

El Análisis Económico del Derecho en Colombia: a propósito de Mauricio Rubio y su obra*

"ECONOMÍA JURÍDICA INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO IBEROAMERICANO" (RESEÑA)

ANDRÉS PALACIOS LLERAS
andrespalacios11@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

El libro de MAURICIO RUBIO y ANA MARÍA ARJONA (colaboradora) "Economía Jurídica Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano" (Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2007, 756 pp.) es uno de aquellos libros que buena parte de la comunidad jurídica colombiana ansiaba ver, desde que RUBIO y ARJONA publicaron en un artículo llamado "El Análisis Económico del Derecho" en la Revista Precedente en el año 2001. En ese momento, y tal era el tema de dicha revista, se discutían algunas de las relaciones entre derecho y economía; el telón de fondo era, sin embargo, cual era la legitimidad, y la conveniencia de los fallos sobre el UPAC que la Corte Constitucional había expedido recientemente y que tuvieron fuertes repercusiones económicas. Cuando dicho artículo apareció, fue un momento muy importante para el derecho colombiano, en la medida en la que era la primera vez que un grupo de autores criollos hablaban de análisis económico del derecho (de ahora en adelante, AED) en sí mismo, de una manera clara y

articulada, y como parte de una reflexión común el alcance de instituciones políticas como la Corte. Muchas cosas han cambiado desde entonces, a pesar de que ha pasado menos de una década entre dicho artículo y el libro recientemente publicado.

El contexto en el que el libro de RUBIO y ARJONA aparece hoy en día es muy distinto al de hace poco menos de una década –ya no se discute la legitimidad de los fallos de la Corte sobre temas que tienen incidencias económicas– aunque sigue habiendo una reflexión sobre las instituciones del país, en particular, sobre los límites del poder de cambiar la Constitución una vez para admitir una segunda reelección presidencial. Más importante, sin embargo, son los debates jurídicos y políticos *que no se están dando*, y que eventualmente sería importante darlos, con respecto a la forma en la que los abogados están entendiendo el derecho, y al interior de este, las razones que se ofrecen (y se rechazan) para tomar una decisión. El libro comentado es importante hoy, precisamente porque contiene una serie de elementos *críticos* que permiten entrar a cuestionar la argumentación jurídica como se estudia hoy en día, y

otros elementos *propositivos* que sugieren una aproximación más reflexiva al estudio del derecho como un fenómeno económico y sociológico. Ello se debe a su vez, a que este libro evidencia un estudio juicioso por parte de RUBIO y ARJONA de las diferentes fuentes que componen el AED y la sociología jurídica, resulta asequible para aquellos que están comenzando a estudiar derecho y economía, como útil e interesante para aquellos que ya tienen nociones e ideas básicas al respecto. En este sentido, como profesor de derecho esperaré que se vuelva un libro de consulta obligatorio para los estudiantes de derecho y economía en los años por venir.

A pesar de lo estudioso que resulta el libro, así como de su originalidad, tiene una serie de limitaciones importantes que impiden entender el fenómeno del AED en toda su importancia para la academia jurídica contemporánea, y en especial, para la colombiana, donde dicho campo si apenas es advertido. En particular, esta obra no tiene en cuenta el rol que tiene el AED como una forma de argumentación que busca respaldar o rechazar las interpretaciones de normas jurídicas, a la luz de los postulados que orientan un sistema jurídico como el nuestro. En ese sentido, este libro, al no incorporar este rol tan importante, no explica adecuadamente ni el surgimiento ni el auge (y la eventual caída) del AED. Ello no solo impide una adecuada apreciación del rol que el AED tiene como discurso *al interior* del derecho mismo, sino que también impide advertir que el AED es, en sí mismo, un campo radicalmente heterogéneo, en el que diferentes posturas ideológicas compiten entre sí por prevalecer sobre las demás. El resultado es una presentación del AED que es en extremo conservadora, a pesar de que ello difícilmente es, o ha sido, de esa manera.

De igual manera, este libro, que es tan juiciosamente crítico con la economía, es en realidad muy poco crítico de las doctrinas jurídicas, y más aun, de los juristas colombianos que basan sus trabajos en AED. Ello obedece, en mi humilde opinión, a lo señalado en el punto anterior; al no apreciar al AED como una forma de argumentación que tiene lugar *al interior* del derecho mismo, RUBIO y ARJONA no entran en discusiones doctrinales propias del derecho *desde* el AED. Sin embargo, su obra sí aporta elementos muy interesantes para adelantar tales discusiones que pueden ser muy prometedoras.

Uno de los aportes particulares que puede hacer una reconstrucción del material contenido en diferentes partes de esta obra es una crítica a la teoría de la argumentación jurídica como actualmente se viene enseñando en Colombia. De manera general, la teoría de la argumentación jurídica se considera necesaria para justificar las decisiones que operadores jurídicos como los jueces, entre otros, toman cuando solucionan problemas jurídicos. Dichos problemas suelen caracterizarse en términos de conflictos entre los derechos de las partes involucradas, *p. ej.* el derecho al libre desarrollo de la personalidad del educando *vs.* el derecho a la autonomía institucional del plantel educativo, de tal manera que una buena argumentación jurídica es capaz de sustentar la decisión a la que se llega de una manera correcta. Si solo pudiéramos "balancear" adecuadamente los intereses de las partes en este caso concreto, si solo pudiéramos construir una teoría adecuada del "núcleo esencial" de un derecho, entonces –piensan quienes siguen esta teoría– podríamos llegar a soluciones que cualquier persona razonable aceptaría. La obra de RUBIO y ARJONA ofrece una serie de elementos que, si bien se encuentran de

manera un tanto dispersa, sirven para mostrar los problemas de esta caracterización de la argumentación jurídica y para proponer una teoría mucho más "parsimoniosa" sobre la argumentación del derecho, una basada en elementos de la economía, de la sociología, de la psicología, y por supuesto, del derecho.

En lo que queda de esta reseña, voy a presentar las consideraciones arriba mencionadas de la siguiente manera. En la sección II, voy a resumir brevemente la apreciación que RUBIO y ARJONA hacen del AED, para luego contrastarla con otras apreciaciones que, considero yo, explican mejor el rol del AED como forma de argumentación. En la sección III sugiero que este libro, que es tan juiciosamente crítico con la economía, es en realidad muy poco crítico de las doctrinas jurídicas colombianas. Ello se debe a que al no apreciar al AED como una forma de argumentación que tiene lugar *al interior* del derecho mismo, RUBIO y ARJONA no entran en discusiones doctrinales propias del derecho *desde* el AED. Finalmente en la sección IV empleo algunos de los argumentos y consideraciones presentes en la obra de RUBIO y ARJONA para plantear un debate con la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, así como para proponer una teoría de la argumentación menos ambiciosa pero más fuerte e interdisciplinaria. Así mismo, esta sección, y con ella la presente reseña, concluye con unas reflexiones generales sobre la obra de RUBIO y ARJONA en el medio colombiano.

II. ¿CUÁL ES EL ROL DEL AED?

El propósito de esta sección es resumir brevemente la apreciación que RUBIO y ARJONA hacen del AED, para luego contrastarla con

otras apreciaciones que, considero yo, explican mejor el rol del AED como forma de argumentación. Ello no con el propósito de demeritar la obra de dichos autores, sino única y exclusivamente como una forma de complementar lo que ellos presentan.

a. El análisis económico del derecho como un método de evaluación científica de las normas jurídicas.

RUBIO y ARJONA comienzan señalando que existe una larga tradición de reflexiones sobre como el sistema jurídico influye en el ámbito de lo económico, y viceversa, que se extiende hasta el Código de Hammurabi¹. La relación mutua entre ambos campos ha estado determinada por el conocimiento económico del momento, y sus campos de interés han estado determinados por aquellos problemas económicos que, en un momento dado, son considerados como pertinentes². De hecho, son dos las perspectivas por las cuales los economistas han tomado interés en lo jurídico, por un lado, cuando las normas jurídicas encarnan decisiones públicas sobre asuntos económicos, como en el caso del llamado "derecho económico". Por el otro, las normas jurídicas suelen encarnar las instituciones sociales y económicas de una sociedad, las cuales, a su vez, son un factor determinante de su desempeño económico. Esta segunda perspectiva ha sido particularmente importante para el pensamiento económico, desde ADAM SMITH hasta la teoría neoinstitucional contemporánea³. En particular, en la actualidad el puente que se tiende entre derecho y economía percibe las relaciones jurídicas como un campo susceptible de ser analizado por el enfoque económico del comportamiento⁴.

Así mismo, continúan RUBIO y ARJONA, el análisis económico del derecho se ha desarrollado en dos grandes campos. El primero de ellos, que es el que se suele identificar con la expresión "análisis económico del derecho" estudia el derecho aplicando la metodología de la teoría económica, mientras que el segundo, que suele identificarse con la expresión "derecho y economía" (o L&E, por sus siglas en inglés), estudia la relación entre el sistema jurídico y los fenómenos económicos. Sin embargo, tanto las siglas AED como L&E suelen usarse para referirse a ambos campos⁵.

A su vez, el AED está dividido en dos ramas, una positiva y la otra normativa. La primera de ellas busca explicar cuáles son los efectos que las leyes producen, y a partir de estas, establece qué leyes permiten alcanzar una serie de resultados se toman como deseables. La segunda rama busca establecer, precisamente, qué tipo de resultados se pueden tomar como deseables para la sociedad, lo cual implica razonar a partir de juicios de valor. Con ello en mente, buena parte del análisis económico del derecho tradicional recurre al utilitarismo como criterio metodológico para valorar situaciones sociales, y por ello recomendará la adopción de aquellas leyes que permitan alcanzar la máxima utilidad social⁶.

A manera de resumen, RUBIO y ARJONA sugieren adoptar la definición que dos autores norteamericanos, NICHOLAS MERCURO y STEVEN G. MEDEMA, ofrecen al respecto: el AED consiste en "la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales"⁷. Sin embargo, no dudan en cualificarla al

señalar que la definición que ofrecen tiene un componente normativo marcado. Al respecto dicen:

"Aun una definición aparentemente neutra y libre de juicios de valor como la que se sugirió atrás, necesariamente implica que el AED se centrará en aquellos problemas jurídicos para los cuales a teoría económica ha sido desarrollada, y tiene relevancia. Lo cual lleva implícito un componente normativo, que le asigna prioridad a los tópicos escogidos y estudiados por la disciplina económica"⁸.

Por ello, estos autores proponen una visión del AED más amplia y menos ortodoxa que las que tradicionalmente se ofrecen con respecto a este campo. Su punto de partida es, de por sí, bastante sugestivo: las áreas de interés y aplicación del derecho son mucho más amplias y complejas para analizar que aquellas que la economía neoclásica ha definido como relevantes en su agenda de investigación⁹. Ello, a su vez, tiene varias implicaciones metodológicas que son relevantes. Por un lado, para estudiar las normas jurídicas a partir de las herramientas que proporciona la economía neoclásica, incluyendo la teoría del bienestar, es necesario definir los límites dentro de los cuales dichas herramientas son útiles, y por fuera de los cuales no lo son. Por otro lado, y de manera simultánea, es necesario adoptar más modelos explicativos y preceptos normativos que vayan acorde con los objetivos propios del derecho y que sean diferentes de la eficiencia¹⁰. El análisis que RUBIO y ARJONA proponen parte de estas implicaciones y busca precisamente llevar el AED un enfoque económico modificado a campos como el derecho de familia o el derecho penal¹¹, partiendo precisamente de modelos basados en

los hallazgos recientes de ciencias como la biología evolutiva y la neuropsicología. De igual manera, su enfoque no insiste en que la eficiencia sea el objetivo primordial de los sistemas jurídicos, sino que por el contrario busca entender los *otros* objetivos del derecho y ver de qué manera pueden verse complementado por la eficiencia como un objetivo de carácter subsidiario¹².

El marcado escepticismo, e inclusive rechazo, de las premisas de la economía neoclásica y del AED ortodoxo, llevan a RUBIO y ARJONA a buscar una aproximación más "abierta" a las relaciones entre derecho, economía y otros campos del conocimiento como: la biología evolutiva, la neuropsicología y la sociología. Con ello, esta disciplina podría verdaderamente ocupar el lugar que reclama a la par de otros campos del conocimiento (y dejar de lado los elementos de la economía como "ciencia autista") en lo que se refiere a su capacidad para predecir el comportamiento de las personas¹³. La economía contemporánea, aseguran estos autores, se encuentra en una encrucijada: por un lado, reclama una posición particular para sí por encima de lo que han descubierto otras ciencias, y al mismo tiempo, se niegan a ver los desarrollos de dichas ciencias, replanteando sus premisas internamente, y sin tener mayor contacto con la información que otras ramas del conocimiento han producido. La imagen de la economía como una "disciplina autista"¹⁴ que presentan estos autores es bastante poderosa:

"Se llega entonces a la situación actual, que, vista desde afuera, parece demencial: economistas desmontando pieza por pieza todo un andamiaje que, para ciertos ámbitos específicos, como las situaciones de no mercado, tiene serios problemas desde

las bases, tratando de salvar la esencia de la construcción, y lo más desconcertante, sin recurrir a los especialistas en esos campos, que ya existen. Es difícil de imaginar una aventura de algún empresario capitalista que hubiese resistido tal terquedad. Una especie de máquina de vapor con innumerables adaptaciones para tratar de hacerle frente al motor de combustión"¹⁵.

Por supuesto que con su visión un tanto oscura de la economía, y del AED tradicional, estos autores no niegan que este campo sea particularmente útil, por el contrario sugieren una "visión integrada" del AED con los conocimientos propios de otras disciplinas. Pero más aun, proponen un AED reflexivo, consciente de las limitaciones de sus herramientas, y dispuesta a cambiarlas cuando éstas dejen de ser útiles¹⁶. En este sentido, para entender como los individuos sujetos a un marco jurídico responden a cambios en éste y alteran sus conductas, se vuelve necesario un conjunto de herramientas teóricas que sean útiles para hacer predicciones¹⁷. Esta propuesta va de la mano de pensar el AED como algo razonable, retórico y maleable, en vez de pensarlo como algo racional, fijo e inamovible. No se trata ya de *demonstrar* un resultado particular, o lo deseable que resulta una situación particular, sino de *discutir*, de mostrar algo como razonable. A diferencia de lo primero, lo *razonable* no supone que quien demuestra enseña, y por lo tanto ostenta una posición dogmática típica del profesor de cátedra. Sugiere, por el contrario una actitud discursiva y dialéctica con respecto al conocimiento, el cual, a su vez, surge de los esfuerzos de todos los que participan en el dialogo¹⁸. El análisis económico del derecho debe permitir, para estos autores, un dialogo entre el derecho y otros

campos del conocimiento con respecto a la relación entre las personas y sus entornos, dadas las múltiples complejidades que ambos presentan.

B. El análisis económico como una manera de dotar al derecho de coherencia interna: Una reflexión sobre el surgimiento del AED en Estados Unidos.

Sin duda alguna la propuesta de RUBIO y ARJONA es particularmente sugestiva, especialmente en estos días de crisis económicas y financieras. Sin embargo, hay un elemento que escapa la caracterización que estos autores hacen con respecto al derecho, y de manera más puntual, con respecto al rol que el AED desempeña al interior del derecho. En esta sección, quisiera desarrollar brevemente una postura alterna, y a mi juicio, más coherente con esta disciplina como fenómeno que se aprecia en las facultades de derecho estadounidenses.

¿A qué viene esta caracterización del AED como un algo *interno* al derecho? Alude, básicamente, a una distinción planteada por H.L.A HART con respecto al comportamiento de las personas cuando reconocen el carácter vinculante de las normas jurídicas que se dirigen a ellas *vs.* las apreciaciones que se pueden hacer con respecto al comportamiento de las personas sin tener en cuenta el carácter vinculante de las normas jurídicas¹⁹. La diferencia es hermenéutica, el derecho no solamente se aprecia en la precisión social para cumplir las normas, sino también en una perspectiva interna de acuerdo con la cual estas normas crean obligaciones que son vinculantes, parámetros deseables de conducta cuya violación resultan en reclamos, los cuales son vistos como legítimos tanto por quienes los formulan como por

quienes los reciben²⁰. Un ejemplo de ello se puede apreciar con las normas de tráfico. Si un extraterrestre aterrizara en Londres, vería que cuando los semáforos se ponen en rojo, las personas que manejan carros por las calles se detienen, y cuando éste se pone en verde, las personas siguen o arrancan. Desde el punto de vista interno, ello sucede porque las personas saben que las normas de tráfico, que se concretan en señales como los semáforos, son vinculantes y están dirigidas a ellos; por ello, cuando el semáforo cambia de color, las personas se comportan de acuerdo a lo que las normas prescriben para ellas. En cambio, desde el punto de vista externo, lo único que el extraterrestre apreciaría es una correspondencia entre un comportamiento y una señal luminosa, pero el elemento normativo, aquel que señala el carácter vinculante de la norma, está ausente²¹.

Perspectivas como las de HART han sido objetos de muchas críticas y discusiones²². Es importante señalar, sin embargo, que la perspectiva interna alude precisamente al carácter vinculante del derecho, aunque éste puede obedecer a distintas razones²³. El derecho estadounidense –y en menor medida, el colombiano– distingue entre diferentes tipos de razones por las cuales es deseable que las normas sean vinculantes, y suelen clasificarlas en argumentos de principio (p.ej. es deseable seguir las reglas porque ellas crean y protegen los derechos, y la creación y protección de derechos es deseable), propósito (p.ej. es deseable seguir las normas, porque con ello se garantiza la armonía social, y ésta es deseable) o finalidades (p.ej. es deseable seguir las normas porque ello lleva a la maximización del bienestar social, y ello es deseable).

A diferencia de lo que señalan RUBIO y ARJONA, en el medio académico estadounidense, el AED hace parte de un grupo de argumentos que sirve para aceptar o rechazar la decisión a la que llega un juez cuando decide un caso, bien sea apelando al valor del precedente, bien sea interpretando un conjunto de normas de rango legal o administrativo, desde el punto de vista interno y apelando a argumentos consecuencialistas o finalistas²⁴. Se presume que un buen abogado maneja una *combinación* de estos grupos de argumentos, pudiendo pasar rápidamente de uno a otro. Así, en las clases del primer año de derecho en este país y que suelen ser sobre campos propios del derecho privado, los profesores le piden a sus estudiantes que argumenten a favor o en contra de la decisión a la que llegó un juez, un tribunal, o una entidad administrativa, a partir de un patrón fáctico concreto y usando argumentos de AED (pero también argumentos de principios o de propósitos). A su vez, los profesores le preguntan a los estudiantes como resolverían ellos los casos que se les presentan cuando cambian los patrones fácticos, lo cual es inevitable cuando los operadores jurídicos aplican conceptos generales a situaciones concretas. Tanto el AED como las teorías basadas en los otros tipos de argumentos buscan que las decisiones particulares *encajen* de manera coherente, y que cada una de ellas se encuentre plenamente *justificada*.

¿Cuál es la utilidad de esta manera de enseñar el derecho? Creo que hay dos razones por las que el AED se presenta de esta manera. Primero, porque en Estados Unidos se considera que un buen abogado, sea litigante, asesor, o simplemente un profesional con el que se trabaja, debe ser capaz de articular la solución que propone a un problema a la luz de decisiones pasadas y normas cuya

validez no están en duda. Es decir, se supone que el abogado, en cualquier escenario que se presente, puede formular su solución a un problema como la mejor solución dado el derecho preexistente. Ello implica una racionalidad práctica, o pragmática, de su parte, así como cierta facilidad para argumentar a favor o en contra de las alternativas a su solución que se le proponen. A su vez, ello ya de por sí implica una imagen del abogado, y aun del profesor, como sofista, y no como retórico.

En segundo lugar, porque esta forma de enseñar el derecho refleja la apreciación misma que tienen los académicos sobre el estado del derecho como tal después del movimiento del realismo jurídico. Resulta particularmente difícil caracterizar dicho movimiento en pocas páginas, razón por la cual me voy a limitar a caracterizarlo como lo presentan RUBIO y ARJONA, como "(...) parte de una reacción general hacia el formalismo y el razonamiento puramente lógico y deductivo (...) buscaba promover una aproximación más empírica, experimental y realista para el análisis de los problemas legales y la formulación de supuestos de trabajo"²⁵. El mayor éxito de dicho movimiento fue desbancar la noción, propuesta por autores y profesores emblemáticos del derecho como CHRISTOPHER COLUMBUS LANGDELL, de acuerdo con la cual, todas las normas jurídicas pueden deducirse de una serie de principios abstractos del derecho por medio del uso riguroso de la lógica²⁶. Autores como LLEWELLYN argumentaron de manera muy persuasiva que las normas jurídicas pueden, en la mayoría de los casos, interpretarse en más de una manera, así como los precedentes pueden tener diferente fuerza según lo que se busque al invocarlos²⁷. En el parecer de los autores realistas, la lógica

tiene menos que ver con el derecho que lo que profesores como LANGDELL, o tratadistas como BLACKSTONE, venían señalando, y más con las apreciaciones personales de los jueces sobre las situaciones que daban lugar a los litigios que tenían ante sí²⁸. Si bien estos autores fueron particularmente exitosos en desbancar la noción de la lógica como el *deus ex machina* del derecho, también insistieron en la importancia de sistematizar las normas jurídicas, llegando inclusive a participar en procesos de codificación en dicho país²⁹. No sobra añadir que los autores realistas fueron profundamente influenciados por autores que los abogados colombianos conocemos bien y que sentimos como propios, como por ejemplo, RUDOLF VON IHERING y FRANCOIS GENY³⁰.

El panorama del derecho posterior al realismo jurídico fue particularmente fecundo para el desarrollo del AED, así como para el desarrollo de otros campos de la teoría jurídica, como las teorías críticas del derecho, y la sociología jurídica. Ello se debe, a su vez, a que si la combinación entre principios abstractos y lógica deductiva no podía proporcionar la lógica interna del derecho, algún otro principio (como "derechos"), propósito (como "democracia participativa") o finalidad (como "maximizar el bienestar") lo haría. A su vez, la *necesidad* de dotar al derecho de una lógica interna (basada en las dimensiones de coherencia y justificación) provenía de la visión weberiana sobre el derecho, ampliamente aceptada en ese momento, de acuerdo con la cual el derecho racional debía ser lógico y formalmente realizable³¹. En este sentido, la labor de los realistas fue particularmente provechosa, pero también dolorosa, en la medida en la que mostraron las incoherencias internas del derecho; ahora la misión era reconstruir el

derecho desde adentro, para así continuar con la búsqueda del ideal weberiano.

El AED, junto con las otras teorías que se pueden encontrar en el horizonte jurídico norteamericano, es una de las teorías que ha asumido este reto de reconstruir la lógica interna del derecho. La razón por la que es significativo que el juez LEARNED HAND presentara su regla del nivel óptimo de cuidado³², que COASE tratara casos de responsabilidad civil³³, y que POSNER haya escrito sobre derecho de la competencia³⁴, es porque muestra que un juez puede decidir un caso, o interpretar una ley, a partir de consideraciones propias del AED sin que se vea como algo extraño o ajeno al derecho. El mérito del AED consistió en mostrarse como un conjunto teórico que le permitía a los operadores jurídicos resolver los problemas que tienen ante sí de una manera satisfactoria a la luz de la lógica interna del derecho y sus dimensiones de coherencia y justificación. Claro, comentarios como los de los jueces HOLMES o BRANDEIS son significativos³⁵, pero resultan en más bien anecdóticos cuando se comparan con el logro (para el AED) que representó que el juez HAND justificara que una persona es responsable por los daños causados a otra si, pudiendo prevenirlo más fácilmente que aquella, no lo hizo. Nótese, además, como ello encaja con afirmaciones como la siguiente (sobre el rol del AED desde el punto de vista interno): "El derecho es un sistema; tiene una unidad que el análisis económico puede sacar a relucir; pero para ver la unidad hay que estudiar el sistema como tal. Este libro [sobre AED] trata de que los principios económicos emerjan de una revisión y análisis sistemático (aunque necesariamente incompleto) de los principios jurídicos"³⁶.

Sin embargo, la semilla realista ha tenido tal impacto en Estados Unidos, que aun la apuesta del AED ha sido criticada de manera sistemática y exitosa tanto por los adherentes a las otras teorías que surgieron a la par, como por los adherentes a la escuela de los estudios críticos. Los primeros han cuestionado tanto la validez del análisis Posneriano de la maximización de riqueza como finalidad predominante del derecho³⁷, como la lógica utilitarista que está detrás del AED ortodoxo³⁸. En cambio los segundos, han argumentado persuasivamente que los postulados del teorema de COASE tienen una aplicabilidad limitada³⁹, el concepto de eficiencia es indeterminado⁴⁰, o es poco deseable a la luz de otros principios, propósitos o finalidades⁴¹. De hecho, no hay escuela o teoría jurídica que *no* haya sido criticada de manera sistemática y exitosa, pero no es claro que al AED le haya tocado la peor tajada⁴².

Así mismo, el AED es difícilmente un cuerpo teórico coherente; desde comienzos de los años ochenta se perfilan no solo escuelas —como las que RUBIO y ARJONA identifican en su texto— sino también posturas ideológicas diferentes en su interior. El autor más conservador de todos, y cuya obra ha sido particularmente influyente en ciertos sectores académicos y profesionales, es RICHARD EPSTEIN. En su obra de 1985 titulada *Takings* señalaba que aun las modificaciones reglamentarias sobre la propiedad constituyen expropiaciones que deben ser indemnizadas y por lo tanto los jueces violan los presupuestos constitucionales del país que sirven y sacrifican la eficiencia de los mercados, cuando permiten que se alteren los derechos de propiedad de una persona sin indemnizarla así, dicha alteración *no* sea una expropiación⁴³. Luego, vendría POSNER,

cuya obra (y sus críticas) son más o menos conocidas en nuestro medio. Sin embargo, es curioso señalar que POSNER se define a sí mismo como un liberal clásico⁴⁴, en el sentido de MILL y BENTHAM — y no como un *libertario*, como lo vendría a ser EPSTEIN. En lo que para nosotros constituye el centro político entre conservadores y pensadores de izquierda, están autores tan importantes como CASS R. SUNSTEIN o CHRISTINE JOLLS. Resulta particularmente importante que estos autores también se basen en estudios de psicología para calificar las premisas en las que se basa en AED ortodoxo, pero, a diferencia de RUBIO y ARJONA, son mucho más explícitos en lo que se refiere a su ideología. SUNSTEIN, por ejemplo, señala que el AED basado en teorías contemporáneas del comportamiento permite que el derecho sea paternalista: dado que las personas pueden tomar malas decisiones, o equivocarse en la manera en la que valoran diferentes opciones, el derecho puede facilitar ciertas decisiones, o simplemente castigar otras, en la medida en la que surjan de procesos cognitivos racionalmente limitados y sean perjudiciales⁴⁵. Ello no solo reivindica el paternalismo como una perspectiva jurídica válida, sino que confronta otras posturas, especialmente las de autores como RICHARD EPSTEIN. Finalmente, a la izquierda de este espectro jurídico/político, se encuentran autores como MARK KELMAN o DUNCAN KENNEDY, quienes señalan los problemas de inconsistencia que tiene la eficiencia desde la lógica interna del derecho⁴⁶.

Este breve recuento sirve para evidenciar dos aspectos muy importantes del AED que RUBIO y ARJONA omiten o no clarifican en su obra, pero que son muy importantes para entender esta corriente. En primer lugar, no existe tal cosa como el AED ortodoxo; exis-

ten, por el contrario, corrientes más o menos conservadores o liberales, que ponen más o menos énfasis en ciertos conceptos filosóficos que otros (libertad, bienestar, coerción, etc.). En segundo lugar, esta divergencia de posturas ya muestra que en sus inicios un grupo importante de autores que usan AED son conscientes de los problemas que presenta la economía neoclásica para aceptar o rechazar reglas jurídicas. Así, por ejemplo, KELMAN argumentó de manera persuasiva en 1979 los problemas del teorema de COASE dadas las diferencias que existen entre lo que una persona valora un bien que ya tiene vs. lo que estaría dispuesta a pagar por éste si no lo tuviera – el llamado *endowment effect*⁴⁷. KENNEDY sugirió los problemas de inconsistencia de la eficiencia como criterio por esa misma fecha (de hecho, dos veces: en 1979 y 1980)⁴⁸. Finalmente, autores como CASS R. SUNSTEIN vienen usando de manera consistente los hallazgos de la psicología contemporánea para calificar la idea de que los individuos son seres plenamente racionales que buscan maximizar sus beneficios desde finales de la década de los años noventa⁴⁹. Ello, por supuesto, no sugiere que la obra de RUBIO y ARJONA no sea novedosa, sino, por el contrario, que el AED es mucho más diverso, dinámico y reflexivo que como ellos (y otros autores, tanto estadounidenses y colombianos) lo presentan.

III. DISCUSIONES SOBRE AED, Y DISCUSIONES DESDE EL AED.

La omisión de RUBIO y ARJONA de apreciar el AED como un campo teórico diverso dificulta que ellos hagan análisis sobre qué normas (o interpretaciones) son deseables o no en contextos particulares, y por ello su alcance es particularmente limitado a la

hora de analizar cómo resolver casos particulares. Ello impide que sean tan críticos con los postulados tradicionales del derecho como lo son con los postulados de la economía neoclásica. Para evidenciar estas dos ideas, me voy a referir al tratamiento que hacen con respecto a los contratos por adhesión.

Para RUBIO y ARJONA, el derecho y la economía difieren con respecto al poder de negociación que existe entre las partes que celebran un contrato, especialmente si es un contrato por adhesión. Mientras el derecho reconoce que la parte oferente en dicho tipo de contratos tiene un poder de negociación mayor que la parte adherente, la economía supone que en la medida en la que el contrato sea voluntario existe (más o menos) una simetría en el poder de negociación, lo cual sugiere que las partes están buscando un acuerdo mutuamente ventajoso y no un acuerdo que le permita a una parte aprovecharse de la otra⁵⁰. Así, el derecho está dispuesto a reconocer problemas como asimetrías de información y ciertas condiciones objetivas –p.ej. extrema pobreza– que limitan el poder de negociación de las partes adherentes⁵¹. El AED –y aquí RUBIO y ARJONA citan a POSNER– considera que problemas relacionados con el poder dispar de negociación que se aprecian en este tipo de contratos deben abordarse desde la perspectiva de la regulación de monopolios, lo cual, además concuerda con lo señalado por otros académicos⁵².

Las consideraciones que presentan RUBIO y ARJONA son, en términos generales, acertadas, tanto desde la economía como desde el derecho. Dejando de lado, sin embargo, que al interior del mismo AED ha habido posiciones distintas con respecto a qué hacer frente a los problemas que sugieren los

problemas de adhesión⁵³, su formulación no es lo suficientemente general como para poder tomar una postura y argumentar a favor o en contra de determinadas posturas con respecto a qué hacer frente al carácter vinculante de este tipo de contratos.

De hecho, en el derecho civil colombiano podemos apreciar por lo menos tres posturas diferentes con respecto a qué hacer frente a los contratos de adhesión; cada una de estas sugiere soluciones diferentes, las cuales pueden ser más o menos eficientes de acuerdo al fin que se busque. Una primera postura, señalada por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia proferida en 1936, señala que los jueces deberían dejar sin efectos aquellas cláusulas que el oferente le haya impuesto a los adherentes de manera tramposa, tomando ventaja de la confianza que éstos depositan en aquellos⁵⁴. Una segunda postura, señalada por la misma Corte en el año de 1970, señala, por el contrario, que el juez debería considerar como vinculantes *todas* las cláusulas del contrato, y dejar en manos de los legisladores la tarea de señalar que tipo de cláusulas no pueden incluirse en un contrato de adhesión⁵⁵. Una tercera postura, señalada por esta misma Corte en el año de 2001, dice que aquellas cláusulas que una parte le haya impuesto a la otra como resultado de su poder de mercado no deben producir efectos⁵⁶. La diferencia entre estas tres posturas es que la primera busca proteger al adherente desde su voluntad contractual, la segunda simplemente asume que el adherente quiso tener un contrato con cláusulas que le fueran poco ventajosas, mientras que la tercera reconoce que el adherente asintió al contrato, pero que lo hizo dado que no tenía opción. A su vez, cada una de ellas supone una articulación especial (y diferente) de las normas sobre

fuerza y error, ambigüedad contractual, y buena fe. ¿Hay algo en la presentación de RUBIO y ARJONA que le permita a un abogado, litigando en sede civil un pleito basado en un contrato de adhesión, articular sus argumentos a partir de alguna de estas tres posturas? Por supuesto que no. De hecho, un abogado sofisticado podría argumentar, usando la eficiencia o la racionalidad limitada (por ejemplo) como criterio, a favor y en contra de cada una de estas posturas. En este sentido, la presentación de los temas es útil e ilustrativa, pero de poca utilidad en campos como el mencionado y al nivel requerido.

Tal vez alguien piense que esta crítica es excesiva; después de todo, lo que RUBIO y ARJONA pretenden no es presentar una teoría jurídica que cubra todos y cada uno de los escenarios de aplicación del derecho. Desafortunadamente, ese es el grado de minucia que todos los abogados tienen que enfrentar cuando litigan; así mismo, ése es el grado de minucia que los diferentes proponentes del AED manejan cuando señalan las ventajas y defectos del análisis económico del derecho (Es después de todo, el grado que exige pensar el derecho desde el punto de vista interno.). De hecho, las inconsistencias internas que existen al interior del AED también pueden tener lugar al interior de una propuesta como la que sugieren RUBIO y ARJONA. La larga lista de elementos y disciplinas que habría que tener en cuenta para usar la *economía jurídica* como una forma de argumentación jurídica que justifique aceptar o rechazar una decisión o norma jurídica, o la articule a partir de otras normas y decisiones, es tal que difícilmente sería administrable, a menos que se establezcan unos límites a su argumentación. De lo contrario, la *economía jurídica* serviría para argumentar a favor

o *en contra* de cualquier decisión o regla, o permitiría explicar un fenómeno desde dos perspectivas de manera diferente, simultánea e igualmente válida⁵⁷. Ello es poco útil para el derecho como argumentación; llevaría a que simplemente, sea imposible tomar una decisión de cualquier índole en la medida en la que los argumentos a favor sean tan persuasivos como los argumentos en contra. Ahora bien, se insiste en que esto no es característico únicamente de la obra aquí reseñada; todos los tipos de argumentos que los abogados usan sufren precisamente de esta condición.

La pregunta que viene ahora es, ¿y qué hacemos con la *economía jurídica*? Si bien esta reseña ha sido bastante crítica, me mantengo en mis aseveraciones con respecto al valor que tiene esta obra para los estudiantes de derecho, de economía, y de AED. Si bien RUBIO y ARJONA no articulan en este libro una teoría de la argumentación que pueda reemplazar, al nivel interno del derecho, al AED sí brindan muchos elementos para realizar dogmática y crítica jurídica a la criolla. De hecho, parte del valor de esta obra es, por un lado, su carácter enciclopédico, y su ánimo constante de reemplazar lo existente por algo más cercano a las personas y sus contextos. En este sentido, la obra aquí reseñada tiene un espíritu realista, un *musément*⁵⁸ que se puede aprovechar de la manera que cada quien quiera. Al no imponer límites en lo que respecta a las premisas en las que se basa, es una obra que deja libre al lector para que éste los ponga donde quiera hacerlo.

IV. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA ECONOMÍA JURÍDICA.

He escogido construir una crítica a partir de diferentes elementos que se encuentran

en la obra de RUBIO y ARJONA, y aplicarla a la teoría de la argumentación jurídica. Como se mencionó anteriormente, la teoría de la argumentación jurídica se considera necesaria para justificar las decisiones que operadores jurídicos como los jueces, entre otros, toman cuando solucionan problemas jurídicos. Dichos problemas suelen caracterizarse en términos de conflictos entre los derechos de las partes involucradas, *p. ej.* el derecho al libre desarrollo de la personalidad del educando *vs.* el derecho a la autonomía institucional del plantel educativo, de tal manera que una buena argumentación jurídica es capaz de sustentar la decisión a la que se llega de una manera neutral. Si solo pudiéramos "balancear" adecuadamente los principios de las partes en este caso concreto, si solo pudiéramos construir una teoría adecuada del "núcleo esencial" de un derecho, entonces —piensan quienes siguen esta teoría— podríamos llegar a soluciones que cualquier persona razonable aceptaría⁵⁹.

La teoría de la argumentación jurídica es, en si misma, tan conflictiva como lo es el AED o la *economía jurídica*. Por ello, he decidido escoger un artículo de CARLOS BERNAL PULIDO, titulado "Normatividad y Argumentación Jurídica", el cual fue publicado en un libro en honor al Dr. LUIS VILLAR BORDA a finales del año 2008⁶⁰. Como mostraré brevemente, hay mucho que una aproximación basada en la *economía jurídica* puede decir sobre estos temas.

El texto del Dr. BERNAL comienza señalando que las normas jurídicas no pueden ser concebidas únicamente como la consecuencia empírica del ejercicio de poder, sino que además están revestidas de una pretensión de corrección. Por ello, cuando las normas prohíben, mandan o autorizan ciertos comportamientos, están institucionalizando

lo que es jurídicamente correcto para cada caso posible. De igual manera, su interpretación –entendida como la “comprensión de su sentido”– se desarrolla mediante un discurso cuyo objetivo es fundamentar una interpretación correcta. En este sentido, la argumentación jurídica es el instrumento para fundamentar y evaluar las interpretaciones de las normas realizadas por los jueces⁶¹. Al mismo tiempo, ésta puede definirse como la realización de un dialogo entre todos los que participan en la práctica jurídica⁶², en el cual se espera que quien sugiera una interpretación la justifique adecuadamente. En este sentido, ante la pregunta ¿Qué debe hacerse?, la argumentación jurídica busca proveer respuestas correctas. Ahora bien, dado que existe una pluralidad de concepciones sociales (sobre lo que es deseable), la argumentación no pretende derivar de un grupo único de valores la corrección de los argumentos presentados, sino garantizar su racionalidad mediante el respeto de un grupo determinado de reglas de procedimiento⁶³, que pueden resumirse en claridad, consistencia y coherencia. Así mismo, el respeto hacia dichas reglas no garantiza que por medio de la argumentación se llegue a una única respuesta correcta; aun así, la violación de éstas indica, a manera de indicio, una falta de corrección en la conclusión a la que se llegue o de su justificación⁶⁴.

El concepto de normatividad, al aplicarlo al derecho permite (por lo menos) dos tipologías diferentes; la primera tipología distingue entre reglas y principios, mientras que la segunda distingue entre normas primarias y normas secundarias. Con respecto a la primera tipología, Bernal Pulido señala que las reglas son aplicables sin gradaciones o distinciones: o se da el supuesto fáctico enunciado en la norma y esta se aplica, o

no se da el supuesto, o éste se da al mismo tiempo que su excepción, y por lo tanto la norma no se aplica. En cambio, los principios son normas que contienen un mandato de optimización, su validez es evidente a primera vista (*prima facie*), y la realización de su contenido depende de las posibilidades jurídicas y fácticas; en lo que se refiere a las posibilidades jurídicas de realización de los principios, éstos dependen de los principios que “halan” en la dirección contraria⁶⁵. (Por ejemplo, *pacta sunt servanda* vs. *rebus sic stantibus* en nuestro derecho de contratos.) Mientras los principios se aplican por medio de la ponderación, las normas se aplican por medio de la subsunción lógica⁶⁶.

La segunda topología, continua BERNAL PULIDO, está basada en la obra de KELSEN, y en particular en la distinción entre normas primarias y normas secundarias. Mientras las normas primarias le atribuyen al juez la competencia para imputar una sanción dado que el hecho previsto en el supuesto fáctico ha ocurrido, las normas secundarias establecen la acción o acciones que deben realizarse para impedir la sanción⁶⁷. Ambos tipos de normas están revestidas de normatividad, aunque ésta varía entre ellas: la normatividad de las normas primarias es débil, mientras que la normatividad de las normas secundarias es fuerte. Ello puede deberse a que lo normativo constituye, esencialmente, una razón para actuar, o dejar de actuar⁶⁸. A su vez, los principios tienen también dos tipos de normatividad, una débil y otra fuerte: la débil se dirige al juez y se hace efectiva a la hora de ponderar un principio, especialmente, en lo que refiere a la máxima medida posible en la que el principio debe realizarse, mientras que la normatividad fuerte alude a la fuerza vinculante del mandato contenido en el principio⁶⁹.

En lo que respecta a la competencia judicial establecida en las reglas primarias, éstas no deben depender de la discrecionalidad del juez, sino que deben ser el resultado de una argumentación jurídica correcta, la cual se lleva a cabo por medio de un silogismo. La premisa mayor está compuesta por un supuesto de hecho, el vínculo de imputación que expresa la competencia del juez para imputar la consecuencia jurídica dado la ocurrencia del supuesto de hecho, y la consecuencia jurídica. La premisa menor está compuesta por un hecho, que corresponde con el supuesto de hecho señalado en la premisa mayor. Finalmente, la conclusión corresponde a la imputación de la consecuencia jurídica señalada en la premisa mayor al hecho señalado en la premisa menor⁷⁰.

En este escenario, las reglas de la argumentación cumplen dos funciones: por un lado, la estructura de este silogismo es respetuoso de las reglas de la lógica deductiva. Por el otro, las reglas de la racionalidad se usan para construir las premisas mayor y menor del silogismo. En lo que respecta a la premisa mayor, esta resulta de un proceso de interpretación de las diferentes normas que sean aplicables al caso concreto. La aplicación de las reglas de claridad, consistencia y coherencia sirve tanto para determinar el sentido de las disposiciones aplicables como para resolver eventuales contradicciones entre las normas. La reducción de la indeterminación de las normas primarias debe quedar en manos de las reglas de la argumentación jurídica, y no quedar en manos de la discrecionalidad judicial⁷¹.

En cambio, en lo que respecta a la aplicación de principios primarios, esta se adelanta por medio de la ponderación, o de manera aun más general, mediante el prin-

cipio de proporcionalidad. La normatividad de carácter primario de los principios le atribuye al juez la competencia para aplicar el principio de proporcionalidad cuando su decisión dependa de la aplicación de otros principios. La aplicación del principio de proporcionalidad esta compuesto, a su vez, por tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación), que expresan, para ser jurídicamente legítimas, las exigencias que las limitaciones que se le imponen a un principio deben poder cumplir⁷².

De manera análoga a como se apreció en el caso del silogismo, la aplicación del principio de proporcionalidad también tiene una estructura que guía la decisión judicial. Dicha estructura está compuesta por diferentes exigencias de argumentación, sin contradicciones, que buscan determinar cuáles son las variables fácticas y normativas relevantes. Con respecto a las primeras, éstas se expresan en los subprincipios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (cuando, en este último, se determina el grado en el que intervienen los hechos en los principios relevantes. Con respecto a las segundas, las variables facticas se concretan en la determinación del peso abstracto y concreto de los principios en la ponderación que se adelanta⁷³. Ahora bien, en algunos casos las cadenas de argumentos que se construyen produzcan una única respuesta correcta, mientras que en otros es posible que haya varias respuestas correctas, caso en el cual el campo de discrecionalidad con el que cuenta juez es irreductible⁷⁴.

Al combinar todos estos elementos, señala el Dr. BERNAL PULIDO, se puede apreciar la incidencia de la normatividad en la argumentación jurídica. La normatividad fuerte

de las reglas y de los principios se aprecia en la influencia en las operaciones que se hacen con cada uno de estos tipos de normas, es decir, en la subsunción silogística y en la ponderación. Dicha normatividad lleva a que las reglas y los principios de carácter secundario constituyan razones para actuar, o abstenerse de actuar. En lo que respecta a las reglas y principios de carácter primario, mandan al juez a imponer la consecuencia jurídica dado que el supuesto de hecho contemplado ocurra, o a darle al caso que estudia la solución que resulte de la ponderación⁷⁵. El resultado de ello es que, en el caso de la subsunción, la norma primaria tiene una fuerza normativa tal, que la estructura misma de la operación se ve modificada; a la competencia judicial, que hace parte de la premisa mayor, se le adiciona una orden de imputar la consecuencia jurídica. Ello se traduce en que el juez debe excluir otro tipo de razones que determinen una consecuencia diferente. La norma primaria es, entonces, una razón excluyente de otros argumentos⁷⁶.

Algo análogo sucede con la ponderación, en el sentido en el que dos o más principios entran en conflicto en un caso (dadas las propiedades semánticas de éste), y es necesario determinar cuál debe prevalecer sobre el otro. Dado que la normatividad de los principios es *prima facie*, la decisión que tome el juez vendrá revestida por un mandato de aplicabilidad de acuerdo con el cual se debe aplicar la solución que esté orientada por el principio dominante. En este sentido, la solución a la que llega el juez debe ser expresada en términos de una regla que contiene tanto la imputación de la consecuencia jurídica, como la obligación o el mandato de llevarla a cabo como expresión del principio dominante⁷⁷. Así

mismo, el resultado al que llegan los jueces, bien sea por medio de la subsunción como por medio de la ponderación, tiene status normativo como precedente, el cual debe expresarse en términos de reglas, por ende y tiene la fuerza normativa propias de las reglas primarias.

Esta teoría de la argumentación tiene, como podrá apreciarse, varias complicaciones, algunas de ellas con respecto a la consistencia interna de sus premisas, mientras que otras son con respecto a qué tan deseable resulta esta teoría desde una perspectiva externa. Dado que la *economía jurídica* no tiene como tal un contenido "interno" definido, las complicaciones que se presentan son todas de carácter "externo".

En primer lugar, no es una teoría fácil de entender para aquellas personas que no hayan estudiado la obra de autores como ROBERT ALEXY o HANS Kelsen. Las perspectivas de aquellas personas que no son teóricos jurídicos sofisticados y que participen en este dialogo también deberían contar, así no se expresen o su estructura no corresponda a la manera en la que señalan estos autores. En este sentido, presentar la teoría de la argumentación como el esfuerzo de un grupo de profesores de derecho, y reducirla a las expresiones, estándares y límites que ellos imponen con respecto a lo "correcto", "razonable" o "adecuado" de una decisión parece poco democrático; las decisiones a las que llegue un juez, por ejemplo, deben ser al menos entendibles y justificables para aquellas personas que se ven afectadas por dichas decisiones. Si se trata de que la argumentación resulte de un dialogo abierto, la forma en la que esta se adelanta no debería frustrar este propósito. Una perspectiva que se puede construir a partir de la *economía jurídica* validaría la construcción social

de conocimiento, pero al mismo tiempo miraría con recelo la pretensión de "corrección", tanto de normas puntuales como de su interpretación, en la medida en la que ésta se construya por fuera de un conocimiento que resulte del dialogo social⁷⁸.

Esta teoría de la argumentación parece más bien describir la estructura de un sistema jurídico, más que un método para articular los diferentes argumentos que se encuentran en el derecho. Su uso de expresiones como tipología, las operaciones que describe y las relaciones que plantea entre normas y normatividad parece describir la estructura y operación de un sistema jurídico, más que sugerir cómo realizar una operación que se pueda dar en su interior. Ello se aprecia en el hecho en el que no dice mayor cosa sobre como tomar decisiones valorativas, como por ejemplo, si el principio 1 debe imponerse al principio 2; cuando lo hace, se limita a decir que las decisiones que se tomen deben estar justificados a la luz de reglas claridad, consistencia y coherencia. Es, en este sentido, una teoría *procedimental* de la argumentación jurídica; por ello, llama se centra en la parte *operativa* del razonamiento jurídico (subsunciones y ponderaciones) y despacha sin mayor esfuerzo los problemas valorativos. Los conflictos sociales que se aprecian en el derecho, sin embargo, tienen una dimensión valorativa, en el sentido en el que su solución termina por imponérsele a una de las partes. Por ello, una teoría de la argumentación debe ofrecer una serie de pautas *sustantivas* que *justifiquen* las soluciones a las que se llega, especialmente a los ojos de aquellas personas cuyos derechos e intereses se vean afectados por éstas⁷⁹. Los juicios de valor siempre serán ineludibles. Si bien la *economía jurídica* no propone un método que permita lograr esto, claramente si es sensible

a la importancia que pueden tener las soluciones a los problemas jurídicos a los ojos de los grupos que se ven afectados por estas, especialmente si tienen un componente emocional o cultural significativo⁸⁰.

En tanto descripción, esta teoría es aceptable, a pesar de no decir mayor cosa para aquellos momentos en los que la argumentación es particularmente importante (salvo "fundamente su respuesta"), como por ejemplo, cómo debe escoger un juez entre dos principios igualmente aplicables a un caso concreto, o como escoger entre dos interpretaciones igualmente bien justificadas de una misma norma. Por ello, esta teoría no deja al juez, o interprete, con más certeza o claridad sobre qué hacer frente a una situación valorativa que las teorías formuladas por autores como H.L.A. HART.

Pero si esta teoría aspira a tener un componente normativo además de descriptivo, es decir, si busca orientar la manera en la que las personas *deben* pensar las relaciones que se dan al interior de un sistema jurídico, es claramente deficiente. Es una teoría que no tiene en cuenta aspectos que la *economía jurídica* señala, y con toda razón, como importantes: por ejemplo, no tiene en cuenta la racionalidad limitada de las personas, y mucho menos de los jueces, para adelantar de manera rutinaria operaciones complejas como las que sugiere una ponderación⁸¹. También ignora que la apreciación de las normas jurídicas, y por lo tanto, la decisión de seguir las o no, puede deberse a procesos como el de la interiorización de las normas, independientemente de si ignorarlas o no constituye un supuesto fáctico que produce la imposición de una consecuencia⁸². De manera aun más general, e importante, esta teoría asume que la adjudicación es una tarea que se de por fuera de un contexto

social, como si fuera una actividad ideal, cuando claramente ello no es así⁸³. Estos son aspectos que una teoría de la argumentación jurídica, que busca decir algo sobre *cómo* concebir un sistema jurídico, debería tenerse en cuenta.

Como podrá apreciarse, una teoría como la de propuesta por BERNAL PULIDO tiene mucho para tomar de propuestas como la que presentan RUBIO Y ARJONA. La primera presenta una serie de categorías básicas sobre el derecho, mientras que la otra presenta una serie de elementos diferentes, provenientes de disciplinas como la economía, la sociología y la biología evolutiva que permiten usar dichas categorías para construir una teoría de la argumentación integrada, que pueda reemplazar al EAD, o mejor dicho, a los elementos de EAD que son poco rigurosos. Ambas coinciden, y de manera expresa, en la importancia en la que el derecho, en lo que respecta a su contenido y evaluación, surja como resultado de un diálogo con otras disciplinas. Más aun, podría llegar a pensarse que la argumentación jurídica, en lo que respecta a las categorías jurídicas, pueda servir para expresar, desde una perspectiva interna, las diferentes consideraciones sociales que puede presentar el EAD según RUBIO Y ARJONA. En este sentido, la *economía jurídica* puede aportar un grupo de razones para considerar la adopción o el rechazo de las reglas y principios que se encuentran en un sistema jurídico, y por ende constituyen una fuente de argumentos sobre lo normativo, lo deseable, que resulta muy útil⁸⁴.

Un ejemplo de esta simbiosis puede desarrollarse en el contexto del derecho de contratos, y con respecto a los contratos de adhesión⁸⁵. Si las personas no tienen racionalidad plena, como sugieren RUBIO Y ARJONA, cuando manifiestan su voluntad no

consienten en realidad a todos los términos que hacen parte de un contrato de adhesión, especialmente si éste ha sido diseñado para que algunas cláusulas escapen a la atención de los adherentes. Por lo tanto, hacer que dichas cláusulas sean vinculantes y obligatorias parece injusto; es castigar a las personas por no adecuarse a premisas a partir de las cuales se establecen las normas jurídicas, como por ejemplo, que las personas *son* plenamente racionales. El derecho debe estar a la medida de las personas, y no al revés; solo de esa manera se garantiza que respete la igualdad entre las personas⁸⁶. Dicha injusticia se aprecia aun más en sistemas como el colombiano que basan el carácter vinculante de los contratos en la voluntad de las personas, y en el que se encuentran principios que contienen un mandato de protección a favor de personas que, por distintas razones y en distintos escenarios comerciales, se encuentren a la merced de otras, como es el caso de los consumidores⁸⁷.

Lo anterior justifica que, en un pleito que surja a partir de un contrato como los mencionados, el juez *escoja* el principio de la buena fe contractual sobre el principio de la obligatoriedad de los contratos. Ello bien puede constituir una regla general: cuando el juez constate que el adherente no apreció ciertas cláusulas del contrato al que adhirió, éstas no surtirán efecto.

Ahora bien, puede ser que haya otros principios o reglas que sugieran que la decisión puede tener otro sentido, otra dirección; es deber del juez *justificar* la *elección* que hace, a la luz de todos los principios y normas que puedan tener algún grado de aplicación al caso que se estudia. Puede ser, por ejemplo, que el litigio fuera con respecto a una cláusula de un contrato de seguro que reproduce de manera casi textual una

norma jurídica de carácter dispositivo, y que el adherente es una persona que celebra este tipo de contratos de manera habitual. Estas condiciones *pueden llevar a una elección diferente*, a saber, la creación de una excepción, de acuerdo con la cual la regla arriba mencionada no se aplica si el adherente es un comerciante experimentado en el tipo de contratos que celebra y las cláusulas que no consintió hacen parte del derecho aplicable al contrato (en ausencia de pacto en contrario). Estos dos supuestos fácticos modifican los supuestos de hecho en los que la norma arriba mencionada se aplicaría. A su vez, esta excepción resulta deseable en la medida en la que si bien las personas tienen una racionalidad limitada, también pueden implementar mecanismos para limitar los efectos que esta produce⁸⁸.

* * *

La obra de RUBIO y ARJONA representa un aporte muy importante para la literatura jurídica colombiana precisamente por la capacidad de su contenido – de corte enciclopédico - para generar doctrina y crítica jurídica. No es perfecta, y más aun, que tiene errores que se pueden detectar más bien fácilmente. (Obviar las tensiones ideológicas al interior del AED es uno de ellos.) De igual manera, estos errores impiden que los argumentos presentados puedan oponerse, al nivel interno, con doctrinas de diferentes campos cuyo carácter normativo viene dado por el AED y por otros campos de la argumentación. A pesar de ello, es una obra mucho más sofisticada que lo que se ha producido hasta el momento en lo que se refiere a la descripción del AED en Colombia, que en realidad me parece metodológicamente pobre. Bienvenidos sean todos los esfuerzos,

y especialmente como los que se han reseñado, para que el análisis del derecho sea un campo mucho más reflexivo y abierto a las consideraciones de otras disciplinas.

- * Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 28, 2009, pp. 103 a 123.
- 1 Rubio, MAURICIO & ARJONA, ANA MARÍA (colaboradora) *Economía Jurídica Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2007, p. 19. De ahora en adelante, RUBIO & ARJONA, Ob. cit.
 - 2 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 20.
 - 3 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 20.
 - 4 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 20.
 - 5 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 21.
 - 6 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 21.
 - 7 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 21.
 - 8 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 22.
 - 9 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 23.
 - 10 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 23.
 - 11 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 23.
 - 12 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 23.
 - 13 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 292.
 - 14 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 284. La expresión es original de una columna de MA. ISABEL RUEDA que apareció en la edición del 19 de Octubre del 2002. Los autores señalan lo siguiente: "Así la peculiaridad de la disciplina autista sería la de aferrarse a sus prejuicios, incluso cuando un análisis serio y sistemático de los mismos muestra que son insostenibles". Ob. cit., p. 285.
 - 15 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 293.
 - 16 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 287.
 - 17 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 292.
 - 18 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., pp. 298-302.
 - 19 Ver HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Editorial Clarendon Press, Oxford. 2.ª ed. edición, pp. 56-57.
 - 20 De esta manera, HART distingue las normas de los hábitos, la cual era la postura de otros autores como Austin. Una buena discusión de la *economía jurídica* podría basarse en los argumentos de este autor para "desbanca" a HART. También, podría usar otro tipo de argumentos críticos de la teoría de HART. Ver, por ejemplo, MACCORMICK, NEIL. *H.L.A. HART*. Editorial Stanford University, 2.ª ed.
 - 21 Una cuestión interesante consiste en determinar si cuando una persona desobedece un semáforo a las 3 de la mañana, esta realmente desconociendo la norma jurídica. La respuesta, creo yo, es que no

- necesariamente. Si la norma surge como un esfuerzo por coordinar las actividades de las personas, entonces habría que evaluar si las condiciones de tráfico a la hora mencionada justifican un apego riguroso a la norma, o si el propósito que con ellas se busca se ve satisfecho desconociendo la norma sin poner en peligro la vida de otras personas. Por ello, una persona podría ignorar la señal del semáforo y aun así justificar su decisión desde el punto de vista interno del derecho.
- 22 Ver nota n.º 20.
 - 23 Ver al respecto RAZ, JOSEPH. *Reasoning with Rules*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=999552>.
 - 24 Ver BOYLE, JAMES. *The Anatomy of a Torts Class*. American University Law Review, 1003. (1988), p. 1051. También: KENNEDY, DUNCAN. *A Semiotics of Legal Argument*. En: www.duncankennedy.net (visitado el 24 de junio del 2009).
 - 25 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 35. Una excelente caracterización puede encontrarse en: Freeman, M.D.A *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. Editorial London Sweet & Maxwell, Sexta edición, 1994, pp. 655 -731.
 - 26 Ver, por ejemplo, Langdell, Christopher Columbus. *Selection of cases on the Law of Contracts. With References and Citations. Prepared for Use as a Text-book in Harvard Law School*. Editorial Little, Brown & Co., 1.ª ed., 1871.
 - 27 Ver LLEWELLYN, KARL N. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Editorial: Little, Brown & Co., 1.ª ed., 1960.
 - 28 Ver FRANK, JEROME. *Law and the Modern Mind*. Editorial Coward McCann Inc. 1.ª ed., 1930.
 - 29 Tal fue el caso de LLEWELLYN, quien señalaba que ojalá los frutos del realismo como método empírico de análisis llevaran a una mayor certidumbre en el derecho. Ver LLEWELLYN, KARL N., *Some Realism About Realism: Responding to Dean Pound*, 44 H. L. REV 1222, (1931). Así mismo, este autor participó en el proceso de redacción del Código de Comercio Uniforme en Estados Unidos.
 - 30 Ver HERGET, JAMES A. & WALLACE, STEPHEN. *The German Free Law Movement as the Source of American Realism*. 73 Va. L. Rev. 399 (1987).
 - 31 Ver KENNEDY, DUNCAN. *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*. En: www.duncankennedy.net. (Visitado el 23 de junio del 2009).
 - 32 La decisión es United States v. CARROLL TOWING Co. 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947). Nótese que la aplicación de esta fórmula consiste en una ponderación.
 - 33 Ver COASE, RONALD. *The Problem of Social Cost*. 1 Jnl of Law and Economics. 1, (1960).
 - 34 POSNER RICHARD. *Antitrust Law*. Editorial University of Chicago Press. 1.ª ed., (1976).
 - 35 Citados en RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 33.
 - 36 POSNER, RICHARD A. *Economic Analysis of Law*. Editorial Little, Brown and Company. Sexta edición, 1986, p. xx.
 - 37 DWORKIN, RONALD. *Is Wealth a Value?* 9 Jnl. of L. Stds. 191, (1980).
 - 38 COLEMAN, JULES L. *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*. 8 Hofstra L. Rev. 509, (1979).
 - 39 KELMAN, MARK. *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*. 52 S. Cal. L. Rev. 669 (1978).
 - 40 KENNEDY, DUNCAN. *Cost-benefit analysis of entitlement problems: a critique*. 33 STAN. L. REV. 387 (1980).
 - 41 Ver la crítica general contra los argumentos de propósito y finalidades en WEST, ROBIN. *Jurisprudence and Gender*. 55 U. of Chi. L. Rev. 1 (1988).
 - 42 Mi impresión es que DWORKIN es, hoy por hoy, quien más ha atraído críticas exitosas contra sus planteamientos.
 - 43 EPSTEIN, RICHARD. *Takings Private Property and the Power of Eminent Domain*. Editorial Harvard University Press. 1.ª ed., 1985.
 - 44 Ver, por ejemplo, POSNER, RICHARD. *Overcoming Law*. Editorial Harvard University Press. 1.ª ed., 1995. Especialmente, ver los capítulos 19-22.
 - 45 Ver, por ejemplo, SUNSTEIN, CASS R. & THALER, RICHARD H. *Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron*. University of Chicago Law Review, Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=405940>
 - 46 Ver notas *supra* 37 & 38.
 - 47 *Supra*, nota n.º 37.
 - 48 *Supra*, nota n.º 38. y KENNEDY, DUNCAN & MICHELMAN, FRANK. *Are Property and Contracts Efficient?* 8. HOFSTRA L. Rev. 711 (1980).
 - 49 Ver, a manera de ejemplo, JOLLS, CHRISTINE, SUNSTEIN, CASS R. & THALER, RICHARD H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. 50 STAN. L. Rev. 1471 (1997).
 - 50 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 543.
 - 51 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 543.
 - 52 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 543.
 - 53 Ver por ejemplo, TREBILCOCK, MICHAEL J. *The Limits of Freedom of Contract*. Editorial Harvard University Press. 1.ª ed., pp. 74 y ss. (Distinguiendo entre posiciones dominantes esporádicas y posiciones dominantes estructurales).

- 54 Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de Diciembre de 1936. En: Gaceta Judicial, n.º 1921, pp. 676-677. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO ZULETA ANGEL.
- 55 Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de Diciembre de 1970. Magistrado Ponente Dr. GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. Gaceta Judicial Nos. 2334, 2335 y 2336, pp. 187 y ss.
- 56 Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de Febrero del 2001. Magistrado Ponente Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. En Gaceta Judicial Nos. 2470. (Referencias a pie de página omitidas).
- 57 Ver RACHLINSKY, JEFFREY J. *The "New" Law and Psychology: A reply to critics, skeptics, and cautious supporters*. 85 CORNELL L. Rev. 739, (1999-2000). En particular, pp. 749 y ss, y las obras sugeridas por el pie de página n.º 10.
- 58 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., p. 301, citando a PIERCE.
- 59 Esto es, por supuesto, una caricatura de la teoría de la argumentación, ya que considero que ésta es mucho más que lo que lo que aquí se menciona. La crítica implícita en esta caricatura, sin embargo, es a la confianza de esta teoría de llegar a soluciones correctas.
- 60 BERNAL PULIDO, CARLOS. *Normatividad y argumentación jurídica*. En: Libro en Memoria del Prof. Dr. LUIS VILLAR BORDA. (AA.VV) Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2008, pp. 101-118.
- 61 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 106.
- 62 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 111.
- 63 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 112.
- 64 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 113.
- 65 BERNAL PULIDO, Ob cit, pp. 107-108.
- 66 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 108.
- 67 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 108. Así mismo BERNAL PULIDO señala que no es claro si la norma secundaria se dirige al sujeto o si es un reflejo de la norma secundaria. Ver su obra *Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen*. En: VILLAR BORDA, LUIS (Ed.) *Hans Kelsen 1881-1973*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2004, pp. 117 y ss.
- 68 BERNAL PULIDO, Ob cit, pp. 108-109.
- 69 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 110.
- 70 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 114.
- 71 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 115.
- 72 BERNAL PULIDO, Ob cit, pp. 115-116.
- 73 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 116.
- 74 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 116.
- 75 BERNAL PULIDO, Ob cit, p. 116.
- 76 BERNAL PULIDO, Ob cit, pp. 116-117.
- 77 BERNAL PULIDO, Ob. cit., pp. 116-117.
- 78 BERNAL PULIDO, Ob. cit., pp. 298-302.
- 79 Un ejemplo de una teoría exitosa, o por lo menos muy robusta, se puede apreciar en SINGER, JOSEPH W. *Normative Methods for Lawyers*. 56 UCLA L. Rev. 899 (2009).
- 80 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., pp. 57 y ss.
- 81 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., pp. 110 y ss.
- 82 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., pp. 80 y ss.
- 83 RUBIO & ARJONA, Ob. cit., pp. 637 y ss.
- 84 Y de hecho, RUBIO y ARJONA hacen un ejercicio muy similar en el campo del derecho constitucional. Ver RUBIO y ARJONA, Ob. cit., pp. 684 y ss.
- 85 Nótese el intento de desarrollar una simbiosis de elementos para desarrollar una teoría que sigue lo señalado por H.L.A. HART. Mientras la obra de RUBIO y ARJONA puede aportar elementos para hacer juicios de valor sobre las normas jurídicas, la obra de Bernal Pulido sugiere una estructura tipológica para desarrollar tales juicios en un plano jurídico.
- 86 Aquí pudo haber ido otro tipo de argumento sobre porqué dichas cláusulas deben ser ineficaces; ello puede ser ineficiente, poco democrático, atentar contra la coordinación social, etc. El argumento que se muestra es uno de principios, ya que está apelando a la igualdad como derecho.
- 87 Constitución Política de Colombia, Artículo 78. Es dice lo siguiente: "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. (...) Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. (...) El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos".
- 88 RUBIO y ARJONA, Ob. cit., p. 87. Pero no hay que cantar victoria tan rápido, ya que los supuestos de la excepción pueden llevar a que la creación de otras excepciones nuevas, las cuales pueden terminar cubriendo más casos que la regla que exceptúan, produciendo así una desarticulación del campo de derecho que se pretende regular con

reglas, y sus excepciones, y principios. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando un juez tiene que fallar un caso en el que la cláusula "invisible" reproduce de manera casi textual una norma jurídica dispositiva, pero el adherente no celebra contratos por adhesión regularmente. O, alternativamente, piénsese en el escenario en el que una persona celebra muchos contratos por adhesión, pero el que es objeto del litigio que el juez tiene que resolver

tiene una cláusula "invisible" que no reproduce de manera casi literal una norma dispositiva, sino que la modifica sustancialmente. Y así, cada nuevo supuesto fáctico puede desdoblarse, llevando a escenarios nuevos en los que la aplicación de la *economía jurídica* puede dar argumentos a favor y en contra. Por ello, quienes quieran usar sus aportes tienen que establecer unos límites para impedir que esto pase.