuesto que si bien cualquier grupo puede participar en el juego democrático, no todos los grupos son capaces de organizarse y operar en forma efectiva. La legislación es un “bien público” y esto permite que muchas personas reciban los beneficios generados por los promotores de tal cambio legislativo sin mover un dedo (esto es lo que se llama un *free rider*)³⁵. Es más, dado que la decisión racional de una persona es obtener los beneficios sin pagar los costos, los grupos potenciales cuyos beneficiarios son muchos y muy dispersos y que ganan muy poco frente a un eventual proceso regulatorio, no se forman. Por el contrario, conjuntos de personas o empresas con un número de integrantes más bien reducido y que se juegan mucho frente a un cambio normativo, tienen más facilidad para formar grupos de interés, pues ellos pueden producir bienes privados con los cuales premiar a los miembros del grupo o castigar de alguna forma a los *free riders*³⁶.

Lo importante de esta distinción es que grupos de interés que son de tamaño reducido y que no representan a la mayoría de la población pueden afectar el proceso político de una manera mucho más intensa dando lugar a un resultado anti-mayoritario. Es decir, tales grupos tienen los recursos, organización y la energía para obtener regulaciones que los favorezcan a costa de la mayoría de la población que no está organizada políticamente ni informada dados los altos costos que ello conlleva. De este modo, las teorías del *Public Choice* predicen que las normas creadas por el Congreso y la Administración normalmente beneficiarán a grupos de interés poderosos y de tamaño reducido y, por el contrario, rara vez a la población en general. Este tipo de análisis engarza así con el anterior más abstracto sobre teoría de las votaciones y refuerza la conclusión que el contenido del Derecho –en cuanto producto del proceso político– no está en general destinado a buscar el interés general sino el interés particular de los sujetos o grupos más poderosos. De esta forma, cualquier solución legal adoptada por el Estado está plagada de fallas derivadas de la imposibilidad de escapar a las distorsiones producidas por las fuerzas políticas³⁷.

Por cierto que el trabajo de los seguidores del *Public Choice* no se reduce sólo al estudio de grupos de interés, sino que en general se dedica a modelar positivamente Congresos, políticos, burócratas, partidos políticos, reguladores, etc., en cuanto maximizadores de su propia utilidad, cubriendo con ello un amplio

³⁵ *Vid. idem.*, p. 19.

³⁶ Los textos clásicos en este punto son Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Nueva York, USA, Harper and Row, 1957; y Olson, Marcus, *The Logic of Collective Action*, Boston, USA, Harvard University Press, 1965; una síntesis en Reisman, David, *Theories of Collective Action. Downs, Olson and Hirsch*, Londres, UK, The Macmillan Press, 1990.

³⁷ Uno de los ámbitos que el *Public Choice* estudia con detención son las regulaciones económicas. Para un panorama general y una teoría en particular, *Vid. Levine, Michael E. y Forrence, Jennifer L.*, “Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis”, en *Journal of Law, Economics and Organization*, N°6, volumen especial, pp. 167 y ss. (1990). Aplicando algunas de las teorías que intentan explicar este fenómeno, he estudiado la regulación de los ferrocarriles en Chile durante el siglo XIX y en particular el conflicto que enfrentó al Presidente José Manuel Balmaceda, al rey del salitre John Thomas North y a los demás productores de salitre entre 1880 y 1896. La captura de miembros del Congreso, de ministros y de políticos en general, y la lucha entre distintos grupos de interés son fenómenos que, estudiados bajo la luz de teorías sistemáticas, permiten entender con más precisión una faceta fundamental de la Guerra Civil de 1891. *Vid. Montt Oyarzún, Santiago*, “Balmaceda y la Nitrate Railways Company: La primera gran controversia regulatoria en Chile y su impacto en la Guerra Civil de 1891”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. VI N°2 (2004) (por publicar).

rango de temas y problemas relativos a procedimientos y organización del poder público. Es más, gracias al *Public Choice* el estudio de la parte orgánica del Derecho público en general y administrativo en particular vuelve a ser un tema fascinante y decisivo a la hora de enfrentar las cosas desde la perspectiva del diseño institucional. En síntesis, dadas las características tanto de los sistemas de decisión colectiva como de la operación de los sujetos y grupos en el sistema, los procedimientos y organizaciones resultan ser cruciales, en el sentido que tienen un fuerte impacto en la solución sustantiva que adoptan los entes públicos. O sea, procedimiento y organización importan, y mucho.

En definitiva, con su acento en el mercado y en la intervención estatal más que en los tribunales y en el Derecho privado, el *law & economics* presentado por Susan Rose-Ackerman ha producido resultados extraordinariamente interesantes en el estudio del Derecho público y sobre todo del Derecho administrativo. Un efecto que cabe destacar es el impulso que ha producido por eliminar la atención monotemática de esta disciplina por la revisión judicial de la actividad administrativa —tema que por cierto sigue siendo relevante, sólo que ya no el *único* relevante³⁸— y volver a considerar más cuidadosamente el diseño institucional de políticas públicas justas y eficientes. El objetivo es solucionar fallas de mercado pero con plena consciencia de las fallas de gobierno. Con ello, es posible pensar en desarrollar un Derecho público de naturaleza realista que pueda tener un compromiso serio no sólo con la eficiencia sino con otros valores como la igualdad.

No puede desconocerse que existe el peligro de que el *Public Choice* nos vuelva excesivamente “mal pensados” respecto al Estado y a la acción administrativa. Pero ello no es sino el riesgo aparejado a la adquisición de una visión y una metodología de naturaleza realista. Al final, el desafío es encontrar un término medio, una manera de utilizar las técnicas sobre las fallas de gobierno para diseñar procedimientos e instituciones que sean más democráticas, eficientes y justas. Como dice Mashaw, “la idea es tratar de encontrar un camino medio entre la fe ingenua en el interés público y la carrera cínica por eliminar cualquier tipo de acción colectiva [esto es, pública]... Necesitamos adoptar una postura más realista que nos permita usar las herramientas que nos proporciona la teoría del *Public Choice* sin sucumbir a la visión excesivamente negativa que habitualmente adopta”³⁹.

V. Conclusiones: Volviendo a las preguntas valorativas fundamentales que la dogmática y el formalismo han querido desterrar entre nosotros

Hasta aquí, la dogmática jurídica y más general el formalismo legal nos han hecho vivir en un mundo abstracto desvinculado de la realidad social y económica que nos rodea. Nos han hecho creer que la investigación en el mundo del Derecho debe reducirse exclusivamente al análisis *de lege lata*, esto es, a la sistematización y análisis de las normas positivas vigentes. Por el contrario, la crítica a la realidad normativa existente y la proposición y discusión de nuevas reglas —la investigación *de lege ferenda*— ha sido despreciada y relegada a un lugar indigno.

³⁸ Sobre la necesidad de ir más allá del enfoque clásico centrado en el control judicial de tipo “negativo” —control del ejercicio del poder estatal dentro de la legalidad— en el derecho administrativo, *vid.* el trabajo pionero de Stewart, Richard, “The Reformation of American Administrative Law”, en *Harvard Law Review*, N°88, pp. 1667 y ss. (1975).

³⁹ Mashaw, *supra* nota 34, p. 31.

Es importante tomar conciencia del resultado al cual nos ha conducido esta estrategia. A lo largo del siglo XX, sobre todo después del advenimiento del Estado Social y de las metas materiales de desarrollo social y económico que éste se ha propuesto, los abogados hemos ido perdiendo terreno frente a otras profesiones, especialmente ingenieros y economistas. De hecho, estamos ahora casi complemente eliminados del debate y desarrollo de las políticas públicas y del diseño institucional —nuestros baluartes en el siglo XIX—, pues ya no contamos con las herramientas necesarias para comprender el mundo que nos circunda.

Más grave aun, una de las consecuencias del dominio irrestricto de la dogmática jurídica y del formalismo es la reducción de los abogados a la defensa del status quo y con ello a la *tiranía del pasado*. De este modo, la metodología clásica del Derecho y sus alcances normativos parecen adecuados para preparar abogados dedicados a la defensa de la asignación actual de las riquezas y derechos. Incluso, aunque en menor grado, para servir como jueces. Pero no para preparar alumnos y más en general, personas, que estudian el Derecho en su dimensión axiológica de cara al mundo concreto que les (nos) toca vivir. ¿O es que todos estamos satisfechos con la sociedad chilena tal como esta se nos presenta en la actualidad?

El *law & economics* tiene el mérito de obligarnos a volver la mirada a asuntos sustantivos que van más allá del mundo formal de la dogmática. En este sentido, es sólo una muestra de los resultados que pueden obtenerse al poner en contacto al Derecho con las demás ciencias sociales. En este caso, la visión sustantiva que aporta la Economía como ciencia nos obliga a hacernos preguntas fundamentales sobre justicia y eficiencia: qué organizaciones, qué competencias, qué técnicas son las justas y apropiadas para lograr en forma eficiente *verdaderos* fines de interés general. Acercamientos similares al Derecho desde otras ciencias sociales también pueden generar fecundas visiones y críticas del mundo que nos toca vivir. El tema es siempre el mismo: volvamos a formularnos las preguntas de justicia y equidad que la dogmática ha querido desterrar de entre nosotros.

Por cierto que hay peligros ocultos en este tipo de empresas. Para aquellos que andan buscando santos a los cuales entregar su devoción académica, es fundamental entender que el *law & economics* no responde las preguntas fundamentales de teoría política y filosófica. Los artículos de Coleman y Rose-Ackerman son clarísimos a este respecto: salvo que se esté dispuesto a adoptar una visión del mundo muy extremista, no hay manera de reducir los problemas filosóficos fundamentales a un conjunto formal de técnicas de análisis económico basadas en la eficiencia⁴⁰. La metodología del análisis económico entrega información valiosísima a cualquier aproximación al Derecho, pero eso es distinto a resolver las preguntas fundamentales⁴¹. Parece ser que no hay manera de convertir categorías deónticas como la autonomía

⁴⁰ El *law & economics* ni siquiera puede pretender realmente reemplazar los aspectos del formalismo tradicional que conforman el núcleo de nuestra manera de argumentar y hacer Derecho. Vid. Ackerman, Bruce, "Law, Economics, and the Problem of Legal Culture", en *Duke Law Journal* N°1986, pp. 929 (1989), en donde distingue un *law & economics fuerte* e imperialista —que corresponde a los Chicagos—, que creen que esa es la única manera de hacer Derecho, y una versión *débil*, que afirma que el análisis económico debe jugar un rol importante, pero no único ni absoluto en el discurso legal; "su principal tarea es integrar la gramática del *law & economics* en las formas más tradicionales del discurso legal, produciendo con ello una concepción más variada y rica de argumentación legal" (*Id.*, p. 903). Esta versión débil es la que defiendo aquí en este artículo.

⁴¹ Como dice Johnston, Jason Scott, "Law, Economics, and Post-Realist Explanation", en *Law & Society Review*, N°24, pp. 1221 (1990), "el modelo económico no es suficiente: debe ser enriquecido por una comprensión de los contextos sociales y culturales dentro de los cuales opera el Derecho y la Economía".

personal en curvas de utilidad. En todo caso, es muy probable que al traernos de vuelta a lo esencial, el *law & economics* sí nos lleve a concluir precisamente que la justicia social es más importante que los mercados libres⁴².

Puesto entonces el Derecho en contacto con otras humanidades, y vistos los fructíferos resultados que pueden resultar de una visión no conservadora de *law & economics*, termino este comentario con una de las preguntas básicas de educación jurídica que surge directamente a partir de estas reflexiones: ¿qué clase de abogados queremos formar en nuestras escuelas de Derecho? Mi impresión es que debemos reempezar a educar a nuestros estudiantes de Derecho a fin de que culminen la carrera no sólo aptos para desempeñarse en la práctica más rudimentaria del ejercicio libre de la profesión, sino para su futura participación en la sociedad como políticos, miembros de la administración pública, jueces, profesores, etc. Desde una perspectiva docente, el análisis económico del Derecho, lejos de ser una actividad esnobista, nos ayuda a educar personas que sean capaces de mirar la sociedad y ver de qué manera el Derecho puede ser una herramienta de consecución de fines nobles, de autonomía personal, de crecimiento económico y de justicia social. La repetición memorística de los Códigos y la defensa tácita del *status quo* que resulta de la dogmática son inaceptables en una sociedad como la nuestra que dista de ser justa; en otras palabras, la educación legal no puede ser tributaria de un estado de cosas tan mediocre como el actual. No debemos olvidar las metas que nos exigió Andrés Bello al fundar la Universidad:

A las facultades de leyes y ciencias políticas se abre un campo el más vasto, el más susceptible de aplicaciones útiles. Lo habéis oído: la utilidad práctica, los resultados positivos, las mejoras sociales, es lo que principalmente espera de la Universidad el gobierno; es lo que principalmente deben recomendar sus trabajos a la patria⁴³.

⁴² Vid. Sunstein, Cass, *Free Market and Social Justice*, Nueva York, USA, Oxford University Press, 1997, p. 9 (“El logro de metas de justicia social constituye un valor más alto que la protección de los mercados libres; los mercados libres son meros instrumentos a ser evaluados conforme a sus efectos”).

⁴³ Andrés Bello, “Discurso pronunciado en la instalación de la Universidad de Chile”, en Silva Castro, Raúl, *Antología de Andrés Bello*, Santiago, Chile, Zig-Zag, 1965, p. 157.