

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, CIENCIA DEL DERECHO Y JUSTICIA

Por Dora Esther Ayala Rojas

Resumen

El fortalecimiento significativo que la producción científica actual le reconoce al Análisis económico del Derecho, en especial en los últimos veinte años, se ha visto favorecido por el avance del conocimiento entre disciplinas, de las teorías de sistemas y del pensamiento complejo.

Sin embargo, advertimos que en Argentina no se ha desarrollado con igual entusiasmo. Aunque posee un interesante desarrollo teórico, creemos que al momento de ser aplicado en la actividad judicial concreta presenta resistencias o al menos, dificultades para instalarse. Aún cuando los operadores judiciales se muestran conscientes de la necesidad de transformación existente en el mundo jurídico y de las posibilidades que para ello ofrece el AeD, su aplicación práctica se mantiene escasa. Los principales argumentos para la resistencia se concentran principalmente en que propone una suerte de fundamentalismo o primacía absoluta de la Economía que invade y quita identidad al Derecho; que la Economía si bien tiene méritos que deben reconocerse, termina convirtiéndose en una oquedad, un hueco que se basta a sí mismo y se justifica solamente por el interés; y que el fenómeno de la globalización terminará apoderándose del Derecho.

Esta dura crítica axiológica reclama que intentemos caminos de profundización epistemológica, teniendo como especial motivación sus aportes formidables al conocimiento entre disciplinas, al razonamiento y a la metodología jurídicos.

Sostenemos que enfatizar su abordaje epistemológico permite dar cuenta de la presencia de las corrientes subyacentes en él y sus implicancias en las decisiones judiciales; así como valorar las posibilidades de construcción epistemológica de sus propias categorías jurídicas.

Abstract

The significant strengthening than the scientific current production recognizes to the Economic analysis of the Law, especially in the last twenty years, it has been favored for the progress of the knowledge between disciplines, systems theories and of complex thought.

Nevertheless, we perceive that in Argentina it has not been developed with the same eagerness. Though, it has an interesting theoretical development, we think that in the moment to be applied in the concrete legal activity, it presents resistances or at least, difficulties to its implementation. Even when the legal practitioners appear to be aware of the need of existing transformation in the legal world and of the possibilities that for it the Economic analysis of the Law provides, the practical application remains low. The main arguments for this resistance are concentrated mainly in the fact of that proposes a kind of the fundamentalism or absolute primacy of the economics which invades and removes identity to the law; that the economics although has the merits that must be recognized, ends becoming into a hollow, which it is sufficient in itself and is justified only for the interest; and that the globalization phenomenon will take possession of the law.

This axiological harsh criticism claims us to try deepening epistemological ways, having as special motivation its great contributions to the knowledge between disciplines, to the reasoning and the legal methodology

We maintain emphasize its epistemological approach allow to be aware of the presence of underlying currents in it and its implications in the legal decisions; as well as assess the possibilities of epistemological construction of its own legal categories

Palabras clave

Complejidad, Interdisciplina, Categorías.

Keywords

Complexity, Interdisciplinary, Categories.

1. Del interés por nuestro objeto de estudio

El trayecto de la tesis doctoral (Ayala Rojas, 2013) nos permitió valorar el fortalecimiento significativo que la producción científica actual le reconoce al Análisis económico del Derecho (en adelante AeD), en especial en los últimos veinte años (Chiassoni, 2013); favorecido por el avance del conocimiento entre disciplinas (Senge, 2012), de las teorías de sistemas (Alles, 2012) y del pensamiento complejo (Morin, 2006, 2011).

Sin embargo, también advertimos que en Argentina no se ha desarrollado con igual entusiasmo (Kugler, 2006). Aunque posee una interesante producción teórica, creemos que al momento de ser aplicado en la actividad judicial concreta, presenta resistencia, o al menos, notable dificultad para instalarse en el campo jurisdiccional. Esto significa que aún cuando los operadores se muestran conscientes de la necesidad de transformación existente en el mundo jurídico y de las posibilidades

que para ello ofrece el AeD, la ciencia del Derecho y su práctica, en general, se mantienen.

Los principales argumentos para la resistencia se concentran principalmente en que: el AeD propone una suerte de fundamentalismo o primacía absoluta de la Economía, que invade y quita identidad al Derecho (Vanossi, 2008); que en esa perspectiva, la Economía si bien tiene méritos que deben reconocerse, termina convirtiéndose en una oquedad, un hueco que se basta a sí mismo y que se justifica solamente por el interés de sus actores (Ciuro Caldani, 2010, 2011); y que el fenómeno de la globalización se ha apoderado del Derecho (Auby, 2012) empujando a cada uno a salvarse como pueda.

Esta dura crítica sobre sus aspectos axiológicos frena – a nuestro modo de ver - sus posibilidades de desarrollo; y reclama que intentemos caminos de profundización epistemológica de sus características, teniendo como especial motivación sus aportes formidables al conocimiento entre disciplinas, al razonamiento jurídico y a la metodología jurídica; por citar los más conocidos (Cabanellas, 2006).

Consideramos que la tensión se produce específicamente porque la relación actual entre el AeD, la Ciencia del Derecho y la Justicia es todavía incipiente y de ese modo, ineficiente.

Cabe dejar en claro que:

- a) reconocemos a la Justicia en un sentido amplio, de práctica, comprensivo del actuar y del sentir de jueces, litigantes, académicos y funcionarios; los que a su vez contribuyen entre todos a la formación de la opinión pública acerca de su validez.
- b) consideramos que la ineficiencia se debe a que el AeD no ha llegado a desplegarse plenamente como corriente jus filosófica o de la Ciencia del Derecho.

La recepción que tiene el AeD es diversa. Advertimos que es mayor cuando los juristas buscan soluciones prácticas a problemas específicos de una rama del

derecho, esto es, a problemas de derecho positivo: constitucional, empresarial, procesal, penal, familiar, contractual, etc. También, cuando es abordado metodológicamente y pone el foco en los modos de hallar y justificar soluciones de razonamiento; la carpintería [jurídica], la arquitectura [jurídica] que hace a la técnica de contar (García Márquez, 1998). Aquí el AeD se destaca por su forma de aportar técnicas y herramientas de la microeconomía para las operaciones jurídicas: interpretación de leyes, decretos, sentencias así como otras operaciones de integración, de definición y sobre todo de argumentación.

En estos dos ámbitos, de soluciones prácticas y de modos de hacer, el AeD se desarrolló más y mejor, por lo que son éstas las dimensiones que actualmente lo identifican.

Creemos que es por eso que los operadores del derecho interesados en esta corriente, toman solamente una parte de sus supuestos, los relacionados con el procedimiento, la eficiencia y la rapidez del proceso, o cuestiones prácticas disciplinares; pero siguen manteniendo la misma idea acerca de la base epistemológica del Derecho y de la Justicia que aplican.

Sostenemos que si se realiza un abordaje jurídico cultural, esto es, desde la *jus* filosofía y desde la historia del derecho, desde la teoría y la ideología que conforman su epísteme, podríamos dar cuenta de la presencia de las corrientes subyacentes y sus implicancias en las decisiones judiciales, valorando sus propias posibilidades de construcción epistemológica (Gherzi, 2000, 2007, 2013), desde una filosofía realista, integrativista; metodológicamente analítica.

Para nosotros, los interrogantes que – hasta ahora - el AeD no responde suficientemente son:

¿Qué derecho es el que el AeD propone y justifica?

¿Cuáles son las categorías que le sirven de base?

¿Cómo son las relaciones entre esas categorías y la arquitectura judicial concreta, conocida ampliamente como Justicia?

Buscando respuestas posibles, avanzaremos hacia una construcción epistemológica del AeD que le permita mejorar su posición frente a otras corrientes jus filosóficas y plantear con más eficiencia su enfoque particular, distintivo y explícito de valores y principios, identificando desde ya al menos tres maneras diferentes de “pensarlo jurídicamente” (Chiassoni, 2013) las que a su vez, proporcionan su base conceptual.

La primera consiste en asumir el enfoque específico de una rama del derecho positivo para resolver un conflicto propio de su contenido: derecho constitucional, empresarial, de daños, de responsabilidad civil y/o penal, de derecho procesal, familiar, contractual. En este contexto, el AeD ofrece, o puede ofrecer, soluciones a casos prácticos de la rama del derecho involucrada.

La segunda consiste en asumir el enfoque de la metodología jurídica, para realizar del mejor modo posible el razonamiento de una cuestión problemática. Aquí el AeD no se limita a encontrar respuestas prácticas a problemas específicos de las ramas del derecho sino a elegir los procedimientos para encontrar; y además justificar, las soluciones.

Estas dos maneras o enfoques son particularmente útiles y muy empleados por sus técnicas y herramientas, por sus clavos, tornillos y bisagras; por su carpintería y su arquitectura a emplear en la interpretación de las disposiciones jurídicas, sentencias judiciales y otras operaciones (de integración, definición, argumentación).

La tercera – en la que nos posicionamos para este trayecto - consiste en asumir el abordaje de la Filosofía del Derecho y la Historia del Derecho, para construir/ reconstruir el AeD en la complejidad de su epísteme, desde el campo del conocimiento, es decir desde su cultura, con la intención de producir conocimiento

nuevo o renovado que describa sus categorías constituyentes y que, hasta donde conocemos, es la menos transitada en la literatura jurídica.

2. La lógica del Análisis económico del Derecho

El AeD es una corriente jus filosófica compleja que nace como tal en 1930 en los Estados Unidos de Norteamérica. Es una nueva mirada al Derecho desde la Economía, quien le proporciona leyes, métodos y conceptos que el Derecho usa para la resolución de los problemas jurídicos (Kluger, 2006); partiendo del supuesto que toda práctica jurídica tiene una lógica económica implícita.

En sus antecedentes remotos se ubican los iniciadores de la Escuela Clásica (Ciuro Caldani, 2008) y entre los fundadores a economistas como Ronald Coase¹ y juristas como Richard Posner² y Guido Calabresi³, de la Escuela de Chicago los dos primeros y de Yale el último. Estas escuelas son las que hasta ahora representan sus más actualizadas manifestaciones, con autores como James Buchanan⁴ y Jules

¹ (1910-2013) Académico británico que en 1951 emigró a USA y se instaló en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Recibió el Nobel en 1991 por sus trabajos sobre el significado de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía.

² (1939) Magistrado estadounidense de la Corte Suprema y profesor de la Universidad de Chicago. Sostiene que la teoría de la eficiencia del derecho se explica mejor si se la entiende como modo de maximizar la riqueza de la sociedad dejando la cuestión de su distribución para los legisladores. Polemizó con R. Dworkin sobre el punto.

³ (1932) Jurista italiano nacionalizado estadounidense. Juez de la Corte de Apelaciones y ex Decano de Derecho en Yale. Analiza la eficiencia como un componente de la idea de justicia, que toda sociedad debe buscar mediante el derecho.

⁴ (1919-2013) Economista estadounidense, máximo representante de la Teoría de la elección pública y la Economía constitucional. Recibió el Nobel en 1986 por sus estudios del funcionamiento real de los procesos políticos mediante la aplicación del análisis económico a la política y al proceso de toma de decisiones.

Coleman⁵ (Roemer, 2000). Actualmente, ve consolidar sus posiciones con el desarrollo de la Economía de las Instituciones, la Economía Constitucional o Public Choice, la Teoría de los Juegos, la Economía Política del Derecho, entre otros análisis⁶, a los que se agregan el reconocimiento de la relevancia de los métodos económicos de investigación y la apertura del derecho a los aportes entre disciplinas.

Los principios que el AeD tiene como sustento de su enfoque epistémico o de comprensión del proceso económico, es decir, su manera de entender los sucesos que impactan en la Vida personal y social (Ayala Rojas, 2014) resaltan: la consideración del tiempo como valor principal, la libertad como premisa de comportamiento y los costes de transacción de las decisiones.

No comprender esta lógica torna difícil evaluar con precisión a quién afectará una determinada medida económica y a quien perjudicará (Cachanosky, 2004) por lo que es imprescindible su entendimiento.

La consideración del tiempo como valor principal

El tiempo es un bien; pero además, es el más escaso de todos los bienes, por el carácter finito de la vida humana que debe ser valorado en sus dimensiones cronológica y existencial, enfocando el presente y el futuro, describiendo y prediciendo⁷.

⁵ (1947) Jurista estadounidense profesor de Derecho y Jurisprudencia en Yale. Sostiene que el mercado es la forma más apropiada de organización racional y resulta más atractivo cuando mantenerlo es difícil. Para lograrlo, propone reforzar la institución jurídica del contrato, el principio de justicia correctiva y la figura de la compensación por el daño sufrido.

⁶ Entre los que destacamos el de Douglass North (1920) economista e historiador estadounidense, profesor en Seattle, recibió el Nobel en 1993 por su aporte a la investigación en historia económica. Sostiene que los cambios institucionales (políticos, sociales, económicos) son más relevantes que los tecnológicos para explicar el desarrollo.

⁷ Aunque minoritaria, no hay que olvidar los aportes de D. North que refieren a la importancia de los procesos históricos y culturales; lo que conlleva también, al menos desde su posición, a mirar hacia el

Este es el primer problema con el que se enfrentan la economía y las ciencias sociales en general, buscando respuestas a: ¿cómo asignar el tiempo de manera eficiente frente a necesidades siempre múltiples y crecientes?

Para responder el AeD recurre a la eficiencia desde el concepto microeconómico definido por el economista italiano Wilfredo Pareto. Entiende que las normas jurídicas son intentos de maximizar la riqueza, la situación óptima o el bienestar agregado (Spector, 2004); y por lo tanto, la mejor ley es la que efectivamente se cumple, es decir la que se practica en la realidad, la que concreta su eficiencia efectivamente porque responde a esa premisa. La noción de eficiencia asume así, aspectos de celeridad y rapidez como criterios de utilidad. Los problemas procesales tratados por el AeD encuentran sustento epistémico en este principio, que es desarrollado en profundidad por los juristas que afirman que la eficiencia es el fin prioritario del derecho y que coincide con la justicia. El AeD debe proporcionar consejos a jueces y operadores jurídicos sobre los métodos más eficientes para regular la conducta a través del derecho (Posner, 1983).

En este grupo se ubican los estudios que buscan y proponen respuestas jurisdiccionales idóneas y oportunas y se concentran en los aspectos metodológicos y teleológicos del proceso judicial.

La libertad como premisa de comportamiento

Supone que todas las decisiones de las personas se toman libremente, en el sentido más general, racional y de conciencia, frente a un conjunto de posibilidades que se les presentan y que deben ponderar.

Es así que la práctica – o el cumplimiento - de la norma jurídica se realiza cuando las personas deciden obedecerla, promoviendo esa decisión con mayor o menor fuerza, según los beneficios o intereses que persigan. Sin embargo, la

pasado; en armonía con los rasgos de antigüedad y unicidad como productores de valor, expuestos por el clásico D. Ricardo.

libertad no está desprendida del aspecto ético y moral (Smith, 1776)⁸ sino supeditada a la justicia, como fin último que cada sociedad debe concretar por el derecho (Calabresi, 1991).

Este principio coloca a la justicia como objetivo sobre ordenado y no negociable respecto de la eficiencia, entendida como maximización óptima de riqueza que nunca debe ser considerada de manera independiente⁹.

En este grupo se ubican los estudios que buscan y proponen respuestas axiológicas y se concentran en el valor del individuo frente a conflictos morales (Lorenzetti, 2015).

De allí que el Derecho resulta un reflejo de los intereses y valores existentes en la sociedad, familia o grupo, como producto de la integración, colaboración, acuerdo voluntario de sus miembros y educación óptima de la comunidad. (Garrido Cordobera, 2006).

Los costes de transacción de las decisiones

Tomar decisiones eligiendo entre un conjunto de opciones, importa siempre un costo o sacrificio a considerar, en relación con el interés o beneficio a cubrir; lo que implica para el análisis económico, que nada es gratuito. Aún tratándose de la mejor de las posibilidades de vida, la variable temporal siempre es limitada, finita, porque la vida lo es; y quedarán en el mejor de los casos para otro momento y sometidas a incertidumbre, una o varias de las opciones.

Si bien para algunos teóricos del AeD los costos de las decisiones se miden en términos de eficiencia como utilidad ((Posner, 1983), otros¹⁰ la descartan y

⁸ La Escuela Clásica nace con una visión moralmente optimista.

⁹ Posición que pretende superar la visión eficientista o tecnológica original del AeD, que produjo importantes y profundos intercambios como los que protagonizaron R. Posner y R. Dworkin.

¹⁰ En especial la tendencia denominada reformista de Guido Calabresi y sus continuadores en la Escuela de Derecho de Yale.

reemplazan por el modo de restablecer el equilibrio en el mercado. Sostienen que los mercados son las formas más apropiadas de organización racional y para mantenerse se remite al derecho contractual. El incumplimiento acarrea responsabilidad y moviliza a la justicia correctiva que opera por compensación, igualamiento y castigo (Coleman, 2013).

Esta dinámica de funcionamiento del AeD se comprende mejor si desplegamos su contexto creativo y su condicionamiento histórico como excepcional caldo de cultivo, en el sentido de la tesis de D. North ya mencionada¹¹ y que justifica el apartado siguiente.

3. Los movimientos que lo nutren

Para abordar el AeD con sentido meta teórico es preciso indagar de manera muy general en las posiciones filosóficas que constituyen su trasfondo cultural, ya sea para acercarlo o alejarlo de ellas, en especial, porque la literatura específica no ha tomado una posición expresa al respecto. Nos referimos a las vertientes del formalismo y el realismo jurídicos.

3.1. Vertientes del formalismo jurídico:

3.1.1. La Teoría Pura del Derecho, en su última versión¹², publicada por Hans Kelsen en Suiza en 1953 y editada en español por Eudeba -con traducción de Moisés Nilve- en 1960, representa la más importante y difundida exposición en nuestra lengua del positivismo jurídico como Teoría del Derecho (Pérez Luño, 2009). Los rasgos básicos de su concepción que después tiñe a todas sus manifestaciones

¹¹ Nos referimos a la cita n°7 de este artículo.

¹² La primera edición de la obra es de 1934. Entre ésta y la segunda, de 1960, hay una edición en francés de 1953, que aumenta y corrige la primera.

posteriores, la caracterizan como una teoría conceptual y formalista que no se propone dar cuenta de la experiencia jurídica práctica, que es precisamente el ámbito donde más nítidamente se manifiesta la interferencia de saberes. Se define así, como una formulación pura en cuanto no contaminada por presupuestos ajenos a lo estrictamente jurídico, ceñido a la dimensión formal normativa del Derecho. Reduce la juridicidad a la positividad, relegando a la moral y a lo social, a la esfera de lo no jurídico. Niega la distinción entre derecho subjetivo y objetivo considerando que no puede existir ningún poder jurídico que no esté previamente establecido en una norma. Propugna abolir la dicotomía derecho público- derecho privado ya que no concibe ningún derecho al margen del aparato coactivo estatal. Para Kelsen, la teoría del derecho debe tomar como objeto de estudio al derecho “en sí” es decir, como estructura normativa autosuficiente, autorreferente y coherente. Para despegar al derecho de la realidad se remite a la distinción kantiana entre deber ser y ser, ubicando al derecho en la primera (como un deber ser lógico formal y por lo tanto no como un deber ser ético) En cuanto al formalismo, tiene sus antecedentes en los dogmáticos ius positivistas¹³ del siglo XIX que cifraron la teoría del derecho en la elaboración lógico sistemática del ordenamiento jurídico así como en la construcción de conceptos y categorías propias¹⁴, buscando la separación entre el mundo de las ciencias empíricas y el mundo de las ciencias normativas. En cuanto a la pureza metódica, se le atribuye al influjo neokantiano¹⁵ el sostener que el formalismo coincide con la propia naturaleza lógica de la norma positiva – muy fuerte en la

¹³ Especialmente los grandes maestros de Derecho Público alemán como Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband o George Jellinek.

¹⁴ Georg Jellinek, al referirse a la elaboración conceptual de las categorías jurídicas sostuvo que el problema científico jurídico no reside en saber qué son los derechos sino en cómo deben pensarse los derechos.

¹⁵ Rudolf Stammler fue uno de los juristas más influyentes durante la época del joven Kelsen. Alcanzó notable difusión su tesis acerca de que los conceptos jurídicos no se hallaban fundados en la experiencia, sino en categorías a priori del pensar jurídico anteriores a aquélla.

etapa formativa de Kelsen, especialmente por los debates de la Escuela de Marburgo.

3.1.2. La reformulación positivista, se desarrolla en dirección a una búsqueda de identidad o de contenidos mínimos que sirvan para definir la postura, a partir del hecho que no todos los que se reconocen como positivistas le atribuyen el mismo significado a tal denominación. Norberto Bobbio propuso una caracterización que se convirtió en referencia obligada, distinguiendo al positivismo con tres significados: como modo de aproximarse al estudio del Derecho, como teoría del Derecho y como ideología. Considerados por algunos como tres aspectos independientes, de manera tal que admiten la posibilidad de enrolarse en el positivismo metodológico sin por ello hacerlo en el teórico ni en el ideológico (Hoerster, 2000); no compartido por otro importante sector del pensamiento alemán¹⁶ que considera que todos desembocan en el positivismo como ideología (Radbruch, 1951).

En ese estado de situación y con los primeros aportes de H. L. A. Hart, se afianza la crítica al viejo positivismo maximalista y su propuesta de reducir la doctrina a tres tesis: separación conceptual de derecho y moral, afianzamiento de las fuentes sociales del derecho y discrecionalidad judicial, se reelabora el positivismo jurídico.

Los nuevos aportes de Hart en 1994, fueron publicados en forma póstuma respondiendo a R. Dworkin y a determinados aspectos de la doctrina constitucionalista. Llama positivismo blando a la reformulación de su teoría original en la que atribuye especial relevancia a la posibilidad que la regla de reconocimiento

¹⁶ Separan el concepto de Derecho Positivo de la idea de Derecho. El muy reconocido aporte de la "fórmula de Radbruch", postula que *el derecho extremadamente injusto no es derecho*, principio acogido por la Corte Constitucional de Alemania Federal para juzgar el comportamiento de los soldados de frontera de la República Democrática Alemana.

(su sistema de fuentes) incluya principios de justicia como criterios de validez jurídica. Lo determinante para que siga siendo positivismo es que tales principios no son relevantes por sí mismos sino por remisión. Son contingentes, convencionales, derivados de una fuente social.

Ronald Dworkin sin que se reconozca jus naturalista, emprende un ataque frontal contra el positivismo y polemiza con H. Hart refutando las tres tesis centrales formuladas por aquél mediante el razonamiento por principios, resaltando la dimensión comprometida del derecho. Propone un jurista *creyente*, que acepta los principios y valores que subyacen al sistema jurídico y comprometido en presentarlo bajo la mejor luz moral posible. Así una filosofía del derecho debe estar incrustada en una filosofía moral general y referida a un sistema jurídico concreto, para describirlo y justificarlo. Junto a las normas, en el Derecho juegan un papel central los principios y las directrices, en tanto que las reglas son aplicables en el modo del “todo o nada”. Plantea dos grandes objeciones morales a la tesis de la discrecionalidad judicial: la creación de derecho nuevo para lo que el juez carece de legitimidad y la aplicación de normas inexistentes para los hechos juzgados, vulnerando el principio de irretroactividad de las normas desfavorables para la parte perdedora. No admite que el derecho no alcance para solucionar un caso sino que es la imagen que el positivista tiene de él la que está incompleta. Esto lo lleva a la convicción de la *one right answer*, o única respuesta correcta para cada caso.

3.1.3. El positivismo incluyente o de incorporación, tiene como sus representantes más destacados a W.J. Waluchov. Se define a sí mismo como una vía intermedia entre la integración planteada por Dworkin y cercana al jus naturalismo y el positivismo excluyente de J. Raz, de carácter absoluto. Recibe ataques de ambos: Dworkin lo considera una mera reelaboración de su tesis y los positivistas lo acusan de no responder a su nombre porque no tiene nada de

positivista. Waluchov destaca que frente a la posición comprometida de Dworkin, el positivismo incluyente plantea una posición equilibrada entre los puntos de vista interno y externo. Lo más importante de esta postura es que admiten la posibilidad que la validez de una norma dentro de un sistema jurídico pueda depender de valores o principios morales. Sin embargo insisten, como el positivismo suave de Hart, que tal incorporación no se produce por sí sola sino por reconocimiento, por convención.

3.1.4. El positivismo excluyente, se desarrolla en Oxford a través del pensamiento de J. Raz, quien se opone con vehemencia a la característica distintiva del positivismo incluyente y sostiene que solamente los hechos sociales pueden determinar el contenido del derecho, presentándolo como la única forma de positivismo jurídico respetuosa y coherente con la pretensión de construir una teoría del derecho basada en los rasgos de la generalidad y la descripción. Excluye a la moral de los fundamentos posibles para la determinación del derecho válido. Para algunos se trata de una reformulación del modelo propuesto por Hart aunque más estricto que el del propio Hart (Waluchov, 2007). No acepta las concesiones de éste a las teorías rivales; y en aquellas que hizo reconociendo conexiones entre derecho y moral, Raz solamente ve adherencias ocasionales de elementos normativos exógenos, que no forman parte del derecho. Todo lo que no encaje en ese concepto se califica como extra jurídico aunque tenga un papel decisivo en la práctica; y en último caso se explica con el recurso a la inevitable discrecionalidad judicial.

3.2. Vertientes del realismo jurídico:

3.2.1. En el realismo jurídico, se dan dos posiciones mayoritarias: una norteamericana y la otra escandinava.

3.2.1.1. Mediante la norteamericana¹⁷ se desarrollaron aportes que pueden ser muy significativos para el análisis, especialmente en la apreciación sobre la Justicia (Groekman, 1997). Sostienen que si bien en general todos podemos estar de acuerdo en que el derecho es un vehículo para evitar la injusticia social, el conflicto aparece cuando la reforma para lograr ese objetivo requiere un sacrificio significativamente mayor que aquel que la corriente principal del discurso jurídico está dispuesta a reconocer. También, que los materiales jurídicos no determinan completamente los resultados de las controversias jurídicas, dado que a menudo no son suficientes para llegar a una decisión en un caso particular; y que la única decisión judicial correcta es una deducción asimilable a creencias religiosas (Kennedy, 2012) comparable con prácticas chamánicas¹⁸ (Lavapeur, 2004). En general se caracterizan por referirse a casos puntuales o situaciones problemáticas concretas; y por poner en juego la existencia de diversas clases de realidad que no encajan en el estudio de una fórmula única que las abarque.

Destacamos como modalidades principales: la jurisprudencia sociológica y el realismo estricto (Ciuro Caldani, 2009).

3.2.1.1.1. La jurisprudencia sociológica, representada entre otros por Benjamín Cardozo¹⁹ y Roscoe Pound²⁰, sostiene que el Derecho es un instrumento

¹⁷ Tiene como principal exponente a los Estudios Jurídicos Críticos, movimiento que nace en Harvard en la década de 1970 con los escritos de Duncan Kennedy, para extenderse a otras Universidades como la de Georgetown. Aunque pronto decae en Estados Unidos de América, se desarrolla fuertemente en el Birkbeck College, University of London, donde continúa vigente, especialmente a través de sus publicaciones sobre teoría jurídica crítica en el Reino Unido, en temas sobre derechos humanos, jurisprudencia y derecho penal.

¹⁸ En las culturas de túrquicos y mongoles el chamán era el curandero, significa “el que sabe”.

¹⁹ Benjamín Cardozo (1870-1938) fue un jurista judío portugués que desde su condición de juez analizó diferentes métodos para sentenciar basado en su propio comportamiento como tal. Se lo conoce también por el apoyo que brindó con sus opiniones al New Deal del Presidente Roosevelt durante la gran crisis de 1929 en lo que refiere a legislaciones laborales y de seguridad social.

de mejoramiento social y que toda la Ciencia Jurídica es una obra de ingeniería social, por lo que no se ocupa tanto de derechos como de los intereses que se comprometen para la realización de los fines de la sociedad. En esa perspectiva, la labor del jurista debe efectuarse indagando sobre esos intereses sociales actuales, porque serán los determinantes de las normas jurídicas, ya que el derecho es la expresión de voluntad de las personas que luchan por defender sus intereses y eliminar la injusticia²¹.

3.2.1.1.2. El Realismo jurídico estricto adopta una posición radical al rechazar enfáticamente todo formalismo. Representado por autores como Jerome Frank²² y en Argentina Julio César Cueto Rúa²³; sostiene que las normas nunca pueden resolver todos los problemas y la incertidumbre jurídica es una prueba de ello. Le otorga un papel central al juez, a su personalidad y a la ponderación de la prueba, por lo que concluye señalando que el Derecho es el comportamiento de los jueces y su método es especialmente de naturaleza psicológica. Se despreocupa de las normas y enfoca el proceso judicial como un espacio donde el juez siente y vive el derecho. También denominado intuicionismo judicial.

²⁰ Roscoe Pound (1870-1964) jurista, educador y cofundador de la primer revista de Derecho comparado de los Estados Unidos: el Boletín de la American Bar Association; es el más conocido representante de esta corriente. Sostiene la necesidad de llegar mediante la Filosofía Jurídica a lograr un sistema de compromisos entre los intereses en conflicto, comprendiendo en él a la mayor cantidad posible de personas.

²¹ Con influencias del pensamiento de Rudolf (segundo) Ihering.

²² (1889-1957) Jurista norteamericano que desde sus diversas actividades como juez, profesor, litigante y consejero, aporta una noción de Derecho que requiere a su parecer, de dar mayor importancia a la prueba judicial.

²³ (1920-2007) Jurista argentino, desde el Derecho Comparado ofreció una apertura a la interpretación del Derecho basada en la costumbre y la jurisprudencia del caso concreto, propia del common law.

3.2.2. La corriente escandinava o realismo nórdico²⁴ tiene dos manifestaciones fuertes, la sueca y la danesa.

3.2.2.1. Se inicia en Suecia en 1930 a partir de las investigaciones de Axel Hagerstrom²⁵ en la Universidad de Upsala como oposición al jusnaturalismo y al positivismo jurídico y se proyecta en las obras de autores como Karl Olivecrona. Considera que el Derecho es un hecho más, un fenómeno psíquico colectivo vinculado a toda la cadena de hechos humanos, sin elementos valorativos, semejante a una pura ciencia natural de los hechos sociales (psicológicos y sociológicos).

3.2.2.2. En Dinamarca, desde la Universidad de Copenhague el realismo se manifestó en el pensamiento de Alf Ross²⁶. En una posición empirista pero menos radical que los otros de esa corriente, sostiene que el derecho consiste en parte en fenómenos jurídicos y en parte en normas jurídicas, correlacionados entre sí. El Derecho es conjunto abstracto de ideas normativas – directivas - que sirven para interpretar los fenómenos del derecho en acción y que está dirigido a los jueces. Explica que la Sociología jurídica y la Ciencia del Derecho son partes de una misma realidad, resaltando el carácter normativo de esta última: refiere a normas, no está compuesta por normas; establece su vigencia, no las postula.

²⁴ Preponderantemente descriptiva y fáctica, a diferencia de la norteamericana, más normativa y activa.

²⁵ (1868-1939) Filósofo y jurista sueco, que la fundó como reacción contra el idealismo metafísico y dogmático que estaba en pleno auge en su país por influencia de C. Jacob Bostrom, filósofo y tutor de la familia real en Estocolmo.

²⁶ (1899-1979) Filósofo y jurista danés formado en Uppsala, recibe influencias de Kelsen primero y de A. Hagerstrom después. Son muy importantes sus aportes sobre los sentidos de la democracia (político, económico y humano).

3.3. Las categorías típicas del formalismo jurídico

3.3.1. Formalismo normativo

En cada momento el derecho de una sociedad organizada es un conjunto de normas, conceptos, institutos y relaciones – reglas, principio, estándares – producidas por órganos estatales autorizados (normativismo estatal, positivismo jurídico). El derecho constituye un dato, no solamente para los operadores jurídicos sino para la comunidad en general, que se presume lo conoce porque debe saber ese dato. En consecuencia, excluye de toda posibilidad al derecho natural, que no es verdadero derecho ni tiene influencias sobre el derecho positivo.

3.3.2. Formalismo estático interno

Las normas que componen el conjunto están ordenadas en un sistema, son mutuamente coherentes y plenas. Conforman un orden reconocido como pirámide donde no hay verdaderos conflictos normativos, ni lagunas. El sistema se autoabastece y se justifica a sí mismo.

3.3.3. Formalismo interpretativo

En cada momento, el contenido correcto del derecho puede ser conocido por los operadores jurídicos y -si poseen el necesario *know how*- también por la sociedad en general, porque ese conocimiento se obtiene mediante la interpretación de: el derecho escrito, del derecho no escrito, o del derecho implícito que está detrás del derecho explícito, legislativo o consuetudinario. El razonamiento interpretativo consiste en un proceso intelectual mediante el cual, con la ayuda de determinadas técnicas interpretativas – las correctas -; los intérpretes logran conocer y explicar el verdadero contenido del derecho.

Esta interpretación es un proceso cognoscitivo que consiste en identificar y exponer el significado de los mandatos constitucionales, que es entendido por los intérpretes mediante el sentido literal de las palabras. Cuando no surge de allí, los jueces pueden hallar la solución jurídicamente correcta por las técnicas tradicionales como la analogía, o por la intención del legislador, o por los principios fundantes del derecho.

3.3.4. Formalismo científico

La ciencia jurídica proporciona conocimientos genuinamente científicos, al igual que las ciencias formales y naturales. Ya sea que se tenga una visión reducida a la interpretación de leyes y - en el common law - de sentencias judiciales; o una visión amplia, como la dogmática constructivista de (primer) Ihering que atribuye a la ciencia jurídica el papel de extraer los conceptos jurídicos básicos de los cuerpos sociales, de cuya energía material viviente depende el desarrollo del orden jurídico. Esta idea de autonomía de las ciencias jurídicas, limita el papel de los juristas para tomar herramientas desde otras disciplinas porque el derecho por sí mismo (arqueología judicial) tiene todo lo necesario para obtener respuestas.

3.3.5. Formalismo jurisprudencial

La aplicación judicial del derecho es un proceso puramente cognoscitivo, en el que una vez identificadas las normas jurídicas relevantes por vía de la correcta interpretación del derecho y una vez establecidos los hechos relevantes del caso, el juez simplemente deriva de estos datos por razonamiento deductivo, la correcta consecuencia jurídica. La motivación de las sentencias judiciales es la formulación discursiva de ese proceso intelectual en el que los jueces hallaron las premisas normativas y de hecho de sus decisiones, obteniendo sus inevitables consecuencias jurídicas como producto terminado.

Este enfoque se detiene en las fórmulas y máximas judiciales sin valorar lo que los jueces hacen al decidir, sino más bien lo que dicen (Posner, 1983)²⁷. Favorece la reiteración, que se retroalimenta entre la ciencia jurídica y el discurso judicial, por lo que se tornan poco relevantes las elaboraciones doctrinales de *jure condendo*, que se califican inseguras para el sistema.

A estas categorías se oponen las realistas.

3.4. Las categorías típicas del realismo jurídico

3.4.1. Realismo normativo

El derecho positivo no es un conjunto de normas objetivas, estáticas e idealizadas sino una compleja práctica social donde algunos agentes – los legisladores y los jueces en juicios previos - producen reglas para hacer; y otros agentes – legisladores y jueces del aquí y ahora, con las sugerencias de otros actores juristas y abogados – sacan de ellas, reglas del hacer, aplicándolas a los casos concretos. A veces, la distancia entre las reglas para hacer formuladas en leyes, códigos y sentencias por un lado; y las reglas del hacer empleadas para los casos de aquí y ahora y en el presumible porvenir por otro lado, es tan grande, que las primeras pueden ser vistas como reglas de papel (*rules in books*); mientras que las segundas como verdaderas reglas vivientes: (*rules in action*) o las reglas en acción (Chiassoni, 2013).

3.4.2. Realismo funcional y externo

El derecho positivo es un acervo de materiales jurídicos heterogéneos, producidos por agentes diferentes en tiempos diferentes. No está ordenado sino que

²⁷ Para R. Posner el formularismo revela una profunda superficialidad ético normativa, una moral hecha de fórmulas no tomadas en serio.

proviene de cualquier orden del exterior por las intervenciones de sistematización de jueces y otros operadores jurídicos. No hay verdaderos conceptos jurídicos ni reglas implícitas objetivas detrás de las reglas explícitas, porque cualquier concepto y cualquier regla implícita es producto de las actividades de los operadores jurídicos.

El derecho no tiene fines propios o vida propia en sentido formalista natural u orgánico; sus fines son los fines de las personas que quieren realizarlos a través del derecho. El derecho es así, una herramienta para la realización de los fines humanos, individuales y sociales; es instrumental y dinámico.

3.4.3. Realismo interpretativo

La interpretación jurídica no es una operación intelectual puramente cognoscitiva. Los materiales jurídicos (leyes, constituciones, sentencias) se someten a técnicas de interpretación que los operadores emplean en el momento y que proporcionan más de una solución para cualquier caso que se presente. Por lo tanto, el juez, el jurista, el abogado, elige la solución jurídica correcta mediante una decisión. El razonamiento jurídico es así, un proceso intelectual que con ayuda de técnicas interpretativas justifica las decisiones de los operadores, presentándolas como jurídicamente correctas. Las técnicas no son herramientas heurísticas, de conocimiento objetivo de normas objetivas existentes, sino herramientas de justificación posterior, o de racionalización de la decisión, que pretenden excluir la pura retórica y la mistificación. Parte de la tesis de la indeterminación del derecho o escepticismo interpretativo.

3.4.4. Realismo científico

La ciencia jurídica, lejos de ser política y moralmente neutral, alejada de los intereses de la vida, debe prestar servicios concretos a la sociedad, condensados en un deber general de contribuir a hacer del derecho una práctica por la que se

persiguen fines socialmente relevantes, elegidos de manera explícita, abierta y de conciencia, fines que deben concretarse con la realización de medidas jurídicas adecuadas. La ciencia jurídica afronta un catálogo amplio que comprende: información a la sociedad y operadores jurídicos sobre las reglas, sobre los efectos de las reglas, sobre las probables consecuencias sociales de las diversas reglas, un aparato de conceptos jurídicos rigurosamente definido y referencial y proyectos de reformas para el futuro.

3.4.5. Realismo jurisprudencial

Como el derecho tiene una naturaleza convencional e instrumental y sus normas no están fatal y objetivamente determinadas, el papel del juez es necesariamente político, de cooperación (o no cooperación) para conseguir en la forma más racional posible, los fines que persigue el derecho. Para lograrlo, la motivación de la sentencia debería cumplir al menos con: explicitar los fines perseguidos, que se supone sean socialmente prioritarios (política del derecho) para una determinada cuestión o clase de cuestiones; uso de conceptos jurídicos rigurosamente definidos y sobre hechos bien definidos; uso de argumentos pragmáticos y simples que justifiquen la elección de las premisas en congruencia con los fines asumidos como socialmente prioritarios y sus consecuencias; para que sea posible una valoración racional social del pronunciamiento.

3.4.6. Realismo intuicionista

Para una posición minoritaria que sigue las ideas de Jerome Frank llevando al extremo el realismo, sostiene que hay indeterminación en la aplicación del derecho, derivada del poder discrecional amplio de los jueces que transforman el derecho en un mito. Esto hace que el único fin a ser perseguido por la ciencia jurídica sea la

justicia para el caso concreto. Para lograrlo, no hay ningún método acertado, todo depende de la personalidad de los jueces.

El intuicionismo se limita a describir los atributos que los buenos jueces realistas deberían poseer: moral, imparcialidad y perspicacia (Frank, 1963). Supone una visión minimalista o extremadamente reducida de la ciencia jurídica y plantea la necesidad de la argumentación fundada en la intuición ética de los jueces más la apariencia lógica; requisitos de validez para una opinión pública que todavía no puede aceptar la realidad del derecho tal como es.

4. Una categorización para el Análisis económico del Derecho

Descriptas típicamente las categorías que constituyen el trasfondo cultural del Aed, intentaremos construir las propias del AeD, anticipando nuestra opinión acerca de su carácter realista, opuesto al formalismo, pero también con diferencias frente al realismo tecnológico tradicional y al intuicionista.

Hemos construido como categorías posibles de su epísteme realista las siguientes:

4.1. *El derecho es actividad.* Implica un conjunto de los derechos subjetivos, deberes, poderes y demás posiciones jurídicas subjetivas, atribuidas a personas físicas o jurídicas por los jueces, como resultado de procedimientos en los que participan distintos operadores jurídicos (abogados, expertos, peritos, académicos), cuyos contenidos están limitados pero no determinados por tres factores de producción jurídica: los materiales autoritativos, los principios fundamentales y la práctica jurisdiccional (Posner, 1983).

4.2. *La interpretación jurídica es un proceso de toma de decisiones que implica asumir riesgos.* Los operadores toman una postura activa, de confianza en la

posibilidad de progreso de las instituciones jurídicas, inspirada por un constante interés por lo que sucede en realidad.

4.3. *El razonamiento jurídico es una combinación compleja de análisis y construcción.* El primero supone revisar materiales autoritativos y práctica jurisdiccional y la segunda, de creatividad, dedicada a proponer soluciones nuevas, no dadas, más adecuadas a los fines y valores del derecho.

4.4. *El derecho tiene fines.* Éstos van más allá de proporcionar informaciones y explicaciones sobre lo que puede ser objeto de regulación jurídica (los juegos de conocimiento o la ciencia del derecho de H. Kelsen) sino que busca concretar un derecho justo (filosofía jurídica o juegos de fe de R. Posner). Lo que hoy llamamos política del derecho.

4.5. *Las decisiones jurídicas se basan en la justicia como eficiencia.* Toda decisión tiene en cuenta los costes individuales y sociales; los beneficios individuales y sociales de cada forma alternativa de regulación; así como sus efectos sobre el bienestar, la riqueza o la dimensión del *social pie*, tal como postula Guido Calabresi y los continuadores de la escuela de Yale como J. Coleman.

5. Su práctica efectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tendremos en cuenta el criterio de la Corte Suprema en su actual gestión, separando su producción en dos etapas: la primera entre 2005 y 2009 y la segunda, de septiembre de 2009 en adelante.

5.1. Primera etapa

Se produjeron pronunciamientos aislados aunque muy importantes, como la tutela efectiva y especial de acceso a la justicia para los jubilados, en razón de las particularidades de la edad avanzada (Itzcovich, M. c/ANSES s/ reajuste, 2005); consideración económica de la seguridad jurídica en los espectáculos deportivos, recurriendo a la idea económica de organización y responsabilidad empresarial, de buena fe, en forma racional y razonable (Ferreira, V. y Ferreira, R. c/ V.I.C.O.V. S.A. s/daños y perjuicios, 2006); la pesificación para resolver cuestiones entre depositantes y ahorristas, que protegieran el patrimonio de los primeros y el funcionamiento económico institucional promoviendo la aplicación de una compensación como tasa de interés del 4% anual (Massa J. c/ P.E.N. s/ amparo, 2007); el ejercicio del control de justicia sobre la actividad de otros poderes del estado en casos graves y urgentes como la desnutrición y la vulnerabilidad de los pueblos originarios que provocan su exterminio silencioso (Defensor del Pueblo c/ Provincia del Chaco y P.E.N. s/proceso de conocimiento, 2007); declaración de arbitrariedad por error en la interpretación del presupuesto fáctico que encarece los costos del juicio (Rodríguez, J. c/ P.E.N. Ministerio del Interior, Policía Federal s/recurso de hecho, 2008);); la protección de las comunicaciones telefónicas y por internet como parte de la integridad personal y la creación de las acciones de clase para acelerar las soluciones de situaciones comunes (Halabi, E. c/ P.E.N., s/amparo, 2009); la protección del consumo de estupefacientes en el ámbito privado sin afectar a terceros, tutelando la autodeterminación como regla del derecho (Arriola, S. y otros s/recurso de hecho, 2009).

5.2. Segunda etapa

Mediante la Acordada N° 36 del 20/09/2009, la Corte Suprema creó la Unidad de Análisis Económico – UAE - ubicada organizacionalmente dentro de su

Secretaría General de Administración, que expone en forma explícita la política de la institución judicial. Medida que fue acompañada de otras acciones de reestructuración del Poder Judicial, como la creación del Centro de Información Judicial, la Comisión de Celeridad de los juicios penales, la Comisión de Independencia judicial, la Comisión de Acceso a la justicia y la Comisión de Gestión.

Del contenido de la acordada se desprende que la UAE tiene por finalidad la realización de los estudios de índole económica necesarios para atender los requerimientos en la materia y la evaluación de los efectos macro económicos que podrían producirse en las variables, como consecuencia de las decisiones que eventualmente pudieran adoptarse en expedientes en trámite en el Tribunal.

Enumera los temas constitucionales que podrían ser sometidos a un examen de aceptación o rechazo, muchos de ellos vinculados con derechos sociales (Sagües, 2010); que son: retribución justa; salario mínimo, vital y móvil; participación en las ganancias de las empresas; jubilaciones y pensiones móviles; compensación económica familiar; desarrollo humano; actividades productivas, intereses económicos; criterios objetivos de reparto; generación de empleo, defensa del valor de la moneda; entre otros y con carácter enunciativo.

En sus considerandos (punto 3) invoca en su apoyo un precedente, que es en nuestra opinión, el aporte más significativo de esta fuente material, ya que da fundamento a lo que debe entenderse como tarea de interpretación. Remite al fallo 302:1284 conocido como *Caso Saguir y Dip* (Saguir y Dip, C. s/solicitud de autorización judicial, 1980) que repite en parte casi textualmente; y que resuelve el recurso extraordinario por denegación de autorización judicial para donar un riñón de una menor a su hermano enfermo, impedida de hacerlo según la Ley N°21541.

Más allá de los pormenores del fallo, que pondera la capacidad de la menor y el riesgo para su vida, los entonces ministros doctores Pedro J. Frías y Elías Guastavino hacen lugar al recurso concluyendo que “no debe prescindirse de las

consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma” (302:1284).

El argumento coincide con la categoría asignada a la operación de interpretación por el AeD expuestos en el punto 4 de este trabajo, en todos sus apartados.

La línea argumentativa expuesta, es coincidente con la perspectiva activista adoptada por la Corte en torno a la importancia de la Constitución económica, la interpretación previsor, anticipatoria y protectora propia del AeD y su relación con atribuciones de ingeniería constitucional, gestión judicial y reglamentación; con miras a mejorar la eficiencia (integradora de la justicia) en el sistema de control de constitucionalidad.

En esta etapa, los pronunciamientos se ampliaron hacia la protección de otros bienes y derechos: consideración del presupuesto económico de la libertad de expresión al sostener que existe un derecho contra la asignación arbitraria de publicidad por parte del Estado, que incurre en violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos (Editorial Perfil y Diario Perfil c/ P.E.N. s/amparo, 2011); consideración económica del derecho a la vivienda al sostener que la extrema pobreza y la severa discapacidad requieren de tratamiento excepcional y distinto por la vulnerabilidad de los perjudicados (Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la C.A.B.A. s/amparo, 2011); consideración económica del plazo razonable, cuyas fuentes no solamente surgen del derecho interno sino de los tratados internacionales que exigen el cumplimiento de principios de celeridad, economía y eficacia (Losicer, J. y otros c/ B.C.R.A. s/recurso extraordinario, 2012); consideración económica del concepto de publicidad en los contratos confirmando el derecho de buscar y recibir información sobre el presupuesto publicitario estatal consagrado en los convenios internacionales (Asociación por los derechos civiles- ADC- c/ PAMI s/amparo, 2012);

consideración económica de los costos del juicio al hacer suyos los fundamentos de la Procuración Fiscal sosteniendo que el error en la interpretación de la norma por exclusivo criterio subjetivo y dogmático, afecta el derecho de defensa (Saravi, R. y otros c/ Universidad Nacional de la Plata s/recurso extraordinario, 2013); consideración económica del tiempo transcurrido al declarar la inconstitucionalidad de la competencia exclusiva de la Cámara de la Seguridad Social posibilitando que todas las Cámaras federales del interior del país intervengan como tribunal de apelación en materia jubilatoria; y el dictado de la acordada N° 14/14 por la que señala – y comunica a los demás poderes estatales - la necesidad que todos los poderes del Estado actúen coordinadamente, para que los juicios tengan tutela efectiva y puedan ser satisfechos en vida de sus titulares (Pedraza, H. c/Anses s/amparo, 2014); consideración económica de la seguridad en el transporte de pasajeros para que presten el servicio en forma digna y eficiente, asegurando el desplazamiento de personas con discapacidad y tutela colectiva – efectiva y no formal - de los derechos de consumidores y usuarios (Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires TBA y otro s/amparo, 2014).

6. Concluyendo con los costes del enfoque

La aceptación de las premisas del AeD se desarrolla en el nivel más alto de interpretación del sistema judicial que en la mayoría de los casos analizados, cambian el criterio de los tribunales inferiores.

Consideramos que los costos en niveles jurisdiccionales menores son altos aún, entre otras razones, por:

6.1. Incomprensión de la incompletitud del derecho, por la complejidad en la atribución del valor a los conceptos y la incertidumbre de los efectos de las normas para el caso y clases de casos.

6.2. Incomprensión de la producción cultural del derecho, que excluye la naturaleza política de las decisiones jurídicas, exaltando posturas totalitarias o imperialistas que tienden a eliminar enfoques alternativos de interdisciplinariedad.

6.3. Incomprensión del carácter axiológico del razonamiento económico, por la adopción de un enfoque reductor simple, superficial o utilitarista, alejado de sus orígenes filosófico morales.

7. Bibliografía

Auby, J. B. (2012). *La globalización, el Derecho y el Estado*. Sevilla, España: Derecho Global.

Ayala Rojas, D. E. (2011). El Derecho ante los desafíos de la Globalización. *Revista Actualidad y Prospectiva, de la Facultad de Ciencias Económicas UNNE*, 7, 105-122.

Ayala Rojas, D. E. (2012). Coherencia entre el perfil profesional y el área de investigación. En *VIII Jornadas de Comunicaciones científicas de la Facultad de Derecho UNNE*. (pp.59-69). Corrientes, Argentina: Moglia Ediciones.

Ayala Rojas, D. E. (2012). Economía y Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE, Nueva Serie*, 7(12) ,61-72.

Ayala Rojas, D. E. (2012). Corrientes jus filosóficas en busca de una formación profesional integrada. *Revista Actualidad y Prospectiva, de la Facultad de Ciencias Económicas UNNE*, 8, 93-112.

Ayala Rojas, D. E. (2013). Concepciones jus filosóficas y diseños curriculares. Hacia un diseño curricular integrado. (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional de Rosario. Santa Fe, Argentina.

Ayala Rojas, D. E. (2013). *Neo constitucionalismo y currículum*. Saarbrücken, Alemania: Verlag.

Ayala Rojas, D. E. (2013). Aportes para un diseño curricular integrado de las Facultades de Derecho. *Revista Academia, de Enseñanza del Derecho de la Facultad de Derecho UBA*, 22, agosto/diciembre.

Ayala Rojas, D. E. (2014). Globalización y Derechos humanos. Los supuestos de la globalización y las respuestas del derecho. En *El desarrollo sustentable en el Nordeste Argentino* (pp.48-56). Corrientes: Moglia.

Ayala Rojas, D. E. (2014). La construcción cultural del tributo en diálogo integrativista trialista. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNNE*, 12,61-77.

Ayala Rojas, D. E. (dir.) (2014). *La formación del graduado en Derecho. Una mirada curricular*. Corrientes, Argentina: Moglia. En prensa.

- Bauman, Z. (2011). *Daños colaterales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Badiou, A. y Zizek, S. (2011). *Filosofía y actualidad, el debate*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Buchanan, J. (1986). *Market and the State*. Brighton: Wheatsheaf Books.
- Cabanellas, G. (2006). El Análisis económico del Derecho. Evolución histórica, metas e instrumentos. En V. Kluger (comp.). *Análisis económico del Derecho* (pp.21-37). Buenos Aires. Heliasta.
- Cachanosky, R. (2004). *Economía para todos*. Buenos Aires: Temas.
- Campbell, T. (2008). *La Justicia*. Barcelona, España: Biblioteca Económica Gedisa.
- Calabresi, G. (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law perspectives on a Public Law Problem*. Syracuse: Syracuse University Press.
- Cárcova, C.M. (2009). *Las teorías jurídicas post positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ciuro Caldani, M. A. (2008). *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*. Rosario, Argentina: Zeus.
- Ciuro Caldani, M.A. (2010). *Estudios jurídicos del Bicentenario*. Rosario, Argentina: Fundación para las Investigaciones Jurídicas y Sociales.

Ciuro Caldani, M.A. (2011). *Estrategia Jurídica*. Rosario, Argentina: Fundación para las Investigaciones Jurídicas y Sociales.

Coase, R. (1988). *The firm, the Market and the Law*. Chicago and London: The University of Chicago Press.

Coleman, J. (1988). *Markets, Morals and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Coleman, J. (2010). *Riesgos y Daños*. Madrid, España: Marcial Pons.

Chiassoni, P. (2013). *El Análisis Económico del Derecho*. Lima, Perú: Palestra.

Dalla Vía, A. R. (2000). *Derecho Constitucional Económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

De Medeiros Pinheiro, J. A. (2013). *Metodología de la Investigación y la Enseñanza. Apuntes*. Belém, Brasil: Universidade Federal do Pará.

Falcón y Tella, M. J. (2014). *La justicia como mérito*. Madrid, España: Marcial Pons

García Márquez, G. (Escritor), Billon, I. y Martínez Cavard, M. (Directores). Conchita Penilla (entrevistadora). (1998). La escritura embrujada. En *Producción de Les filmes du Village* [DVD]. Madrid, España: Fuentetaja.

Garrido Cordobera, L. M. R. (2006). La negociación contractual y el Análisis económico. En V. Kluger (comp.). *Análisis económico del Derecho* (pp. 143-154). Buenos Aires: Heliasta.

Gherzi, C. A. (dir.). (2000). *Derecho Privado Económico*. Buenos Aires: Universidad.

Gherzi, C. A. (2002). *Econometría Jurídica*. Buenos Aires: Astrea.

Gherzi, C. A. (2003). *Teoría General de la reparación del daño*. Buenos Aires: Astrea.

Gherzi, C. A. (2004). *Derechos fundamentales de la persona humana*. Buenos Aires: La Ley.

Gherzi, C. A. (2005). *Análisis socio económico de los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Cátedra Jurídica.

Gherzi, C. A. (2007). *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Gowa.

Gherzi C. A. (2008). *Valor de la vida humana*. Buenos Aires: Astrea.

Gherzi, C. A. y Lovece, G. (2013). *Derecho Económico*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Errepar.

Gherzi, C. A. (dir.). (2014). *Tratado de Nulidades. Civil, Comercial, Penal, Administrativo, Procesal, Fiscal, Laboral*. Buenos Aires: La Ley.

Guestrin, S. G. (2004). *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Ábaco.

Goldschmidt, W. (1978). *Justicia y Verdad*. Buenos Aires: La Ley.

Ibáñez Jiménez, J. (2011). *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Madrid, España: Bosch.

Kluger, V. (comp.).(2006). *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta.

Lorenzetti, R. (2014). *El Arte de hacer Justicia*. Buenos Aires: Sudamericana.

Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid, España: Marcial Pons.

Morin, E. (2006). *El Método 3*. Madrid, España: Cátedra.

Morin, E. (2011). *La vía: el futuro de la humanidad*. Barcelona, España: Paidós Ibérica.

Niño Becerra, S. (2015). *La Economía. Una historia muy personal*. Barcelona, España: Los libros del lince.

Pérez Luño, A. E. (2009). *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.

Posner, R. (1983). *The Economics of Justice*. Cambridge Mass: Harvard University Press.

Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona, España: Gedisa.

Raz, J., Alexy, R., y Bulygin, E. (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.

Rodríguez Calero, J. M. (2004). *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*. Madrid, España: Dykinson.

Roemer, A. (2000). *Derecho y Economía. Una revisión de la literatura*. México DF: Fondo de Cultura Económica.

Rojas, R. M. (2004). *Análisis económico del orden jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco.

Roll, E. (1973). *Historia de las doctrinas económicas*. Distrito Federal, México: Fondo de Cultura Económica.

Sagües, M. (2010). El Análisis económico del Derecho en la jurisdicción constitucional. Ponderación de la Unidad AED de la Corte Suprema de la Nación Argentina. *Revista Pensamiento Constitucional*, 14(14). Recuperado de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3048>

Sola, J. V. (2004). *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Spector, H. (2004). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.

Stolleis, M. (2009). *La Historia del Derecho como obra de Arte*. Granada, España: Comares.

Stolleis, M. (2010). *El ojo de la ley*. Madrid, España: Marcial Pons.

Vanossi, J. R. (2008). *La aplicación constitucional del Análisis Económico del Derecho*. Comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires: Impresiones Leograf.

Vigo, R.L. (2006). *Perspectivas lus filosóficas contemporáneas*. Buenos Aires: Lexis Nexis.