

Sobre el análisis económico del Derecho

Por PALOMA DURAN Y LALAGUNA

Castellón

Cuando el Prof. Gil Cremades me sugirió la posibilidad de plantear un debate sobre el análisis económico del Derecho que analiza Pedro Mercado Pacheco, la propuesta me atrajo por múltiples motivos.

De entre ellos, son dos los prioritarios. En primer lugar, el análisis económico del Derecho oferta una definición del Derecho y de la justicia que rompe con toda la tradición jurídica: y ello implica la necesidad de una mayor atención al tema por parte de la Filosofía del Derecho. Las consecuencias del análisis económico, y su proceso de estructuración reclaman una respuesta desde nuestra área.

Y en segundo lugar, el libro de Mercado Pacheco —*El análisis económico del Derecho. (Una reconstrucción teórica)* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1994, 292 pp.— es una de las pocas obras en las que al rigor, se une una buena sistemática, que facilita lo que el libro, en palabras de Mercado pretende: estudiar el análisis económico del Derecho (AED) desde dentro y hacer una reconstrucción teórica.

Con todo, debo decir que no resulta fácil plantear un debate sobre un tema cuyo enfoque y planteamiento crítico se comparte totalmente. De modo habitual, se debate sobre cuestiones en las que no se está de acuerdo. En este caso, coincido con la visión crítica que mantiene Mercado, a pesar de señalar que pretende una reconstrucción teórica.

El libro contiene una versión revisada de la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de Granada, y dirigida por Mariano Maresca. Incluye un total de seis capítulos, en los que recoge una caracterización general sobre el AED; un estudio de los presupuestos económicos

que se mantienen en la teoría económica que se utiliza como presupuesto del AED; y por último, el análisis de una cultura americana, que ha permitido la incorporación del AED en el marco del Derecho anglosajón.

- I. *El primero de los capítulos está centrado en describir qué es el AED, y cuáles son las circunstancias que lo especifican.*

Aunque Mercado atribuye el nacimiento del AED al teorema de Coase en 1960, me parece necesario tener en cuenta que dicho teorema está avalado con las publicaciones previas de Gary Becker. Sobre todo, con su tesis doctoral, defendida en 1955, (Becker, *The economics of discrimination*, The University of Chicago Press. Chicago-London, 1957) donde ya oferta la necesidad de elaborar un estudio económico de parcelas del comportamiento humano, que no se habían considerado propiamente mercantiles, y que consecuentemente habían quedado al margen del estudio económico.

La referencia a Becker (que Mercado incluye en el segundo capítulo, al tratar del enfoque económico y el AED) es importante, ya no sólo por la novedad de su planteamiento, sino porque vino a presentar lo que después sería la conclusión más acertada acerca del AED: que se trata de un estudio *parcial* del Derecho, en la medida en que no pretende un estudio interdisciplinar, sino la sustitución de la justicia por la eficiencia; y derivadamente, la hegemonía de los criterios económicos sobre los propiamente jurídicos. Conclusión que el propio autor describe inicialmente (p. 25), y no confirma hasta el final de su trabajo: «El AED se presenta a sí mismo como una teoría interdisciplinar; sin embargo, en su propuesta no hay interdisciplinariedad o complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, sino sustitución de un saber por otro» (p. 276). Por este motivo, la historia del AED, aun siendo éste un dato descriptivo, quizá debería iniciarse con los argumentos de Becker, antes que con Coase. Sobre todo, cuando posteriormente, el propio Mercado afirma que la fundamentación teórica del AED en Posner constituye una mera repetición de los argumentos que utilizó Becker para legitimar la extensión del enfoque económico (p. 89).

Mercado lo reconoce después, explícitamente: «El AED lo que hace es establecer el derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico. Esto implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y en segundo lugar, significa que la racionalidad de la que se dota a las normas y al sistema jurídico en su conjunto es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad» (p. 34).

Siendo esto tan claro, la reducción que oferta el AED es obvia; y por tanto, no parece posible seguir manteniendo que se trata de un es-

tudio interdisciplinar del Derecho. Por ello, resulta un tanto contradictorio el intento de Mercado de buscar una justificación al AED en el ámbito del Derecho anglosajón. Su tarea de búsqueda y reconstrucción teórica del AED termina en la misma conclusión que ya plantea en su propuesta el propio Becker: el AED presenta una definición *económica* del Derecho. Cosa bien distinta de presentar un estudio de las relaciones entre Derecho y economía.

Quizá en este primer capítulo, aun siendo descriptivo —como ya se ha dicho—, hubiera sido necesario a mi juicio un estudio de la racionalidad económica, que el autor hace después, al plantear la teoría económica constitucional, y el paradigma del *homo oeconomicus*. Seguramente no es sólo un problema de interdisciplinariedad, sino aún más de fondo, cual es cuestionar si es viable utilizar los parámetros de la racionalidad económica para trasladarlos al Derecho, y entender como válida la previsión del comportamiento de cada sujeto. Entre otras cosas, la aplicación de esta versión de la conducta humana es lo que ha potenciado la transformación de uno de los conceptos jurídicos más conflictivos, que es el de la responsabilidad.

De hecho, el AED en la denominada escuela de Yale nace no sólo como liberal-reformista, para contraponer los argumentos radicales, sino más bien por la vía de los hechos, como una necesidad de resolver un problema concreto en USA, que es el de la responsabilidad civil. De hecho, las obras de Calabresi casi monográficamente están dedicadas a este tema, concretamente en los casos de accidentes. El profesor de Yale, de hecho, ha planteado sus estudios de AED de un modo muy distinto a como lo ha hecho Posner en Chicago. Si éste ha introducido el AED por la vía de la práctica jurídica, a través de su actuación judicial, aquél lo ha hecho como una alternativa a la crisis del sistema vigente para explicar la responsabilidad civil.

Más aún, las derivaciones posteriores del AED han extendido su ámbito de actuación. Y ello ha llevado a Posner a afirmar que el AED es el único modo de estudiar y enfocar el Derecho; mientras Calabresi ha defendido que es un modo más de estudiarlo.

Además de ello, otra de las distinciones entre estas dos escuelas es la defensa de teorías económicas algo diferenciadas; de hecho, Calabresi se sitúa en la tradición de Pigou, y por ello, admite cierta intervención estatal, que está totalmente rechazada en los argumentos de Posner.

En este capítulo, Mercado plantea una panorámica general del AED. Y a mi juicio, propone dos cuestiones, que comparto totalmente:

- a) el AED no es un movimiento que pretenda estudios interdisciplinarios del Derecho, sino más bien la hegemonía de la economía sobre todas las ciencias sociales.
- b) la definición de la eficiencia como criterio de justificación del sistema, que Mercado califica de posición utilitarista. Precisamente porque llega a utilizar este calificativo (p. 55), a mi jui-

cio, hubiera completado esta panorámica una referencia a la obra de Bentham y Smith, como pilares de toda la construcción teórica que sostiene al AED.

- II. *En el segundo capítulo, Mercado analiza el fenómeno imperialista en la ciencia económica. Fundamentalmente constata la extensión de la economía como ciencia prioritaria de la sociedad, con las consecuencias que de ello se derivan.*

El proceso de la hegemonía económica, se desarrolla de modo paralelo al del AED. Pero se utilizan fundamentalmente las referencias de Posner para justificar el auge y desarrollo del movimiento. Sin embargo, aún siendo Posner el más radical de los defensores del AED, quizá no es único su enfoque histórico. De hecho, Mercado utiliza la definición que Posner ofrece del AED, y sus referencias a las fuentes del mismo, lo que identifica plenamente AED y Posner. Si bien, posteriormente, introduce algunos matices, que comparto plenamente, respecto a dos cuestiones:

- a) la falta de referencias al análisis marxista del Derecho; y a la influencia del institucionalismo, que delimita todo el denominado realismo americano (p. 70).
- b) las diferencias que Posner propone entre el antiguo y el nuevo AED, marcando una continuidad en lo que él entiende como relaciones entre Derecho y economía. Esta continuidad es criticada rigurosamente por Mercado, entendiendo el AED como una nueva metodología, con una fecha de nacimiento bien determinada (p. 72).

En este sentido, el *íter* elaborado por Mercado es muy esclarecedor, y dibuja un panorama clarísimo de lo que significa el AED. La articulación de los argumentos de Becker (aunque ya he señalado que en mi opinión deberían ser previos al estudio descriptivo del AED), derivan en una conclusión que es la mejor de las críticas al AED y a su fundamentación: la extensión de la economía a toda la realidad social hace que el objeto de la economía se universalice, convirtiendo a aquélla en una ciencia sin objeto, de manera que «lo que caracteriza a la economía no es su objeto de conocimiento sino su modo de operar analíticamente» (p. 79), y consecuentemente «la condición de posibilidad del imperialismo económico, y por tanto, del AED es la implantación del modelo de *homo oeconomicus* como figura con carácter universal, o lo que es lo mismo, la *reducción de la acción del hombre a un motivo exclusivamente económico*» (p. 90).

Las referencias a la ficción del *homo oeconomicus* tienen su origen en el nacimiento de la ideología moderna, que según Mercado, justifica la transformación de las sociedades premodernas —en las que

prevalece el principio económico de autosuficiencia— a las sociedades modernas —en las que prevalece el principio económico de acumulación de riquezas— como un fenómeno natural. Lo cierto es que más que justificar el proceso «naturalmente», el cambio se produce en un contexto histórico muy concreto. La pretensión era terminar con los esquemas del sistema feudal, y establecer un sistema de igualdad. Pero ese cambio no podía ser fortuito y radical. Seguramente por ello, se sustituye el poder de la autoridad feudal por la intervención de «una mano invisible», que no se sabe muy bien de qué modo, «organiza» la distribución de bienes en la sociedad.

Precisamente por ello, entiendo que hubiera sido necesario en este capítulo una referencia a la obra de Bentham y de Smith, que al fin y al cabo, hacen de pilares para estructurar una propuesta que se desarrollará hasta nuestros días, acumulando progresivamente protagonismo.

«En nombre de la ciencia se ha de renunciar a hablar de la realidad de la conducta de los individuos, la economía sólo habla de una ficción» (p. 123). Está servido el reduccionismo del AED. Y en este sentido, los argumentos de Mercado en este capítulo son brillantes. La conclusión de que la teoría económica no explica la realidad (p. 121) es la crítica más acertada a Posner, en su intento de presentar sus postulados como el colmo del rigor científico, reforzándolos incluso con argumentos metajurídicos.

Este capítulo es a mi juicio mucho más enriquecedor que el anterior. En primer lugar porque no se trata sólo de una descripción —como se ha hecho en el capítulo anterior— sino de un intento de iniciar una reconstrucción, que difícilmente tiene soporte en la realidad social; y en segundo lugar, porque Mercado elabora una crítica que desmenuza cada uno de los elementos de la hegemonía económica, y que habría que calificar de rigurosa.

III. *El tercer capítulo completa el estudio de los presupuestos económicos de la teoría económica del Derecho, que se utiliza como presupuesto del AED. Según Mercado, la extensión de la economía a todos los ámbitos de la conducta humana, va unida a otro fenómeno importante: «la toma en consideración de los procesos de toma de decisiones y de las instituciones jurídicas y políticas como variables a tener en cuenta en todo análisis económico» (p. 127).*

En esta línea, uno de los puntos de arranque a estudiar es el de las externalidades, que sirven de puerta para analizar las consecuencias económicas de las regulaciones jurídicas.

Concretamente, y por relación al Derecho, las dos cuestiones cruciales serán:

- a) los límites entre externalidades relevantes e irrelevantes, que servirán para señalar la distinción entre actividades lícitas e ilícitas.

- b) los remedios institucionales para internalizar las externalidades, es decir, cuáles serán los mecanismos más idóneos de defensa de derechos subjetivos sobre recursos escasos.

Es precisamente en el tratamiento de las externalidades donde se muestran de modo claro las dos posiciones del análisis económico del Derecho, que parten respectivamente de aceptar los argumentos de Pigou, o de apoyar incondicionalmente a Coase.

Pigou entiende que el mercado es ineficiente en la asignación de los recursos, y por tanto es necesaria la intervención estatal. Afirma que el Estado sería la instancia externa que podría exigir un pago o compensación para internalizar las externalidades. Sin embargo, Coase entiende que las externalidades no son un problema de mercado, sino una cuestión a resolver por las partes, lo que implica que el Estado carecería de competencia para la intervención.

Además de esta diferencia, hay que señalar que Pigou parte de una visión que Mercado califica de «optimista», al señalar que el Estado no provoca costes de transacción; mientras que Coase llega a defender que no es el mercado el que falla y produce esos costes, sino la estructura institucional estatal (p. 142).

Esta perspectiva distinta es la que marcará la pauta en muchos puntos para distinguir entre la escuela radical del AED, y la escuela liberal-reformista. A pesar de las divergencias respecto al papel del Estado, hay que decir que tanto en un caso como en otro, y por lo que al Derecho se refiere, centran todo el estudio en el Derecho Privado; y de hecho, son las instituciones de Derecho Privado las que hacen viable el sistema: la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil. El sistema jurídico se convierte así en un meta-mercado institucional «con una función instrumental explícita de asignación y distribución de recursos de acuerdo con las exigencias de la eficiencia económica» (p. 148).

De esta manera, la cuestión no está en la protección de los derechos de los sujetos, sino en qué derechos hay que proteger y cuales no. Consecuentemente, el objeto de la decisión jurídica es la elección, «la decisión sobre qué derechos privilegiar» (p. 156).

El proceso por tanto, ha derivado desde las externalidades hasta la consideración de todo el Derecho en Derecho Privado, para terminar definiendo económicamente todos los derechos subjetivos. De esta manera, Mercado concluye magistralmente que las normas jurídico-privadas se convierten en normas constitucionales, y definen los principios de actuación del Derecho Público (p. 147).

IV. *Los tres últimos capítulos están destinados a estudiar los presupuestos y condiciones de la cultura jurídica americana que hacen posible la incorporación del AED en el contexto del Derecho anglosajón.*

Si en los anteriores capítulos, Mercado ha descrito, argumentado, y criticado (dejando claras las insuficiencias del AED para explicar toda la

realidad social), en estos tres capítulos parece cambiar de planteamiento. Quizá es una apreciación subjetiva, pero da la impresión de que en un intento de buscar el marco cultural en el que nace, se desarrolla y estructura el AED, Mercado intenta también *justificar* el AED.

Con independencia de que ello sea o no criticable, puede resultar contradictorio con la posición de los capítulos anteriores. En los que lejos de justificar, ha dejado clara constancia de las deficiencias del movimiento.

Podría entenderse que los tres últimos capítulos buscan la reconstrucción teórica que se pretendía desde el inicio, pero en cualquier caso, resulta diferente —al menos, esa ha sido mi lectura— la posición del autor en estos capítulos.

Con todo, la exposición y propuesta de esos parámetros del AED es brillante y sistemática. Y sobre todo, da razón de lo que ha sido un movimiento que lejos de centrar su influencia en el ámbito anglosajón, se ha introducido en el Derecho continental, por la vía de los hechos, como una posible solución a problemas jurídicos concretos.

La reconstrucción de Mercado se inicia con un repaso a la recepción del AED en Europa: «la integración del AED en el trabajo del jurista europeo sería un síntoma de apertura a la realidad social, y a las consecuencias económicas de las normas jurídicas» (p. 170). Efectivamente, la incorporación de otras ciencias sociales al estudio del Derecho sería un fenómeno aplaudible, porque facilitaría la adecuación entre derecho y realidad social. Pero el problema —como se ha visto— es que el AED no pretende un estudio plural de las relaciones entre el Derecho y la economía, sino más bien un estudio exclusivamente económico del Derecho. Muestra de ello es el argumento de Polinsky sobre la primacía de la justicia o de la eficiencia en la calificación de las normas jurídicas, entendiéndolo que la segunda confirmará la primera: si la norma es eficiente, será justa. El argumento recuerda la falacia de la mano invisible, agravado por el hecho de situar la discusión en un entorno en el que se recurre a la economía como la mejor muestra de rigor científico.

Una vez más, los argumentos no suelen ser blancos o negros. Sin embargo, en este caso, es diferente afirmar la necesidad de considerar los efectos económicos de las normas jurídicas, de optar por el imperio de la economía en el ámbito jurídico, perdiendo sus presupuestos específicos.

Quizá lo discutible es si tanto la economía como el derecho pueden pretenderse con un carácter autónomo. Diría que es necesaria la relación entre ambos ordenes normativos, pero la relación difiere de la confusión y de la identificación, como pretende explícita o implícitamente el AED.

Dicha relación no implica la defensa del formalismo, que es el objeto central de crítica tanto en el AED como en el movimiento de **Critical legal studies**, (CLS), al que también Mercado presta atención.

La incorporación de otras ciencias sociales al estudio del Derecho es ciertamente una necesidad. Máxime cuando los planteamientos formalistas han perdido su apoyo, por no respetar la realidad social. Pero en la línea de los argumentos anteriores, la referencia a otras ciencias sociales no se interpreta en términos de totalidad. Lo que se pretende es un estudio interdisciplinar, que es precisamente el que margina el AED por la vía de la *praxis*.

En el contexto americano, y tal como Mercado explica acertadamente, no se puede omitir que la autonomía del Derecho ha sido el tema central de estudio en este siglo. La crítica realista al formalismo, propone un estudio detenido, y una propuesta detallada de la función del derecho en la sociedad.

Los argumentos posteriores en favor del consenso político, marginaron parcialmente las propuestas realistas, y como sugiere Mercado el derecho se consideró autónomo, no por la naturaleza propia del objeto de estudio, sino por su propia funcionalidad como técnica social (p. 194). Surgió así la denominada escuela del proceso legal, en un intento de combinar realismo y formalismo, a través del criterio del «interés público». Con ello se confirma la autonomía del derecho, que aún entendiendo necesaria la referencia a las demás ciencias sociales, no las incorpora a su análisis.

Es por ello que Mercado justifica la aparición del AED como una teoría renovadora del discurso jurídico. «La situación política de finales de los sesenta y del inicio de los setenta, marcada por el movimiento de los derechos civiles, el conflicto racial, los movimientos de protesta del sesenta y ocho y la guerra del Vietnam, no eran el escenario más propicio para que una visión del Derecho como técnica neutral y benévola pudiera seguir sobreviniendo» (p. 202).

Efectivamente, AED y CLS se presentan como alternativas a la crisis en la que el Derecho claramente se encuentra.

Sin embargo, este proceso que Mercado analiza magistralmente, tiene un elemento importante, y es que la autonomía del Derecho queda sustituida por la autonomía de la economía. Leyendo el proceso americano —que Mercado describe en las pp. 204 y ss.—, se asume que el AED ofrece una alternativa al problema planteado en el ámbito jurídico. Sin embargo, en mi opinión, el AED lo que potencia es el cambio de una hegemonía por otra. Más aún, resulta contradictorio en el argumento de Mercado, su propia afirmación de que Posner no trata de destruir la visión doctrinal del Derecho, sino completarla (p. 207). Pero en la práctica, no hay un intento de integración sino de sustitución, que termina poniendo en primer lugar a la eficiencia, sobre la justicia, como finalidad de todo sistema jurídico. Y en esa línea, Mercado llega a decir que «el AED aporta un análisis sistemático y global de la estructura del sistema jurídico americano» (p. 208).

Sin embargo, los calificativos de «global» y «sistemático» son en mi opinión, poco acordes con la realidad. Máxime cuando ha quedado

clara constancia de que el AED propone una visión reducida de la conducta humana, al interpretarla siempre desde la racionalidad económica.

La sistemática y la visión *overall* no son precisamente las características del AED. Al menos, esa opinión ha sido también avalada por Mercado en otros apartados de su trabajo.

Para remarcar este intento de justificar el AED, que me parece desproporcionado, Mercado llega a afirmar, haciendo un resumen de lo que significa el movimiento: «El AED es la “promesa feliz” de una teoría del derecho y de la justicia, “realista” en su adaptación al mundo de la escasez, “científica” en la descripción del derecho, “segura” en la justificación de las decisiones judiciales apelando a un criterio “técnico y neutral” como la eficiencia económica» (p. 210). Obviamente, no se pueden sacar estas referencias de su contexto, y por ello entiendo que estas afirmaciones están moderadas por la crítica que en la primera parte Mercado propone a los presupuestos del AED.

Las características más significativas de esa «promesa» son las que se analizan en los dos últimos capítulos del libro.

Como nueva forma de retórica legal, el AED es apoyado en primer lugar, desde el constructivismo de Ackerman. Este autor proponía buscar un fundamento de hecho para reconstruir la teoría legal, de modo acorde con el Estado intervencionista. Eso sólo será posible, a su juicio, con el AED. Y más allá del AED, los presupuestos de la teoría de la justicia que se utilizarán serán los de la obra de Rawls.

Sin entrar a debatir las paradojas de la obra de Rawls, y el hecho de que haya sido utilizado tanto en los argumentos capitalistas como en los socialistas, en mi opinión, la moderación de Ackerman respecto a Posner no se debe al lugar que atribuye a la economía, sino más bien a la aceptación de la intervención del Estado. Utilizando los argumentos de Coase, Ackerman entiende que el problema jurídico relevante es «determinar quién debe ser responsable de minimizar los costes asociados al conflicto entre los diversos usos de los recursos» (p. 218). De esta manera, Ackerman propone un enfoque estructural y sistemático, de modo que los conflictos se resuelvan en el contexto de las relaciones estructurales que dan lugar a que ese conflicto exista.

Sin embargo, este razonamiento pone en tela de juicio la definición de lo que sea jurídicamente la responsabilidad. Aunque Mercado no entra en este momento a analizar dicho concepto, lo cierto es que el constructivismo terminaría asumiendo la responsabilidad objetiva, para suplantarla a la responsabilidad por culpa, que sería difícilmente justificable en su planteamiento estructural. Aunque en algunos sectores del ordenamiento jurídico, la primacía de la responsabilidad objetiva podría ser una solución, lo cierto es que, a mi juicio, esa sustitución no es extensible a todo el derecho. Más aún, pienso que la interpretación de la responsabilidad es uno de los puntos más criticables al AED, y probablemente una de las razones que me han movido a no aceptar como válida una propuesta jurídica que prescinde de la referencia a la finalidad de la acción, y derivadamente al sentido de la justicia.

Con ello, no discuto los argumentos descriptivos de Ackerman, que Mercado propone en este apartado. Entiendo que en el contexto global del libro, no es asumido este enfoque estructural. Pero aún así, me parece que el argumento de Ackerman no es sólo criticable por su propuesta estructural, sino fundamentalmente por su punto de partida: haciendo suyos los planteamientos de Coase, Ackerman entiende que la función del sistema jurídico es la asignación eficiente de los recursos. En mi opinión, esa sería solamente una de las múltiples funciones que, en su caso y dando por hecho los presupuestos netamente capitalistas, habría que atribuir al Derecho.

Las consecuencias en la decisión judicial, avalan la crítica que ya se ha hecho. De acuerdo con Ackerman, el AED rompe la bilateralidad tradicional del Derecho (las partes en conflicto, y el juez), para fijar como objetivo del juicio la alternativa jurídica que maximice el bienestar o la riqueza de todos los que participan en el conflicto. En este sentido entiende Mercado que el AED reformula la finalidad del sistema jurídico, lo que significa que las externalidades, y la función judicial son consecuencias de dicha reformulación (p. 223).

La aplicación de la racionalidad económica a la teoría del Derecho lleva consigo una propuesta que Mercado denomina «conductista», y que margina la finalidad propia del operador del Derecho. Mientras el economista busca un «modelo», el jurista pretende una solución *ad hoc*. Esta afirmación de Mercado confirma su posición crítica, que comparto plenamente.

Según los argumentos del AED, «la fuerza normativa de una norma jurídica proviene de que traduzca la decisión eficiente, ya que si no es así, las partes negociarían el acuerdo que maximice sus intereses de la forma más óptima» (p. 254). Esto significa que los destinatarios de la norma pasan a ser los creadores del derecho.

De esta manera, según Mercado, el sistema jurídico tiene una función meramente instrumental; y el sistema jurídico deja de ser un conjunto de obligaciones y prohibiciones provistas de sanción, para pasar a ser un sistema de incentivos de determinados cursos de acción: de la teoría imperativa se pasa a la incitativa.

Así, el AED concibe el derecho como una teoría de la acción, aunque habría que especificar que se trata de una acción concreta y determinada: aquélla que produce unos efectos económicos, y que en todo caso se justifica y fundamenta en los elementos que definen la racionalidad económica.

El proyecto del AED es transformar la teoría jurídica, adaptando nuevos instrumentos y medios que respondan a las necesidades sociales, y que se justifiquen sobre los nuevos valores de la sociedad: obviamente, en esta línea de argumentación, el nuevo valor social por excelencia es la eficiencia económica (p. 273).

Habría que recordar, sin embargo, que la eficiencia económica no es propiamente un nuevo valor social. Más bien habría que entenderlo

como un calificativo para mantener los argumentos capitalistas, aunque probablemente reformulados.

Aunque Mercado señala que «el AED relegitima el discurso jurídico mediante su adaptación a la realidad de las sociedades contemporáneas» (p. 274), sería necesario definir los términos de la legitimación; y sobre todo, de qué sociedades contemporáneas estamos hablando. Ello porque el AED no es solamente una teoría del Derecho, o si se quiere, una alternativa, o una redefinición, sino que sobre todo es un reflejo de una ideología y de un modo muy concreto de definir al individuo y a la sociedad.

El «rigor» pretendido en el contexto del AED no ha sido respetuoso con la realidad, porque ha ofrecido una visión parcial no sólo del Derecho, sino del propio comportamiento humano. Por ese motivo, se puede entender que haya suscitado numerosas críticas no sólo en el ámbito jurídico que nació, sino también en el área continental. Quizá en ésta, con más motivos.

Con todo, resulta aplaudible la calificación de Mercado, al denominar al AED, el *NUEVO DOGMATISMO*, que «nos resucita el mito del mercado y de la eficiencia como modelo y criterio de organización social» (p. 284). Por eso, el AED no sólo no explica la realidad, sino que la reduce; y en definitiva sustituye el formalismo jurídico por el económico, desdibujando toda la realidad social.

IV. *Hasta aquí, el contenido y los argumentos del libro de Mercado. En muchos de los temas que se han ido tratando, es difícil diferenciar cuándo el autor describe la teoría del AED, y cuándo utiliza sus argumentos.*

El intento de reconstrucción teórica del AED está conseguido, y habría que decir que el libro de Mercado es una buenísima aportación al estudio del AED. Efectivamente, el movimiento es estudiado *desde dentro*, con referencias bibliográficas y documentales interesantísimas.

Sin embargo, esa reconstrucción teórica, a mi juicio exige una sistemática crítica. Aunque en la introducción el autor afirma que antes de valorar críticamente el AED, hay que estudiarlo desde dentro, quizá hubiera completado el trabajo una versión crítica. «Lo que aquí se propone es un intento de reconstrucción histórica desde su propio contexto teórico y cultural de cuáles son las condiciones de posibilidad de nacimiento, desarrollo e institucionalización del AED, desde el convencimiento de que sólo después de realizar ese estudio podríamos estar en condiciones de responder a esas preguntas perentorias» (p. 22).

El estudio está logrado con creces. Sin embargo, el AED engendra consecuencias importantes en la propia definición del Derecho que no

se mencionan en el libro. En este sentido, haría referencia a varias cuestiones que quizá pueden suscitar el debate.

En primer lugar, hay dos cuestiones que seguramente son metodológicas, pero que entiendo importantes:

- a) precisamente porque se trata de estudiar el AED «desde dentro», en mi opinión, se da una identificación (que el propio autor descarta al inicio del texto) entre AED y argumentación de Posner. Aunque en el libro se mencionan con frecuencia las aportaciones de la escuela de Yale, y de los neoinstitucionalistas, quizá algunos de los argumentos que se han presentado como propios del AED, lo son fundamentalmente de la escuela de Chicago. Y en ese sentido, pienso que incorporar los argumentos de otros autores, también de modo sistemático, hubiera dado una visión mucho más completa de todo lo que implica el AED.
- b) como muy bien señala el autor, el AED surge en un momento histórico muy concreto; y lejos de las pretensiones de Posner, el AED no es la continuidad en un estudio de las relaciones entre derecho y economía. Aun compartiendo este planteamiento, las propuestas del AED —en cuanto a fundamentación, e interpretación de la conducta humana, y de la racionalidad económica— no son originales. En mi opinión, se están utilizando argumentos que remiten a la interpretación de Bentham de la conducta humana; y a la interpretación de Smith acerca del fenómeno económico. Obviamente, no se trata de exigir un tratado, estudiando en profundidad a estos dos autores, pero entiendo que un estudio del AED reclama al menos una mínima referencia a sus postulados.

En segundo lugar, los argumentos del AED cuestionan problemas que afectan directamente a la definición del derecho, y a cuestiones puntuales que entiendo importante considerar.

- a) la propuesta del AED no es solamente —al menos, así lo entiendo— una alternativa de legitimación a un sistema jurídico que está en crisis. Me parece que se pretende una justificación del sistema jurídico desde una óptica muy concreta: la del sistema capitalista. Aceptar éste como una vía de legitimación me parece un reduccionismo importante. Sobre todo, porque la racionalidad económica a la que posteriormente se hace referencia no es sino la consecuencia inmediata de apoyarse en un sistema que no respeta al individuo, ni sus derechos más básicos.
- b) consecuencia de ello, es que todo el AED toma como punto de partida «las necesidades» del individuo, entendiéndolas en términos económicos. Consecuentemente sólo participan en esa dinámica aquellos individuos que puedan reclamar unas

necesidades; y que por tanto estén integrados en el juego productivo. Pero queda por resolver cómo se considera a los sujetos que por sus circunstancias personales, o estrictamente económicas no entran en ese juego productivo, y por tanto no participan en el sistema.

Me refiero a la insuficiencia del AED para resolver el problema de la marginación, que Ballesteros define como el tratamiento de ausente a la persona que está realmente presente.

Tanto en los supuestos de automarginación como en los de heteromarginación se nos ofrece una panorámica de miembros de la sociedad que no participan de ese juego productivo, y que por tanto carecen de la posibilidad de tener o reclamar unas necesidades. En este sentido, queda mucho más que en duda la legitimidad del AED, confirmando así su parcialidad, y por tanto su incapacidad para dar una respuesta a la crisis del derecho.

- c) por último, tal y como ha sido planteado el AED, se da por hecho que toda sociedad contemporánea necesariamente está formada por individuos que obedecen al paradigma del *homo oeconomicus*. Aceptarlo así no es sino cerrar los ojos a la realidad social, especialmente en las últimas décadas.

La maximización de la propia riqueza, y la búsqueda del propio beneficio pueden haber servido a la economía para racionalizar las conductas, y explicar los términos de la lógica económica. Pero ello no quiere decir de modo inmediato que todos los comportamientos humanos obedezcan a esa lógica.

Pretenderlo es negar por ejemplo la evidencia de la función llevada a cabo por los movimientos sociales, que no precisamente han potenciado la búsqueda de la maximización de la riqueza. Piénsese en las consecuencias de los movimientos ecologistas, o de los pacifistas, o de los feministas, o de un modo más reciente, recuérdese el nacimiento de movimientos en contra del racismo y de la xenofobia. Todo este despliegue de actividad en favor de «recursos» y de bienes que habían quedado marginados, no es sino la confirmación de que el propio punto de partida del AED es discutible, y en la praxis social, inadmisibles.

- d) por último, hay dos cuestiones puntuales, que entiendo también importantes, e incluso prioritarias. Me refiero a la función que el AED atribuye al Derecho penal; y a la definición de la justicia.

Respecto al primero de los temas, la sustitución de la responsabilidad por culpa en el ámbito penal, lleva consigo importantes consecuencias al definir las penas y las sanciones. Baste pensar que los argumentos del AED han potenciado la incorporación de la pena de muerte en algunos Estados americanos, entendiéndose que resulta más eficiente esa medida que el mantenimiento de tantos establecimientos penitenciarios. Aunque en el Derecho civil pudiera aceptarse el argu-

mento del AED como un recurso para resolver algunos problemas, no sucede lo mismo en el marco penal.

Por lo que se refiere a la justicia como objetivo prioritario del sistema jurídico, queda en un lugar secundario, al ofertar el criterio de la eficiencia, como razón de la obligatoriedad de la norma jurídica. Resulta difícil, y en todo caso, muy simple, el argumento de Polinsky, afirmando que la norma eficiente, necesariamente será justa. Analizando sólo la norma que justifica la pena de muerte, el argumento se desvanece. Y en todo caso, asumir la eficiencia como criterio prioritario del sistema no es sino prescindir de las necesidades y de los reclamos de la sociedad actual, tal y como se ha mencionado al plantear la función de los movimientos sociales.

V. *Por último me resta felicitar al Prof. Mercado Pacheco, por el rigor de su trabajo, así como por la claridad y sistemática, que facilitan la comprensión e interpretación de un tema no agotado en el marco de la Filosofía del Derecho.*

En mi opinión, el libro es una importante aportación al estudio del AED, todavía incipiente en las Facultades de Derecho de nuestro país.

Aunque difiera en algún momento de la metodología utilizada, o entienda algunas observaciones, comparto esencialmente el argumento de Pedro Mercado sobre el tema. Y espero que esta obra facilite la difusión del AED en nuestra área.