

**EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL  
DERECHO CONSTITUCIONAL,  
¿CONSERVADOR O PROGRESISTA?**

*Comunicación del académico de número Rodolfo Díaz,  
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias  
Morales y Políticas, el 28 de octubre de 2015*

*Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.*

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

[ancmyp@ancmyp.org.ar](mailto:ancmyp@ancmyp.org.ar)

[www.ancmyp.org.ar](http://www.ancmyp.org.ar)

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones ([www.imagenimpresa.com.ar](http://www.imagenimpresa.com.ar))  
en el mes de abril de 2016

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
JUNTA DIRECTIVA 2015 / 2016**

*Presidente* . . . . . Académico Ing. MANUEL A. SOLANET  
*Vicepresidente* . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF  
*Secretario* . . . . . Académico Dr. LEONARDO MC LEAN  
*Tesorero* . . . . . Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ  
*Prosecretario* . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO  
*Protosorero* . . . . Académico Dr. ROSENDO FRAGA

**ACADÉMICOS DE NÚMERO**

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE ....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA .....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA .....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI .....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN .....	22-04-87	Juan B. Justo
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ .....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO .....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN .....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI .....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA .....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA .....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Dr. Mario Daniel SERRAFERO .....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO .....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ .....	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF .....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT .....	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE .....	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO .....	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL .....	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI .....	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO .....	12-12-12	José de San Martín
Monseñor Héctor AGUER .....	10-09-14	Ángel Gallardo
Dr. Horacio JAUNARENA.....	10-09-14	Mariano Moreno
Dr. Luis Alberto ROMERO .....	10-09-14	Nicolás Avellaneda

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María BIDEGAIN

Dr. Hugo O. M. OBIGLIO

Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA

# EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, ¿CONSERVADOR O PROGRESISTA?

Por el académico Dr. RODOLFO DÍAZ

## I.-

La formulación inicial del Análisis Económico del Derecho –con los intentos de Richard Posner de vincular Derecho y Eficiencia– ha quedado atrás; en sus desarrollos actuales apenas pueden reconocerse los aspectos polémicos de aquellos comienzos. Sin embargo, el debate sobre el supuesto sesgo político de la disciplina está lejos de haberse superado.

Owen Fiss, en una de las más famosas críticas iniciales al Análisis Económico del Derecho<sup>1</sup>, refiere los dos movimientos que llenaron el debate de la teoría jurídica estadounidense desde finales de los años 70: la Escuela Crítica del Derecho y el Análisis Económico del Derecho, y los critica a los dos. Al caracterizarlos inicialmente dice: “La política de los movimientos tiende también

---

<sup>1</sup> Fiss, Owen: *The dead of law?*; 72 Cornell Law Review 1 (1986); *¿La muerte del derecho?*; Doxa, N° 10 (1991).

a ser diferente. El Análisis Económico del Derecho es un movimiento de derecha, mientras que la Escuela Crítica es un movimiento de izquierda”<sup>2</sup>. Señala luego que –a pesar de sus diferencias– tienen en común su reacción contra la filosofía jurídica y el rechazo a su vector de moral pública. Según Fiss, el modo de ese rechazo es diferente en cada una de ellas: la Escuela Crítica niega que exista ese vector moral, mientras que el Análisis Económico del Derecho no lo niega pero, al considerar los valores como preferencias, los relativiza en tanto que cada preferencia tiene igual pretensión de ser satisfecha<sup>3</sup>.

Para Duncan Kennedy –icónico referente de la Escuela Crítica en los EE.UU.– el Análisis Económico del Derecho está del lado de los teóricos políticamente conservadores. Lo explica así: desde la II Guerra Mundial, las reformas progresistas (*liberals* en su lenguaje) se fueron imponiendo a través de decisiones judiciales; ello planteó una cuestión de legitimidad en tanto que no eran decisiones de funcionarios electos. De allí surgió una dicotomía: los progresistas querían una teoría que legitimara ese formidable proceso de reformas (esa fue la perspectiva de la Escuela Crítica, que no se desarrolla aquí); mientras que los conservadores buscaban una teoría más a tono con su visión de la economía: “El moderno *law and economics* –concluye Kennedy–es tanto una respuesta a ese desafío como un desarrollo propio de la economía”<sup>4</sup>.

El Nobel James Buchanan –a quien he citado otras veces en mis comunicaciones– niega ese sesgo. Refiriéndose a su propio programa de investigación dentro de la disciplina –la perspectiva de “Public Choice”– sitúa el origen de la imputación en el campo de la Teoría Económica del Bienestar, cuyo punto central es el señalamiento de las “fallas del Mercado”, mientras que la perspec-

<sup>2</sup> Fiss, O.: *Op. cit.*, pág. 124.

<sup>3</sup> Fiss, O: *Op. cit.*, pág. 138.

<sup>4</sup> Kennedy, Duncan: *Law and Economics from the perspective of critical legal studies*; The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law; Macmillan Reference Limited (1998).

tiva de Public Choice señala las “fallas del Estado”<sup>5</sup>. Ampliando esta última afirmación a toda la disciplina, puede decirse que el Análisis Económico del Derecho señala las “fallas del Derecho”.

Esta Comunicación intenta refutar la afirmación que el Análisis Económico del Derecho “sesga a la derecha”. Se comenzará por delimitar –aunque a un nivel inevitablemente esquemático– las categorías de “conservador” y “progresista” a fin de precisar el modo como serán utilizadas en este trabajo; luego de la presentación de la cuestión desde la perspectiva *liberal* de la academia estadounidense, se entrará en la parte central de esta Comunicación que es el desarrollo exhaustivo de la posición sobre la cuestión de Bruce A. Ackerman, destacado profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Yale<sup>6</sup>. Antes de llegar a la sección final se expondrán otros antecedentes que abonan la posición aquí sustentada.

## II.-

Norberto Bobbio<sup>7</sup> apunta que la distinción entre “derecha” e “izquierda” no es solamente ideológica; “indican –dice– programas contrapuestos (...) contrastes no sólo de ideas, sino también de intereses y valoraciones...”<sup>8</sup> y advierte que “el viejo binomio podría ser sustituido oportunamente por este otro: progresistas-conservadores”<sup>9</sup> (que es lo que ha sucedido en el discurso político argentino actual). De este modo, la metáfora “espacial” original

---

<sup>5</sup> Buchanan, James: *Public Choice: The Origins and Development of a Research Program*. Center for Study of Public Choice, George Mason University, Fairfax (2003); [www.gmu.edu/jbc/public/](http://www.gmu.edu/jbc/public/)

<sup>6</sup> Bruce A. Ackerman es Sterling Professor of Law and Political Science de la Yale Law School.

<sup>7</sup> Bobbio, Norberto: *Derecha e Izquierda*; Taurus, Buenos Aires (2014).

<sup>8</sup> Bobbio, N.: *Op. cit.* Pág. 36.

<sup>9</sup> *Ibídem.*

–según la ubicación en el hemicíclo de la Asamblea en tiempos de la Revolución Francesa– se convierte en una metáfora “temporal”, que connota referencia al pasado (en el *tipo ideal*<sup>10</sup> “conservador”) o al futuro (en el *tipo* “progresista”). Si bien Bobbio reconoce que ambos términos de la diáda no son “calidades intrínsecas” sino “lugares del espacio político”, porque “no son palabras que designen contenidos”<sup>11</sup>, en definitiva entiende que la razón de la distinción es la referencia a la contraposición igualdad-desigualdad, en tanto que –concluye– “el ideal de igualdad siempre ha sido la estrella polar” que define a la izquierda<sup>12</sup>.

Geoffrey Brennan en “*The Reason of Rules*” –escrito en coautoría con el arriba citado James Buchanan– hace una caracterización más precisa de la distinción progresista-conservador desde la perspectiva de la Teoría Constitucional Positiva propia del Análisis Económico del Derecho<sup>13</sup>; el argumento se desarrolla comparando las posiciones de ambos *tipos*<sup>14</sup>. La diferencia –dice Brennan– no surge de lo que conservadores y progresistas “observan” en la realidad sociopolítica, sino en lo que cada uno de ellos “interpreta” de lo que observan. Allí radica la explicación.

Comienza con dos preguntas: primera ¿qué busca la gente que vive en soledad? (p. ej. Robinson Crusoe); y segunda ¿qué busca la gente que vive en sociedad? La primera respuesta es simple: en soledad la gente define su propio criterio de utilidad a maximizar, su propio standard de valoración; los valores, son individuales. La segunda respuesta es más difícil: en sociedad el individuo actuará, por un lado según su propio interés individual pero por el otro, al reconocer a los otros con los que interactúa,

<sup>10</sup> Weber, Max: *Economía y Sociedad*; Ed. F.C.E. (1992), págs. 7, 9 y 22.

<sup>11</sup> Bobbio, N: *Op. cit.* pág. 102.

<sup>12</sup> Bobbio, N.: *Op. cit.* Pág. 136.

<sup>13</sup> Brennan, Geoffrey and Buchanan, James: *The Reason of Rules*; Liberty Fund Inc., Indianapolis (2000), Cap. 3 The Myth of Benevolence, págs. 38/52.

<sup>14</sup> Brennan llama “constitutionalists” a los conservadores y “anticonstitutionalists” a los progresistas. La exposición de su argumento resulta menos sesgada que lo que sugiere esa nomenclatura.

puede tener en cuenta el interés de los demás, pero según su propia percepción y evaluación de ese interés ajeno. En la interacción “política” –que incluye en esta argumentación de Brennan todas las interacciones no meramente bilaterales– el conservador puede incluir el “bien público” (o “bien común”, en el lenguaje de la tradición) pero desde una perspectiva “subjetiva”, es decir el bien público según lo entiende el propio actor (con independencia de que lo que entiendan al respecto los demás, sea coincidente o no). Aquí aparece –dice– la diferencia “epistemológica” entre conservadores y progresistas: para el progresista, el bien público tiene realidad “en sí”, es “objetivo”, independientemente de lo que entienda el propio actor o aún los demás; el standard de valor (y por tanto la utilidad a maximizar) viene de una fuente externa al actor; los valores, son externos (sociales).

Brennan continúa la caracterización de la distinción en análisis con la comparación entre dos tipos específicos de interacción social: la Ciencia y la Política. La ciencia –argumenta– es una actividad social en la que todos los involucrados acuerdan en que existe un valor objetivo, común a todos los participantes, pero independiente del juicio subjetivo de cada actor: la verdad. La visión progresista de la política –dice– es semejante al modelo de la ciencia como actividad social: las personas participan en un esfuerzo colectivo, organizado y cooperativo en la búsqueda de un valor objetivo, común, que es externo a sus preferencias y valores individuales: el bien público<sup>15</sup>. Para el conservador, por el contrario, sería incorrecto –considera– preguntar “¿Es el candidato A mejor que B para promover el bien público entendido como ‘externo’ y ‘común’ a todos nosotros?” Lo que se debería preguntar sería “Es A o B mejor para toda la comunidad, en mi propia evaluación?”<sup>16</sup>

La visión “progresista” de la política –modelada como la

---

<sup>15</sup> Brennan, G. and Buchanan, J.: *Op. cit.* pág. 44.

<sup>16</sup> *Ibídem.*

ciencia, con valores colectivos (ajenos) y un bien público externo y objetivo— es calificada por Brennan como “autoritaria y anti individualista”<sup>17</sup>; autoritaria porque el bien público objetivo no se puede contradecir por objeciones personales, y si existe independientemente de las preferencias individuales tiene precedencia sobre éstas<sup>18</sup>; y anti individualista porque la fuente de valor es externa a la persona individual<sup>19</sup>. Brennan extrema su crítica del siguiente modo: en la política (progresista) modelada como la Ciencia, cuando los conservadores quieren ponerle límites al gobierno (ponerle límites a la “búsqueda del bien público”) es como pretender ponerle límites a la Ciencia (ponerle límites a la “búsqueda de la verdad”). Desde esta perspectiva —refuerza— los políticos ya no son ni agentes ni representantes de los ciudadanos y sus preferencias; buscan un bien público que es independiente de los ciudadanos y en ese sentido ellos también lo son<sup>20</sup>.

A esta altura Brennan precisa: si bien ha calificado la posición progresista de “anti individualista” y “autoritaria”, no la considera “antidemocrática”<sup>21</sup>, y argumenta como sigue: la política modelada como la Ciencia provee elementos que dan sustento a las instituciones democráticas de decisión colectiva (especialmente las reglas de votación mayoritaria en los órganos parlamentarios elegidos por votación popular); esos mecanismos son eficientes para “descubrir” el bien público (que en esta perspectiva es objetivo y externo)<sup>22</sup>. La posición conservadora en cambio —arguye Brennan— defiende las instituciones democráticas “por su capacidad de facilitar la expresión de los valores individuales”<sup>23</sup>, no de “descubrir el bien público”; como para esta visión no existe un

---

<sup>17</sup> Brennan, G. and Buchanan, J.: *Op. cit.* pág. 46.

<sup>18</sup> *Ibidem.*

<sup>19</sup> *Ibidem.*

<sup>20</sup> Brennan, G. and Buchanan, J.: *Op. cit.* pág. 47.

<sup>21</sup> Brennan, G. and Buchanan, J.: *Op. cit.* pág. 48.

<sup>22</sup> Brennan, G. and Buchanan, J.: *Op. cit.* pág. 49.

<sup>23</sup> *Ibidem.*

standard de valoración externo (y objetivo), “el criterio de evaluación debe ser el proceso institucional en sí”<sup>24</sup>.

El argumento concluye con una precisión adicional. La posición conservadora –en tanto no refiere un “bien público” externo y objetivo– es deontológica y no consecuencialista: se evalúan procesos, no resultados; más aún, los resultados se evalúan sólo a través de los procesos institucionales que los generan; si el proceso institucional fue correcto, el resultado es aceptable<sup>25</sup>. En cambio, la posición progresista –modelada en la búsqueda de un “bien público” externo y objetivo– es teleológica y consecuencialista, en el mismo sentido que la Ciencia: así como en la actividad científica no se sabe a priori cuál es la verdad, pero todos los actores están persuadidos que existe y que se puede conocer, del mismo modo la visión progresista de lo político basa su búsqueda en la persuasión colectiva que el “bien público” existe con independencia de las preferencias y valoraciones individuales, y puede ser alcanzado<sup>26</sup>.

El cuadro siguiente resume los caracteres de ambos *tipos ideales* descriptos por Brennan.

<b>Factor</b>	<b>Conservador</b>	<b>Progresista</b>
Sujeto	<i>Individuo</i>	<i>Sociedad</i>
Fuente de Valor	<i>Individual Interna (el sujeto)</i>	<i>Colectiva Externa (la sociedad)</i>
Bien Público	<i>Subjetivo (interno)</i>	<i>Objetivo (externo)</i>
Política	<i>Individualista Libertaria</i>	<i>Anti individualista Autoritaria</i>

<sup>24</sup> *Ibídem.*

<sup>25</sup> Brennan, G. and Buchanan, J.: *Op. cit.* pág. 51.

<sup>26</sup> *Ibídem.*

<b>Factor</b>	<b>Conservador</b>	<b>Progresista</b>
Criterio de Evaluación	<i>Preferencias Individuales NO Bien Público Objetivo</i>	<i>Bien Público Objetivo Independiente de Preferencias Individuales</i>
Democracia	<i>Mecanismos institucionales</i>	<i>Decisiones mayoritarias</i>
Evaluación	<i>Procesos No consecuencialista- Deontológico</i>	<i>Resultados Consecuencialista- Teleológico</i>
Función	<i>Preservar valores individuales (Libertad)</i>	<i>Alcanzar valores colectivos (Igualdad)</i>

### III.-

Susan Rose-Ackerman<sup>27</sup> –destacada profesora de Yale que visitó la Argentina en 2009– en *Progressive Law and Economics and the New Administrative Law*<sup>28</sup> introduce claramente la cuestión que es el tema central de esta Comunicación: comienza recordando la famosa frase de Carlyle “La Economía, ‘ciencia funesta’...” y continúa: “...pero el método económico no es funesto, a menos que con sólo ver una fórmula matemática o un cuadro estadístico uno se sienta mal; la economía trata de revelar los costos en tiempo, dinero y energía de todos los emprendimientos de la vida, y se resiste a permitir que los soñadores ignoren la escasez. Esta cuestión –dice– es más importante para los progresistas que para los conservadores; porque mientras los conservadores pueden oponerse a las regulaciones y a los programas que implican gasto público por razones ‘de principio’, un progresista para ser creíble debe calcular bien los costos y los beneficios de las

<sup>27</sup> Susan Rose-Ackerman es Henry R. Luce Professor of Jurisprudence de la Yale Law School.

<sup>28</sup> Rose-Ackerman, Susan: *Progressive Law and Economics and the New Administrative Law. The Yale Law Journal*, Volume 98, Number 2, December 1988, ps. 341-368.

reformas que propone. Por eso –agrega– es desafortunado que el Análisis Económico del Derecho haya sido asociado con ciertas ideologías conservadoras que, éstas sí, muchas veces llegan a ser funestas. Lo que propongo –concluye la autora en cita– es desarrollar un Análisis Económico del Derecho progresista”. Éste –dice en otro artículo– es un momento propicio para considerar el Análisis Económico del Derecho del Estado proactivo, como un abordaje que “ayuda a iluminar la operación del Estado regulador de Bienestar”<sup>29</sup>.

Pero es Bruce A. Ackerman quien mejor expone la cuestión que aquí se estudia. En un artículo de hace poco más de un lustro<sup>30</sup>, refiere que en los años 70, para superar la dicotomía clásica Estado gendarme/autoritarismo se trataba de definir una vía intermedia: principios de justicia respetuosos de la libertad y orientados a la justa distribución de las oportunidades educacionales y económicas para todos; John Rawls –recuerda– fue el exponente más famoso de esta forma proactiva de progresismo. En *Social Justice in the Liberal State*<sup>31</sup> Ackerman intentó profundizar las bases filosóficas de ese proyecto, en el convencimiento que el progresismo podía ir más allá de la especulación utópica y hacerse cargo de los desafíos específicos que planteaba la creación de estados progresistas viables en el mundo real. Eso implicaba –dice– una mutación de los presupuestos argumentales del discurso jurídico, llevándolos de la “experiencia común” al “método científico”; las principales fuentes de esta nueva perspectiva de la ciencia jurídica eran el Análisis Económico del Derecho y la filosofía progresista post-Rawlsiana.

<sup>29</sup> Rose-Ackerman, Susan: *Public Choice, Public Law and Public Policy*; Keynote address, First World Meeting of the Public Choice Society, Amsterdam, March 31, 2007.

<sup>30</sup> Ackerman, Bruce A.: *My Debt to Mirjan Damaška*, 118 *YALE L. J. POCKET PART 171* (2009), <http://thepocketpart.org/2009/03/23/ackerman.html>. (Traducción propia).

<sup>31</sup> Ackerman, Bruce A.: *Social Justice in the Liberal State*; Yale University Press, New Haven (1980).

En *Reconstructing American Law*<sup>32</sup> trata esta gran transformación en el discurso legal norteamericano; entiende que el Análisis Económico del Derecho aportaba un modo fundamentalmente nuevo de describir la dimensión fáctica de los problemas que afrontaba el sistema jurídico<sup>33</sup>; que el nuevo esquema analítico permitía superar las descripciones “de sentido común” y sustituirlas por un sistema de descripción adecuado a especialistas jurídicos entrenados en el uso de las ciencias sociales y los métodos cuantitativos; y yendo de los hechos a las normas, muestra cómo este abordaje podía ser usado para implementar principios de justicia social dentro de una comprensión empírica de los problemas, compatible con la ciencia social más moderna. Indica que esta particular combinación de filosofía política progresista y Análisis Económico del Derecho, tendía a proveer al Estado proactivo en ascenso las herramientas analíticas que necesitaba para la prosecución responsable de justicia social y eficiencia económica en un orden político democrático<sup>34</sup>.

Esta propuesta –escribió Ackerman algunos años después– “quedó como una quijotada” cuando la versión reduccionista de Richard Posner se impuso como paradigma dominante del Análisis Económico del Derecho en la cultura jurídica norteamericana<sup>35</sup>. Pero hoy –afirma– estamos asistiendo al fin de esa era; quizás “la próxima generación asistirá al renacimiento del Estado progresista proactivo, y encontrará en los trabajos de Amartya Sen, Ronald Dworkin y Guido Calabresi una fuente inspiradora de nuevos desarrollos”<sup>36</sup>. (Los acontecimientos de la última década parecen mostrar que ese renacimiento se adelantó).

<sup>32</sup> Ackerman, Bruce A.: *Reconstructing American Law*. Harvard University Press, Cambridge (1984).

<sup>33</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*, pág. 3.

<sup>34</sup> Ackerman, Bruce A.: *My Debt to Mirjan Damaška*; 118 Yale L.J. Pocket Part 171 (2009); <http://thepocketpart.org/2009/03/23/ackerman.html>; pág. 174.

<sup>35</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*, pág. 175.

<sup>36</sup> *Ibídem*.

Pero *Reconstructing American Law* de Bruce Ackerman es mucho más que una “quijotada”; es un aporte serio, riguroso y de extraordinaria profundidad. A continuación se expone lo fundamental de esta obra, así como de un artículo de este autor sobre las mismas ideas publicado previamente<sup>37</sup>.

#### IV.-

Ackerman comienza con una constatación, que aunque se refiere a los EE.UU. se podría extender a la Argentina: que vivimos en un modelo de Estado que denomina “proactivo”, que implica el reconocimiento que la existencia de nuestra sociedad depende de un flujo continuo de decisiones políticas tomadas por funcionarios públicos. Que el bienestar económico depende de decisiones de conducción tomadas por el gobierno, tanto al nivel macroeconómico cuanto de la regulación de sectores determinados de la economía; que la distribución de la riqueza y situación social es un tema central del debate político, y que la pobreza y la desigualdad no son datos inexorables sino consecuencia de prácticas sistémicas que involucran a los funcionarios públicos y las decisiones que toman, en un sentido o en otro<sup>38</sup>. Lo diferencia luego del modelo de Estado que llama “reactivo”, en el que los fundamentos económicos, sociales y aun militares de la vida diaria no se conciben como cuestiones que requieran decisiones políticas conscientes y sistemáticas. Por el contrario, su manejo se deja a los mecanismos de “equilibrio general” que suelen expresarse con la metáfora de “la mano invisible”: la defensa se deja a los océanos y montañas, el bienestar económico al mercado y la justicia

---

<sup>37</sup> Ackerman, Bruce A.: “Foreword: Law in an Activist State”. *The Yale Law Journal*; Volume 92, Number 7, June (1983).

<sup>38</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*; pág. 1.

social a lo que resulte de las innumerables decisiones individuales que toman cada día millones de personas<sup>39</sup>.

Advierte que no es su interés explorar los méritos de estas dos visiones –bastante familiares, por otra parte– del Estado, sino que su objetivo es mucho más específico: enfatizar el modo como la relación funcional entre el Estado y “la mano invisible” limita los recursos discursivos disponibles para los abogados en su tarea de traducir los agravios de sus clientes en argumentos jurídicamente persuasivos<sup>40</sup>. Anticipa que tiene implicancias obvias y luego las desarrolla.

Desde la posguerra –comienza– se viene argumentando sobre elementos jurídicos parciales de los Estados proactivos; ahora ha aparecido un horizonte intelectual más amplio para analizar la situación jurídica existente. La transformación del discurso legal estadounidense generada por las experiencias reformistas desde el New Deal hasta hoy, es más profunda de lo que parece; la aparición del Estado proactivo no sólo ha obligado a los abogados a argumentar sobre nuevos supuestos fácticos, sino también a revisar el concepto mismo de lo que es una “exposición de los hechos” profesionalmente competente<sup>41</sup>. Nuevas formas de descripción fáctica se están haciendo familiares en sectores cada vez más amplios de la profesión; estamos –dice– frente al nacimiento de una forma específica de discurso legal, que los abogados van a estar obligados a manejar si esperan traducir los agravios de sus clientes a un lenguaje que los que tienen que decidir encuentren persuasivo; es un nuevo “lenguaje del poder”, basado en un conjunto específico de supuestos sobre los hechos y los valores –fuertemente influido por el discurso científico– que Ackerman llama “Constructivismo

---

<sup>39</sup> Ackerman, Bruce A.: *Reconstructing American Law*; pág. 24.

<sup>40</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*; pág. 25.

<sup>41</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*; pág. 2.

Jurídico”<sup>42</sup>, que yo he llamado “Teoría Constitucional Positiva”<sup>43</sup> y que cubre el mismo espacio epistémico que el Análisis Económico del Derecho.

Esta nueva forma de discurso jurídico –advierte– es vista por muchos abogados como una amenaza que los pone en riesgo de obsolescencia profesional, por lo que ha generado incontables reacciones en contra; el oscurantismo de muchas de esas reacciones no debe ocultar que algo de cierto hay debajo de toda esa discusión; nuestra generación de abogados –sigue el profesor de Yale– ha sido desafiada por la historia a tomar parte de un infrecuente acto de creación colectiva: la construcción de un nuevo lenguaje del poder, capaz de servir con ventaja las aspiraciones de justicia de nuestros conciudadanos<sup>44</sup>. El Estado proactivo reformula la temática discursiva de los abogados, obligando a la profesión a abordar temas nuevos, de un modo también nuevo, dentro de un marco institucional cambiante; a ganar una perspectiva más amplia, capacitando a los abogados para sostener una discusión científica sobre hechos y valores.

¿Por qué –se pregunta– la aparición del Estado proactivo iba a generar una transformación fundamental en el discurso legal?<sup>45</sup> La respuesta –dice– requiere considerar, primero, la limitación de los tipos de argumento jurídico aceptables en un Estado reactivo; y segundo, las consecuencias de rechazar las premisas políticas reactivas y reemplazarlas con los principios políticos proactivos. Como se citó más arriba, en un Estado reactivo no se considera que los fundamentos económicos y sociales de la vida diaria planteen cuestiones que requieran decisiones políticas deliberadas y sistemáticas, sino que el manejo de esas cuestiones se deja a los

---

<sup>42</sup> *Ibídem.*

<sup>43</sup> Díaz, Rodolfo: “La Teoría Constitucional Positiva”; Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina; *Anales*, Tomo XXXIX (2012), Parte I, pág.

<sup>44</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*; pág. 3.

<sup>45</sup> Ackerman, Bruce A.: *Foreword: Law in an Activist State*; pág. 1085.

equilibrios generales resultantes del mercado. En ese contexto, la argumentación jurídica está limitada por lo que Ackerman llama “la restricción reactiva”: *no es aceptable cuestionar la legitimidad de las estructuras sociales generadas por la mano invisible*<sup>46</sup>.

Esta limitación discursiva le da un perfil definido a la cultura profesional reactiva (armónico conceptual del Estado reactivo; connota un perfil conservador) que tiene cinco caracteres<sup>47</sup>: Primero, el discurso legal trata sobre la evaluación de acciones determinadas en relación a la práctica social vigente; la única cosa que corresponde discutir en una decisión legal es un problema determinado, generado por acciones determinadas, de personas determinadas, en un momento determinado; el impacto agregado de esas acciones es algo que queda fuera del ámbito discursivo del abogado reactivo. Segundo, la única pregunta significativa es si la acción cuestionada se desvía de las normas institucionalizadas o no. Tercero, las partes son las que están en mejor posición para exponer los hechos y los valores relevantes para una decisión adecuada del caso. Cuarto (siempre refiriéndose al sistema legal estadounidense): la jurisdicción popular (el juicio por jurados) ofrece más garantías democráticas que la legislación popular. Quinto, el debate legal se acaba en un punto determinado, la decisión en el caso concreto; sólo hay una cantidad limitada de argumentos que se pueden presentar sobre una determinada acción; después, la única cosa que queda por hacer es que el jurado se pronuncie si la conducta del demandado fue desviada o no.

Asumamos ahora –plantea Ackerman– que la ciudadanía no apoya más la creencia que los problemas del país pueden resolverse por sí mismos, y que insiste en que el derecho tiene un rol central que cumplir en un Estado proactivo; la argumentación jurídica ya no estará más limitada a la evaluación de acciones individuales;

<sup>46</sup> Ackerman, Bruce A.: *Reconstructing American Law*; pág. 25.

<sup>47</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*; pág. 26.

el abogado proactivo se preocupará también por identificar acciones que parecen inocuas pero que requieren cambios para que el sistema en su conjunto funcione aceptablemente.

Esa nueva situación impone una revisión radical no sólo del modo cómo los abogados se expresan sino también de la cultura de la profesión. Sus nuevas características –señala– serán las siguientes<sup>48</sup>: Primera, el abogado proactivo (armónico conceptual del Estado proactivo; connota un perfil progresista) va a necesitar un nuevo modo de describir los hechos relevantes; debe desarrollar una exposición estructural de los hechos, que muestre los modos como una actividad puede ser reorganizada para mejorarla y evitar las ineficiencias e injusticias que pueda estar generando. Es obvio que la regulación de una actividad habrá de tener un impacto importante en otras. Para entender estos “efectos indirectos”, hay que insertar la descripción inicial en un análisis estructural más comprensivo.

Pero la idea misma de una consideración metódica de los efectos indirectos es ajena al marco de referencia del abogado reactivo; si una serie de decisiones determinadas producen resultados problemáticos, las consecuencias sólo deben ser consideradas cuando “aparezca un inconveniente perceptible”; dicho de otro modo, cuando haya un “caso”. La negativa a interpretar hechos determinados a la luz de su contexto social y económico, parece dirigida, en última instancia, a lograr un solo objetivo: que el abogado reactivo ignore la existencia misma de “fallas sistémicas”<sup>49</sup>.

El abogado proactivo –dice Ackerman– está en posición de cuestionar la segunda característica definitoria del modelo reactivo: su focalización en acciones determinadas y la medida en cuanto las mismas ofenden las expectativas institucionalizadas. La búsqueda de los abogados reactivos de desviaciones individua-

---

<sup>48</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*; pág. 29.

<sup>49</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.*; pág. 31.

les empezará a parecer patentemente miope; el punto adecuado para empezar la argumentación normativa no es con las transgresiones puntuales, sino con las razones por las que las prácticas vigentes, consideradas en conjunto, pueden ser juzgadas ineficientes o injustas. La tarea legal proactiva será diseñar una forma de adecuación entre actividades diversas, mejor que la resultante de la mano invisible<sup>50</sup>. Los abogados reactivos considerarían que semejante investigación los llevaría más allá de su rol profesional, hacia las “divagaciones de la ingeniería social y su trágica historia de fracasos”<sup>51</sup>; pero –advierte Ackerman– no hay que tomar estas profecías reactivas al pie de la letra: se puede ser proactivo y consistente con la idea de un gobierno limitado y eficaz.

El nuevo tipo de descripción y evaluación estructural –sigue nuestro autor– cuestiona a su vez la tercera característica del modelo reactivo: ya no se le puede confiar exclusivamente a las partes la exposición de todos los hechos relevantes; los argumentos de parte pueden ser complementados con otros –por ejemplo– aportados por la burocracia en nombre del “interés público”. El decisor final tomaría un rol proactivo; muchas veces va a tener razón para sentirse insatisfecho con la formulación de los antecedentes que se le presentan, y podría entonces estar habilitado para ir más allá del expediente para conocer datos importantes, o para obligar a las partes a pronunciarse sobre temas que han ignorado. Un litigio ya no es más concebido como una disputa bipolar; el pleito proactivo es, en principio, expandible a una disputa policéntrica<sup>52</sup>.

En este contexto, la superioridad de la jurisdicción popular sobre la actividad legislativa se nubla; en vez de glorificar el juicio por jurados –señala– el abogado proactivo empezará a mirar a la legislatura como el ámbito preeminente para la expresión de la

---

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Ackerman, B.: *Foreword: Law in an Activist State*; pág. 1090.

<sup>52</sup> Ackerman, B.: *Reconstructing American Law*; pág. 33.

voluntad popular. La cuarta característica del modelo proactivo, entonces, enfatiza la primacía democrática de la legislación popular sobre la jurisdicción popular; el abogado proactivo no recurre en última instancia a un grupo aleatorio de doce legos, sino a un cuerpo institucional integrado por un grupo de agentes públicos electivos asistidos por un equipo eficiente de colaboradores letrados.

Quinta, la discusión jurídica no tiene un punto final, no termina con el pronunciamiento del jurado sobre el caso; el pleito proactivo no es sino un capítulo en la historia de la lucha de la sociedad con los problemas que enfrenta<sup>53</sup>. El surgimiento del Estado proactivo –dice Ackerman– transforma la naturaleza del más humilde de los pleitos: ambas partes pueden plantear una nueva instancia de discusión; en lugar de justificar el reclamo en términos de la práctica vigente, el abogado puede intentar persuadir al tribunal que esa práctica no merece la protección del Estado a la luz de la permanente búsqueda del derecho de justicia estructural. Los negros del sur de los EE.UU. –recuerda– no negaron la existencia de las normas discriminatorias; lo que hicieron fue cuestionar su constitucionalidad.

El cuadro siguiente presenta las características expuestas.

---

<sup>53</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 35.

### Abogacía Reactiva-Abogacía Proactiva

Nº	Característica	Abogacía Reactiva	Abogacía Proactiva
I	<b>Hechos</b>	<i>Acción determinada, persona determinada, momento determinado.</i>	<i>Relaciones estructurales, efectos indirectos, fallas sistémicas.</i>
II	<b>Derecho</b>	<i>Desviación específica de la norma vigente.</i>	<i>Ineficiencia e injusticia del conjunto normativo vigente.</i>
III	<b>Legitimación</b>	<i>Partes originales; conflicto bipolar.</i>	<i>Otros participantes; Burocracia por interés público; conflicto policéntrico.</i>
IV	<b>Preeminencia</b>	<i>Juicio por jurados; precedente judicial.</i>	<i>Legislatura democrática; legislación general.</i>
V	<b>Recurribilidad</b>	<i>Restringida</i>	<i>Amplia.</i>

La estructuración de este nuevo lenguaje del derecho parte de un conjunto muy diverso de enfoques, aportados por un grupo bastante anárquico de académicos y profesionales; para organizar “el ruido y la furia” de ese proceso –señala Ackerman– un elemento central es el Análisis Económico del Derecho<sup>54</sup>. Dice que algunos descalifican esta perspectiva como una cortina de humo ideológica para cubrir un ataque reaccionario a los aspectos humanos del Estado proactivo; y responde diciendo que a pesar de lo atractiva que esa simple interpretación pueda parecer, la considera a la vez superficial y contraproducente: superficial, porque está basada en una carencia de investigación; y contraproducente, porque estimula a la profesión a desvalorizar habilidades que son esenciales para la promoción de los valores progresistas. El Análisis Económico del Derecho –afirma– permite un amplio en-

<sup>54</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 42.

riquecimiento de los recursos argumentales disponibles para los abogados que tratan de razonar los fundamentos jurídicos del Estado proactivo<sup>55</sup>.

Los abogados constructivistas –indica– pretenden una “exposición de los hechos” que relacione los conflictos individuales con las tensiones más generales de la vida social. No es –advierte– que se quiera negar las simpatías con el *laissez-faire* de algunos de los proponentes del Análisis Económico del Derecho, pero mirado desde la perspectiva de una técnica específica de retórica jurídica, la disciplina lleva a los abogados a argumentar sobre hechos y valores de modo proactivo. Aunque reconoce que –como en todo esfuerzo precursor– el discurso resultante ha sido a veces torpemente primitivo, “la tarea es hacer el discurso jurídico constructivista más sofisticado, en lugar de satisfacerse con una posición pseudo crítica”<sup>56</sup>.

## V.-

Para sacar a luz los presupuestos proactivos de este nuevo lenguaje jurídico, Ackerman explora con detalle lo que califica como “la parábola que desde el principio ha sido el rito inicial para todos los abogados analistas económicos del derecho: el hipotético conflicto entre un ganadero y un agricultor presentado por Ronald Coase en “*El Problema del Costo Social*”<sup>57</sup>. El relato de Coase –reflexiona– es un modelo de la nueva forma de lenguaje del poder que los abogados van a tener que usar para persuadir a los que deciden los méritos de la causa de sus clientes; lo que

---

<sup>55</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 43.

<sup>56</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 45.

<sup>57</sup> Coase, Ronald: *The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics*, N°3, Chicago (1960).

hace Coase es nada menos que invitarnos a transformar las palabras iniciales de toda argumentación jurídica, que inevitablemente condicionan todo lo que viene después; implica –dice– una mutación radical de esa parte del discurso legal que los abogados, con elegante ironía, llaman “exposición de los hechos”<sup>58</sup>. Y presenta la “parábola coaseana” –brillantemente– como sigue.

Coase toma un caso clásico, que se ha usado para enseñar Derecho Civil por lo menos desde principios del Siglo XIX: Las vacas de un ganadero se han metido en el predio de un agricultor vecino y se han comido la cosecha, y hay que determinar quién paga los daños. El ejercicio pedagógico ha consistido siempre en desarrollar los posibles argumentos de ambos abogados: el del agricultor y el del ganadero; Coase hace exactamente eso, pero de un modo sorprendentemente innovador. ¿Cómo empezaría el abogado del agricultor a desarrollar los hechos relevantes?, pregunta Ackerman; el punto para empezar será el momento en que las vacas del ganadero empezaron a comerse la cosecha. Si es un abogado reactivo va a tener en vista un objetivo bien definido, ya que como está preocupado con la desviación de acciones individuales, va a focalizarse en los hechos que puedan apoyar la visión que las acciones del ganadero no fueron todo lo que la comunidad podía razonablemente esperar de él: el ganadero deliberadamente permitió que sus vacas salieran de su propiedad. Contrariamente, el abogado –también reactivo– del ganadero, buscará convencer al jurado que la salida del ganado ocurrió por error o por un accidente inevitable. La “exposición de los hechos” resultante, presentará los sucesos ordenados alrededor del momento en que el problema se hizo obvio.

Estamos ahora –continúa Ackerman– en posición de asir el carácter fundamental de la transformación coaseana<sup>59</sup>: el punto

<sup>58</sup> Ackerman, Bruce A.: *Reconstructing American Law*; pág. 47.

<sup>59</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* Pág. 48.

inicial para esta transformación es la asunción que tanto el ganadero como el agricultor estuvieron en perfecta posición para predecir las consecuencias de sus acciones, en el momento en que ambos afrontaban “costos de transacción cero”. Para captar el poder transformador de esta asunción –dice– imaginemos que al capataz del ganadero lo había alcanzado un rayo y que el ganadero lo había llevado él mismo al hospital, por lo que en su propiedad no había nadie. Para el abogado reactivo que defiende al ganadero, éste no debe pagar una indemnización substancial por este lamentable pero inevitable accidente. El coaseano, en cambio, interpretaría estos hechos en un sentido muy diferente; la inexistencia de costos de transacción lo obliga a presumir que el ganadero ha tomado en cuenta la posibilidad de tormentas eléctricas, y que estaba en perfectas condiciones para haber contratado un segundo peón; si decidió que un peón más no compensaba el costo, no podría alegar accidente inevitable; la destrucción de la cosecha del agricultor es una consecuencia previsible de la decisión deliberada del ganadero. No es exagerado decir –agrega– que no existe tal cosa como “un accidente” en el universo coaseano; y los coaseanos insisten en tratar también las omisiones del mismo modo<sup>60</sup>.

Para los abogados reactivos –sigue– son las vacas del ganadero las que causaron el daño y, prima facie, es el ganadero el que debe ser considerado responsable. Los abogados constructivistas van a pensar que este tipo de lenguaje “causal” dificulta una comprensión clara de lo sucedido; de acuerdo a ellos, ningún buen abogado debería olvidar nunca que así como el ganadero es un potencial planificador de sus actividades, el agricultor también, y que son muchas las cosas que éste podría haber hecho para evitar el posible daño: por ejemplo, podría haber construido una cerca eléctrica, y no lo hizo. Tanto el hecho de no haber construido la cerca, cuanto la negativa del ganadero a contratar un peón adicional, son elementos que el modelo coaseano identifica como he-

---

<sup>60</sup> Ackerman, B.: *Foreword: Law in an Activist State*; pág. 1101.

chos críticos dignos de atención jurídica. En lugar de tamizar los hechos en busca de la causa del problema, el abogado constructivista propone una concepción de la causalidad que reconoce cómo una multiplicidad de factores, operando a lo largo de un período de tiempo, determinan los problemas jurídicos<sup>61</sup>.

Una cosa es describir el modo como el supuesto de “costo de transacción cero” desestabiliza la tarea de investigación fáctica del abogado reactivo, y otra es cómo esta sola asunción puede producir una transformación tan significativa. Los supuestos coaseanos obligan al abogado a iniciar su narrativa en un punto muy anterior en el tiempo: cuando las partes pudieron haber reorganizado sus actividades; por el contrario, el drama reactivo comienza con el final coaseano: en el momento en el que las vacas comenzaron a comer. Mientras el abogado reactivo emplea un marco temporal estrecho para contar los hechos, el coaseano insiste en un marco temporal amplio, en un esquema interpretativo dentro del cual el problema obvio funciona como síntoma de un problema potencialmente mayor de desorganización social<sup>62</sup>. La insistencia coaseana de que el relato legal comienza no con el problema sino con el modo como las partes podrían haber reorganizado sus actividades para evitarlo –señala Ackerman– es precisamente el punto en el cual el abogado proactivo querría empezar.

## VI.-

La importancia del Teorema de Coase merece una digresión, sobre todo porque –como señala John Cassidy en un artículo publicado con ocasión de la muerte de Coase– “fue utilizado por políticos, agencias reguladoras y jueces para justificar un enfoque

<sup>61</sup> Ackerman, B.: *Reconstructing American Law*; pág. 52.

<sup>62</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 54.

no intervencionista (...) que dejaba la contaminación y otros problemas económicos a las fuerzas correctivas del mercado”<sup>63</sup>.

“Coase era instintivamente escéptico hacia las regulaciones del gobierno –sigue el artículo en cita– pero también era un empirista inglés y reconocía que la realidad es complicada. No creía en el *laissez faire*, y admitía que el teorema de Coase no se aplicaba en muchos casos (...) de lo que los economistas llaman ‘externalidades negativas’, en especial de las que afectan a muchas personas”. Más aún –agrega– porque Coase nunca pensó en su artículo como una teoría económica de gran escala. Fueron algunos de sus prosélitos –dice Cassidy– los que explotaron su obra en las cruzadas contra el intervencionismo estatal, mutilando y distorsionando su razonamiento sutil<sup>64</sup>. En realidad –sigue– Coase estaba reflexionando sobre un antiguo problema de la economía: cómo tratar “las acciones de las empresas de negocios que tienen efectos perjudiciales sobre otros”<sup>65</sup>, es decir las externalidades negativas. “En un mundo ideal, dijo, no importaría qué parte (...) era legalmente responsable del acto (...). Mientras que ambas partes se pudieran reunir para discutir con todas las cifras y hechos relevantes a mano, podrían llegar a un acuerdo socialmente aceptable sin necesidad de asistencia del gobierno”<sup>66</sup>.

Es bien sabido que fue George Stigler (también Premio Nobel) el que reformuló esa idea de Coase en términos de Teorema, posibilitando una interpretación que decía que “si los derechos de propiedad se especificaban claramente no habría necesidad de regulaciones del gobierno” y –por tanto– se podría confiar en que la magia del mercado produciría un resultado deseable<sup>67</sup>. Se ha

<sup>63</sup> Cassidy, John: “Ronald Coase y el mal uso de la economía”. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, N° 29, segundo semestre 2013. Universidad del Externado, Bogotá (2013). (Traducción de Alberto Supelano. Original; *The New Yorker*, September 3, 2013); pág. 321.

<sup>64</sup> Cassidy, J.: *Op. cit.* Pág. 322.

<sup>65</sup> *Ibídem.*

<sup>66</sup> *Ibídem.*

<sup>67</sup> Cassidy, J.: *Op. cit.* Pág. 323.

insistido en que “eso no es lo que dijo Coase”<sup>68</sup>, y es cierto; el mismo Coase se ocupó de destacarlo.

En efecto; en su discurso de aceptación del Premio Nobel –probablemente el discurso más importante de su vida y sin duda un texto cuidadosamente pensado– quiso dejar las cosas en claro: al referirse a su artículo “*El Problema del Costo Social*”, señala que lo que allí expone, es “que en un régimen de costos de transacción cero (...) negociaciones entre las partes pueden llevar a arreglos que maximicen la riqueza con independencia de la asignación inicial de derechos”<sup>69</sup>. “Éste –dice luego, usando palabras que difícilmente no hayan sido elegidas– es el infame Teorema de Coase, nominado y formulado por Stigler aunque está basado en mi trabajo”<sup>70</sup>. E insiste más adelante, tomando evidente distancia de la interpretación de Stigler: “Por supuesto esto no implica que, cuando los costos de transacción son positivos, las acciones del gobierno (como operación pública, regulación o impuestos, incluso subsidios) no podrían producir un resultado mejor que confiar en negociaciones entre individuos en el mercado. Si esto es así se puede saber no estudiando gobiernos imaginarios sino lo que los gobiernos reales efectivamente hacen. Mi conclusión –remata Coase– estudiemos el mundo de costos de transacción positivos”<sup>71</sup>; pero agrega una frase de particular importancia para nuestra disciplina: “Si cambiamos de un régimen de costos de transacción cero a uno de costos de transacción positivos –dice– lo que se hace inmediatamente claro es la importancia crucial del sistema jurídico en ese nuevo mundo”<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> Coase, Ronald: *Discurso de aceptación del Premio Nobel*; Estocolmo (1991).

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> *Ibíd.*

<sup>72</sup> *Ibíd.*

## VII.-

Volvamos a Ackerman. El famoso teorema de Coase –dice el profesor de Yale– ha sido usado otras veces para enseñar una lección muy diferente: para alertarnos sobre el peligro de sobreestimar la fuerza del derecho para reorganizar las actividades en un mundo de transacciones sin fricción. Pero –como el mismo Coase enfatiza– en el mundo real las transacciones sí tienen costos y fricciones, por lo tanto la parábola de Coase funciona solamente como un prólogo que debe ser completado por el estudio sistemático de las infinitas dificultades transaccionales que se verifican en la experiencia<sup>73</sup>. El abordaje coaseano tiene dos implicancias proactivas: primera, que todos los relatos jurídicos comienzan en un nuevo punto de partida; y segunda, que la exposición coaseana de los hechos muestra la “brecha de racionalidad”<sup>74</sup>, el conjunto de estructuras del mundo real que hace imposible para los actores concretar en la realidad la hiper-racionalidad potencial que –con la hipótesis de “costos de transacción cero”– anticipa la parábola coaseana<sup>75</sup>.

En este punto, los abogados analistas económicos del derecho empiezan a divergir entre sí; aunque todos –dice Ackerman– tienen claro las estructuras que determinan la brecha de racionalidad, discrepan sobre la cantidad de descripción empírica y de datos necesaria para llenarla, a fin de dotar a la “exposición de los hechos” de credibilidad jurídica. Hay dos posiciones; por un lado están los “simplificadores”<sup>76</sup>, que aunque aceptan que las “fallas de mercado” son teóricamente posibles, se sorprenden si aparece alguna en la realidad; y se tratan de convencer que para llenar la “brecha de racionalidad” alcanza con una intervención judicial puntual<sup>77</sup>. Por el otro lado están los “complejizadores”<sup>78</sup>,

---

<sup>73</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 55.

<sup>74</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 56.

<sup>75</sup> *Ibidem.*

<sup>76</sup> *Ibidem.*

<sup>77</sup> *Ibidem.*

<sup>78</sup> *Ibidem.*

que tratan el teorema de Coase sólo como del prólogo de un drama en tres actos: primer acto, explicación de la intrincada red de imperfecciones del mercado; segundo acto, enfática negación de la posibilidad de una solución perfecta; tercer acto, descripción compleja de los modos como los actores deciden, constreñidos por altos costos de transacción y racionalidad limitada. Existen razones –afirma nuestro autor– para anticipar un cambio generacional hacia una narrativa crecientemente compleja; si el pasado reciente del Análisis Económico del Derecho estuvo caracterizado por una simplificación por debajo de los estándares de la economía convencional, la tendencia futura será hacia una complejidad superior requerida por análisis estructurales científicamente sofisticados<sup>79</sup>.

A la luz del modelo coaseano –sigue el autor en comentario– el mundo real aparece lleno de externalidades y problemas transaccionales generalizados con nombres diversos –“free riding”, “riesgo moral”, “racionalidad limitada”, “no convexidad de las curvas de oferta y demanda”, “imperfecciones del mercado de capitales”, entre otros– cada uno de los cuales requiere atención sistemática en el análisis de una u otra “falla del mercado”<sup>80</sup>. La nueva forma de análisis fáctico que trae el Análisis Económico del Derecho –dice– provee un poderoso impulso para ciertas formas de generalización jurídica; teniendo en cuenta que los casos iguales deben ser tratados igual, la percepción de regularidades fácticas genera una tendencia cognitiva hacia una nueva síntesis.

¿No será tiempo –se pregunta– de pensar la cuestión de las externalidades de un modo sistemático, reformulando la ciencia jurídica para tratar responsablemente con los hechos que el nuevo análisis deja a la vista? La enorme diversidad de detalles reglamentarios que caracteriza la legislación contemporánea puede ser reducida a términos cognitivamente manejables tratándolos como una serie interrelacionada de externalidades y fallas de mercado.

<sup>79</sup> Ackerman llama “sub-posneriana” a la primera y “super-calabresiana” a la segunda.

<sup>80</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 58.

La situación –se responde– ya está madura para un esfuerzo profesionalmente disciplinado para comparar y evaluar un amplio espectro de respuestas a las externalidades y las fallas de mercado, en un lenguaje jurídico-científico común<sup>81</sup>.

### VIII.-

Nos encontramos –dice Ackerman– en medio de una coyuntura muy infrecuente en la vida del derecho: la maduración profesional de un nuevo modo de “exposición de los hechos”<sup>82</sup>. ¿Cómo se puede –pregunta– sacar el máximo provecho de esta madurez? No es demasiado pronto –contesta– para intentar un nuevo avance en la sofisticación de la investigación proactiva de los hechos. Por ejemplo: una cosa es reconocer que una ley ambiental puede ser vista como respuesta a un conjunto complejo de externalidades, o que la ley federal que regula las pensiones privadas puede ser vista como respuesta a problemas de fallas contractuales; pero otra cosa es hacer la investigación empírica necesaria para encuadrar una discusión profesional sobre hasta dónde esas leyes pueden ser respuestas adecuadas a los problemas estructurales que han sido identificados. Los datos de observación –indica– deben ubicarse en un contexto mayor, para describir los fenómenos sociales en los que esos datos cobran sentido<sup>83</sup>.

Ackerman da un paso más, reivindicando la necesaria “formalización” de la investigación científica contemporánea, porque la hostilidad de los abogados a las proposiciones formales los va a condenar a la impotencia en la investigación fáctica de la era moderna. Ya estamos –dice– en medio de una revolución del pro-

---

<sup>81</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 59.

<sup>82</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 65.

<sup>83</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 66.

cesamiento de información que permite, por primera vez en la historia, un análisis empírico disciplinado de hechos estructurales de importancia central para la abogacía; hasta que los abogados entiendan los presupuestos lógico-formales de los análisis computarizados de la economía, la política y la sociología –afirma– sólo podrán jugar el rol de oscurantista o de moralista, o adorar ciegamente las pantallas y creer todo lo que ven en ellas; lo que no van a poder hacer –enfatisa– es tomar parte en un diálogo significativo con los constructores de modelos<sup>84</sup>.

Hasta que la abogacía no alcance un mínimo de competencia analítica económica, la prosecución jurídica de los valores proactivos va a avanzar en base a “exposiciones de los hechos” con severas limitaciones científicas; ya es tiempo –destaca el profesor de Yale– de reivindicar la centenaria predicción de Holmes, que el futuro del derecho pertenece a quienes conocen estadística y economía. De hecho –afirma con punzante exactitud– “seguir permitiendo que los estudiantes de derecho se gradúen sin la mínima comprensión del razonamiento estadístico y los modelos formales, es un escandaloso abandono de nuestras responsabilidades profesionales”<sup>85</sup>. Una profesión de analfabetos estadísticos –dice– va a tender a quedar atrapada en los relatos que los simplificadores “sub-posnerianos” cuentan sobre la vida en su mundo hipotético sin fricciones ni costos de transacción, en vez de avanzar en la investigación concreta de las fallas transaccionales que existen en el mundo real. Si vamos a superar esas simplificaciones –insiste– la solución debe ser más modelos computarizados, no menos; una comprensión más profunda de las complejidades de las fallas de mercado y de las inferencias probabilísticas, en lugar de un ataque acríptico al formalismo en todas sus expresiones<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 67.

<sup>85</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 69.

<sup>86</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 70.

## IX.-

Una teoría constructivista que se focalice en las diversas fallas de mercado sin prestar igual atención a la realidad de las fallas políticas y burocráticas –advierde Ackerman– es transparentemente inadecuada; todavía seguimos tolerando –agrega– una discusión profesional de estas materias que rara vez supera las banalidades de la Instrucción Cívica del secundario; esto es imperdonable, especialmente frente a los avances de la última generación de científicos políticos. ¿Cómo vamos a entender el Estado proactivo –interpela– sin una idea clara de los modos como las legislaturas y las burocracias pueden abusar de su poder?<sup>87</sup>

La perspectiva constructivista de la “exposición los hechos”, no sólo impone nuevas demandas cognitivas a los abogados; también pone gran presión sobre la cultura jurídica para confrontar los valores subyacentes en juego en un Estado proactivo: ¿cómo distinguir una “falla de mercado” de un “éxito de mercado”? ¿cuáles son los valores jurídicos comprometidos por la operación sin controles de los mecanismos automáticos de equilibrio general? Estos temas –argumenta Ackerman– ya no pueden ser remitidos por la profesión legal a cierto espacio discursivo lejano, habitado por políticos y periodistas<sup>88</sup>; la disciplina ofrece el instrumental metodológico y analítico capaz de orientar a los abogados en su búsqueda de los criterios y principios que definen la racionalidad del orden jurídico vigente.

Esos criterios y principios rara vez están explícitos en las normas, pero no escapan a la potencia explicativa que el Análisis Económico del Derecho provee a la investigación científica del jurista, en su tarea de ver con claridad en el orden jurídico vigente, en ese mundo –como muy bien dice Ackerman– lleno de luces tenues y medias sombras<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Ackerman, Bruce A.: *Foreword: Law in an Activist State*; pág. 1112.

<sup>88</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 72.

<sup>89</sup> Ackerman, B.: *Op. cit.* pág. 79.

## X.-

Hasta aquí esta larga recensión de *Reconstructing American Law* de Bruce A. Ackerman. Una pieza prácticamente única en la amplia literatura de la disciplina, que sin transponer el ámbito de la argumentación estrictamente teórica, despliega las potencialidades del Análisis Económico del Derecho mucho más allá de las rigideces de la economía convencional, hacia un horizonte abierto al cambio político deliberado, a la reforma inducida por el derecho; hacia la materia propia del Derecho Constitucional contemporáneo.

## Bibliografía

1. Ackerman, Bruce A.: “Foreword: Law in an Activist State”. *The Yale Law Journal*; Volume 92, Number 7, June (1983).
2. Ackerman, Bruce A.: *My Debt to Mirjan Damaška*; 118 Yale L.J. Pocket, Part. 171 (2009); <http://thepocketpart.org/2009/03/23/ackerman.html>.
3. Ackerman, Bruce A.: *Reconstructing American Law*. Harvard University Press, Cambridge (1984).
4. Ackerman, Bruce A.: *Social Justice in the Liberal State*; Yale University Press, New Haven (1980).
5. Bobbio, Norberto: *Derecha e Izquierda*; Taurus, Buenos Aires (2014).
6. Brennan, Geoffrey and Buchanan, James: *The Reason of Rules*; Liberty Fund Inc., Indianapolis (2000), Cap. 3 The Myth of Benevolence, pgs. 38/52.

7. Buchanan, James: *Public Choice: The Origins and Development of a Research Program*. Center for Study of Public Choice, George Mason University, Fairfax (2003); [www.gmu.edu/jbc/pubchic/](http://www.gmu.edu/jbc/pubchic/)
8. Cassidy, John: “Ronald Coase y el mal uso de la economía”. *Revista de Economía Institucional*, Vol. 15, N° 29, segundo semestre 2013. Universidad del Externado, Bogotá (2013). (Traducción de Alberto Supelano. Original; *The New Yorker*, September 3, 2013).
9. COASE, Ronald: *The Institutional Structure of Production*; Nobel Prize Lecture, December 9, 1991; [http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html). From *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*, Editor Torsten Persson, World Scientific Publishing Co., Singapore, 1997.
10. Coase, Ronald: *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, N°3, Chicago (1960).
11. Díaz, Rodolfo: “La Teoría Constitucional Positiva”; Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina; *Anales*, Tomo XXXIX (2012), Parte I, pág. 375
12. Fiss, Owen: “The dead of law?”; *72 Cornell Law Review* 1 (1986); “¿La muerte del derecho?”; *Doxa*, N° 10 (1991).
13. Kennedy, Duncan: “Law and Economics from the perspective of critical legal studies”; *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*; Macmillan Reference Limited (1998).
14. Rose-Ackerman, Susan: “Progressive Law and Economics and the New Administrative Law”. *The Yale Law Journal*, Volume 98, Number 2, December 1988, pág. 341-368

15. Rose-Ackerman, Susan: *Public Choice, Public Law and Public Policy*; Keynote address, First World Meeting of the Public Choice Society, Amsterdam, March 31, 2007
16. Weber, Max: *Economía y Sociedad*; Ed. F.C.E. (1992), págs. 7, 9 y 22.

## OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

*presentados por los señores académicos:*

*Académico Isidoro Ruiz Moreno*

Me hace reflexionar el título de la exposición. Popularmente los conservadores parecen cavernícolas. Ustedes saben, y lo voy a decir con ejemplos históricos, que hay tres tipos de ideología política: el *retrógrado*, que no quiere que nada cambie; el *conservador*, que mantiene mejorando lo existente (no creo que haya contradicción entre conservadores y progresistas), y otro es el *radical*, que rompe con el pasado para empezar de nuevo. En la Historia Argentina tres personajes los caracterizan: el retrógrado es Rosas, quien no quiere cambiar nada (cuando se pronuncia Urquiza para buscar la Constitución aquel exhuma la carta que le mandó Quiroga en 1834 demostrando que no es necesario reunir el Congreso Constituyente). Conservador es Urquiza, federal y que quiere lograr la Constitución. Y radical es Mitre, que después de Pavón quiere borrar todo lo anterior y empezar un país puro, al punto que las leyes comienzan a numerarse de nuevo, como si el Congreso y Gobierno Nacional de Paraná fuera una entidad extranjera. Eso es lo que ha expuesto muy bien el Dr. Dardo Perez Guilhou, sobre todo en un libro sobre las ideas políticas de Alberdi, editado no hace mucho tiempo.

*Académico Alberto Dalla Vía*

Quiero felicitar al académico Rodolfo Díaz por su exposición, él conoce muy bien el tema del Análisis Económico del Derecho (AED). Fue muy ilustrativa la exposición y me genera muchísimas sugerencias al plantearse si el Análisis Económico del Derecho es conservador o progresista. No solamente por lo que ya mencionó el académico Ruiz Moreno sino porque parte de la respuesta está en su propia exposición, es decir ¿hay un Análisis Económico del Derecho o dentro de él... hay distintas escuelas? La respuesta es bien conocida, hay distintas escuelas y me parece que el académico Díaz en su propia exposición también lo responde. Susan Ackerman le está respondiendo a Richard Posner, con una posición más conservadora sobre el Análisis Económico del Derecho. Me parece que la posición de Ackerman brega por un conocimiento más amplio. Si uno saliera del Análisis Económico del Derecho y lo trasladara a las teorías políticas diría es una teoría de la participación. Su ejemplo del proceso judicial en los Estados Unidos tiende a mayor participación más elementos, más elementos de conocimiento, si los abogados saben de economía, además de derecho van a tener más elementos, me parece que ahí uno puede encontrar elementos conservadores y elementos progresistas dentro de la propia escuela del Análisis Económico del Derecho porque no todas las corrientes son iguales, Calabresi es más progresista que Posner y creo que las teorías del AED. Podrían ser más conservadoras también, depende de cómo uno lo mire. Creo seriamente que el Análisis Económico del Derecho como corriente, como escuela englobadora de corrientes, inclusive ha llegado no solamente al Derecho, sino también a la Ciencia Política en muchos casos, usted se ha referido en algunas sesiones a eso también, enriquece el debate. Mi problema y creo que tengo una visión un poco más crítica que la del académico Díaz, y que la de del Dr. Sola sobre el tema, tal vez no esté en lo conservador o en lo progresista, sino en que si una teoría económica nos alcanza para resolver los problemas jurídicos, sobre todo

cuando salimos de países donde la economía de mercado no funciona tan regularmente como en los Estados Unidos, o el modelo liberal no es tan aplicable, pero me parece que tal vez la crítica... que también el profesor de Yale como Susan Ackerman, y que se encuentran en la sala de profesores y lo discuten, tal vez tenga que ver con eso, porque no le podemos negar a cada disciplina su rol. La economía es una ciencia más sociable del Derecho, estamos más cerca de la realidad, pero sus objetivos también son otros, busca satisfacer necesidades escasas en menos tiempo posible, el Derecho es necesariamente más conservador, el ordenamiento del orden social necesariamente va atrás. La duda que siempre he tenido como juez no está tanto en la tesis de Susan Ackerman sino en la de otros autores, como Gary Becker o Posner que llegan a pensar que el jurista o el juez en un proceso tiene que dejar que el mercado funcione, tiene que abstenerse de intervenir y su rol tiene que ser el del hombre económico racional pero no el del juez en el papel tradicional. ¿Cómo hace una sociedad con niveles de pobreza y desigualdad muy grandes, donde las demandas constitucionales dependen de valores de justicia, de equidad, de justicia social, para poder resolverlas únicamente con los datos de la economía? Desde esa perspectiva uno podría sí hacer un análisis, que tal vez reitero, el debate progresismo-conservador dependa un poco de cómo uno lo plantee y dentro de qué escuela lo dé porque me parece que el propio académico Díaz dio la respuesta, puede ser muy progresista también de acuerdo a cómo se lo formule, pero la cuestión es que estamos siempre en el debate dentro de la economía.

*Académico Luis Alberto Romero*

Soy totalmente ajeno al tema y a las discusiones, así que mis preguntas son un poco ingenuas. No sé tampoco si se las hago a Díaz o a los autores que él ha estado citando. No entiendo por qué se llama Análisis Económico del Derecho a un análisis en el que

entran en juego cuestiones sociales, cuestiones políticas, cuestiones morales, y una cuestión tan difícil de encasillar como el bien público, y que se apela a todas estas disciplinas para encontrar el camino. Quizás sea porque los autores que hemos escuchado enfatizan las categorías que vienen de la economía, pero todo el resto del planteo lleva a pensar que son categorías insuficientes. Me parece que estamos hablando de Estado, hablando de mercado, lo que es mucho más que economía. Y en el mismo sentido me llama la atención que se enfatice tanto en la estadística como la clave para atar el derecho a la realidad. La estadística es un instrumento de algo que está por detrás de ella; la estadística sola no dice nada ni tampoco se construye sola, sino a partir de preguntas que vienen de todas estas disciplinas.

El último punto se refiere al planteo inicial sobre si son conservadores o progresistas. En estos casos tengo la impresión de que se parte de la existencia real de lo que son conceptos operativos. Partimos de que hay conservadores y progresistas, o como decía Ruiz Moreno, en realidad hay cuatro categorías. Luego vemos cómo metemos dentro de estos conceptos las cosas que estamos estudiando. Si les damos una existencia real y trascendente, nos olvidamos de que son categorías que hemos construido como instrumentos. Ahí me da la impresión de que en todos los temas que planteó Díaz hay cuestiones diferentes, y no necesariamente los alineamientos y las opiniones se dan del mismo modo en todos. Es posible que algunos opinen sobre un tema algo que si los queremos encasillar lo pondremos como conservador pero que en el otro tema debamos encasillarlo como progresista. Tengo la impresión de que nos evitaríamos mucha discusión inútil si empezáramos estudiando los alineamientos en cada una de las cuestiones y luego eventualmente vemos si mayoritariamente las cosas se agrupan hacia un lado o hacia otro.

Creo que esto vale tanto como para el estudio del derecho como para todas las cuestiones del debate público. Hoy hay una

tendencia muy fuerte a embloquar: se es una cosa o se es la otra. Cuando en realidad es tan variada la cantidad de cuestiones de las que hay que tener opinión que sería extraordinario que alguien encajara todas sus opiniones en un campo. Quiero poner una nota al pie porque esto –que no se si lo pensé yo– se lo escuché recientemente, en una exposición excepcional, al Dr. Lorenzetti explicando cómo pensaba él que debía funcionar mejor una sociedad. Me pareció importante la idea de que no somos ni globalmente conservadores ni globalmente progresistas, sino que depende de los temas y es bueno que así sea, porque entonces no estamos obligados ubicarnos en un casillero u otro.

*Académico Rodolfo Díaz*

Empecemos por el nombre “Análisis Económico del Derecho”. En otras Comunicaciones en esta misma Academia he explicado que yo no uso esa nomenclatura para esta disciplina, pero en la Argentina generalmente se la denomina de este modo; en esas presentaciones anteriores expliqué por qué yo la llamaba Teoría Constitucional Positiva y no Análisis Económico del Derecho, desde el punto de vista de que la disciplina no consiste –ni siquiera en las más iniciales de las formulaciones– el uso del instrumental económico para analizar fenómenos jurídicos, es bastante más complejo, que no lo vamos a tratar acá. Pero es el nombre que se le puso en la práctica académica nacional e internacional. Cuando explico esto en mis clases hago intrusismo en el ámbito profesional del académico Kovadloff y recuerdo el poema de Borges “El Golem, cuando dice “en las letras de rosa está la rosa y todo el Nilo en la palabra Nilo”, donde él trae de vuelta toda la cuestión del nominalismo para decir que no hay que entrar en esas complejidades: el nombre Análisis Económico del Derecho fue convencionalmente adoptado de modo general en la estructura académica

mica argentina y tiene sus inconvenientes. Tanto es así que acabo de leer que en autor que he comentado en mi Comunicación de hoy, el profesor Bruce Ackerman, no lo llama Análisis Económico del Derecho sino Constructivismo Jurídico, y acabo de recordar también que yo tampoco lo llamo así sino Teoría Constitucional Positiva y la disciplina cubre el mismo espacio epistémico que el Análisis Económico del Derecho. Probablemente sea un mal nombre, pero así quedó en la estructura académica argentina, aunque hoy ya en otros lugares se llama de otra manera.

El tema “conservador-progresista” es cierto, también es un uso convencional que se hace de esa visión. Me acuerdo bien, todos saben aquí que fui alumno de Dardo Pérez Guilhou desde Instrucción Cívica en quinto año del secundario hasta que me recibí de abogado, así que lo tengo bien conocido; pero él también lo planteó desde ese punto de vista, sobre todo cuando él escribió tanto para mostrar a Alberdi como un conservador y no como un liberal. Lo que creo es que no tenemos más remedio que usar también en este caso los términos del modo como se usan en el debate académico que hoy se plantea. Cuando hay matices y tiempo etc., estamos de acuerdo, conservador va a querer decir lo que queremos entender por eso, porque es cierto ser conservador no quiere decir ser un troglodita ni retrogrado; pero es un tipo ideal simplificado que tiende a mostrar el modo como el debate por este tema está planteado. Hay toda una línea del Análisis Económico del Derecho –para seguir usando esa nomenclatura– que está ligada a la Escuela de Chicago, que es Posner; y bueno, la economía de la Escuela de Chicago es considerada conservadora no tengo por qué juzgarla, pero es considerada como una visión conservadora. Y otro sector del Análisis Económico del Derecho que nace con Calabresi en Yale y sigue por otras y tiene una visión –por ejemplo la de Harvard– más heterodoxa, que se consideran progresistas, aunque lo debatan. Pero no los juzgo valorativamente; por eso traté de explicar qué quiere decir una cosa y la otra, y

elegí para caracterizar la tipología conservadores y progresistas una cita específica de un especialista que es Brennan; yo no los caractericé, él los caracterizó, y me parece que está bien, porque los caracteriza sin sesgo valorativo, sino que trata de explicar lo que es cada una de las categorías. Porque también es verdad que una cosa es considerar, por ejemplo, que el bien común es la suma de los bienes individuales o que una entidad propia distinta; eso no es nuevo, eso es la filosofía de la tradición, es una cosa diferente. Así que desde ese punto de vista creo que esa es otra precisión que hay que hacer.

Y finalmente con relación a la estadística; no es la estadística en sí lo que se usa en la disciplina, es el método científico contemporáneo. Creo que de lo que se discute acá no es eso; a lo mejor en el argumento lo dijeron sobre todo porque una vez un famosísimo jurista norteamericano –Oliver W. Holmes– hace ciento y pico de años hizo referencia a que el futuro del Derecho requería de un hombre competente en estadísticas; probablemente por eso. Pero cuando se hace referencia a eso se hace referencia al método científico de la ciencia contemporánea, la que usan los ingenieros, los médicos, etc. que es lo que se debería hacer acá.

#### *Académico correspondiente Jorge Gentile*

Rescato como muy interesante de lo que ha planteado el académico Díaz lo que tiene que ver con la situación política actual de nuestro país, en lo referido al manejo de su economía, y más concretamente a la coparticipación federal o el caso del presupuesto que se quiso aprobar apresuradamente. Los que hemos sido legisladores sabemos que en los cuerpos legislativos hay como dos grupos de personas: los políticos y los contadores, que se encargan de la cuestiones económicas, y se convierten en los dueños de la confección, debate y aprobación de los presupuestos y de

las leyes de regulación financiera. Esto implica dos visiones, una más conservadora y, otra, más progresistas, según que se le dé más importancia a lo económico sobre lo político o viceversa. En este último caso, para los progresistas, el derecho regula la cuestión económica, y en la distribución prevalecen los valores, por eso es importante investigar el sentido que tienen las normas regulatorias de lo económico. Con la Ley de Coparticipación Federal, o en el manejo que hacen los gobiernos de la coparticipación, es importante ser justos en el reparto de los tributos y los servicios a todas las provincias, a todas las personas, a todos los grupos sociales. Estas visiones motivan una discusión importante. Más importante que la ley de coparticipación se apruebe de una forma o de otra, es qué valores la deben informar, y en el caso del presupuesto, ocurre lo mismo, o el dinero es para tener más poder político o electoral, o para hacer un mejor reparto de la riqueza y de los servicios que el Estado presta a la gente. Como puede verse ahí hay un problema de valores, creo que el Derecho es el que tiene que prevalecer sobre lo económico, y dar las pautas para hacer la distribución de los recursos y darle sentido al manejo económico y financiero.

*Académico Manuel Solanet*

La economía es una ciencia que se ha introducido en muchas otras, en este caso en el Derecho. También la tenemos en la ingeniería, hay una especialización que es ingeniería económica que está orientada a la planificación y a la evaluación de proyectos de inversión. Está en la medicina con el sanitarismo. Es imposible que una especialidad que atiende los problemas del hombre se desvincule de la economía. Cuando escuchaba la exposición del académico Díaz estaba pensando en eso. Me incorporé a la Academia Nacional de Ingeniería exponiendo sobre ingeniería económica. Puedo decirles que los problemas básicos del análisis

económico se presentan de la misma forma que en economía del Derecho. Es válida la planificación económica cuando se trata de un bien público cuyo uso requiere de una evaluación objetiva de la sociedad. Deben tenerse en cuenta a todos los participantes de la sociedad sin perder de vista que el bien común es la suma de beneficios y derechos individuales.

Lo que interesa es la instrumentación. Si se da por sentado que existe un bien objetivo que se define de algún modo, por ejemplo en un régimen democrático de mayorías, se corren riesgos como el emanado del populismo, que establece que habiendo una razón populista como decía Laclau, se justifica cualquier acción de gobierno que responda a los “intereses del pueblo”. Eso puede llevar a situaciones como las que ha vivido el mundo con los peores totalitarismos. Inversamente, si se desconoce que hay un bien común, que está aceptado por la Doctrina Social de la Iglesia, se puede llegar a excesos en otro sentido.

Usted habló de fallas de mercado. Las fallas de mercado son esas, es decir la mano invisible del mercado como forma de decidir las asignaciones tiene sus límites en esas fallas. Por ejemplo en las deseconomías externas que producen actividades particulares, como es el caso de la contaminación ambiental.

El tema es interesantísimo. Solo quería hacer estas referencias a otras ramas de las ciencias y felicitar al académico Díaz por su exposición.

*Académico Rodolfo Díaz*

El tema progresista-conservador es relativo; ¿relativo a qué? Escuchaba recién al académico Ruiz Moreno que decía que el conservador –y coincido– reconoce ciertas cosas que hay que proteger y mantener y otras que hay que cambiar para que haya progreso. Hasta hace una semana escuchábamos a un candidato

que se paraba en la televisión y nos decía “voy a proteger lo que hay que proteger; voy a defender lo que hay que defender; y voy a cambiar lo que hay que cambiar”. No le fue muy bien en las elecciones, pero era lo que decía. Creo que él estaba haciendo técnicamente conservador del Kirchnerismo; si uno lo hace como una descripción meramente técnica, sin cargarlo valorativamente, se puede decir que era conservador Brézhnev en la Unión Soviética; no es el sesgo del valor sino la actitud política de lo que se trata y de eso es lo que estábamos hablando.