

## **UC Berkeley**

### **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**

#### **Title**

El análisis económico del razonamiento jurídico

#### **Permalink**

<https://escholarship.org/uc/item/6qx3b802>

#### **Author**

del Granado, Juan Javier

#### **Publication Date**

2008-04-10

# ANÁLISIS ECONÓMICO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

por

Juan Javier del Granado \*

---

\* Decano Asociado para Asuntos Académicos y Catedrático de Derecho, Alben W. Barkeley School of Law; Director, Centro Latinoamericano y del Caribe de Análisis Económico del Derecho, George Mason University, Law School; Profesor de Derecho y Economía, Instituto Tecnológico Autónomo de México. El autor desea agradecer a Francis H. Buckley, Roger Myerson y Miguel de Figueiredo, por sus valiosos comentarios, y a Maximiliano Marzetti la traducción al castellano del artículo original en inglés.

*1. Urge mayor claridad conceptual en el proceso de creación del derecho*

La teoría de la elección pública tiene un agujero negro. De acuerdo a los presupuestos básicos de la teoría democrática, la potestad legislativa recae en los parlamentos o legislaturas y no en los jueces elegidos por la vía de sufragio. Sin embargo en los hechos es evidente en todo el mundo —tanto en países de tradición de *common law* como de derecho civil— que una gran cantidad de normas son creadas por los jueces. ¿Por qué los jueces tienen este poder de legislar? Quizás el poder de la mayoría, que legitima el derecho legislativo (las leyes del congreso) haga lo propio con el derecho judicial (la jurisprudencia). Debemos aclarar los conceptos que manejamos si queremos evitar los excesos legislativos y judiciales y consolidar las instituciones democráticas constitutivas de un estado de derecho<sup>1</sup>. El sistema de frenos y contrapesos que limita el poder en democracia otorga al poder judicial la función de tutelar los derechos individuales frente al accionar del poder legislativo; y al poder legislativo la de decidir las políticas públicas que deben aplicar los jueces. Por medio de este trabajo demostramos, utilizando dos simples modelos de teoría de juegos, que “el derecho” no es otra cosa que política que incorpora la dimensión temporal. El “estado de derecho” no es otra cosa que un proceso sincrónico de contabilización de votos rectificado por un proceso diacrónico de razonamiento analógico judicial.

Hace aproximadamente 60 años el por entonces decano de la Universidad de Chicago, Edward H. Levi, publicó su influyente obra sobre el razonamiento jurídico.<sup>2</sup> Sin embargo hasta la fecha ningún profesor de la Universidad de

---

<sup>1</sup> ¿Si se necesitan instituciones supranacionales para organizar la nueva realidad social, continuarán los juristas del siglo XXI pretendiendo que el gobierno legislativo es legítimo mientras que el judicial no lo es?

<sup>2</sup> Véase *An introduction to legal reasoning* (1949), publicado originariamente en 15 U. Chi. L. Rev. 501 (1948).

Chicago, con la notable excepción de Cass Sunstein hace 10 años,<sup>3</sup> ha levantado el guante. Debemos admitir lo que cualquier abogado ya sabe, que los jueces crean derecho. Esta afirmación requiere una dilucidación previa: ¿cómo crean los jueces derecho? Es increíble que la doctrina jurídica haya llegado al siglo XXI sin un modelo que explique la legitimidad formal de los jueces para crear derecho. Una considerable porción del *ordre juridique* es derecho judicial. Esta afirmación es innegable, a pesar del esfuerzo codificador iniciado en el siglo XIX, y de que los jueces traten de disimular su rol de creadores de derecho y se escondan en las sombras e intersticios que dejan las leyes y cláusulas constitucionales. Tal aserto es innegable, a pesar de que Charles-Louis de Secondat Montesquieu haya dicho que los jueces son: “*la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*”<sup>4</sup> ¿Cómo, entonces, no contamos con un modelo que legitime el derecho judicial, siendo éste omnipresente en la historia jurídica y perpetrándose como fuente del derecho en la tradición jurídica del *common law* y también en la civilista? Semejante pobreza de pensamiento limita el desarrollo de la doctrina jurídica; y a pesar de la plétora de doctrina existente a ambos lados del Atlántico, es imprudente y peligrosa.

La explicación canónica que legitima el poder de la mayoría para la creación de las leyes parecería doctrina aceptada. Sin embargo, podría no ser así. Su más grande exponente, el escritor y filósofo ginebrino del siglo XVIII Jean-Jacques Rousseau, sostuvo que: “*la loi est l'expression de la volonté générale.*”<sup>5</sup> Los juristas hodiernos parecen preferir términos más actuales como “preferencias colectivas”; sin embargo hablar de una “voluntad popular” o de “preferencias de la mayoría” es

---

<sup>3</sup> Véase On Analogical Reasoning, 106 Harv. L. Rev. 517, 741 (1993); Legal Reasoning and Political Conflict (1996).

<sup>4</sup> Véase XI De l'esprit des lois (1748).

<sup>5</sup> Véase XI Du Contrat Social (1762).

incoherente e inexacto porque no existe tal cosa.<sup>6</sup> Al menos no desde 1950, cuando Kenneth Arrow publicó su célebre teorema de la imposibilidad<sup>7</sup>; desde entonces los juristas han sabido que es imposible diseñar un mecanismo transitivo y no dictatorial capaz de agregar las divergentes preferencias individuales en un ranking ordinal de preferencias sociales. Este hallazgo sepulto para siempre cualquier esperanza de que la razón colectiva pueda otorgar legitimidad normativa a la ley.<sup>8</sup> Lo que queda es el análisis positivo, lo que James Madison ha llamado la “*superior force of an interested and overbearing majority*.”<sup>9</sup> Sin lugar a dudas éste no puede ser el caso. Parecería extraño y contradictorio que la legitimidad de la ley carezca de una justificación normativa. ¿Aun las teorías positivistas dan la impresión de introducir (de manera subrepticia, por la puerta trasera) teorías iusnaturalistas, como cuando explican la legitimidad del derecho a través de la norma de reconocimiento<sup>10</sup> o *Grundnorm*<sup>11</sup> para así escapar de la trampa del razonamiento circular? ¿En consecuencia, llegaremos en algún momento a eliminar el discurso iusnaturalista del derecho? ¿Qué se supone legitime positivamente al derecho legislativo y al derecho judicial?

El análisis económico del derecho positivo y la teoría política convergen en una obra progresista de Robert Cooter.<sup>12</sup> Dicho autor emplea la metodología económica para analizar los problemas estratégicos que el diseño institucional y

---

<sup>6</sup> Las coaliciones se conforman con grupos heterogéneos de personas —en algunos casos hasta diría contradictorios— que se reúnen temporariamente para actuar de manera colectiva. Véase Robert A. Dahl, A Preface to Democratic Theory 4 (1956).

<sup>7</sup> Véase A Difficulty in the Concept of Social Welfare, 58 J. Pol. Econ. 328 (1950); Social Choice and Individual Values (1951).

<sup>8</sup> La arquitectura institucional del siglo XXI no podrá continuar teniendo como basamento institucional primario los ideales republicanos decimonónicos.

<sup>9</sup> Véase The Federalist No. 10. (1788).

<sup>10</sup> Véase H.L.A. Hart, The Concept of Law (1961).

<sup>11</sup> Véase Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (1934).

<sup>12</sup> Véase The Strategic Constitution (2000).

constitucional plantean. Sin embargo, Cooter ha olvidado la dimensión constitucional de los derechos individuales y en cambio los trata como materia de políticas públicas. En respuesta, Eric A. Posner explica sobre las teorías de las políticas públicas de los derechos constitucionales: “*There are no such theories, not in Cooter's book and not elsewhere in the literature. . . It may be that public choice, and rational choice in general, have nothing distinctive to say about constitutional rights.*”<sup>13</sup>

En los últimos 40 años, ha aparecido gran cantidad de trabajos sobre la elección pública. Desde la perspectiva de los grupos de interés, esta literatura pareciera deslegitimar las principales instituciones del estado de derecho que crean leyes en la sociedad. El foco de esta literatura son los problemas de agencia, endémicos en órganos legislativos formados por representantes elegidos mediante sufragio<sup>14</sup> y en órganos judiciales formados por jueces que no han sido elegidos por el voto popular.<sup>15</sup> En lugar de repetir la literatura existente sobre el tema, eludiremos el problema de agencia. Las principales instituciones que crean las leyes de una sociedad pueden modelarse sin recurrir a legisladores elegidos por el sufragio popular y jueces que no lo son.<sup>16</sup> Al remover a los agentes, se revelan las relaciones de poder que subyacen en la sociedad. Este trabajo pretende modelar el poder de la mayoría para legitimar tanto el derecho legislativo como el judicial. La legitimidad del derecho judicial, se halla relacionada (pero no es idéntica) a la del derecho legislativo. En consecuencia, en la primera parte del trabajo, describimos con un modelo de teoría de juegos la legitimidad positiva del derecho legislativo. En dicha sección sólo referimos a conceptos consolidados y aceptados

---

<sup>13</sup> Véase Strategies of Constitutional Scholarship 26 Law & Soc. Inquiry 529 (2001).

<sup>14</sup> Una valiosa reseña bibliográfica, si bien un poco anticuada, puede encontrarse en la obra de Daniel A. Farber & Philip P. Frickey, *The Jurisprudence of Public Choice*, 65 Tex. L. Rev. 873 (1987); *Law and Public Choice: A Critical Introduction* (1991).

<sup>15</sup> Véase Maxwell L. Stearns, *Standing Back from the Forest: Justiciability and Social Choice*, 83 Calif. L. Rev. 1309 (1995).

<sup>16</sup> Piénsese en el *Landesgemeinde* suizo o el *δικασταριον* ateniense.

por la teoría política sobre la democracia. Reconocemos lo que es obvio, en esta sección no encontrará el lector una teoría, filosofía, justificación, doctrina o posición que no haya sido, de manera implícita o explícita, previamente enunciada. Sólo luego de explicar el modelo que llamamos juego de señalización de Che Guevara intentaremos, en la segunda sección de este artículo, modelar la legitimidad positiva del derecho judicial con otro juego que denominamos juego de señalización de Santo Tomás Moro.

Por medio de este trabajo tratamos de dejar en claro que si bien el derecho judicial es ubicuo en todo el mundo, es también minimalista y casuístico. La jurisprudencia procede gradualmente, paso a paso; es de interpretación restrictiva, y para el caso concreto, contrariamente al derecho legislativo que es de aplicación general.<sup>17</sup> Asimismo, la jurisprudencia se atiene a los detalles de cada caso. Cuando los jueces fallan, sus decisiones *no* pueden abstraerse de los detalles del caso. Tampoco es posible extraer de ellos ninguna razón o principio por vía de la inducción.<sup>18</sup> La jurisprudencia no trata de extraer una *ratio decidendi* coherente del caso. Tampoco los jueces expresan la *ratio decidendi* de los casos. Más bien, el razonamiento es inseparable del relato fáctico de los hechos concretos que caracterizan al caso.

Desde el inicio, queremos dejar en claro nuestra metodología. Los presupuestos de la teoría de la elección racional no representan un problema en este trabajo, ya que modelamos el comportamiento humano racional, calculador y susceptible de

---

<sup>17</sup> Las legislaturas pueden crear leyes duraderas porque los tribunales hacen cumplir dichas leyes. Véase Richard A. Posner & William M. Landes, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 *J.L. & Econ.* 875, 878-82 (1975); William F. Shughart II & Robert D. Tollison, *Interest Groups and Courts*, 6 *Geo. Mason L. Rev.* 953 (1998). En este caso los tribunales estarían aplicando la ley promulgada por el congreso a casos ya contemplados por el legislador.

<sup>18</sup> Este artículo rompe con las distinciones propias del vocabulario racionalista que ha confundido a varias generaciones de juristas de derecho civil y también del *common law* e incluso al destacado juez Benjamin N. Cardozo, véase *The Nature of the Judicial Process*, (1922). Para una excelente discusión general, véase Lloyd L. Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument* (2005).

ser mejorado a través del tiempo.<sup>19</sup> En ambos modelos de teoría de juegos, se supone que los jugadores toman decisiones racionales que tratan de maximizar sus resultados, y poseen capacidad cognitiva suficiente para entender las reglas del juego así como también a los otros jugadores.<sup>20</sup> El razonamiento jurídico analógico no es futurología, sino extrapolación del razonamiento empírico sobre un perjuicio no-abstracto (concreto) en la dimensión temporal. Nuestra idea es que si los oráculos fueran posibles, los legisladores y no los jueces deberían consultarlos. En este sentido, este artículo se aleja radicalmente de la literatura absurda e insensata que pretende tomar en cuenta las preferencias de futuras generaciones.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Las críticas a las suposiciones relativas al proceso de conocimiento y a las capacidades cognitivas del ser humano son tan antiguas como el mismo modelo de elección racional. San Agustín, uno de los padres de la Iglesia del siglo V, articuló la teoría del libre albedrío y de la autonomía del ser que es ley para sí mismo; y la teoría de la heteronomía para explicar la necesidad que tiene el ser de sistemas de autoridad externos (derecho y religión) para dotar de sentido a la vida, véase 22 De ciuitate Dei (426). El político anglo-irlandés Edmund Burke tomó esta doctrina y la convirtió en un argumento político en el siglo XVIII para así explicar la necesidad de respetar la continuidad de las tradiciones, instituciones y costumbres de los pueblos—“*the inheritance of dead generations, due to generations as yet unborn*”, véase *Reflections on the Revolution in France* (1790). En esencia, la contribución de Burke es un argumento sobre los límites de la racionalidad contrario al programa de la Revolución Francesa que pretendía desterrar todo valor tradicional y reemplazar las instituciones del *ancien régime*.

<sup>20</sup> Este artículo parte de la premisa de que el *homo sapiens* es un animal inteligente, resistente, adaptable y organizado, de comportamiento alelomimético y agonal. A pesar de que la razón no es capaz de procesar las inmensurables alternativas ni las disputas entre los bienes rivales, este artículo sostiene que es posible la comunicación aún cuando los actos de violencia son inminentes. Los *homo sapiens* se comunican sin necesidad de ulular, dar pisotones en el suelo o golpearse el pecho. El derecho es una manifestación externa del sistema de señales de amenazas violentas creíbles entre seres humanos.

<sup>21</sup> Véase Anthony D'Amato, *What Obligation Does Our Generation Owe to the Next? An Approach to Global Environmental Responsibility*, 84 *AJIL* 190 (1990); R. George Wright, *The Interests of Posterity in the Constitutional Scheme*, 59 *U. Cin. L. Rev.* 113, (1990); G.F. Maggio, *Inter/intra-generational Equity: Current Applications under International Law for Promoting the Sustainable Development of Natural Resources* 4 *Buff. Env'tl. L.J.* 161 (1997); Lisa Heinzerling, *Environmental Law and the Present Future*, 87 *Geo. L.J.* 205 (1999); Aaron-Andrew P. Bruhl, *Justice Unconceived: How Posterity Has Rights*, 14 *Yale J.L. & Human.* 393 (2002); John Edward Davidson, *Tomorrow's Standing Today: How the Equitable Jurisdiction Clause of Article III, Section 2 Confers Standing Upon Future Generations*, 28 *Colum. J. Env'tl. L.* 185 (2003). Richard A. Epstein trae un poco de sentido común a este debate, véase *Justice Across the Generations*, 67 *Tex. L. Rev.* 1465 (1989).

Los jueces observan los hechos en una situación presente y realizan una inferencia probabilística mediante la aplicación a dicha decisión de analogías de casos similares del pasado, y sus implicancias en casos futuros. La perspectiva del juez se centra en el presente ya que los jueces sólo poseen información respecto del estado actual de las cosas y sus decisiones refieren al caso inmediatamente delante de ellos. No obstante, los jueces no sólo tienen en cuenta el presente sino también el pasado y el futuro, no ignoran ni niegan hechos en el presente inmediato. Los jueces combinan su perspectiva centrada en el presente con una especie de orientación hacia el futuro expresada a través del razonamiento jurídico, en referencia a una hipotética continuidad de lo que depararía una decisión, a la vez que, al analizar los precedentes y toda la jurisprudencia al respecto, hacen un verdadero dogma de las decisiones pasadas. Los jueces fallan en el presente, reverencian el pasado, y a la vez, piensan en el futuro. Los jueces no son adivinos; cabe destacar que su visión del futuro refleja sus experiencias pasadas y presentes y no desarrollan una visión de la vida distinta de lo que ha sido el pasado y es el presente.<sup>22</sup>

El razonamiento analógico es una facultad innata en el ser humano. En ambos modelos incluidos en este trabajo, se supone que los jugadores tienen suficiente capacidad cognitiva para reconocer el considerable potencial, en términos probabilísticos y no determinísticos, que una situación parecida e incluso peor se presente delante de ellos —que pudo haber ya ocurrido en el pasado— volverá a ocurrir en el futuro.

El quid de la legitimidad del derecho legislativo y judicial reside en distinguir aquellas señales que son una amenaza creíble de violencia de aquellas otras que

---

<sup>22</sup> La experiencia de los jueces de manejar múltiples casos con ingredientes fácticos similares otorga un sentido repetitivo y de continuidad a la experiencia humana. En la mente judicial, la visión cíclica es prevalente. Sin embargo, en el laberinto que es la vida, los jueces también saben que no pueden confiar en la continuidad pues cada caso es diferente.

sólo son instancias de engaño estratégico. La sociedad debe decidir, entonces, si hacer caso de la señal, o si la ignora y ataca. La razón de ser de la señal es transmitir información a fin de evitar violencia innecesaria.

¿Cómo hace un régimen liberal para permitir a sus ciudadanos la persecución de tan diversos e incommensurables fines? ¿Cómo se hace para encontrar libertad en una sociedad cada vez más coercitiva, intrusa y dominante? Demostramos cómo el incommensurable pluralismo es posible en la sociedad a pesar del legítimo poder coercitivo que caracteriza al estado de derecho.

## *2. El juego de señalización del Che Guevara*

Para modelar la legitimidad del derecho legislativo, recurrimos a la teoría de los juegos. Consideremos la forma extendida del siguiente juego, al que nos referiremos como juego de señalización del Che Guevara, en el que participan la naturaleza, una facción y al resto de la población (dos colectivos o jugadores colectivos). La naturaleza mueve primero y determina si la facción es de uno de los siguientes tipos: una mayoría sincrónica o una minoría sincrónica. La facción, a su vez, es capaz de observar la naturaleza. Como consecuencia de ello la facción es capaz de analizar sus propias habilidades de combate y las de su adversario (el resto de la población). El resto de la población no es capaz de observar la naturaleza. Como consecuencia de ello, el resto de la población ignora sus propias habilidades combativas y las de su adversario, la facción. Debemos considerar que la formación de una facción requiere de un tiempo considerable de intercambio de ideas, diálogo, consulta y negociación y que no es ingenuo suponer que en ese tiempo la facción logre un cierto grado de autoconciencia.. Sin embargo, como los costos de mantener funcionando una coalición inestable e internamente dividida pueden ser prohibitivos, entonces, la facción sólo puede tener autoconciencia por un período limitado de tiempo.

La facción debe decidir inmediatamente si comunica o no su tipo al resto de la población, ya sea a través de una señal ejecutiva o de una señal estratégica. En el juego de señalización del Che Guevara la señal ejecutiva es un voto y la estratégica un foco de guerrilla. Un voto es un hecho objetivo y claro, contrariamente a lo que sucede con un grupo de personas que deciden iniciar la lucha armada en selvas impenetrables y montañas escarpadas, arrogándose la facultad de hablar por la mayoría.

Las señales ejecutivas son aquellas que otros no pueden imitar; de manera similar a que no todos pueden ejecutar obras de Tchaikovsky, Liszt y Shostakovich, o piezas para violín de Chausson, Saint-Saens y Prokofiev. Las señales ejecutivas tienen tan alto costo para algunos que no pueden beneficiarse de su uso. Las señales ejecutivas pueden ser auto-ejecutivas, en tal caso las restricciones a la imitación surgen desde la señal misma y, a la vez, pueden ser reforzadas por restricciones externas.<sup>23</sup> Las señales estratégicas, por otro lado, son señales que todos son capaces de emitir ya que la elección de la señal a transmitir depende de una menor diferencia de tasas de retorno entre emisores y receptores. En última instancia, todas las señales son estabilizadas por sus costos, pero la señal estratégica puede no ser confiable y es particularmente vulnerable al engaño.

Negar que la facción pueda hacer trampa en una elección sería ingenuo. Una facción que desea perpetuar el fraude electoral cuenta con muchas herramientas para lograrlo, dependiendo del método de votación usado. Por ejemplo, la facción puede aprovecharse de que los padrones no han sido depurados y hay personas fallecidas cuyos votos podrían ser usados, puede hacer figurar personas incapaces de emitir voto como capaces, o usar impostores para votar con cédulas adulteradas. En algunos sistemas, el votante puede votar más de una vez—ya sea porque concurre más de una vez al lugar de votación o porque deposita más de un voto cada vez. Además, la facción puede alentar manejos y triquiñuelas de la más diversa índole, desde la emisión de votos falsos hasta la desaparición violenta, o no, de las urnas. La facción también puede intentar manipular el proceso de cómputo de los votos, o influenciar a los miembros del electorado, ya sea mediante sobornos o intimidación de los votantes. A través de desmanes y hechos de violencia de grupos de provocadores en los lugares de votación, puede impedir a los votantes concurrir al comicio.

---

<sup>23</sup> Las señales auto-ejecutivas son también conocidas en la literatura como señales de “Spence”. Véase

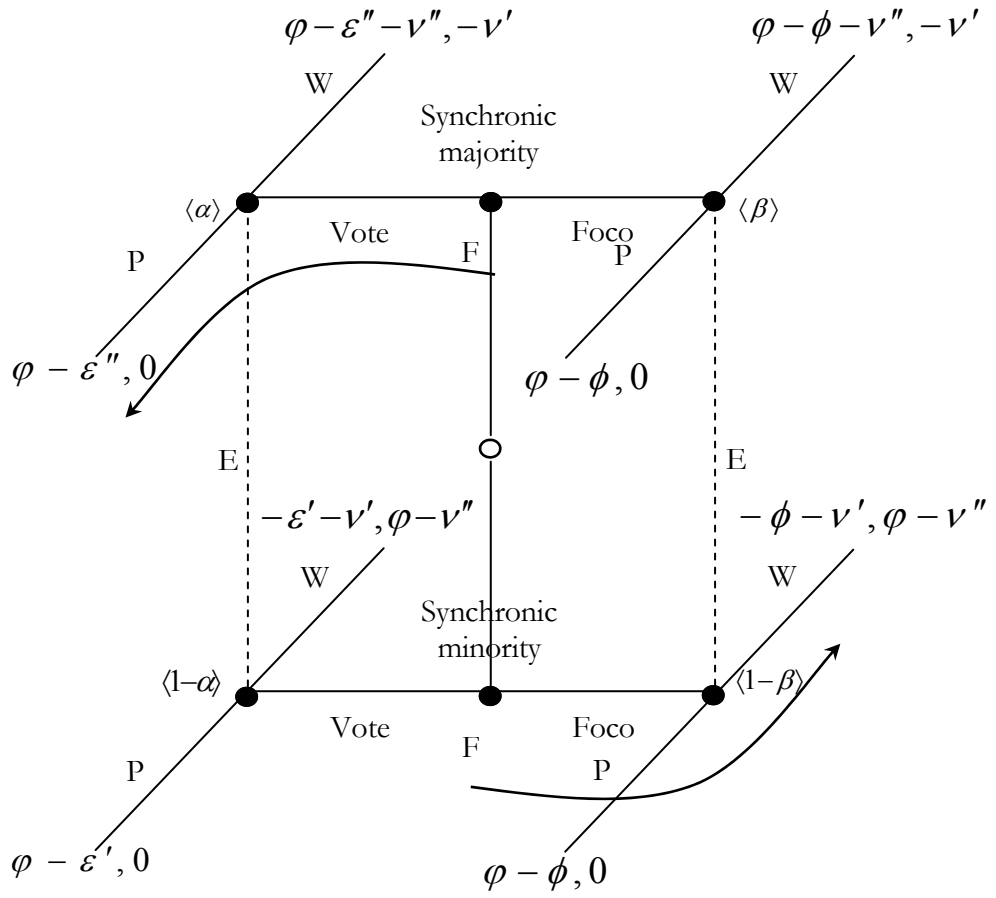
Pero perpetuar un fraude electoral puede ser una empresa muy onerosa para una facción. Además, las múltiples irregularidades pueden destruir la confianza pública en los resultados de la votación; aquí el costo de la señal se eleva, no por el aumento del costo del fraude sino por la reacción de los defraudados. Todos los costos relacionados con la intención de influenciar el resultado de una elección hacen del sufragio una señal ejecutiva.

Como el curso del juego depende de los costos variables de las señales y de la violencia de los jugadores así como también del valor del bien rival, podemos definir las siguientes variables: En este modelo,  $\varepsilon'$  es el costo de la campaña electoral para la minoría,  $\varepsilon''$  es el costo de la campaña electoral para la mayoría, y  $\phi$  el costo de iniciar un foco de guerrilla. Suponemos que para la minoría el costo de la campaña electoral es mucho más alto que el costo de liderar un foco de guerrilla,  $\varepsilon' \gg \phi$ . También suponemos que para la mayoría el costo de liderar un foco de guerrilla es mucho más alto que el costo de una campaña electoral,  $\phi \gg \varepsilon''$ . Asumir, como hacemos aquí, que las señales engañosas son más costosas que las confiables no parecería ser descabellado. Suponemos que el costo de la violencia social en vidas humanas y destrucción material es inmenso.  $v'$  es el costo social del conflicto para la minoría.  $v''$  es el costo social del conflicto para la mayoría. Entonces,  $v', v'' \gg 0$ . Suponemos que los costos sociales del conflicto son invariables con respecto a los tamaños absolutos de la mayoría y de la minoría. Sólo sus tamaños relativos cuentan. Suponemos que el costo social del conflicto para la minoría es mucho más alto que para la mayoría,  $v' \gg v''$ . No parecería descabellado asumir que el número de militantes es importante en los entornos rurales y urbanos donde combate la facción. Aun tropas profesionales y milicias bien entrenadas dudarían antes de abrir fuego sobre un grupo de civiles.

---

Michael Spence, Job Market Signaling, 87 Q.J. ECON. 355 (1973).

En este modelo,  $\varphi$  es el costo del bien rival disputado, del universo de lo que políticamente se pueda obtener,  $\langle \varphi \in \Gamma | \varphi \rangle \varphi + v^n$ .  $\alpha, \beta$  son las creencias que la naturaleza ha hecho de la facción una mayoría sincrónica.  $1-\alpha, 1-\beta$  son las creencias que la naturaleza ha hecho de la facción una minoría sincrónica. Luego de recibir la señal, el resto de la población debe decidir entre declarar la guerra o buscar la paz. Que la mayoría de la facción desea combatir por un bien valuado en  $\varphi$  transmite información al resto de la población sobre los costos relativos de declarar la guerra y hace a la amenaza violenta creíble. Confiada en que tendrá la victoria en su poder, una mayoría auto-consciente parecería no sólo estar lista sino deseosa de lanzarse a la aventura y se aprestaría a recurrir a la violencia contra una aparente débil minoría. La amenaza es creíble e inminente porque el resultado de la contienda es predecible. La verdadera fuerza de la mayoría es implícita y se funda en la legitimidad de lanzar la amenaza contra la minoría que, usando la jerga de la teoría de juegos, se hace creíble en previsión al no sorprendente resultado de una lucha social. En caso contrario, la violencia social no sería creíble. La naturaleza destructiva de toda actividad violenta implica que es para todos costoso recurrir a la violencia. La sensibilidad de las personas a la amenaza violenta decrece una vez que ésta se desencadena.



Arriba se ilustra en su forma extensa el modelo de señalización que legitima el derecho legislativo. El resultado de este juego es un equilibrio separador bayesiano perfecto siempre y cuando el costo de perpetuar el fraude electoral a una minoría sincrónica sea mayor que el costo de iniciar una guerra de guerrillas. El nivel de sacrificio que requiere iniciar un foco de guerrilla, como cualquier actividad guerrillera, es muy alto, casi diríamos suicida, entonces una ley aprobada por la gran mayoría de los ciudadanos tiene mayor valor como amenaza que decenas de bombas en manos de una organización terrorista. Un voto es una señal clara y contundente de la voluntad de la mayoría sincrónica en respaldo de la iniciativa legislativa a favor de la ley. El derecho legislativo queda así legitimado siempre y cuando la amenaza de la mayoría de obligar a la minoría con la fuerza de las armas sea creíble en el terreno del conflicto social. Bajo tales condicionantes, parece ser que la minoría no tiene otra salida que rendirse ante lo inevitable. Sólo así se logra evitar que la opción violenta se desencadene entre la población. Lo anterior implica, repetimos, la aceptación de lo inevitable; la sociedad actúa como si aquel destino fuese inmodificable y, por ende, termina aceptando la iniciativa para atajar el paso avasallador de la violencia. La sociedad se rinde ante el inevitable poder de la mayoría antes que aceptar muertes como consecuencia del conflicto social. Desnudamos así el proceso político y lo representamos en su forma más esencial, para demostrar que en un conflicto social sobre un bien rival, todavía existe comunicación entre las partes.

Cabe destacar que la legitimidad de la ley es un concepto de contenido positivo.<sup>24</sup> El observador atento se habrá dado cuenta que el juego de señalización del Che Guevara, que desnuda la confrontación política a sus elementos esenciales, no le quita terreno a la naturaleza. No se trata de negar el rol de la naturaleza. En un juego de Bayes con información incompleta, la naturaleza actúa antes de que los jugadores hayan reconocido sus tipos, por más que esto resulte difícil de entender.<sup>25</sup> El rol de la naturaleza en el juego de señalización del Che Guevara es innegable. La naturaleza determina el tipo de la facción. Sin embargo la naturaleza no debe confundirse con el derecho natural. El derecho natural supone que la naturaleza tiene capacidad de razonar. Nosotros no hacemos esa inferencia. Los procesos a través de los cuales se forman las facciones dependen del sendero tomado, que representamos en nuestro modelo con la naturaleza y no dependen de ninguna racionalidad colectiva o discursiva.<sup>26</sup>

La legitimidad del derecho no implica ni requiere una justificación normativa. Tampoco requiere de un discurso racional o de una racionalidad comunicativa, como parte del proceso de toma de decisiones democrático. El equilibrio

---

<sup>24</sup> El poder de la mayoría –sea ésta sincrónica o diacrónica– es lo que legitima al derecho positivo. Cuestiones sobre coerción y libre albedrío sólo se plantean acerca de aquello que las personas pueden evitar. Haciendo una analogía con el iusnaturalismo, para poder aceptar un evento indeseable pero a la vez inevitable subordinamos nuestra voluntad o razón a la de un poder superior, Dios. La subordinación o rendición de nuestra razón y voluntad ante el poder superior de la omnipotente mayoría es más una especie de postura de tipo estoica ante el inevitable sino que una variación del Síndrome de Identificación del Rehén en la cual la persona acepta la dominación de quienes otrora fueran sus opresores. Véase Georges Gachnoli and Norbert Skurnik, *The paradoxical effects of hostage-taking*, 44 *Int'l Soc. Sci. J.* 235 (1992). El nihilista de sillón seguramente negaría la importancia de esta distinción. Véase, a modo de ejemplo, Roger Berkowitz, *Friedrich Nietzsche, the Code of Manu, and the Art of Legislation*, 24 *Cardozo L. Rev.* 1131 (2003).

<sup>25</sup> Véase John C. Harsanyi, *Games with Incomplete Information Played by "Bayesian" Players*, 14 *Mgmt. Sci.* 159-182, 320-334, 486-502 (1967-1968).

<sup>26</sup> Véase Maxwell L. Stearns, *The Misguided Renaissance of Social Choice*, 103 *Yale L.J.* 1219 (1994). Jürgen Habermas, the contemporary German philosopher, spent much of his life arguing the opposite. See *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (1973); *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981); *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates* (1992). Además, cabe aclarar que la historia carece de raciocinio, a pesar de las ideas del filósofo alemán Georg Wilhelm Friedrich Hegel, véase *Phänomenologie des Geistes* (1807).

separador bayesiano perfecto demostrado, si bien es dictatorial, no es tiránico—como demostraremos con el juego de señalización de Santo Tomás Moro, en la próxima sección. Una auténtica tiranía desconoce al estado de derecho; es un gobierno sometido a los dictados ilegítimos de un tirano. En la próxima sección, completamos el análisis de las señales ejecutivas de los regímenes legítimos. La legitimidad del derecho legislativo, entonces, se haya relacionada (aunque sin identificarse) con la del derecho judicial.

En el lenguaje diario la frase “estado de derecho” pareciera uno de los fetiches más invocados, e incluso es casi un cliché. ¿Estaba en lo cierto el profesor de la Universidad de Yale Grant Gilmore al sostener 30 años atrás que los ideales del estado de derecho eran más retóricos que reales?<sup>27</sup> El análisis económico del razonamiento jurídico brinda un beneficio impensado: un nuevo entendimiento estratégico del concepto “estado de derecho”, concepto tan difícil de definir. El estado de derecho se refiere a la legitimidad del derecho en contraposición a aquello que es no-derecho. Y así podemos definir este concepto en términos positivos, no normativos, utilizando estos criterios económicos con mayor precisión que nunca antes. De otra manera, el concepto de estado de derecho deviene vacío y sin fundamento alguno. Si no conseguimos alcanzar suficiente claridad conceptual en estos temas, nos encontraremos en una situación que no difiere del *Gleichsbaltung*.

¿En este mundo peligroso, incierto y volátil en que vivimos es necesario acaso recurrir al derecho natural para evitar genocidios, matanzas y limpiezas étnicas o períodos de dirigismo económico? La salida de esa tremenda crisis de la humanidad, después de finalizada la II Guerra Mundial, fue muy traumática e incluso ayudó al renacimiento del derecho natural, el atribuir al pensamiento

---

<sup>27</sup> Véase *The Ages of American Law* 105-06 (1977).

positivista la responsabilidad por los trágicos efectos del conflicto, cuando en realidad fueran positivistas como Kelsen, Hermann Heller o Fernando de los Ríos quienes más se enfrentaron y sufrieron las agresiones del totalitarismo, con construcciones ilusorias y llenas de peligros que deshumanizan y arrinconan a la persona. Hace casi 70 años Lon Fuller, profesor de la Universidad de Harvard afirmaba que el derecho conserva una cierta moralidad interna.<sup>28</sup> El problema del iusnaturalismo es el siguiente: ¿La razón de quién tiene razón? ¿Cómo se hace para concebir un régimen jurídico legítimo, en términos normativos, cuando personas razonables difieren sobre cosas que son evidentes?

---

<sup>28</sup> Véase *The Law in Quest of Itself* 116 (1940). Fuller estaba más interesado en el intervencionismo económico del New Deal que en la maquinaria de aniquilamiento Nazi. Han pasado ya 50 años desde el famoso debate que sostuvo con el filósofo del derecho H. L. A. Hart. Véase Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1958); Fuller, *Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart*, 71 *Harv. L. Rev.* 630 (1958).

### 3. *El juego de señalización de Santo Tomás Moro*

A pesar de la rápida expansión del derecho legislativo en el siglo XX, cabe destacar que no han sido las legislaturas las creadoras de la mayoría de las reglas de derecho privado; sino los jueces — tanto los de raigambre romanista como los del *common law*. Y, como si esto no fuera poco, gran cantidad de derecho público es también creación judicial — e.g. la doctrina del federalismo y la norma constitucional que surgen en los Estados Unidos en el siglo XX; el corpus de derecho público de las cortes administrativas de la Corona de Castilla en América y Filipinas de los siglos XVI y XVII.<sup>29</sup> Asimismo, gran cantidad del derecho público de la Unión Europea de los últimos 60 años es creación judicial. Debemos diseñar un modelo que legitime el derecho de manera que refleje las nociones implícitas relativas al funcionamiento del derecho: que tanto legisladores como jueces crean derecho (y siempre ha sido así). El derecho judicial tiene la misma legitimidad que el derecho legislativo; es ley y norma jurídica para todos. Además, para funcionar correctamente, las instituciones fundamentales involucradas en la creación del derecho, como los órganos legislativos compuestos por legisladores electos por la vía del sufragio popular deben ser suplementadas por otros órganos sin naturaleza electiva, como el judicial. Nuevamente quitamos del análisis a todos los agentes de poder<sup>30</sup> e intentamos captar el conflicto humano en su más pura, agonal y lúdica realidad.

Para modelar la legitimidad del derecho judicial, volvemos a utilizar la teoría de juegos. Consideremos la siguiente forma extensa que llamaremos juego de señalización de Santo Tomás Moro, en el que intervienen la naturaleza, una facción y el resto de la población, es decir dos colectivos o jugadores colectivos.

---

<sup>29</sup> Véase Juan Javier del Granado, *Controversia de imperio legis et Emblemata de origine iuris* (2003).

<sup>30</sup> Nuestro análisis no requiere de reyes, ministros o jueces de ningún tipo.

La naturaleza mueve primero y determina si la facción es de alguno de los siguientes tipos: una mayoría diacrónica o una minoría discreta e insular: La facción es capaz de observar la naturaleza. Como resultado, la facción conoce sus propias habilidades combativas y las de su oponente, el resto de la población. El resto de la población, a su vez, ignora sus propias capacidades de combate y también las de su oponente, la facción.

La facción debe elegir sin demora — especialmente si esta compuesta por un solo individuo — si comunica su tipo al resto de la población a través de una señal ejecutiva o de una señal una estratégica. En el juego de señalización de Santo Tomas Moro, la señal ejecutiva es un argumento jurídico y la estratégica optar por el martirio. Para entablar una demanda judicial, el actor debe demostrar un perjuicio concreto; ello no es necesario para quien opta por el martirio.<sup>31</sup> El señalamiento de un perjuicio personal y directo permite al razonamiento jurídico crear analogías a partir de una precisa narración fáctica, una especie de hecho concreto que es de esperar se repita en el tiempo. Un litigante movido por su ideología — representando a una minoría discreta e insular — no es capaz de probar el perjuicio concreto requerido. A lo sumo, este litigante podría esgrimir argumentos de políticas públicas.<sup>32</sup>

El razonamiento jurídico es una señal ejecutiva porque el actor es capaz de demostrar un perjuicio actual o inminente en los hechos y a través del razonamiento analógico referir una serie de oscuras profecías con horribles

---

<sup>31</sup> Las doctrinas de la justiciabilidad —como ser, legitimación activa y pasiva de la acción y actos de gobierno— deberán ser de aplicación estricta para que el derecho judicial sea legítimo.

<sup>32</sup> Las doctrinas de lo que es materia justiciable como *standing* (en el *common law*) y legitimación activa y pasiva de la acción (en el derecho civil) combinan el perjuicio concreto con el daño a una esfera de interés protegida por la ley. El daño puede acaecer tanto en la esfera de interés protegida por la ley general como en la esfera personal y concreta del actor que busca una solución judicial analógica para su caso. Así los tribunales crean derecho o extienden derechos ya creados por la ley a casos no contemplados originariamente por el legislador.

consecuencias pues el daño ocurrido en el pasado podrá repetirse en el futuro. El hecho de que el razonamiento analógico sea demasiado costoso para el actor ideológico se debe a que el perjuicio alegado es puramente especulativo, una conjetura. Los argumentos jurídicos del actor ideológico no parecen reales y no son creíbles por ser abstractos y carecer de asidero en la realidad contemporánea. Nuevamente cabe precisar que las restricciones impuestas a la imitación de las señales, en este caso, son tanto internas como externas.

La función de los tribunales en el proceso judicial no consiste en extender un manto de protección sobre minorías discretas e insulares, a pesar de que el antiguo decano de la Universidad de Stanford, John Hart Ely, sostenga que esta sea una de sus funciones primordiales.<sup>33</sup> Más realista es suponer lo contrario sucede en la práctica. Los jueces ignoran a las minorías discretas e insulares — como las denomina el juez Harlan Fiske Stone en su “*Footnote*”.<sup>34</sup> El control jurisdiccional no va insistentemente contra el deseo mayoritario del pueblo ni mucho menos es una “*deviant institution*” del régimen democrático. No hay justificación positiva alguna para una acción contra el deseo de la mayoría en el proceso político. ¿Una institución de semejante índole, acaso, no instigaría una revolución en su contra? ¿Por qué el pueblo estadounidense no está pensando una revolución contra la Corte Suprema, los jueces y los abogados? ¿*La Révolution française, ne fût-elle pas provoquée par l’actuation du Parlement de Paris?* El enfoque del profesor de la Universidad de Yale Alexander M. Bickel<sup>35</sup> ha llevado a la confusión absoluta a varias generaciones de juristas del *common law* ya que no supo apreciar el funcionamiento del razonamiento jurídico a lo largo del tiempo, que opera por vía analógica.

---

<sup>33</sup> Véase *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 55 (1980).

<sup>34</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

<sup>35</sup> Véase *The Least Dangerous Branch* 16, 18 (1962).

Vaya de suyo, para despejar cualquier duda, que los tribunales integrados por jueces – que no han sido electos por el voto popular – actúan como contrapeso de las legislaturas electivas para mantener así estable el derecho legislativo a lo largo del tiempo; y a la vez, definen y protegen, mediante el derecho judicial, los intereses de una mayoría diacrónica. En términos de teoría de juegos, la señal emitida por una mayoría diacrónica es similar (pero no idéntica) a la señal emitida por una mayoría sincrónica. La legitimidad del derecho legislativo, esta relacionada (sin ser idéntica) con la del derecho judicial. Una ley del congreso, aprobada por la mayoría se vuelve mandato legal porque el resultado de la contienda social sobre la materia legislada se vuelve predecible. La sociedad decide sucumbir a la inevitable dominación de la mayoría; la sociedad se resigna a su suerte, a sabiendas de que la pelea ya tiene vencedor y sería inútil el derramamiento de sangre. En cambio, la sentencia judicial se vuelve un mandato legal no en relación al hipotético resultado de un conflicto social sino justamente porque la mayoría diacrónica decidiría optar por el conflicto aún a sabiendas de que sufriría una aplastante derrota.

Permítasenos explicar lo dicho hasta aquí. Si una pequeña minoría fuera capaz de imponer sus preferencias al resto de la sociedad, la mayoría simplemente optaría por destruirla y eliminar así la amenaza. La mayoría podría aniquilar por completo a esta minoría y a todos sus miembros. Ello viene a ser un réquiem cruel a la muerte de una facción que ya no reaparecerá, puesto que la lucha incluso podría acarrear el aniquilamiento de su descendencia. *A confronto il Diabolico Fiorentino era un piccolo dilettante.*

Sin embargo una mayoría diacrónica es diferente. Una mayoría diacrónica se compone de personas con intereses comunes y concretos, que existen en diferentes momentos de tiempo lineal, en el pasado, presente y el futuro (aunque las identidades de sus futuras integrantes permanezcan indeterminadas). Debido

a los costos de comunicación a través del tiempo así como a las paradojas<sup>36</sup> este grupo de personas no es capaz de establecer una coalición. Si cada individuo decidiera luchar por sus intereses individuales y fuera aniquilado por la mayoría, la sociedad se vería envuelta en recurrentes crisis de violencia. Actores sin relación alguna a éstos reaparecerían para exigir de la sociedad intereses análogos a lo largo del tiempo. Estratégicamente hablando, es creíble esperar que las partes agraviadas hallarán racional iniciar un combate destinado a la derrota, porque tienen la certeza de que un número mayor de personas sostendrá el mismo combate a lo largo del tiempo. La mayoría diacrónica se atreve a enfrentar al resto de la población porque se torna auto-consciente mediante el proceso de razonamiento jurídico.

Este conflicto transcurre en el pasado, presente y futuro. En un momento la facción diacrónica parecerá haberse inmolado. En otro, renacerá como el ave Fénix, literalmente, de sus cenizas. A través del razonamiento jurídico analógico, las mayorías diacrónicas son capaces de enviar señales de amenaza de violencia creíbles recurrentes en el tiempo. A través de la actividad jurisdiccional de los tribunales, la sociedad otorga algunas concesiones que favorecen los intereses comunes de la facción diacrónica a fin de evitar recurrentes actos de violencia en el futuro.

Es precisamente la teoría del núcleo vacío, que dice que ningún sistema de votación está libre de paradojas del tipo ciclo de Condorcet, la implacable característica del mundo de la política, que impide a una minoría y también a una mayoría o súper-mayoría mantenerse en el tiempo. El laberinto de la política partidaria, con sus inestables alianzas e inacabables rondas de negociaciones y re-negociaciones tiene una lógica propia. Hoy, los intereses ideológicos de los

---

<sup>36</sup> Véase los *denkexperiments* del filósofo que la Universidad de Oxford Derek Parfit, *Reasons and Persons* (1984).

grupos forman parte de la facción. Mañana, habrá que ver si una nueva facción será capaz de mantener la misma línea.<sup>37</sup>

El sendero del juego depende tanto del costo variable de las señales como del costo de actos de violencia inminentes entre los jugadores y del valor del bien rival, como definimos con las siguientes variables: En este modelo,  $\lambda'$  es el costo de creación de una contundente batería de argumentos jurídicos para una minoría discreta e insular,  $\lambda''$  es el costo de creación de una contundente batería de argumentos jurídicos para una mayoría diacrónica, y  $\mu$  es el costo del martirio. Suponemos que el costo de crear un argumento legal convincente para la minoría discreta e insular es mucho más alto que el costo del martirio,  $\lambda' \gg \mu$ . También suponemos que el costo del martirio es mucho más alto que el costo de creación de un argumento jurídico convincente para la mayoría diacrónica,  $\mu \gg \lambda''$ . No es descabellado suponer, como hacemos aquí, que las señales engañosas son mas costosas que las señales confiables entre jugadores. Suponemos que el costo social de la violencia en vidas humanas y daños materiales es inmenso.  $\nu'$  es el costo del conflicto social para la minoría discreta e insular.  $\nu''$  es el costo social del conflicto para la mayoría diacrónica. En consecuencia,  $\nu', \nu'' \gg 0$ . Suponemos que el costo social del conflicto se mantiene invariable en relación a los tamaños relativos de la minoría discreta e insular y de la mayoría diacrónica. Suponemos que el costo social del conflicto para la minoría discreta e insular es mucho mayor que el costo social del conflicto para la mayoría diacrónica,  $\nu' \gg \nu''$ . No descontamos los costos de la violencia recurrente de la mayoría diacrónica a lo largo del tiempo. El valor de la amenaza decrece inmediatamente después de que la violencia irrumpe en la sociedad. No es descabellado suponer que la violencia recurrente regenera la amenaza. Por lo

---

<sup>37</sup> A pesar de que Gerry Mackie trate de negarlo, véase *Democracy Defended* (2003).

tanto, suponemos que el costo de la violencia recurrente para el resto de la población se suma a lo largo del tiempo,  $\sum_{\tau=1}^N v'_\tau$ . Observamos entonces que la violencia recurrente solo trae condiciones de pobreza y privaciones para el resto de la población.

En el modelo, es el valor del bien rival lo que se pretende, del universo de lo que jurídicamente se pueda obtener,  $\langle \varphi \in \Gamma | \varphi \rangle \phi + v''$ . El costo de la violencia

recurrente en el tiempo es mayor que el valor del bien rival,  $\sum_{\tau=1}^N v'_\tau \gg \varphi$ .  $\chi, \delta$  son

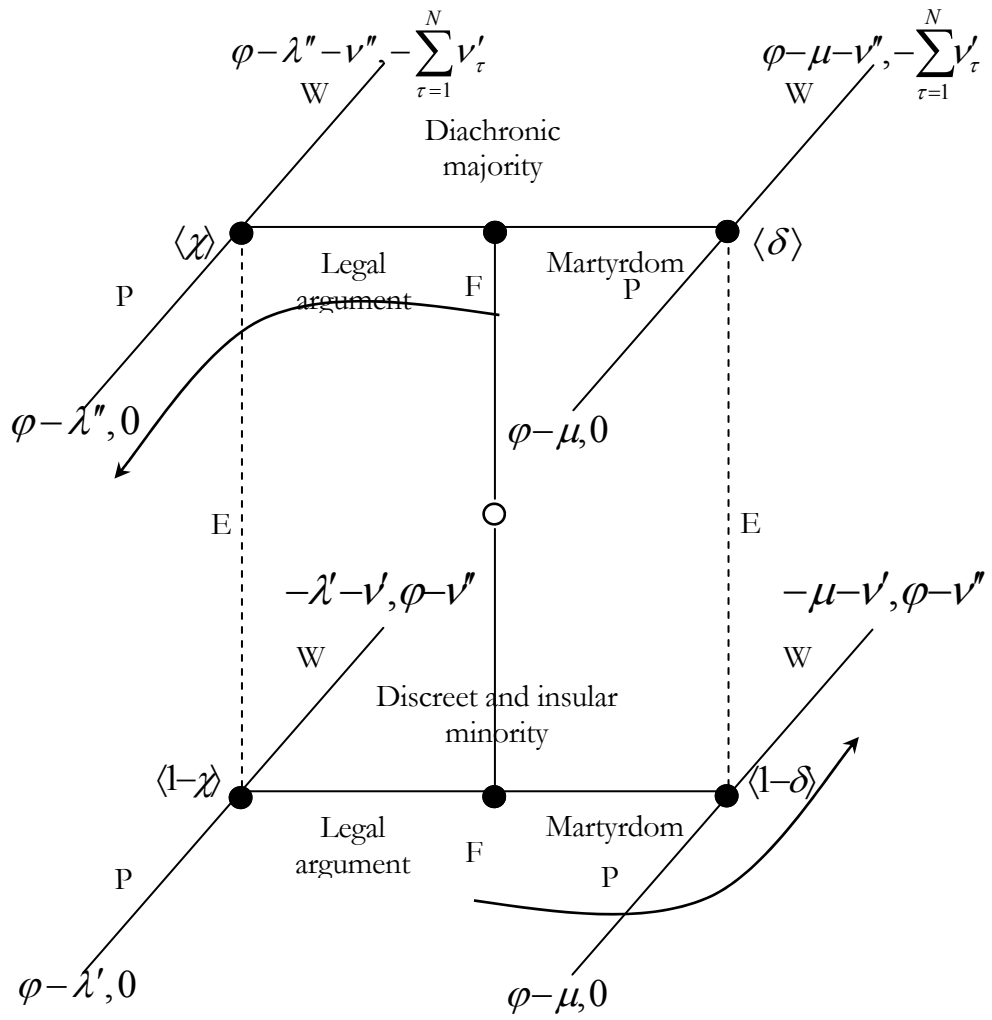
las creencias que la naturaleza ha hecho de la facción una mayoría diacrónica.  $1 - \chi, 1 - \delta$  son las creencias que la naturaleza ha hecho de la facción una minoría discreta e insular. Luego de emitir la señal, el resto de la población debe elegir entre declarar la guerra o buscar la paz. Que la mayoría diacrónica esté dispuesta a luchar por un bien con un valor de  $\varphi$  a pesar de la certeza de la derrota o la aniquilación, mediante el argumento jurídico transmite información al resto de la población sobre los costos relativos de la guerra, lo que convierte a la amenaza en creíble.

En este caso particular, si cada individuo pelea y, a su vez, es aniquilado, la sociedad se enfrenta a una crisis desintegradora de recurrentes actos de violencia, pues posteriormente resurgirán otras personas agraviadas que nuevamente lucharán por un interés análogo. Consciente de la naturaleza recurrente del conflicto, la mayoría diacrónica se anima a desafiar la hegemonía de la sociedad. Hablando en términos estratégicos, el individuo encuentra que es racional luchar contra la sociedad contemporánea, al tomar conciencia de que hubo y habrá un grupo numeroso de personas agraviadas dispersas a lo largo del tiempo que también pugnó y pugnará por un interés análogo.

El jurista docto en la materia podría sentirse incómodo con las suposiciones reduccionistas de este modelo. Agrupamos bajo una misma categoría la decisión de entablar una acción legal y la resolución *inter partes* de una controversia en vía jurisdiccional. Desechamos del planteo la distinción entre procesos adversariales e inquisitoriales. También dejamos de lado la estructura tripartida de la disputa. Nuestro enfoque está puesto en el litigio publico/privado con eficacia y alcance *erga omnes*. La estructura del derecho judicial no es bipolar sino multi-polar, con clases de actores definidos de acuerdo a un perjuicio concreto. El litigio se dirige contra el resto de la población o contra el ministerio publica en representación del resto de la población. En el derecho judicial todos tienen un interés en la controversia. Entonces, la decisión tendrá efecto mas allá de las partes involucradas. Es decir, la norma creada por el tribunal tiene eficacia y alcance *erga omnes* (con posibles consecuencias de tipo general.) Además del efecto inmediato *inter partes*, una sentencia tendrá efectos en casos futuros. Suponemos un ambiente de respeto a la jurisprudencia constante — pero no un excesivo apego al precedente ni mucho menos la obligación que pesa sobre el juez de atenerse en sus fallos a los precedentes judiciales o normas elaboradas por los órganos jurisdiccionales con anterioridad (*stare decisis et quieta non movere*). Sin el precedente, los pronunciamientos pasados no tendrían valor vinculante en el presente o futuro.

Una vez más, desnudamos el proceso a sus características agonales esenciales y demostramos que en un conflicto social sobre un bien rival, existe comunicación entre las partes. Además, el razonamiento jurídico, expresado en su forma más simple y esencial, no es más que una orden legítima — no planteada en términos del discurso racional o de una racionalidad comunicativa, sino de una amenaza creíble — que es acatada por el receptor, que reacciona a la señal variable y acepta los términos dictados por el emisor a cambio de la paz. La virtud de la teoría de juegos es la elevación de la contingencia decisoria, enraizada en la temporalidad, al

universo atemporal y descontextualizado de las matemáticas, ese gran reino de las exactitudes; así la forma extensiva nos permite la representación gráfica de una secuencia de acciones y respuestas. Hay solo dos tipos, dos señales y dos posibles respuestas.



El modelo de señalización que legitima al derecho judicial produce un equilibrio separador bayesiano perfecto, siempre y cuando el costo de generar un argumento legal convincente para una minoría discreta e insular sea más alto que el martirio. Como el sacrificio que representa el martirio, así como cualquier otra acción similar como por ejemplo una huelga de hambre es muy alto, casi suicida, la sentencia judicial tiene mayor poder como amenaza creíble que decenas de marchas callejeras. En síntesis, un argumento jurídico claro e inequívoco es una señal ejecutiva de que la mayoría diacrónica apoya la resolución judicial, que sienta un precedente judicial y que puede influir sobre las reglas del marco legal. El derecho judicial es legítimo mientras la amenaza subyacente de la violencia recurrente sea creíble en la escena del conflicto social. La sociedad se rinde ante el inevitable poder de la mayoría diacrónica antes que aceptar actos de violencia recurrentes.

El requisito democrático ineludible para que un accionante pueda comparecer ante un tribunal, que demuestre un perjuicio concreto, es la regla de representación en el proceso judicial, de la misma manera que el sufragio en una elección es la regla de representación en el proceso político. La ironía de la falacia contra-mayoritaria es que la teoría política y constitucional contemporánea considera que la sociedad sufre de un déficit democrático por la mera existencia del derecho judicial, cuando es el control jurisdiccional el que hace que la democracia funcione. Los juristas son especialmente vulnerables al canto de las sirenas provenientes del garantismo jurídico,<sup>38</sup> cuando se insuflan de ilusión que la razón sea la esencia del derecho o que el despiadado ejercicio del poder pueda ser constreñido por medio de los más altos principios y garantías procesales. El

---

<sup>38</sup> Un ejemplo es Ilya Somin, véase *Political Ignorance and the Counter-majoritarian Difficulty: A New Perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory*, 89 *Iowa L. Rev.* 1287 (2004).

único límite posible para el poder es el poder mismo. Allí donde hay otro poder equivalente, allí existe un límite.<sup>39</sup>

En los tiempos que corren, malos tiempos para el derecho y para el estado de derecho, resulta necesario exponer con cierto énfasis algunas elementalidades. No debemos confundir democracia con elecciones o constituciones (leyes de segundo orden dictadas por súper mayorías.<sup>40</sup>) Éstas son más bien una condición para la democracia, pero insuficientes en sí mismas. La democracia requiere de instituciones independientes. Los tribunales integrados por jueces que no han sido elegidos por la vía del sufragio solucionan el problema de acción colectiva de las mayorías diacrónicas. Los tribunales se hallan aislados de la dinámica de la política ya que los jueces responden a un grupo temporalmente desconectado de personas y no a circunscripciones electorales en un periodo de tiempo determinado. En conclusión, ninguna cláusula constitucional es la fuente de los derechos individuales de los ciudadanos, sino las sentencias judiciales que resuelven los casos concretos, tal como son presentados por ante los tribunales.

---

<sup>39</sup> No se debe creer que el gobierno limitado depende enteramente de una delegación constitucional bien definida. El poder reside en el pueblo como hecho social. Las constituciones deberían clarificar el acotado rol del gobierno y el carácter expansivo de la acción individual, pero no por ello debe creerse que la ley o los principios constitucionales definen las funciones de legislaturas y tribunales. Es el poder el que se define a sí mismo. El poder de una persona termina allí donde el de otra comienza. Las coaliciones entre personas son muy inestables, las mayorías de hoy no serán las mismas que las de mañana. Son determinados individuos, que comparten intereses concretos, quienes ejercen ese poder, no las legislaturas ni los tribunales. Bajo el estado de derecho subyace un delicado balance de los poderes.

<sup>40</sup> El factor tiempo es un problema para el análisis del derecho constitucional. La respuesta de Jed Rubenfeld es que las “personas” existen a través del tiempo. Dicha opinión choca con la incompletitud de las constituciones, el limitado período de vida de una generación y la inherente inestabilidad de las coaliciones de las súper mayorías. Véase Jed Rubenfeld, *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government* (2001). La teoría de Malla Pollack de las constituciones como promesas intergeneracionales es un válido y realista intento de aplicar teorías de derecho privado al campo del derecho público. véase *Dampening the legitimacy of the United States's Government: reframing the Constitution from contract to promise*, 42 *Idaho L. Rev.* 123 (2005). Pollack admite que estas promesas (que originan derechos casi-contractuales) obligan solo al estado; los ciudadanos pueden quitarle su voto de confianza en cualquier momento. En la práctica la calma aparente o indiferencia de los ciudadanos puede que no sea más que miedo al poder. Tratar de resistir dicha conclusión es quizás entendible teniendo en cuenta el objetivo buscado por Pollack, pero su argumento pareciera confirmar más que contradecir la originalidad en la interpretación de textos constitucionales.

¿Porque, entonces, el derecho publico mantiene el espectáculo insensato y absurdo de crear una convención constitucional, que rearma ideológicamente a los opinionistas y especuladores de toda laya que no llegan a colmar sus aspiraciones, con un foro propicio para regatear sobre derechos abstractos, como si fueran temas de políticas publicas?

Asimismo, es evidente que en nuestro modelo, los jueces crean nuevo derecho así como también vuelven sobre la líneas jurisprudenciales del pasado, reinterpretándolas a la luz de los hechos presentes, o, llegado el caso, abrogándolas por completo.<sup>41</sup> Parecería, entonces, no haber dificultad conceptual aquí, por lo menos desde la óptica del positivismo jurídico. Es la teoría declaratoria de la decisión judicial — enraizada en la tradición del derecho natural que cree en un orden normativo preexistente y eterno al que debería ceñirse la conducta humana — que pretende que los jueces sólo actúan retroactivamente para dejar sin efecto jurisprudencia pasada. Con un cambio del estado del conocimiento, la mayoría sincrónica puede reconsiderar el derecho legislativo. Con un cambio del estado del conocimiento, la mayoría diacrónica puede reconsiderar el derecho judicial. La argumentación jurídica muere y resucita, evalúa y reevalúa, interpreta y reinterpreta, siempre de las mano de las generaciones existentes.

---

<sup>41</sup> *Stare decisis* no es una norma inexorable, ni siquiera en el *common law*. Si un tribunal encuentra que un precedente está errado, puede dejarlo sin efecto. En la tradición civilista para tener fuerza de precedente se necesita una jurisprudencia constante, pero también aquí los jueces son libres de apartarse de los precedentes.

#### 4. *Hacia un nuevo y mejor definido formalismo*

Nuestro nuevo enfoque para entender el derecho legislativo y judicial se enmarca en los parámetros normales del positivismo jurídico. Siempre existirá desacuerdo sobre cuáles son los derechos individuales básicos, así como las garantías y los valores comunes de una sociedad. Es por ello que sometemos la política y la ley al estado de derecho.

En tanto en cuanto los problemas de agencia queden fuera del análisis, no hay necesidad de una moralidad política o jurídica. El orden del derecho y de la moral no deben confundirse. Una obligación jurídica y un deber moral son dos cosas distintas. “La ley” es ley propiamente dicha. Su legitimidad nada tiene que ver con la moral. A pesar de que somos personas morales – la ley para nosotros es otra cosa. Robert Cooter ha modelado la moralidad como un equilibrio inducido por las sanciones informales, dependiente de otro equilibrio de señales que llama “*consensus*.”<sup>42</sup> Como bien señala Cooter, el problema del consenso es que no es necesariamente mayoritario. Mientras el consenso no sea mayoritario debe quedar relegado a la espera de aplicación informal.

La única justificación para el derecho coactivo debe residir en la legitimación que otorga el poder de la mayoría. Si logramos claridad conceptual en estos temas, podremos evitar el triunfo de una dictadura moral en el futuro y salvar así a la democracia misma.<sup>43</sup> Sin un estado de derecho positivo, el orden coactivo estaría validado por decretos ilegítimos, sin el valioso ejercicio de la rendición de cuentas

---

<sup>42</sup> Véase Normative Failure Theory of Law, 82 Cornell Law Review 947 (1997). Cooter responde con una demora de más de 200 años a la vieja cuestión planteada por Denis Diderot. Claus Ott y Hans-Bernd Schäfer, Emergence and construction of efficient rules in the legal system of German civil law, 13 International Review of Law and Economics 19-33 (1993).

<sup>43</sup> Cuba es un ejemplo de dictadura moral de una minoría ideológica que detenta el control absoluto. Una dictadura moral es tiránica por definición. véase Ricardo Manuel Rojas, Los derechos fundamentales y el orden jurídico e institucional de Cuba (2005).

democrática — los contrapesos que imponen el congreso y el control jurisdiccional al accionar arbitrario del gobierno.<sup>44</sup>

Cooter ha descubierto la lógica económica detrás de la moral, a través del análisis económico de la aplicación de las normas sociales. Ley y moral parecerían tener la misma extensión, y el derecho parecería ser un orden normativo. Que el acato y el respeto por la ley se convierta en una norma social es harina de otro costal. El enfoque de Cooter recae sobre las normas sociales eficientes. Sin embargo, tenemos que ser cuidadosos, y no olvidar que existen normas sociales ineficientes y hasta patológicas.<sup>45</sup> La legitimidad del derecho, como demostramos, puede ser puramente positiva.

Mientras que la democracia y el estado de derecho estén basados en la violencia, la única justificación posible para estas instituciones es únicamente positiva. Cooter olvida que necesitaríamos un cabal entendimiento del mecanismo a través del cual se generan las normas jurídicas: legislación y jurisprudencia, antes de pretender esgrimir un adecuado entendimiento de la relación entre moral y derecho. El análisis económico del derecho ha carecido, hasta ahora por lo menos, de un modelo positivo adecuado que explique los mecanismos de creación del derecho. En este orden de ideas sorprende la franqueza de David Friedman, en una profesión donde se desprecia a cualquiera que ose manifestar ignorancia sobre algún tema.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> El teorema de Coase dice que, si para las coaliciones negociar no tuviera costo alguno y se permitieran esquemas de pagos colaterales, la decisión de la mayoría resultaría en un equilibrio estable de políticas gubernamentales eficientes.

<sup>45</sup> Véase Eric A. Posner, *Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law*, 27 *J. Legal Stud.* 765 (1998).

<sup>46</sup> Friedman no pretende decir que sabe todo de todo, a diferencia de otros autores de la escuela del análisis económico del derecho, *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters* 318 (2000).

Debemos ser honestos al aplicar la metodología económica.<sup>47</sup> La honestidad intelectual es el único modo de perfeccionar el análisis económico del derecho. Los modelos matemáticos son (a veces) indeterminados. En análisis matemático tiene sus límites — vale la pena recordar que nos enfrentamos a los mismos ya en el siglo XIX.<sup>48</sup> Algunos estudiosos temen estos límites o prefieren ignorarlos. Otros los reconocen y admiten. La teoría de los juegos pretende elevar la contingencia decisoria, enraizada en la temporalidad, al estrato atemporal y descontextualizado de las Matemáticas. Y la teoría del juego se encuentra al borde de lo que puede ser modelado.<sup>49</sup>

En consecuencia, muchas preguntas jurídicas escapan a las precisas definiciones económicas. Como dice Friedman, la economía no es un conjunto de preguntas y respuestas.<sup>50</sup> La economía es un intento de predecir el comportamiento humano. Sus resultados dependen no sólo de la teoría sino también de los hechos mundanos a los cuales se aplica la teoría económica. El análisis económico nos explica mucho sobre el mundo. Sin embargo, debemos admitir que es mucho mas aquello del mundo que ignoramos que lo que conocemos.

Permítannos probar tal aserto. Los mercados, bajo ciertas circunstancias, agregan información privada. Un precio de mercado puede contener más información

---

<sup>47</sup> Utilizando el método matemático y el análisis económico hemos sido capaces de echar luz sobre muchos misterios de la economía. Para una enunciación ya clásica del método de la economía positiva véase Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in *Essays in Positive Economics* 3-43 (1953).

<sup>48</sup> Henri Poincaré descubrió dichos límites cuando enfrentó el problema tridimensional de la mecánica celeste, véase *Sur le problème des trois corps et les équations de la dynamique*, 13 *Acta Mathematica* 1 (1889); I *Les Méthodes nouvelles de la mécanique céleste* 3 (1892).

<sup>49</sup> Los fenómenos de múltiples equilibrios explican que la fuerza bruta requiere más acción colectiva que atributos personales (el bruto y primitivo cavernícola aun sigue agazapado dentro del ser humano). Polibio, en lo referente a la instrucción moral, véase *Subdolos Diabolarum Cogitationum Faber*, lo entendió bien (no lo hizo, en cambio, el teórico del poder florentino). Así, Polibio sostuvo que la justicia (la autoridad de la ley) es lo que permite a un líder mantener su poder aun cuando es débil a causa de su edad. *Ἡ ἱστορία* (130 B.C.)

<sup>50</sup> Véase *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters* 317 (2000).

acerca del mundo que lo que cualquier analista económico pueda saber. Los precios transforman la información privada en pública. El resultado de ello es más instructivo que cualquier análisis normativo sobre el mundo que refleje los valores y la visión de un solo economista.

¿Entonces, por vía de hipótesis, qué pasaría si las legislaturas y los tribunales agregaran información privada como hace el mercado? Si hay algo que nos enseña la teoría de juegos es que debemos admitir que no solo los mercados, sino también las instituciones políticas y jurídicas son sistemas de comunicación. Cooter imagina como, bajo las condiciones adecuadas, la negociación Coaseana pueda darse también en las legislaturas.<sup>51</sup> El resultado de la negociación serían normas jurídicas eficientes, más un suministro eficiente de bienes públicos. Este trabajo va más allá. ¿Si los derechos tienen costo y las negociaciones son implícitas en el reconocimiento de los derechos individuales,<sup>52</sup> como se realiza la negociación en los tribunales? En las legislaturas, el pragmatismo mundano de la política genera coaliciones de corta duración, que imponen normas jurídicas al estilo dictatorial.

El estado de derecho es, al interior de la constitución, un delicado balance entre poderes sincrónicos y diacrónicos. Martin Shapiro demostró como los tribunales evitan choques frontales con las legislaturas resolviendo casos concretos, uno a uno, estableciendo así una jurisprudencia constante que se incrementa con el tiempo.<sup>53</sup> Para el juez Ginsburg, los tribunales abren un canal de dialogo (¿racional?) con el parlamento cuando deliberadamente avanzan sus decisiones.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Véase, e.g., his distinction between the political and democratic Coase theorem, in *The Strategic Constitution* 53.

<sup>52</sup> Véase Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (1999).

<sup>53</sup> Véase *The European Court of Justice: of Institutions and Democracy*, 32 *Israel Law Review* 3 (1998).

<sup>54</sup> Véase Ruth Bader Ginsburg, *Speaking in a Judicial Voice*, 67 *N.Y.U. L. Rev.* 1185 (1992).

Los tribunales evitan colisionar con el parlamento aplicando la doctrina de los actos de gobierno no justiciables y el grupo de doctrinas que les permite a los jueces evitar los temas constitucionales en tanto como sea posible.

Este trabajo refiere a otro grupo de doctrinas jurídicas sobre lo que es materia justiciable: principalmente, la legitimación pasiva y activa en la acción. El resultado sorprendente al cual hemos arribado es que los individuos tienen facultades legislativas. Un simplificado esquema de teoría de juegos nos ha mostrado como ello es posible.<sup>55</sup> No sólo la legislación privada es posible, sino ubicua. Los mejores modelos científicos evitan las complicaciones y favorecen un estilo simple. ¿Si los individuos, bajo ciertas circunstancias, pueden dictar condiciones al resto de la sociedad, que tipo de negociación Coaseana debería ocurrir para garantizar la eficiencia en el derecho judicial? ¿Es posible acaso hacer comparaciones interpersonales de utilidad? Creemos que no. Las leyes creadas por los individuos se fundan en el conocimiento privado que poseen dichos individuos. El derecho judicial, entonces, transforma el conocimiento privado en público.

¿Tienen los jueces en cuenta la compensación que implica negociar derechos? El análisis económico del derecho puede informar sus decisiones. Además, el razonamiento jurídico analógico enseña a los jueces como el conflicto social puede ocurrir en la dimensión temporal.<sup>56</sup> Las coaliciones sincrónicas se improvisan rápidamente, son inestables y no duran mucho. La persistencia diacrónica se basa en la regeneración de litigantes individuales con perjuicios concretos similares. Si nos encontráramos con una mayoría diacrónica por un

---

<sup>55</sup> ¿Nos preguntamos cuándo podría un individuo desafiar a la sociedad y triunfar?

<sup>56</sup> En una sola instancia de una redistribución ineficiente de la riqueza, una parte puede ganar y otra perder. Sin embargo, si se repite, la otra parte no podría soportar pérdidas indefinidamente. Entonces, redistribución ineficiente tendería a ampliar su base—una consecuencia no deseada.

lado y una mayoría sincrónica por otro, la elección resultaría clara.<sup>57</sup> Si en cambio se tratara de dos mayorías diacrónicas, la elección no sería fácil.

Los jueces no son adivinos. Los jueces aplican el razonamiento probabilístico a los argumentos jurídicos a la luz de su conocimiento presente sobre el pasado y el futuro. La independencia judicial soluciona el problema de acción colectiva causado por la imposibilidad de las partes de formar coaliciones en el tiempo para defender eficientemente sus derechos, debido los costos de transacción y a las paradojas temporales.

El análisis económico del derecho debe llegar a un equilibrio entre una mejor definición del formalismo del razonamiento jurídico y una mejor comprensión de las consecuencias de las normas jurídicas. Dicha perspectiva enriquecería el análisis económico del derecho. Y sería un acto de honestidad intelectual y modestia ontológica. Como sostuvo Hayek, la economía de la información explica porque tenemos libertad.<sup>58</sup>

El derecho es un conjunto de órdenes coercitivas que estructura la libertad, dentro de una económica abierta y competitiva de violencia. Los individuos (a través del derecho judicial) han sido los artífices del ordenamiento sustantivo de derecho privado.<sup>59</sup> En consecuencia, para incrementar nuestra libertad debemos desconstitucionalizar el derecho privado. Además, el derecho público debe fijar límites al accionar del gobierno. La aplicación de la norma constitucional, aún

---

<sup>57</sup> Los costos de agencia podrían decrecer si las partes en litigio soportaran las consecuencias de los juicios directamente, contrariamente a lo que sucede con los representantes políticos.

<sup>58</sup> Véase 2 Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice* (1976).

<sup>59</sup> Uno de los postulados más famosos del análisis económico del derecho es que el *common law* es eficiente. Véase Richard A. Posner, *Economic Analysis of the Law* 25-26, 573-75 & n. 1 (6th ed. 2003). Diferentes explicaciones han sido propuestas, desde modelos evolutivos a argumentos de tipo Hayekianos. Véase Paul H. Rubin, *Micro and Macro Legal Efficiency: Supply and Demand*, 13 *Sup. Ct. Econ. Rev.* 19 (2005). Un argumento que nunca ha sido usado, sin embargo, es que el *common law* es eficiente por ser un sistema paradigmático de derecho privado, explicación que también podría extenderse al derecho romano.

indirectamente, en el orden privado, deviene así en una farsa y los remedios constitucionales son ilusorios o inútiles, en tanto y en cuanto no exista acción estatal.

Proponemos, en consecuencia, un nuevo formalismo modesto, que respeta el razonamiento por analogía y los resultados democráticos como una rama del razonamiento práctico. La elección racional es una suposición optimista cuando se aplica a individuos que actúan en su propio interés, y que como Friedman inteligentemente apuntó, se vuelve pesimista cuando la aplicamos a personas que actúan en interés de otros. Hemos omitido deliberadamente los problemas de agencia en este trabajo. Con costos de agencia, la teoría de la elección pública nos enseña a ser cautos. Quizás, comprender la lógica del problema amplía el espectro para el analista económico y limita el del dogmático (creyente en el razonamiento jurídico y la democracia).<sup>60</sup>

Hasta el momento la teoría de la elección pública ha carecido de un esquema explicativo positivo adecuado para explicar los mecanismos que crean las normas jurídicas: derecho legislativo y judicial. Por medio de este trabajo esperamos haber contribuido al desarrollo de dicha teoría. La conclusión a la que arribamos es interesante. A través del análisis económico del razonamiento jurídico llegamos a concluir que el derecho es (en cierta medida) una disciplina autónoma.

---

<sup>60</sup> La hipótesis de eficiencia de los mercados —que agregan la información ya conocida— sería más problemática de formular en cuanto a legislaturas y tribunales.