

CAPÍTULO I

SOCIOLOGÍA, ECONOMÍA Y DERECHO. OBSERVACIONES DESDE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES

I. PLANTEAMIENTO

Se ha dicho y escrito bastante, aunque quizá no lo suficiente, sobre las relaciones entre economía y derecho,¹⁴ lo mismo que sobre los vínculos entre sociología y derecho,¹⁵ pero, según parece, poco o nada sobre las relaciones entre sociología, economía y derecho.¹⁶ Y, sin embargo, un examen de tales relaciones, además de tener interés por sí mismo, podría contribuir a hacer más precisas las posibilidades y las tareas de las disciplinas no jurídicas que se ocupan del derecho. En lo particular, permitiría situar en perspectiva, desde la comparación con una tercera disciplina, algunos aspectos del llamado “análisis económico del derecho”. Por otro lado, también es indudable que resulta de interés y utilidad tanto para la ciencia jurídica como para la teoría del derecho contemplarse en el espejo de las disciplinas extrajurídicas que también tienen interés en tomar al fenómeno jurídico como objeto de análisis y reflexión.

El presente ensayo pretende desarrollar un planteamiento, por fuerza esquemático, sobre las relaciones entre las tres disciplinas y, de manera más específica, sobre la relación entre “sociología del derecho” —o “sociología jurídica” (en adelante SD o SJ)— y “análisis económico del derecho” (en adelante AED), así como sobre sus afinidades y divergencias. Para tal fin, el trabajo se divide en tres apartados principales.

¹⁴ Como estudios introductorios al llamado “análisis económico del derecho” (*Economic Analysis of Law*, también conocido como *Law and Economics*) pueden verse Polinsky (1989), Pastor (1989), Roemer (1994), Cossío Díaz (1997), García García y Zavala Rubach (2009), así como los volúmenes ya clásicos de Posner (2008) y de Cooter y Ulen (2016).

¹⁵ El número de libros introductorios a la sociología del derecho o sociología jurídica —términos que en este ensayo utilizaremos de manera indistinta— en diversas lenguas es ya muy amplio, por lo que nos limitamos a citar un par de ellos: Cotterrell (1992), Treves (1988), Deflem (2008), Ferrari (2015), Fix-Fierro *et al.* (2018).

¹⁶ Véase, por ejemplo, Cooter y Rubinfeld (1990, 540 y ss.).

El primero (II, *infra*) presenta un enfoque macrosociológico del derecho, la ciencia y la economía a partir de la teoría de los sistemas sociales del sociólogo alemán Niklas Luhmann (1927-1998), bajo la premisa de que este aparato teórico es capaz de iluminar y poner en contexto los elementos de debate que se explican en los siguientes apartados. El segundo apartado (III, *infra*) presenta algunas consideraciones sobre las interrelaciones entre AED y SJ. Enseguida (IV, *infra*) se presentan algunas reflexiones respecto a las dificultades y alcances de ambas disciplinas en relación con el derecho. Por último (V, *infra*), se ofrece una recapitulación del trabajo mediante breves proposiciones a manera de tesis.

II. EL DERECHO Y LA ECONOMÍA EN LA DIFERENCIACIÓN FUNCIONAL DE LA SOCIEDAD MODERNA

En el presente apartado se recurrirá, como ya se dijo, a una perspectiva macrosociológica a partir de la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. Aunque se trata de un enfoque que no parece inmediatamente accesible por la terminología y la perspectiva inusitadas que utiliza, así como por su nivel de abstracción y su alejamiento de las visiones sociológicas más tradicionales (1, *infra*), nos proporciona algunas claves para la explicación de la “observación” mutua entre el derecho y la economía, así como de ambos por la sociología (2, *infra*). En lo particular, al aplicar algunos planteamientos de esta perspectiva al debate tradicional sobre la relación entre “eficiencia” y “justicia” (“equidad” en el lenguaje económico) (3, *infra*), podemos apreciar de qué manera es posible recurrir a la sociología para situar la discusión en un mejor contexto.

1. La diferenciación funcional de la sociedad

Según Niklas Luhmann,¹⁷ la sociedad moderna se caracteriza, sociológicamente hablando, por la *diferenciación funcional*, es decir, por la existencia

¹⁷ La obra de Niklas Luhmann es muy vasta. Afortunadamente, cada vez un mayor número de sus trabajos se ha traducido a nuestro idioma, en mucho gracias a los esfuerzos y la promoción de Javier Torres Nafarrate, profesor de la Universidad Iberoamericana en Ciudad de México. Entre ellos podemos citar el libro que Luhmann mismo consideraba como fundamento del viraje teórico que inició a principios de los años ochenta: Luhmann (1991). Una recapitulación de esta teoría puede verse también en Luhmann y De Georgi (1993). Como introducción general a la obra de Luhmann, a pesar de que el título mismo suena

de sistemas sociales especializados que cumplen una función respecto de toda la sociedad (ahora la “sociedad mundial”), a través de una estructuración determinada de las comunicaciones sociales.¹⁸ Así, pues, constituyen sistemas funcionalmente diferenciados el derecho, la economía, la política, la religión, la ciencia, la educación, el arte, etcétera.¹⁹

Estos sistemas diferenciados estructuran las comunicaciones sociales que pertenecen a ellos mediante *códigos binarios* —una distinción de dos valores—, es decir, que la pertenencia a uno u otro sistema depende de que la comunicación de que se trate se pueda ordenar bajo alguno de los valores del código respectivo. Así, forman parte del sistema jurídico las comunicaciones que puedan caracterizarse mediante el código “derecho/no-derecho” o “legal/ilegal”;²⁰ al sistema económico las que obedecen al código “pago/no pago”;²¹ al sistema científico las que responden a los valores “ver-

escandaloso, puede verse Izuzquiza (1990), así como Rodríguez Mansilla y Torres Nafarrate (2009).

¹⁸ Conviene señalar que para Luhmann la sociedad no es otra cosa que el sistema de todas las comunicaciones o, en otras palabras, la sociedad está constituida por comunicaciones y sólo por éstas. La consecuencia de ello es que los seres humanos no forman parte de la sociedad —según lo concibe una larga tradición del pensamiento—, sino de su entorno, idea que se la ha criticado mucho. Véase Luhmann (1991, 261 y ss., 408 y ss.). Véase también el Capítulo II en este volumen.

¹⁹ Después de *Sistemas sociales*, Luhmann inició la publicación de obras particulares sobre los principales sistemas funcionales de la sociedad moderna. De este modo aparecieron los siguientes volúmenes: economía (Luhmann 1988), ciencia (Luhmann 1996), derecho (Luhmann 2002a), arte (Luhmann 1995). De manera póstuma aparecieron los volúmenes sobre política (Luhmann 2000a), religión (Luhmann 2000b) y educación (Luhmann 2002b). La recapitulación del proyecto teórico de Luhmann apareció en dos volúmenes en 1998 (Luhmann 2007).

²⁰ La traducción de los valores *Recht/Unrecht* como “derecho/no-derecho”, o “legal/ilegal”, no es del todo satisfactoria, aunque sea suficientemente literal y comprensible (ver Luhmann 2002a, 223 y ss.). En la traducción española de *Soziale Systeme* (Luhmann 1991) se utiliza la expresión “justo/injusto”, pero ésta es igualmente o más insatisfactoria. En todo caso habría que decir *jurídicamente* “legal/ilegal”, “lícito/ilícito”, “debido/indebido”, pues los términos alemanes se prestan a alguna confusión: si bien *Recht* se puede traducir por “derecho”, *Unrecht* no es la negación del derecho, lo que está fuera de él, sino simplemente el valor opuesto a *Recht* —lo “ilícito” o “antijurídico”— para fines de la estructuración de la comunicación *dentro* del sistema jurídico. Dicho en otras palabras: el código binario es una distinción producida y utilizado al interior del sistema jurídico, cuyas comunicaciones pueden tomar como base cualquiera de sus valores para producir nuevas comunicaciones jurídicas.

²¹ Luhmann insiste en que el sistema económico funciona a través de pagos (*Zahlungen*), pero el hecho de no pagar por algo (*Nichtzahlung*) es igualmente importante. Quien tiene dinero puede decidir gastarlo o conservarlo, pero no puede hacer ambas cosas al mismo tiempo; por eso se trata de valores opuestos. No gastar el dinero en algo tiene igual relevancia económica que el gasto. Luhmann (1988, 52 y ss.).

dadero/falso”, mientras que en el sistema religioso las comunicaciones pueden ordenarse mediante el código “inmanente/trascendente”. Este código permite la diferenciación y la autonomía de los sistemas y les confiere una especie de monopolio social, ya que ellos, y sólo ellos, pueden determinar las operaciones que se les puede asignar y las condiciones en que se conectan con las demás operaciones del sistema.

Lo anterior tiene varias consecuencias importantes:

- El código es *universal*, es decir, puede aplicarse a cualquier comunicación social posible, según lo determine el respectivo sistema. De hecho, el incremento de la complejidad social puede verse también como ampliación del campo de relevancia de los diversos códigos sistémicos. Por ello podemos observar la creciente “politización”, “juridificación”, “economización”, “cientificación”, etcétera, de ámbitos sociales que anteriormente no lo estaban, aunque el fenómeno contrario también es posible e incluso necesario. Esta extensión del código puede resultar lamentable desde un cierto punto de vista (por ejemplo, desde la perspectiva ecologista lo sería que los recursos naturales se conviertan en mercancía), pero lo cierto es que no hay ningún impedimento estructural para ello.
- Aunque el código de un sistema es *excluyente* de cualquier otro, resulta demasiado abstracto para determinar cuáles son las operaciones sistémicas que pueden considerarse “correctas”; para ello se requieren los “programas” (por ejemplo: los precios en la economía y las normas en el derecho). A nivel de los programas, no de los códigos, es posible que los sistemas consideren e incorporen las exigencias de otros sistemas: así, por ejemplo, los programas (precios) del sistema económico tienen que tomar en cuenta que los programas (normas) del sistema jurídico son los que definen cuándo un pago es legal o ilegal (por ejemplo, para adquirir drogas prohibidas), lo que evidentemente tiene impacto en el monto del precio respectivo.
- La existencia del código binario significa que los sistemas funcionales poseen características estructurales similares que autorizan y justifican la *comparación transversal* entre ellos.

Los sistemas realizan operaciones específicas de *observación*, que se define como la aplicación o manejo de una distinción, ya sea sobre sus propias observaciones (*autoobservación*)²² o sobre las observaciones internas de otros

²² Conceptualmente, la autoobservación consiste en la “introducción de la diferencia sistema/entorno dentro del sistema, que se constituye con ayuda de ella” (Luhmann 1991, 58).

sistemas (*heteroobservación*), los que, desde el punto de referencia del sistema, forman parte de su entorno. Es importante señalar que, en el caso de la heteroobservación, se trata de operaciones *internas* del sistema que realiza la observación (por ejemplo, las del sistema jurídico cuando califica como legales los pagos que se realizan en el sistema económico), y sus efectos sobre éste dependen de sus propias distinciones internas, no de un impacto directo causado por las operaciones de otros sistemas. Por otro lado, la heteroobservación no constituye una “mejor verdad” sobre el sistema observado; cuando mucho, un sistema puede aprender a observar de qué manera es observado por otros sistemas, y modificar sus operaciones internas en consecuencia.

En relación con este último punto, resulta igualmente relevante mencionar la llamada “observación de segundo nivel” (observación de observaciones). Así, por ejemplo, la economía orienta sus operaciones con base en los *precios*, porque esto permite observar de qué manera observan el mercado los observadores (los agentes económicos). La política hace otro tanto a través de la *opinión pública*, para así “observar la resonancia de sus acciones a través de los ojos de otros observadores”.²³ El mecanismo equivalente en el sistema jurídico reside en la *argumentación jurídica*: los argumentos los elaboran los observadores del derecho teniendo en mente a otros observadores del derecho.²⁴

La *autodescripción* es, por su parte, una especie de explicación simplificada que el sistema hace de sus propias operaciones, para efectos de orientar internamente dichas operaciones.²⁵ Nada impide que las autodescripciones se conviertan en parte de las operaciones del mismo sistema que describen. Así ocurre con frecuencia, por ejemplo, con la teoría y las ciencias económicas que forman parte del sistema científico (en cuanto puedan valorarse como “verdaderas” o “falsas”), pero, al pasar a ser también operaciones internas del sistema descrito, acaban incorporándose a su “objeto” y modificándolo²⁶ (por ejemplo: las teorías de Lord Keynes que se convirtieron en políticas económicas “keynesianas”). Otro tanto podría decirse de las teorías del derecho en el sistema jurídico. Así, por ejemplo, la obra del insigne Hans Kelsen no es solamente una referencia científica; su visión teórica de

²³ Luhmann (2002a, 467).

²⁴ Luhmann (2002a, 467).

²⁵ La autoobservación rudimentaria del sistema en el plano de sus operaciones “se convierte en *autodescripción* cuando produce artefactos semánticos a los cuales pueden hacer referencia futuras comunicaciones, y con los cuales se designa la unidad del sistema”. Luhmann (1991, 453).

²⁶ Luhmann (1988, 75 y ss.).

la estructura escalonada del orden jurídico y su concepción de la Constitución como verdadera *norma jurídica* tuvieron influencia considerable en el diseño y funcionamiento del llamado “modelo europeo” de jurisdicción constitucional.

Aparte de la heteroobservación, la diferenciación funcional no significa que no se establezcan relaciones complejas entre los sistemas. Por lo pronto, cada sistema, además de realizar una función respecto de toda la sociedad, cumple con una “prestación” (*Leistung*) insustituible respecto de los demás sistemas. Así, por ejemplo, la economía requiere que el derecho cumpla con su propia prestación de *modo no económico*:²⁷

...el derecho no puede ser parte de las mercancías que puedan comprarse, ni de los servicios que provea el sistema económico. De otra manera se incuraría, al utilizar el dinero, en un círculo vicioso consistente en que las condiciones de posibilidad de una transacción mediada por el dinero tendrían que ser objeto, ellas mismas, de comercio y de pago.²⁸

Para este fin sirve el *acoplamiento estructural*. Hablamos de tal acoplamiento cuando la “confianza mutua” entre los sistemas por el servicio que se prestan recíprocamente se traduce en el desarrollo de estructuras estables compartidas por ambos, pero que tienen efectos distintos dentro de cada sistema. Así, por ejemplo, el acoplamiento estructural entre sistema jurídico y sistema político se encuentra en la *Constitución*,²⁹ mientras que la *propiedad* y el *contrato* cumplen la función de acoplar estructuralmente los sistemas jurídico y económico.³⁰

Para la economía, la propiedad privada constituye la base para una distinción fundamental, sin la cual ella misma no podría operar: la diferencia entre *propietarios* y *no propietarios*. En el sistema económico no participan solamente los propietarios, sino también los no propietarios. Todos los agentes económicos son ya sea propietarios o no propietarios respecto de todos los bienes apropiables. Como señala Luhmann:

²⁷ Con un leve toque irónico, Luhmann habla de que una economía monetaria diferenciada presenta elevadas “e *impagables* exigencias al derecho” (Luhmann 2002a, 522; énfasis del autor).

²⁸ Luhmann (2002a, 522)

²⁹ Véase también el Capítulo V en este volumen.

³⁰ Luhmann (2002a, 522 y ss). Resulta interesante observar que al menos una escuela de pensamiento económico —el llamado nuevo institucionalismo económico— haya tomado justamente los conceptos de “propiedad” y de “contrato” como conceptos centrales, pues de su respeto y cumplimiento depende la reducción de los costos de transacción y, por tanto, el crecimiento y desarrollo de la economía en el tiempo. Véase North (1993).

La propiedad de uno es la no propiedad de todos los demás... pero, ¿por qué habrían de aceptar todos (!) los demás su exclusión? Aceptan la exclusión respecto de una propiedad determinada porque ello tiene por efecto su inclusión en la economía.³¹

Dicha inclusión depende de la existencia de motivos suficientes, entre los cuales el más efectivo es la *monetarización*, es decir, la conversión de la propiedad en dinero, pues “toda utilización del dinero constituye al mismo tiempo una transferencia hacia otros y, por tanto, la circulación de la propiedad”.³² Pero el acoplamiento estructural con el sistema jurídico no se produce meramente a través de la garantía jurídica de la propiedad para hacer posible el mercado, sino cuando el acoplamiento “permite que las operaciones económicas propias sean eficaces como irritaciones del sistema de derecho y que las operaciones jurídicas propias lo sean como irritaciones del sistema económico”.³³

Por su parte, el “contrato” también es fundamental para el sistema económico porque es la figura que permite definir el estado de la propiedad antes y después de las transacciones económicas:

...es necesario que se determine quién es (o no es) el propietario después de la transacción —y que con el paso del tiempo se conserve esta posibilidad; a diferencia de la cuestión de quién lo era antes y quién no. Esta exigencia también tiene un nombre jurídico: contrato. En la economía se habla de cambio.³⁴

Sin contratos, asegura Luhmann, la economía no podría diferenciarse a través de la constitución de empresas, es decir, no sería posible una acción económica racional.³⁵

En síntesis: gracias al acoplamiento estructural entre ambos sistemas, “la economía puede arreglar transacciones sin tener que considerar para ello una estrecha red de posibles tipos contractuales”, mientras que, inversamente, el sistema jurídico “gana las libertades respectivas para la continuación de la propia autopoiesis”:³⁶

Desde la perspectiva del sistema jurídico... el contrato persiste como una forma para el surgimiento de obligaciones que, en caso de conflicto, deben

³¹ Luhmann (1988, 189; trad. de HFF).

³² Luhmann (1988, 189).

³³ Luhmann (2002a, 524).

³⁴ Luhmann (2002a, 524-525).

³⁵ Luhmann (2002a, 528)

³⁶ Luhmann (2002a, 533).

ser examinadas con posterioridad. Entretanto, el sistema económico modifica su propio estado a través de transacciones, con consecuencias que, de hecho, resultan prácticamente incontrolables (por no hablar de que pudieran ser “dirigidas”) por medio del derecho.³⁷

En síntesis: se puede advertir con claridad que en el acoplamiento estructural de economía y derecho a través de las figuras de la propiedad y el contrato, éstas tienen significados y funciones propias en cada uno de los sistemas.

2. *Análisis económico del derecho y sociología jurídica en la perspectiva de la teoría de los sistemas sociales*

Llegados a este punto, debemos agregar una cuestión más: la del acoplamiento estructural tanto del sistema jurídico como del económico con el sistema científico.

La ciencia se encuentra estructuralmente acoplada con otros sistemas sociales a través de lo que Luhmann llama las “teorías de reflexión”, es decir, con las autodescripciones de esos sistemas que utilizan la distinción verdadero/falso, propia de la ciencia, con resultados que después pueden incorporarse en el propio sistema y generar consecuencias en sus operaciones internas.³⁸

No requiere mucha reflexión determinar que, en el caso del sistema económico, hablamos de la *teoría económica*, y que, tratándose del sistema jurídico, nos referimos a la *teoría del derecho*. Esta última no tiene el objetivo inmediato de proporcionar criterios de decisión a determinados problemas jurídicos,³⁹ sino de representar la unidad, la función, la autonomía e incluso la indiferencia del sistema jurídico.⁴⁰ Por tanto, la teoría jurídica puede

³⁷ Luhmann (2002a, 534).

³⁸ En términos más formales: las teorías de reflexión se “ocupan de la tarea de desplegar la autorreferencia del sistema, de volver asimétrica la circularidad, de designar el símbolo verdad que corre al interior del sistema mediante un término fijo (precisamente: ¡verdad!) y de condicionar su uso. La capacidad de enlace en el sistema expresa así, sustituyéndolo, lo que de otra manera no podría expresarse: la unidad del sistema en el sistema”. Luhmann (1996, 336).

³⁹ Esta aclaración resulta importante, porque es común que la dogmática jurídica hable de “teorías” para referirse a criterios de decisión para el examen de determinados problemas jurídicos. Por ejemplo, la “teoría de la imprevisión” se refiere a la posibilidad de ajustar judicialmente el cumplimiento de una obligación contractual cuando han cambiado las circunstancias económicas que le dieron origen.

⁴⁰ Luhmann (2002a, 571).

dejar de “tomar partido” respecto de la justificación de decisiones específicas, pero no puede evadir el que es su problema *propio*: las implicaciones de que un sistema prometa una respuesta a todas las cuestiones y de que obligue a todas sus operaciones a tomar como punto de partida esa premisa. Resulta significativo (e incluso equivocado), dice Luhmann, que ante las crecientes dudas sobre la existencia de una única respuesta correcta, la teoría contemporánea del derecho busque un “punto arquimédico” externo al sistema, por ejemplo en la economía, la religión, la política o la ciencia (en este último caso se abren otras ofertas interdisciplinarias, representadas, por ejemplo, por la lingüística, la semiología, la hermenéutica, la sociología o la antropología).⁴¹

De lo anterior no se desprende, directamente, cuál sea la situación, en términos sistémicos, del AED y la SJ. Podemos partir de la premisa de que el AED forma parte de la ciencia económica (y, mediante acoplamiento estructural, del sistema económico también), mientras que la SJ lo es de la sociología; en todo caso, ambas disciplinas intentan observar al sistema jurídico y sus operaciones desde del sistema científico a través de la distinción verdadero/falso. Al mismo tiempo —y esto es lo que hace compleja e incluso ambigua su ubicación sistémica—, ambas disciplinas tienden a presentarse también como *parte de la ciencia jurídica* definida en sentido amplio, es decir, como una forma de autoobservación y autodescripción del sistema jurídico.⁴² Más aún, un análisis sobre el AED y la SD como disciplinas *autónomas* mostraría que ambas tienen tres facetas: a) como instrumento de una ciencia y teoría jurídicas orientadas a las *políticas públicas*; b) como alternativa a la ciencia y la teoría jurídicas; y c) como sociología o economía en sentido estricto, respectivamente.⁴³ Esta complejidad se refleja en las reflexiones de Luhmann mismo sobre la SD, sobre la que vale la pena extenderse un poco más.

La distinción entre los sistemas —el jurídico y el científico— con base en su respectivo código binario determina la diferencia de las perspectivas con las que la ciencia jurídica y la SD examinan al derecho.

La sociología observa el derecho desde fuera; el jurista, desde dentro. El sociólogo obedece los enlaces de su propio sistema, el cual le puede exigir, por

⁴¹ Luhmann (2002a, 576).

⁴² Korobkin y Ulen señalan, respecto del AED, que lo que “comenzó como una forma de análisis jurídico que utilizaba la economía como herramienta se ha convertido con demasiada frecuencia en análisis económico que utiliza al derecho como objetivo” (Korobkin y Ulen 2000, 1054). La propuesta teórica de Luhmann nos permite entender por qué el AED puede formar parte tanto de la ciencia jurídica como de la económica.

⁴³ Véase Fix-Fierro (2006, 88 y ss.).

ejemplo, ‘investigaciones empíricas’. El jurista, a su vez, obedece también las conexiones que le exige su propio sistema —pero este sistema es el del derecho.⁴⁴

La ciencia del derecho se ocupa de un orden normativo; la sociología —dependiendo de su tendencia teórica—, “de comportamiento social, de instituciones, de sistemas sociales; es decir, de algo que es como es y que en todo caso motiva a que sobre ello se haga un pronóstico o se dé una explicación”.⁴⁵ En consecuencia, la *teoría sociológica del derecho* vendría a ser una descripción externa al sistema jurídico, pero sólo podrá ser una descripción adecuada si es capaz de describir a dicho sistema como un sistema que se describe a sí mismo, algo que, según Luhmann, la SD actual apenas ha intentado:

El análisis empírico convencional de la sociología del derecho no describe... en forma alguna, el sistema jurídico como un sistema... Da cuenta de su objeto parcialmente. Es posible que esta sea la razón por la que el abismo entre descripción interna y descripción externa parezca mayor de lo que realmente tendría que ser. De cualquier manera, una teoría sociológica más compleja que reflexione acerca de la diferencia como una consecuencia de la diferenciación del sistema podría muy bien hacer comprensible el por qué esto es así y presentar al mismo tiempo conceptos de mediación provenientes de la descripción externa (sociológica).⁴⁶

Una adecuada teoría sociológica del derecho

...puede utilizar las ventajas de la observación externa; no estar obligada a respetar ni normas internas, ni costumbres, ni requisitos de comprensión. Todavía más: la observación puede trabajar con perspectivas incongruentes. Con todo, no debe equivocarse con respecto al objeto. Su objeto es un objeto que se observa y se describe a sí mismo. El compromiso con la autoobservación y la autodescripción del objeto es condición de posibilidad de una razonable descripción científica, realista e incluso, me atrevería a decir, empíricamente adecuada. De otro modo habría que tener el valor de negar que en el derecho existen autoobservaciones y autodescripciones.⁴⁷

Sin embargo, la teoría sociológica del derecho forma parte del *sistema científico*, no del jurídico: “...el destinatario de la sociología del derecho no

⁴⁴ Luhmann (2002a, 69-70).

⁴⁵ Luhmann (2002a, 67).

⁴⁶ Luhmann (2002a, 616-617).

⁴⁷ Luhmann (2002a, 70).

es el sistema jurídico, sino el sistema de la ciencia”.⁴⁸ Por ello, el sistema jurídico no puede derivar ninguna utilidad particular de la perspectiva sociológica:

...aún concediendo la calidad científica de los análisis sociológicos... su comprensión del objeto sigue siendo insuficiente... En ese análisis no se toma en cuenta la circunstancia de que, en el caso del sistema jurídico, se trata de un sistema clausurado operativamente, autopoético y autodescriptivo. El sistema jurídico no puede obtener ningún beneficio de los análisis sociológicos; no puede, por su parte, utilizar los hechos estadísticos como reglas que hay que considerar cuando haya que tomar decisiones. No es necesaria una justificación adicional del hecho de que el sistema jurídico no ‘utilice’ los descubrimientos de la sociología, no puede ser esta circunstancia motivo de ‘crítica’ —por ejemplo, en el sentido del movimiento de los llamados Critical Studies...⁴⁹

Es cierto, como apunta Luhmann, que las observaciones sociológicas (o las económicas) sobre el derecho no forman parte de las operaciones jurídicas, porque utilizan otro código binario, pero también podría decirse que a través de la *política jurídica*, es decir, la perspectiva instrumental del uso del derecho (que la Constitución autoriza al sistema político), es posible emplearlas como vehículo de integración de la innovación en el material jurídico existente a través de la *argumentación*.⁵⁰

En síntesis: para Luhmann la SD adopta una perspectiva científica externa al derecho, pero que debe incorporar la *visión interna* de los juristas para hacer justicia al hecho de que el sistema jurídico es un sistema que se observa y se describe a sí mismo. De lo anterior no se deduce ni que el análisis sociológico sea de utilidad para las operaciones internas del derecho, ni que la sociología pueda aportar una verdad “mejor” o “superior” a la que elaboran los juristas mismos; entre ambas perspectivas existen, literalmente, diferencias insalvables.⁵¹ Su propósito no es “desenmascarar” a la ideología jurídica, pero es un hecho que, al producir “observaciones de segundo orden”, puede ver más y, al mismo tiempo, menos de que lo que observa el

⁴⁸ Luhmann (2002a, 85).

⁴⁹ Luhmann (2002a, 616).

⁵⁰ Sobre la argumentación véase Luhmann (2002a, cap. 8, 401 y ss.).

⁵¹ Cf. la siguiente cita de Luhmann: “Ningún sistema puede descomponer analíticamente a otro, hasta llegar a elementos últimos (sustancias) en los que el conocimiento pudiera encontrar su último sostén y la coincidencia segura con su objeto. Por el contrario, cada observación tiene que utilizar un esquema diferencial, y la unidad de la diferencia se constituye en el sistema observador y no en el observado”. Luhmann (1991, 57).

observador observado, es decir, puede relativizar y contextualizar cualquier perspectiva que éste asuma. Ello se deduce del *status* mismo de la sociología en la sociedad: la sociología no puede observar a la sociedad desde fuera, porque ella misma forma parte de su objeto y está sometida a la observación de sus propias observaciones. En otras palabras: al describir tiene que poder describirse a sí misma y comprender a su objeto como objeto que se describe a sí mismo.⁵²

Así, pues, en la interrelación entre derecho y economía (o mejor: entre ciencia jurídica y ciencia económica), la sociología puede aportar una tercera perspectiva, capaz entre otras cosas de:

- Definir las relaciones generales y aportaciones mutuas entre ambos sistemas sociales.
- Indicar las estructuras que cumplen funciones similares o equivalentes en los dos sistemas, lo que permite la comparación entre ambos.
- Proponer temas y problemas para el “análisis económico del derecho”, pero también para el “análisis jurídico de la economía”⁵³, sobre todo cuando implican conceptos comunes o compartidos (así, por ejemplo, la función diferencial del “contrato” y de la “propiedad” dentro de cada sistema, y las consecuencias que derivan de ello, según hemos visto más arriba).
- Explicar de qué manera cada uno de los sistemas reacciona ante las “irritaciones” que le produce el otro y de qué modo reconstruye en su interior las exigencias que le plantea esta parte de su entorno (por ejemplo, modificando los “programas” que orientan sus operaciones internas).

La divergencia de las perspectivas económica y jurídica y de la “irritación” que mutuamente pueden ocasionarse, queda de manifiesto en un sencillo ejemplo. Probablemente sea inevitable que la economía conceptualice las normas del derecho como “costos” de diverso tipo, lo que no debe entenderse necesariamente en sentido negativo, pues cualquier operación económica conlleva costos, aunque el valor de la eficiencia exija su mini-

⁵² Luhmann (2007, 5).

⁵³ La observación se da, por definición, en ambos sentidos, pues así lo garantiza la universalidad del código y el monopolio social que el sistema ejerce sobre él. Aunque posible, el “análisis jurídico de la economía” (los juristas hablarían quizás de “derecho económico”) no tiene el carácter descriptivo empírico que nos interesa desarrollar más adelante como característica afín entre análisis económico y análisis sociológico, por lo que no lo tratamos aquí con mayor detalle.

mización. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, para el cual las normas son *válidas* y *deben* aplicarse incondicionalmente (y particularmente hay que tomar los derechos “en serio”, como afirma Ronald Dworkin), resulta problemático, cuando no un tanto escandaloso, que su observancia pueda estar sujeta a un cálculo económico racional de las *consecuencias* del incumplimiento, esto es, el “riesgo” de ser descubierto y el costo relativo de ser sancionado frente a los beneficios de la infracción. Es un hecho de la vida social, no obstante, que muchas personas, si no es que la mayoría de ellas, hacen este tipo de cálculos en relación con el cumplimiento de la ley. Así, por ejemplo, en una encuesta nacional levantada en México a fines de 2016, uno de cada cinco ciudadanos entrevistados (21.6 por ciento) estuvo “muy de acuerdo” o “de acuerdo” con la frase “violar la ley no es tan malo, lo malo es que te sorprendan”, es decir, el criterio que gobierna la obediencia a la ley para estos ciudadanos es el de las consecuencias contingentes de su acción.⁵⁴

3. Justicia y eficiencia

El marco teórico y conceptual esbozado anteriormente podría contribuir también a esclarecer de manera más precisa algunos de los temas que, de manera recurrente, se han discutido en el ámbito del AED. Nos referimos, por ejemplo, a la relación entre “eficiencia” y “justicia”; los economistas prefieren hablar de “equidad”, lo que no es necesariamente un concepto equivalente al de “justicia” de otras disciplinas, como se verá enseguida.

En primer lugar, es preciso tener en mente que el concepto de eficiencia, es decir, el mejor uso de recursos escasos, es uno de los ejes que estructuran explícitamente la reflexión económica en torno al derecho:⁵⁵ ¿son eficientes las normas del derecho? ¿de qué manera lo son o pueden llegar a serlo? ¿*deben* ser eficientes tales normas?⁵⁶ Para el economista puede ser evi-

⁵⁴ Fix-Fierro, Flores y Valadés (2017, 43).

⁵⁵ Véase por ejemplo Coleman (1980, 512 ss.).

⁵⁶ Por supuesto, se puede negar de entrada que el derecho deba o pueda llegar a ser eficiente, pues su naturaleza y su funcionamiento dependen de otros valores y criterios. Véase la curiosa cita siguiente: “La característica más saliente del derecho, según ha existido en las sociedades democráticas, es su ineficiencia. Esta afirmación no debe entenderse meramente en el sentido de que el derecho en tales sociedades representa un sistema diseñado para trabajar de manera eficiente, pero que desafortunadamente se descompone en la práctica como consecuencia de la ineptitud de jueces, abogados y funcionarios ejecutivos del gobierno. Por naturaleza el derecho está condenado a ser ineficiente; su estructura más íntima y su maquinaria básica producen ineficiencia; esconde contradicciones que no pueden sino conducir a

dente, y hasta trivial, responder afirmativamente a la última pregunta, si se parte de la base de que las normas y las instituciones jurídicas tienen significativas consecuencias sobre el comportamiento (económico) en sociedad, por ejemplo, en forma de costos e incentivos.⁵⁷ ¿Por qué habrían de escapar entonces a su racionalización económica?

Sin embargo, la letra menuda de las cuestiones citadas puede ya no ser tan obvia para los propios economistas, y lo será mucho menos para el jurista, que se siente obligado, en primer término, por otros principios y por otros valores.⁵⁸ El primer punto de la discusión tendría que referirse, por tanto, al concepto mismo de eficiencia que deba utilizarse en los estudios de AED,⁵⁹ pero también al de justicia como valor del orden jurídico. En efecto, existen varios conceptos posibles de justicia.⁶⁰ Habría, por lo pronto, un concepto material de justicia, como *contenido* de una decisión, pero también un concepto procesal, referido al *procedimiento* para llegar a esa decisión.⁶¹ Por otro lado, el concepto de “equidad” que utilizan los economistas para referirse usualmente a la *igualdad* cuantificable en la distribución de bienes, del ingreso o de los costos, no necesariamente coincide con los diversos conceptos de justicia que hemos referido. Así, por ejemplo, un procedimiento jurídicamente justo puede conducir a un resultado económico inequitativo.

la ineficiencia; y particularmente en las sociedades democráticas, se hace o se mantiene ineficiente con deliberación puntillosa. En verdad, el derecho puede describirse como la ciencia de la ineficiencia”. Seagle (1952, 1; traducción de HFF).

⁵⁷ En este sentido, Veljanovsky (1990, 7) define al derecho como una gigantesca “máquina de precios” que establece incentivos o desincentivos a la conducta humana.

⁵⁸ Véase Coleman (1980, 548 y s.), así como la perspectiva crítica sobre el AED de Calabresi (1990).

⁵⁹ Véase, por ejemplo, Margolis (1987).

⁶⁰ Sobre las más diversas disciplinas y perspectivas que se ocupan de la justicia puede verse Scherer (1992).

⁶¹ Véase Bayles (1990). Uno de los aspectos notables de la discusión actual sobre la justicia es su desplazamiento hacia las cuestiones de procedimiento, ante la dificultad de definirla en términos de criterios materiales. Respecto de la “justicia procesal” (*procedural justice*) existe incluso una amplia e interesante investigación, cuyo hipótesis central —empíricamente comprobada en los más diversos contextos— consiste en que, en ocasiones, a los individuos les importa más la justicia del procedimiento que la del resultado o, en otros términos, que si los procedimientos son justos, están dispuestos aceptar el resultado como legítimo, aunque les sea desfavorable. Esto tiene importantes consecuencias para la relación entre eficiencia y justicia en los procedimientos de decisión (en los que la justicia tendría preeminencia), pero también para la legitimidad de las instituciones. En todo caso, se trata de una lógica inversa a la del economista, para quien el resultado de las transacciones, y no el procedimiento para realizarlas, es lo fundamental. Véase Tyler (1990).

Frente al trasfondo de las consideraciones anteriores, podemos hacer ahora un repaso de las respuestas divergentes que se han dado al planteamiento de la relación entre eficiencia y justicia (equidad). Dicha relación puede concebirse en los siguientes términos, no excluyentes entre sí:

- Como relación inversa (*trade-off*),⁶² es decir, como un posible conflicto entre ambos valores: en la medida que se maximiza la eficiencia, se reduce la justicia, y viceversa.
- Como relación “positiva” en el tiempo: la eficiencia y la justicia se refuerzan mutuamente en el largo plazo.⁶³
- La justicia como marco o límite de la eficiencia.⁶⁴
- La eficiencia como componente de la justicia y de la legitimidad política,⁶⁵ e incluso como nuevo fundamento de la justicia.⁶⁶
- La justicia como valor no competitivo con la eficiencia por tratarse del valor social predominante.⁶⁷

En realidad, todas estas posturas tienen razón desde el punto de observación que adoptan. La teoría de los sistemas sociales nos ofrece algunas herramientas para vincular y comparar justicia y eficiencia. Luhmann

⁶² Véase, por ejemplo, Polinsky (1989, 7 y ss., 119 y ss.), Savona (1990, 266 y ss.), Calsamiglia (1988, 314 y ss.), Herrero (1993).

⁶³ Carlos Sales Sarrapy, en la ponencia presentada en la mesa III. “Las fronteras del análisis económico del derecho”, en el Primer Congreso Anual de la Asociación Mexicana de Derecho y Economía, México, 17 de febrero de 1996.

⁶⁴ Calabresi (1980), quien concluye que la justicia es un objetivo de orden diferente a la reducción de costos en un accidente, por ejemplo, por lo que resulta confuso hablar de un *trade-off* entre justicia y eficiencia. En todo caso, la primera es un límite (*constraint*) que puede imponer un veto a la segunda.

⁶⁵ Calsamiglia (1988, 305): “La eficiencia podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de la justicia. Aunque evidentemente no es el único ni quizás el más importante”. Para John Rawls (*Teoría de la justicia*) la eficiencia se ha convertido en un valor importante para evaluar el desempeño y la legitimidad de las instituciones en la sociedad moderna, de modo que no puede haber justicia sin algún grado de eficiencia económica (Rawls 1979).

⁶⁶ Aquí nos referimos específicamente a la propuesta de Richard Posner de concebir la “maximización de la riqueza” (*wealth maximization*) como fundamento moral para el derecho (judicial) y como alternativa tanto frente al kantismo como al utilitarismo. Véase Posner (1979, 119 y ss.; una visión un poco más matizada en 1990, 374 y ss.). Coleman (1980, 521) afirma que la maximización de la riqueza no sólo *no* es un criterio alternativo de eficiencia, sino que no es un criterio de eficiencia en lo absoluto. En todo caso, podemos señalar que si la maximización de la riqueza se propone como nuevo concepto de justicia y como principio o valor rector en el derecho, no puede ser ya aceptada simplemente como categoría *económica*.

⁶⁷ Dworkin (1980; 1989, 158 y ss.).

propone para ello el concepto de *fórmula de contingencia*. Se trata de un concepto interno de los sistemas funcionales que tiene el objeto de reducir la indeterminación de sus operaciones o, en palabras de Luhmann: “A través de las fórmulas de contingencia... se operacionaliza y se hace decidible la indeterminación”, es decir, la fórmula contribuye a superar las tautologías y paradojas que genera la constitución autorreferente del sistema.⁶⁸

La *escasez* es la fórmula de contingencia del sistema económico,⁶⁹ mientras que la *justicia* lo es del sistema jurídico.⁷⁰ La escasez es a la vez restricción y producto de la operación del sistema económico. Toda adquisición o uso de un bien limita las posibilidades de adquisición o uso de otros bienes, es decir, se genera escasez al mismo tiempo que es la escasez la que ha motivado el apoderamiento de esos bienes en primer lugar. Cuando la escasez surge o aumenta, se genera un problema de regulación social que en la actualidad se transforma en una cuestión de dinero: “El problema de la escasez no se resuelve a través del dinero, en el sentido de que ya no exista cuando se crea dinero, sino que solamente asume otra forma, compatible con una complejidad más elevada: la forma de escasez de dinero”.⁷¹

Por lo que se refiere a la justicia, debemos partir de la premisa de que el derecho no tiene un monopolio sobre esta cuestión.⁷² Por el contrario, uno de los grandes debates de la filosofía jurídica occidental se refiere a la concepción que se tenga del lugar de la justicia en la definición del derecho. En todo caso, aún si no se recurre al criterio de la justicia como determinante del concepto de derecho, parece plausible suponer que la cuestión de la justicia no puede separarse del todo de la idea de orden jurídico.⁷³

Luhmann opina que la justicia no es un tercer valor del sistema jurídico, al lado del código legal/ilegal, ni uno de los programas del sistema, es decir, las estructuras que orientan concretamente sus operaciones. Desde el punto de vista externo es una “fórmula de contingencia” que tiene como punto de referencia, como ya se dijo, el problema de la determinación/indeterminación.⁷⁴ Para el observador interno, en cambio, constituye una idea, valor

⁶⁸ Luhmann (1988, 191).

⁶⁹ Luhmann (1988, 64 y s., 70, 191 y s., 177 y ss.).

⁷⁰ Luhmann (2002a, cap. 5, 275 y ss.).

⁷¹ Luhmann (1988, 252; trad. de HFF).

⁷² “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”, se lee en John Rawls (1979, 19).

⁷³ El “compromiso histórico” entre las corrientes positivistas y iusnaturalistas podría verse en los derechos humanos contemporáneos, que encarnan un ideal más elevado de justicia, pero positivizada, del derecho.

⁷⁴ Luhmann (2002a, 275 ss.).

o principio con el que se identifica y que debe ser respetado. La justicia funciona como esquema para la búsqueda de razones o valores que puedan ser válidos como programas del derecho. En su forma más general puede concebirse como *consistencia* de las decisiones jurídicas. Y dentro del sistema jurídico, son los tribunales los únicos órganos encargados de controlar tal consistencia. Obviamente, Luhmann no define la consistencia en términos lógicos o como ausencia de contradicciones, sino con auxilio del concepto de *redundancia informacional*: se trataría más bien de reducir el efecto sorpresivo de las decisiones, de hacerlas previsibles al integrarlas en el derecho existente, de hacerlas reconocibles dentro de él frente a la variedad de hechos e intereses que confronta. Tal es la función de la *argumentación*.⁷⁵

El análisis anterior nos permite ahora establecer con más claridad algunos vínculos entre “justicia” y “eficiencia”. Desde el punto de vista de su *función* en el sistema respectivo, no son comparables, porque la justicia es la fórmula de contingencia del sistema jurídico, pero la eficiencia no lo es del económico. Sin embargo, al relacionarse la eficiencia con la fórmula de contingencia de la economía, que es la escasez, sí podemos establecer algún tipo de relación. Específicamente, la eficiencia es una *consecuencia* de la escasez, de la existencia de bienes limitados frente a necesidades que los rebasan: sin escasez no habría necesidad de dar el mejor uso posible —cuálquiera que sea la fórmula que se utilice para definirlo— a los recursos escasos. Dicho en otras palabras: más que un valor, la eficiencia es un imperativo que —debido a las restricciones que impone la escasez— obliga a optimizar toda decisión relativa al uso de recursos, aunque haya que reconocer, por otra parte, que existen diversos criterios o fórmulas de la eficiencia (Pareto, Kaldor-Hicks y otros), lo que abre un espacio para argumentar que casi cualquier decisión puede ser eficiente si las premisas se ajustan en consecuencia, pero eso no convierte a la eficiencia en irrelevante. La justicia en el sistema jurídico podría concebirse, de manera similar, como imperativo de optimización (no maximización, porque hay otros valores en juego) de un valor central del derecho: la seguridad jurídica, es decir, la previsibilidad de las decisiones jurídicas, la necesidad de que los casos similares sean tratados de modo similar y consistente entre sí. Si a esto agregamos la idea de la observación mutua entre los sistemas jurídico y económico, podemos:

- Decir en algún sentido y aunque resulte una simplificación, que la justicia es al derecho lo que la eficiencia a la economía, o que la eficiencia es la justicia de la economía, y la justicia, la eficiencia del derecho.

⁷⁵ Véase también Luhmann (2002a, 389 ss., 401 ss.).

- Entender que justicia y eficiencia no son reductibles la una a la otra, aunque cada sistema es capaz de reformular y reconstruir para sí mismo el valor propio del otro.⁷⁶
- Explicar que justicia y eficiencia no pueden maximizarse simultáneamente en ninguno de los sistemas; cuando más puede lograrse un compromiso óptimo en el sentido de Pareto, cuando cada uno toma en cuenta adecuadamente en sus “programas” el valor de referencia del otro sistema.⁷⁷

A partir de lo anterior se entiende perfectamente por qué la relación entre eficiencia y justicia ha sido definida como inversa o negativa (*trade-off*), o bien, como poder de veto de la justicia sobre la eficiencia. Aunque parece menos grave sacrificar algo de eficiencia en favor de la justicia, el inverso también es posible, aunque hasta un cierto límite; de ahí la idea de veto. Para ilustrar el punto, podemos recordar aquí el segundo principio de justicia que desarrolla Rawls: “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos; b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”.⁷⁸

Podríamos decir entonces decir que la justicia puede sacrificarse a favor de la eficacia (o la eficiencia) siempre que el miembro más desfavorecido de la comunidad se encuentre en una mejor situación que frente a cualquier otra alternativa y disfrute de oportunidades similares a las de los otros. No otra cosa querían decir los revolucionarios franceses cuando señalaban que “las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común”.⁷⁹

Por último, la relación positiva, de mutuo reforzamiento circular, entre eficiencia y justicia también es explicable porque sabemos que entre los sistemas existen acoplamientos estructurales mutuamente favorables (propiedad, contratos), los cuales requieren de *tiempo* para surgir y estabilizarse,

⁷⁶ Así como los economistas definen la equidad como igualdad en la distribución del ingreso, en derecho los juristas hablan, por ejemplo, de “economía procesal” para referirse a una forma de uso eficiente del tiempo y otros recursos durante un juicio.

⁷⁷ Por ejemplo, el procedimiento judicial puede verse como un compromiso entre eficiencia y justicia que se plasma en los respectivos códigos procesales. Concretamente, la eficiencia puede estar representada por la “celeridad procesal” y la justicia, por los medios de impugnación que favorecen la dilación, pero también la corrección de las decisiones erróneas. La definición del compromiso es materia de una decisión *política*.

⁷⁸ Rawls (1979, 82).

⁷⁹ Artículo 1º de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, de 26 de agosto de 1789.

y que están simultáneamente sometidas a las exigencias tanto de la justicia como de la eficiencia.

Un último aspecto de interés, pero que no abordamos aquí con la amplitud que merecería, se refiere a la vigencia de la eficiencia y de la justicia como *valores sociales*. De entrada, podemos suponer que ambos valores no tendrán la misma prevalencia en un momento dado. Basten aquí algunos comentarios esquemáticos:

La preocupación por la ampliación del mercado, por el libre comercio, por una economía más productiva y eficiente, como ocurre desde hace unas décadas a la luz de la llamada globalización, va necesariamente acompañada de desigualdades que deben ser corregidas por una acción pública concebida en términos de justicia, y ambas tendencias no se dan de manera simultánea, pues es preciso observar primero los efectos de una de ellas antes que la otra pueda intervenir de manera correctiva.⁸⁰

En estos términos podríamos explicar la evolución histórica del Estado liberal hacia el Estado benefactor o intervencionista. Pero en realidad esta dinámica opera en ambos sentidos, como lo demuestra la discusión en torno al llamado “neoliberalismo”. Siempre se puede argumentar que una economía más eficiente es más justa,⁸¹ o que es preciso corregir las ineficiencias económicas de la acción pública que anteriormente tuvo propósitos correctivos, porque con el tiempo se habrían vuelto injustas, o bien, que no es posible una acción pública en dirección de la justicia social sin eficiencia económica previa. En otras palabras: que la eficiencia es una forma de justicia, pero también, que la justicia es o debe ser eficiente para ser verdaderamente tal.⁸² Según parece, en el choque cotidiano de intereses en la sociedad, la tensión entre “eficiencia” y “justicia” (social) es inherente a la economía de mercado y no puede ser resuelta ni erradicada del todo. Del mismo modo se puede argumentar que las instituciones jurídicas, como la impartición de justicia, en cuanto utilizan recursos sociales escasos, están tan sometidos a los imperativos de la eficiencia como a los de la justicia.

⁸⁰ Hirschman (1986, 11), quien desarrolla la tesis de que en las sociedades modernas existen ciclos u “oscilaciones entre períodos de intensa preocupación con los problemas públicos y de casi total concentración en las metas del mejoramiento individual y el bienestar privado”, oscilaciones en las que mucho tiene que ver la experiencia de la decepción.

⁸¹ La doctrina más o menos oficial y explícita en los antiguos países socialistas era precisamente la contraria: que mayor eficiencia en el uso de los recursos era prácticamente sinónimo de inequidad. Aunque esta versión del socialismo prácticamente ha desaparecido, las ideas en que se sustentaba no han muerto del todo ni cabe esperar que lo hagan.

⁸² Este sería un caso típico de observación de segundo nivel entre sistemas.

III. ¿ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO UN ENFOQUE RIVAL O COMPLEMENTARIO DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA?

En el apartado anterior se intentó presentar una visión macrosociológica de las relaciones entre derecho, economía y sociología, en el sentido de identificar su posición en la sociedad moderna, para de ahí derivar algunas consecuencias sobre el así llamado “análisis económico del derecho” (AED) y sobre la utilidad del enfoque sociológico en ese contexto.

El presente apartado pretende descender de las alturas de la abstracción teórica para examinar, en un plano más terrenal, de qué manera el análisis económico y el sociológico se han ocupado del derecho a través de investigaciones empíricas y descriptivas concretas. En consecuencia, se trata también de examinar las afinidades y divergencias entre ambos, así como su posible rivalidad o complementariedad.

El AED y la sociología en la investigación empírica del derecho

En un trabajo sobre la economía aplicada a los tribunales, señalan sus autores —ambos economistas— que los sociólogos del derecho han desatendido las posibilidades del análisis económico en este ámbito. Si bien es cierto que los elementos de un modelo económico positivo se encuentran implícitos en la investigación no económica sobre los tribunales, el litigio y el procesamiento de conflictos, dicha investigación trata frecuentemente de manera no sistemática o imprecisa “los conceptos a los cuales los economistas intentarían dar un sentido económico preciso”.⁸³ En consecuencia, los economistas han realizado estudios de tipo empírico y cuantitativo sobre problemas que parecían ser coto reservado a los sociólogos del derecho, particularmente en relación con los tribunales y los conflictos jurídicos. Así, por ejemplo, podemos mencionar el estudio económico de:

- Los factores que influyen en la decisión de negociar la acusación o llevar un asunto a juicio (*trial*) en el sistema de justicia penal de los Estados Unidos.⁸⁴

⁸³ Cooter y Rubinfeld (1990, 533), así como su crítica de los llamados estudios longitudinales de los tribunales en pp. 540 y siguientes.

⁸⁴ La bibliografía es muy extensa, así que ofrecemos solamente algunas referencias de los estudios pioneros y de algunos posteriores: Landes (1971), Rhodes (1976), Elder (1989).

- La relación entre demanda de servicios judiciales, la duración de los juicios y la productividad de los tribunales federales de distrito en los Estados Unidos.⁸⁵
- La oferta y la demanda de tutela judicial en los tribunales españoles.⁸⁶
- La comprobación empírica de los modelos económicos de selección de las controversias para su procesamiento judicial.⁸⁷
- La elaboración de un modelo para el uso eficiente de los recursos en el procesamiento de asuntos penales por los tribunales.⁸⁸

Algunos representantes del AED no se han contentado con penetrar en los terrenos de la investigación empírica de diversos fenómenos jurídicos, sino que —como Richard Posner y Robert Cooter— han afirmado inclusive que el análisis económico es, en sí mismo, más poderoso que la ciencia jurídica y la SD. Cooter ha sostenido, por ejemplo, que el AED ha tenido tanto éxito (al menos en los Estados Unidos), porque ha sido capaz de encontrar “un nicho vacante en la ecología intelectual”, al ofrecer una teoría que predice de qué modo responden los seres humanos a los cambios en el derecho.⁸⁹ Posner ha llegado a afirmar que el AED ha examinado (al menos en los Estados Unidos) un conjunto más amplio de problemas y ha obtenido resultados más interesantes en comparación con las limitaciones teóricas, metodológicas y empíricas de la SD.⁹⁰ Para ambos, el éxito del AED no es accidental, pues se funda en los supuestos de la maximización, el equilibrio y la eficiencia que residen en el corazón de la teoría económica.⁹¹ Estos supuestos tienen importancia capital en la explicación del comportamiento en las instituciones que coordinan las interacciones de las personas, no sólo en los intercambios de mercado.

Como si les dieran la razón a los economistas, los sociólogos del derecho han adoptado ya, de manera más o menos deliberada, la terminología económica o, al menos, una perspectiva amplia de tipo económico, en el análisis del campo judicial. Y esto no puede ser de otra manera, puesto que es imposible dejar de tomar en cuenta que al menos la justicia constituye un

⁸⁵ Gillespie (1976).

⁸⁶ Pastor (1989, 211 ss; 1993, 113 ss.).

⁸⁷ La hipótesis sujeta a comprobación empírica fue formulada originalmente por Priest y Klein (1984). Véase Stanley y Coursey (1990), Eisenberg (1990).

⁸⁸ Noam (1982).

⁸⁹ Cooter (1995, 51 y 53).

⁹⁰ Posner (1995).

⁹¹ Cooter (1995, 54 y ss., 57, 59 y ss.).

aparato organizado que utiliza recursos sociales escasos.⁹² Señalamos como ejemplos de este tipo de análisis el *Civil Litigation Research Project*, realizado por la Universidad de Wisconsin en Madison a fines de los años setenta y comienzos de los ochenta, que explícitamente estudia su objeto desde el punto de vista de los costos de la justicia,⁹³ y, en segundo lugar, los estudios organizacionales sobre los tribunales, que analizan tanto los factores institucionales como de otro tipo que influyen en las decisiones de los actores en el ámbito judicial, bajo la premisa de que todos ellos se comportan como maximizadores de sus intereses propios.⁹⁴

¿Cómo se explica esta situación y cuáles son sus implicaciones científicas? ¿Se trata acaso de otro ejemplo de “imperialismo” por parte de las disciplinas económicas, del cual tendrían que defenderse las demás ciencias sociales, incluyendo el derecho? O bien, ¿la ciencia económica posee mejores instrumentos teóricos y metodológicos para abordar esta clase de problemas? Pareciera, en efecto, que el enfoque económico ofrece un análisis más general, más abstracto y de mayor alcance que el de otras disciplinas sociales, porque se apoya en la observación de que, en el *curso del tiempo*, el *comportamiento social* (como agregado de multitud de comportamientos individuales) tiende, con una elevada *probabilidad*, a seguir los principios de la *racionalidad económica*. Por ello, Robert Cooter ha propuesto al núcleo de la teoría económica como base de una teoría social unificada, aunque acepta que, para que ello ocurra, la economía tendría que “engrosar” o “densificar” el concepto de interés individual que utiliza e incorporar los avances de otras disciplinas sociales, como la psicología y la sociología. Dicho en otras palabras: la teoría económica está incompleta, porque su “visión de rayos-X” (en contraste con la “visión periférica”) impide “a los investigadores percibir hechos que los psicólogos y los sociólogos consideran de importancia central en el derecho”.⁹⁵

Con independencia de que pueda hacerse realidad la propuesta de Cooter, las razones del éxito de la aplicación de los enfoques económicos en el estudio social del derecho tienen su explicación en algunas circunstancias más específicas:

⁹² Véase, por ejemplo, Hazard, Jr. (1965).

⁹³ Véase, por ejemplo, Trubek *et al.* (1983).

⁹⁴ Véase, por ejemplo, Eisenstein y Jacob (1977) y Heydebrand y Seron (1990), quienes insisten, por cierto, en que el proceso de racionalización de los tribunales federales en los Estados Unidos en dirección a una mayor eficiencia se produce a costa de la justicia de sus decisiones. Para mayores referencias sobre este tipo de estudios véase Fix-Fierro (2006, cap. IV).

⁹⁵ Cooter (1995, 54, 60).

En primer lugar, debemos hacer notar que muchos estudios económicos, como los citados, toman como objeto ámbitos jurídico-institucionales específicos —y de manera particular la arena judicial—, donde se plantean *problemas de decisión racional en relación con el derecho*, es decir, de los beneficios o los costos que tendría la elección de uno u otro comportamiento relevante en términos jurídicos. Así, por ejemplo, la decisión de acudir o no a los tribunales tiene que ver con una serie de factores que los economistas han racionalizado y reelaborado de manera teórica y abstracta a través de modelos de costos, beneficios, riesgos y estrategias. Como resulta obvio, estos estudios no se ocupan, ni es su intención hacerlo, de los aspectos sociológicos más amplios del derecho, que se centran, por ejemplo, en el surgimiento y el desarrollo de los conflictos sociales con relevancia jurídica. Así, pues, no podemos hablar en absoluto de una sustitución del enfoque sociológico por el económico, sino acaso de una concurrencia limitada y en un plano distinto.

En segundo término, tenemos que tomar en cuenta que la sociología no se ha ocupado realmente de desarrollar una *teoría de la decisión*, sino que ha dejado esta tarea a la economía.⁹⁶ Así, pues, la especialización de la economía en cierto tipo de problemas, y la abstinencia de la sociología respecto de ellos, han permitido que aquélla haya empezado a desarrollarse como una especie de sociología (restringida) de la decisión jurídica, o si se prefiere, de la decisión jurídicamente relevante (como puede ser presentar, o no, una demanda judicial). Hay quien ha hecho notar, precisamente, que la escuela del neoinstitucionalismo económico, bajo el liderazgo de economistas como Douglass North, puede concebirse como una especie de “sociología del derecho”.⁹⁷ No resulta inconveniente que esto sea así: la economía ha podido desarrollar un instrumental analítico y metodológico muy refinado que opera con base en el planteamiento sistemático de supuestos, variables y restricciones para situaciones abstractas y generales, lo que indudablemente puede aplicarse con provecho al tipo de ámbitos que también interesan a la sociología del derecho.

Por último, más que disciplinas rivales, la SD y el AED son complementarios, porque poseen algunas características afines:

- Ambas disciplinas pueden proponer reflexiones descriptivas externas sobre el derecho.
- Tanto la sociología como la economía pueden contribuir a la realización de los objetivos instrumentales que se asignen al derecho,

⁹⁶ Luhmann (1988, 272 y ss.).

⁹⁷ Véase, por ejemplo, Ferrarese (1995).

informando las políticas encaminadas a promover la eficiencia o la justicia de las instituciones jurídicas.

- Entre ambas disciplinas existe frecuentemente afinidad de métodos y técnicas (por ejemplo, los estudios de tipo cuantitativo).

De acuerdo con lo ya dicho, la economía puede aportar la utilización de su refinado instrumental analítico en favor de un planteamiento metodológicamente técnico y riguroso de los problemas que sean susceptibles de este tipo de tratamiento, es decir, los contextos de decisión racional. A la sociología le corresponde, por su parte, proporcionar una visión que vaya más allá del lado técnico y racional del problema. Ello es posible porque, a diferencia de la economía, que examina situaciones abstractas a la luz de la premisa de la tendencia al comportamiento maximizador o racional de un *conjunto de individuos* (no de personas particulares),⁹⁸ la sociología se enfoca en *factores particulares* como componentes de los comportamientos y decisiones sociales (y por ello con frecuencia solamente puede extraer conclusiones menos generales). Precisamente en tiempos recientes la sociología se ha interrogado sobre el papel que desempeñan determinados factores, de tipo social y cultural, en el funcionamiento de las instituciones económicas, es decir, sobre el grado de influencia del contexto social en el desenvolvimiento de la racionabilidad económica, sobre todo en organizaciones.⁹⁹ Esta preocupación se despertó a raíz de la necesidad de explicar el éxito económico de los países del sudeste asiático, el cual se ha atribuido, en parte al menos, a ciertos rasgos sociales y culturales de los mismos. Sin embargo, las explicaciones de este tipo, aunque importantes, no deben caer en la doble tentación del exceso o del defecto en el reconocimiento de tales factores.¹⁰⁰

Así, pues, reforzamos la conclusión de que, si ha de ofrecer una descripción de los fenómenos jurídicos, proponiendo modelos con una base empírica y no sólo de tipo abstracto, el AED debe tomar en cuenta las aportaciones particulares, tanto teóricas como metodológicas y empíricas, de la sociología y otras ciencias sociales.

⁹⁸ Por ello no resulta eficaz la crítica del enfoque económico con base en la afirmación —cierta, por lo demás— de que muchas personas no deciden solamente con base en cálculos económicos, o no del todo.

⁹⁹ Hay toda una corriente de investigación sobre la llamada “cultura organizacional”. Véase, entre otros, Clegg (1990), Morgan (1986, 111-140), varios de los ensayos reunidos en Turner (1990) y Holton (1992).

Como ejemplo de una argumentación que recurre a los valores sociales (en este caso la “confianza”) como variable para la comparación del funcionamiento económico de distintos países, véase Fukuyama (1996).

¹⁰⁰ Clegg (1990).

Lo anterior es precisamente lo que ha empezado a suceder con la psicología cognitiva, la sociología y otras “ciencias conductuales” (*behavioral sciences*), cuyos resultados y observaciones empíricos se han utilizado para criticar y matizar las hipótesis centrales de la economía neoclásica, como las de racionalidad, maximización del interés propio, estabilidad de las preferencias e información completa. Los proponentes de esta nueva visión del AED señalan que es particularmente relevante para el estudio del derecho, considerando que se trata de un campo que pretende incentivar o desalentar ciertos comportamientos (lo que en la economía ocurre a través del mecanismo de los precios), pero en el que intervienen otras motivaciones (como la justicia) que obligan a revisar los supuestos del análisis económico neoclásico.¹⁰¹ Más aún, los procedimientos jurídicos tienen justamente el propósito de modular, equilibrar y racionalizar los motivos y sesgos que subyacen inconscientemente a las decisiones humanas.¹⁰²

IV. PROBLEMAS Y ALCANCES DE LA SD Y DEL AED

En cuanto disciplina de análisis social del derecho, debemos suponer, sin embargo, que el AED no estará exento de las ambigüedades y problemas que la sociología ha encontrado frente aquél y cuyo examen somero puede ofrecernos más pistas sobre la posición y la utilidad del análisis económico en relación con el orden jurídico.

1. *La sociología frente al derecho*

Aunque más arriba hemos ofrecido ya una primera caracterización de la posición de la sociología frente al derecho, en este apartado ampliamos ese análisis desde el punto de vista de su relación metodológica y del de la utilidad que pueda tener aquélla para la ciencia y la práctica jurídicas.

¹⁰¹ Sobre este punto véase Jolls, Sunstein y Thaler (1998), Sunstein (1999) y Korobkin y Ulen (2000). Una parte importante de la visión conductual del análisis económico y del AED (“*behavioral law and economics*”, “*law and behavioral science*”) se apoya en las investigaciones de psicología cognitiva de Amos Tversky y Daniel Kahneman, lo que le valió a este último el Premio Nobel de Economía de 2002. Una introducción fascinante y accesible a las investigaciones de estos autores sobre las maneras en que realmente los seres humanos toman decisiones puede verse en Kahneman (2012). Como introducción a la llamada “economía conductual” puede verse Campos Vázquez (2017).

¹⁰² Véase una investigación, mediante el “test de asociación implícita”, de los sesgos que pueden afectar las decisiones de los operadores jurídicos en materia de igualdad respecto de los pueblos indígenas en Ayala Sánchez (2008).

a) Como reacción contra el positivismo y el formalismo de fines del siglo XIX y de comienzos del XX, surgió la idea de que la ciencia jurídica tradicional debía enriquecerse, o de plano ser sustituida, por un enfoque que tomara en cuenta la *realidad* del derecho. Así, por ejemplo, para autores como Eugen Ehrlich (1862-1922), que no aceptaban la pretensión de que únicamente los órganos oficiales fueran creadores y reformadores del derecho, eso significaba que sólo la sociología del derecho podía ser la verdadera ciencia jurídica.¹⁰³ Por su parte, el realismo jurídico norteamericano y la llamada *sociological jurisprudence* postulaban la observación y predicción de la conducta decisional del juez, en vez de acudir a la explicación ofrecida por las “teorías” jurídicas.¹⁰⁴ Así, pues, este tipo de postura implicaba en algún modo la *sociologización* de la ciencia jurídica tradicional.¹⁰⁵

Otros autores han sostenido la separación metodológica entre ciencia jurídica y sociología (o SJ), o entre el punto de vista jurídico y la perspectiva sociológica, por ejemplo, con base en la distinción entre el dominio del ser (fáctico) y el del deber ser (normativo). El primero se ocupa de las normas consideradas jurídicamente válidas; la segunda, de las conductas que están referidas al orden jurídico, o bien, de las normas que tengan probabilidad de ser aplicadas.¹⁰⁶ A esta tradición pertenecen autores como Georg Jellinek (1851-1911), Max Weber (1864-1920) y Hans Kelsen (1881-1973). Este último señaló que la distinción entre ambos puntos de vista presuponía, ade-

¹⁰³ “Puesto que el derecho es un fenómeno social, cualquier especie de jurisprudencia pertenece a las ciencias sociales, pero la ciencia jurídica verdadera forma parte de la ciencia teórica de la sociedad, de la sociología. La sociología del derecho es la doctrina científica del derecho”. Ehrlich (1989, 33; traducción de HFF).

¹⁰⁴ Es muy conocida la frase del juez norteamericano Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), en el sentido de que el derecho consiste, no más y no menos, en la predicción de lo que harán los tribunales en una situación determinada. Véase Treves (1988, 81 y ss.).

¹⁰⁵ Según Lautmann (1991, 12-13), la sociologización de una disciplina puede significar varias cosas:

— Que adopte alguno o todos los métodos de la sociología y renuncie total o parcialmente a los propios.

— Que se someta parcial o totalmente a los objetivos de conocimiento de la sociología, conservando o no los propios.

— Que en sus trabajos tenga en cuenta los resultados de la sociología.

Un panorama de las escuelas de pensamiento jurídico que, desde el siglo XIX, se han acercado a las ciencias sociales o han tratado de adoptar sus métodos o enfoques, véase Fix-Fierro *et al.* (2018, lección IV).

¹⁰⁶ Geiger (1987, 165 y ss.) desarrolla la idea de obligatoriedad o validez de las normas jurídicas con base en el cálculo, es decir, una variable mensurable, de la probabilidad de que sean obedecidas.

más, la subordinación de la perspectiva sociológica a la jurídico-normativa por lo que hace a la identificación de su objeto de estudio.¹⁰⁷

El desarrollo de la SD y, sobre todo, de la investigación empírica en la disciplina, ha provocado que, en principio, se acepte el postulado de la separación de las perspectivas, aunque no siempre sin ambigüedades, porque sobre todo para quienes provienen del campo jurídico, es común que sigan considerando a la SJ como una disciplina “puente” que forma parte, a la vez, de la sociología y de la ciencia jurídica,¹⁰⁸ lo que, según hemos visto, es posible en la perspectiva de los sistemas sociales.

Por otro lado, la mayoría de dichas investigaciones han puesto en claro, cada vez con mayor nitidez, que las explicaciones sociológicas sobre el derecho en poco se corresponden con los presupuestos normativos de la ciencia jurídica.¹⁰⁹ Sin embargo, no siempre se aborda con claridad el alcance de dicha separación. Pocos autores, como Niklas Luhmann, han planteado de manera explícita una distinción radical entre sociología y derecho, en el sentido de que la primera es capaz de lograr una definición propia y diferente de los temas de la teoría jurídica, como por ejemplo: norma, validez, positividad, justicia, argumentación, etcétera.¹¹⁰ Como hemos visto, en la visión de Luhmann, la sociología (y, por tanto, la SD) adopta una perspectiva de heteroobservación anclada en el sistema científico, desde donde reconstruye, a partir de sus propias premisas e intereses cognoscitivos, los elementos y operaciones de los otros sistemas (en este caso, el sistema jurídico), sin necesidad de adoptar la autoobservación y la autodescripción de ellos mismos (aunque tiene que tomar en cuenta que éstas existen). Dicho en otras palabras: la sociología se desentiende de las necesidades operativas del sistema jurídico simplemente porque su punto de observación es diferente, lo que no excluye la posibilidad de definir problemas comunes y de reflexionar so-

¹⁰⁷ “... la sociología puede definir el fenómeno jurídico, el derecho positivo de una determinada comunidad, únicamente si recurre al concepto de derecho establecido por la jurisprudencia normativa. La jurisprudencia sociológica presupone tal concepto”. Kelsen (1983, 208, 192 y ss.).

¹⁰⁸ Representa este punto de vista, por ejemplo, Rehbinder (1989, 5 y ss.): “La sociología del derecho es, por tanto, una ciencia puente (*Bindestrich-Wissenschaft*). Llevada a cabo como sociología tiene frecuentemente un objetivo de conocimiento distinto del que posee la sociología del derecho del jurista”. Esta diferencia en el interés del conocimiento produce en realidad un desdoblamiento de la SD: en el primer sentido existe una *teoría sociológica del derecho* y, por el otro, una *ciencia jurídica sociológica*, “que traduce los conocimientos científicos en aplicación práctica del derecho y ofrece así auxilio a la decisión”.

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, Black (1989, 19 y ss.).

¹¹⁰ Luhmann (1993b).

bre las consecuencias que se desprenden, para la disciplina, de la diferencia entre sus puntos de vista.¹¹¹

b) La misma ambigüedad que en ocasiones caracteriza la relación teórica y metodológica entre derecho y sociología se presenta cuando se trata la cuestión de la utilidad del análisis sociológico para la ciencia y la práctica jurídicas. En este sentido, existe un claro paralelismo con las posturas delineadas en el inciso anterior. Mientras más clara sea la distinción teórica y metodológica entre ciencia jurídica y sociología, tanto más evidente resulta que la sociología en poco o nada puede aprovechar a aquélla.¹¹²

Más aún, buena parte de la investigación sociológica sobre el derecho, sobre todo la que se considera a sí misma de tipo “crítico”, ofrece resultados escasamente aprovechables para el jurista, o que de plano le resultan irritantes, pues su modo de trabajo pretende “desenmascararse” como ilusorio e ideológico respecto de los *verdaderos* conflictos de la sociedad.¹¹³ Sin embargo, el problema de esta investigación no se encuentra tanto en los resultados, sino en las consecuencias que se sacan de ellos, pues está claro que no basta dejar que “los hechos hablen por sí mismos”.

Así, por ejemplo, en su libro intitulado significativamente *Sociological Justice*, Donald Black muestra de qué manera diverge la ciencia “formalista” o tradicional del derecho respecto de los resultados de una SJ verdaderamente científica: por ejemplo, las normas se formulan y se interpretan en términos igualitarios y universales, pero su aplicación es siempre particular, discriminatoria.¹¹⁴ Black concluye, correctamente, que estos resultados van a influir en la operación del derecho, esto es, cuando los mismos operadores jurídicos utilicen el conocimiento socio-jurídico a su favor en el ejercicio profesional, pero se da perfecta cuenta de que su tendencia evidente, su aceptación abierta (lo que llama *sociological litigation*), destruiría la justicia misma, basada en la igualdad y en los valores jurídicos de naturaleza universalista, convir-

¹¹¹ Luhmann (1993b, 105 y ss.).

¹¹² En general, quienes adoptan un punto de vista moderado, o tienen interés en el funcionamiento eficaz del derecho (podríamos decir: en la *política jurídica*), consideran que la ciencia jurídica puede aprovechar los métodos y los conocimientos de la sociología. Véase Lautmann (1991, 15 y ss.). Sin embargo, también la política jurídica tiene sus problemas para adoptar y hacer realidad los resultados de la investigación empírica de carácter socio-jurídico.

¹¹³ Una perspectiva informada por la ciencia social implica entender y explicar al derecho, y a las decisiones jurídicas, en función de elementos externos, y ello conduce casi necesariamente a negar la autonomía del derecho, su especificidad y racionalidad como orden normativo de la conducta humana. Véanse las críticas de Finnis (1985) y Fiss (1986) a estos enfoques.

¹¹⁴ Black (1989).

tiéndose, por consiguiente, en una “profecía autocomplida”.¹¹⁵ Según Black, los resultados de la SJ son socialmente inaceptables, porque la ciencia jurídica contemporánea ha adoptado el principio de que la discriminación es incorrecta y de que debe ser absolutamente eliminada. Pero este objetivo no es realista. Lo que debe hacer la ciencia jurídica, entonces, es enfrentar la realidad de que los casos no se resuelven solamente con apoyo en las reglas formales, sino que influyen otros factores, como la distancia social entre las partes. Sobre esta base, los juristas deben decidir cuál o cuáles de ellos deben ser atacados o neutralizados. Pero la sociología no puede decirles cómo hacerlo.¹¹⁶

En resumen: de lo anterior se desprende que la utilidad del análisis sociológico para la práctica del derecho no es inmediata, sino que requiere la definición de objetivos sociales, lo que nos aleja de la SD en sentido estricto y nos acerca a la *política jurídica*, que es la disciplina que en primer término se pregunta por los usos instrumentales del derecho y a la que, por tanto, le interesa esencialmente la eficacia de las normas y las instituciones jurídicas.¹¹⁷

2. *La economía frente al derecho*

Tomando como punto de partida las reflexiones anteriores, podemos suponer que existen igualmente dos tipos de AED.

a) La “economización” del derecho, la que presentaría dos aspectos interrelacionados:

- El uso de instrumentos económicos para medir la eficiencia de las normas y sus efectos económicos en general, con propósito de reforma del derecho.
- La introducción de consideraciones económicas en el razonamiento y el discurso jurídicos, como elementos para justificar ciertos resultados o preferencias normativos.

El segundo aspecto resulta ser un fenómeno fácilmente observable y que con seguridad encontraremos en nuestro país en tiempos recientes, en que la economía parece haber tomado el papel de motor principal del cambio jurídico.¹¹⁸

¹¹⁵ Black (1989, 96).

¹¹⁶ Black (1989, 100).

¹¹⁷ Sobre el concepto de política jurídica puede verse Cossío Díaz (1997, 170 y ss.).

¹¹⁸ Véase López Ayllón (1997a) y López Ayllón y Fix-Fierro (2010).

En ambos casos, pero sobre todo en el segundo, el análisis económico desempeña también una función crítica y normativa respecto del derecho, pero diríamos que, en conjunto, puede resultar menos irritante que el análisis sociológico. Por un lado, porque el criterio de eficiencia puede ser o no aceptado como válido para el análisis y la valoración de las normas jurídica, mientras que el de eficacia (definido habitualmente como el grado de cumplimiento de las normas), aunque sociológico, queda prácticamente implícito en el concepto normativo del derecho (nadie que lo tome en serio puede dejar de presuponer que sus normas *deben* ser cumplidas, es decir, que deben ser *eficaces*). Por otro lado, la economía misma acepta tener una dimensión normativa,¹¹⁹ que se ocupa precisamente de las mejores soluciones en términos económicos, a diferencia de la sociología, que no siempre hace explícitos sus supuestos ideológicos y normativos,¹²⁰ o de plano considera que debe evitar cualquier planteamiento valorativo o normativo. Dadas las posibilidades instrumentales de este tipo de análisis económico, no sería sorprendente que los juristas lo reclamaran como disciplina-puente, como parte de la ciencia jurídica. Y, de hecho, podemos constatar su presencia y popularidad en las escuelas y facultades de derecho, principalmente de los Estados Unidos.

b) También es concebible un AED propia y rigurosamente económico, externo al derecho y a sus preocupaciones operativas. Este tipo de análisis seguramente debe basarse en supuestos que no son necesariamente aceptables para el punto de vista interno del derecho. Así, por ejemplo, que el cumplimiento de la norma esté sujeto a una evaluación de costos y beneficios, o que la definición económica de los derechos de propiedad no coincida con las diversas figuras jurídicas que se desprenden de esa institución.

Desde este punto de vista, el análisis económico reconstruye la significación del derecho y de las instituciones jurídicas para la economía misma.

¹¹⁹ Hacemos referencia a la conocida distinción entre economía positiva y economía normativa, aunque la primera tiene presupuestos normativos implícitos (como, por ejemplo, una determinada distribución de derechos propiedad).

¹²⁰ Sobre el proyecto “sagrado” de la sociología en los Estados Unidos (enfoque que puede hacerse extensivo a otras partes del mundo) véase Smith (2014). Este autor argumenta que, en los Estados Unidos al menos, la sociología como disciplina académica está lejos de ser una empresa secular, sino que más que esconde un proyecto “sagrado” en sentido estricto, formado por determinados valores que explican por qué se investiga lo que se investiga y por qué, cuando ocasionalmente se hacen investigaciones y se obtienen resultados que no casan con el *mainstream*, se producen en su contra reacciones persecutorias y hasta violentas. Queda así de manifiesto que siguen vivos los propósitos reformistas de la “religión de la humanidad” que preconizó Augusto Comte (1798-1857) como padre de la sociología.

Así, el llamado neoinstitucionalismo¹²¹ puede verse como la reconstrucción y la “endogenización” de los factores institucionales, entre ellos los jurídicos, en la teoría y el discurso económicos,¹²² aunque en principio lo hace en sus propios términos, para sus propios fines y con su propio lenguaje.¹²³

3. Sociología y economía en la política del derecho

Nos queda por examinar someramente algunas consecuencias que para el derecho, para la ciencia y el discurso jurídicos tiene el fenómeno de la sociologización y la economización. En realidad, ambos fenómenos pueden englobarse bajo el concepto de la *politización* del derecho, es decir, de su instrumentalización para determinados fines sociales. Este fenómeno, como bien se sabe, es consustancial al surgimiento y desarrollo del Estado asistencial o benefactor, uno de cuyos instrumentos centrales es el derecho, el cual ha ido expandiendo sistemáticamente su campo de acción y penetrando esferas sociales anteriormente exentas de una regulación jurídica profunda y extensiva.¹²⁴

Esto ha dado origen a la *política jurídica* como disciplina de la planeación racional del cambio del derecho para el cambio social, particularmente a través de la legislación. Sin embargo, esta tendencia ha tenido también su expresión interna en la ciencia jurídica, a través de la *interpretación teleológica del derecho*: los fines de las normas se convirtieron en el vehículo de los intereses y de las preocupaciones de la sociedad en un momento dado.¹²⁵

¹²¹ Como introducción a las diversas perspectivas que pueden agruparse en esta corriente del pensamiento económico puede verse Eggertsson (1990).

¹²² North (1993) ofrece un planteamiento general de algunas de las preocupaciones centrales de esta escuela. Su tesis principal es que el crecimiento y el desarrollo de las economías en el tiempo —y que, por tanto, buena parte de la explicación del atraso de unas frente a otras— se debe a la influencia directa de las instituciones de la sociedad, es decir, al conjunto de reglas formales e informales que estructuran la interacción humana.

¹²³ Blevgad y Finn (1991, 837) sostienen la posibilidad de la endogenización selectiva, no global, de factores jurídicos en la teoría económica, pero esto no debe ocurrir “en los términos dictados por la economía, sino que ésta debe respetar las características metodológicas de la otra ciencia”. Esta solución no parece realista, si en verdad la teoría económica pretende producir resultados que puedan procesarse en términos económicos.

¹²⁴ Véase Habermas (1981, II, 522 y ss.), quien identifica cuatro “empujones” globales de juridificación de la sociedad a partir del Estado absolutista. Esta afirmación de Habermas debe verse a la luz de su tesis sobre la “colonización” del “mundo de la vida” por los mecanismos sistémicos de la economía y el Estado y que se expresa en las mencionadas tendencias juridificadoras.

¹²⁵ Los conceptos de “fin” y de “interés” constituyeron un primer vehículo para el viraje sociológico de la ciencia jurídica, como reacción ante la interpretación formalista, basada ex-

Conforme se han multiplicado las críticas al Estado de bienestar, también se han expresado cuestionamientos a la ideología del uso tecnocrático del derecho. Para algunos, la instrumentalización del derecho es, sin más, un fenómeno de decadencia del mismo; esta visión, aunque no exenta de tintes morales, alega con razón que el derecho no es un elemento puramente técnico de la vida social que pueda manipularse, cambiarse o trasplantarse a voluntad.¹²⁶ Otros han polemizado con el utilitarismo y encontrado sus límites infranqueables en los derechos del individuo.¹²⁷ Alguno más ha señalado las contradicciones y dificultades que plantea adoptar decisiones jurídicas con fundamento en las posibles consecuencias que tales decisiones puedan traer,¹²⁸ etcétera.

La instrumentalización del derecho, su funcionalización a través de argumentos sociológicos, económicos, políticos, ecológicos, etcétera (lo que Max Weber llamó hace un siglo la “materialización del derecho”),¹²⁹ parece inevitable. Apenas podríamos imaginar un mundo en que las normas no tuvieran propósitos “estratégicos”, ya no sólo para la autoridad, sino también para los ciudadanos ordinarios. Sin embargo, ¿qué pasa cuando las normas jurídicas no cumplen las promesas para las que fueron hechas o interpretadas?

Podemos suponer, de entrada, una pérdida de credibilidad y de legitimidad de las normas y de las instituciones, la que puede ser compensada y absorbida, de varias maneras, por el funcionamiento normal del sistema político. ¿Qué ocurre, en cambio, cuando también este sistema falla y se deslegitima? La sociedad contemporánea parece haber encontrado en los

clusivamente en la definición y sistematización de conceptos. En el ámbito jurídico continental europeo este viraje comenzó a manifestarse en la clásica obra del jurista alemán Rudolf von Ihering (1818-1892) *El fin en el derecho* (1877 y 1883) y en la escuela de la “jurisprudencia de intereses” (*Interessenjurisprudenz*) que le siguió a comienzos del siglo XX.

¹²⁶ Como ejemplo de esta perspectiva véase Mouly (1985).

¹²⁷ Dworkin (1989).

¹²⁸ Luhmann (1993b, 92-94). Para la Luhmann, la orientación de las decisiones jurídicas por sus posibles consecuencias es, a la vez, imposible y necesaria, pero esta paradoja no es sino otro indicio de la autonomía del sistema jurídico. En tono irónico comenta que se trata en todo caso de un privilegio de la autoridad que no se ha sido otorgado al ciudadano común, al que le está vedado cumplir o no las normas de acuerdo con el cálculo de las consecuencias que ello le pueda acarrear. Nosotros diríamos que la orientación por las consecuencias es expresión también de la economización y la politización del derecho, lo que en todo caso equilibra la autonomía de la que habla Luhmann.

¹²⁹ En la visión de Weber, la “materialización” del derecho no puede llevarse al extremo sin que el derecho pierda también sus necesarias cualidades formales, en las que se apoya la seguridad jurídica. Ver sus reflexiones a propósito de los factores que en su época impulsaban la “materialización” del derecho, en Weber (2014, 918 y ss.).

derechos humanos y en los *tribunales* un factor legitimador de emergencia, pero esta situación tampoco está exenta de paradojas y peligros, particularmente el de una sobrecarga institucional, pues tanto los derechos humanos —en tanto vehículo de las demandas sociales—, como los tribunales —en cuanto sus principales receptores—, son incapaces de satisfacer todas las expectativas; de ellos espera la sociedad *justicia* y no racionalizaciones políticas.¹³⁰

Todo ello genera una dinámica muy compleja, cuyas consecuencias en poco o en nada parecen afectar la necesidad cotidiana que tiene el jurista de recurrir a consideraciones extrajurídicas para elaborar sus reflexiones e interpretaciones, porque así se lo exige la vida social. En todo caso, los argumentos sociológicos y económicos no son los únicos argumentos “externos” posibles, sino que tienen que competir con consideraciones de tipo moral, político, ecológico, religioso, etcétera. Ninguno de ellos tiene primacía sobre los demás, ni autoridad especial previa que les otorgue preferencia.¹³¹ El derecho puede utilizarlos en la medida en que no afecten la capacidad de reproducción de sus cualidades normativas.

La sociologización y la economización del derecho tienen, pues, límites, pero no sabemos *a priori* cuáles sean éstos, sino que nos vemos obligados a irlos explorando de caso en caso. Sociología, economía y derecho conviven así en un contexto en que cada disciplina es capaz de reconstruir y reformular, en sus propios términos, las “irritaciones” que le ofrecen las otras dos. La endogeneización mutua es posible, pero cada una de ellas decide, dentro de su jurisdicción, si acepta, y en todo caso bajo cuáles condiciones, las preocupaciones y resultados de las otras dos.

V. RECAPITULACIÓN

De lo anteriormente expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones, formuladas a manera de tesis sobre el tema.

- 1) Las relaciones entre derecho y economía y entre derecho y sociología han sido objeto de amplia exploración, no así la interrelación entre derecho, sociología y economía, y particularmente entre AED y SJ.
- 2) La sociología, en su versión de la teoría de los sistemas sociales, puede proporcionar una perspectiva global de las relaciones entre derecho

¹³⁰ Así, Garapon (1996).

¹³¹ Lege (1992), para quien en ocasiones importa menos el tipo de argumento esgrimido (“lógico” o “valorativo”) y más que se dé con el “tono correcto” dentro del gremio de los juristas, lo que el autor denomina “estética jurídica”.

y economía, así como temas y problemas para el AED, a través de conceptos como los de “observación de segundo orden” y “acoplamiento estructural”.

- 3) El enfoque económico ya ha penetrado, de manera explícita o implícita, en el terreno del análisis social empírico del derecho, particularmente en los ámbitos donde se plantean problemas de decisión racional en relación con las normas, las instituciones y los procedimientos jurídicos.
- 4) El AED no sustituye al estudio sociológico del derecho, pero puede hacer a éste importantes aportaciones de tipo analítico y metodológico, en razón de las afinidades que comparten. A su vez, la sociología debe contribuir con una visión más amplia que incorpore los demás componentes sociales y culturales de la racionalidad económica.
- 5) Tanto el análisis económico como la sociología en sentido estricto carecen de utilidad inmediata para la práctica del derecho; su función instrumental tiene que estar mediada por la política jurídica.
- 6) Los argumentos económicos o sociológicos son frecuentes, útiles e incluso inevitables en la interpretación y aplicación del derecho, pero su calidad de tales no les confiere autoridad especial, pues están subordinados a las exigencias de la reproducción normativa y deben coexistir con multitud de argumentos de variada naturaleza.
- 7) La sociedad moderna cuenta con los derechos humanos y con los tribunales como factores legitimadores de emergencia para el caso de que las instituciones políticas y las normas que éstas expidan no cumplan las expectativas políticas, económicas o sociales, puestas en ellas, pero ellos mismos tampoco pueden lograr su satisfacción definitiva.