

Universidad Torcuato Di Tella
Escuela de Derecho

Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ)

Volumen 20, Número 2, diciembre 2019

Metodología y epistemología del Análisis Económico del Derecho

Ivo Teixeira Gico Jr.

Formato de cita recomendado

Ivo Teixeira Gico Jr., *Metodología y epistemología del Análisis Económico del Derecho*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, 20 2 (2019)

Para más trabajos publicados en la Revista Argentina de Teoría Jurídica acceda a revistajuridica.utdt.edu

Este artículo está disponible gratis y de forma pública por la Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella. Para más información, por favor contactarse con ratj@utdt.edu

ISSN edición impresa 1851-6831

ISSN edición digital 1851-684X

Metodología y epistemología del Análisis Económico del Derecho

*Ivo Teixeira Gico Jr.*¹

Ver para prever, a fin de proveer.

Auguste Comte²

Resumen: Este estudio presenta una contextualización del Análisis Económico del Derecho (AED) dentro de la epistemología jurídica en un contexto civilista. A partir de una revisión de los paradigmas dominantes en el derecho, se contextualiza el abordaje del AED desde el punto de vista histórico y epistemológico. El objetivo es ofrecer un enfoque inicial para los juristas y economistas, resaltando algunas utilidades y limitaciones de ambos campos de conocimiento (derecho y economía). Una vez contextualizado el AED en el ámbito del derecho, algunos puntos no exhaustivos de la metodología económica y, por lo tanto, del propio AED, son presentados y analizados en términos de su compatibilidad con los paradigmas dominantes del derecho. El resultado es una primera aproximación a lo que es el AED en un sistema romano-germánico y a cómo se ajusta al marco jurídico actual.

Abstract: This is a presentation of the Law & Economics (L&E) tradition within a civil law context legal epistemology. Starting from a review of the modern legal paradigms, L&E is historically and epistemologically contextualized. The main goal of the paper is to offer a first contact for lawyers and economists to comprehend L&E's approach by stressing its usefulness and limitations. Once L&E is contextualized within the law, some economics methodological tools, hence L&E's, are presented and analyzed in terms of compatibility with modern legal paradigms. The result is a first approach to L&E in a civil law system and a demonstration on how it fits within modern legal framework.

¹ El Dr. Ivo Teixeira Gico Jr. es profesor en el Departamento de Derecho del Centro Unificado de Enseñanza de Brasilia (UniCeUB), Brasil. Sus áreas de investigación incluyen los Contratos, Antitrust, Regulación, Procedimiento Civil, Teoría Jurídica, y Derecho y Economía. Correo electrónico: gico@ghdadvogados.com.br. El autor agradece a Joanílio Rodolpho Teixeira, Marcos Aurélio Pereira Valadão, y al editor/a de la RATJ que llevó a cabo el referato por sus útiles comentarios y sugerencias.

² Adaptación de COMTE, Isidore Auguste Marie François Xavier. *Discurso sobre o Espírito Positivo*, Antônio Geraldo da Silva (Trad.). São Paulo: Escala, [s. d.], p. 16.

I. Introducción

El derecho es, desde una perspectiva más objetiva, el arte de regular el comportamiento humano. La economía, a su vez, es la ciencia que estudia tanto el comportamiento y la toma de decisiones del ser humano en un mundo de recursos escasos como las consecuencias de esas decisiones. Por lo tanto, el Análisis Económico del Derecho (AED) es el campo del conocimiento humano cuyo objetivo es, mediante el empleo de las variadas herramientas teóricas y empíricas de la economía y de las ciencias afines, expandir la comprensión y el alcance del derecho y perfeccionar el desarrollo, la aplicación, y la evaluación de las normas jurídicas, en especial en relación con sus consecuencias.

Desde un punto de vista histórico-epistemológico, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial y debido al acaecimiento del Holocausto, se produjo una reacción de los juristas romano-germánicos al iuspositivismo del siglo XIX. Esta reacción consistió en un retorno al derecho como valor, algo próximo al iusnaturalismo, pero fijado en principios constitucionales. Los defensores de esta reacción no solo incurrieron en un cierto abandono de la idea de ciencia jurídica, sino que efectivamente se alejaron de las demás ciencias naturales y sociales en la medida en que consideraron que estas habrían fallado en proporcionar una Teoría del Valor que sirviera para racionalizar las decisiones jurídicas. La solución adoptada de manera implícita estaría en un retorno a la filosofía. Este es el motivo por el que, en la metodología jurídica actual, los paradigmas dominantes toman muchos elementos de la filosofía en detrimento de todas las demás formas de conocimiento humano. Solo a modo de ejemplo, basta recordar que los programas de postgrado en derecho a menudo exigen que sus alumnos cursen cátedras de filosofía del derecho, pero cátedras interdisciplinarias raramente son siquiera ofrecidas.

La consecuencia de este alejamiento es que, incluso después de la gran evolución que las ciencias naturales y sociales gozaron durante el siglo XX, los juristas aún no poseen ningún instrumental analítico robusto para describir la realidad sobre la que ejercen juicios de valor ni tampoco para prever las consecuencias probables de las decisiones jurídico-políticas que son el objeto tradicional de su análisis. En síntesis, el derecho no posee una teoría sobre el comportamiento humano. Es precisamente en este sentido que el Análisis Económico del Derecho (AED) presenta mayor utilidad para el derecho. Esta disciplina ofrece un instrumental teórico maduro que auxilia en la comprensión de los hechos sociales y, principalmente, en el análisis de cómo los agentes sociales responderán a posibles cambios en sus estructuras de incentivos. Del mismo modo que la ciencia supera el sentido común, esta comprensión superior a la intuición permite un ejercicio informado de diagnóstico y pronóstico que, a su vez, es fundamental para cualquier ejercicio valorativo que tenga en cuenta las consecuencias individuales y colectivas de determinada decisión o política pública.



Por otro lado, existen marcadas divergencias en varios aspectos entre las posturas y culturas de ambas disciplinas (derecho y economía). Esto provoca que el diálogo entre juristas y economistas muchas veces se vea truncado, por no decir que se convierte en antagónico. La propuesta del presente artículo es ofrecer una primera aproximación al AED contextualizándolo desde el punto de vista epistemológico para facilitar el diálogo mediante la exposición de los puntos en los que dicha aproximación puede ser útil y apuntando a los puntos que deben ser tratados con especial cautela, ya que los practicantes de AED —tanto economistas como juristas— no necesariamente poseen el entrenamiento adecuado en ambas áreas.

II. El Derecho en el Análisis Económico del Derecho: ¿dónde se encuadra el AED?

En las ciencias naturales y sociales, por lo general, el conocimiento evoluciona circunscrito a un paradigma específico vigente en un determinado momento histórico. Dentro de dicho paradigma, los pensadores contemporáneos no suelen cuestionar los presupuestos sobre los que trabajan: son los llamados períodos de “ciencia normal”. En estos períodos, por regla general, el trabajo de investigación consiste en mejorar y expandir el conocimiento existente dentro de ese marco teórico aceptado de manera explícita o implícita por la comunidad científica contemporánea. Cuando se produce una acumulación sustancial de dificultades a la hora de explicar nuevos fenómenos o de responder a antiguas cuestiones de forma satisfactoria, esa superestructura metodológica se rompe y acontece, ya sea de manera gradual o no, un cambio de paradigma (Kuhn, 2007, pp. 57 y ss.).

A pesar de que la noción de paradigma es relativamente gris, su utilización es útil en la comprensión de cómo el enfoque de los operadores del derecho ha ido variando a lo largo tanto del tiempo como de los diversos espacios de análisis. A causa de estas variaciones, también ha ido variando el contexto histórico dentro del cual se inserta el AED para que su epistemología y metodología pueda ser comprendida de forma adecuada.

II.1. *Iusnaturalismo*

De acuerdo con la tradición occidental, los griegos fueron los primeros que consideraron que el derecho tenía una doble naturaleza: una parte derivada de la opinión de los hombres y dependiente de ella, y otra parte derivada de la propia naturaleza y, por lo tanto, universal e independiente de la opinión de los hombres (Aristóteles, 2007, p. 117). Esta segunda parte sería el derecho natural, que se sobreponía al derecho de los hombres (Aristóteles, 2007, p. 117),

constituyendo un orden limítrofe permanente e inmutable.³ En cierto modo, ese difícil equilibrio entre una noción metafísica de justicia (dicha natural) y las leyes de los hombres (*demokratía*) permeó el debate jurídico y aún sigue permeándolo hasta hoy en día.

El paradigma iusnaturalista como una forma de limitar el poder del gobernante desaparece en cierto punto de la historia con la caída del Imperio Romano. No obstante, resurge de forma semindependiente y dispersa en la Edad Media.⁴ Durante este período, en la continua disputa entre poder secular y religioso, el fundamento del derecho natural ora se asentaba en la razón o en la naturaleza (luego, era independiente de la Iglesia), ora en dios.⁵ Es importante subrayar que dentro del paradigma iusnaturalista no existe diferencia entre análisis positivo del derecho (lo que es) y el normativo (lo que debe ser), pues si una ley contradice el derecho natural no se deriva de la razón (naturaleza) ni de dios (el intelecto divino) y, por lo tanto, no es justa, por lo que no es derecho. En este sentido, la discusión jurídica será siempre y necesariamente una discusión idiosincrática de valores morales y éticos del observador, del intérprete, del aplicador, salvo que el interlocutor crea en una moral universalista, lo que es cada vez más raro en una sociedad que se desea y se reconoce como pluralista y multivalorativa.

II. 2. *Iuspositivismo*

Ya durante el siglo XVIII, la percepción iusnaturalista comienza a perder espacio con las tesis de Kant, quien propugna la total separación entre el derecho (objeto de preocupación del jurista) y la moral (objeto de preocupación del filósofo). En la filosofía kantiana, la ciencia del derecho se diferencia de las demás ciencias por el objeto, que es el estudio de las leyes exteriores generales garantizadas por una sanción estatal. El jurista debe apartarse de cuestiones morales (lo que es justicia) y de la realidad fáctica y otorgar preponderancia a las normas escritas, pues solo ellas revelarían la voluntad general.⁶

Es en ese contexto histórico cuando surge, en el siglo XIX, el iuspositivismo como una consecuencia de la aparición y del éxito que las ciencias naturales estaban teniendo en la explicación del mundo, a partir del positivismo, pero sin llegar a confundirse con él. El objetivo del positivismo de Comte era aplicar a la sociedad (y, por lo tanto, al hombre) de forma directa

³ Esta posición es relativamente clara en el Segundo Libro de *Las Leyes* de Platón que, tras haber presenciado a su maestro Sócrates ser condenado a muerte por los demócratas atenienses, pasó a desconfiar del poder ilimitado de la democracia (voluntad del pueblo). Así, el derecho natural —el Gobierno por el Derecho— desempeñaría el saludable papel de limitación a la voluntad popular que, irrestricta, sería peligrosa, y el gobierno (incluso el democrático) debería estar sometido al derecho (natural). Cfr. Platão (1999).

⁴ Para un resumen de este período, véase Tamanaha (2004, Capt. 2).

⁵ Tomás de Aquino es uno de los mayores exponentes de esta corriente medieval al mezclar el pensamiento de Aristóteles con el de la Iglesia Católica y fundamentar el derecho natural en la razón divina. Cfr. Aquino (2001).

⁶ Cf. Kant (2008). Se nota que Kant era filósofo de formación y no jurista.

los métodos exitosos usados por las ciencias naturales, pues estos serían los únicos capaces de proporcionar respuestas verdaderas a los problemas humanos y sociales. De esta idea surge la proposición de una física social, que posteriormente sería la sociología. La intención era repudiar el componente metafísico o teológico y centrarse en lo que era lógico y verificable a nivel empírico.

En el ámbito jurídico, el primer reflejo relevante de las ideas de Kant y del positivismo aparece en la Escuela Histórica Alemana, que por lo común se asocia al objetivismo histórico de Savigny.⁷ La finalidad de esta corriente de pensamiento era demostrar que la historia no es fruto de la razón, como decían los iluministas, sino que el hombre es un ser individual y variable de acuerdo con su devenir histórico. Si esta afirmación es cierta, entonces, ni existe ni puede existir un único derecho igual para todos los pueblos, tiempos y lugares. No hay, por tanto, derecho universal. El derecho es siempre el producto de un proceso histórico que, como todos los fenómenos sociales, varía en el tiempo y en el espacio.

Después de la crítica de la Escuela Histórica, el iuspositivismo ocupa el lugar del iusnaturalismo como paradigma dominante. Su propuesta es estudiar el derecho desde un punto de vista científico, tal como es en realidad y no como debería ser (Bobbio, 2006, pp. 15-44).⁸ De este modo se consolida la distinción entre los dos distintos análisis del derecho: el positivo (lo que es) y el normativo (lo que debe ser). Por tanto, la característica principal del positivismo jurídico es la negación de la existencia de un derecho natural y la separación clara de lo que venga a ser derecho, moral y política. En esta línea, se reconoce de manera explícita que el derecho es un hecho social, existente con independencia de que sea o no justo, correcto, completo, o de que presente cualquier otro atributo metafísico. Esto no implica que todos estos factores no sean relevantes para la filosofía del derecho, sino que el derecho existe independientemente de ellos.

Siguiendo la tradición kantiana y en el intento de mantener su estatus de conocimiento autónomo y relevante ante las ciencias naturales y las ciencias sociales emergentes, los iuspositivistas entendieron que era necesario desarrollar independencia metodológica y establecer un objeto de estudio propio: la norma. La estrategia adoptada para la consecución de este objetivo consistió en la incorporación de una perspectiva formalista según la cual el derecho sería: (a) el resultado de una acción volitiva humana; (b) tendría un contenido independiente de la moral o de otros campos del conocimiento y, por lo tanto, (c) sería un sistema lógico cerrado y coherente formado por reglas que permitirían inferir siempre de manera lógica y con autonomía la decisión

⁷ "[S]ería mejor que existiera algo totalmente objetivo, algo del todo independiente y distante de toda convicción individual: la ley. [...] La ley debería, pues, ser completamente objetiva, conforme a su finalidad original, es decir, tan perfecta que quien la aplique no tenga nada que agregarle de sí mismo." Savigny (2005 [1814], p. 7).

⁸ Se resalta que el iuspositivismo constituye simultáneamente (a) un método para el estudio, (b) una teoría y (c) una ideología del derecho, siendo esas dimensiones relativamente autónomas.



jurídica correcta a partir del derecho positivo. De este modo nació el ordenamiento jurídico (cfr. Bobbio, 1994 [1960]). Solo para poner en contexto este esfuerzo de estructuración del derecho, cabe resaltar que Durkheim realizó esta misma labor para transformar la sociología en una ciencia objetiva y autónoma. Para ello tuvo que inventar el concepto de sociedad como ente colectivo, distinto de la mera agregación de sus individuos y de la mente humana, en un intento de distinguir el método y el objeto de la sociología de los métodos y objetos estudiados por la economía y la psicología.⁹

Por otro lado, el derecho perdió su carácter sacro y pasó a ser comprendido y trabajado como el resultado de una opción humana y no como un orden inmutable y universal. Como consecuencia, pasó a percibirse que las estructuras sociales podían ser alteradas por el derecho, concebido ahora como un instrumento de cambio social hallado en la ley. El derecho, por lo tanto, no es necesariamente racional, pero puede y debe serlo. De ahí, por ejemplo, la crítica iuspositiva al derecho consuetudinario casuístico y asistemático, ya que el iuspositivismo considera que este derecho consuetudinario no refleja un instrumento de cambio, sino la costumbre previa de los pueblos. En el mismo sentido, las grandes codificaciones pasarían a considerarse el mecanismo más adecuado de organizar el derecho.

El interés del iuspositivismo estuvo inicialmente centrado en la actividad legislativa y en la coercibilidad del derecho.¹⁰ No obstante, debido a la influencia de Kelsen, en la mitad del siglo XX, el interés se desplaza hacia las instituciones aplicadoras del derecho, su carácter normativo y la sistematicidad del ordenamiento jurídico. De acuerdo con este punto de vista, el derecho no constituiría una ciencia social causal (predictiva) como la sociología o la economía, sino pura y simplemente normativa (autorizadora, prescriptiva) (Kelsen, 1998, pp. 95 y ss). Cabe señalar que la sistematicidad del ordenamiento jurídico no supone asegurar que el derecho positivo genere siempre una única respuesta correcta. Tan solo se llega a reconocer que en los casos en que más de una interpretación fuera viable, no sería posible crear un criterio científico (o jurídico como ciencia) que permitiera la elección de la alternativa “más” correcta, pues tal elección sería siempre valorativa y, por lo tanto, subjetiva.¹¹

⁹ “Si, en efecto, tal vez podamos contestar que todos los fenómenos sociales, sin excepción, se imponen al individuo del exterior, la duda no parece posible en lo que se refiere a las creencias y prácticas religiosas, a las reglas de la moral, a los innumerables preceptos del matrimonio, derecho, es decir, en lo que se refiere a las manifestaciones más características de la vida colectiva. Todas ellas son expresamente obligatorias. La obligación es la prueba de que esas formas de actuar y de pensar no son obra del individuo, sino que emanan de una potencia moral que lo supera, o lo imaginemos místicamente bajo la forma de un dios, o de ella hagamos una concepción más temporal y más científica. La misma ley se encuentra, por tanto, en ambos ámbitos.” Durkheim, 1982 [1895], p. 197).

¹⁰ El inicio del iuspositivismo, en el siglo XIX, puede ser asociado al trabajo de John Austin, que trabajó y popularizó las ideas de Jeremy Bentham, su amigo personal, en su obra *The Province of Jurisprudence Determined*, cfr. Austin (2000 [1832]).

¹¹ “Desde el punto de vista del derecho positivo, no existe ningún criterio que permita preferir una de las posibilidades incluidas en el marco jurídico a aplicar a la otra.” Kelsen (1998, p. 391). También en este sentido, Hart (1994).



El iuspositivismo contribuyó a la teoría jurídica al establecer de forma clara la distinción entre análisis positivo y análisis normativo del derecho. También propició la aportación consistente en identificar al derecho como un mecanismo de cambio social que debía obedecer a criterios de racionalidad. Por otro lado, la manera en la que evolucionó y fue implementada la propuesta de alcanzar la independencia metodológica no solo excluyó de las facultades de derecho cualquier forma de análisis normativo (lo que el derecho debe ser), sino que también resultó en la adopción de una postura xenófoba y hermética, contraria al propio positivismo filosófico. El resultado de este hermetismo fue eliminar prácticamente cualquier tipo de diálogo entre el derecho y las ciencias.

En última instancia, los juristas (tanto los teóricos como los prácticos) se quedaron y permanecen sin ningún instrumental analítico adecuado para evaluar las consecuencias de sus decisiones o interpretaciones. Hoy en día todavía permanecen en esa situación, en la que solo atienden a una retórica formalista sin mayores preocupaciones empíricas falsificables o pragmáticas. Por esta razón, en su práctica cotidiana, los juristas se enfocaron en el ejercicio del análisis y la clasificación de normas y reglas en abstracto. El principal instrumento de este ejercicio de análisis y clasificación es la hermenéutica, que en gran medida no pasa de un juego de palabras bajo el cual las elecciones reales son ignoradas o simplemente retraídas. Como es lógico, este resultado debilitó y degeneró la propuesta de finalidad racional del derecho.

Es importante reconocer que tanto la teoría como la praxis jurídica actuales continúan trabajando, al menos en parte, dentro de este paradigma. Salvo rarísimas excepciones, la educación jurídica en América Latina sigue estando prioritariamente basada en la presentación de principios generales para luego proceder al análisis de las reglas y las peculiaridades de cada rama del derecho. En los cursos de derecho, las disciplinas de otras áreas (la economía, la sociología, la ciencia política, la psicología), cuando se abordan, se tratan de forma inconexa de las disciplinas jurídicas, y no tienen una influencia relevante en el contenido del derecho. La principal consecuencia de esta desconexión es la carencia de un instrumental analítico más robusto (teoría) como el que encontramos disponible en las demás ciencias sociales con las que el derecho, en realidad, no mantiene un diálogo. Considero que este es un legado atribuible sobre todo a la degeneración de la propuesta iuspositivista como método y al hecho de que sus postulados han sido llevados al extremo por las ideas y escuelas sucesoras, entre las cuales está el neoconstitucionalismo.

II. 3. El mundo jurídico Post-Positivismo

El iuspositivismo generó diversas respuestas en los diferentes países. En Francia surge la Escuela de la Libre Investigación Científica como reacción a la Escuela Exegética. Mientras que

esta última creía que el derecho se limitaba a la interpretación del derecho codificado, aquella entendía que el intérprete de las normas tenía un mayor espacio de actuación del intérprete, de manera que su acción debía estar científicamente fundamentada. Sin embargo, esta actuación del intérprete acababa por confundirse con la propia ley. En Escandinavia, surge el Realismo Jurídico, que se enfoca en el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales; por su parte, en los Estados Unidos, el iusrealismo combate el formalismo Langdelliano (doctrinarismo)¹² para demostrar que:

- (i) El derecho es indeterminado, en el sentido de que no proporciona una respuesta única;
- (ii) Las decisiones judiciales no suponen una mera aplicación mecánica de la ley y su contenido está influenciado por la identidad, ideología y política de aquellos que lo administran (jueces);
- (iii) Como consecuencia de los dos puntos anteriores, el jurista debería emplear un enfoque más pragmático ante el derecho, basándose en el conocimiento de otras ciencias para promover de forma equilibrada los intereses sociales (instrumentalismo jurídico).

En el Realismo Jurídico norteamericano, la reacción al iuspositivismo resultó en un clamor por la interdisciplinariedad con las demás ciencias para aproximar el derecho a la realidad social, alejándose de su formalismo estéril. Este movimiento acabó por generar varias escuelas de pensamiento jurídico interdisciplinarias, no necesariamente convergentes, que intentaban ver el mundo de una manera más realista y pragmática mediante una visión inspirada por la ciencia, como el Análisis Económico del Derecho¹³ y los Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*),¹⁴ entre otros movimientos.

En cambio, en los países de tradición jurídica europea-continental, incluida América Latina, una de las reacciones tardías al iuspositivismo fue el surgimiento del neoconstitucionalismo.¹⁵

¹² A pesar de que la doctrina norteamericana distingue entre el iuspositivismo y el Doctrinarismo de Langdell, las semejanzas son evidentes entre una y otra escuela, separadas solo por el sistema jurídico. Para una interesante revisión de la historia del AED en el contexto consuetudinario, véase Mercurio e Medema (2006, Capt. 1, en especial, las pp. 14-19).

¹³ Para los orígenes históricos de la AED, véase Parisi y Rowley (2005).

¹⁴ Cfr. Godoy (2005).

¹⁵ En América Latina, es común denominar a esta corriente como “post-positivista”. Sin embargo, su enfoque es el acercamiento entre el derecho y la moral por medio de la constitucionalización principiología del derecho, y no por medio del reconocimiento de la imposibilidad de alcanzar el conocimiento perfecto y que, por lo tanto, el conocimiento científico debe ser considerado solo como aquella verdad no refutada (falsacionismo), posición característica del post-positivismo. Así, el neoconstitucionalismo no dialoga con el positivismo filosófico, sino con el iuspositivismo, razón por la cual usamos términos diversos en pos de la claridad. En el pospositivismo, cf. Popper (2000) y Blaug (1992, pp. 3-50).



Esta corriente se propone denunciar la incapacidad del razonamiento lógico-formal a la hora de tratar con cuestiones valorativamente controvertidas para las que no hay una única respuesta y retoma la posición según la cual no sería posible una referencia al derecho sin una connotación valorativa. El acaecimiento de la Segunda Guerra Mundial y del Holocausto, supuestamente “no impedidos” por el derecho, incitó a los proponentes del neoconstitucionalismo a sostener que el derecho no podría ser desprovisto de contenido moral y que, por lo tanto, el derecho solo tiene sentido cuando está combinado con valores éticos que lo limiten y guíen.

Por lo general, para justificar su posición, los neoconstitucionalistas hacen referencia a la estrategia de defensa que utilizaron los nazis durante los Juicios de Núremberg. Estos alegaron no haber cometido ningún crimen, ya que habrían actuado en rigurosa consonancia con el ordenamiento jurídico alemán. Sin embargo, muchos de ellos ignoran o prefieren ignorar que la doctrina nazi era nítidamente contraria al principio basilar iuspositivista de la legalidad, según el cual el juez debía decidir solo con arreglo a la ley, teniendo el Estado nazi relativizada la ley en nombre de que ellos eran “el sentimiento popular” (*gesundes Volksempfindem*) para promover su peligrosa agenda por medio del propio Poder Judicial.¹⁶

Es por este motivo por el que, mientras los iusrealistas buscaron aproximar el derecho a la realidad social a través de las ciencias, los neoconstitucionalistas buscan volver a aproximar el derecho a la filosofía, en un intento de síntesis y superación tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo. Intentan esta labor a través de la relativización del derecho escrito. Consideran que este puede y debe ser flexibilizado cuando no sea razonable (y, por qué no decirlo, justo) en su aplicación a un caso concreto. Sin embargo, la distinción más marcada entre el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo es que en el primero las valoraciones morales y éticas realizadas en paralelo con la supuesta interpretación de la ley son llevadas a cabo mediante principios jurídicos incorporados de manera expresa o implícita a las constituciones nacionales y no por un derecho natural metafísico, que es característico del iusnaturalismo.¹⁷ El fundamento de la valoración sería, por tanto, el resultado de un comando del propio ordenamiento jurídico (norma-principio) y no de un patrón meta-jurídico.

Ahora bien, según esta perspectiva, el problema del derecho no sería más subsumir los hechos a la norma, lo que consistiría en una función preponderantemente técnica de los órganos aplicadores, sino compatibilizar y ponderar entre normas-regla y normas-principio¹⁸ para

¹⁶ Cfr. Bobbio (2006, p. 236), Stolleis (1998) y Müller (1991).

¹⁷ Véase al respecto Barroso (2003, pp. 72 y ss.).

¹⁸ Se utilizan las expresiones norma-regla y norma-principio solo para resaltar que, en el neoconstitucionalismo, ambos constituyen comandos normativos y, por lo tanto, poseen aplicabilidad. Dentro de ese paradigma, los principios no son apenas más que valores que informan la interpretación de las reglas. Los principios pueden y deben aplicarse directamente. Como es obvio, a esta altura debe estar claro que el contenido de un principio depende fundamentalmente de los ojos del observador.

establecer un balance de intereses contrapuestos. Curiosamente, en el paradigma neoconstitucionalista, el consenso se limita al reconocimiento de que debe haber espacio para elecciones más allá de la regla legal. Pero no existe un acuerdo entre las diversas corrientes y los diferentes pensadores en relación con la metodología que debe aplicarse en la toma de decisiones (cf. Larenz, 1989).

A modo de ejemplo, la Tópica Jurídica fue uno de los primeros intentos de superar las limitaciones iuspositivistas alegando crear un mínimo de racionalidad para las decisiones valorativas por medio de la lectura retórica del derecho. Por eso es llamada la “Teoría de la Razón Práctica”. Según la Razón Práctica se aplicaría la “lógica de lo razonable” para controlar los ejercicios valorativos por medio del empleo discursivo de los *topoi* de Aristóteles. Los *topoi* se definen como “puntos de vista utilizables y aceptables en todas partes, que se emplean a favor o en contra de lo que es conforme a la opinión aceptada y que pueden conducir a la verdad” (Wiehweg, 1979, pp. 26 y 27). Este método no tendría ninguna pretensión de sistematicidad, ya que la lógica sería derivable del caso concreto y aplicable solo a este.¹⁹

Como resulta obvio, la argumentación tópica es errónea debido a que solo identifica *topoi* aceptables para una determinada audiencia sin llegar a proporcionar ningún instrumental analítico que haga posible la comparación entre ellos, ni tampoco su jerarquización valorativa. Es decir, esta argumentación no constituye ni ofrece una teoría de valores (English, 1996, p. 384), que es justamente el problema que se habría propuesto resolver. Además, al relativizar cualquier forma de conocimiento como un *topos* (argumento posible), pone al mismo nivel el conocimiento científico y el sentido común, siempre que sus proposiciones sean razonables. Para minar aún más la utilidad de la argumentación tópica como método de análisis, cabe resaltar que, no solo en el pensamiento de Wiehweg sino también en la praxis jurídica actual, no queda clara la relación entre la tópica y el derecho escrito, ya que este muchas veces se vuelve otro *topos* más y, por lo tanto, puede ser marginado en nombre de un criterio idiosincrásico de justicia que, por lo normal, no consta de manera explícita.

En la investigación de criterios operacionalizables de justicia y de cómo tomar una decisión jurídica racional, se ha vuelto común en la comunidad jurídica moderna la búsqueda de apoyo teórico en filósofos para intentar crear criterios ideales de llegar a proposiciones normativas supuestamente racionales y justas. Algunos ejemplos de estas son la postura “minimax” detrás del velo de la ignorancia de John Rawls (2008 [1971]),²⁰ la situación del discurso ideal de Jürgen

¹⁹ “[S]i una ciencia del derecho presupone posicionamientos, tales posicionamientos no serán considerados irracionales, cuando puedan ser justificados de forma razonable.” Perelman (2000, p. 480). En el mismo sentido, Wiehweg (1979, p. 36).

²⁰ Cfr. Rawls sigue la tradición de justicia circunstancial de David Hume y el espíritu kantiano para, en una interesante aplicación del concepto de maximización del mínimo (minimax) de la Teoría de los Juegos, proponer un modelo de

Habermas (2004), los mandamientos de optimización de Robert Alexy (2005) o el juez hercúleo de Dworkin (2001 e 2002) y su decisión “correcta”.²¹ Sin embargo, la práctica hoy demuestra tan solo que la voluntad hallada en la ley positivada fue relativizada por completo, sin que surgiera un criterio mínimamente universal que la sustituyera en la creación, interpretación y aplicación del derecho.²²

A pesar de su clara preocupación acerca de los valores, el neoconstitucionalismo no se preocupa lo suficiente por las consecuencias reales de las leyes o las decisiones judiciales concretas. No es que sus partidarios ignoren la realidad social en sus consideraciones,²³ tan solo afirmo que su enfoque ha consistido en elaborar justificaciones teóricas y abstractas para la flexibilización de la ley y su compatibilización con principios de contenido indeterminado, según algún criterio de justicia, que los seguidores de esta corriente se esfuerzan por crear y legitimar como racionales y no voluntaristas. Por su parte, el desarrollo de instrumentos analíticos capaces de auxiliar al intérprete a identificar, prever y medir tales consecuencias en el mundo real fue epistemológicamente relegado a segundo plano, reservándolo a otras ramas del conocimiento humano con las que el derecho no tiene la tradición de dialogar. El problema, por supuesto, es que la mera intuición del intérprete y aplicador del derecho ante el caso concreto, sobre todo en los casos más complejos, no es suficiente.

Aunque ha habido algún éxito en la pretensión de volver a aproximar el derecho a la moral y a la ética, para que tengamos una plena comprensión del fenómeno jurídico y para que los supuestos criterios de justicia sean operacionalizables, es necesario que antes seamos capaces de responder a la simple pregunta planteada a continuación: ¿la norma X es capaz de alcanzar el resultado social deseado Y dentro de nuestro marco institucional? En conclusión, no solo necesitamos justificaciones teóricas para apreciar la adecuación abstracta entre medios y fines, sino que también son necesarias teorías superiores a la mera intuición que nos ayuden a elaborar

desigualdad social óptima, contribuyendo no solo al derecho con su Teoría de la Justicia, sino también a la Economía del Bienestar Social con la resultante función de utilidad social en formato de L.

²¹ Se observa que, dentro de ese paradigma, el derecho se alejó de las ciencias naturales y sociales, asociadas por error al iuspositivismo (que **también** renegaría de ambas categorías de ciencias por no ser objeto propio del derecho) y se acercó más a la filosofía, en busca de una respuesta sobre lo que es justo y lo que tiene derecho. No por otra razón, Rawls, Habermas, Alexy y Dworkin tienen formación filosófica. Solo Habermas tiene otra formación complementaria (sociología) y solo Rawls no tiene formación jurídica.

²² La sociológica Teoría de los Sistemas, a veces considerada como una alternativa, de tan abstracta y compleja, es de poca utilidad en una discusión de carácter práctico como esta. Además, la teoría se restringe a un enfoque meramente descriptivo, sin ninguna pretensión predictiva, lo que sería imposible en la visión de su proponente, *in verbis*: “*The disadvantage of systems theory [...] lies in its high intrinsic complexity and the related abstractedness of its concepts. [...] Therefore, we do not intend to present a theory that is supposed to guide practice. Instead, we describe the legal system as a system that observes itself and describes itself [...] without any attempt to represent the outside world in the system.*” Luhmann (2008 [2004], nota 30, p. 64 y p. 65).

²³ Por ejemplo, véase el texto de Barroso en el que afirma que la racionalidad y legitimidad de una interpretación dependen de la consideración de sus consecuencias prácticas en el mundo real, sin ofrecer ni elaborar una metodología acerca de cómo identificar o prever tales consecuencias. Barroso (2006, pp. 56-58).

juicios de diagnóstico y pronóstico. Por tanto, para evaluar con mayor exactitud las consecuencias probables de una decisión o política pública dentro del contexto legal, político, social, económico e institucional en que será implementada, son necesarias teorías que nos permitan algún grado de certeza sobre los criterios y resultados de esa evaluación. En conclusión, necesitamos una teoría sobre el comportamiento humano.

Es en ese contexto en el que debe ser discutido y considerado el Análisis Económico del Derecho en América Latina. Su propósito será, precisamente, introducir una metodología que contribuya de manera significativa a la comprensión de fenómenos sociales y que auxilie en la toma racional de decisiones jurídicas.

En resumen, es en este preciso aspecto en el que el Análisis Económico del Derecho ofrece su mayor contribución desde el punto de vista epistemológico jurídico. Si la evaluación de la conveniencia de determinada norma está íntimamente ligada a sus consecuencias reales sobre la sociedad, la iuseconomía se presenta como una interesante alternativa para este tipo de investigación. Primero, porque proporciona un marco teórico amplio, claramente superior a la intuición y al sentido común, capaz de iluminar cuestiones en todas las jerarquías jurídicas incluyendo áreas que no suelen considerarse susceptibles de este tipo de análisis. Segundo, porque es un método de análisis lo bastante robusto como para desarrollar y probar hipótesis acerca del impacto que una determinada norma (estructura de incentivos) puede tener en el comportamiento humano. Esta posibilidad atribuye a la iuseconomía un carácter empírico ausente en el paradigma jurídico actual. Y, tercero, porque es lo bastante flexible para adaptarse a situaciones fácticas específicas (adaptabilidad) e incorporar contribuciones de otros ámbitos de conocimiento (inter y transdisciplinariedad), lo que contribuye a una comprensión más holística del mundo y al desarrollo de soluciones más eficaces para problemas sociales en un mundo complejo y no-ergódico.

El AED puede no solo auxiliar en juicios de diagnóstico y pronóstico sino contribuir a la explicación de las razones de la propia existencia de una determinada norma jurídica, que es, por lo general, el ámbito de investigación de la Teoría de la Elección Pública (*Public Choice*). Sin embargo, esta agenda de investigación es mucho más compleja que la primera y aún está en fase de desarrollo. Asimismo, para las discusiones normativas (es decir lo que el derecho debe ser), el AED puede contribuir de forma sustancial mediante la indicación de los puntos de consenso y disenso. No obstante, en este ámbito, como en los demás paradigmas, la controversia es mucho más intensa y la utilidad del AED puede ser más limitada.

A esta altura de la cuestión, es conveniente realizar alguna exploración acerca de en qué consiste un análisis económico para poder discutir lo que supondría un análisis iuseconómico.

III. La Economía en el Análisis Económico del Derecho: la metodología del AED

III. 1. Epistemología de la Economía: ¿qué es la Economía?

Cuando hablamos de economía nuestra comprensión previa nos lleva de manera automática a pensar en dinero, mercados, empleo, inflación, intereses, etc. De este modo, son consideradas cuestiones económicas las que atañen a preguntas como las de los siguientes ejemplos: ¿cuál es el efecto de la tasa de interés sobre el nivel de empleo?, ¿por qué las empresas nacionales predicen la creación de barreras arancelarias para sus productos?, ¿son positivas estas barreras para los consumidores?, ¿cuánto cuesta construir un puente sobre el río Uruguay para unir Brasil con Argentina?, ¿por qué nuestra tasa de interés es una de las mayores del mundo?

Por otro lado, no es tradicional considerar como económicas preguntas del tipo: ¿por qué los violadores suelen atacar entre las 5:00 y las 8:30 de la mañana o por la noche?, ¿por qué los patios de los locales comerciales son, por lo general, sucios, mientras que las fachadas normalmente están limpias?, ¿por qué es cada vez más difícil convencer a los Tribunales superiores de que una determinada cuestión fue precuestionada de manera efectiva?, ¿por qué en Brasilia los conductores se detienen con sus vehículos para que un peatón cruce por la senda peatonal pero los conductores de otros lugares de Brasil no hacen lo mismo?, ¿por qué el Gobierno suele aprobar medidas tributarias o fiscales impopulares durante los recesos y festividades, como, por ejemplo, la Navidad?, ¿por qué el número de divorcios ha aumentado sustancialmente en las últimas décadas?, ¿por qué existen varias lenguas?

Sin embargo, para sorpresa de muchos, algunas de estas últimas preguntas son tan económicas como las primeras y muchas de ellas han sido objeto de estudio por parte de los economistas. Si nos detenemos a pensar, es posible comprender que, de una forma u otra, cada una de las preguntas del párrafo anterior suponen toma de decisiones por parte de los agentes. Si hay elecciones involucradas, entonces son conductas susceptibles de análisis por el método económico, pues el objeto de la moderna ciencia económica abarca toda forma de comportamiento humano que implique la toma de decisiones.

El principal motivo de esta amplitud del objeto de estudio es que, antes que otro elemento, la economía se caracteriza por un método de investigación y no por un objeto específico en sí. Para



nuestros propósitos,²⁴ la definición que mejor refleja esta idea es la de Lionel Robbins,²⁵ según la cual la economía es “la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos que poseen usos alternativos.” De este modo, el enfoque económico sirve para comprender toda decisión individual o colectiva que se realice sobre el uso de recursos escasos, ya sea tomada en el ámbito del mercado o no.²⁶ Por lo tanto, en esta concepción, toda actividad humana relevante es susceptible de análisis económico.

El enfoque económico al que me refiero es, ante todo, un método de investigación sobre el comportamiento humano, un conjunto de instrumentos analíticos. La importancia de este punto es tan grande que tomaré prestadas las palabras —hoy clásicas— de John Maynard Keynes, para afirmar que:

“La Teoría Económica no proporciona un conjunto de conclusiones asentadas inmediatamente aplicables a la política. Ella es un método en lugar de una doctrina, un aparato de la mente, una técnica de razonamiento, que ayuda a su poseedor a llegar a conclusiones correctas.”²⁷

En este sentido, la ciencia económica, que antes aparecía asociada tan solo a aquella parte de la actividad humana a la que normalmente llamamos economía, hoy investiga un amplio espectro de actividades humanas. Muchas de estas también son estudiadas por otras ciencias sociales, como la ciencia política, la sociología, la antropología, la psicología y, como no podía dejar de ser, el derecho. Es esta interacción entre derecho y economía la que se ha convenido en denominar Análisis Económico del Derecho.

²⁴ Hay otras perspectivas económicas normalmente denominadas de manera genérica como heterodoxas, entre ellas el institucionalismo, la economía post-keynesiana, la feminista, la marxista y la austriaca. Estas corrientes, aun cuando estudian el derecho, por lo general no se autodenominan Análisis Económico del Derecho. Los programas de investigación más recientes, influenciados por las demás ciencias, (por ejemplo, la neuroeconomía, la economía evolutiva, la economía comportamental, la economía experimental) se ven ampliamente integradas en el paradigma ortodoxo y, por tanto, en el AED, se engloban estas nuevas áreas en sub-áreas específicas, como el AED comportamental (psicología). En cuanto a la heterodoxia en general, cfr. Lawson (2006).

²⁵ La economía es “*the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses.*” Robbins (1945, p. 16).

²⁶ Para conocer algunos interesantes ejemplos de cómo la economía puede iluminar aspectos ocultos de acciones humanas fuera del contexto mercadológico, véase, por ejemplo, Becker (1990 [1976]).

²⁷ “*The Theory of Economics does not furnish a body of settled conclusions immediately applicable to policy. It is a method rather than a doctrine, an apparatus of the mind, a technique of thinking, which helps its possessor to draw correct conclusions.*” Introducción John Maynard Keynes en Henderson (1922, p. V). Una idea similar está presente en Robinson (1933, p. 1).

III. 2. *¿Qué es el Análisis Económico del Derecho?*

El Análisis Económico del Derecho no es más que la aplicación del instrumental analítico y empírico de la economía, en particular de la microeconomía y de la economía del bienestar social, para intentar entender, explicar y prever las implicaciones fácticas del ordenamiento jurídico, así como la lógica (racionalidad) del propio ordenamiento jurídico. En otras palabras, el AED es la utilización del enfoque económico para obtener mejor comprensión del derecho en el mundo y el mundo en el derecho. Cabe señalar que la utilización del método económico para analizar el derecho no quiere decir que sean los economistas quienes practican el AED. Por el contrario, en la mayoría de los casos, los investigadores que lo practican son juristas o poseen doble formación. De cualquier forma, son iuseconomistas.

El AED tiene como característica la aplicación de la metodología económica a todas las áreas del derecho, desde la legislación sobre los contratos al derecho constitucional, desde la regulación al proceso civil, desde el derecho ambiental al derecho de familia, y es justamente esa amplitud de aplicación la que diferencia al enfoque del AED de la simple aplicación de conocimientos económicos en áreas que de manera tradicional se han visto asociadas a la economía.

Se puede considerar obvio que a la hora de estimar los beneficios salientes y los daños emergentes de la destrucción de un coche de un taxista por culpa de un conductor borracho, el juez necesitará recurrir a la teoría económica para elaborar los cálculos pertinentes. En este caso, el economista será llamado a pronunciarse en calidad de experto, como lo sería un médico en un pleito acerca de un error médico, un contador en un caso de compensación irregular de impuestos, o un ingeniero en un caso de responsabilidad por vicios de construcción. Asimismo, resulta obvio que no es posible discutir o aplicar el derecho relativo a la competencia y lo regulatorio sin un conocimiento razonable de las herramientas económicas. Así, por ejemplo, la discusión de lo que constituye una infracción al orden económico es eminentemente económica,²⁸ de la misma forma, la decisión acerca de la implementación o no de un esquema de subsidio cruzado o de la adecuación de un determinado esquema de control de precios para un sector regulado es de nuevo, sobre todo, económica. Sin embargo, el AED va más allá de estas interrelaciones más directas y obvias entre el derecho y la economía.

Por lo tanto, cuando usamos el término Análisis Económico del Derecho, a lo que nos referimos es a la aplicación del instrumento y el método económico justamente a aquellas circunstancias a las que normalmente no se asocian cuestiones económicas. Por ejemplo, la iuseconomía puede ayudar a reducir la incidencia de violaciones; puede ayudar a reducir el

²⁸ Para un conocer un claro ejemplo de la esencialidad de la teoría económica para la discusión de cuestiones competitivas, véase GICO Jr. (2006).

número de apelaciones de carácter aplazatorio; puede ayudar a comprender por qué algunas leyes se aprueban y otras no; por qué a menudo se adopta una normativa y por qué en ocasiones el Congreso adopta una legislación a sabiendas de que será vetada por el presidente, pero, de todas maneras, aprueba esa ley; incluso puede ayudar a comprender por qué es tan difícil alquilar un inmueble en Brasil o en otro país de América Latina. La iuseconomía puede, incluso, auxiliar en la concreción de aquellos derechos fundamentales que requieran decisiones sobre recursos escasos.

Por lo general, los iuseconomistas están preocupados en intentar responder a dos preguntas básicas: (i) cuáles son las consecuencias de un determinado marco jurídico, es decir, de una determinada regla, y (ii) qué norma jurídica debería adoptarse.

La mayoría de nosotros estaría de acuerdo en que la respuesta a la primera pregunta es independiente de la respuesta a la segunda, pero que a la inversa no sería lo adecuado. Es decir, para saber cuál sería la regla ideal, necesitamos saber cuáles son las consecuencias de ella. La primera parte de la investigación se refiere al AED positivo (lo que es), mientras que la segunda parte se refiere al AED normativo (lo que debe ser). Como esta distinción trae importantes implicaciones desde el punto de vista epistemológico y metodológico y algunas veces es fuente de incompreensión, vamos a invertir un poco de tiempo en esta cuestión antes de avanzar en la metodología del AED.

III. 2. A) AED Positivo y Normativo

Como todas las ciencias, el AED reconoce como válida y útil desde el punto de vista epistemológico y pragmático la distinción entre **lo que es** (el aspecto positivo) y **lo que debe ser** (el aspecto normativo). La primera proposición está relacionada con un criterio de verdad y la segunda con un criterio de valor.

La idea subyacente en este punto es la siguiente: existe una diferencia entre el mundo de los hechos que puede ser investigada y averiguada por métodos científicos, cuyos resultados son susceptibles de falsación —lo que llamamos análisis positivo— y el mundo de los valores, que no es susceptible de investigación empírica ni tampoco de prueba o de falsación y, por lo tanto, no es científico; a este ámbito lo llamaremos análisis normativo. En este sentido, cuando un juez investiga si A mató a B, está realizando un análisis positivo (investiga un hecho). Por la otra parte, cuando el legislador se pregunta si en aquellas circunstancias aquella conducta debería o no ser castigada, está realizando un análisis normativo (investiga un valor), aunque los hechos sean relevantes para la decisión.

Esta postura está muy ligada a la proposición que se hizo famosa con la denominación de “la guillotina de Hume”, en su *Tratado sobre la Naturaleza Humana*. Según esta proposición, no es posible deducir el deber-ser del ser. Esto quiere decir que las proposiciones puramente fácticas solo pueden llevar a o implicar otras proposiciones puramente fácticas y jamás pueden implicar o llevar a juicios de valor. En otras palabras, los hechos no llevan a proposiciones éticas ni viceversa. Esta posición implica asumir que hay una clara distinción entre el mundo de los hechos y el de los valores que podría resumirse con el siguiente cuadro (Blaug, 1992, p. 113):

Positivo	Normativo
Es	Debe ser
Hechos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descriptivo	Prescriptivo
Ciencia	Arte
Verdadero/Falso	Bueno/Malo

Como resulta obvio, al extender al derecho esta distinción, comienzan a surgir diversos problemas culturales. He observado que, muchas veces, los juristas están tan acostumbrados a pensar en términos normativos y discutir cuestiones valorativas, que sus argumentos en debates públicos o privados sobre cuestiones relativamente simples basculan con extrema facilidad entre un campo y otro, hasta el punto de que —en muchas ocasiones— se toma un argumento normativo como positivo y viceversa. En este sentido, la plena aceptación y comprensión de la distinción entre el análisis positivo y el normativo representa un pequeño desafío.²⁹

Por otro lado, es importante resaltar que la distinción entre ser y deber-ser no es tan pacífica como nos hace creer la guillotina de Hume. El contexto cultural, la ideología, la visión política y la trayectoria del investigador pueden influir de diversas maneras tanto en el objeto de estudio como en la metodología aplicada, lo que puede alterar los resultados de la propia investigación. Además, aunque sea relativamente simple percibir la diferencia entre proposiciones de ser versus deber-ser, para aceptar cierta proposición como ser se debe realizar un ejercicio cognitivo que a su vez presupone la existencia de un consenso social previo³⁰ sobre cuáles son los criterios que “deben” ser aceptados como capaces de establecer lo que es (Blaug, 1992, p. 114).

²⁹ Para consultar un interesante trabajo sobre el choque cultural entre la posición jurídica y económica a causa del positivismo, así como sobre las dificultades de tal distinción, véase Katz (1996).

³⁰ Hay que señalar que aquí no estamos diciendo que el consenso será votado por la comunidad, dado que tenemos pleno conocimiento de la Paradoja de Arrow, sino que los criterios de verdad positiva serán relativamente claros y socialmente aceptados dentro de un mismo paradigma y, por lo tanto, cambiantes. Sobre la Paradoja, véase Arrow (1950).



Independientemente de la cuestión clásica, y que no debe olvidarse, acerca de la posibilidad de que la ciencia sea o no neutra, me parece relativamente simple reconocer que la aplicación de la guillotina de Hume representa una gran ganancia en claridad de comunicación y establecimiento de puntos de vista (aunque sean divergentes) pese a que esta ganancia sea solo en términos pragmáticos, si no epistemológicos. Esta ganancia hay que valorarla en comparación con el grado de mestizaje que existe en el derecho entre el hecho y el valor. Es de gran utilidad poder reducir eventuales desacuerdos a puntos normativos o positivos. Por este motivo, aunque por argumentos puramente pragmáticos, la distinción me parece útil e importante para la ciencia y, por tanto, para el AED.

En este sentido, decimos que un practicante del AED está practicando la ciencia económica aplicada al derecho cuando utiliza su instrumental para realizar un análisis positivo (un ejercicio de pronóstico, una evaluación de eficiencia). En este caso, el iuseconomista *qua* iuseconomista no es capaz de ofrecer cualquier sugerencia de políticas públicas o acerca de cómo cierta decisión debe ser tomada. Lo máximo que puede hacer es identificar las posibles alternativas normativas (si es necesario, aplicando técnicas hermenéuticas) e investigar las probables consecuencias de cada opción (aplicándose el AED), así como comparar la eficiencia de cada solución posible, ayudando en la elaboración de un análisis de costo-beneficio.

Ya en el caso de que el practicante del AED esté utilizando su instrumental para realizar un análisis normativo (por ejemplo, que una política pública X debe ser adoptada en detrimento de otra política Y, o que un caso A debe ser resuelto de forma W), será apto para hacerlo como iuseconomista **si y solo si** hay una estipulación previa respecto al criterio normativo en el que se basa la ponderación de dichas alternativas (por ejemplo, por una elección política previa consubstanciada en una ley). Por ejemplo, si el objetivo es reducir la cantidad de secuestros “relámpago”, el AED normativo puede ayudarnos a identificar cuál es la mejor política de castigo, cuál es la mejor estructura procesal para prevenir y juzgar este tipo de delito, etc. En esta línea, cualquier objetivo puede servir de guía para el AED normativo, desde una mayor preocupación acerca de la distribución de la riqueza hasta la forma más eficiente de incentivar la conciliación entre parejas en crisis.

Ahora bien, si lo que se busca es asesoramiento no solo acerca del medio para alcanzar cierta política pública, sino también sobre cuál es el objetivo a lograr, entonces el análisis iuseconómico no necesariamente conllevará ganancias sustanciales en relación con el análisis ofrecido por otras áreas del conocimiento o ciencias. Será necesario tomar en consideración el AED en conjunto con las demás ciencias y dentro de sus limitaciones.



Puede observarse que no todos los practicantes del AED se sienten cómodos realizando análisis normativos, creyendo en ocasiones que no es la función más adecuada de los iuseconomistas. En el extremo opuesto, encontramos a aquellos que, como Richard Posner (1979 y 1983 [1981]), llegaron a proponer que, en ausencia de cualquier teoría del valor que fuera operacionalizable y consensual en su aplicación, habría justificaciones éticas para adoptar como criterio normativo la maximización de la riqueza social, ya que esta funcionaría como una forma de aproximación de la búsqueda por la eficiencia. Sin embargo, tras un largo e intenso debate dentro³¹ y fuera³² de la tradición iuseconomista, Posner (1990, pp. 382 y ss.) reconoció que esa posición era insostenible y que no existe una base moral para limitar el objetivo inmediato del derecho a la maximización de la riqueza.

En resumen, el AED positivo nos ayudará a comprender lo que es la norma jurídica, cuál es su racionalidad, y las diferentes consecuencias probables derivadas de la adopción de esa regla. Es decir, el abordaje del AED positivo es eminentemente descriptivo/explicativo y tiene resultados predictivos. Por su parte, el AED normativo nos ayudará escoger entre las alternativas posibles a la más eficiente, es decir, elegir el mejor arreglo institucional dado un valor (vector normativo) previamente definido.

III. 3. Metodología del AED

Tradicionalmente, los integrantes de la academia jurídica inician sus análisis partiendo del supuesto de que el derecho está compuesto por normas y entendiendo que su objeto prioritario de investigación es identificar el contenido y el alcance de esas normas. La normatividad de las reglas jurídicas se presupone y el instrumental de investigación utilizado con mayor frecuencia es la hermenéutica. De este modo, un jurista tradicional preocupado por la conservación del patrimonio histórico-cultural podría discutir si el concepto de “cultura” integra el conjunto de significados asociados a la expresión “medio ambiente”. En el caso de que la respuesta sea positiva, pueden plantearse la cuestión de si los edificios históricos gozan de la misma protección y limitaciones que, por ejemplo, las leyes ambientales imponen a las áreas verdes.

Por otro lado, la principal característica de los iuseconomistas es considerar el derecho como un conjunto de reglas que establecen costos y beneficios para los agentes que pautarán sus comportamientos en función de tales incentivos. De esta manera, el abordaje iuseconómico investiga las causas y las consecuencias de las reglas jurídicas y de sus estructuras en el intento de prever cómo los ciudadanos y agentes públicos se comportarán ante una determinada regla y cómo podría alterarse su comportamiento en el caso de que esa regla fuera modificada. En este

³¹ Por ejemplo, cfr. Calabresi (1980) y Kronman (1980, pp. 227-43).

³² Por ejemplo, cfr. Coleman (1980); Dworkin (1980a, 1980b, 2001, Capt. IV); y Rizzo (1980).



sentido, la normatividad del derecho no solo no se presupone, sino que a menudo se niega. Esto significa que se admite que tanto las reglas jurídicas como sus incentivos pueden —en algún caso concreto— ser simplemente ignorados por los agentes involucrados.

En el ejemplo anterior, un iuseconomista se preguntaría: (i) cómo los agentes efectivamente se han comportado ante la regla actual (diagnóstico), que no incide sobre el patrimonio histórico-cultural, y (ii) cómo un cambio de la regla jurídica alteraría esa estructura de incentivos —sea mediante una modificación legislativa, sea por una modificación de la interpretación que los tribunales hacen de la norma—, en el intento de prever cómo pasarían los agentes a comportarse (pronóstico). Es muy probable que, solo después de ser capaz de responder mínimamente a estas dos preguntas, un iuseconomista se aventurara a opinar acerca de las cuestiones normativas. Esta es la distinción fundamental entre el enfoque iuseconómico y los enfoques tradicionales del derecho.

Como es obvio, para ser capaz de comprender cómo se comporta el agente e intentar predecir sus reacciones a los cambios en su estructura de incentivos es necesario que tengamos a nuestra disposición una teoría sobre el comportamiento humano, de la que el derecho carece. Los iuseconomistas toman prestada esta teoría de la economía, cuyo objeto es precisamente investigar cómo actúa el ser humano medio en el proceso de toma de decisiones ante las distintas elecciones disponibles, por lo que tiene sentido borrar un poco las características de esa teoría.

El método económico se basa en varios postulados. En primer lugar, el postulado de que los recursos de la sociedad son escasos. Si los recursos no fueran escasos, no habría problema económico alguno, pues todos podrían satisfacer sus necesidades, fueran cuales fueran. Curiosamente, la misma idea, con otro ropaje, fundamenta el derecho: si los recursos no fueran escasos, no habría conflictos, sin conflictos, no habría necesidad del derecho, pues todos cooperarían *motu proprio*. La **escasez** de los bienes impone que la sociedad elija entre alternativas posibles y excluyentes (si no, no sería una elección, ¿no es así?).

Toda elección presupone un costo, un *tradeoff*, que es exactamente la segunda asignación factible más interesante para el recurso utilizado, pero que fue la opción preterida. A este costo lo llamamos el **costo de oportunidad**. Así, por ejemplo, si decidimos comprar cazas para fortalecer nuestra aeronáutica, renunciamos a realizar otra asignación que esos recursos podrían tener (por ejemplo construir escuelas). Si usted opta por leer este artículo, deja de realizar otras actividades como estar con sus hijos, pasear con su pareja o ver la televisión. La utilidad que cada uno disfrutaría con una de esas actividades alternativas no escogidas es su costo de oportunidad, es decir, el precio implícito o explícito que se paga por el bien. Por lo tanto, note el lector que decir que algo tiene un costo no implicar afirmar que tiene valor pecuniario. Ahora sabe que hay mucha sabiduría en el dicho popular “todo en la vida tiene un precio”, basta mirar hacia los lados.



Como las elecciones deben ser llevadas a cabo en la realidad, los agentes económicos ponderan los costos y los beneficios de cada alternativa, adoptando la conducta que, dadas sus condiciones y circunstancias, les genera un bienestar mayor. Decimos, entonces, que la conducta de los agentes económicos es **racional maximizadora**. Veremos adelante más sobre esto.

La gran implicación de este postulado para la iuseconomía consiste en que, ya que los agentes económicos ponderan costos y beneficios a la hora de decidir, una alteración en su estructura de incentivos puede llevarlos a adoptar otra conducta, a realizar otra elección. En resumen, **las personas responden a los incentivos**. Este postulado también es una idea central en el derecho. Todo el derecho se construye sobre la premisa implícita de que la gente responderá a los incentivos. Los criminales cometerán más o menos delitos si las penas son más o menos severas, si las posibilidades de ser condenados son mayores o menores, o si hay más o menos oportunidades en otras actividades más atractivas. Las personas serán más o menos cuidadosas si se les responsabiliza o no por los daños que causen a terceros. Los jueces serán más o menos cautelosos en sus decisiones si tienen que motivarlas más o menos. Los agentes públicos trabajarán más o se corromperán menos si sus actos son públicos. Los proveedores redactarán contratos más o menos adecuados si las cláusulas abusivas son o no anuladas por el Poder Judicial. Los ejemplos son incontables. Por otro lado, si las personas no respondieran a incentivos, el derecho sería de poca o ninguna utilidad. Todos los miembros de la sociedad seguirían comportándose de la misma manera y la creación de reglas sería una pérdida de tiempo. Sin embargo, la experiencia nos muestra que, por lo general, esto no sucede.

Tras adoptar la premisa de que las personas responden a incentivos, el siguiente paso para obtener mejor comprensión acerca del comportamiento de los agentes consiste en identificar si sus acciones se tomarán en un contexto jerárquico o en uno mercadológico. En el primer caso, la interacción entre los agentes se rige por reglas de mando (por ejemplo, en una relación de empleo, una relación familiar o una jerarquía militar). Por el contrario, en el segundo caso, la conducta de los agentes es el resultado de la libre interacción entre ellos, de una negociación. A los contextos sociales donde la interacción entre los agentes es libre para realizar intercambios por medio de negociaciones los llamamos **mercado**.

Una vez más, es importante aclarar que diciendo que un determinado cambio se da en el mercado o que determinada asignación es el resultado de la dinámica de mercado no requiere como condición necesaria, ni suficiente, que se trate de valores pecuniarios. En este sentido también podemos pensar en mercados de ideas, de actuaciones políticas o incluso de sexo. Esta distinción es importante, pues no es infrecuente que al hablar de mercado de algo, los oyentes asocien automáticamente la idea de dinero y de desvalorización del bien negociado. Este prejuicio no corresponde a la realidad. En la iuseconomía, la referencia al mercado significa pura y



simplemente el tipo de contexto social en el cual los agentes podrán tomar sus decisiones de forma libre, negociando entre ellos para obtener lo que deseen por medio de la cooperación. En contraposición al mercado, tenemos los entornos jerarquizados donde los agentes tienen sus conductas limitadas y conducidas por reglas de mando, lo que presupone algún grado de imposición. Cada estructura tiene beneficios y limitaciones características y la racionalidad de adoptar uno u otro mecanismo (orden jerárquico y orden de mercado) es una cuestión importante.³³

Cuando la interacción social se da en el ámbito del mercado, el comportamiento racional maximizador llevará a los agentes a realizar intercambios hasta que los costos asociados a cada intercambio se igualen a los beneficios obtenidos, momento a partir del cual ya no ocurrirán más intercambios. En ese punto es cuando diremos que el mercado se encuentra en **equilibrio**. Equilibrio es, por tanto, un concepto técnico empleado para explicar cuál será el resultado probable de un cambio en la estructura de incentivos de los agentes. Una vez sea modificada la regla en un contexto donde la negociación es posible (el mercado), los agentes realizarán cambios mientras obtengan beneficio hasta que el nuevo equilibrio (igualdad costo-beneficio) sea alcanzado. Este resultado puede ser diferente si se trata de un contexto jerárquico en el que no acontece la libre negociación. Por tanto, el patrón de comportamiento de la colectividad se desprende de la idea de equilibrio de las interacciones de los agentes individuales.

Como el equilibrio se deriva de la libre interacción de los agentes hasta que todas las posibilidades de intercambios beneficiosos quedan agotadas, se afirma que un mercado en equilibrio tiene una propiedad socialmente valiosa: su resultado ha eliminado todos los intercambios ineficientes y derrochadores, es decir, es eficiente. En este caso, de nuevo el término eficiencia tiene un carácter técnico utilizado en el sentido **Pareto-eficiente**, lo que significa simplemente que no existe otra asignación de recursos alternativa con la que se pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar la situación de otra persona. Los equilibrios constituyen, por lo tanto, óptimos de Pareto. Se observa que una asignación Pareto-eficiente no será necesariamente justa según algún criterio normativo. No obstante, una situación **Pareto-ineficiente** será ciertamente injusta, pues alguien podría mejorar su situación sin perjudicar a nadie, pero no consigue lograrlo debido a esa situación **Pareto-ineficiente**. En conclusión, estos son algunos de los supuestos básicos característicos del AED.³⁴

Si las personas responden a los incentivos, se puede deducir, desde el punto de vista de una ética consecuencial, que las reglas de nuestra sociedad deben tener en cuenta la estructura de incentivos de los agentes afectados, así como la posibilidad de que estos cambien de conducta si

³³ Cfr. Williamson (1983 [1975]).

³⁴ Para facilitar la comprensión de las ideas presentadas arriba se pueden resumir en la siguiente frase mnemónica: “las personas maximizan y los mercados equilibran”.

esas reglas son alteradas. En especial, debe tenerse en cuenta que este cambio de conducta puede generar efectos indeseables o no previstos. Una de las funciones de la iuseconomía es auxiliar en la identificación de esos posibles efectos.

A pesar de que los presupuestos que orientan el método económico y el AED son relativamente simples de entender, es interesante profundizar un poco más en algunas cuestiones metodológicas específicas.

III. 3. A) Individualismo Metodológico

Con la finalidad de explicar el comportamiento de los agentes y, de este modo, ser capaz de elaborar juicios de pronóstico, la iuseconomía adopta como unidad básica de análisis la elección individual de cada agente o de pequeños grupos involucrados en el problema de la toma de decisiones. Esta postura es lo que se ha convenido en denominar **individualismo metodológico**.³⁵ Según esta metodología, para explicar y comprender comportamientos colectivos, primero es necesario comprender los comportamientos individuales de los agentes que componen la colectividad estudiada (ya sea el Poder Judicial, la sociedad o el Estado). Estos agentes individuales serán los responsables en última instancia del resultado macro que deseamos comprender. Se observa, además, que el análisis del comportamiento individual no debe considerar tan solo la conducta aislada de un agente,³⁶ sino la dinámica de la interacción entre los diversos agentes.

De esta forma, si deseamos entender el funcionamiento del Poder Judicial, tenemos que ser capaces de explicar y comprender la estructura de incentivos de cada magistrado a nivel individual, pero también la dinámica entre jueces y jueces de revisión y, a su vez, de estos con los ministros y así sucesivamente. Si deseamos comprender el funcionamiento del Congreso, debemos ser capaces de explicar la estructura de incentivo de diputados, senadores, asesores y consultores, tanto a nivel individual como en las interacciones entre ellos. Comprender la estructura de incentivos de estos agentes es investigar cómo estos actúan en la realidad y no

³⁵ La primera referencia al individualismo metodológico (methodische Individualismus) es realizada por Joseph Schumpeter en 1908, en su trabajo *Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie*. Sin embargo, el término se utiliza en referencia a las ideas de su influyente profesor, Max Weber, a quien se atribuye la proposición del individualismo metodológico como método para las ciencias sociales. Cfr. Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Verbete Methodological Individualism*, disponible en la dirección <http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/> (Acceso el 3/11/18).

³⁶ Cfr. Weber (1991, Capt. 1). Obviamente, esta postura supone un conflicto directo con algunas posturas colectivistas comunes a la doctrina jurídica tradicional, como la referencia no calificada al Estado como un ente autónomo, sin mencionar los agentes que lo componen. También es el caso de la referencia al interés público, sin mencionar qué mecanismo agregador de preferencias tendría que utilizarse para revelar dicho interés. Estas nociones, a menudo, se utilizan como verdaderos recursos *Deus ex machina* para enmascarar las preferencias personales del interlocutor.

suponer, solo con base en la pura y simple fe,³⁷ que actuarán en busca del interés público. De la misma manera, para saber cómo los consumidores y proveedores se comportan ante un cambio legislativo, necesitamos entender la estructura de incentivos de cada grupo de agentes implicados.

Es adecuado recordar que el individualismo metodológico es solo un instrumento analítico. No tiene implicaciones éticas en el sentido de representar una postura según la cual los intereses individuales **deben** ser maximizados o que los agentes **deben** comportarse de esa o de otra forma. El AED es una teoría sobre los comportamientos humanos, no un parámetro de evaluación de conductas. Supone un gran equívoco pensar que un **método** individualista de análisis debe implicar necesariamente un sistema individualista de **valores**. El equívoco es más común de lo que podría imaginarse, pero contra el que ahora el lector está vacunado.

Además, no se debe confundir el precepto del individualismo metodológico con el individualismo político. Aunque surgiera un régimen comunista, este también debería ser entendido a nivel sociológico usando los principios del individualismo metodológico como base. Esto quiere decir que la comprensión y explicación de dicho régimen demandarían la comprensión y explicación de la estructura de incentivos de sus componentes. Sin embargo, la confusión del individualismo metodológico con el individualismo político (i. e. el liberalismo en la versión del *laissez-faire*) es muy común tanto entre economistas y iuseconomistas como entre los críticos del método.

La adopción del individualismo metodológico como método de investigación no significa que el AED presuponga necesariamente que los individuos no sean altruistas, esto es, que no tengan en cuenta el bienestar de otros al tomar sus decisiones. A pesar de que se adopta ese presupuesto simplificador en la mayoría de los análisis, nada impide que pueda enmendarse sin ningún menoscabo de la validez del análisis. Por ejemplo, es normal que en el análisis económico de la familia se presuponga que los padres son altruistas en relación con sus hijos (cf. Becker, 1990 [1976]). Del mismo modo, el individualismo metodológico no implica necesariamente que los agentes tomen sus decisiones de forma aislada de los demás individuos. Por ejemplo, la idea de que los sujetos toman decisiones dentro de su contexto social teniendo en cuenta la potencial reacción de los demás agentes (decisiones interdependientes) es explicitada con frecuencia en modelos que utilizan la Teoría de los Juegos.

Finalmente, el abordaje iuseconómico no requiere que se suponga que los individuos son egoístas, codiciosos o que estén solo motivados por ganancias materiales;³⁸ tan solo se asume que los agentes son racionales maximizadores de su utilidad, con independencia de lo que eso

³⁷ Estamos ante los clásicos problemas de agente-principal.

³⁸ Por otro lado, en determinados contextos, adoptar tales presupuestos puede simplificar el análisis sustancialmente y, por lo tanto, ser útil, de la misma manera que ignorar la fricción en ciertos contextos en la física puede ser útil.

signifique para **ellos**. En este sentido, por ejemplo, son plenamente susceptibles de análisis económico situaciones en las que el comportamiento humano tenga como motivación central elementos inmateriales o psicológicos, como la obtención de prestigio (p. ej. en el ámbito académico), poder (p. ej. en la política) o incluso el mismo altruismo (p. ej. en las relaciones de familia). Sin embargo, es el individuo quien actúa y a partir de él iniciamos nuestra búsqueda de una mejor comprensión del colectivo.

III. 3. B) Modelado y Reduccionismo

Otra cuestión relevante es la relativa al uso de modelos para explicar el comportamiento humano. La ciencia busca comprender y explicar el mundo. Los modelos científicos son el instrumento por el cual el científico reduce la complejidad de la realidad para estudiar esta. Un modelo científico es como un mapa. Puede ser más o menos realista, según las necesidades de su usuario. Como es obvio, cuanto más realista sea un mapa, más grande y más difícil será su manejo. En este sentido, un mapa perfecto de la ciudad de São Paulo tendrá el mismo tamaño que la propia ciudad, lo que lo hará inútil en la práctica. De la misma manera, cuanto más cerca de la realidad esté el modelo científico, más complejo se volverá, hasta el punto en que deje de ser un modelo y se convierta en la realidad misma, momento en el que se volverá inútil como mecanismo para facilitar la comprensión. Es por ello que se dice que para comprender el mundo es necesario reducirlo.

Los iuseconomistas reconocen la inmensa complejidad del mundo real y la gran dificultad — o imposibilidad— de tratar con todas las variables de modo simultáneo. Para sortear esta dificultad, los practicantes del AED, al igual que los economistas, elaboran modelos teóricos de los problemas que desean investigar, seleccionando solo las variables que consideran relevantes. La función de este procedimiento es intentar que el problema a estudiar se simplifique y que se obtengan perspectivas que de otra forma permanecerían ocultas para el investigador. En esta desiderata, se adoptan los presupuestos simplificadores para que sea posible enfocarse solo en el corazón del problema. La dificultad del arte de modelar está justamente en elegir qué variables considerar y cuáles despreciar. La teoría económica ayuda en esta elección para lograr que el problema sea comprensible y tratable, sin que el modelo se vuelva irrelevante (Polinsky, 1989, p. 4.).

Es importante recordar aquí que, aunque el AED se estructura sobre algunos presupuestos básicos, nada impide que estos sean enmendados con libertad por parte del investigador si este percibe que el problema que está abordando así lo requiere. En el enfoque neoinstitucionalista, por ejemplo, los costos de transacción y las instituciones pasan a ser elementos fundamentales en los modelos empleados. Por su parte, en el AED comportamental, se complementa la teoría de la racionalidad para incluir una serie de desvíos comportamentales que han sido identificados en



estudios neuroeconómicos (limitaciones cognitivas). Algunos de estos desvíos son el efecto propiedad, el sesgo pasado, la desconsideración sistemática de pequeñas probabilidades, etc. Mientras, en el AED sociológico se incorpora la posibilidad de que las normas sociales (informales) afecten a la estructura de incentivos de los agentes tanto como lo hacen las reglas formales, es decir, el derecho. Desde que el aplicador es consciente de la utilidad y de las limitaciones de los presupuestos, el empleo de modelados en la comprensión, explicación y descripción del comportamiento humano promete ser de gran utilidad.

III. 3. C) Teoría de la Elección Racional y AED Comportamental

Para la iuseconomía, la racionalidad es un concepto técnico que puede adoptar tres formas de expresión diversas y complementarias. De inicio, afirmar que el agente económico es racional significa suponer que cada persona tiene unos gustos específicos, que llamamos **preferencias**. No se hacen juicios de valor en relación a estas preferencias (*de gustibus non est disputandum*), ni tampoco se intenta entender por qué a cada persona le gusta una cosa u otra. Hay que recordar que la teoría económica versa sobre los medios que las personas emplean para alcanzar sus fines (comportamientos) y no sobre los fines que buscan (motivaciones). La existencia de las preferencias es un dato de la realidad y para la teoría, por lo general, no son relevantes.

Además, las preferencias se consideran completas, transitivas y estables. Tener preferencias completas significa que, con independencia de las opciones disponibles para las personas, estas serán capaces de decidir. Es decir, entre las opciones A y B, los agentes serán siempre capaces de escoger una de las dos o ser indiferentes a cualquiera de ellas. Llevado al límite, este argumento supone que el agente debe ser capaz de decidir incluso entre opciones en momentos diferentes, por ejemplo, entre comprar un coche nuevo hoy o ahorrar para comprar una casa dentro de cinco años. Pero también supone que el agente debe ser capaz de decidir entre resultados exactos e inciertos, por ejemplo, comprar títulos del gobierno con renta fija o invertir dinero en la bolsa.

Por su parte, la transitividad es una cuestión de coherencia. Esta característica de las preferencias significa que, si el agente prefiere A a B y B a C, entonces también debe preferir A a C. De lo contrario, jamás sería capaz de realizar una elección, estaría cambiando de opción eternamente.

Por último, las preferencias se consideran estables para que la teoría no se convierta en una tautología. La estabilidad de las preferencias impone que, en caso de que las personas cambien de comportamiento, esto se deba a que algo haya cambiado a su alrededor y no sus preferencias. Si las preferencias no fueran estables, todo comportamiento observado sería explicable recurriendo al cambio de preferencias, con lo que la teoría perdería su poder explicativo. Una teoría así serviría para explicar cualquier cosa y, por ese mismo motivo, no explicaría nada y perdería toda utilidad.



Esta misma idea puede expresarse afirmando que todo individuo atribuye una **utilidad** a cada elección posible y es capaz de ordenar esas elecciones de acuerdo con las utilidades que sus elecciones le proveen. Cada vez que el individuo tenga que elegir entre dos opciones, elegirá aquella que más utilidad le reporta, lo que significa que los agentes son racionales maximizadores de utilidad. Se observa que, una vez más, la utilidad aquí es un término técnico que significa cualquier satisfacción que el individuo extraiga de una de sus decisiones, no limitando estas a cuestiones materiales, ni mucho menos monetarias. Por ejemplo, un individuo puede extraer utilidad tanto del consumo de una pizza, como de ver un cuadro de Portinari, de realizar trabajo voluntario o de tocar en una banda *amateur*. Recuerde, *de gustibus non est disputandum*.

Asimismo, cabe destacar que la economía no considera factible comparar utilidades entre dos individuos. Si hay una disputa por una manzana entre el sujeto A y el sujeto B, no es posible afirmar *ex ante* que la manzana es más útil para A que para B o viceversa. La única manera de medir utilidades sería atribuir la manzana a uno de los agentes y permitirles que negocien con libertad (*ex post*). Si el que recibió la manzana, por ejemplo, A, acepta cambiarla por otra cosa ofrecida por B (por ejemplo, una silla, una pera, o dinero), entonces es porque B valoraba más la manzana que A. De lo contrario, puede afirmarse que o A valoraba la manzana más que B y por eso se niega a cambiarla, o bien que la valora lo mismo que B, o incluso que B no es capaz de ofrecer algo que sea de interés para A con el fin de motivarlo a realizar el cambio de forma espontánea (en este caso se afirma que B no es capaz de expresar sus preferencias por el **sistema de precios**, dada su restricción presupuestaria). En este sentido, la utilidad será siempre una medida ordinal subjetiva y no cardinal objetiva.

La tercera forma de expresar la idea es que las personas toman decisiones en el margen. Esto significa que los agentes incurren en los costos de realizar cierta actividad (pérdida de utilidad) mientras que la unidad adicional de la actividad desarrollada les proporciona más beneficio (ganancia de utilidad) de lo que costó desarrollarla; esto es lo que llamamos **análisis marginal**. Para expresarlo de un modo más claro, una persona será racional cuando continúe desarrollando una actividad mientras obtenga una ganancia con dicha actividad. Es importante remarcar que la hipótesis consiste en que los individuos se comportan como si fueran racionales y no que efectivamente sean racionales. La teoría económica no presupone que cada agente está internamente y de manera consciente realizando cálculos todo el tiempo y ponderando los costos y beneficios de cada acto de sus vidas. Lo que afirma la teoría económica es que, en el término medio, los agentes sí se comportan como si llevaran a cabo esos cálculos racionales.

Para una parte sustancial de los problemas analizados, estos presupuestos no solo son adecuados, sino extremadamente útiles. En la rutina vital diaria, la racionalidad se halla en todas partes. Sin embargo, en una serie de situaciones, sobre todo aquellas que implican riesgo e

incertidumbre, en ocasiones los agentes no se comportan de la manera esperada. Los primeros autores en investigar estas desviaciones conductuales fueron Daniel Kahneman y Amos Tversky (1979), que elaboraron su *Prospect Theory*. La importancia de sus investigaciones se considera tan relevante que en el año 2002 Kahneman fue galardonado con el premio Nobel por sus estudios (Tversky ya había fallecido). La mala noticia es que estos investigadores y los seguidores de sus investigaciones han demostrado que el comportamiento humano difiere del modelo económico tradicional en diversas circunstancias. Sin embargo, la buena noticia es que esta divergencia es sistemática, es decir, no es aleatoria. Como esta divergencia sigue unos patrones estandarizados, el comportamiento humano sigue siendo previsible, basta que adaptemos los modelos para incorporar determinadas limitaciones cognitivas.

La ciencia todavía no ha llegado a conclusiones definitivas acerca de cuán relevantes son estas desviaciones conductuales para la comprensión de la realidad social. Por ejemplo, después de la denominada crisis *subprime*, algunos economistas han alegado que el efecto manada (comportamiento supuestamente irracional)³⁹ es extremadamente relevante. No obstante, no está claro para mí si esta hipótesis es completamente cierta. ¿No estaremos sufriendo los efectos de un sesgo de disponibilidad, una de las formas de limitación cognitiva?

De cualquier forma, la investigación sobre las circunstancias en las que el individuo se aparta del comportamiento racional representa una de las áreas más interesantes de la frontera del conocimiento económico. Este ámbito supone una mezcla de economía, psicología y neurología llamada neuroeconomía. Cuando incluimos el derecho en esta gran ensalada de saberes tenemos el Análisis Económico del Derecho Comportamental, cuya bibliografía viene incorporando los *insights* provistos por los descubrimientos de las diversas áreas implicadas y está creciendo día a día. Sin duda, esta es una de las áreas que más promete contribuir al desarrollo del derecho,⁴⁰ sobre todo en ámbitos en los que el elemento volitivo es relevante, desde los contratos hasta defensa del consumidor.

III. 3. D) Eficiencia y justicia

Para finalizar, como no podría ser de otra forma, hablaré acerca de la supuesta dicotomía entre eficiencia y justicia. Incluso cuando se lleva a cabo un análisis normativo, el AED es incapaz de

³⁹ Digo que el efecto “manada” es supuestamente irracional porque puede ser explicado de forma racional utilizando el instrumental de la economía de los costos de transacción y asimetría de información. Suponemos que, dado el costo y el beneficio esperados de obtener más información sobre una acción, el agente opte de manera racional por permanecer ignorante (ignorancia racional). En este escenario, seguir la tendencia del mercado puede ser una estrategia para beneficiarse de las informaciones ajenas. Si los agentes suficientes adoptan esta estrategia, los precios pueden caer y disparar un círculo vicioso que acaba forzando un movimiento de baja artificial. Así, el comportamiento sería individualmente racional, aunque a nivel colectivo el resultado no tenga mucho sentido.

⁴⁰ Solo a modo de ejemplo, cfr. Thaler y Sunstein (2009).



indicar lo que es justo, lo que es correcto o incorrecto. Estas categorías se encuentran en el mundo de los valores, por lo que son cuestiones subjetivas. Por otro lado, los iuseconomistas sostienen que, cuando una determinada comunidad quiere implementar una política pública, con independencia de cuál sea dicha política, esta debe ser eficiente. Una vez seleccionada una política pública, sea cual sea, no existe justificación moral o ética para que su implementación sea realizada de forma que genere ineficiencias y un derroche de los recursos. En un mundo en el que los recursos son escasos y las necesidades humanas potencialmente ilimitadas, no hay nada más injusto que el derroche.

En este sentido, el AED puede contribuir a la identificación de lo que es injusto, ya que toda regla que genera derroches (y, por tanto, es ineficiente) es injusta. Asimismo, es imposible cualquier ejercicio de ponderación si quien lo está realizando no sabe lo que está efectivamente en cada lado de la balanza, es decir, sin la comprensión de las consecuencias reales de si adoptar esa o aquella regla jurídica. La iuseconomía nos ayuda a descubrir lo que obtendremos en realidad con una determinada política pública (pronóstico) y lo que estamos dejando escapar para alcanzar ese resultado (costo de oportunidad). Solo poseedores de ese conocimiento seremos capaces de realizar un análisis de costo-beneficio y tomar la decisión que sea más deseable socialmente.

De este modo, podemos plantear el siguiente ejemplo: si se hizo una elección pública por la universalización del acceso a la red de banda ancha, no hay razón para que el mecanismo de implementación de la universalización genere derroches. La presencia de estos implicaría que otras necesidades quedarían desatendidas cuando podrían ser satisfechas con los recursos que se están derrochando. O bien, que más personas podrían tener acceso a banda ancha a la red, pero no pueden por culpa de esos recursos que se están desperdiciando. Es difícil creer que alguien sea capaz de defender el mantenimiento de reglas ineficientes.

Teniendo en cuenta que, como suele decirse, los recursos son escasos y las necesidades potencialmente ilimitadas, todo derroche implica necesidades humanas no atendidas. Por tanto, toda definición de justicia debería tener como condición necesaria, aunque no suficiente, la eliminación de derroches (y la consecución de la eficiencia). No sabemos lo que es justo, pero sabemos que la ineficiencia es siempre injusta, por lo que no consigo vislumbrar ningún conflicto entre eficiencia y justicia, sino que por el contrario, considero la una como condición de existencia de la otra.

En otro orden de cosas, en sociedades en las que la distribución de la renta no es tan dispar como la nuestra, hay defensores de que la eficiencia sea utilizada como una aproximación (*proxy*) de la justicia,⁴¹ en ausencia de criterios éticos dominantes sobre lo que es justo o injusto. Esto se

⁴¹ Por ejemplo, Kaplow y Shavell (2002).

haría no teniendo en cuenta eventuales impactos redistributivos, debido a que las eventuales ganancias y pérdidas tienden a ser mejor distribuidas en sociedades más igualitarias desde el punto de vista de la renta de sus integrantes. Como resulta obvio, en una sociedad como la latinoamericana, esa postura no solo sería considerada inadecuada sino también irresponsable. Llegará un día en que la distribución de la renta ya no será un factor relevante en nuestro continente, pero ese día no es hoy.

De todos modos, incluso las políticas públicas de redistribución deben ser eficientes y responsables. No podemos crear un fetiche con la redistribución como ha ocurrido con innumerables jueces, fiscales, legisladores y agentes públicos en América Latina. El simple hecho de que una medida redistribuya la riqueza no es suficiente para caracterizarla como moralmente buena o mala en sí, mucho menos como socialmente deseable. Es necesario identificar y ponderar las consecuencias de esa política redistributiva, tanto para el agente afectado como para los demás grupos implicados. Recuerden, las personas responden a incentivos y cambian su comportamiento si las reglas varían. Es en este contexto en el que el AED puede contribuir a lograr un juicio informado.

A estas alturas del estudio, debe resultar claro para el lector que un iuseconomista se ve como un practicante de la “ciencia de la elección humana” y es precisamente en esa calidad que el abordaje desde el punto de vista económico resulta de mayor utilidad para el derecho al auxiliar la comprensión (diagnóstico) y la previsión (pronóstico) de las consecuencias sociales de cada elección. El enfoque económico es un método que nos puede proporcionar el marco teórico (un conjunto de herramientas) lo suficientemente robusto para ayudarnos a comprender cómo el ser humano reaccionará a cada cambio de su estructura de incentivos y, en última instancia, cómo el derecho puede elaborar tal estructura para alcanzar mayor bienestar social.

IV. Conclusiones

Una de las grandes ventajas de adoptar la metodología iuseconómica para comprender los hechos sociales y el derecho es que, en principio, es susceptible de comprobación empírica y, por lo tanto, de falsación. En este sentido, es razonable considerar que las afirmaciones derivadas de teorías económicas empíricamente sólidas son claramente superiores a los hechos que son intuitivos con el sentido común como única base. Mientras que las proposiciones valorativas no pueden ser probadas o invalidadas y, por lo tanto, no son susceptibles de falsación (a pesar de lo que sostienen los tópicos y su razón práctica), las consecuencias previstas por los modelos económicos pueden ser probadas y rechazadas o mejoradas, en el caso de que no sean adecuadas a los hechos.



La posibilidad de refutación empírica hace que el método iuseconómico sea flexible y adaptable, en el sentido de que puede evolucionar de manera gradual a medida que las teorías son falsadas o aparecen nuevos fenómenos que no son explicables por los modelos anteriores. Además, la teoría también es flexible en la medida en que un investigador puede crear un modelo económico inicialmente simple para luego, de manera gradual, ir relajando sus presupuestos y/o incluyendo nuevos aspectos (es decir, otras variables) para acercarse más al caso estudiado hasta que la complejidad adicional (marginal) ya no compense la ganancia marginal de precisión y se haya obtenido una aproximación a la realidad con la utilidad suficiente para su propósito inmediato.

Otra de las grandes ventajas del método iuseconómico es la formalización de premisas y la precisión de los conceptos (en definitiva, el uso de un lenguaje más riguroso) cuando se aplican al derecho. Dado que en el mundo jurídico la palabra y su significado tienen un gran poder y dada la influencia de la retórica tópica en la metodología jurídica moderna y su capacidad de relativizar todo concepto convirtiéndolo en una argumentación retórica, es muy frecuente entre juristas el abuso de conceptos y definiciones, que diariamente se distorsionan —en la academia y en los tribunales— hasta llegar a los límites de lo irreconocible. La aproximación llevada a cabo hacia el lenguaje matemático llevó de forma natural a que los términos usados en la economía fuesen establecidos de forma rigurosa. Por este motivo fluctuaban mucho menos alrededor del significante que en el derecho. De este modo se disminuyeron los costos de información, los ruidos en el diálogo y se posibilitó la construcción de conocimiento sin interminables discusiones filológicas. Por ello, la aplicación del método iuseconómico puede ayudarnos a pasar más tiempo discutiendo las ideas y las consecuencias de nuestras elecciones que los significados de las palabras utilizadas.

En el mismo ámbito, en el método iuseconómico las premisas del modelo, incluso las implícitas, son más transparentes que en el razonamiento jurídico tradicional, lo que permite una evaluación crítica mucho más fácil en el primer caso que en el segundo. En otras palabras, el método iuseconómico —cuando está bien aplicado— requiere la explicación clara de los presupuestos sobre los que se desarrolla el razonamiento. Se hacen las simplificaciones, se realizan presunciones, se plantean hipótesis, pero todas son, por lo general, explícitas o de fácil identificación. La incorporación de este hábito de transparencia facilita que varias discusiones en el derecho se vuelvan más provechosas.

Otra ventaja del método iuseconómico es su flexibilidad para incorporar no solo nuevos conocimientos económicos, sino también desarrollos elaborados en otras áreas del conocimiento humano. Es el caso, por ejemplo, de la ciencia política, la sociología, la psicología y la neurología para explicar mejor ciertos fenómenos. La gran cuestión, por supuesto, será cuándo y cómo los modelos económicos, que son simplificaciones de la realidad, son lo bastante buenos para guiar

una toma de decisión. Esta comprensión, sin embargo, dependerá no solo del caso concreto y del modelo, sino también de una buena preparación del aplicador.

Asimismo, conviene advertir aquí sobre los peligros de la aplicación del método económico para cualquier cuestión. Hay áreas claramente más afectadas por este tipo de método y otras donde tiene menos incidencia. Además, existe la posibilidad de que se den consecuencias indeseables del imperialismo de la economía. Sin embargo, esta alerta será más productiva tras una evaluación cuidadosa y libre de prejuicios del Análisis Económico del Derecho y su propuesta.

De lo expuesto es posible concluir que existe un amplio espacio dentro de la metodología jurídica actual para implementar técnicas que ayuden al jurista a identificar mejor, predecir y explicar las consecuencias sociales de elecciones políticas imbuidas en legislaciones (*ex ante*) y decisiones judiciales (*ex post*). En mi opinión, el AED es la propuesta más prometedora para cumplir esta función, siempre que se comprenda de manera adecuada su metodología y sus limitaciones. El gran problema es que su empleo correcto requiere una preparación que juristas y economistas latinos no acostumbran a recibir en los asientos de las facultades. Ni los primeros son expuestos a las técnicas necesarias, ni los segundos son incentivados a explorar esa amplia rama de actuación para la economía aplicada que puede ser el AED.

Lo cierto es que ambos grupos todavía son resistentes al diálogo. Desde el punto de vista jurídico, tengo la profunda creencia de que los días de hermetismo y xenofobia en el derecho están llegando a su fin. Ya llegó la hora de que los juristas bajen de sus torres de marfil, de sus facultades lejanas, y comiencen a estudiar la realidad. Por el lado de los economistas, es hora de mirar un poco menos hacia sus fórmulas matemáticas estéticamente llamativas y un poco más hacia la realidad latinoamericana. Se estudian demasiados modelos extranjeros y poca cosa se hace para nuestra realidad local. La solución para las cuestiones locales requiere conocimiento local y creatividad. Estaremos mejor si trabajamos juntos.

En este contexto, es conveniente y oportuno reflexionar sobre los límites y la utilidad de ese diálogo para que proporcione buenos frutos que no se malogren con debates y discusiones inocuas derivadas de desentendimientos y desinformación o que la fascinación natural con lo nuevo no nos lleve a abusos que perjudican más que ayudan a la hora de comprender mejor la sociedad y construir un mundo mejor.

Referencias bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Landy, 2005.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. Tomo I. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira et alii (Trad.). São Paulo: Loyola, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Livro V, Capt. 7. Pietro Nassetti (Trad.) Coleção a Obra-Prima de Cada Autor. Vol. 53. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ARROW, Kenneth J. *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, The Journal of Political Economy, Vol. 58, nº 4, Aug., 1950, pp. 328-346.

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Great Minds Series. Amherst, NY: Prometheus Books, 2000 [1832].

BARROSO, Luis Roberto. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, V. 9, nº 33, 2006, pp. 56 e ss.

BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1990 [1976].

BLAUG, Mark. *The Methodology of Economics – or how economists explain*. 2nd Ed. Cambridge Surveys of Economic Literature. Cambridge: Cambridge University, 1992.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Nello Morra (Comp) Márcio Pugliesi et alii (Trad.) São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 4ª ed. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Trad.). Revisão Técnica de Cláudio De Cicco. Brasília: EdUNB, 1994 [1960].

CALABRESI, Guido, *An exchange about law and economics: a letter to Ronald Dworkin*, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 553-62.

COLEMAN, J., *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 509-51.

COMTE, Isidore Auguste Marie François Xavier. Discurso sobre o Espírito Positivo. Antônio Geraldo da Silva (Trad.). São Paulo: Escala, [s.d.].

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. 10ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895].

DWORKIN, Ronald, *Is wealth a Value?*, Journal of Legal Studies, Vol. 9, 1980, pp. 191-226.

DWORKIN, Ronald, *Why efficiency?*, Hofstra Law Review, Vol. 8, 1980, pp. 563-69.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Luís Carlos Borges (Trad.) São Paulo: Martins Forense, 2001.

ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. J. Baptista Machado (Trad.) Lisboa: Fundação Calouste Gulbnekian, 1996.

GICO Jr., Ivo T. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Movimento do Critical Legal Studies. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Verdades e Justificações: ensaios filosóficos. Milton Camargo Mota (Trad.) São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. Conceito de Direito. Armindo Ribeiro Mendes (Trad.) 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HENDERSON, Hubert D. *Supply and Demand. With Introduction by J. M. Keynes*. New York: Harcourt, Brace, 1922.

KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an Analysis of Decisions under Risk*, Econometrica, Vol. 47, n. 2 (Mar. 1979), pp. 263-292.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2ª Ed. Edson Bini (Trad.) Clássicos Edipro. São Paulo: Edipro, 2008.

KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2002.

KATZ, Avery Wiener. *Positivism and the Separation of Law and Economics*, Michigan Law Review, Vol. 94, nº 7 (Jun., 1996), pp. 2229-2269.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (Trad.) 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERKMEESTER, Heico. *Methodology: General*. Verbete 0400, p. 385. In: BOUCKAERT, Boudewijn e De GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of Law & Economics*.

KRONMAN, Anthony T., *Wealth Maximization as Normative Principle*, Journal of Legal Studies, Vol. 2, 1980, pp. 227-43.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira (Trad.) São Paulo: Perspectiva, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia Jurídica*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LAWSON, Tony. *The nature of heterodox economics*, Cambridge Journal of Economics, 2006 30(4):483-505

LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Klaus A. Ziegert (Trad.) Oxford Social Legal Studies. New York: Oxford University, 2008 [2004].

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton University Press, 2006.

MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich. With an introduction of Detlev Vagts*. Deborah Lucas Schneider (Trad.). Cambridge, Mass.: Harvard University, 1991.

PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics – Essays by the Founding Fathers*. Mass.: The Locke Institute, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: a nova retórica*. Vergínia K. Pupi (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. *As Leis – Incluindo Epinomis*. Com Prefácio de Dalmo de Abreu Dalari. Edson Bini (Trad.) São Paulo: Edipro, 1999.

POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 2nd Ed. Aspen Law & Business, 1989.

POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. 8^a Ed. São Paulo: Cultrix/Pensamento, 2000.

POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University, 1990.

POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University, 1983 [1981].

POSNER, Richard A., *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp. 103-140.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3^a Ed. São Paulo: Martins, 2008 [1971].

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIZZO, M., *The Mirage of Efficiency*, *Hofstra Law Review*, Vol. 8, 1980, pp. 641-58.

ROBBINS, Lionel. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. 2nd Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945.

ROBINSON, Joan. *The Economics of Imperfect Competition*. London: Macmillan, 1933.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Série Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2005 [1814].

Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Verbete Methodological Individualism*, disponível em a direção <http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/> (Acesso em 3/11/18).

STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*. Thomas Dunlap (Trad.). Chicago: University of Chicago, 1998.



TAMANAHAN, Brian Z. *On The Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

THALER, Richard e SUNSTEIN, Cass. *Nudge: o Empurrão para a Escolha Certa*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2009.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (Trad.). Vol. 1. Brasília: UnB, 1991.

WIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Trad.) Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: Free Press, 1983 [1975].