

Auge y caída del enfoque “derecho y economía”¹

Ugo Mattei

One of the main contributions that the American legal academy has exported to the world is the efficient reasoning that is characteristic of today’s application of law, whose main exponent is to be found in “Law and Economics”. This essay tracks the beginnings of this school and why it originated in the United States, as well as the reasons that have turned it into a current paradigm of law, both in academia and in the politics of globalization. The author also highlights the shortcomings and distortions that have arisen with the popularization and application of this paradigm and explains why he considers that its decline is already on the march.

1. Introducción

En este ensayo utilizo el enfoque denominado “Derecho y Economía”² y el razonamiento eficientista en derecho como vehículos para tratar de predecir el futuro del liderazgo intelectual del derecho en los Estados Unidos. Sostengo

¹ Este ensayo desarrolla algunas ideas presentadas inicialmente en la Reunión Anual de la Sociedad Italiana de Economistas Públicos, que tuvo lugar en Pavia, Italia, en octubre de 2003. Se ha presentado en el Simposio *The Costs of Accidents of Calabresi: A Generation of Impact on Law and Scholarship*, (Una Generación de Impacto sobre el Derecho y la Academia) Escuela de Leyes de la Universidad de Maryland, abril 23-24, 2004, que tuvo lugar para honrar al juez Guido Calabresi, a quien considero un amigo y modelo intelectual. He presentado versiones posteriores de este trabajo en un taller para profesores en la Universidad de Hong Kong en marzo de 2004, en el Simposio de Derecho y Economía organizado por la Asociación de Abogados de Francia que tuvo lugar en París, Francia, en junio de 2004 y en el Foro de Derecho Comparado y Economía que tuvo lugar en Zurich, Suiza en junio de 2004. Agradezco a todos los participantes de esos eventos por sus comentarios y críticas. Véanse, en general, los ensayos recogidos en el volumen *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1986, y en particular, Sacco, *La massima mentitoria*, *ivi*, p. 51 ss. La traducción de este artículo al castellano es de Alicia María Fernández.

² N. del E. En este ensayo el autor se refiere a “Derecho y Economía” (en inglés, *Law and Economics*-

que la corriente “Derecho y Economía” ha contribuido en forma significativa a lograr la hegemonía mundial de los Estados Unidos en el conocimiento jurídico, en gran parte debido al trabajo inicial y pionero de Guido Calabresi en los años sesenta y setenta. Considero que aspectos posteriores del estilo y las políticas relacionadas con “Derecho y Economía” han gastado mucho de su capital inicial de prestigio y que la fase de caída del enfoque económico en el pensamiento jurídico está bien avanzada. Además, sostengo que la caída de “Derecho y Economía”, debido a su exceso de formalismo, su provincianismo y su sesgo occidentalista, permite una predicción más amplia del comienzo de una fase de declive de la erudición jurídica de los Estados Unidos en el escenario global.

Al inicio de este ensayo debería dejar en claro que el éxito político de un paradigma jurídico especializado, tanto a nivel nacional como internacional, debería considerarse como un fenómeno social muy independiente del prestigio intelectual de dicho paradigma. Por ejemplo, el formalismo jurídico en sus muchas formas ha sido – y en parte todavía lo es – el enfoque exitoso hacia el razonamiento jurídico en la arena de la práctica jurídica, mucho después de que su prestigio intelectual hubiera comenzado su fase de declive. Asimismo, el enfoque “Derecho y Economía” puede ser intelectualmente muy prestigioso; sin embargo, al mismo tiempo, ser muy débil políticamente, tal como durante los años ochenta en todos los países de Europa, o puede ser muy poderoso políticamente e intelectualmente muy débil. Considero que este último escenario es el caso actual, cuando las poderosas instituciones de gobierno global (Banco Mundial, FMI, Organización Mundial de Comercio) respaldan y hacen cumplir algunas de las ideas más elementales y notorias relacionadas con “Derecho y Economía”. Igualmente, algunos grandes esfuerzos organizacionales, como los de la Asociación Europea de Derecho y Economía (por su sigla en inglés, EALE), producen actualmente un clima de optimismo y de auto-complacencia que impide a muchos expertos-eruditos en el tema entender el comienzo de un declive en su prestigio internacional.

También debo añadir que este ensayo únicamente se preocupa por lo que se puede considerar el consenso central en “Derecho y Economía” como un

L & E). En castellano, la gran mayoría de los estudios de derecho y economía se ubican bajo el nombre Análisis Económico del Derecho- AED. “El AED se ha desarrollado en dos áreas: (i) el estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica, y (ii) el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico. Para algunos, el área (i) es lo que recibe el nombre de AED, mientras que el área (ii) se refiere al “Derecho y Economía” (*Law and Economics*, en adelante L & E). Sin embargo, cuando se usan los términos AED o L & E se hace por lo general referencia a las dos áreas.”. Cf. “Análisis Económico del Derecho”, Ana María Arjona y Mauricio Rubio, *Precedente, Anuario Jurídico* 2002, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, Cali. pp. 117 -150. Traducción del inglés al castellano, para *Precedente*, por Alicia María Fernández.

enfoque de razonamiento jurídico, que considero la única versión pertinente de éste. En cierto modo, abordo el enfoque dominante y no le hago honor a los muchos intentos, más o menos exitosos e influyentes, que tratan de ir más allá de la corriente dominante. Enfoques tales como el “Derecho y la Economía Comparada” o el “Derecho y la Economía Conductual” están muy circunscritos a su pertinencia a nivel mundial y, además, con frecuencia no se pueden considerar retos genuinos al consenso central.³ Por consiguiente, mi argumento central no se puede refutar presentando muestras específicas de usos del enfoque no provincianos, no etnocéntricos, no simplistas y no ideológicos. Lo que se ha convertido en una industria, perdiendo la mordacidad crítica original que explica su auge como paradigma global del razonamiento jurídico, es este consenso central de los expertos en “Derecho y Economía”.

Finalmente, una nota sobre mi método. Puesto que una de las tácticas más comúnmente difundidas para establecer la hegemonía es nacionalizar el status quo, como si los fenómenos sociales no fueran el producto de la historia sino una epifanía de la naturaleza de las cosas, incuestionable en términos generales, discutiré sobre “Derecho y Economía” en un contexto comparativo e histórico relativamente profundo. En otras palabras, iniciaré mi discusión mucho antes de 1960, año establecido como fecha de nacimiento del enfoque y compararé la situación actual de hegemonía jurídica de los Estados Unidos con épocas en las que otros países, especialmente Francia y Alemania, tuvieron la hegemonía en la tradición jurídica occidental. Es necesario que los académicos estadounidenses comprendan que su actual posición de privilegio internacional y ventaja especializada no durará eternamente.

2. Los Estados Unidos como contexto de recepción

En trabajos anteriores he delineado la estructura fundamental de lo que llamo “la norma del derecho profesional” y las razones históricas del actual liderazgo intelectual de los Estados Unidos en el panorama jurídico global.⁴ La estructura fundamental del derecho en los Estados Unidos se ha desdoblado

³ Para una diversidad de enfoques, que considero todas variaciones sobre el mismo consenso, véase Mercurio, Nicholas y Steven G. Medema, *Economics and the Law. From Posner to Post-modernism* (1997), que ofrece un resumen no crítico de las escuelas de pensamiento dominantes dentro del movimiento Derecho y Economía. Una omisión significativa en este estudio sobre el provincianismo es la escuela de pensamiento en “Derecho y Economía comparada”, tal vez el único rompimiento radical con el consenso dominante. Ni se menciona ni se discute en el libro. Véase una discusión en profundidad sobre derecho comparado y economía en Mattei, Ugo, *Comparative Law and Economics* (1997).

⁴ Esta sección del ensayo proviene de un trabajo publicado previamente: Mattei, Ugo, “A Theory of Imperial Law: A Study of U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, *10 Ind. J. Global Legal*

hasta convertirse en un sistema políticamente legítimo en el cual el poder político directo del gobierno se equilibra con un conjunto de controles profesionales en contra de las mayorías: un control judicial y un control académico. Dicho sistema es el resultado de importaciones europeas asimiladas y transformadas de manera espectacular a través de su expansión en los Estados Unidos.

Ya a comienzos del siglo pasado el derecho de los Estados Unidos había recibido de Europa, y asimilado en forma genuinamente original, los componentes fundamentales de su estructura jurídica. La tradición del derecho común inglés (*common law*) transmitió a la antigua colonia la idea de jueces como oráculos del derecho y una magistratura fuerte e independiente, como marco institucional en el cual los jueces pueden llevar a cabo su rol como guardianes de los derechos individuales. El derecho de los Estados Unidos ha desarrollado este legado y lo ha ampliado al punto de crear el control constitucional, un resultado que ni siquiera había logrado el gran Sir Edward Coke.⁵ Los jueces no solamente son los oráculos del derecho y los líderes del sistema jurídico profesional, sino que también tienen el poder de declarar la inconstitucionalidad en el proceso de adjudicación y la toma de decisiones políticas.⁶ Debido a tan notable poder judicial en el derecho de los Estados Unidos, la creencia, que ya había anotado Alexis de Tocqueville,⁷ de que tarde o temprano un tribunal podría enjuiciar cualquier problema político se ha llevado a un extremo simbólico en los Juicios de Nuremberg y posiblemente a su propio límite en *Bush versus Gore*.⁸ Sobre todo, los Estados Unidos han

Stud. 383, 2003. [en adelante “A Theory of Imperial Law”]. Para explicar “la norma del derecho profesional”, véase también Mattei, Ugo “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, *45 Am. J. Comp. L.* 5, 1997. [en adelante “Three Patterns of Law”]; Mattei, Ugo, “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, *42 Am. J. Comp. L.* 195 (1994) [en adelante *Why the Wind Changed*] examina el liderazgo del derecho en los EE.UU.

⁵ El dictamen de Coke en “*Dr. Bonham’s Case*”, 77 Eng. Rep. 638 (K.B. 1610), generalmente se considera como un ancestro inglés del concepto americano sobre la revisión judicial resumido en *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Baker, J. H., *An Introduction to English Legal History* 100 (1971); Clinton, Robert Lowry, *Marbury v. Madison and Judicial Review* 38 (1989). Lord Coke escribió: en muchos casos, la *common law* controlará las leyes parlamentarias, y a veces las considerará completamente nulas y sin efecto: puesto que cuando una ley parlamentaria se opone al derecho común y a la razón, o es repugnante, o es imposible que se lleve a cabo, el derecho común la controlará y determinará que dicha Ley es nula (“*Dr. Bonham’s Case*”, 77 Eng. Rep. En p. 652.

⁶ Véase *Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) en p. 178.

⁷ Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America*, (1835), Arthur Goldhammer (trad), Library of Am. 2004, p. 115.

⁸ 531 U.S. 98 (2000); véase Barkow, Rachel E., “More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy”, *102 Colum. L. Rev.* 237, 2002. Véase Klarman, Michael J., “*Bush v. Gore* Through the Lens of Constitutional History”, *89 Cal. L. Rev.* 1721 (2001), ofrece una discusión sobre decisiones a la luz de la historia jurídica. N. del

inventado una herramienta jurídica –la adjudicación constitucional– que ahora forma parte de la conciencia jurídica global.⁹

La tradición del derecho civil también ha transmitido a los Estados Unidos varios modos de pensamiento fundamentales, que el derecho norteamericano se ha ocupado de ampliar en forma abundante. Durante los siglos XIX y XX Francia transmitió a los Estados Unidos la idea de derechos universales individuales. Estos derechos “negativos” (o llamados “derechos de primera generación”) fueron consagrados en la Constitución de los Estados Unidos debido a su influencia en la mayoría de los padres fundadores.¹⁰ No solamente el ideal universalista ha sido llevado a extremos, como se evidencia, entre otras cosas, en la noción de jurisdicción universal de los tribunales de los Estados Unidos en la reivindicación de tales derechos. Los derechos negativos, en ausencia de nociones profundas de soberanía y Estado desarrolladas por los jacobinos, se convirtieron en un límite genuino para la actividad redistributiva del Estado americano. Las nociones de libertad de la intromisión gubernamental de ninguna manera se limitaban a la legislación judicial en la era *Lochner*.¹¹ Un límite sólido a cualquier papel proactivo del gobierno, excepto en áreas tales como la militar y de defensa en las que las transferencias masivas de riqueza ocurren en forma rutinaria, puede originarse en la noción inspirada en la tradición francesa de los derechos (económicos).

Además, Alemania ha transmitido a los Estados Unidos una de sus características fundamentales actuales: la presencia de instituciones académicas fuertes e independientes que sirven como control profesional en el proceso político. Fue únicamente porque el derecho se consideraba una ciencia, un legado claro del historicismo alemán, que era natural aducir que se enseñara en contextos universitarios.¹² De lo contrario, el derecho habría permanecido como un asunto práctico, como lo continuó siendo en Inglaterra hasta mucho después de la época victoriana. Después de haberse importado a América, el sistema profesoral alemán se ha estimulado por medio de la proliferación de instituciones académicas privadas, típicas en este lado del océano. Actualmen-

E. Se refiere a la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en donde se decidió sobre el proceso electoral en las elecciones presidenciales que disputaron Al Gore y George W. Bush en el año 2000 y que dieron la victoria a este último.

⁹ Utilizo la conciencia legal en el sentido de Duncan Kennedy, “Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968”, 36, *Suffolk U. L. Rev.* 631, 634 (2003).

¹⁰ Véase una discusión fascinante reciente sobre su credo e ideología en Ellis, Joseph J., *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*, 2000.

¹¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹² Véase información sobre el impacto del modelo profesoral alemán en los Estados Unidos, en Whitman, James, “Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn’s German Sources for the Uniform Commercial Code”, 97 *Yale L. J.* 156 (1987).

te, las facultades de derecho en los Estados Unidos, instituciones educativas profesionales provistas con un plantel de profesores que se consideran eruditos académicos, son las únicas instituciones educativas en el mundo que ofrecen educación jurídica básica a nivel de postgrado. Por consiguiente, y paradójicamente para un sistema basado en la “educación profesional,” el abogado promedio en los Estados Unidos está expuesto a más años de experiencia académica que cualquier otro colega en el mundo. Además, la academia estadounidense se puede considerar actualmente como el postgrado global de un abogado: muchos abogados ambiciosos de todo el mundo completan su educación jurídica de pregrado en los Estados Unidos.¹³ El programa jurídico de postgrado es, por lo tanto, otra herramienta poderosa para la difusión global del derecho de los Estados Unidos.

En su fase inicial, el derecho de los Estados Unidos no importó elementos solamente de Europa, sino que otras características fundamentales de su estructura se pueden considerar como reacciones originales contra los modelos jurídicos europeos. Entre estas debemos mencionar por lo menos la Constitución escrita —una reacción contra la naturaleza arbitraria de la ley constitucional no escrita en Gran Bretaña— y, especialmente para los propósitos de este artículo, el alto grado de descentralización —otra reacción contra la fuerte naturaleza centralista del sistema de gobierno inglés. La descentralización es posiblemente el aspecto más original de la estructura fundamental del derecho de los Estados Unidos.¹⁴ Ningún otro sistema legal en el mundo ha desarrollado un sistema judicial federal integral tan completo y complejo como los Estados Unidos. La coexistencia de un gran número de tribunales federales y estatales ha llevado a que los problemas de jurisdicción y los conflictos jurídicos sean la preocupación primaria de la profesión jurídica americana desde sus comienzos. Además, la naturaleza descentralizada del sistema hace que sea natural aproximarse a los problemas jurídicos a la luz de una pregunta fundamental: ¿cuáles de las muchas respuestas jurídicas posibles, enfrentadas, es realmente la mejor? De nuevo, estos problemas hacen que sea natural comparar las soluciones jurídicas posibles desde una perspectiva de eficiencia.¹⁵ No es de extrañar que la corriente de “Derecho y Economía”, como propuesta al razonamiento jurídico con base en los temas de eficiencia que surgieron en los años sesenta, surja

¹³ Véase Wiegand, Wolfgang, “The Reception of American Law in Europe”, 39 *Am. J. Comp. L.* 229, 235 (1991), en el que se describe la tendencia creciente de los abogados europeos que buscan una educación legal americana.

¹⁴ Véase generalmente, Fallon, Richard, et al, *Hart and Wechsler’s The Federal Court and the Federal System* (4th ed. 1996).

¹⁵ Véase Komesar, Neil K., *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy* 28-29 (1994), donde se explica la importancia del análisis comparativo institucional como componente del enfoque “Derecho y Economía”; Romano, Roberta, *The Genius of American*

justo después del Proceso Jurídico de Harvard, la escuela de pensamiento cuyo método se basaba en el análisis institucional comparativo.¹⁶ Adicionalmente, y de mayor interés en un estudio sobre la expansión del patrón norteamericano de jurisprudencia, los problemas que tiene el practicante profesional común en los Estados Unidos (¿qué tribunal tiene la jurisdicción? ¿qué ley aplica?) son exactamente los mismos en el escritorio de cualquier abogado al enfrentar un problema jurídico de relevancia internacional.¹⁷ Así, al comenzar la globalización económica, los abogados norteamericanos ya disfrutaban de una cultura jurídica y un discurso político más amplio, que desborda los límites jurisdiccionales, y esto los hace comparativamente mejor equipados que sus colegas extranjeros para los problemas impuestos por la globalización económica. En este escenario, el “anexar” una jurisdicción más, sin importar su ubicación, no cambia especialmente la forma de razonar de un abogado norteamericano.¹⁸

Se comprobó que la globalización de la economía y la desaparición global del Estado activista, cruciales para el proyecto neoliberal iniciado a comienzo de la década de los ochenta por la llamada revolución Reagan-Thatcher, era el ambiente ideal para nutrir el surgimiento del enfoque “Derecho y Economía” como la mayor influencia global después de la Guerra Fría.¹⁹ Puesto que los economistas (conservadores) han asumido un papel principal como creadores de políticas tanto en los Estados Unidos como en el extranjero, una consecuencia natural de ello es que esos abogados, en su mayoría norteamericanos, que

Corporate Law 1 (1993), donde se anota que el sistema federal de derecho corporativo de los Estados Unidos permite a las empresas escoger el estado cuya estructura legal minimice su costos al hacer negocios.

¹⁶ Véase Minda, Gary, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, 1995, p. 83, en el que se observa que el surgimiento del enfoque “Derecho y Economía” coincidió con el declive de la escuela del proceso legal y el surgimiento del análisis legal comparado e interdisciplinario.

¹⁷ Véase Dezalay, Yves & Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, 1996.

¹⁸ La estructura misma del proceso judicial norteamericano privatiza el poder y la actividad al reducir en forma significativa los aspectos de “dominio público” en un litigio. Varias actividades en el litigio clasificadas como “oficiales” en los sistemas legales europeos, entre las que se incluye el emplazamiento, descubrimiento o interrogatorio de testigos, ya se consideran asuntos privados en el derecho de los Estados Unidos. Schlesinger, Rudolf B. et al., *Comparative Law: Cases, Text, Materials*, 6th ed., 1998, pp. 428, 448. Esto crea una base para lo que recientemente se ha denominado un transplante empresarial. Véase Miller, Jonathan M., “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”, *51 Am. J. Comp. L.* pp. 839, 849-54 (2003).

¹⁹ Cf. Dezalay, Yves y Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*, (2002), en donde se suministran ejemplos de la

han podido entablar un diálogo con los economistas, maestros de una ciencia social hegemónica, han tenido una mayor ventaja.²⁰ En un sentido más amplio y de nuevo por numerosas razones que sobrepasan el limitado ámbito de este ensayo, el prestigio del derecho de los Estados Unidos aumentó entre los profesionales del derecho en todo el mundo, de modo que el liderazgo intelectual del derecho estadounidense surgió como un hecho indiscutible. ¿Durará este liderazgo? En este ensayo, acogiéndome a la parábola de la corriente de “Derecho y Economía”, argüiré que la fase de auge ha terminado y que la fase de declive ha comenzado.

3. La hegemonía de los Estados Unidos y la conciencia jurídica global

Mientras que, como se demostró en la sección previa, las raíces de la “naturalización” de la forma de razonar norteamericana en la era global se pueden encontrar bien atrás, la parábola del enfoque “Derecho y Economía” se inicia únicamente durante lo más intenso de la Guerra Fría, alcanza su cima en la década posterior a la caída del muro de Berlín y sostengo que comienza su declive intelectual muy al inicio del nuevo milenio, cuando el liderazgo intelectual, político y moral de los Estados Unidos se está cuestionando en todo el mundo con una energía sin precedentes. La creciente resistencia contra el neoliberalismo global liderado por académicos en los Estados Unidos parecen estar dirigidas contra muchos de sus consentidos intelectuales, incluyendo abogados-economistas y otros eruditos en políticas, cuyo papel, en la irónicamente breve edad del “final de la historia,”²¹ ha sido tratar de convertir las políticas conservadoras en una tecnología neutra.

En términos generales, el cambio paradigmático en el razonamiento jurídico, producto del enfoque “Derecho y Economía” como reto fundamental a la relación jerárquica entre el sistema jurídico y la actividad de mercado, ha sido estimulado por la globalización de la economía, donde las fronteras de los mercados cada vez son menos limitadas por los Estados. De hecho, los mercados actualmente son instituciones más sólidas que los mismos Estados,

exportación de instituciones y prácticas económicas y legales a países latinoamericanos. N. d E. Hay traducción castellana, *La internacionalización de las luchas por el poder*, traducción de Antonio Barreto, introducción y notas de César Rodríguez, ILSA, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.

²⁰ Véase generalmente Cooter, Robert D., “Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books”, 29 *UCLA L. Rev.* p. 1260, 1982.

²¹ Véase Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man* (1992), donde se discute el concepto de Hegel de que el final de la historia podría ocurrir al adoptarse la democracia liberal como la forma preferida de gobierno humano.

tanto que los poderosos actores corporativos de la economía global controlan el sistema legal en lugar de que éste los controle a ellos.²² Debido a este cambio de poder, algunas “predicciones” de “Derecho y Economía” resultaron bastante precisas, lo que sirve como argumento a favor de éste como enfoque realista. Sin embargo, el prestigio en la arena global del pensamiento legal no es solamente el resultado de cinismo en la descripción de la “realidad” social, que en los momentos actuales parece, si se mira más de cerca, aún peor que lo que la mayoría de teóricos cínicos son capaces de imaginar. Un paradigma académico en derecho debe ofrecer algún juicio de valor y el prestigio generalmente proviene de las fortalezas de su crítica. Por consiguiente, el auge y la caída de “Derecho y Economía” también debería comprenderse en términos de desarrollos académicos y modos de pensamiento en la arena global de las teorías legales.²³ No hay manera de comprender el impacto y el prestigio de un movimiento legal si nuestra perspectiva únicamente es local.

Por ejemplo, los expertos en derecho constitucional son sin duda los “peces gordos” en los Estados Unidos, en la medida en que se dedican a la actividad académica más gratificante y prestigiosa. Sin embargo, en la arena global, a pesar de los fuertes esfuerzos institucionales y políticos por exportar las ideas y nociones del derecho constitucional norteamericano a nivel mundial, se percibe el derecho constitucional como un negocio íntimamente doméstico, lo que convierte a los famosos académicos norteamericanos de derecho constitucional, aunque dominen el ambiente académico nacional, en figuras bastante irrelevante en la perspectiva global. Para adquirir alguna influencia, estos académicos deberán re-inventarse a sí mismos como expertos comparativos o como juristas generales. Este de ninguna manera es el caso de los economistas y expertos en “Derecho y Economía”, quienes simplemente continúan haciendo en el extranjero lo mismo en que están ocupados haciendo en casa: discutiendo modelos abstractos sin preocuparse mucho de las complejidades de la realidad. En forma más general, en un mundo que actualmente está muy privatizado, la arena global está reservada para los académicos en derecho privado, que es el área del derecho en que están localizadas las mayores contribuciones de “Derecho y Economía”.

Debido al tema de este ensayo, mi preocupación se ubica en la influencia del enfoque “Derecho y Economía” fuera de su lugar de origen en los Estados Unidos. También estoy analizando un contexto que ha atraído mucho la atención de la comunidad académica jurídica en todo el mundo —el de los

²² Véase Hertz, Noreena, *The Silent Takeover: Global Capitalism and the Death of Democracy*, 2001, pp. 7-8.

²³ Actualmente la literatura sobre “Derecho y Economía” como movimiento intelectual es muy extensa.

transplantes legales.²⁴ La reciente ola de hegemonía jurídica americana se puede ver más claramente, y es mucho más significativa, como un cambio en la conciencia jurídica, en vez de como un patrón para el trasplante de normas jurídicas.²⁵ La recepción jurídica es una actividad sumamente creativa²⁶ y no se comprenderían muy bien los trasplantes jurídicos en su naturaleza si se les enfocara únicamente como un ejercicio mecánico de importación y exportación.²⁷ Por lo tanto, es importante abordar el impacto de “Derecho y Economía”, tal como lo “inventó” Guido Calabresi en los Estados Unidos y como lo difundió Richard Posner en forma simplificada, en un contexto más amplio y en un sentido histórico y transnacional dentro del academicismo jurídico.²⁸

Los antecedentes institucionales del derecho de los Estados Unidos ofrecen un contexto muy original en el cual la escuela del proceso legal, el primer paradigma genuinamente original de la academia jurídica americana, desarrolló su análisis en los años cincuenta.²⁹ Antes del proceso legal los movimientos especializados en los Estados Unidos eran meras reproducciones de los modos europeos de pensamiento, tal como el pensamiento dogmático alemán (conocido en los Estados Unidos como formalismo) o la jurisprudencia

²⁴ Véase generalmente Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2a ed, 1993). Watson explica que la teoría de los trasplantes legales es “el mover una norma o un sistema legal de un país a otro o de un pueblo a otro”. (p. 21).

²⁵ Esta sección del ensayo también proviene de Mattei, *A Theory of Imperial Law*, nota arriba 4, pp. 407-11.

²⁶ Véase Grande, Elisabetta, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli* (2000); véase también P.G. Monateri, P. G. & F.A. Chiaves, “Shifting Frames: Law and Legal Contaminations”, en *Introduction to Italian Law*, pp. 21-30 (Jeffrey S. Lena & Ugo Mattei eds., 2002), para un análisis sobre la importación de normas e instituciones a la cultura legal italiana desde Francia y Alemania. La literatura sobre trasplantes legales ahora es muy completa.

²⁷ El considerar el derecho como una mercancía mecánica que se puede importar o exportar, como si fuera un aparato de televisión o un Land Rover, también es una estrategia de gobierno. Véase Mattei, Ugo, “Legal Pluralism, Legal Change and Economic Development”, en *New Law for New States: Política del Diritto in Eritrea*, p. 23 (L. Favali et al. eds., 1998). Véase generalmente Nader, Laura *The Life of the Law: Anthropological Projects*, pp. 117-67 (2002), para un examen de los procesos hegemónicos en el derecho en escenarios coloniales y contemporáneos.

²⁸ Para una discusión sobre los cambios en pensamiento sobre el derecho privado en Europa, véase Hesselink, Martijn W., *The New European Legal Culture* (2001), donde se sostiene que los académicos europeos deberían estudiar el efecto económico de diversas normas de derecho privado y ratificar una norma sobre otra si es más eficiente. Sin embargo, encontrará una posición más matizada en Reimann, Mathias, “Droit positif et culture juridique: L'américanisation du droit européen par réception”, *Archives de philosophie du droit: américanisation du droit*, 2001, p. 45, donde se discute la americanización como cambio de mentalidad.

²⁹ La escuela del proceso legal ha recibido un reciente resurgimiento de atención gracias a la publicación en 1994 de su libro más representativo, Hart, Henry M. Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (tentative ed. 1958). Para un

sociológica (conocida en los Estados Unidos como realismo jurídico). Puesto que los Estados Unidos es el único sistema judicial totalmente federalizado en el mundo, el derecho de los Estados Unidos deberá, por lo tanto, enfrentar un número único de conflictos potenciales entre actores institucionales. Esta práctica naturalmente obliga a los abogados a desarrollar una conciencia tremendamente sofisticada de la importancia práctica de quién decide qué en asuntos de litigio.³⁰

En la cultura jurídica de los Estados Unidos, el grado de razonamiento anti-formalista sin precedentes, debido a cuarenta años de dominación de realismo jurídico, requería alguna reacción. En Alemania y Francia, los dos principales exponentes de la tradición del derecho civil, la jurisprudencia sociológica (también conocida como anti-formalismo) nunca ha logrado moverse más allá del estado de una corriente crítica de pensamiento jurídico; permanece parcialmente influyente fuera del academicismo jurídico.³¹ Por otra parte, en los Estados Unidos el realismo jurídico alcanzó la posición principal entre los enfoques jurídicos académicos y se volvió importante en el estado judicial y administrativo.³² Como resultado de ello, cuando los abogados americanos comenzaron a interpretar su papel como “proveedores ocultos de derecho”³³ en forma demasiado cándida, comenzaron a experimentar una pérdida de legitimidad que debilitó su proyecto profesional.³⁴ Los intentos por tratar de reforzar esa legitimidad y el proyecto profesional de los abogados produjo la escuela del proceso legal en derecho público (recuérdense los “principios neutros” de Wechsler³⁵) y el enfoque “Derecho y Economía” en el derecho

análisis que combina el proceso legal y el derecho y la economía, véase Komesar, nota arriba 15. Antecediendo la escuela del proceso legal, las raíces tanto del formalismo legal como del realismo legal se pueden localizar en Europa. Véase Kennedy, nota arriba 9, en pp. 637-40 se discute la globalización del pensamiento legal clásico europeo.

³⁰ Para ampliar la información, véase la otra publicación “clásica” en la escuela del proceso legal, *Hart and Wechsler’s The Federal Courts and the Federal System*, Fallon et al., nota arriba 14; véase también Amar, Akhil Reed, “Law Story”, 102 Harv. L. Rev. p. 688 (1989) (revisión de Paul M. Bator et al., *Hart and Wechsler’s The Federal Courts and the Federal System* (3d ed. 1988)).

³¹ Véase Cannata, Carlo Augusto & Antonio Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea: Dal medioevo all’epoca contemporanea* (4a ed. 1989).

³² Para evaluar la hegemonía realista en el derecho de los Estados Unidos, véase Gilmore, Grant, *The Ages of American Law* (1977) y Ackerman, Bruce A., *Reconstructing American Law*, pp. 105-10 (1984).

³³ Véase Gambaro, Antonio, “Il Successo del giurista”, p. 106, en *Il Foro Italiano* 86 (1983).

³⁴ Uso el término “proyecto profesional” en el sentido sociológico desarrollado en Sarfatti Larson, Magali, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (1977).

³⁵ Wechsler, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, p. 73, *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

privado. Estos movimientos carecían de modelos extranjeros que los inspiraran y, por consiguiente, eran “invenciones” genuinas de la academia jurídica de los Estados Unidos.

Vistos desde la perspectiva doméstica del derecho de los Estados Unidos, tanto el proceso legal como la escuela de “Derecho y Economía” comparten una relación ambigua con el formalismo y el realismo. Hay, sin embargo, diferencias estructurales importantes entre las dos. Sería difícil imaginar el nacimiento de la escuela del proceso legal fuera del muy peculiar sistema federal norteamericano. Por otro lado, debido a la naturaleza del razonamiento económico, el análisis económico del derecho tiende a ser un paradigma universalista.³⁶ Como consecuencia de la diferencia en el grado de especificidad local, únicamente el enfoque “Derecho y Economía” se ha convertido en una forma hegemónica de la conciencia jurídica a nivel global.

4. El ascenso del razonamiento eficientista en los Estados Unidos

Herman Oliphant, uno de los principales realistas jurídicos, urgió a los estudiantes de derecho y a los abogados a salir de las bibliotecas.³⁷ La biblioteca de derecho y los materiales legales en ella han sido por mucho tiempo la totalidad del universo del abogado occidental. A la tradición textual dominante en el continente europeo, por lo menos desde la época de los glosadores, únicamente se le ha hecho una corrección limitada por parte de la tradición del *common-law*, a pesar de su auto-imagen como derecho “no escrito”. Christopher Columbus Langdell solía decir que las opiniones de apelación, en sí mismas una forma literaria, son la materia prima en el laboratorio del abogado-científico.³⁸ Por consiguiente, el salir de las bibliotecas fue de hecho

³⁶ Véase Mattei, Ugo *Why the Wind Changed*, nota arriba 4, en p. 216, donde se anota “que el derecho y la economía son (. . .) un esfuerzo para comprender las fuerzas que están en juego en derecho y no en un sistema legal particular”.

³⁷ Véase Oliphant, Herman, *The Public and the Law – The Three Major Criticisms of the Law and Their Validity*, 18 A.B.A. J. pp. 787, 793 (1932). El profesor Oliphant afirmó: “Tales han sido las tradiciones de la academia legal entre las cuales todos los estudiantes de derecho han crecido, con suficiente tiempo de revisar, de modo que casi que cualquiera de ellos probablemente podría exponer la definición legal técnica de hurto y, por eso, ganar la admiración general de la simetría y totalidad del desarrollo lógico que le ha dado el academicismo legal. Sin embargo, si se le pidiera que planteara algo con respecto a los límites de la efectividad del derecho penal en el control de prestamistas como posibles culpables de recibir propiedades robadas, podría registrar las bibliotecas de derecho pero se tendría que permanecer callado”.

³⁸ White, G. Edward, *The Impact of Legal Science on Tort Law, 1880-1910*, 78 *Colum. L. Rev.* pp. 213, 220-22 (1978). Con respecto a Langdell y a la crítica realista, la lectura más interesante y vívida sigue siendo, en mi opinión, la obra de Grant Gilmore, *The Ages of American Law*. Gilmore, nota

un programa revolucionario en la década de los treinta porque los abogados realmente nunca habían vivido fuera de ellas. Para salir de la biblioteca los abogados necesitaron guías. Karl Llewellyn, otro de los principales realistas jurídicos, tocó la puerta del antropólogo E. Adamson Hoebel para explorar formas de “vida legal” fuera de las bibliotecas.³⁹ También muchos otros realistas aceptaron que se necesitaban no abogados en las facultades de derecho, para desarrollar paradigmas de pensamiento no-textuales.⁴⁰ Entre estos profesionales no abogados nombrados en las escuelas de derecho encontramos muchos de los padres fundadores del enfoque “Derecho y Economía”, incluyendo a los principales economistas de Chicago, Aaron Director y Ronald Coase. Durante la era del realismo triunfante, algunos abogados, en vez de escoger economistas como co-autores, prefirieron un viaje de primera mano en conocimiento económico. Entre estos académicos que se estaban preparando para aventurarse solos, fuera de las bibliotecas, se puede encontrar al verdadero creador de la corriente “Derecho y Economía”: Guido Calabresi.

Los abogados, para asegurarse, no se limitaron a usar sus guías para un viaje intelectual fuera del razonamiento textual. No todos, sin embargo, estaban buscando enfoques críticos para retar el status quo del derecho, sino que examinaron, con las herramientas de la economía, mejores métodos para adentrarse en “lugares oscuros”.⁴¹ Muchos abogados, especialmente aquellos ubicados en el lado más conservador del espectro político, sintieron que las décadas del dominante realismo legal requerían una reestructuración de la legitimidad del abogado y del proyecto profesional. Era necesario que el derecho, como construcción fundamentalmente conservadora, se renovara para recuperar alguna objetividad si los académicos del derecho y los jueces iban a conservar su papel como “proveedores ocultos de derecho”.⁴² Considerar el derecho como autoridad del último tomador de decisiones, como lo hacían los realistas legales, expone a la profesión del derecho a un reto fundamental: si el derecho está tan sesgado como lo están las preferencias políticas de los que toman las decisiones, ¿por qué entonces debería ser el que toma la decisión un abogado profesional y no un político, un doctor o un negociante de automóviles?

arriba 32, en pp. 42-48. Encontrará una narración más reciente y larga de los acontecimientos intelectuales en torno al desarrollo del realismo legal en Horwitz, Morton J., *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (1992).

³⁹ Nader, nota arriba 27, en pp. 85-101.

⁴⁰ Véase Gilmore, nota arriba 32, en pp. 87-88.

⁴¹ Calabresi, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes* (1982) “Como académico, es mi deber buscar los lugares oscuros y tratar de describir, en forma tan precisa como pueda, lo que veo” (p. 180).

⁴² Véase Gambaro, nota arriba 33.

En la jurisprudencia occidental, la ciencia ha servido tradicionalmente para el propósito de imponer el papel especial de los abogados como tomadores de decisiones, a pesar de su falta de legitimidad política. Sin embargo, si la metáfora de la biología y la geometría, muy apreciada por Langdell y sus seguidores formalistas,⁴³ ya no podía servir para ese propósito, la “ciencia social” haría el truco,⁴⁴ y entre las ciencias sociales la reina, para estar seguros, era la economía.⁴⁵ Richard Posner está asociado con esta contribución fundamental – salvar a la profesión del derecho de las consecuencias legítimas de ser demasiado “cándido”.⁴⁶ En consecuencia, la economía podría ofrecer una buena guía por fuera de los principios incontrovertibles de la ley y una fuente de legitimidad nueva y fuerte. Después de todo, los economistas se estaban enfocando en los incentivos, y los incentivos equivalían a enfocarse en el comportamiento de los receptores de los preceptos legales. Así, algo comenzaba a suceder fuera de y más allá de los textos legales. Los economistas, además, al tiempo que trabajaban en la teoría de la elección social, estaban ellos mismos enfocándose en algo fuera del texto. A estos economistas les preocupaba la producción de normas, el papel del derecho en el quehacer, los procesos y las fuerzas que determinan su contenido (por ejemplo, la búsqueda de rentas).⁴⁷ Mientras que tradicionalmente los abogados, incluyendo a los realistas legales norteamericanos como abogados fundamentalmente positivistas, se enfocaban en la norma y los preceptos legales como son (o como deberían ser), los economistas, por contraste, estaban afirmando que se debía cambiar el enfoque hacía lo que viene antes (escogencias públicas) y después (comportamiento de incentivo y reacción) del precepto legal. Estos economistas sostenían que el centro de la discusión debería estar en el proceso y en las consecuencias sociales del resultado de dicho proceso.⁴⁸

⁴³ Gilmore, nota arriba 32, en p. 42.

⁴⁴ Ibid. En pp. 87-88.

⁴⁵ Mattei, nota arriba 3, en p. 25. Citando a Cooter, nota arriba 20, en pp. 1260-61.

⁴⁶ Un abogado de la Universidad de Chicago, sin educación formal en economía, Richard Posner, luego llegó a ser juez de apelación federal, comenzó a inundar a la academia legal con su tremenda productividad desde los inicios de los años setenta. Su libro, *Economic Analysis of Law*, se considera un clásico en el campo: Posner, Richard A., *Economic Analysis of the Law* (6a ed. 2003) [en adelante *Economic Analysis*].

⁴⁷ Véase Buchanan, James M. & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (1962), describe una teoría de la elección colectiva; Macey, Jonathan R., “Public Choice and the Law”, en Newman, Peter (ed.), *The New Palgrave: Dictionary of Economics and the Law*, 1998, p. 171.

⁴⁸ La teoría de la elección social aquí estaba enseñando la misma lección del “Proceso Legal” de Harvard.

Con respecto a la legitimidad, la mayoría de manuales de economía contenían ante todo retórica con base en la ciencia y la objetividad.⁴⁹ Por lo tanto, el éxito inicial del razonamiento eficientista en el derecho se puede justificar por dos factores, por lo menos: (1) después de que el punto central esté en proceso, cualquiera podría aceptar que el proceso deberá ser eficiente y (2) la eficiencia reivindicaba objetividad, un elemento esencial en la estrategia de legitimación.⁵⁰ Mientras que la justicia es el dominio de sentimientos subjetivos, la eficiencia es el dominio de la objetividad, puesto que ofrece únicamente unos conceptos explicados en forma poco clara.⁵¹

Los economistas también tenían su agenda, así que el enfoque “Derecho y Economía” no solamente servía a las necesidades y curiosidades de los abogados, sino también a las de los economistas, y esa agenda, aún para los economistas, era común tanto para los conservadores como para los progresistas. Los economistas de mente más abierta, tal como Ronald Coase a comienzos de su carrera, creían que la segregación entre las disciplinas del derecho y la economía era absurda.⁵² Después de todo, el derecho y la economía ni siquiera eran disciplinas separadas, como se comprobó por el hecho de que el padre fundador de la economía moderna, Adam Smith, era un profesor de jurisprudencia.⁵³ Fue únicamente el positivismo, un enfoque que a finales del siglo XIX había conquistado ambas disciplinas, el que casi paradójicamente creó la imposibilidad cultural de comunicación entre ellas.

Para los economistas, el positivismo significaba la separación total entre hechos y valores, entre el ser y el parecer, entre los discursos positivos y los normativos.⁵⁴ Los economistas simplemente ya no podían comunicarse con los abogados, dada la constante confusión entre los niveles de discurso que caracteriza el lenguaje de los abogados sobre la justicia. Los pocos economistas, tales como Thorstein Veblen o John Commons, que trataron de superar la lógica del positivismo económico manteniendo un diálogo con abogados e instituciones, se enfocaron en temas de distribución de la riqueza que natu-

⁴⁹ Véase McCloskey, Deirdre N., *The Rhetoric of Economics* (2d ed. 1998).

⁵⁰ Mi explicación para esos dos factores, que explican el éxito inicial del razonamiento eficientista en derecho, está desarrollado en Mattei, nota arriba 3, en pp. 20-22.

⁵¹ Ibid. en p. 4: “solamente hay un par de nociones de eficiencia aceptadas por el paradigma económico establecido (. . .) y hay tantas definiciones de justicia como individuos que juzgan.”

⁵² Por ejemplo, Coase, R. H., *The Firm, the Market, and the Law* (1988), p. 31.

⁵³ Mattei, nota arriba 3, en pp. 41-42; véase Malloy, Robin Paul & Jerry Evensky (eds.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics* (1994).

⁵⁴ Mattei, nota arriba 3, en pp. 6-11; véase también Katz, Avery Wiener, *Positivism and the Separation of Law and Economics*, 94 *Mich. L. Rev.* p. 2229 (1996).

ralmente se ubican entre los dos dominios.⁵⁵ Por consiguiente, se les acusó de socialistas y fueron marginados por la ortodoxia económica.⁵⁶

Para los abogados, por el contrario, el positivismo significaba la separación total del dominio del derecho del campo de la moralidad, la política, la sociedad y todo aquello que se pudiera considerar “fuera” de lo que la autoridad plantea como derecho.⁵⁷ El positivismo significaba, en términos kelsenianos, una teoría pura del derecho. Bajo esta perspectiva, los economistas estaban contaminados por sus constantes discursos sobre políticas, algo que sobrepasa la idea pura del sistema legal.⁵⁸ Esta separación de abogados y economistas cobró un precio muy alto, lo que se convirtió en algo muy visible cuando la crisis del petróleo de los años setenta obligó a repensar algunas prioridades. Del lado de los abogados, se había construido el Estado benefactor poniendo poca atención al impacto económico de su normatividad, de modo que para la época de la crisis petrolera su sostenibilidad comenzó a cuestionarse cada vez con más éxito, especialmente en Inglaterra y los Estados Unidos. Del lado de los economistas se desarrolló la política keynesiana, tan crucial en la recuperación de la depresión de los años treinta, sin tener en cuenta la estructura legal de su implementación, en particular la autonomía y las fortalezas de la estructura legal y burocrática con capacidad de derrotar, por medio de patrones de resistencia, cualquier macro reforma. Por consiguiente, mientras algunos economistas demostraron mucho interés por comprender mejor la situación legal, superando así los costos de décadas de falta de comunicación, otros economistas, atacando la política keynesiana, evaluaban la estructura legal de los derechos de propiedad. Estos economistas también evaluaron el proceso político en un modelo de elección social para reivindicar para la microeconomía lo que el keynesianismo había transferido, podría decirse que sin éxito, a nivel de las políticas macroeconómicas.⁵⁹ Los teóricos de la elección social, al supervisar las distorsiones del proceso político, en particular aquellas de la legislación y reglamentación, estaban encontrando aliados naturales en el trabajo inicial de los apologistas de la tradición del *common-law*, tales como Richard Posner. Se desarrolló una alianza en nombre de la eficiencia y la objetividad, en la que los temas de distribución y justicia, tan cruciales

⁵⁵ Blaug, Mark, *Economic Theory in Retrospect* (5th ed. 1997), pp. 700-03, en donde se discute la economía institucional y las contribuciones de Veblen y Commons.

⁵⁶ Ibid. pp. 702-03.

⁵⁷ , Hans, *Pure Theory of Law*, traducción de Max Knight, Univ. of Cal. Press, 2d ed. 1967, (1934), p. 1.

⁵⁸ Véase Ibid. “La Teoría Pura del Derecho es una teoría de derecho positivista. (...) Es una ciencia legal (jurisprudencia), no política legal.”

⁵⁹ Macey, nota arriba 47.

tanto para el análisis de Guido Calabresi como para el legado realista del New Deal,⁶⁰ simplemente quedaron relegados.⁶¹

El enfoque “Derecho y Economía” no habría logrado un papel dominante y global si no hubiera sido apalancado, a comienzos de los años de la presidencia de Reagan, por medio de una agenda política completamente desarrollada y una industria real, capaces de inundar de efectivo cualquier movimiento que daba prestigio cultural a la liberalización y otras políticas reaccionarias de esos años. Es prueba suficiente observar la tibieza de la primera acogida al movimiento “Derecho y Economía” en Europa para comprender qué tanto estaban dispuestos los abogados a resistir a favor del ideal de eficiencia en nombre de la justicia y la distribución.⁶² Sin embargo, la multiplicación de prestigiosas cátedras universitarias en las escuelas de derecho, dotadas de instalaciones para la investigación y con becas de investigación, tal como en la academia norteamericana (la escuela global de postgrados), creó un cierto tipo de receta para el éxito global.⁶³

Para estar seguro, no deseo explicar cada uno de los fenómenos sociales y políticos según fueron determinados por las fuerzas e incentivos económicos. Realmente es cierto, sin embargo, que para el joven estudiante estadounidense que se graduaba a principios de los años ochenta era una jugada inteligente para su carrera entrar a “Derecho y Economía” en vez de, digamos, derecho comparado. Sin embargo, también hay otras razones. En la literatura comparada, por ejemplo, se ha señalado que el éxito de un paradigma académico en derecho está relacionado con su aparente facilidad de adaptación en distintos contextos, lo que se debe en su mayor parte a formas de universalidad más o menos pronunciadas. Alan Watson, por ejemplo, ha ofrecido evidencias de la amplia difusión de resúmenes y otros manuales de enseñanza, por ejemplo los *Institutes* de Gaius o los *Commentaries* de Blackstone.⁶⁴ La misma información surge al comparar la tasa de difusión del muy simple Código Napoleónico con el lenguaje técnicamente sofisticado y complejo del Código Civil Alemán, el

⁶⁰ N. del E. Así se denominó el amplio programa de reformas sociales impulsadas durante la administración del presidente Franklyn Delano Roosevelt en los Estados Unidos de América.

⁶¹ Véase Pulitini, Francesco, “Quante analisi economiche del diritto? Riflessioni su Yale e Chicago”, *I Mercato concorrenza regole* 139 (2003).

⁶² Véase Cooter, R & J. Gordley, “Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future”, p. 11 *Int’l Rev. L. & Econ.* 261, 262 (1991).

⁶³ Por ejemplo, millones de dólares fueron donados por la fundación conservadora de John Olin para el desarrollo de centros de investigación en “Derecho y Economía” en algunas de las universidades más prestigiosas de los Estados Unidos tales como Harvard, Yale, and Berkeley. Véase, por ejemplo, Press Release, Harvard Law School, la Escuela de Leyes de Harvard recibe una donación de 10 millones de dólares de la John M. Olin Foundation (mayo 19, 2003), disponible en http://www.law.harvard.edu/news/2003/05/19_olin.php.

⁶⁴ Watson, Alan, “The Importance of “Nutshells”, *Am. J. Comp. L.* 1 (1994), p. 42.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).⁶⁵ En general, se ha observado que entre menos positivista y más específico según el contexto sea un enfoque legal, mayor será su circulación.⁶⁶ Además, otras características estéticas del derecho, tal como la auto-descripción de grandes avances o la ambigüedad general, se han utilizado para explicar la difusión de las ideas legales.⁶⁷ Muchas de estas características encajan con el razonamiento económico en derecho. Simplicidad relativa, ambigüedad política,⁶⁸ un ambiente de auto-alabanza, no-positivismo (en el sentido legal) y universalidad son todas características de la corriente “Derecho y Economía”, como se ha exportado mundialmente por medio de dichos “resúmenes” de Posner o de Polinsky.⁶⁹

En general, históricamente, la manera en la que un paradigma de investigación nuevo y políticamente poderoso logra alcanzar una posición preponderante en una pluralidad de contextos culturales consiste en hacer que los enfoques anteriores parezcan obsoletos y primitivos.⁷⁰ Por ejemplo, aquellos que apoyan el enfoque mucho más elegante y científico pandectista alemán consideran obsoleta la metodología exegética francesa.⁷¹ También podría haber sido el caso del “enfoque social” franco-alemán que fue muy promocionado como un paso adelante en civilización en comparación con el individualismo de la era de Lochner.⁷² El enfoque “Derecho y Economía” realmente utilizó esta estrategia para lograr un papel global ofreciendo un modelo universal expansionista que se expresa en inglés (la nueva *lingua franca*), que conserva un diálogo abierto con la economía (la reina de las ciencias sociales) y que afirma ser el nuevo orden legal natural de la era global. Por lo tanto, el orden legal propuesto, lejos de ser legitimado políticamente, recibe su legitimidad y conveniencia a partir de las virtudes intrínsecas de la eficiencia, el único valor con capacidad para otorgar acceso general al mercado capitalista global.

⁶⁵ Mattei, *Why the Wind Changed*, nota arriba 4, en pp. 201-03.

⁶⁶ *Ibid.* en pp. 195-96, donde se plantea “una relación inversa entre liderazgo en el derecho occidental y el grado de positivismo y localismo en una cultura legal dada”.

⁶⁷ Grande, nota arriba 26; di Robilant, Anna, “The Aesthetics of Law”, *Global Jurist Advances*, No. 2, Art. 1 (2001).

⁶⁸ Duncan Kennedy hace énfasis en este aspecto como clave para comprender la difusión de ideas legales; teorías legales y movimientos pueden globalizarse en forma exitosa si son políticamente ambiguos y por lo tanto adaptables a nuevos contextos. Kennedy, nota arriba 9, en p. 634.

⁶⁹ Dos de los tratamientos más exitosos de “primera generación” en forma de libro de la disciplina son: Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics* (2a ed. 1989), y Posner, *Economic Analysis*, nota arriba 46.

⁷⁰ El siguiente texto también se toma de Mattei, *A Theory of Imperial Law*, nota arriba 4, en pp. 409-10.

⁷¹ Mattei, *Why the Wind Changed*, nota arriba 4, en p. 215. Véase generalmente Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, *Am. J. Comp. L.* 1 (1991), p. 39.

⁷² Véase Kennedy, nota arriba 9, en pp. 649-50.

El enfoque económico del derecho, en vez de ser un modo de gobernabilidad que necesita legitimidad como cualquier otro orden legal, se convirtió así en la columna vertebral tecnológica del mercado global, un asunto que no se debe abordar en forma política, sino que se debe describir y modificar únicamente por medio de las prácticas tecnológicas. Por primera vez después de la Guerra Fría, hubo disponibilidad de financiación para los académicos que desearan convertirse en los tecnócratas e ingenieros de este sistema no político. Con estos supuestos, cualquier enfoque del derecho, aún el que lo siga considerando una institución política que no puede comprenderse y describirse por medio de gráficos y números se eliminará por obsoleto. Cualquier enfoque que requiera algo más que una mínima filosofía de gobernabilidad reactiva es, después de la caída del Muro de Berlín, totalmente pasado de moda. El derecho debe crear incentivos para los actores del mercado. El abogado y legislador calificado no se aprecia si sus sugerencias requieren una posición de actividad gubernamental proactiva y costosa, y mucho menos si favorece la redistribución económica por medio de la tributación u otras medidas keynesianas obsoletas. El jurista académico solamente puede ante la existencia natural de los mercados producir un conjunto correcto de incentivos de mercado. El ejemplo por excelencia de esta actitud es el muy reputado modelo de reforma corporativa de *self enforcement*, producido por el principal académico en derecho corporativo Bernard Black para la Federación Rusa.⁷³

5. Exportación a Europa del razonamiento eficientista

Aunque que sería extremadamente exagerado sostener que el enfoque “Derecho y Economía” goza actualmente de un papel de liderazgo en la academia jurídica de los países europeos, podemos, sin embargo, ver que el razonamiento eficientista es el principal vehículo intelectual utilizado por la conciencia legal norteamericana para difundirse a sí misma e imponer su hegemonía en el centro y la periferia del mundo.⁷⁴ De hecho, la eficiencia es la palabra de moda del proyecto neoliberal. Justifica la mayoría de las políticas del llamado “Consenso de Washington,” desde la desaparición del Estado benefactor hasta la privatización, de la reducción de personal al contrato de tercerización. La mezcla expansionista y universalista del análisis económico neoclásico, junto con la gruesa capa de supuestos ideológicos que están

⁷³ Black, Bernard y Reinier Kraakman, “A Self-Enforcing Model of Corporate Law”, *Harv. L. Rev.* 1911 (1996).

⁷⁴ Esta sección adapta tanto a Mattei, *A Theory of Imperial Law*, nota arriba 4, en pp. 411-15, como a Mattei, Ugo y Alberto Monti, “Comparative Law and Economics: Borrowing and Resistance”, *Global Jurist Frontiers*, No. 2, Art. 5 (2001).

integrados en dicho razonamiento económico, yacen tras el éxito intelectual de este enfoque del derecho.⁷⁵ Un sesgo muy claro en favor de la eficiencia del proceso de adjudicación en el *common law* promueve a los tribunales de justicia como los actores más importantes del sistema legal.⁷⁶ La privatización y las reformas estructurales sustentadas por instituciones internacionales de gobernabilidad global hacen del enfoque “Derecho y Economía” una de las corrientes culturales más importantes para la difusión de supuestos tácitos del derecho de concientización legal con base en los Estados Unidos.⁷⁷

El trasplante del enfoque “Derecho y Economía” a contextos europeos⁷⁸ se ha realizado por medio de una estructura organizacional sistemática, la Asociación Europea de Derecho y Economía, que comenzó sus operaciones a finales de los años ochenta.⁷⁹ La evidencia más significativa de la relevancia de este enfoque en Europa no se encuentra solamente en el incremento del número de artículos en revistas especializadas de derecho, sino también en el incremento del número de publicaciones europeas en el área, como también monografías, publicaciones periódicas y enciclopedias. Mucho más significativo es que los académicos europeos que no se identifican como acólitos del enfoque “Derecho y Economía”, aquellos que durante todos los años ochenta rechazaron el razonamiento eficientista en nombre de la justicia como la única estrella polar del abogado, ahora se están familiarizando cada vez más con la terminología general y las ideas de este enfoque. Actualmente se puede encontrar muy a menudo el razonamiento eficientista, en una forma un tanto simplificada, aún en la más mundana academia legal.

Una vez transplantada fuera de su contexto de producción, la corriente “Derecho y Economía” muestra un alto nivel de ambigüedad que le permite florecer.⁸⁰ Los académicos conservadores admiran su elegancia intelectual, los

⁷⁵ Véase generalmente Kennedy, Duncan, “Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies”, en Newman, Peter (ed), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and the Law*, 1998, p. 465.

⁷⁶ Véase Posner, *Economic Analysis*, nota arriba 46, en pp. 529-51, donde compara la eficiencia de la adjudicación en el *commonlaw* con la relativa ineficiencia del proceso político.

⁷⁷ Mattei, nota arriba 3, en pp. 226-27.

⁷⁸ Luego, siguiendo el liderazgo europeo, a Latinoamérica, Asia, y el resto del mundo.

⁷⁹ Para mayor información sobre la Asociación Europea de Derecho y Economía, visite <http://nts4.oec.uni-osnabrueck.de/eale/index.html>. Esta sociedad, compuesta en su mayoría por académicos europeos, algunos de los cuales son antiguos estudiantes de derecho norteamericano, ha obtenido un éxito considerable. Ha generado una gran red de individuos europeos y programas académicos activos en el campo, entre los que se incluyen una variedad de programas especializados y centros de investigación.

⁸⁰ Véase Kennedy, nota arriba 9, en pp. 633-35, para explicar la ambigua, aunque adaptable, naturaleza política de los movimientos legales que se han globalizado con éxito durante el siglo pasado.

académicos más progresistas y liberales encuentran su potencial en la subversión de la esencia formalista e irrefutable del derecho local y afirman que el sesgo político conservador es algo que se puede dejar al otro lado del océano.⁸¹ La resistencia inicial por parte de la corriente principal de académicos del derecho ha sido abordada con éxito. Como en los debates a principios de los años ochenta en los Estados Unidos⁸² y en Europa diez años más tarde, el enfoque “Derecho y Economía” persuadió a un número significativo de académicos del derecho y profesionales de que los temas de distribución se enfrentan con más éxito por medio de la tributación que por medio de la adjudicación.⁸³ El razonamiento eficientista, por lo tanto, debería convertirse en la estrella polar de la interpretación jurídica. Es así como muchos académicos europeos se han interesado por “Derecho y Economía”, y, aún cuando tienen cuidado al limitar su uso en áreas relativamente seguras tales como el derecho privado del patrimonio, continúan allanando el camino hacia una modalidad de pensamiento subversivo de la relación tradicional entre el derecho y el mercado.

El linaje distintivo del “Derecho y Economía” norteamericano, sin embargo, deja abiertas una variedad de preguntas fundamentales que se deberían enfocar dentro de un amplio contexto histórico en el cual no se dan por sentadas las tendencias actuales y el significado político de las especificidades locales es muy apreciado. Un ejercicio tal es aún más crítico si el enfoque “Derecho y Economía” busca establecerse como una de las metodologías fundamentales del nuevo orden legal global. Desafortunadamente, los usuarios europeos del pensamiento económico en derecho nunca plantean los problemas de legitimidad, poder y hegemonía. No hay rastros en ese lado del océano del tipo de discusiones fundamentales sobre las implicaciones del pensamiento económico legal que, a comienzos de los años ochenta (antes de que “Derecho y Economía” se transformara en industria), eran planteadas en los Estados Unidos por abogados y filósofos que estaban dispuestos a enfrentar la arrogancia intelectual e ingenuidad de tantos economistas.⁸⁴ Por el contrario, el razonamiento eficientista se acepta como forma de un realismo necesario al enfrentar tareas tan intimidantes en la agenda del moderno académico legal europeo como, por ejemplo, confrontar el tema de la integración del derecho privado.⁸⁵

⁸¹ Véase Pulitini, nota arriba 61, que ofrece una evaluación crítica por parte de uno de los primeros académicos italianos en “Derecho y Economía” sobre la oportunidad de considerar el estilo de Chicago y otras marcas del enfoque como movimiento que comparte suficientes elementos en común para abordar dentro de un esquema taxonómico unitario.

⁸² Véase “Symposium on Efficiency as a Legal Concern”, 8 *Hofstra L. Rev.* 485 (1980); Symposium, “Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives”, 9 *J. Legal Stud.* 189 (1980).

⁸³ Véase Cooter, Robert and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 3d ed, 2000, pp. 3-4.

⁸⁴ Véase Mattei & Monti, nota arriba 74, en pp. 13-14 se ofrece un resumen de estas críticas.

⁸⁵ Véase Grundmann, Stefan & Jules Stuyck, *An Academic Green Paper on European Contract Law*

Al observar los diferentes sistemas jurídicos europeos desde la perspectiva de la aceptación de ideas estadounidenses, tal como el razonamiento eficientista en derecho, se nota una amplia división y se hace patente la necesidad de distinguir las diferencias entre ellos. Demasiado aparente para desatenderse es la amplia brecha entre los países europeos del norte y los europeos-latinos en la actitud hacia el recibimiento de las modalidades de pensamiento jurídico provenientes de Estados Unidos. Los países nórdicos, incluyendo Alemania, Holanda, Gran Bretaña y los Estados escandinavos, han incorporado gran parte de la actitud norteamericana hacia el discurso jurídico como se simboliza en “Derecho y Economía”. En estos países la asimilación de las principales modalidades de pensamiento legal estadounidense, tal como el balanceo en jurisprudencia (que incluye al enfoque “Derecho y Economía”), se ha incrementado tremendamente en los últimos diez años. La llamada “nueva cultura jurídica europea”, diseñada en su mayoría por académicos de los países nórdicos en los que el sistema universitario no yace en un estado de confusión y la mayoría de profesores de derecho son académicos de tiempo completo o legisladores, es mucho más similar a la cultura jurídica de los Estados Unidos que a la tradicional europea.⁸⁶ Esta nueva cultura jurídica, dominada por académicos del norte que son capaces de expresarse en inglés, es la de mayor influencia en el reclutamiento para el derecho privado europeo. El resultado de dicho recibimiento en el norte de Europa es una actitud tecnológica hacia el discurso jurídico, tradicionalmente externo para el estilo europeo, lo que legitima la estrategia de aquellos que no tienen responsabilidad política, las élites tecno-burocráticas dentro de la Comisión Europea.

Sin embargo, la Europa jurídica no está conformada únicamente por las élites del norte y las anglófonas. Se puede encontrar también una gran diversidad de actitudes, especialmente en los países latinos del sur de Europa, que resienten su estado de marginalidad en el ejercicio de construcción del derecho europeo. Dichas contra-culturas latinas ocasionalmente se han creado simplemente como resultado de la incapacidad cultural para participar en discusiones sobre derecho orientadas hacia las políticas, porque sus principales abogados aún son el producto de una cultura muy formalista e interpretativa. A veces, dichas actitudes de resistencia se deben a la fortaleza aún notable de “la modalidad de pensamiento social sobre el derecho” que considera al Estado benefactor como signo de progreso social.⁸⁷ Esta actitud conduce más

(2002), donde se describe una comisión para la armonización del derecho de contratos en Europa y argumentos para varias opciones que implican un supuesto de razonamiento eficientista.

⁸⁶ Véase Hesselink, nota arriba 28, en pp. 72-80 se discuten características de la “nueva cultura legal europea,” tal como las tendencias anti-formalistas.

⁸⁷ Un esfuerzo reciente por “actualizar” la dimensión social del derecho para convertirlo en una característica distintiva de un modelo europeo de derecho privado se puede encontrar en un

o menos conscientemente a la creencia de que el modelo neo-americano conlleva a modelos de capitalismo reaccionarios del siglo XVIII.⁸⁸ De hecho, la primera resistencia contra el enfoque “Derecho y Economía” en los países del norte de Europa era motivada políticamente por la misma creencia.⁸⁹ Dicha resistencia finalmente ha sido desmontada. Uno se pregunta si la resistencia latina terminará siguiendo el mismo camino o si ellos serán más escépticos hacia la idea de que la tributación debe enfrentar los problemas de distribución –especialmente después de dos décadas de reducción de impuestos para los ricos– en lugar de la adjudicación.

6. Provincianismo, reinención de la rueda y declive de “Derecho y Economía”

Recientemente la academia en los Estados Unidos ha señalado que el enfoque “Derecho y Economía” han entrado en una fase post-moderna, la fase interpretativa de desarrollo, en la que su gran discurso sobre la naturaleza del derecho, que busca la objetividad, ha cedido ante una micro-estrategia local con base en el pragmatismo.⁹⁰ Usando dicha estrategia, la academia legal busca la hegemonía e influencia sobre las otras fuentes del derecho de los Estados Unidos por medio de una actitud neo-pragmática radical. Dicho desarrollo crítico ha sido fomentado por una pérdida general de fe entre los expertos en la objetividad de los discursos con base en la eficiencia, la misma fe que en épocas anteriores había garantizado al enfoque “Derecho y Economía, y a la economía en general, su hegemonía dentro de los enfoques post-realistas entre los académicos del derecho y en otras ciencias sociales.⁹¹ La importancia de

Manifiesto sobre el derecho de contrato social europeo, producido por numerosos académicos europeos de derecho privado, preocupados por las tendencias actuales del razonamiento tecnocrático en el derecho privado europeo. *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto* (marzo 20, 2004) (unpublished third draft), disponible en <http://www.law.harvard.edu/programs/elrc/events/2003-2004/SOCIALJUSTICE.pdf>.

⁸⁸ De modo interesante, importantes “logros sociales” de la tradición legal europea, tal como la “función social” de los derechos de propiedad, han sido abandonados en la inspiración social de la Carta Europea de Derechos. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000 O.J. (C 364) 1, disponible en http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_en.pdf.

⁸⁹ Para un recuento del primer recibimiento del enfoque “Derecho y Economía” en Europa véase Cooter & Gordley, nota arriba 62.

⁹⁰ Minda, nota arriba 16, en 85. Pero véase Feldman, Stephen M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism* (2000), p. 130, donde se anotan cambios recientes a la academia de “Derecho y Economía”, pero planteando que “el Derecho y Economía conservan su orientación claramente moderna”. Esta sección ha sido adaptada de Mattei y Monti, nota arriba 74, en pp. 13-16.

⁹¹ Véase generalmente Cooter, nota arriba 20, donde se discute la contribución del razonamiento

esta evolución se puede ver desde la perspectiva de la legitimidad del discurso legal, si uno considera que la búsqueda de la objetividad ya se encontraba en las raíces de la escuela del proceso legal en los años cincuenta.⁹² Actualmente, en la academia legal de los Estados Unidos, el enfoque “Derecho y Economía” finalmente ha sido desplazado del trono de la objetividad legal, de manera que sus recetas normativas necesitan un nuevo contingente y una legitimidad local para poder competir contra una diversidad de estrategias políticas opuestas.

Sin embargo, el objetivo y el valor naturalmente deseable de la eficiencia aún constituyen una ideología poderosa tan pronto se abandona el discurso académico de vanguardia. La tradicional gran teoría de “Derecho y Economía” ha sido recibida e implementada con éxito por los nuevos y todopoderosos productores del derecho global, aquellas instituciones internacionales de gobernabilidad global, tanto privadas como públicas (Organización Mundial de Comercio, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, las mega-firmas de abogados etc.).⁹³ En este escenario institucional aún los animados debates especializados que ocurren en un solo lugar (no obstante cuán hegemónico, tal como los Estados Unidos) no tienen otra opción que ser provincianos e ineficaces, porque el impacto real del enfoque “Derecho y Economía” ha superado ahora el dominio de la academia para conquistar el dominio de las políticas. La resistencia intelectual y la crítica se arriesgan a llegar a ser marginales a nivel académico, por no decir al nivel en el que realmente se toman las decisiones políticas, debido a la posición de auto-contención sostenida por los académicos de la corriente principal. El recibimiento no crítico del enfoque “Derecho y Economía”, con su gran estrategia discursiva basada en la eficiencia y objetividad, se convierte por lo tanto en el aparato ideológico de la autoridad global. El razonamiento eficientista en derecho está perdiendo cualquier potencial crítico como herramienta especializada puesto que legitima como científicos los supuestos ideológicos del neoliberalismo dominante. O bien, si en algún momento se comprende la vena post-moderna del “Derecho y Economía” actual en los Estados Unidos, su recibimiento permanecerá integrado en el postmodernismo, que es “la lógica por la cual opera el capital global.”⁹⁴

Si se mira el éxito del pensamiento eficientista en derecho como se discute en este ensayo, se encontrarán por lo menos tres razones fundamentales para ello, tanto en el contexto de producción (Estados Unidos) como en el

eficientista a la academia legal.

⁹² Véase Wechsler, nota arriba 35.

⁹³ El escenario que resulta de la ascensión de esas instituciones ha sido llamado “imperio” y “poliarquía.” Véase Hardt, Michael & Antonio Negri, *Empire* (2000); Robinson, William I., *Promoting Polyarchy: Globalization, U.S. Intervention, and Hegemony* (1996).

⁹⁴ Hardt & Negri, nota arriba 93, en p. 151.

de recepción (la periferia, incluyendo Europa): (1) la capacidad de ofrecer un punto de vista crítico capaz de deconstruir tantos mitos de la perspectiva Estado-céntrica del abogado –que puede olvidar el impacto de la anterior observación de Calabresi “[n]uestra sociedad no está comprometida a preservar la vida a cualquier costo”–;⁹⁵ (2) un marco general para reestructurar el papel y la legitimidad del abogado, debilitados por el extremo realista de la “elección ingenua”; y (3) una actitud intelectual radicalmente no positivista, lo que permite pensar sobre el derecho alejado de los tecnicismos locales y que es, por lo tanto, fácilmente comprensible y adaptable en una variedad de contextos diferentes.

A comienzos de los años noventa, después de que la relación entre mercado y derecho se había subvertido en la teoría jurídica de los Estados Unidos –actualmente el mercado gobierna al derecho y no al revés–, las características anteriores se habían transformado, haciendo que el enfoque “Derecho y Economía” fuera mucho menos interesante. Como consecuencia de ello, el razonamiento eficientista en derecho actualmente parece impuesto por medio de prácticas más o menos violentas (por ejemplo, préstamos condicionados) en vez de que sea escogido libremente por los abogados en el mundo entero como un modelo prestigioso.

Discutamos brevemente por separado los tres puntos anteriores. Con respecto al papel del enfoque “Derecho y Economía” como crítica a los modelos de pensamiento establecidos y “Estado-céntricos”, hay poca duda de que en esta era de pensamiento global y único, ante la desaparición del Estado y el triunfo de los actores corporativos globales, la relación entre el Estado y el mercado se ha subvertido completamente. Lo que alguna vez fue una noción positivista del Estado omnipotente, cuyos valores y prioridades reflejadas en el derecho se podían cumplir a cualquier precio (o sin poner ningún tipo de atención a tales precios), ha sido tan efectivamente retada que actualmente el derecho se encuentra gobernado por el mercado en vez de ser lo opuesto. En realidad, “Derecho y Economía” jugó un papel intelectual importante en esta revocación. Después de todo, la noción del derecho como conjunto de incentivos en vez de una pirámide de órdenes obligatorias, como una zanahoria en vez de un garrote, fue muy importante para derrocar el Estado-centrismo de su pasada situación de dominación legal.

La difusión global de nociones tales como la competencia entre órdenes legales, leyes blandas, normas tradicionales, normas sociales etc., indica la debilidad de la perspectiva tradicional del Estado-centrismo, de manera que lo que alguna vez fue la contribución más original de Guido Calabresi, *The*

⁹⁵ Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970) p. 17 [en adelante *The Costs of Accidents*].

Costs of Accidents, actualmente es la verdad aceptada. Como consecuencia de este cambio en la relación entre el Estado y el mercado, la relación entre el derecho y el mercado también se ha subvertido. No solamente se ha liberado el derecho del abrazo letal del Estado sino que también se acepta en forma general la idea de que el derecho es producto de fuerzas del mercado. Mientras que los economistas que favorecen la teoría de la elección estaban demostrando la manera de capturar la normatividad y la legislación, los académicos de “Derecho y Economía” estaban trabajando en torno a toda clase de teorías evolutivas darwinianas por medio de las cuales la “inversión” en los recursos de litigios se consideraba como productora de “ganancias” en términos de normas eficientistas.⁹⁶ En este escenario subvertido, en el que se refleja su nuevo estado jurisprudencial dominante, el enfoque “Derecho y Economía” ofrece muy poca información crítica. Por una parte, su enfoque se auto-proclama como “positivo” y no “normativo,” así que, debido a su auto descripción como científico, el enfoque económico voluntariamente declina cualquier confrontación política. En segundo término, el enfoque “Derecho y Economía” no solamente postula que el derecho está a la venta, sino también que su venta es “natural” y que así debería ser. Por consiguiente, sus discursos se ubican en la corriente principal conservadora. Estos discursos siguen reiterando lo usual, lugares comunes cínicos e ideológicos, y como resultado de ello son poco atractivos y banales para las mentes inquisitivas y críticas. ¿Qué esperan? El proceso político se captura y la adjudicación refleja las inversiones. Por el contrario, *The Costs of Accidents* fue una crítica de lo aceptado, modos de pensamiento Estado-céntricos y precisos, y contenía un fuerte argumento normativo en el que la justicia y la distribución, además de la eficiencia, reclamaban un papel. Por esta razón el enfoque de Calabresi ha sido tan atractivo a nivel global, dándole de repente a la corriente “Derecho y Economía” una reputación como movimiento civilizador, capaz de usar la eficiencia como crítica y opción guía en nombre de la justicia.⁹⁷

Con respecto a la capacidad de restaurar la reivindicación de objetividad del abogado, hemos observado la forma en que el pragmatismo y las microestrategias han sustituido a los primeros grandes discursos. Después de que el enfoque “Derecho y Economía” conquistara el *status quo* de la corriente principal al marginar todos los argumentos abiertamente normativos y redistributivos, se transformó la elección ingenua, típica de la jurisprudencia realista, en una escogencia aún más extrema hacia el cinismo. Los discursos sobre distribución y valores, que nunca fueron marginados en los primeros

⁹⁶ Priest, George L., “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules”, 6 *J. Legal Stud.* 65 (1977); Rubin, Paul H. “Why is the Common Law Efficient?”, 6 *J. Legal Stud.* 51 (1977).

⁹⁷ *The Costs of Accidents*, nota arriba 95, en pp. 24-26.

trabajos de Calabresi y que le dieron la “cara humana” al movimiento “Derecho y Economía”, han sido abandonados. Quienquiera (incluyendo a este autor) que estuviera escribiendo sobre “Derecho y Economía” a mediados de los años ochenta en Europa estaba ocupado predicando que había algo más allá del cinismo económico de Chicago. La transformación del enfoque “Derecho y Economía” de los Estados Unidos en una industria organizada ha expulsado cualquier preocupación sobre la distribución del núcleo de la disciplina. Aquellos académicos y abogados que se preocupaban por los valores, por la distribución justa de recursos, por los problemas de la aceptación incondicional del paradigma del homo oeconomicus, ahora aparecen descritos como idealistas consumados o ingenuos estudiantes de primer año de derecho, simplemente incapaces de comprender la lógica real que explica cómo funcionan las cosas. Claro está que no hay mucho que ganar, en términos de legitimidad si la profesión legal reconoce con cinismo que (1) las normas legales están a la venta y que (2) quienquiera que pueda invertir más en la adjudicación legal y en la legislación (incluyendo el contratar abogados y “cabildantes-lobistas” más costosos) “naturalmente” se beneficiará de las ganancias de inversión al ganar el caso u obtener un ambiente jurídico amistoso en el negocio. La pérdida de prestigio para la profesión jurídica resulta tanto de que se le determine por el sesgo político como porque se le determine por intereses comerciales.

Con respecto al no positivismo, la universalidad y la adaptabilidad del enfoque “Derecho y Economía” a distintos contextos, solamente podemos observar aquí una involución dramática hacia el tecnicismo y el provincianismo. Las primeras descripciones grandes y las reconstrucciones teóricamente ambiciosas se están sustituyendo cada vez más por artículos increíblemente aburridos, discusiones sin fin, con un uso desconsiderado de matemáticas y gráficas, detalles irrelevantes del esquema de remuneración del gerente, predicciones improbables de los comportamientos de los jurados, u otras ideas similares de contextos específicos, basadas en los detalles y amistosas para el usuario. La desolación cultural de la mayoría de artículos que actualmente circulan en la corriente principal de las revistas especializadas es evidente para cualquiera que, con un legado cultural normal, se haya aproximado a la carrera del académico jurídico. Hay un pequeño grupo de personas con acceso a información privilegiada que generalmente repiten más o menos lo mismo en docenas de artículos, se les cita constantemente en algo más que un ejercicio de cortar y pegar, acompañado de una exhibición de conexiones de moda en universidades de élite de los Estados Unidos. No estoy criticando la total falta de atención a cualquier cosa que no ocurra en estas universidades de élite, como si estos fueran los únicos lugares donde se estuviera haciendo trabajo académico. Aún los productos de estas instituciones de élite simplemente se ignoran si provienen de personas que no son reconocidas en la pequeña corriente principal antes

mencionada. Véase la ausencia de comunicación entre “Derecho y Economía” y la “Economía Neo-institucional”, cada una atrincherada en su propio pequeño nicho de profesionalismo; o nótese la atroz ignorancia de la literatura relacionada con las normas sociales (no me refiero solamente a la literatura francesa sino también a la literatura angloamericana), por lo que las contribuciones fundamentales del antropólogo jurídico simplemente son ignoradas para ser re-descubiertas. Cuando los economistas que no están capacitados en derecho se inician en el negocio, las características institucionales del derecho de los Estados Unidos – muy superficialmente deducidas a partir de tres años en una facultad de derecho (como máximo) o por una rápida lectura de segunda mano o conversaciones informales con colegas abogados – se universalizan y se dan por sentadas.⁹⁸ Se convierten en un tipo de reflexión del economista sobre el sistema legal, en la que todas las complejidades y las estructuras de poder de la vida real en derecho simplemente se borran. Esta actitud tiene un precio, porque muchas de las soluciones que se presentan como universalmente eficientes son, de hecho (si es que lo son), eficientes únicamente en el ambiente institucional de los Estados Unidos, en sí mismo muy distinto a la mayoría de los otros. El estudiante extranjero, capaz de acceder a los ricos tesoros de la academia legal global, y tal vez aún a los de las disciplinas vecinas, no demora mucho en observar que al importar “Derecho y Economía” podría haber importado un “producto defectuoso”. Después de sus primeras grandes promesas, por las cuales valía la pena luchar, “Derecho y Economía” ha evolucionado localmente hasta convertirse en una herramienta de propaganda provinciana de una corriente principal establecida y anti- intelectual, que convierte todo, aún la cultura, en destrezas tecnológicas. Cuando el derecho se vuelve una tecnología costosa se convierte en un producto de la cultura.⁹⁹

Los académicos norteamericanos en derecho a comienzos del nuevo milenio están experimentando un declive en su propio prestigio internacional. Su ideología legal, mercadeada en todo el mundo sin poner atención a lo que ocurre en casa, frecuentemente es el producto de una actitud de buena fe, motivada a menudo por la justicia (tal como la actitud del movimiento internacional de derechos humanos). Sin embargo, la sencillez después de décadas de liderazgo intelectual, la actitud de hablar todo el tiempo y no escuchar jamás y de enseñar siempre y no aprender jamás, y el alto grado de provincianismo tecnocrático, ha comenzado a cobrar su precio. A pesar de haber sido apalancado por instituciones tales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, el modelo norteamericano no logra persuadir a los académicos internacionales de vanguardia debido a la naturaleza tecnológica abstracta de los modelos, la

⁹⁸ Desarrollo este argumento en Mattei, *Comparative Law and Economics*, nota arriba 3.

⁹⁹ Véase Kahn, Paul W., *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (1999).

ingenuidad cultural resultante y la incapacidad para explicar las complejidades y las diversidades locales. Los académicos internacionales capaces de efectuar observaciones de primera mano e independientes con respecto a los informes locales sesgados, hoy se ofenden por el declive del papel de la academia jurídica como control poderoso e independiente del proceso político en los Estados Unidos. Los académicos norteamericanos del derecho, o han abandonado su pensamiento crítico siguiendo el grado extraordinario de cosmopolitismo en la primera época del realismo jurídico, o, cuando se auto-percibían como críticos, han perdido toda mordacidad política después de estar atrapados en una diversidad de actitudes post-modernistas. Para comprender la falta de papel crítico de la academia legal no es sino mirar en libros americanos sobre procedimiento penal los cientos de páginas dedicadas a la celebración de las garantías de procedimiento de debido proceso en un juicio, la mayoría de ellas conquistadas durante los años de la corte Warren.¹⁰⁰ Desafortunadamente, nunca se le dedica atención al hecho de que únicamente una minoría muy pequeña de acusados terminará en un juicio y por lo tanto gozará de tales garantías.¹⁰¹ La mayoría de los acusados, abrumados por el poder superior del acusador en lo económico y en lo político, se declara culpable a cambio de una sentencia reducida.¹⁰²

Los expertos en “Derecho y Economía” despliegan una lealtad aún más fuerte hacia su propio sistema y en demasiadas ocasiones convierten a la academia en una agencia de propaganda en vez de preservarla como un agente de revisión crítica en el proceso político. Se debe considerar el enfoque dominante seguido por los expertos después del escándalo de la empresa Enron. Podría haber sido conveniente una humilde reflexión sobre este conflicto de intereses como una falla prevaleciente en el mercado, posiblemente tan difícil de conceptualizar y tan devastadora para una ideología de mercado libre como las externalidades o los monopolios. Por el contrario, algunos académicos han estado ocupados criticando la ley Sarbanes-Oxley¹⁰³ por incrementar las sanciones penales sin tener en cuenta la literatura aduciendo que las multas son un remedio eficiente contra el oportunismo de cuello blanco.¹⁰⁴ Otros

¹⁰⁰ N. del E. Se refiere al período de la Corte Suprema de los Estados Unidos presidido por el juez Earl Warren, en la década de los sesenta. Algunos definen la postura de la Corte, guiada por Warren, como “segura e intuitivamente fundada en el juego limpio y la justicia fundamental”. Véase, Stone, Geoffrey, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet y Pamela Kahn, *Constitutional Law*, 5a. edición, Aspen, New York, 2005, LXXIX.

¹⁰¹ Grande, Elisabetta, “Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance”, 48 *Am. J. Comp. L.* 227, pp. 251-52 (2000).

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, Moohr, Geraldine Szott, “An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal

artículos han señalado la reacción rápida y efectiva del sistema para enfrentar una aberración alegando que la aparición del escándalo es prueba de que el mercado provee soluciones automáticas.¹⁰⁵ Un enfoque que trata de beneficiarse con las críticas del razonamiento eficientista en derecho observaría la forma en que la ley Sarbanes-Oxley fue capturada totalmente por los intereses que se suponía debería controlar, y eso es un poco más que una fachada para ocultar el persistente financiamiento insuficiente de la Comisión de Bolsa y Títulos Valores.¹⁰⁶

Los abogados, como grupo profesional, no viven en un mundo completamente separado de su contexto social. Por lo tanto, es natural que su percepción profesional sea, por lo menos en parte, el producto de la percepción social general. Una pérdida de fe y un sentido de traición por parte del “modelo americano” del “imperio de la ley” (*rule of law*) se han difundido más aún entre las elites intelectuales cultas en Europa, de las cuales los abogados son una parte constituyente. Los escándalos tales como Enron, Guantánamo, Abu Ghraib, la “guerra a la carta de derechos”,¹⁰⁷ o los cientos de personas acusadas, en su mayoría negros, en espera de la pena de muerte porque no logran “invertir” lo suficiente en su defensa, rápidamente están consumiendo el capital residual del prestigio global del “imperio de la ley” de los Estados Unidos.

7. Conclusiones

Hegel una vez dijo que si hay algo que podemos aprender de la historia es que jamás aprendemos de ella.¹⁰⁸ La academia en las ciencias sociales debe evitar la consulta de la bola de cristal porque es muy complejo predecir las variables políticas. Se puede considerar contrario a la intuición tratar de predecir la caída de un movimiento académico que utiliza datos provenientes de historias anteriores sobre el declive del prestigio de los movimientos académicos en el derecho occidental, sobre todo cuando tal movimiento es una corriente principal y tan influyente como lo es actualmente “Derecho y Economía”.

Law in Preventing Corporate Crime”, 55 *Fla. L. Rev.* 937, 943 (2003).

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, Larry E. Ribstein, “Market vs. Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002”, 28 *J. Corp. L.* 1, 3 (2002).

¹⁰⁶ Cf. Mattei, Ugo & Filippo Sartori, “Conflitto continuo. A un anno da Enron negli Stati Uniti e in Europa”, 34 *Politica del diritto* 177 (2003).

¹⁰⁷ Véase Hentoff, Nat, *The War on the Bill of Rights and the Gathering Resistance* (2003), donde se discute la erosión de los derechos individuales por medio de acciones recientes del gobierno de los Estados Unidos en respuesta a los acontecimientos de septiembre 11 de 2001.

¹⁰⁸ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *The Philosophy of History* (J. Sibree, traductor, Dover

Sin embargo, podría ser interesante observar la parábola del razonamiento eficientista en derecho por medio de una perspectiva global.

Una vez en New Haven, Connecticut, hubo un joven abogado-economista, cosmopolita en el aprendizaje y crítico de espíritu, que enseñó a los abogados en todo el mundo que ningún valor, ni siquiera la vida humana, se debe proteger a cualquier precio y que aceptar esta realidad podría ayudarnos a aclarar nuestras prioridades. Esta información ha producido el colapso final del positivismo legal y ha abierto un espacio desalentador en la creatividad jurídica para imaginar una organización social mejor, más justa y más eficiente. La recomendación de Calabresi fue que los abogados y los economistas deberían trabajar juntos en esta tarea común. A comienzos de los años ochenta el trabajo interdisciplinario y la fusión de los enfoques jurídico y económico se volvieron dominantes en los Estados Unidos. Esto ocurrió cuando un programa político, conocido como reagan-thatcherismo, estaba llevando a cabo su esfuerzo final para ganar la Guerra Fría. La liberalización, privatización, reducción, tercerización y desmonte del sector de beneficencia pública fueron algunas de las estrategias utilizadas para hallar la cantidad enorme de dinero necesaria para llevar la confrontación militar a un nivel que fuera imposible de alcanzar para la Unión Soviética. Este programa político era favorable para el denominado "imperialismo de la economía",¹⁰⁹ y la ayuda económica que podía ofrecer ocasionó que predominara rápidamente sobre los aspectos ideológicos del enfoque económico (conservadurismo de mercado), en vez de dar paso a la tensión genuina de la comprensión crítica. El enfoque "Derecho y Economía" se ha transformado en una industria dominada por los economistas políticamente conservadores. Los modelos producidos por este movimiento se han exportado mundialmente por medio de esfuerzos organizacionales dentro y fuera de las instituciones académicas de los Estados Unidos, y también debido a su gran influencia en los programas de las instituciones financieras internacionales. Este modelo triunfante, sin embargo, se fusiona con aspectos obsoletos tanto del enfoque jurídico como del económico, posiblemente porque las mentes de vanguardia, en el derecho y en la economía, terminaron abandonando el campo cansados de su mezcla ideológica y simplista.¹¹⁰

Los economistas han contribuido en "Derecho y Economía" por medio de una ideología de individualismo y de derechos de propiedad que es demasiado extrema y sesgada como para reflejar cualquier clase de estructura institucional de la vida real.¹¹¹ Esta idea, que surge directamente de las concepciones naturalistas de la propiedad del siglo XVIII como zona de soberanía individual, aislada

Publications 1956) (1899).

¹⁰⁹ Cooter, nota arriba 20.

¹¹⁰ La historia intelectual de Calabresi es muy reveladora desde este punto de vista.

¹¹¹ Véase Mattei, nota arriba 3, en pp. 56-57.

de la intromisión pública o privada, no puede explicar el comportamiento oportunista, los conflictos de interés, la captación de rentas o los muchos otros fracasos de los mercados e instituciones privadas. El individualismo no puede explicar por qué la búsqueda de justicia muchas veces es más importante que el ánimo de lucro como justificación para el comportamiento humano.¹¹² Una diversidad de otros supuestos típicos de la economía neoclásica y de su ampliación monetarista se han incluido en los programas de “reforma estructural”, sin el suficiente estudio de las muchas críticas y retos al paradigma del *homo oeconomicus* provenientes de los economistas de la escuela neo-institucional, tales como Paul David, Brian Arthur o Herbert Simon, sólo por mencionar autores de Estados Unidos.

De otra parte, los abogados sofisticados ya no siguen atascados en una concepción monística y estática del orden jurídico. Durante mucho tiempo los abogados han comprendido la complejidad que proviene de la pluralidad de los mandatos jurídicos, tanto privados como públicos, que rigen en una sociedad organizada la relación entre individuos y grupos sociales. Estos abogados ya no creen en fórmulas abstractas o en la ciencia como legitimación, ya no se limitan a esconder con números y fórmulas lugares comunes cuya única función es otorgar alguna legitimidad a decisiones sesgadas en favor de los actores de mercado más fuertes. Estos abogados caen en cuenta de que muchas normas no provienen del sector público y también saben que las relaciones económicas deben regirse por un sector público efectivo y autoritario, que en realidad otorgue igualdad de oportunidades y se haga cargo de los desequilibrios de poder. Estos abogados comprenden que la mayoría de las recetas que se originan en la mezcla dominante entre derecho y economía y las reformas estructurales inspiradas por el razonamiento eficientista en derecho nos dejarán con las ruinas del sector público, cuando finalmente despertemos de la embriaguez neoliberal.¹¹³

152

Cuando un enfoque del derecho pierde su fortaleza crítica y simplemente legitima un status quo, traiciona la función que siempre ha otorgado prestigio en el derecho occidental al pensamiento académico: la revisión independiente y fuerte sobre el proceso político.

Históricamente, cuando ocurre un fenómeno así, nuevos movimientos e ideas ocupan un papel protagónico, exponiendo los enfoques no críticos como obsoletos e indignos de admiración. Es imposible predecir de dónde vendrán los nuevos paradigmas y cuándo serán sustituidos los viejos. Los paradigmas de

¹¹² Véase Nader, *nota arriba 27*, en pp. 216-17, donde se afirma que el motivo de la justicia es necesario en la “legitimación social del derecho”.

¹¹³ Véase Hertz, *nota arriba 22*.

vanguardia nunca aparecen con respuestas sencillas. Sabemos que surgieron haciendo preguntas básicas, tales como la pregunta sobre la relación entre eficiencia y distribución, planteada por Calabresi hace más de cuarenta años. A esta pregunta el enfoque "Derecho y Economía", ahora una industria, no le ha prestado atención.