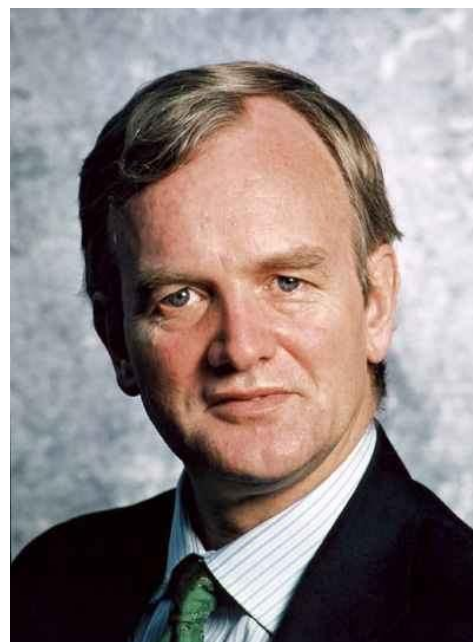


Sobre Quién gobierna el mundo? de Philip Wood **Por Enrique A. Bour – Junio 29, 2010¹**

En esta nota “casual” he aprovechado una cuestión planteada por el abogado Philip Wood² para incluir algunas glosas adicionales sobre la cuestión político-jurídica de nuestro país. Para ello se incluye en primer lugar una versión en español del documento, dejándose para notas a pie de página y para el final algunos comentarios adicionales.

Comentario de un economista sobre los abogados

Willem Buitter es un destacado economista que ha hecho recientemente un comentario sobre abogados. Lo traigo a cuento porque Buitter se ha ganado una merecida fama, como lo atestiguan sus numerosas publicaciones, orientadas en general hacia temas de economías abiertas, problemas monetarios, de finanzas públicas, los temas vinculados con la globalización de la economía, la independencia del banco central y muchos otros que tienen una estrecha relación con los intereses de la Argentina. Willem Hendrik Buitter nació en 1949 en La Haya y ha sido miembro del Comité de Política Monetaria del Banco de Inglaterra entre junio de 1997 y mayo de 2000. En setiembre de 2005 pasó a la famosa London School of Economics con una cátedra en el European Institute. También escribe para el *Financial Times*, en el cual mantuvo hasta diciembre de 2009 un blog llamado "Maverecon". Buitter tiene ciudadanía inglesa y norteamericana. En 2009, pasó a desempeñarse como Economista Jefe del Citigroup, en remplazo de Lewis Alexander. Como dato curioso dado el cargo que desempeña, Buitter describió al Citigroup, en una entrada en un *blog*, como “un conglomerado con las peores prácticas de todo el espectro financiero” (*a conglomeration of worst practice from across the financial spectrum*).



Willem H. Buitter

Lo que dice Buitter es algo así, en el *blog* del Financial Times (2008): “Exceptuando una pequeña minoría, los abogados no saben nada. Son incapaces de razonar lógicamente. No saben la diferencia entre una condición necesaria y una condición suficiente o entre un error de tipo I o de tipo II. Para ser más precisos, todo concepto probabilístico les es ajeno. No entienden los conceptos de costo de oportunidad o de *trade-off*. No pueden establecer la diferencia entre enunciados normativos y positivos. Están tan concentrados en ganar un argumento mediante tecnicismos que ni siquiera reconocen la verdad cuando les da por el trasero. Nunca conseguiremos acceder a la verdad, y mucho menos toda la

¹ Economista visitante de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), y profesor titular de la Universidad de Buenos Aires.

² Lawyers and Economists: Who Rules the World?, *Business Law International* (Vol. 11, N° 2, May 2010). He agregado algunos hiperlinks y comentarios informativos.

verdad. Las cosas degeneraron hasta un punto en que los abogados y la profesión legal quebrantan la justicia, e incluso las leyes.”

Esta observación es leve comparada con otras denuncias sobre los abogados.

Algunos líderes

Una forma útil de comenzar a analizar quién tiene razón es armar dos listas de líderes como se muestra a renglón seguido:

Primera lista

Tony Blair³
Fidel Castro⁴
Maximilien de Robespierre⁵
Bill Clinton⁶
Mahatma Gandhi⁷
Barack Obama⁸
Christine Lagarde⁹
Nicolas Sarkozy¹⁰
Vladimir Putin¹¹.

Segunda lista

Silvio Berlusconi¹²
Mao Tsé Tung¹³
Wen Jiabao¹⁴

³ Anthony Charles Lynton Blair, más conocido como "Tony" Blair, político británico que fue Primer Ministro del Reino Unido entre 1997 y 2007. También fue líder del Partido Laborista entre 1994 y 2007.

⁴ Fidel Alejandro Castro Ruz, militar y político cubano. Fue mandatario de su país, con el cargo de primer ministro (1959-1976) y presidente de Cuba (1976-2008). Actualmente ejerce como primer secretario del Partido Comunista de Cuba y como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas Revolucionarias (Ejército) de la República de Cuba. Es, además, uno de los condecorados por la Unión Soviética con la Orden de Lenin. Es doctor en Derecho Civil y licenciado en Derecho Diplomático.

⁵ Maximilien François Marie Isidore de Robespierre fue un político francés (apodado «El Incorruptible» por su dedicación a la Revolución y por su resistencia a los sobornos) y uno de los más importantes líderes de la Revolución francesa.

⁶ William Jefferson "Bill" Clinton fue el 42º presidente de los EE.UU. en 1993-1997 y 1997-2001.

⁷ Mohandas Karamchand Gandhi fue un abogado, pensador y político indio.

⁸ Barack Hussein Obama II, 44º y actual presidente de EE.UU.

⁹ Christine Lagarde, actual Ministro de Finanzas, Industria y Empleo de Francia, desde junio de 2007.

¹⁰ Nicolas Paul Stéphane Sarkozy de Nagy-Bocsa, político francés de ascendencia húngara. Desde el 16 de mayo de 2007 es el 23º presidente de la República Francesa.

¹¹ Vladimir Putin, político ruso. Fue el 2º presidente de Rusia desde la disolución de la Unión Soviética y es el actual primer ministro y presidente del partido Rusia Unida.

¹² Silvio Berlusconi, político italiano y actual Primer Ministro de Italia y líder del partido italiano Pueblo de la Libertad. Asimismo es propietario del equipo de fútbol AC Milan, y empresario.

¹³ Mao Tsé Tung, máximo dirigente del Partido Comunista de China y de la República Popular China. Bajo su liderazgo, el Partido Comunista se hizo con el poder en China continental en 1949, cuando se proclamó la nueva República Popular, tras la victoria en la Guerra Civil contra las fuerzas de la República de China.

George Bush II¹⁵
Angela Merkel¹⁶
Gordon Brown¹⁷
Alan Greenspan¹⁸
José Stalin¹⁹.

Los lectores pueden apreciar rápidamente que los líderes de la primera lista se formaron todos como abogados, en tanto que los de la segunda lista no, según el autor.

Un breve examen de la presencia de abogados en las asambleas legislativas y en los gabinetes parece indicar que existe una elevada proporción de gente legalmente entrenada. Por ejemplo, según la American Bar Association, en 2006 53% del Senado norteamericano y 36% del congreso de ese país eran abogados. Cuando Sarkozy en Francia formó su primer gabinete a poco de asumir, nueve de sus 16 miembros eran abogados. El Ministro de Finanzas francés Christine Lagarde fue socia gerente de Baker & McKenzie. Según el país de que se trate, se cree que la cantidad de abogados en las asambleas es muy sustancial.

Por otro lado, si bien Wood no hizo una compulsiva cuantitativa, es muy probable que exista una elevada proporción de economistas en puestos de toma de decisión de ministerios de finanzas y tesorerías, en los bancos centrales y, naturalmente, en las instituciones multilaterales tales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco de Ajustes Internacionales, la Organización de Cooperación Económica y Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo.

Luego se plantea una cuestión: ¿quiénes son los que toman decisiones sobre nuestras vidas y nuestro futuro en el planeta?

Sería injusto dejar de lado a otros candidatos como los científicos, los médicos, los contadores, los consultores administrativos y, en realidad, a toda la gente común que realiza tareas ordinarias. Tampoco debería omitirse a los artistas y a los escritores que, desde un principio, han reivindicado para sí un punto de vista sagrado sobre la condición humana y sobre la verdad de todas las cosas. A pesar de la petición irresistible de todas estas personas ilustres que contribuyen en tan alta medida a nuestro bienestar y felicidad,

¹⁴ Wen Jiabao, político chino, actual primer ministro de la República Popular China.

¹⁵ George Walker Bush, 43º presidente de EEUU desde el 20 de enero de 2001 hasta el 20 de enero de 2009. Entre 1995 y 2000 había sido el 46º gobernador del estado de Texas. Milita en el Partido Republicano.

¹⁶ Angela Merkel, canciller de Alemania desde 2005, miembro y presidenta de la Unión Demócrata Cristiana de Alemania desde 2000, y ejerce a la vez como diputada del Bundestag, cámara baja del parlamento alemán, donde representa a un grupo de distritos que incluye los de Pomerania Occidental y Rügen, así como la ciudad de Stralsund.

¹⁷ James Gordon Brown, político británico, miembro del Partido Laborista. Fue primer ministro del Reino Unido entre 2007 y mayo de 2010.

¹⁸ Alan Greenspan, economista estadounidense que fue presidente de la Reserva Federal de EE.UU. entre 1987 y 2006.

¹⁹ José Stalin, máximo líder de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y del Partido Comunista de la Unión Soviética desde mediados de los 1920s hasta su muerte en 1953.

parece probable que la gente principal que “tiene la manija” cuando hay que poner orden sean los abogados y los economistas.

Validez de los estereotipos

Lo primero que debe responderse es si existe, en la forma de pensamiento de estas dos disciplinas – economía y derecho –, algo que incida sobre la competencia y la capacidad de dictarle al resto del planeta cómo conducirse en sus asuntos, por ejemplo cómo deberían ser sus instituciones políticas, cuáles sus leyes, cuál la intensidad de los castigos aplicados, cuál la carga fiscal que deberían soportar, cuál el costo del dinero y qué interferencia deberían tener los gobiernos sobre nuestros negocios y nuestra vida privada.

4

No debe suponerse que nuestros trabajos condicionen nuestros intelectos y emociones, o que nuestro trabajo sea lo mismo que nosotros. Es de sentido común que las diferencias de actitudes y en lo más íntimo de la conciencia y la mente humana dependan mucho más de los individuos y de su crianza y naturaleza que de lo que hicieron en la universidad o de cuál fue su trabajo.

Tampoco se puede juntar a todos los economistas en una única clase y a todos los abogados en otra.

Aún así, vale la pena considerar si las disciplinas tienen características en común y que pueden jugar un rol, amplio o no, en el enfoque de sus devotos a las grandes áreas de formulación de políticas.

En particular, vale la pena mencionar algunos estereotipos, aunque sólo sea para rechazarlos por ser prejuicios infundados. A continuación se mencionan algunos de estos hábitos mentales aparentes.

Moral

A menudo se sostiene que los economistas están interesados primariamente en la función, la utilidad, el utilitarismo, la eficiencia y la ponderación de costos y beneficios en términos monetarios. En contraste, se dice que los abogados, por su formación, están más inclinados a la moral, la justicia, la libertad individual y el Estado de Derecho. Aún los abogados dedicados a argumentar en detalle sobre el contrato de un oleoducto, o sobre créditos bancarios sindicados, o sobre condiciones de emisión de deuda en los mercados de capital, o sobre acuerdos de compra-venta de empresas, o sobre acuerdos de consorcio y otros parecidos, se empeñan en forma constante en llegar a algo que sea razonable y equitativo. Parándose en este nivel, se puede decir que el concepto de *razonabilidad*, que es una suerte de justicia, está incorporado en su rutina cotidiana.

Lenguaje

Los economistas son maestros de la métrica y las matemáticas. Están acostumbrados a expresar su pensamiento cuantitativamente mediante fórmulas, ecuaciones, gráficos y modelos. A estos números los consideran válidos en forma absoluta y universal, y aún

puros y espirituales (al menos desde Pitágoras en adelante). Hay escépticos que afirman que la métrica denota fronteras nítidas, mientras que en el mundo real hay todo un continuo o espectro difuso. Otros dicen que los economistas, al usar números, en forma ocasional no distinguen entre causalidad y correlación, que emiten profecías que serían demostradas por las matemáticas sagradas, las cuales de hecho son tan inseguras como cualquier pronóstico, y que a menudo los modelos son demasiado simplistas como para reflejar la complejidad del mundo real. Por lo tanto, su grado de verdad, según esta teoría, es una caricatura.

Se trata de una ardua discusión. En realidad, la síntesis y destilación de conceptos son procesos muy importantes en toda disciplina, y los economistas están en lo cierto al respecto. Luego no se trata de que los modelos matemáticos sean reduccionistas, en la medida que seamos conscientes de ello.

En todos los casos, los abogados usan el lenguaje ordinario, palabras y gramática. Tienen su propia jerga, que sin duda originalmente fue diseñada como expresiones abreviadas, pero que a veces es utilizada para poner su conocimiento interno arcano y esotérico por arriba de la demás población analfabeta y bárbara. Como lo han demostrado grandes filósofos de la lingüística, como Ludwig Wittgenstein o Jacques Derrida, el lenguaje es resbaladizo, circular, demasiado cualitativo y a menudo no significa nada.

Que signifique algo o nada es un debate interesante, que se deja de lado por el momento, mencionándose que de una forma tal vez impenetrable la articulación del pensamiento, ya sea mediante símbolos matemáticos o con lenguaje corriente, puede tener algún impacto sobre la aproximación a la verdad.

Emoción

Un lugar común muy de moda es que los economistas son relativamente inconscientes de que los seres humanos tienen emociones y sentimientos. Es verdad que Keynes se refirió a los “espíritus animales” y que Alan Greenspan habló de “exuberancia irracional”, pero estos destellos de profundidad entre los economistas son considerados la excepción y por consiguiente son tratados por los entendidos en economía como palabras extraordinarias de sabiduría. Sin embargo, en las recientes décadas los economistas han comenzado a tratar este lado afectivo de la psiquis humana, lo que condujo a la especialización de la economía del comportamiento. Algunos economistas han llegado a ganar el premio Nobel por su trabajo que descubrió que los seres humanos tienen emociones, lo que a veces los lleva a hacer tonterías²⁰. Con el tiempo este nuevo



Daniel Kahneman

²⁰ Éste fue el caso del premio Nobel 2002, dividido en partes iguales entre Daniel Kahneman "por haber integrado puntos de vistas propios de la investigación psicológica en la ciencia económica, en especial en lo concerniente al juicio humano y las decisiones bajo incertidumbre" y Vernon L. Smith "por haber instalado experimentos de laboratorio como herramienta del análisis económico empírico, en especial en el estudio de mecanismos de mercado alternativos".

enfoque puede erosionar el enfoque del economista de que todos maximizan egoísta y racionalmente. Pero a grandes rasgos continúa siendo válido el estereotipo de que, según los economistas – o al menos según los que sostienen la hipótesis de los mercados eficientes²¹ – no somos estúpidos, no entramos nunca en pánico ni hacemos nada por arranques de ira, envidia, lascivia o codicia.

Por otra parte, los abogados desde tiempo antiguo han estado próximos a la emoción. A partir de las épocas más remotas sus códigos se ocupaban de la familia, el sexo, el asesinato, el robo y la guerra. Hoy día, el abogado de negocios participa diariamente en justas contractuales al negociar documentos o en enfrentamientos de consorcios y, cuando las cosas se ponen mal, en una justa formal ante un tribunal en el cual se despliegan todas las formas de emociones profundas y egos. Luego estamos acostumbrados a esta cara primitiva de la naturaleza humana. Sus reglas, sus leyes del juego y sus tribunales buscan reprimir la necesidad urgente de matar a la competencia.

Detalle

Otra distinción que también puede ser un estereotipo sin fundamento, es que los abogados están próximos a los detalles reales de la vida, en tanto que los economistas se manejan con grandes movimientos genéricos, con amplias categorías de actores y con teorías generales poco incisivas. Los abogados se manejan con detalles minúsculos, y prestando una atención meticulosa a datos diminutos, a nivel de mili, micro, nano o meta. Por tal motivo a los abogados se los ve a veces como pedantes laboriosos, incapaces de apreciar el gran marco y la verdad real.

²¹ Sin embargo, Wood comete el error de creer que la hipótesis de eficiencia implica que los inversores se comportan racionalmente. La hipótesis permite que algunos inversores reaccionen en exceso ante las noticias y que otros lo hagan en defecto. *Lo único que exige es que las reacciones de los inversores sean lo suficientemente aleatorias como para que no sea posible obtener un beneficio que supere al mercado.* Es posible, por lo tanto que el mercado se comporte irracionalmente durante un largo período. Los crashes, burbujas y depresiones son compatibles con la hipótesis siempre que esta conducta no sea predecible. Con respecto a lo sostenido sobre la ausencia de una teoría de las emociones por los economistas, a partir de Gary S. Becker, un economista que recibió el premio Nobel en 1992 por ampliar el dominio del análisis microeconómico a un mayor rango de comportamientos humanos fuera del mercado, también puede criticarse lo sostenido por Wood. En su libro *Passions Within Reason: The Strategic Role of the Emotions* (New York: W.W. Norton 1988), el economista Robert H. Frank discute la idea de que las emociones desempeñan un rol importante en la toma de decisiones y las interacciones personales, aunque parezcan irracionales. La emoción del amor puede conferir más valor a un compromiso romántico de largo plazo. Un ser “racional” se desharía de su pareja tan pronto como encontrase una mejor. El apego emocional proporciona más sentido de largo plazo a la relación. Poéticamente, “los que son sensibles al amor son incapaces de lograrlo”. En forma similar, la rabia puede ser usada como un mecanismo de pre-compromiso. La envidia puede ser útil porque impone distribuciones más equitativas. Si actúa “irracionalmente” cuando es tratada de manera no equitativa, una persona puede obtener mejores resultados en situaciones que se asemejan al juego del ultimátum si su oponente anticipa su respuesta emocional y ajusta de manera adecuada sus estrategias. V. por ejemplo David D. Friedman, *Price Theory: An Intermediate Text*, [Chapter 11](#). Otro economista y pensador importante que cabe mencionar es el noruego Jon Elster, del que pueden citarse las siguientes obras vinculadas con esta discusión: *Strong Feelings: Emotion, Addiction, and Human Behavior* (MIT Press, 1999); *Alchemies of the Mind: Rationality and the Emotions* (Cambridge, 1999); *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints* (Cambridge, 2002); *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (Cambridge, 2004); *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences* (Cambridge, 2007); *Reason and Rationality* (Princeton University Press, 2009). Sobre Elster hay una [página](#) mantenida por Hans Mehlberg.

Por ejemplo, los abogados fácilmente pueden invertir diez años y grandes sumas de dinero de sus clientes en un punto de un pleito, explorando las virtudes o males del puntito desde todos los ángulos posibles, sometiéndolo a aplastantes pruebas de esfuerzo y debatiéndolo en millones de páginas de documentos, hasta que por fin se pronuncie el más alto tribunal sobre la tierra. A este poderoso tumulto sobre la cabeza de un alfiler se lo relega luego a una pequeña nota a pie de página en un gran volumen lleno de notas similares: está decidido, hecho, resuelto. Luego la verdad a la que llega el abogado mediante una prodigiosa pequeñez basándose en la acumulación de todas estas minucias a lo largo de centurias produce como resultado el edificio más grande llamado ley.

Ésta es la verdad mediante un experimento pragmático. Es una forma razonable y legítima de descubrir la verdad y científica en términos de método y diligencia.

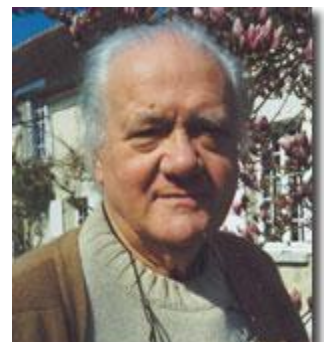
Su desventaja es la fosilización. Pero se aplica a todas las disciplinas, incluyendo a la economía – y aún a la física. La gente muchas veces continúa aferrándose tercamente a ideas que cree verdaderas, aunque haya evidencia en contrario.

Wood concluye que, pese a que sea interesante poner estos factores en el cuadrilátero, no deberíamos tomarlos demasiado en serio.

Contribución de abogados y economistas

Podemos tener, sin embargo, una discusión más seria sobre la contribución global de ambas disciplinas al adelanto de la especie humana en su morada sobre la tierra, ya sea que dure por mucho tiempo o que esté destinada desafortunadamente a alguna desgracia. Desgracia que la especie podría producirse a sí misma o que podría ocurrirnos por la fuerza de un destino sin ojos e impiadoso.

Resulta imposible no tener enorme admiración por los logros de los economistas que tratan de descubrir lo que sucede realmente. La microeconomía ha llegado a un alto nivel de perfección. En el campo macroeconómico, los economistas han dilucidado el rol del dinero y las fuerzas que están por detrás, los factores que subyacen al crecimiento económico, las características de las divisas y del balance de pagos y la incidencia del desempleo. Iniciaron la medición de la productividad y refinaron la estadística demográfica, empezando con las grandes contribuciones del siglo XVII de William Petty y Gregory King²². A mediados del siglo pasado, desarrollaron el concepto de producto bruto interno y otros análogos. Hoy se pueden tener números sobre casi todo. Han escrito la historia de nuevo y han hecho cambiar nuestro punto de vista sobre lo que sucedió realmente a lo largo de generaciones y sobre los que han sido los



Angus Maddison

²² Gregory King (1648–1712) fue un genealogista inglés, empleado público y es considerado el primer gran estadístico económico. Sir William Petty (1623-1687) fue un filósofo, médico, economista y estadístico inglés. Sus trabajos más famosos son los de tipo demográfico.

grandes operadores del cambio. Por ejemplo, no se puede evitar el asombro ante la erudición esmerada de, por ejemplo, un Angus Maddison²³ y otros economistas como él.

La contribución real de los economistas es introducir un método científico empírico que permite hacer el test de teorías y ponerlas bajo un foco cuantitativo. Sabemos que la economía y el derecho no son ciencias en el mismo sentido que la física o la química, pero las estadísticas, los números, las cantidades y las matemáticas son cruciales para producir adelantos razonables de nuestro entendimiento. Virtualmente, no hay área del derecho que no pueda beneficiarse con este enfoque para mejorar su orientación tradicional.

Luego, puede sostenerse que los economistas arrojaron luz sobre áreas previamente oscuras.

Pasando al derecho, los abogados deben aceptar que éste consiste en esencia en cierta forma de restringir la libertad de la conducta humana. La razón de ser declarada de esta restricción es, en sentido amplio, que alguna restricción es necesaria para la supervivencia, de modo que si deseamos continuar existiendo en nuestra morada terrestre, se requieren códigos prescriptivos de la conducta, que limiten nuestra inclinación a la anarquía o al salvajismo. Por supuesto, los juristas de negocios han ido más allá de reglas básicas sobre anarquía y salvajismo. Pero aún dentro de su esfera, lo que sucede puede llegar a ser bastante áspero, por ejemplo en materia de insolvencia.

Las sociedades, los bancos y los mercados de capital son criaturas artificiales de la imaginación legal, no menos ficticias que los sueños, aunque sean inventos muy potentes y maravillosos como motores del crecimiento económico, de la tecnología y las empresas. Son inventos de los abogados, como lo son las constituciones, el derecho criminal y otras cosas del edificio legal. Globalmente hablando, la contribución del abogado ha sido fundamental cuando promueve el objetivo más primitivo de preservar a la especie y de crear ingeniosas estructuras para lograrlo, incluyendo las que se encuentran en el terreno de las empresas productivas y los negocios.

Resulta notable observar que en muchos de sus debates fructíferos sobre los sustentos del crecimiento económico, algunos economistas se hayan aproximado al punto de vista de que lo realmente importante son las “instituciones”²⁴. Mediante este término no sólo se trata de captar a las culturas sino también a las instituciones legales. Los economistas también se refieren en forma vaga a “los derechos contractuales y de propiedad” como factores cruciales en realzar el potencial económico. Los abogados tienen librerías completas sobre contratos y derechos de propiedad y miran a los economistas como si éstos aún no hubieran despegado en estos estudios²⁵.

²³ Angus Maddison (1926 –2010), economista británico, utilizó parte de su vida en calcular el tamaño de las economías en los últimos tres mil años. Por ejemplo, en un estudio estimó el tamaño de la economía del año 1 D.C. como 1/500^o del tamaño alcanzado en 2008. Puede consultarse su documento [La Economía de Occidente y la del Resto del Mundo: Una Perspectiva Milenaria](#) (Madrid, 2004).

²⁴ La fuente básica de referencia son los trabajos del premio Nobel Douglass C. North. Ver Enrique A. Bour, [Instituciones](#), 2009.

²⁵ En este punto se puede formular una discrepancia de grado. El enfoque económico de los derechos de contrato y de propiedad tiene ya muchos años en el análisis económico del derecho, a partir de los trabajos pioneros de Ronald Coase, Henry Manne, Harold Demsetz, Richard Posner y otros. Véase como referencia

Wood estima que estos comentarios así formulados pueden ser algo injustos, pero que hay una significativa e injustificable línea divisoria entre juristas y economistas en materia de argumentación, y de cómo argumentan, que es un punto sobre el cual el movimiento de Derecho y Economía no ha logrado aún tender un puente. *Los economistas no saben lo suficiente de derecho, y los abogados no saben lo suficiente de economía.*

Ejemplos de diferencias de enfoque

Más arriba se discutió acerca de si la naturaleza del trabajo condiciona el enfoque por las cuestiones políticas y se dijo que la relación es, tal vez, muy tenue. Empero, otra forma de aproximarse, que no tiene nada que ver con condicionar pero mucho con la especialización, es apreciar la capacidad de comprender todo el rango de problemas y de preguntas que impacta sobre una decisión de política. La especialización lo impide.

Está claro que tanto la economía como el derecho tienen un vasto contenido. Wood sospecha que el volumen total de derecho es mucho mayor que el de economía, en particular en los campos de las finanzas, el derecho corporativo y el derecho regulatorio. Estas esferas hoy son tan masivas que se requieren expertos de elevada calificación para tratar sólo astillas de cada tópico. Otro tanto puede suceder con economía, en particular si la disciplina es exitosa en sus arrebatos profesionales, como en psicología, historia o antropología²⁶.

Sin embargo, la especialización y falta de sintonía en cuestiones reales puede dar lugar a una peligrosa visión desde el túnel entre los que toman decisiones económicas. Vamos a ver tres ejemplos tomados de los eventos de políticas vinculados con la crisis financiera que comenzó en 2007²⁷.

El precio del dinero

la Encyclopedia of Law and Economics, General Editors: Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Publishers Edward Elgar and the University of Ghent, Copyright 1996-2000 Bouckaert and De Gest.

²⁶ Wood confiesa que no sabría cómo medir estos campos.

²⁷ La crisis económico-financiera de 2007 a 2010 es una crisis económica mundial que comenzó en EE.UU. Entre los principales factores causantes de la crisis estarían los altos precios de las materias primas, la sobrevalorización del producto, una crisis alimentaria mundial, una elevada inflación planetaria y la amenaza de recesión en todo el mundo, así como una crisis crediticia, hipotecaria y de confianza en los mercados. La crisis financiera de 2008 se desató de manera directa debido al colapso de la burbuja inmobiliaria en EE.UU. en el año 2006, que provocó aproximadamente en octubre de 2007 la llamada *crisis de las hipotecas subprime*. Las repercusiones de la crisis hipotecaria comenzaron a manifestarse de manera sumamente grave desde principios de 2008, contagiándose primero al sistema financiero estadounidense, y después al internacional, teniendo como consecuencia una profunda crisis de liquidez, y causando, indirectamente, otros fenómenos económicos, como la crisis alimentaria global, diferentes derrumbes bursátiles (como la crisis bursátil de enero de 2008 y la crisis bursátil mundial de octubre de 2008) y, en conjunto, una crisis económica a escala internacional. La crisis iniciada en 2008 ha sido señalada por muchos especialistas internacionales como la "crisis de los países desarrollados", ya que sus consecuencias se observan fundamentalmente en los países más ricos del mundo (Fuente: Wikipedia).

Muchos economistas de la corriente predominante concuerdan en que la crisis financiera de 2007 fue encendida por la política de los bancos centrales, especialmente en EE.UU., al reducir las tasas de corto plazo a valores próximos a cero o negativos luego de computar los impuestos y la inflación. En otros términos, la Fed²⁸ regaló dinero. Era agradable hacerlo porque los dueños de casa podrían comprar sus casas a cambio de nada, los negocios podrían tomar préstamos a cambio de nada, compitiendo entonces con Europa, Japón y los países emergentes, y EE.UU. no tendría que pagarle a China su deuda nacional. La Fed no necesitaba aumentar las tasas de interés para combatir la inflación porque, por diversas razones macroeconómicas, la inflación estaba controlada.

Ahora se sabe que el resultado de esta política es que se produjo una burbuja en el sector inmobiliario, abanicada por los bancos, que es como obviamente debía ser. El monto de deuda pendiente de préstamos hipotecarios de EE.UU. era aproximadamente similar al PIB de EE.UU. (algo así como una cuarta parte del PIB mundial). Por lo tanto, si piensan que las casas valían \$100, pero que ahora sólo valen \$70 o \$50, todo el sistema bancario está destrozado.

En el debate sobre el tema de las bajas tasas de interés, los economistas se concentraron en las consecuencias económicas, por ejemplo que era deseable impedir una burbuja de los activos y el contagio de los sistemas. Pero hay que pensar mucho para hallar un debate sobre algún punto crucial para un abogado. Y este punto es que los bancos centrales manipulan el precio del dinero que imprimen. Interfieren en el valor de mercado del dinero de otra gente, los ahorristas. Por consiguiente, pueden transferir riqueza desde los que facilitan el dinero (ahorristas o acreedores de última instancia) a los deudores (dueños de casa y corporaciones), pero sin que la población en general comprenda realmente lo que sucede. En otras palabras, los bancos centrales pueden jugar a ser Robin Hood, que era un personaje muy atractivo, pero también un asaltante.

Wood: “no se trata de que los bancos centrales no actuaron con perfecta buena fe cuando adoptaron esas políticas, aunque estaban equivocados, y tampoco que los economistas que las llevaron adelante no ponderaron el hecho de que hay una cuestión a la Robin Hood, un tema de justicia. El Estado de Derecho no aparecía en la pantalla del radar. *Pero la noción de Estado de Derecho se aplica al dinero, especialmente al dinero.*”

Inflación

El segundo ejemplo proviene de una reciente propuesta de economistas del FMI de ajustar hacia arriba las tasas de inflación permitidas desde un dos por ciento hasta un cuatro por ciento. Aducen distintos argumentos económicos a favor de los beneficios económicos y utilitarios de esta política. De nuevo, no es un tema central de discusión que la inflación sea una privación a los proveedores de crédito, que son al fin y al cabo los ciudadanos que ahorraron el dinero intermediado a través de los bancos y los mercados de capital. El cuatro por ciento es una leva, algo así como un impuesto anual del cuatro por ciento sobre vuestra riqueza. Los economistas pueden evadirse porque la gente que

²⁸ El Sistema de Reserva Federal (Federal Reserve System, informalmente Fed) es el sistema bancario central de los Estados Unidos.

está allí no puede seguir la trama de la madeja²⁹. Para un abogado esta privación coactiva es un problema con el Estado de Derecho acerca de la propiedad de levas arbitrarias por parte del gobierno. *No es algo distinto, conceptualmente, del problema que plantea un cleptócrata feudal que se queda con vuestra tierra.* Adviértase que Wood no sostiene que la inflación siempre sea ilegítima, sino que existe una cuestión atinente a un Estado de Derecho que debe ser contemplada.

Nacionalización de la ley de quiebra

El tercer ejemplo se refiere a la moda de la extinción con mano dura de los estatutos de un banco. Bajo estos estatutos, las autoridades pueden, si temen una crisis sistémica o inestabilidad financiera, ‘disolver’ un banco, lo que significa que las autoridades pueden manejar el estado de insolvencia con poderes arbitrarios y discrecionales sin intervención de los tribunales. Pueden obligar a la conversión de deuda en acciones y también pueden trasladar activos fuera de los pasivos o viceversa. Estos estatutos parecen haber sido propuestos en gran medida por los que toman decisiones de política con fundamentos económicos y parecen necesarios al efecto de proteger al sistema financiero y a los contribuyentes.

Evidentemente, no está en primer plano que el análisis crediticio se torna imposible si se pueden realizar traslados parciales de los activos fuera de los pasivos. Se trata de un argumento funcional. Más relevante es que la nacionalización de la ley de quiebras golpea en el corazón mismo de nuestro sistema de mercados, de nuestro sistema de empresas, bancos e instituciones, en el cual las grandes decisiones son probadas con respecto a la quiebra, que es el decisor final entre quién sobrevive y quién se ahoga. *Resulta crucial en una economía de mercado que la salvaguardia del Estado de Derecho prevalezca en este terreno.*

Conclusión sobre las diferencias de enfoque

Tal vez estos tres casos parecen alejados de la experiencia cotidiana, mas son los operadores ocultos de la experiencia cotidiana y afectan la vida cotidiana de la gente. De alguna forma, son simbólicos. En cada caso, Wood muestra que el control del jurista es necesario para poner freno al impulso del economista hacia la eficiencia sin fijarse en un contexto más amplio. A esto se refiere el término ‘instituciones’.

Héroes

A continuación, Wood incluye una lista de algunos “héroes” de la economía, si bien hay muchos más que podrían ser citados con fundamento:

²⁹ Ésta es una afirmación discutible, especialmente cuando se trata de una emisión *anticipada* por la gente. Sólo es válida si la emisión de dinero es sorpresiva. Los principales efectos de la inflación no anticipada son redistributivos. Las sorpresas en las tasas de inflación conducen a transferencias del ingreso y la riqueza entre diferentes grupos de la población. Durante un proceso inflacionario, los deudores se verán beneficiados a costa de los acreedores, ya que la inflación socava las tasas reales de interés. Dependiendo del grado de aumento en los precios las tasas reales de interés pueden volverse negativas, lo que termina favoreciendo claramente a los sujetos que tomaron préstamos.

- Adam Smith
- Karl Marx
- David Ricardo
- John Maynard Keynes
- Milton Friedman

Una característica notable de estos personajes es que, en términos históricos, todos ellos son bastante recientes, dado que la economía es una disciplina de organización relativamente reciente en comparación con el derecho. Como campo disciplinario reconocido, la economía tiene “apenas” unos 250 años³⁰, mientras que el derecho tiene como mínimo 3,500 años de historia.

Otro aspecto notable es que, dejando a un lado los adelantos notables que estos economistas hicieron por mejorar nuestro entendimiento, en su mayoría están alineados en forma opuesta entre visiones distintas de la sociedad, con Adam Smith, David Ricardo y Milton Friedman a favor de la libertad, mientras que Karl Marx y John Maynard Keynes estuvieron a favor de la restricción y de la intervención gubernamental. Esta discusión se hace eco de un tema mucho más antiguo, que preocupó a los juristas a través de los siglos – el peso relativo del despotismo en contra de la libertad.

No se trata sólo de un problema político, ya que concierne al núcleo de nuestro régimen legal, que consiste a su vez en buscar la supervivencia. Por ejemplo, la regulación de los servicios financieros y los estándares de adecuación de Basilea son sistemas restrictivos en los que el gobierno interviene para micro-administrar una actividad importante, que es el manejo de los medios de cambio de la gente y de los depósitos de su actividad productiva. Lo mismo es aplicable a regímenes que rigen las fusiones y adquisiciones de empresas, las leyes competitivas (anti-monopolísticas), el derecho corporativo común y especialmente el control del impacto de la catástrofe financiera por medio de cadenas de leyes de quiebra. Las posiciones de los grandes economistas sobre estas cuestiones, en particular sobre la intrusión del gobierno mediante el sistema legal en oposición a su propiedad abierta, parecen una palabrería según Wood. Según él, en comparación con los debates intensos de los abogados sobre este tópico, las opiniones de los héroes económicos parecen bastante crudas.

Si a los abogados se les preguntara quiénes son los grandes héroes del derecho, lo más probable es que muchos de ellos tengan dificultad en poner algún nombre. Alguien podría mencionar a los grandes codificadores, o a Grocio, Justiniano, o algún juez famoso – lo que precisamente no haría temblar la tierra.

³⁰ Esto es cierto si fijamos los inicios del pensamiento económico con la aparición de *The Wealth of Nations* de Adam Smith (1776). Si en cambio se adopta una visión más amplia como la de Joseph Schumpeter en *History of Economic Analysis*, cabría remontarse unos 2000 años antes, con la aparición del *código de Hammurabi* de las teocracias asirias y babilónicas (1760 A.C.), uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado y uno de los ejemplares mejor conservados de este tipo de documento creados en la antigua Mesopotamia y que se basa en la aplicación de la ley del Talión a casos concretos.

La razón de este aparente vacío es que los más grandes juristas se encuentran en los más profundos recovecos de los tiempos. He aquí algunos ejemplos:

- Moisés (con su tabla de los diez mandamientos)
- Mahavir (muerto alrededor de 527 A.C.)
- Siddhartha Guatama o el Buda (muerto en 483 A.C.)
- Confucio (muerto en 479 A.C.)
- Sócrates (se suicidó en 399 A.C.)
- Jesucristo (crucificado en torno de 30 D.C.)
- Mahoma (muerto en 632 D.C.).

Los juristas originales fueron sacerdotes, imanes, rabinos, codificadores de la conducta social y filósofos del derecho. Según algunos, estos líderes religiosos o semi-religiosos perdieron el rumbo y cometieron errores. Está claro, desde una perspectiva comercial, que estos líderes no siempre ayudaron en cuestiones de negocios. Una de sus misiones principales fue formular principios de conducta moral, que son en efecto reglas básicas de derecho, es decir, el fundamento de los sistemas legales. Wood deja alegremente que otros discutan su rol, pero termina afirmando que *sus logros en prescribir lo que constituye una buena conducta fueron masivos, aunque a veces se frustraron por las veleidades de la naturaleza humana y a menudo no fueron adoptados por sus seguidores.*

Los juristas no son sacerdotes, aunque tengan ancestros comunes. Si hay un credo que obliga a todos los juristas, sean o no abogados de negocios, es el Estado de Derecho. El concepto de Estado de Derecho es profano pero su sentido es el mismo, y además es diferente de las sectas religiosas porque el Estado de Derecho constituye un principio universal.

Conclusión

En la cita de Buitter, se planteó la pregunta acerca de quiénes eran mejores en cuanto a la verdad, si se trataba de los abogados o de los economistas. Es una cuestión pertinente que debe ser abordada, en particular cuando se refiere a quienes hacen política del gobierno, que es una actividad que a su vez descansa en nuestra comprensión de la verdad.

Hoy día el mundo tiene características seculares en la mayoría de sus regiones; entonces la cuestión es cuál de esas disciplinas es la mejor para fijar principios para la supervivencia. ¿A quién debería hacerse la pregunta? ¿Serían los economistas, acaso, los que están mejor preparados para decidir acerca de cómo enfrentar el futuro? Philip Wood no está seguro de que los economistas estén acertados. En contraste, los abogados de todas las tendencias, *en particular los abogados de negocios*, sí lo están.



Philip Wood (Managing Director y CEO de Intec) recibe el Premio 2005 Technology of the Year de manos de Ian Macdonald, MLC, NSW Ministro de Recursos Mineros.

De paso, aprovecha para formular su presunción de que los abogados no deberían preocuparse demasiado si no conocen la diferencia entre un error de tipo I o un error de tipo II. “Una vez explicados, son conceptos muy simples”.

En última instancia, concluye que la cuestión es si en el fondo están considerando a la verdad de forma correcta. ¿Se trata de probabilidades, de diferencia entre condiciones necesarias y suficientes, o de conceptos de costos de oportunidad y de *trade-off*? “El problema es que a nuestras espaldas siempre se oye a algún carruaje terrible que se aproxima de prisa, con caballos azotados por un áuriga ciego, que no se preocupa ni por el PIB ni por el Estado de Derecho. ¿Es el gato? No, no lo es. Ya se trate de abogados o de economistas, los antecedentes hasta el momento en cuanto a enfrentar al áuriga no son buenos. Pero debemos hacerlo. Por eso el debate sobre la verdad es relevante.”

Los Presidentes en Argentina

Aquí termina el artículo de Philip Wood. Pero vale la pena notar que, por casualidad o por algún motivo profundo, el tema que ha planteado este abogado norteamericano también acaba de ser discutido en nuestro país por dos economistas, Orlando Ferreres y Roberto Cachanosky, en columnas del diario La Nación.

Ferreres, el 24 de junio, afirmó que “la mayoría de nuestros presidentes, 30 de 69 fueron militares, todos del Ejército y casi igual proporción, 28, fueron abogados. Demasiados militares y abogados. Esta fue la preparación básica de nuestros primeros mandatarios. Creemos que la preparación del presidente debería ser intensa, según las preocupaciones básicas de cada momento aunque pueda haber, excepcionalmente, personas que tomen buenas decisiones sin preparación. ¿Fue adecuada la preparación de nuestros presidentes? En realidad, fue muy sesgada dicha preparación e incluso hubo algunos sin ninguna profesión ni preparación para el cargo. Esto se notó en nuestro atraso relativo, especialmente en el siglo XX... Desde el advenimiento de la democracia en 1983 hasta ahora la pobreza ha crecido significativamente, de cerca del 5 % hasta alrededor de 35 % en la actualidad, con picos que llegaron al 56% de la población en 2002.

¿Cuál ha sido la participación de los abogados en este proceso? Ferreres comienza constatando que, “si crece la pobreza estructural, la pobreza como tendencia, vamos mal. En este período también se observa una constante: *desde 1983 hasta ahora todos los presidentes fueron abogados*: Raúl Alfonsín, Carlos Menem, Fernando de la Rúa, Adolfo Rodríguez Saa, Eduardo Duhalde, Néstor Kirchner y Cristina Kirchner. No hubo ningún ingeniero, ningún economista, ningún licenciado en administración o en relaciones internacionales, todos abogados”. Advierte que “tanto deberían saber los presidentes que prácticamente deberían estar preparándose toda la vida para ese cargo. Sin embargo, deben estar durante muchos años tejiendo alianzas, trenzando con unos y con otros, saludando personalmente a unas 200.000 personas, compitiendo en internas que son muy difíciles, y con todo eso prácticamente no tienen tiempo para prepararse y si se preparan, no llegan a presidente, pues la población no los conoce. Este es el drama de la democracia, y no sólo aquí, en casi todos los países, llegan los más arriesgados, los más “políticos”, pero no los mejor preparados. Uno de nuestros presidentes recientes al viajar

al exterior recién percibió "que el mundo había cambiado enormemente" y sobre todo, comprobó nuestro atraso y localismo exasperantes. *Debemos encontrar la manera de poder elegir presidentes preparados para el cargo.* Y concluye: "Quizá debería la Corte Suprema definir mejor el concepto de "idoneidad" que figura en la Constitución y determinar si es aplicable a la primera magistratura."

Al día siguiente, Cachanosky amplió la pregunta de Ferreres. *"El punto adicional es que siendo todos ellos abogados, el principal problema económico argentino ha sido consecuencia de la ausencia de un marco institucional adecuado para el crecimiento económico.* Es curioso que al haber tantos presidentes abogados, uno de nuestros problemas fundamental sea el de la baja calidad en el respeto por los derechos de propiedad, la ausencia de estabilidad en las normas de juego y la falta de límites al Ejecutivo para que no pueda cambiar esas reglas de juego que deben ser estables en el tiempo". A continuación pone énfasis en los avances producidos en años recientes en el análisis económico del derecho, citando trabajos de Friedrich Hayek, Mancur Olson y Douglass North. "Los argentinos, teniendo tantos abogados como presidentes, y esto dicho con todo respeto a esa profesión, no hemos logrado limitar el poder del Estado de manera que los presidentes se subordinen al orden jurídico y al Estado de derecho. *Justamente en este momento se está discutiendo la suspensión de los superpoderes y políticos oficialistas con título de abogados argumentan que la Presidenta tiene que vetar esa ley porque si no es imposible gobernar.* Es decir, abogados defienden los superpoderes y consideran que un gobierno no puede administrar eficientemente un país si no dispone de poderes propios de los sistemas autoritarios. Es curiosa la visión que tienen algunos abogados del estado de derecho y su escaso respeto por la democracia republicana. Muchos creen que todo el sistema se limita a ir a votar cada cuatro años un presidente para que luego éste actúe como los sistemas autoritarios o las monarquías, tema que ya trató Karl Popper en su famoso tratado *La sociedad abierta y sus enemigos.* Es decir, Popper advierte sobre aquellos personajes con inclinaciones autoritarias que usan la democracia para llegar al poder y luego ir destruyéndola hasta transformar el país en una autocracia. En su momento fue Hitler, hoy tenemos a Chávez. Lo concreto es que a mayor inseguridad jurídica menor cantidad de inversiones. A menores inversiones, salarios reales más bajos y puestos de trabajo en menor cantidad. Es decir, a menor seguridad jurídica, más pobreza y bajas posibilidades de crecimiento."

Advierte Cachanosky que "no [se] animaría a decir que la causa de nuestra larga decadencia sea culpa de los abogados, pero sí llama la atención que, como lo hace notar Orlando Ferreres, esa decadencia económica se produzca desde 1983 cuando todos los presidentes fueron abogados, período en el cual la ausencia de un orden jurídico previsible ha dominado el contexto del país. Las confiscaciones de ahorros, arbitrarias redistribuciones patrimoniales y de ingresos, sistemas impositivos confiscatorios y caprichosos, atribuciones del ente recaudador que viola derechos elementales y un largo listado de comportamientos antirrepublicanos se han dado bajo gobiernos con presidentes abogados. Finalmente, [se] animaría a formular una autocrítica a [su] profesión de economista. También es cierto que muchos economistas han llegado en estos años al poder y aceptando el argumento del "no es políticamente posible" han armado planes económicos inconsistentes que estaban destinados al fracaso. Es decir, los

economistas terminaron asesorando a los presidentes de la misma forma que estos hubiesen actuado si no hubiesen tenido como asesores a algunos economistas.”

En un artículo que presenté el año pasado en la Asociación Argentina de Economía Política, dije que como ciencia imperial, desde mediados del siglo pasado la economía ha pasado a tratar los mismos temas que el Derecho, dejando de lado, claro está, el tema jurisprudencial. Adoptando el moderno enfoque de la ciencia jurídica, y en particular el *dictum* de Jack Hirshleifer de que Economía y Derecho se interpenetran recíprocamente, ya que *en definitiva existe una única ciencia social*, cabe reconocer que el Derecho aún se encuentra bastante alejado de las pretensiones científicas de otras disciplinas como la biología o la economía, ya que aún carece de un núcleo de hipótesis duras (como en Economía, la de que las decisiones tomadas por el ser humano son racionales y la de que está sometido a interacciones sociales, tipificadas por el intercambio mercantil) y de un cuerpo de enunciados empíricos lo suficientemente rico como para permitir la verificación o falsación de sus proposiciones. Con todo, desde mediados del siglo XX se ha producido un avance considerable en esa dirección, de la mano de ilustres estudiosos del Derecho y de la economía, cuyos aportes más recientes son Posner, Cooter & Ulen y MacKaay & St. Rousseau.

Desde hace mucho tiempo me ha interesado lo que hoy es llamado el *diseño de mecanismos de asignación de recursos*: Platón, en *La República*, también había discutido los estándares técnicos apropiados que debían tener los guardias de la ciudad-estado, de entre los cuales sería elegido el mejor para actuar como conductor, dentro del contexto de la estructura ideal de gobierno. Llevado a tiempos contemporáneos, tenemos las cuestiones de cómo deben ser construídas las instituciones y de cómo deben ser aplicadas las reglas institucionales. *Nos encontramos aquí en el corazón de un problema estratégico con restricciones estratégicas de incentivos*. En este campo, los economistas y los legisladores se transforman en ingenieros creando mecanismos como las subastas o la regulación. También hay que analizar los problemas informativos de la selección adversa y del riesgo moral. Aquí cabe plantear el viejo problema de la posibilidad de la economía socialista usando los instrumentos desarrollados a partir del gran economista y premio Nobel Leonid Hurwicz, especialmente el concepto de *compatibilidad con los incentivos*. Resulta esencial incluir, además de las restricciones de recursos de un sistema, las restricciones de compatibilidad con los incentivos.

La aplicación de la economía a efectos de entender mejor el derecho es antigua; el movimiento actual puede situarse en sus orígenes a fines de los 1950s. Pero ya había puntos de vista clave en escritos de los pensadores del iluminismo escocés. También tuvieron objetivos similares las escuelas Historicista e Institucionalista, entre los años 1830s y 1930s. En los 1960s y 1970s el panorama resultó dominado por el enfoque de la escuela de Chicago. Luego de algunos debates críticos que tuvieron lugar en EE.UU. entre 1976 y 1983, aparecieron otros enfoques, como el neo-institucionalista y el austríaco. D&E se expandió progresivamente a otros países, además de los EE.UU. A mediados de los 1970s se extendió a los países de habla inglesa y a otros.

Este análisis es sumamente rico. Hayek recordó a los juristas una verdad elemental, a saber que el derecho no constituye, por lo menos de modo exclusivo, el resultado de actos

de autoridad. Para establecer que el derecho puede surgir como un producto espontáneo, es necesario demostrar que sus componentes esenciales pueden resultar de la interacción exclusiva de los ciudadanos. Desde el origen de la civilización los hombres se han interrogado sobre el origen y la justificación de la autoridad pública y del poder soberano. En el camino de los Sofistas, hubo muchos filósofos que, con ellos, han considerado que la naturaleza termina en el individuo y que se requiere una convención para sellar la unión de los hombres en sociedad, y más aún, para organizar la sociedad civil. Y aquí mantengo una tesis controvertida: *justificar al Estado por la existencia de bienes públicos es un grosero error o tiene otras intenciones*. La exclusividad no está dada para siempre, y aún los bienes cuya exclusividad es imperfecta pueden ser producidos en el sector privado. La exclusividad es susceptible de diversos grados y puede cambiar como consecuencia de innovaciones técnicas. La transmisión por cable o la satelital, por ejemplo, introduce exclusividad en un campo que no parecía prestarse a la misma cuando estaba atada a la transmisión mediante ondas. Pero una vez que el Estado se ocupa de la producción de un bien, habitualmente como un monopolio, desaparece el incentivo a desarrollar medios de exclusión y nunca podremos saber si el bien en cuestión es público por naturaleza o por decisión del Estado. Está también la doctrina coactiva de que, en realidad, la fuente del Estado es el *poder*. La instauración del poder central da lugar a desigualdades desconocidas en las sociedades sin Estado. El poder sirve a partir de entonces para redistribuir parte de la producción al que tiene el poder o al que éste señale, y por el motivo que se le antoje, que es un poco la concepción predominante en nuestra esfera política. Además es evidente que el jefe se reserva para sí el ejercicio exclusivo de la fuerza, con el fin de evitar cuestionamientos de su posición o de sus decisiones. Todo ello permite la consolidación del poder. La redistribución constituye un escollo a la propiedad privada y daña por esta causa a la actividad económica, que facilita la base imponible de semejante redistribución. El titular del poder, aunque no se dé cuenta, enfrenta una elección entre el consumo inmediato de esta base imponible (extorsión pronunciada) y una retención relativa fundada en la esperanza de una base mejor equipada a mediano plazo. Es una elección empresarial, digamos, entre consumo e inversión. Para estimular a la economía, el titular del poder tendría interés en “invertir”, otorgando una libertad relativa a la economía teniendo en cuenta su crecimiento futuro. Sin embargo deberá hacer punciones inmediatas a fin de generar un mayor consumo basado en una amplia redistribución del ingreso, y son estas redistribuciones las que constituyen un escollo a la propiedad privada.

Hay un gran pensador y economista del siglo veinte, Anthony De Jasay, que se ha preguntado si resulta posible un estado mínimo o protector. En un estado de políticas limitadas, que Jasay denota como el “estado capitalista”, debe haber implícita alguna definición del interés del estado fuera y más allá de sus propias actividades. Si no es así, el estado debe ir más allá de sus límites protectores – como sucede en la realidad – y *termina siendo un adversario de los miembros de la sociedad*. Este estado adversario, que tal vez facilite algunos bienes públicos, pero que también debe extraer los pagos en forma coercitiva, no puede ser modelizado por medio del intercambio político complejo entre personas, y todo el ejercicio intelectual del contractualismo entra en una trágica confusión. El estado adversario



Anthony De Jasay

debe ejercer su autoridad mediante represión o consentimiento. Su dinámica natural es sustituir al consentimiento por la represión, lo que puede lograr haciendo transferencias redistributivas, en dinero o especie, a grupos de apoyo potencial. La idea es que cuanto más intervenga el Estado para producir bienes públicos o proporcionar asistencia, tanto más indispensable parecerá. Hay muchas razones para esto. La intervención estatal ahogará los esfuerzos voluntarios: por ejemplo, la beneficencia privada (que se vuelve menos urgente cuando el Estado de Bienestar se extiende); o la iniciativa de las compañías de seguros (que se frustra por la seguridad social y los programas sociales). Los individuos se acostumbrarán a contar con la asistencia del Estado y planificarán sus asuntos de acuerdo con esas expectativas de derechos y de ayuda. Y la interferencia del Estado en mecanismos sociales delicados y complejos necesariamente tendrá efectos insospechados, que a su vez exigirán otras intervenciones; como cuando el Estado amablemente ayuda a gente que ha quedado desempleada precisamente a causa de la legislación laboral.

¿Puede el derecho ser considerado una ciencia?

Hoy el Derecho se está desplazando hacia un método más científico, parecido al que se dio en otras ciencias sociales, naturales, físicas y biológicas. Si ésta es la tesis correcta³¹ pronto se observará el comienzo de la elaboración de una teoría nuclear del Derecho e intentos crecientes de realizar trabajo empírico analítico diseñado con el fin de establecer el valor de verdad de las hipótesis sobre tópicos legales derivados a partir de la teoría nuclear.

Aaron Taggart y Wayne Blackmon³² plantean un tema directamente vinculado con problemas de externalidades: es sabido que el cambio climático global es uno de los desafíos más serios que enfrenta el ser humano. Los tribunales de EE.UU. han sido llamados a resolver disputas respecto de la forma apropiada de lograrlo. La Corte Suprema de EE.UU. enfrentó en fecha reciente una disputa asociada en el juicio *Massachusetts v. E.P.A.* (Environmental Protection Agency, encargada de abordar las crisis medioambientales). Frente a una cuestión de qué debía hacerse con relación a la tasa fundamental de calentamiento, la Corte decidió en base a un estrecho mandato constitucional. Pero al hacerlo de esta manera, los autores consideran que la Corte dejó de lado una cuestión significativa, a saber hasta qué punto los tribunales de EE.UU. entienden y manejan cuestiones importantes de evidencia estadística. Los autores

³¹ Esto es lo que sostiene Thomas S. Ulen, economista y profesor de derecho, cuyo libro *Law and Economics*, escrito en forma conjunta con Robert Cooter, actualmente se encuentra en su 5a edición. Cabe aclarar que Ulen no está diciendo que el uso de la teoría económica complete necesariamente la tarea de constituir en ciencia el estudio del Derecho. En cambio, afirma que el gran atractivo y los éxitos de este método específico de aportar una teoría comprensiva al estudio del derecho radican en la teorización creciente de los estudios legales. El derecho se transformará en una “ciencia legal” a medida que se torne más sofisticado desde el punto de vista teórico. El núcleo teórico será más compartido por los investigadores de todos los países. Esto no significa que existirá una teoría única aceptada por todos, sino más bien diversas teorías competitivas, así como estudiosos comprometidos en convencer a miembros de la profesión de que su teoría es superior a otras alternativas. Ciertamente, este proceso es algo que caracteriza a gran parte de las ciencias naturales, físicas y biológicas.

³² En “Statistical base and background rates: the silent issue not addressed in *Massachusetts v. EPA*”, *Law, Probability & Risk* (Oxford), December 2008.

demandan que la profesión legal tenga una mayor educación en matemáticas y estadísticas. Un buen ejemplo de ello es un documento de Ana María Cerro y Osvaldo Meloni³³, que si bien no son abogados han hecho un excelente trabajo en materia legal y econométrica. El modelo que utilizan para el análisis empírico del caso argentino es un clásico en la literatura sobre delincuencia, e intenta capturar los efectos de disuasión y del entorno macroeconómico y social. “Las variables a explicar son la tasa de delincuencia total y la tasa de delincuencia contra la propiedad, definidas como el número de delitos totales y contra la propiedad por cada 10.000 habitantes, respectivamente. Los autores trabajaron con datos anuales para el período 1990-1997 para Argentina, por provincia. La tasa de delincuencia y las probabilidades de arresto y sentencia fueron computadas a partir de series obtenidas del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. Se preguntan en las conclusiones: “¿Quiénes son los culpables de las heridas recibidas por la víctima: Argentina?” Y la respuesta que obtienen mediante su análisis multivariado es que son de diversa naturaleza: “El contexto macroeconómico caracterizado por una fuerte desigualdad de ingresos, desempleo, pobreza e indigencia finalmente confesó su culpabilidad en el análisis econométrico. El modelo estimado con datos en panel para el período 1990-97 verificó que existe un efecto de entorno social sobre la tasa de delincuencia... Por otro lado, la desigualdad de ingreso también tiene un efecto positivo en la delincuencia... Otros sospechosos que probaron su participación en el fuerte aumento observado en la tasa de delincuencia, fueron los cambios producidos en la legislación argentina en materia penal y procesal penal a partir de 1984. Por otra parte, la tendencia declinante de las probabilidades de arresto y de sentencia en el período 1991-97 las convierte en responsables directas del aumento en la delincuencia. En 1997 un delincuente en Argentina tenía una probabilidad promedio de ser condenado del 2,04%, mientras que la probabilidad de condena por delitos contra la propiedad era de sólo 0,44%... Las bajas probabilidades de arresto y sentencia no se explican por la escasez de recursos sino por un uso ineficiente de los mismos. Durante el lapso bajo análisis, tanto el gasto en Justicia como en Seguridad aumentaron y sin embargo las probabilidades tuvieron un comportamiento declinante a lo largo de la década. En el caso de las fuerzas de seguridad, se detectaron además problemas de incentivos que, en el mejor de los casos, favorecen la represión en detrimento de la prevención del delito. *El sistema judicial en Argentina es caro e ineficiente, por lo cual difícilmente pueda ser un instrumento eficaz en la disuasión del delito.*”

La diferencia específica del Derecho: *The Rule of Law*

La *Rule of Law* (Estado de Derecho) es uno de los logros más importantes del sistema político anglosajón para conseguir la seguridad jurídica y proteger la libertad del hombre frente a interferencias de terceros, y muy especialmente del gobierno³⁴. Se podría traducir como el imperio o la soberanía de la Ley frente a las arbitrariedades o caprichos del gobernante y fue, en sus inicios, una conquista de la tradición jurídica y política británica en su esforzada lucha contra las prerrogativas del Parlamento y de la Corona. La filosofía inspiradora de la *Rule of Law* se propagó por la Commonwealth y se trasvasó luego al continente europeo mediante el concepto del "Estado de Derecho" (*Rechtsstaat* o *état de*

³³ Análisis Económico de las Políticas de Prevención y Represión del Delito en la Argentina (Eudecor, 1999)

³⁴ Estos párrafos pertenecen a Francisco Moreno.

droit). Podríamos diseccionar la Rule of Law, en cuatro conceptos o principios básicos interrelacionados que permiten hablar de la grandeza del imperio de la ley, sin los cuales no podría hablarse de la existencia de la misma en un ordenamiento jurídico:

1. *Principio de generalidad*: La ley no debe saber de antemano a quién va a afectar. Si se supiera, no sería garantía de objetividad. La ley debe, ante todo, ser neutral.
2. *Principio de igualdad*: Todos somos iguales ante la ley y, por tanto, esperamos un tratamiento de las normas igual para todos sin que se tome en consideración nuestras posesiones, alcurnia, poder, facultades o cualquier otra circunstancia personal.
3. *Principio de certeza*: Debe haber uniformidad de las leyes a lo largo del tiempo (esto es así, sobre todo, con las leyes no escritas del *Common law*) para que sean conocidas e interiorizadas. La interpretación de los jueces reforzaría su certeza y sus destinatarios preverían con bastante exactitud las consecuencias futuras de su aplicación. El "Estado de Derecho" continental se separa radicalmente en este punto de la Rule of Law anglosajona en que la certeza es atributo exclusivo de ley escrita y publicada. En los estados europeos continentales la certeza de la ley es sinónimo de norma publicada en un diario o boletín oficial.
4. *Principio de que la acción de gobierno puede ser recurrida ante tribunales independientes*: toda acción de gobierno que afecte a los derechos fundamentales del hombre (incluida su propiedad) estaría sometida a juicio independiente en caso de ser recurrida por los afectados (Montesquieu quedó fascinado por este contrapeso de poderes propio de la Rule of Law durante sus tres años de estancia en Inglaterra).

Resulta difícil resaltar el grado de importancia de la Rule of Law y de su mantenimiento para evitar que los gobiernos de las modernas democracias occidentales no sigan perdiendo legitimidad a manos llenas, ante una permanente y sutil adulteración de dichos principios conformadores de la Rule of Law o del Estado de Derecho con la justificación de existir un baluarte seguro "protector": una mayoría democrática legitimadora de toda acción por parte del gobierno. Veamos las adulteraciones que se han producido:

1. *Principio adulterado de generalidad*: Es una pena ver en los boletines oficiales repetidas leyes y decretos pensados para favorecer o impedir situaciones concretas y contingentes que destilan intereses partidistas.
2. *Principio adulterado de igualdad*: Hay evidentes situaciones de discriminación gravosa ante la ley como la progresividad de los impuestos directos. También conocemos las pretensiones exitosas de minorías de todo tipo por imponer su diferencia como fuente de derecho (discriminaciones "positivas", reconocimiento de "multiculturalismos", "derechos históricos",...); el apetito diferenciador produce, en estos casos, buenos réditos a sus beneficiarios en detrimento del principio de igualdad frente a la ley.
3. *Principio adulterado de certeza*: la inflación legislativa, que acertadamente denunciaba Bruno Leoni, implica que lo que hoy es válido, no tendrá validez en un corto

(a veces cortísimo) plazo. El poder legislativo y ejecutivo actual todo lo quiere regular y a todas horas en su afán intervencionista y arrogante pretensión de "corregir" el mercado. Ello es, a la postre, fuente de inseguridad jurídica, agravado con los cambios y derogaciones normativos de la mano del gobierno tras las contiendas electorales y sus consabidos bandazos legislativos.

4. *Principio adulterado de que la acción de gobierno puede ser recurrida ante tribunales independientes*: El establecimiento de descaradas cuotas políticas para el nombramiento de altos cargos de la magistratura y de otros organismos públicos de control hace que el juicio contra las acciones del gobierno sea llevado a cabo, en última instancia, por personas dependientes del poder legislativo y/o ejecutivo. ¿Qué tipo de control es éste?

21

Esta tendencia a desvirtuar los principios de la Rule of Law también ha alcanzado de lleno, por desgracia, a las democracias anglosajonas, no sólo a las europeas continentales. Los principios de la Rule of Law se han vaciado de contenido. Podríamos muy bien designarla ahora como la "Rule of many" y al Estado de Derecho continental como el "Estado de Permanente Legislación"; eso sí, todo ello muy exquisita y apasionadamente democrático.

Nuestras actuales democracias son meramente formales; nuestra seguridad jurídica y la protección de nuestras libertades son más aparentes que reales³⁵.

Concluyo esta nota preguntándome si en nuestro país no sería hora de revisar los conceptos manejados en el campo político, el derecho y la economía.

³⁵ ¡Cuánta validez tienen estas afirmaciones en el caso argentino!