

## Economía, Derecho y el “Análisis Económico del Derecho”

### I

En la Antigua Grecia las ciencias actuales se reunían en una ciencia madre: la filosofía. A medida que los pensadores fueron profundizando en ciertos temas aparecieron paulatinamente las ciencias independientes. Los filósofos griegos fundamentalmente estaban interesados en la justicia y la felicidad. Es por este motivo que sus principales escritos estuvieran relacionados con problemas de moral, justicia, y sistemas políticos. Pero también reflexionaban acerca de física, historia, astronomía, retórica, etc.

La ciencia económica es un desprendimiento del derecho y el derecho de la filosofía. Las primeras reflexiones sobre temas económicos estuvieron relacionadas con temas de justicia. Así, por ejemplo, los filósofos griegos se preguntaban cuál era el “precio justo” de los bienes, pero no se preguntaban cómo se determinaba un precio. También se preguntaban si era justo cobrar interés por los préstamos u obtener ganancias en el comercio, pero no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o las ganancias. Para dar

respuesta a estos temas incursionaron en el tema de la moneda reflexionando acerca de su naturaleza y funciones.

De todos los filósofos de la Antigua Grecia, Aristóteles fue el que determinó la evolución del pensamiento durante muchos siglos. Estemos de acuerdo o no con sus conclusiones ellas dieron pie para un largo proceso de evolución del pensamiento económico por casi 2000 años.

### II

Aristóteles fue muy impreciso en sus conclusiones acerca del “precio justo,” y su condena al cobro de intereses y a las ganancias en el comercio se basaba en conceptos falaces acerca de la naturaleza del dinero y del intercambio. Existe una leyenda acerca de la suerte que corrieron los “libros” de Aristóteles luego de su muerte. Ellos estuvieron ocultos durante muchos años dañados por la humedad. Pero cuando los romanos invadieron Grecia encontraron las obras en la casa de un rico comerciante que había intentado reconstruir, sin entender mucha filosofía, las partes borradas. Las obras fueron llevadas a Roma y mantenidas en celoso resguardo. Hasta entonces las enseñanzas de Aristóteles se habían transmitido de boca en boca, de manera que el hallazgo de los papiros despertó una gran curiosidad para ver si coincidía lo enseñado por

Juan C. Cachanosky es investigador y catedrático en ESEADE (Argentina) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y es también Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín.

transmisión verbal con lo escrito por el filósofo griego.

Recién en el siglo XIII con la intervención de Santo Tomás las obras fueron reconstruidas con mayor autoridad académica. Aristóteles había dejado muchas dudas sin responder en el tema de la justicia en el intercambio. Santo Tomás y los escolásticos que le siguieron comenzaron a profundizar el tema de la justicia en los intercambios. Esa profundización, para dar respuesta a qué es un precio justo, obligó a los escolásticos a preguntarse qué es, cómo se determina, y por qué varía el precio de un bien. Lo mismo tuvieron que hacer con respecto a la tasa de interés y el comercio.

De esa manera para dar una respuesta al tema de justicia comienza a surgir lentamente la teoría económica.<sup>1</sup> Comienzan a aparecer lentamente los conceptos de oferta y demanda<sup>2</sup> para explicar cómo se determinaban los precios y por qué subían o bajaban. Por ejemplo, siguiendo la tradición de San Alberto Magno y Santo Tomás, los primeros escolásticos sostenían que el precio justo estaba determinado por el costo de producción de los bienes. En cambio los escolásticos tardíos, en especial los de la Escuela de Salamanca, sostenían que el precio estaba determinado por la necesidad y la escasez. De esta forma los primeros sugerían a los gobernantes fijar el precio justo de los bienes teniendo en cuenta el costo de producción y los segundos sugerían considerar la escasez o la necesidad. Esta manera de resolver un problema de justicia implicó, entonces, la aparición de las primeras teorías económicas, que obviamente eran muy rudimentarias pero cumplieron la gran misión: crear las condiciones para el futuro nacimiento de la ciencia económica. Se puede decir que durante toda la Edad Media la teoría

económica estaba subordinada a un problema de justicia o de moral.

### III

El perfeccionamiento y ampliación de estas teorías del precio, tasa de interés e intercambio fue gestando lentamente un cuerpo teórico más completo y complejo.

Durante mucho tiempo se afirmó que Adam Smith fue el padre de la ciencia económica. Si por padre se quiere decir el primero en haber dicho algo en materia económica o en haber escrito un tratado completo y sistemático el título no le corresponde. Pero si por padre queremos decir el que hizo cobrar conciencia de la importancia de estas teorías para explicar cómo funcionan los mercados independientemente de la justicia entonces el título está muy bien ganado. Con Adam Smith la teoría económica gana importancia y popularidad y de alguna manera se puede decir que se transforma en una ciencia independiente.

Ahora bien, Adam Smith no era un economista sino un filósofo moral. Su libro *Theory of Moral Sentiments* (anterior a *The Wealth of Nations*) y sus *Lectures on Jurisprudence* (recopilación de sus clases en Escocia, también anteriores a *Wealth of Nations*), muestran que Adam Smith provenía, a igual que Aristóteles, de una rama del conocimiento dedicada a problemas de moral y justicia.

La gran ventaja de Adam Smith, como de una gran parte de los economistas clásicos, fue su visión "global" del mecanismo de mercado que tiene implícito un marco jurídico. Lo mismo se puede decir de John Stuart Mill, quien llevó a la economía clásica a su punto máximo de popularidad. El pensamiento de Mill, igual

que el de Smith, complementaba la teoría económica con principios generales de una sociedad libre, o tal vez sea mejor decir complementaba los principios de una sociedad libre con los de una teoría económica acorde a ellos. De esta manera los clásicos pudieron desarrollar una teoría económica mucho más fértil que la economía matemática desarrollada a partir de fines del siglo XIX. Pudieron explicar con más precisión los efectos económicos de los cambios en la legislación. Frases como la de Adam Smith, sosteniendo que los capitalistas raramente se reúnen sin conspirar para lograr privilegios, son un buen ejemplo de la manera en que se vinculaba los incentivos humanos con propuestas de legislaciones que beneficiaban a unos grupos a costa de otros. También los efectos de la protección arancelaria no sólo eran analizadas a la luz de los efectos económicos sino de privilegios y violaciones de derechos individuales.

El mismo Karl Marx seguía la misma línea de razonamiento. Entre Marx y los economistas clásicos se pueden encontrar muchas más coincidencias de las que generalmente se piensa. Tanto los liberales clásicos como Marx sentían cierto desprecio por los hombres de negocio. La diferencia es que los clásicos querían solucionar el problema poniéndolos a competir en igualdad de condiciones y Marx pensaba que el problema estaba en la propiedad privada.

#### IV

La teoría económica de los clásicos era inconsistente por carecer de una teoría del valor.<sup>3</sup> Esta carencia hizo inconsistente su teoría de los precios. El problema fue solucionado con la inclusión de la teoría

de la utilidad marginal como fundamento de la teoría de los precios a fines del siglo XIX.

Sin embargo la teoría de la utilidad marginal provocó una división metodológica en la ciencia económica. La teoría fue desarrollada por tres grupos: (1) en Inglaterra por William S. Jevons y Alfred Marshall; (2) en Suiza por Leon Walras, Vilfredo Pareto, y luego en Suecia por Gustav Cassel; (3) en Austria por Carl Menger y Eugen von Böhm-Bawerk. Los dos primeros grupos dieron nacimiento a la economía matemática fundamentalmente porque estos pensadores tenían una formación en matemática y no en filosofía moral o política como el caso de los clásicos. En cambio el tercer grupo estaba formado por abogados y, por lo tanto, continuaron con la línea teórica desarrollada por los clásicos. Sólo que la teoría de la utilidad marginal les permitió salir de la inconsistencia de la teoría de los precios de los clásicos.

La economía matemática que posteriormente fue la que predominó en el mundo académico del siglo XX se separó casi totalmente del marco legal que estaba siempre presente en los clásicos. Los austriacos, por el contrario, continuaron desarrollando tanto la teoría económica como el marco legal y político que potencia o disminuye los beneficios del mercado.

En el caso de Ludwig von Mises, su libro *Socialism* es un tratado de derechos de propiedad. El libro *Liberalism* es otro ejemplo de complemento entre teoría económica y el marco jurídico-político que se requiere para que la economía potencie sus resultados positivos. En el caso de *The Anti-Capitalistic Mentality* muestra (como lo hacía Adam Smith) los incentivos que tienen los individuos para introducir

regulaciones en el funcionamiento del mercado. Finalmente su obra principal *Human Action* es un tratado de economía al estilo clásico pero con una sólida fundamentación epistemológica donde la acción humana (o como él la llamaba: praxeología) está fundamentada en el funcionamiento de los derechos de propiedad. En otras palabras su teoría económica responde a un determinado marco legal.

El caso de Friedrich A. von Hayek tal vez sea más contundente, ya que este pensador escribió una buena cantidad de tratados y artículos sobre legislación, derecho y política. *The Constitution of Liberty* y *Law, Legislation and Liberty* son una clara muestra de los avances realizados por la Escuela Austriaca dentro de la línea de pensamiento de los clásicos. Tal vez Hayek más que Mises puso mucho el acento en las consecuencias de una legislación inadecuada para el funcionamiento de la sociedad y de la economía.

## V

Derecho y economía no son dos ciencias independientes. Por el contrario, son dos caras de una misma moneda. El mercado no es otra cosa que intercambio de derechos de propiedad y esto requiere de contratos y, por lo tanto, de un sistema legal que facilite o entorpezca estos contratos. O, en otras palabras, de un sistema legal que potencie o debilite el intercambio.

Las leyes tienen consecuencias sobre las acciones e incentivos de los individuos. Por lo tanto tienen consecuencias sobre el intercambio y el funcionamiento eficiente del mercado. El jurista que ignore cómo funciona el mercado no tiene idea de la manera en que repercute la legislación

sobre el bienestar económico de la población, y el economista que ignore los principios fundamentales del derecho no tiene idea del marco jurídico implícito en su teoría.

Durante un buen tiempo la economía se estudiaba dentro de la carrera de derecho y tal vez por este motivo los antiguos abogados tenían una mejor comprensión del mercado que los economistas matemáticos. La gran paradoja de la economía matemática es que buscando "rigurosidad" generó teorías estériles pero fundamentalmente inconsistentes.<sup>4</sup>

## VI

Por todo lo anterior se podría decir que el "nacimiento" del Análisis Económico del Derecho desarrollado por la Escuela de Chicago no es, en realidad, novedoso. O tal vez resulte novedoso para los economistas matemáticos que durante mucho tiempo se mantuvieron alejados del marco jurídico implícito en sus modelos.

Pero además me gustaría plantear algunas dudas acerca de esta corriente de pensamiento. La idea de fondo del Análisis Económico del Derecho es ayudar a los jueces a resolver conflictos aplicando herramientas de la teoría económica. En esto veo dos problemas:

(1) La teoría económica que generalmente se propone utilizar para resolver los conflictos es la neoclásica (o si se quiere, la microeconomía convencional), que es fundamentalmente economía matemática. El problema es que, como dijimos anteriormente, esta teoría es inconsistente. El concepto de "eficiencia" es lógica y matemáticamente erróneo.<sup>5</sup> Como el criterio que tiene que seguir el juez para



resolver los casos es el de costo-beneficio, estará utilizando un criterio inconsistente.

(2) De todas maneras se podría argumentar que este es un problema con solución si los jueces abandonan la teoría inconsistente y adoptan una teoría consistente. Pero esto me lleva a la segunda objeción. ¿Sirve el análisis económico para determinar qué es justo o injusto? ¿O sirve para determinar la "pena" que tiene que pagar la parte que pierde el conflicto? Una de las conclusiones a la que suelen llegar estos pensadores es que si no hay alteración en la asignación de los recursos productivos no importa cuál de las partes se tiene que hacer cargo de los costos. Sin embargo, "necesariamente" tiene que haber reasignación de los recursos productivos. No es indistinto para la asignación de los recursos que pague una u otra parte los costos de la disputa.

## VII

Para administrar justicia parecería que los jueces tienen dos tipos de problemas: (1) los casos de contratos voluntarios entre las partes, y (2) los casos penales donde existe compulsión de una parte hacia otra.

En el caso de los contratos voluntarios los jueces sólo deben ver que las partes cumplan lo acordado. Podría surgir un problema en caso de que el contrato no sea claro o no contemple algún punto. En ese caso el juez deberá basarse en algún criterio (por ejemplo usos y costumbres) para determinar cuál de las partes tiene razón. Tal vez el análisis económico sea, en este caso, útil para establecer el monto de la pena (suponiendo que sea monetaria) pero no parece útil para determinar cuál de las partes está infringiendo el contrato. Obviamente también hay que incluir en

este grupo a todos los contratos implícitos que existen en una sociedad y que se basan en los usos y costumbres. Además de los contratos y los usos y costumbres, los jueces tienen que hacer cumplir las leyes.<sup>6</sup>

En el caso penal es distinto. Aquí no hay acuerdo entre las partes. Por el contrario, alguien está atentando contra la vida, libertad o propiedad de otro. Como no hay un contrato que establezca derechos y obligaciones alguien tiene que determinar cuándo se está violando derechos individuales. Esto se puede hacer a través de una ley escrita o también caso por caso donde se determine si hubo delito o no y en caso de haberlo si el acusado es culpable o no.

Los casos penales son más complejos que los contractuales en el sentido que el delito no sólo afecta a la parte afectada sino al resto de la sociedad (de allí el papel del fiscal). Un ladrón, secuestrador, violador o asesino viola derechos de una o más personas pero además se transforma en un peligro potencial para el resto de personas. Uno se puede defender de personas que no cumplen contratos no realizando transacciones con ellas simplemente porque se requiere de acuerdos voluntarios. Pero en el caso penal, por ser compulsivo, no existe este mecanismo de autodefensa. Sólo queda el recurso de la prisión (o la pena de muerte) para evitar acciones compulsivas futuras.

## VIII

Como dijo Ludwig von Mises, la economía es un aspecto o parte de una ciencia más general: la praxeología o ciencia de la acción humana. La economía estudia las acciones humanas que generan precios monetarios. Esas acciones humanas dan

lugar a intercambios de todo tipo entre las personas. Estos intercambios pueden ser voluntarios o compulsivos. Si los intercambios son voluntarios ambas partes ganan (o más exactamente, las partes realizan intercambios voluntarios porque "creen" que mejorarán su situación presente). En los intercambios compulsivos una parte gana y la otra pierde.

La función del Estado en una sociedad libre es garantizar que no haya relaciones compulsivas.<sup>7</sup> La esencia de una sociedad libre son los intercambios voluntarios.

Pero para que los intercambios sean voluntarios se requiere de ciertas condiciones que podemos llamar derechos básicos de los individuos. Ellos son el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. Como esto no está firmado en ningún contrato se supone que una declaración de derechos o una constitución reconoce estos derechos fundamentales que nadie (ni el mismo Estado porque sería contradictorio con su función) puede violar. La violación de estos derechos básicos son los casos penales. Y el respeto de estos derechos es la base para que las personas puedan realizar intercambios voluntarios (que pueden generar precios monetarios o no).

El respeto de estos derechos básicos o individuales es lo que permite, a través de pactos voluntarios, generar derechos y obligaciones voluntarios. Por ejemplo las personas tienen derecho a la vida, libertad y propiedad, pero no tienen derecho a la educación o a la salud. Sin embargo el respeto de los derechos individuales les permite realizar contratos para ser educados o sanados. Cuando un padre inscribe a su hijo en un colegio o universidad está celebrando un contrato por el cual él y la institución adquieren derechos y obligaciones. Estos derechos y obligaciones no

existen sin un previo acuerdo voluntario entre las partes. Son los derechos individuales reconocidos en la constitución los que permiten generar nuevos derechos y obligaciones particulares y no generales. De la misma manera, si una persona contrata servicios médicos pre-pagados adquiere derechos y obligaciones que de otra manera no tiene.

De esta forma podemos dividir los derechos de las personas en dos grandes categorías: (1) derechos básicos o individuales a la vida, libertad y propiedad, y (2) derechos "generados". Los primeros los tiene el individuo por el hecho de nacer y son indispensables para que pueda actuar libremente. Los segundos no se tienen sino que se *adquieren* mediante la libre contratación.

La función del Estado en una sociedad libre es evitar la compulsión de una o varias personas sobre otras personas. El Estado no hace la ley sino que la hace respetar. La ley la hacen los individuos cuando acuerdan voluntariamente derechos y obligaciones. Una regla de oro debería ser que nadie puede hacer a través del Estado lo que no puede hacer en forma directa. O dicho de otra manera, el Estado no puede realizar ninguna acción que una persona individual no pueda realizar en forma legítima. Violar este principio lleva a consecuencias contradictorias. Por ejemplo, ningún empresario puede forzar, mediante el uso de armas, a otras personas a que no compren productos en el extranjero. Sin embargo si el mismo empresario consigue que el Estado haga lo mismo con la aduana entonces la acción se vuelve "legal". La víctima original se transforma en delincuente (contrabandista) y el delincuente original se transforma en víctima (de la competencia extranjera). Otro ejemplo es que ningún trabajador puede forzar a otro, por medio de la fuerza, a que le

entregue una parte de su sueldo. Sin embargo si el Estado autoriza la sindicalización forzosa entonces el delito se vuelve "legal". La víctima original se transforma en delincuente porque no hace los aportes "legales", y el delincuente original se transforma en víctima ya que no puede defender los "derechos" de los trabajadores.

## IX

Podríamos concluir que el análisis económico del derecho puede ser una herramienta más para decidir casos de conflictos jurídicos en algunos casos particulares. De todas maneras los principios del antiguo derecho romano y del *common law* inglés parecen ser más fértiles para determinar cuál de las partes es culpable. El análisis económico del derecho, tal como fue desarrollado por la Escuela de Chicago parece ser más útil para determinar el monto de las penalidades que para determinar cuál de las partes tiene la razón en el conflicto. Pero aún en este caso los costos son subjetivos de forma que la utilidad para determinar los montos de las penas también se puede ver distorsionada por este problema. Salvo que la pena esté establecida en el contrato, su determinación es siempre subjetiva. El análisis económico del derecho tal vez pueda en este caso ser una convención para determinar los montos de las penas sin caer en la subjetividad de los jueces.

## NOTAS

<sup>1</sup>Si bien el pensamiento escolástico dominó en Europa y tuvo una influencia indiscutible, vale la pena recordar que los árabes y los israelitas siguieron un camino muy parecido. Ellos también comenzaron por abordar los temas económicos a partir de un problema de justicia. Pero los escolásticos avanzaron mucho más rápidamente en elaborar teoría económica para dar respuesta a problemas de justicia. Entre los autores escolásticos más importantes podemos encontrar a Martín de Azpilcueta, *Comentario resolutorio de cambios* (Consejo Superior de Investigación Científica, 1965), Tomás de Mercado, *Suma de tratos y contratos* (Editorial Nacional, 1975), Luis de Molina, *La Teoría del Precio Justo* (Editorial Nacional, 1982). Para una historia detallada del tema ver Marjorie Grice-Hutchinson, *El pensamiento económico en España, 1177-1740* (Editorial Crítica, 1982); Raymond de Roover, "El concepto de precio justo: teoría y política económica", *Estudios Públicos*, 1985 (publicado originalmente en *Journal of Economic History*, vol. 18, 1958). Un trabajo muy completo es el de Alejandro Chafuen, *Christians for Freedom* (Ignatius Press, 1986).

<sup>2</sup>La terminología era "muchos (o pocos) compradores" como equivalente a lo que hoy llamamos demanda, o "vendedores" como equivalente a lo que hoy llamamos oferta. También se hablaba de la urgencia o necesidad por vender o comprar.

<sup>3</sup>No es cierto, como generalmente se cree, que los clásicos tenían una teoría del valor-trabajo. Esto es falso inclusive en el caso de Marx. Ni los clásicos ni Marx

---

tenían una teoría del valor. Ellos tenían sólo una teoría del precio basada sí en el costo de producción o en el trabajo. Para mayor detalle ver Juan C. Cachanosky, "Historia de las teorías del valor y del precio", *Libertas*, Mayo de 1994 y Mayo de 1995.

<sup>4</sup>Se puede demostrar que el concepto de eficiencia al que llega la economía matemática es inconsistente desde el punto de vista matemático y, por lo tanto, la teoría se vuelve falsa desde el punto de vista lógico y fáctico. Ver Juan C. Cachanosky, "Certidumbre, incertidumbre y eficiencia económica", *Laissez-Faire*, No. 1 (Sept 1994), pp. 30-42.

<sup>5</sup>Dejando de lado los supuestos irrealistas en que generalmente se basa.

<sup>6</sup>En otro artículo analicé las ventajas de un sistema legal no escrito o contractual frente a la legislación escrita. Ver Juan C. Cachanosky, "Eficiencia económica y sistemas jurídicos", *Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad Francisco Marroquin, 1994). Pero para una explicación más autorizada ver Bruno Leoni, *Freedom and the Law* (Van Nostrand, 1961).

<sup>7</sup>O si se quiere, "minimizar" la cantidad de relaciones compulsivas dado que la perfección no existe.