

LA ÉTICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y LAS CONSECUENCIAS. ALGUNAS CONSIDERACIONES

Eduardo Stordeur (h)

1. INTRODUCCIÓN

En su trabajo “La ética de la función judicial”, Farrell concluye, según creo de manera plausible, que la ética de la función judicial es centralmente de naturaleza deontológica, en razón de que el juez no debe sacrificar derechos para lograr algún estado de cosas deseable, como —por ejemplo— la maximización de la utilidad. Apela al conocido argumento por el cual se sugiere que los derechos son, al fin y al cabo, “cartas de triunfo” sobre consideraciones de utilidad o bienestar⁽¹⁾.

Encuentra, sin embargo, dos excepciones importantes, donde consideraciones basadas en las consecuencias podrían o deberían tener especial peso: casos donde hay colisiones de derechos de igual jerarquía (por ejemplo, constitucionales) o cuando proteger un derecho puede llevar a consecuencias desastrosas. En el primer caso, considera que cuando hay derechos de igual jerarquía en conflicto el juez puede o debería emplear un cálculo de tipo utilitarista para resolver qué derecho debe prevalecer: el que lleva a mejores consecuencias. En el caso de consecuencias trágicas, del tipo que domina (al menos parte del derecho de emergencia en Argentina desde la década del 20 en adelante), Farrell nos pide no ser más kantianos que Kant mismo, puesto que, después de todo, las teorías deontológicas (al menos las más plausibles) de alguna manera incorporan las consecuencias.

(1) Ver, Martín Farrell, “La ética de la función judicial”, en *Filosofía del Derecho y Economía* (Buenos Aires: La Ley, 2006), pp. 12 y ss.

Farrell hace un ejercicio más descriptivo que normativo, en el sentido de que le interesa la ética de la función judicial tal y como está organizado el sistema institucional en Argentina (o países análogos con constituciones que consagran derechos, como los Estados Unidos) antes que un ejercicio puramente normativo, destinado a elaborar su sistema ideal. Advierte, sin embargo, que su sistema ideal no sería del todo distinto, puesto que, al final, hay razones utilitaristas para proteger derechos y, además, en este sistema idealizado, es función del poder legislativo buscar la utilidad o bienestar general. En suma, que hay división del trabajo dentro de los poderes del estado y es conveniente que los jueces, también por razones utilitaristas, central pero no exclusivamente, protejan derechos antes que intenten cálculos para maximizar estados del mundo.

En este breve trabajo voy, inicialmente, a efectuar algunas consideraciones sobre las razones utilitaristas que podrían justificar la naturaleza centralmente deontológica, en el sentido operativo que ocupa a Farrell, de la función judicial. Voy a sugerir que hay buenas razones, basadas tanto en consideraciones de sistema como de (la falta de) aptitudes (y sesgos) de los jueces para desempeñar de manera eficaz cálculos de maximización de utilidad o bienestar, que recomiendan, en la generalidad de los casos, probablemente en los más simples y frecuentes, seguir reglas, es decir, proteger derechos⁽²⁾. En otros términos, sostendré que en buena parte de los casos tiene sentido, por razones de bienestar o consecuencias, que los jueces la busquen de manera indirecta, limitándose a proteger derechos, en línea con el argumento de Farrell.

En la segunda parte, voy a sugerir, de manera muy preliminar, una carta de navegación o guía algo general, que estimo podría ser de interés, para pensar en qué contextos buscar la utilidad de manera directa podría resultar más plausible, y que creo permite sistematizar la experiencia y el sentido común. En ese ejercicio voy a considerar diversos grados de ambigüedad de la ley y la utilidad que la decisión (o la regla en que se funda) tiene, de manera directa, para la sociedad para definir

(2) Como hace Farrell en su artículo, estoy asumiendo que estas dos operaciones son análogas, en el sentido de que proteger derechos es similar a seguir una regla. Creo que esto es correcto o al menos así lo asumo a los fines del trabajo. Del mismo modo, adopto una definición amplia de regla (que incorpora estándares como “obrar como buen hombre de negocios”).

diversas áreas en un plano, lo que podría conferir más consistencia a este tipo de análisis⁽³⁾.

Este artículo, desde luego, consiste solamente en algunas consideraciones preliminares personales sobre el tema y de manera alguna supone un ensayo de fondo sobre la compleja cuestión de la decisión judicial⁽⁴⁾.

2. PRIMERA PARTE: UTILITARISMO INDIRECTO Y FUNCIÓN JUDICIAL

Siguiendo a Farrell voy a sugerir que la ética de la función judicial, basada centralmente en la protección de derechos, es de naturaleza deontológica en su aspecto operativo, pero bien podría ser basada en consecuencias, en su aspecto fundamental, en el sentido de que proteger derechos, podría consistir en una manera de buscar utilidad de manera indirecta⁽⁵⁾.

No quiero ahora sugerir que necesariamente el fundamento del sistema legal es uno de reglas que maximizan la utilidad en todos los casos, en el sentido de que la unidad analítica es la regla y no el acto,

(3) Y que hasta donde conozco no ha sido desarrollado.

(4) Solo afirma que seguir derechos en la generalidad de los casos es una buena forma de obtener utilidad de manera indirecta y que, en algunas ocasiones, sin embargo, podría ser deseable buscar de manera directa buenas consecuencias. Pero no quiero aquí, de manera completa, hacer el caso a favor de un utilitarismo de reglas, aunque mucho de lo que pienso está ya en Hume, en sus aspectos esenciales.

(5) Para un argumento clásico en esa dirección, ver John Stuart Mill, *Sobre la libertad/El utilitarismo* (Buenos Aires: Claridad, 2014), pp. 168 y ss. En particular, la última parte de *El utilitarismo*. Para un argumento más clásico sobre la utilidad de la virtud artificial de la justicia, basada en reglas (y no en actos), ver, David Hume, *Tratado de la naturaleza humana* (Madrid: Verbum, 2020), pp. 476 y ss. Es evidente que, en un sistema legal, no es posible que siempre una regla lleve a buenos resultados, siendo en realidad lo fundamental que la regla sea la que lleve a buenas consecuencias. Tomar la propiedad de una persona podría implicar una ganancia en particular, pero el efecto de no respetar la regla de la propiedad es la que lleva a malas consecuencias. Dice Hume, en este sentido, “sin embargo, aunque los actos particulares de la justicia puedan ser contrarios al interés público o al privado, es cierto que el plan o esquema total es altamente útil y de hecho absolutamente necesario, tanto para mantener la sociedad como para el bienestar del individuo (...). La propiedad debe ser establecida y debe ser fijada por reglas generales. Aunque en un caso la sociedad sea una víctima, este mal momentáneo se halla plenamente compensado por la continua validez de la regla y por la paz y el orden que establecen en aquella”. *Ibid.*, p. 477.

sino solamente llevar al terreno judicial la conocida y atractiva idea de que como mecanismo analítico, maximizar por medio de reglas (es decir, protegiendo derechos) puede plausiblemente, al menos en muchos casos, incrementar la utilidad o bienestar o llevar a resultados, en general, plausibles⁽⁶⁾. Por ejemplo, es posible que en muchas ocasiones el robo incremente la utilidad, pero es claro que no funciona como regla y la misma conclusión puede extenderse a otras reglas clásicas como el cumplimiento de los contratos o el respeto a la propiedad y todas nuestras instituciones fundamentales⁽⁷⁾.

La idea base sería que, en general, sobre todo para los casos simples, donde no hay brecha interpretativa ni altos costos sociales (es decir, sentencias que afectan a otras personas que no son parte de manera significativa), donde la ley, además, no contiene metas o no están implícitas de manera suficientemente clara; tampoco hay colisión de derechos y el caso refiere a un área estable del sistema legal donde no hay lagunas y, en general, el rango de discrecionalidad que la ley confiere es bajo, los jueces deben (en general) proteger derechos o, lo que es lo mismo, seguir reglas, con independencia de las consecuencias (algo que voy a sistematizar en la segunda parte)⁽⁸⁾.

(6) Se suele afirmar que el consecuencialismo de reglas colapsa en el consecuencialismo de los actos, dado que muchas veces se puede maximizar un resultado simplemente violando las reglas. Pero en algunos sistemas normativos complejos evaluar cada acto individualmente por sus consecuencias parece un procedimiento bastante poco plausible para tomar decisiones. De hecho, hasta en la moral de sentido común esperamos que la gente tome decisiones según reglas tales como “no dañar a otros” o “no violar tus promesas”, reglas que usualmente llevan a buenos resultados. Con independencia de si la regla o el acto es propiamente (asumiendo la corrección del consecuencialismo) el fundamento del criterio de corrección moral, parece evidente, y en general es aceptado, que al menos como procedimiento de toma de decisiones tiene sentido, para maximizar la utilidad, ajustarse a reglas. Probablemente esto es aún de mayor importancia en sistemas más complejos, donde es más difícil conocer los efectos de determinados actos, como es el caso del sistema legal. Aun en sistemas más simples, como el regulado por la etiqueta, seguimos reglas, en la generalidad de los casos.

(7) No quiero sugerir ahora que necesariamente el fundamento del sistema jurídico sea un utilitarismo de reglas, sino sugerir el deber de seguir reglas para los jueces solo en su aspecto procedimental, como una forma de tomar decisiones que lleva a mayor utilidad o bienestar, que la media de los casos en los cuales los jueces buscan maximizar en todos y cada uno de los casos. Desde un punto de vista pragmático poco importa ahora si la unidad de análisis son las reglas o los actos.

(8) Esta enunciación no pretende agotar las hipótesis, desde luego, pero son los casos donde es más probable y plausible, según creo, que se tomen en cuenta las

Creo que hay diversas razones para concluir de esta manera. Un argumento central es que es poco probable que los jueces estén en muchos casos en capacidad de maximizar resultados, puesto que normalmente no tienen la formación en las disciplinas necesarias para hacerlo (economía, psicología cognitiva, elementos de estadística, etc.). Aun si lo hicieran razonablemente bien, hay razones de sistema por el cual se hace conveniente que el juez siga reglas y no busque resultados. Al menos no en la mayor parte de los casos, tal como se considera más adelante⁽⁹⁾.

Por otra parte, los jueces no son inmunes a inconsistencias sistemáticas en la aplicación del derecho consecuencia de sesgos cognitivos y otros errores que los llevan o pueden llevar a decisiones completamente arbitrarias, dependiendo la decisión judicial en buena medida demasiado del contexto o de las características del mismo juez y poco o muy poco del caso. Hay cierta evidencia de que la existencia de reglas previene o al menos limita la existencia de esas inconsistencias y es probable que seguir procedimientos y reglas contribuya al menos a eliminar dispersión arbitraria no deseada y sesgos en la manera de resolver respecto de un sistema donde los jueces buscan maximizar de manera directa⁽¹⁰⁾.

consecuencias o al menos tengan mayor peso. Para un examen de un asunto relacionado como es la utilidad del uso de la economía en la práctica legal en general, ver, Eduardo Stordeur (h), "Economía, teoría y práctica legal: algunas reflexiones preliminares", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXVIII (2010), pp. 4-61.

(9) Habría que considerar, además, los sesgos cognitivos que afectan las decisiones y en particular el ruido (o falta de consistencia o indeseada dispersión) que se ha encontrado en fallos judiciales. Ver, por ejemplo, Daniel Khaneman, Oliver Sibony y Cass N. Sunstein, *Noise. A Flaw in Human Judgement* (Londres: William Collins, 2021), pp. 13 y ss. Para sesgos en la decisión judicial, desvíos de racionalidad que direccionan las decisiones de modo erróneo, ver, por ejemplo, Charles G. Lord, Lee Ross y Mark R. Lepper, "Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 37, n° 11 (1979), pp. 2098-2109; y Eric Rassin, Anieta Eerland y Ilse Kuijpers, "Let's Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations", *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* vol. 7, n° 3 (2010), pp. 231-246. También Erin M. Harley, "Hindsight Bias in Legal Decision Making", *Social Cognition*, vol. 25, n° 1 (2007), pp. 48-63.

(10) Por otra parte, cuando no hay reglas, éstas son muy confusas o ambiguas, hay lagunas o el costo de usarlas es demasiado grande, pensar en términos de consecuencias supone un marco de análisis más preciso que también podría, como ocurre en regulaciones con el uso de economía por medio del método costo beneficio, eli-

Hay buena evidencia, por ejemplo, del mal uso de los abogados de principios de economía y en ocasiones los intentos de aplicar economía conceptual básica a casos concretos han fracasado; jueces americanos, aun en casos corrientes de competencia desleal, resuelven de modo incorrecto desde el punto de vista de la teoría económica⁽¹¹⁾. También hay buena evidencia sobre sesgos e inconsistencias en las decisiones judiciales que muestran enorme dispersión en temas importantes como condenas de prisión por el mismo delito, enormes diferencias en la concesión de asilo político y hasta diferencias en las penas según el cansancio o si están alimentados, al triunfo del equipo local en un deporte o hasta el clima. Seguir reglas contribuye, usualmente, o puede contribuir, a reducir la dispersión y a que la justicia dependa más del mérito de los casos, que de la lotería del contexto o de la personalidad del juez⁽¹²⁾.

Esto no quiere decir, como voy a discutir en la próxima sección que no haya contextos en los cuales es conveniente que el juez innove y, siguiendo el argumento de este artículo, busque una regla que maximice de manera directa. Pero en la generalidad de los casos, en el contexto descrito, probablemente seguir reglas clásicas, las que han perdurado y sobrevivido al test del tiempo, tenga bastante sentido para dotar de consistencia al sistema.

Parece razonable concluir que, al menos en algún grado apreciable, hay buenas razones basadas en bienestar para seguir reglas, aun cuando estas individualmente consideradas no maximicen el bienestar.

minar arbitrariedad, sesgos e inconsistencias en las decisiones judiciales más complejas que se toman fuera del sistema. Ver, para este argumento en el plano regulatorio, Cass N. Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment* (New York: Cambridge University Press, 2002). Probablemente muchos o algunos de los argumentos más importantes puedan también ser aplicados al caso del derecho en general. Aunque en este caso el problema del sesgo no está tanto en las personas reguladas, como en los decisores. En fin, un tema interesante que probablemente debería distinguir entre áreas del Derecho.

(11) Ver, por ejemplo, Richard A. Posner, "Some Uses and Abuses of Economics in the Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 46, n° 2 (1979), pp. 281-306. Ver, Nelson Elise y Joshua D. Wright, "Judicial Cost-Benefit Analysis Meets Economics: Evidence from State Unfair and Deceptive Practices Laws", *Antitrust Law Journal*, vol. 81, n° 3 (2017), pp. 997-1024, donde se muestra que los jueces no siempre toman las decisiones correctas desde el punto de vista económico, en este caso en el campo del derecho de competencia desleal.

(12) Khaneman, Sibony y Sunstein, *Noise*, capítulo 1.

La certeza del derecho y la consistencia del sistema son o pueden ser muy importantes para la cooperación social, aun si la regla elegida no es la óptima, y, además, aun cuando estuviese disponible una solución normativa mejor, no es claro que siempre sea fácil o poco costoso pasar a un nuevo equilibrio (o práctica) en la cooperación social. Es probable que las personas hayan adaptado procesos y decisiones a esa regla y el costo de cambiar más la incertidumbre podrían ser grandes. Es probable, que la mayor parte de las veces, la ganancia en certeza y cierto nivel aceptable de consistencia, lleven a mejores resultados, aun cuando las decisiones respecto de la regla aplicable, individualmente considerada, no siempre maximicen resultados y exista una regla que permita excedentes o ganancias en bienestar más grande disponibles.

Además, como menciona Farrell, es probable que la meta de maximizar esté mejor diseñada para las legislaturas que para los jueces, al menos en un sistema ideal, o en cualquier caso que entren en juego ciertas reglas de límites al poder y el principio de división de poderes y legalidad, entre otros, que funcionan a nivel fundamental y que normalmente lleva o debería llevar a buenos resultados. Muchas de estas reglas, como la división de los poderes, limitan el poder del estado, permite cierta especialización y protege derechos, de un modo que tiene sentido no maximizar, cuando están en juego reglas fundamentales del sistema. Aun si los jueces fuesen buenos para obtener resultados que maximicen el bienestar, es probable que esto no sea deseable en la generalidad de los casos, dada la vigencia de otras reglas que son aún más fundamentales para el bienestar.

El principio de legalidad, mecanismos de limitación del poder como la división de poderes y la distribución territorial del poder que supone el federalismo, y en general todas los procedimientos y garantías destinados a la protección de los derechos clásicos, muy probablemente, lleven a ciertos buenos resultados⁽¹³⁾. En general cuando hay varios dispositivos legales operando para limitar el poder, decrece la probabili-

(13) Se reconoce en la literatura la relación entre vigencia de derechos de propiedad y crecimiento económico. Ver, por ejemplo, Daron Acemoglu y Simon Johnson S., "Unbundling institutions", *Journal of Political Economy*, vol. 113, nº 5 (2005), pp. 949-995; Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997); Douglas C. North y Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973); Hernando de Soto, *The Mystery of Capital. Why*

dad de expropiación y esto usualmente tiene un efecto positivo en el crecimiento económico, entre otras muchas ganancias sociales, como las derivadas de la cooperación y la paz social.

Es muy difícil poner seriamente en duda que, al menos en alguna magnitud apreciable, estas herramientas que limitan el poder y aseguran los resultados del propio esfuerzo no tengan, al menos, cierta influencia en el desempeño económico de la sociedad y otros aspectos centrales que hacen a la estabilidad del sistema político y social. Probablemente los mecanismos por los cuales esto sucede no sean conocidos por muchos o todos los jueces, pero no es claro que sea necesario que conozcan estos fundamentos para aplicar de manera correcta el derecho, tal que estas reglas lleven, usualmente, a ciertos niveles de cooperación y prosperidad fundamentales. Cualquier operador más o menos sofisticado sabe que, a veces, un cambio en el sistema puede generar cambios en otras partes del sistema, que al final, en ocasiones, podría llevar a consecuencias indeseables. Es probable que los jueces ocupados, por ejemplo, en preservar el derecho de defensa en (digamos) derecho del consumidor u otra área del derecho, estén efectuando una contribución importante al bienestar, aun cuando esa no sea la meta, dado que (por ejemplo) esto confiere seguridad jurídica y debería disminuir, bien administrado, la probabilidad de errores en las decisiones.

Además, hay cierta evidencia de que al menos algunas áreas del derecho de fondo (del tipo que en nuestro caso está en los códigos) son eficientes o al menos permiten resultados sociales valiosos en el sentido de que contienen reglas que, en principio y de modo general, introducen incentivos correctos que facilitan la cooperación. En buena medida, los aspectos centrales del derecho de propiedad, el derecho de los contratos, el derecho de daños, de sociedades y quiebras y otros tantos fundamentales del sistema jurídico contienen reglas que tienden a maximizar excedentes o permiten la cooperación social. Es probable que estas hayan sido mejoradas con base en la experiencia acumulada, que sean el resultado de la experiencia antes que de la lógica y que muchas, además, hayan desarrollado sus aspectos centrales en épocas donde el liberalismo, como filosofía política y económica orientada en parte (o como efecto) a la eficiencia de los mercados, haya

Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else (New York: Basic Books, 2000).

tenido un lugar de mayor peso en las ideas de la época que en las de la actualidad⁽¹⁴⁾.

Es probable, además, que en algunas áreas del derecho actúen procesos de mano invisible por el cual incorporen eficiencia, como la propia selección de reglas o prácticas que maximicen la utilidad por parte de las personas involucradas en la práctica; o el mayor litigio al que deberían ser sometidas las leyes ineficientes respecto de las eficientes; o bien la menor capacidad de grupos de interés para influir a los jueces que a las legislaturas, entre otros posibles mecanismos⁽¹⁵⁾.

La mayor parte de las reglas fundamentales que regulan el comercio, por ejemplo, son producto de la experiencia antes que de la genialidad ingenieril de grandes legisladores (o de juristas) y es probable que esto mismo aplique a los jueces. El derecho como un mecanismo extendido de cooperación, en alguna medida como el lenguaje, requiere buenos, probablemente, ejecutores más que grandes inventores o arquitectos renovadores de la catedral, pequeños novelistas que añadan buenos capítulos antes que grandes reformadores del lenguaje. Descuidar la consistencia de la catedral podría tener altos costos sociales⁽¹⁶⁾.

(14) Esto se puede encontrar en cualquier libro de derecho y economía o análisis económico del derecho. En líneas que las instituciones básicas del derecho contribuyen a la cooperación social y al bienestar, en algún grado más o menos apreciable, de todos modos, no debería consistir en un juicio controvertido.

(15) No hay una respuesta del todo clara en la literatura, aunque muchos autores asumen que el derecho origen jurisprudencial tiende a ser más eficiente que la legislación. La hipótesis original de Posner sugería un proceso de mano visible: los jueces del periodo clásico de formación del derecho común americano eran liberales. Luego se desarrollaron modelos más interesantes de mano invisible, como la idea de que el sistema legal era filtro de las leyes ineficientes, las que era más litigadas. Los artículos clásicos para el derecho común, son: Paul H. Rubin, "Why Is the Common Law Efficient?", *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 1 (1977), pp. 51-63; George L. Priest, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 1 (1977), pp. 65-82. Para un argumento a favor de la eficiencia del derecho común, Paul Mahoney, "The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right", *Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 2 (2001), pp. 503-525. Hay una variedad importante de literatura sobre este asunto. Pero en cualquier caso parece indisputable que algunas instituciones clásicas deberían permitir algún grado apreciable de cooperación y bienestar social.

(16) Para esta idea del derecho como orden espontáneo, que estaba ya presente en los autores más clásicos del iluminismo escocés, véase Frederick A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad* (Madrid: Unión Editorial, 2014). En particular véase el tomo 1, editado por primera vez en 1974. En buena medida, el trabajo de Hayek se inscribe

Los estudios de economía del derecho, en general, tienden a mostrar cierta racionalidad de las instituciones jurídicas tradicionales. Seguir las reglas, en este sentido, puede, al menos en muchos casos del derecho tradicional, llevar a buenos resultados no intencionados por parte de jueces que solo razonan (o fundamentalmente razonan) deontológicamente y se ocupan de la consistencia y mejora paulatina de la aplicación de estas reglas en términos de su consistencia interna.

Por ejemplo, la idea de que el riesgo de la cosa genera responsabilidad objetiva es más fácil de comprender, como regla, que el hecho de que cuando el riesgo es causalmente unilateral (es decir, lo causa fundamentalmente el dañador potencial) y la frecuencia de los accidentes dependen demasiado de la cantidad de actividad, la regla óptima (simplificando a fines de este artículo el argumento) es precisamente una de responsabilidad objetiva. Es más simple que el juez siga la regla aplicando casi nominalmente la regla de responsabilidad objetiva, por ejemplo, en derecho ambiental, que comprenda de modo profundo el aporte que usar esta regla tiene para la disminución de los costos del daño ambiental.

Las reglas tradicionales del derecho contractual, usualmente, por ejemplo, hacen costosos los incumplimientos contractuales oportunistas, colocando una reparación en cabeza de la parte incumplidora, casos donde una parte gana a expensas de otra, lo que es extremadamente ineficiente, puesto que desalienta la contratación, que es una base fundamental de la cooperación. Pero es claro que no es necesario que el juez piense en términos de costos del oportunismo y de la conveniencia de favorecer intercambios alentando la cooperación social, sino simplemente es más probable que siguiendo las reglas clásicas del derecho civil, que al final pone énfasis en la genuina voluntad de las partes, la buena fe en la contratación e intenta evitar las ganancias sin causa, entre otros principios del tipo, el juez se acerque, en la generalidad de los casos, como procedimiento de toma de decisiones, a incrementar la utilidad o bienestar de modo indirecto no intencionado.

Aun cuando no todas las instituciones clásicas del derecho son necesariamente eficientes o pasarían un test de utilidad, es claro que los pilares del derecho civil si lo son. Al menos en algún grado apreciable,

en la tradición de los autores escoceses, como Hume y la idea del derecho como un mecanismo espontáneo que regula la vida social.

tanto como los principios centrales de las democracias republicanas y sus reglas que aseguran derechos fundamentales y limitan el poder del Estado⁽¹⁷⁾. Los jueces no tienen ni deben necesariamente conocer estos aspectos, siendo su cometido central defender estos derechos o reglas y por ese modo indirecto lograr al menos un estado de cosas que permita la cooperación social de una manera satisfactoria⁽¹⁸⁾.

El mandato clásico de proteger ciertos derechos tradicionales como la vigencia de la propiedad privada y los contratos y los límites al poder del estado, minimizando la probabilidad de confiscación, llevan a consecuencias favorables para la sociedad, con alta regularidad. Son los derechos de propiedad los que permiten recuperar la inversión y, por lo tanto, la alientan, y el mismo efecto produce la vigencia de contratos que se hacen cumplir y, en general, la vigencia del Estado de derecho. En buena medida, parte importante del derecho tradicional o de fondo, captura las reglas que promueven, por ejemplo, el crecimiento económico de manera tal que cuando los jueces cumplen el mandato constitucional clásico de defender esos derechos indirectamente están promoviendo el bienestar social, aun cuando es probable que no lo sepan o no sea su intención.

Esta idea del contenido eficiente o al menos satisfactorio desde el punto de vista de las consecuencias de ciertas partes del derecho privado, que en algún punto parece razonable admitir, como he mencionado, aplica también para el caso del derecho público, donde también

(17) Para una descripción de la racionalidad económica de una constitución, ver por ejemplo James M Buchanan, *Economía constitucional* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1995). También, del mismo autor, *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán* (Madrid: Katz Editores, 2009).

(18) Aun cuando el Estado de derecho es claramente un concepto multidimensional, que abarca una variedad de componentes, como la seguridad de las personas, hasta los límites al poder del gobierno, y las relaciones pueden ser complejas, es claramente reconocido en la literatura que la vigencia del Estado de derecho es esencial para el crecimiento económico y el bienestar en general. Esto está destacado de manera bastante clara, por ejemplo, ya en Adam Smith y en algunos casos de manera bastante precisa (como el modo en el cual el comercio erosionó los derechos alodiales, por ejemplo) y es tan general que puede encontrarse en una variedad de autores clásicos, como nuestro Alberdi, por ejemplo. Para una explicación muy importante en la actualidad, ver, Daron Acemoglu, Simon Johnson y James A. Robinson, "The colonial origins of comparative development: An empirical investigation", *American Economic Review*, vol. 5, nº 5 (2001), pp. 1369 y ss. Ver también, por ejemplo, Robert Barro, *Rule of law, democracy and economic performance. Index of economic freedom* (New York: Heritage Foundation, 2000).

contamos con experiencia desde la antigua Grecia, respecto de las mejores formas de organización. Principios de derecho constitucional que limitan el poder del gobierno y reconocen amplias libertades individuales y establecen una baja probabilidad de expropiación, entre otros efectos, en la generalidad de los casos, llevan a buenas consecuencias.

Naturalmente podríamos asumir que hay partes del sistema legal que no conducen a resultados plausibles. Probablemente aquellas partes más asociadas a la legislación distributiva que a las instituciones clásicas del derecho, donde la intencionalidad política o el cortoplacismo puede sustituir la lenta evolución de doctrinas revisadas y tamizadas por la experiencia o por decisiones colectivas que no lleven del todo a buenas consecuencias. Después de todo, del mismo modo que es muy difícil que un juez interprete un contrato de consumo, por ejemplo, a fin de distribuir el riesgo de modo que crezca la torta al máximo con beneficios para ambas partes, tampoco es demasiado plausible asumir que el legislador (en la realidad de los hechos, no en un sistema ideal) conoce esto o si lo conoce le conviene hacerlo: grupos de presión mejor organizados o intereses electorales u otros compromisos usuales en la política podrían alejar la solución normativa prevista por el legislador de una que arroje al menos aceptables consecuencias.

Si bien la evolución de segmentos del derecho de fondo también podría arrojar un equilibrio que incremente el bienestar social, dependiendo en buena medida de la estructura de incentivos que subyace a las interacciones que regula esa regla y otros eventos, como accidentes históricos y de otro tipo, también es enteramente posible que la misma evolución de las prácticas sociales y la selección de reglas arroje un equilibrio o resultado ineficiente o que limite la cooperación y el bienestar de modo importante. Es decir, no siempre se puede asumir que las instituciones legales, ni aun las clásicas, son del todo eficientes, aun cuando hayan sido objeto del escrutinio del tiempo y la evolución.

De modo que es probable que un juez deba aplicar un sistema legal que contenga una porción de reglas ineficientes o que no llevan a consecuencias razonablemente satisfactorias. Pero la previsibilidad del sistema, la importancia de la vigencia de reglas como jueces limitados y la división de los poderes requiere, con alta probabilidad para la mayor parte de esas distribuciones de leyes eficientes e ineficientes, que los jueces hagan cumplir la ley, aun cuando no sea la mejor para las partes

reguladas, siempre que esta sea clara y previsible, en la mayor parte de los casos.

Hay razones de sistema que piden que el juez resuelva conforme derecho aun cuando este no lleve siquiera a razonables resultados, y esto para asegurar otros que son más importantes. Después de todo, las consecuencias de romper una regla como el de legalidad y de división de poderes o el principio de no retroactividad de la ley puede llevar a consecuencias peores a nivel sistema que los efectos (que usualmente las partes los corrigen parcialmente cambiando sus decisiones) negativos que pueda tener la legislación en particular.

La ley impondrá costos sociales, pero en general serán menores que aquellos derivados de violar el sistema, sobre todo cuando la ley no es claramente inconstitucional. Es decir, casos donde probablemente el Derecho es, además, extremadamente ineficiente, sobre todo cuando refiere a violaciones sistemáticas de derechos de primera generación⁽¹⁹⁾. Además, si las consecuencias son desastrosas, de manera importante y visible, en esa hipótesis gana atractivo, como procedimiento de decisión para incrementar la utilidad, como observa Farrell, tener en consideración de manera directa el bienestar social. Pero en la generalidad de los casos, hacer cumplir leyes ineficientes o indeseables, podría llevar a mayor utilidad de manera indirecta que no hacerlo, en un sistema institucional como el nuestro, siempre que sean claras y estén bien determinadas, no sean obviamente inconstitucionales o lleven a consecuencias desastrosas u operen otras consideraciones que voy a comentar en la segunda parte de este trabajo (solo de modo muy preliminar).

Un juez utilitarista, aun en los casos donde pueda elegir una solución normativa que maximice la utilidad no necesariamente debería dejar de lado la consistencia y previsibilidad del sistema legal y, por lo tanto, la historia y los antecedentes, en buena medida porque ahí hay información valiosa y, además, porque esto permite certeza en las relaciones, lo que permite que los agentes económicos tomen sus

(19) Si los derechos clásicos tienden a la eficiencia es probable que la violación arbitraria y masiva de estos lleve a casos de altos costos sociales. En este sentido, si bien el estándar de constitucionalidad no asegura eficiencia es probable que al menos en muchos casos, respecto de derechos de primera generación al menos, la inconstitucionalidad sí implique en muchos casos ineficiencias. A primera vista, esto no debería ser, creo, del todo polémico.

decisiones según la regla vigente y cooperen. No siempre los precios que están implícitos en las leyes son del todo visibles o cognitivamente simples para que los actores adecuen rápida y eficazmente sus decisiones a la nueva regla; y los costos de pasar a una regla mejor podrían ser mayores a sus beneficios.

Un juez interesado seriamente en las consecuencias no puede dejar de lado la práctica social, el modo de cooperar que tiene una sociedad en un aspecto determinado, sin asumir el riesgo de ingeniería social improductiva y es claro que la prudencia constituye un aspecto fundamental del ejercicio de la función judicial. Un tribunal superior que se abstiene de usar su poder en algunos casos sobre bases prudenciales, a veces puede contribuir a la utilidad social indirecta en mayor medida que ejerciendo de manera completa su poder y aun cuando quizás pueda tomar una decisión mejor que los poderes políticos. Un poco como decía Isabel en *Medida por medida*, el hecho de tener poder no significa que siempre haya que usarlo. El poder judicial debe funcionar, por razones basadas en consecuencias, de manera limitada y en armonía con otros poderes del estado y esto implica que, con los a veces difusos límites de la constitucionalidad, deba ejecutar las leyes en su mejor versión, siempre que estas sean claras y precisas, lo que ocurre en muchos casos simples donde la previsión legislativa o constitucional es clara⁽²⁰⁾.

De modo que hay razones basadas en las consecuencias por las cuales es conveniente que los jueces no busquen, en general y con excepciones, resultados que maximicen alguna propiedad del estado del mundo, sino que ejecuten la ley, siempre que esta sea clara y no ambigua y se den otras condiciones muy frecuentes⁽²¹⁾. En otros términos,

(20) Para esto puede ser interesante las razones por las cuales según Posner los jueces “pragmáticos” que él propone deberían tomar seriamente en cuenta las reglas (tanto como las antecedentes, el sistema y la historia). Sobre el “pragmatismo de reglas”, que este autor recomienda, ver, Richard Posner, *The Prolegomata of Moral and Legal Theory* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999), pp. 241 y ss.

(21) Otra buena razón de sistema, como menciona Farrell, en un sistema “ideal”, es además que es probable que estructuralmente las legislaturas y sobre todo las agencias gubernamentales estén mejor posicionadas para (en muchos casos) lograr resultados que maximicen la utilidad o lleven a mejores resultados que los jueces. Estos conocen solamente para el caso, están limitados a los argumentos y posiciones de las partes y naturalmente no pueden afectar derechos de terceros ajenos al proceso. Para muchos casos, como ocurre con derechos de segunda y a veces de tercera generación es necesario contar con experiencia en políticas públicas y contar con un

es plausible asumir que, en general, los derechos son cartas de triunfo sobre la utilidad, precisamente por razones de utilidad.

3. EL SISTEMA LEGAL Y LA BÚSQUEDA DIRECTA DE UTILIDAD: UNA GUÍA SIMPLE

En el apartado anterior he considerado que existen buenas razones utilitaristas para respetar derechos o seguir reglas en la función judicial, siguiendo la observación final de Farrell en su artículo. Esto no significa que no haya, sin embargo, como expuso Farrell también en su artículo, instancias donde la consideración directa de las consecuencias no sea plausible, y en algunos casos fundamental, para la función judicial, como ocurre en caso de colisión de derechos de igual jerarquía o bien cuando el cumplimiento de la ley lleva a consecuencias desastrosas.

De hecho, luego de presentar una cartografía sencilla pero que puede introducir algo de sistema en el asunto, voy a sugerir que estas instancias son muy frecuentes y que, en los hechos, dada cierta ambigüedad de buena parte de las reglas jurídicas y cierta necesaria discrecionalidad, los jueces, en buena medida, establecen precios que tienen, en muchos casos, incidencia en el bienestar de modo significativo⁽²²⁾.

Creo que hay una serie de variables que hacen plausible considerar las consecuencias de manera directa en la elección de una regla, pero prefiero ocuparme ahora de dos variables que considero centrales para ofrecer una especie de guía para estimar cuando es plausible efectuar consideraciones utilitaristas directas, dejando de lado por ahora otras que merecerían un estudio por separado.

presupuesto y facultades que exceden las que tiene normalmente el poder judicial. Procedimientos esencialmente destinados para la resolución de controversias no necesariamente constituyen buenos mecanismos regulatorios, ya que implican enormes costos de transacción que puede ser minimizados por medio de reglas generales del tipo leyes o reglamentos o resoluciones del poder ejecutivo.

(22) El sistema jurídico no solo utiliza normas precisas o reglas en sentido estricto del tipo “máxima 90”, sino que además emplea estándares tales como adoptar el cuidado que adoptaría “un hombre razonable” y emplea una variedad de conceptos indeterminados, que permiten cierta (necesaria) discrecionalidad. A fines de este artículo estoy deliberadamente empleando una concepción amplia del término de reglas (que cuando es bien definida, también puede consistir en una norma, en el sentido estándar).

Una es la ambigüedad relativa de la solución legal prevista (y en el extremo no prevista, como en el caso de una laguna del derecho). Es claro que hay plazos procesales y que corresponde a cada Provincia 3 senadores, por ejemplo. Esto constituye un extremo de claridad de reglas (en sentido estricto) que contiene el derecho. Pero es cierto que hay reglas (en un sentido más amplio, que incluye estándares) que admiten diversas plausibles interpretaciones, a veces a distintas reglas o procedimientos que compiten entre sí, como casos donde no hay reglas o estas son muy ambiguas empleando conceptos jurídicos altamente indeterminados (como “buena fe”), dejando la solución legal a la interpretación o discrecionalidad judicial⁽²³⁾.

La otra variable relevante es el impacto que el caso tiene para el bienestar social. Existen decisiones o normas jurídicas en las que estas se fundan, que solo afectan a las partes y que tienen poco o nulo impacto en el resto de la sociedad, tal como la rutinaria división de un condominio. Pero hay otros casos donde los efectos de las decisiones (o las reglas en las cuales estas se fundan) tienen impacto directo sobre el bienestar de muchas personas, como podría ser el caso de los clásicos fallos de poder de policía como “Peralta” o “Avico” en Argentina o “Home Building” en Estados Unidos⁽²⁴⁾.

La combinación de estas variables permite establecer una guía aproximada para la decisión judicial basada en consecuencias. Podemos pensar en un plano cartesiano donde los casos cerca del origen, por ejemplo, son aquellos donde más plausiblemente se deben seguir las reglas o proteger derechos en el sentido tradicional: son casos donde la regla es muy precisa y clara y donde, además, la utilidad del

(23) Sería posible posicionar distintas normas, probablemente por ramas enteras del derecho, siendo evidente que una norma penal, por ejemplo, es menos ambigua que una infracción al comercio, por ejemplo, del tipo que regula la ley de defensa de la competencia, donde sutiles efectos deben ser demostrados para concluir en la existencia de una verdadera infracción.

(24) Es probable (y plausible, según entiendo), además, que los jueces de hecho sean más propensos a tomar en cuenta las consecuencias de los fallos en aquellos casos donde las decisiones tienen efectos en muchas personas ajenas al juicio en cuestión y sean menos propensos a considerar las consecuencias en aquellos casos donde la sentencia es un bien típicamente privado donde el bienestar comprometido es solo o fundamentalmente el de las partes y la regla no tiene efectos importantes a nivel de sistema. En este sentido, por ejemplo, es evidente el fuerte contenido económico que tienen los típicos fallos de emergencia de los tribunales superiores y la alta predictibilidad para los casos más usuales que solo incumben a las partes.

caso (por ejemplo, dado el número de personas afectadas por la decisión) es bajo o muy bajo. Por ejemplo, las partes en un caso civil medio o corriente ⁽²⁵⁾.

En el otro extremo podemos pensar casos donde la ley es extremadamente ambigua y donde la decisión tiene efectos importantes sobre muchas personas. Son casos, estos últimos, donde gana atractivo la idea de buscar la utilidad de modo directo. En el extremo, en caso de una verdadera laguna legal, simplemente no hay contradicción entre la ley y la utilidad.

En estos casos, donde la ley es más ambigua, en el extremo en los casos novedosos donde no hay una regla o donde es necesario establecer otra nueva, los jueces pueden válidamente, sin afectar la consistencia del sistema jurídico, resolver buscando la utilidad o bienestar de modo directo, sin afectar ese verdadero capital social de las reglas y procedimientos compartidos que permite la cooperación social en una medida tan fundamental. Son los casos a la derecha, lejos del origen, donde el impacto en el bienestar es importante, como un caso regulatorio de extrema importancia y donde no hay ley o está en proceso de cambio. Como podría ser el caso de nuevas tecnologías o nuevos problemas, como, por ejemplo, el peso que la intimidad podría (o no) tener en defensa de la competencia o la licitud por parte de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de reexaminar y eventualmente revocar una autorización de fusión, en el actual intento de desmembrar Facebook y otras plataformas ⁽²⁶⁾. En estos casos, en el extremo donde hay verdaderas lagunas del derecho, un juez utilitarista y consistente puede buscar de modo directo la mayor utilidad. Si se trata de la redefinición de espectro, por ejemplo, podría buscar aquella que maximice la utilidad social en su conjunto ⁽²⁷⁾.

(25) Se entiende que esto tiene sentido cuando la letra de la ley y la maximización de la utilidad difieren.

(26) Estoy dando ejemplos un poco extremos, pero si uno examina el derecho pretoriano de la CSJN encontraría de que hay muchos casos y un examen mostraría que en los hechos hay muchas decisiones para las cuales el derecho no es nada claro, probablemente un rango muy importante de casos a nivel constitucional. Ver, por ejemplo, Alfonso Santiago, *La Corte Suprema y el Control Político* (Buenos Aires: Ábaco, 1999), pp. 97-119. Parece algo poco disputable que, al menos, en algún punto los jueces no se limitan a “aplicar el derecho”.

(27) Quizás, aun en estos casos extremos, la existencia de creencias muy fuertes y extendidas de justicia podría actuar como un veto, incluso para un Juez utilitarista si

Esto puede ocurrir, cuando plausiblemente se admite una distinta interpretación de una misma regla o bien cuando hay diversas reglas o colisión de derechos de igual jerarquía, cuando hay una laguna jurídica o se trata de un caso donde es necesario modificar la regla, por ejemplo, por un cambio dramático en las circunstancias o tecnología. Son casos, donde según esta cartografía, están situados muy lejos del origen, donde tanto el valor de ambigüedad como de utilidad es muy alto y, por lo tanto, gana atractivo la búsqueda directa del bienestar.

En los casos donde el valor de ambigüedad del derecho es bajo y también el peso de la decisión en el bienestar social, parece evidente que la presunción juega a favor de seguir las reglas, cuidando la estabilidad y consistencia del sistema, aun cuando haya divorcio entre la solución legal y la que maximiza la utilidad o lleva a mejores resultados significativos. Después de todo, entre otras consideraciones, los jueces no deberían adoptar decisiones que corresponden al Congreso y es probable que la consistencia del sistema jurídico y ciertos grados apreciables e importantes de seguridad jurídica estén en juego. Son estos, en general, los casos a los que hacía referencia en el título anterior.

Cuando la solución legal es clara y consistente con el resto del sistema jurídico, la presunción también debería operar a favor de la búsqueda indirecta de bienestar, aun en aquellos casos donde los efectos sociales son importantes, salvo cuando estos sean de una gran magnitud, lo que es consistente con la solución de Farrell. En este sentido, en buena medida, la claridad extrema de la ley debería operar como una especie de veto sobre las consideraciones directas de utilidad, salvo casos de gran magnitud con consecuencias desastrosas, donde el costo de seguir el derecho es enorme, lo que es consistente con el trabajo de Farrell.

La definición de “gran magnitud” o “efectos desastrosos”, en términos del artículo de Farrell, debería operar por medio de una estimación de cuál modo se logra disminuir el costo social de problema en conjunto, algo que puede ser difícil y que, en ocasiones, como en el plano regulatorio, requiere de expertos. Es probable que, en caso de duda, el juez deba resolver por la estabilidad del sistema y la admisibilidad de la excepción proceda en casos donde la ganancia de buscar

considera que las nociones de justicia forman parte de la función de utilidad de las personas. Pero este es un tema complejo que no quiero examinar.

la utilidad o bienestar de modo directo sea evidente e importante. Si se estima, como muchas personas lo hacen, que la actual ley de alquileres es ineficiente al punto que perjudica tanto a los propietarios que finalmente perjudica también a los potenciales inquilinos, no obstante, esa ley debe ser aplicada (siempre que como creo, se considere constitucional). Es un ejemplo de una ley ineficiente, pero que no lleva a consecuencias catastróficas, aun cuando muy malas. Hay otras reglas más importantes para el bienestar que esa ley, como la división de poderes.

Los casos de “efectos desastrosos”, en Farrell, pueden ser expuestos como aquellos donde el valor de ambigüedad del derecho es bajo y el valor de utilidad que proporciona el caso es muy alto, tan alto, que la búsqueda de utilidad directa domina o tiene prioridad sobre el valor que confiere la consistencia y estabilidad del sistema jurídico, incluyendo reglas fundamentales como la división de los poderes o el principio de legalidad. Algunos casos célebres de poder de policía amplio, como quizás “Peralta” o algunos de los relativos al celebre corralito, podrían ser buenos ejemplos, como bien examina Farrell en su artículo.

El caso opuesto opera donde desde el punto de vista de los efectos la decisión no tiene importancia y la ley es también ambigua. Casos donde, por ejemplo, distintos arreglos arrojan resultados o efectos parecidos o idénticos. Como puede ser establecer un plazo o cualquiera de los tantos convencionalismos que contiene el sistema legal, muchos de los cuales son operativos para otras reglas, pero no tienen peso por sí mismas desde el punto de vista de la utilidad. Ese tipo de reglas, usualmente tan instrumentales al sistema, no tienen (lo que es una verdad evidente en este modelo) ningún tipo de interés especial para un juez utilitarista y quizás para ningún analista desde un punto de vista sustantivo⁽²⁸⁾.

Los casos más interesantes, creo, son aquellos en los cuales el valor de ambas variables es medio, es decir, donde la ley es relativamente ambigua y la utilidad que proporciona el caso es importante, pero no de enorme magnitud o catastrófica. Caso, en el cual, la solución utilitarista domina, claramente. En muchos de estos casos es posible maximizar o mejorar la interpretación de la ley, o emplear mejor la discrecionalidad

(28) Es posible que una regla sea importante, como un plazo, pero que cual sea la regla elegida no tenga importancia o tenga poca importancia desde el punto del bienestar.

que esta permite, o elegir mejor las reglas en disputa, de modo tal de mejorar el sistema por medio de decisiones que no afectan la estabilidad del sistema en sus aspectos fundamentales. En muchos de estos casos la ley limita las alternativas y la discrecionalidad, pero no lo hace de modo tal que no sea posible maximizar dentro del sistema, dejando al juez un importante (y muchas veces deseable) rango de discrecionalidad en la elección de la regla y/o en las sanciones o penalidad, que finalmente funcionan como precios induciendo a determinadas conductas (en la generalidad de los casos).

Dependiendo del tipo de norma y el área del Derecho, es claro que hay un enorme ámbito de ambigüedad en la interpretación y aplicación de la ley, al punto de que en muchos casos es plausible asumir que el sistema legal no ofrece una solución conforme a derecho determinada o siquiera que en algunos ámbitos tal cosa sea conceptualmente posible. Pero aun en aquellos casos donde hay una solución legal, el juez podría, por ejemplo, tener la facultad de establecer las sanciones o compensaciones y de ese modo establecer precios por violar la ley, los cuales pueden administrarse de un modo eficiente, consistente con el bienestar.

Creo por eso que, en general, el área donde el derecho es preciso y claro —y, por lo tanto, inhibe buscar de manera directa la utilidad— no es tan amplia como podría pensarse desde una posición dogmática tradicional y que, en realidad, en la generalidad de los casos, aun con límites que establecen las mismas reglas, siempre es posible aplicar el derecho, en nuestro sistema institucional maximizando los resultados.

La ambigüedad dentro del sistema, donde es posible interpretar una norma de distinta manera sin afectar el sentido general de la misma y el papel que esta juega dentro del sistema jurídico, es una característica muy frecuente, algo que aparece evidente cuando se examina las disímiles respuestas de jueces a casos idénticos⁽²⁹⁾.

(29) Ver por ejemplo la enorme diferencia en el otorgamiento de asilos en la justicia de los Estados Unidos o bien la enorme dispersión en materia de libertad condicional en el caso de la justicia israelí. En los experimentos también los jueces muestran enorme variedad no solo respecto de penas sino de aplicación de doctrinas. Parece una enorme ingenuidad pensar que el sistema jurídico es algo que simplemente “se aplica” de manera correcta en una gran generalidad de los casos. Ver, Khaneman, Sibony y Sunstein, *Noise*, capítulo 1.

Si la ley establece, por ejemplo, que la exigencia de pagar una multa administrativa para apelar ante la justicia se puede evitar demostrando que hay un gravamen irreparable, siempre es posible, por ejemplo, interpretar “gravamen irreparable” de un modo más amplio, menos restrictivo, tal que permita mayor control judicial de las decisiones del ente que impone las sanciones, facilitando la procedencia del recurso, lo que (como es probable, pero para ilustrar el argumento) podría inducir a menores errores, maximizando la utilidad o bienestar. Que los jueces, en un caso como este, por ejemplo, contemplen las consecuencias de mediano y largo plazo, los incentivos que generan las reglas jurídicas, por medio de interpretaciones consistentes con el resto del sistema legal, parece algo plausible⁽³⁰⁾.

Esto en muchos casos no requiere, desde luego, hacer un cálculo de utilidad sino comprender la funcionalidad de determinadas instituciones para la cooperación social y la preservación de bienes jurídicos valiosos y el modo en el cual las normas actúan entre sí. En muchos casos es posible que el problema de elección sea entre alternativas que indirectamente maximizan la utilidad, dada la enorme cantidad de subreglas que tienen incidencia final en el bienestar. Por ejemplo, defender la estabilidad de la propiedad privada o el derecho al libre ejercicio del comercio, podría llevar a buenas consecuencias, aun cuando esa no sea la meta propiamente del juez. En otros casos establecer los costos y beneficios de ciertas innovaciones jurisprudenciales puede ser más delicado. Pero es probable que los casos más evidentes, donde la regla o interpretación bajo análisis resulten especialmente ineficientes o lleven a malas consecuencias, sean fáciles de comprender a nivel intuitivo.

En los casos donde el valor de ambigüedad de la ley es bajo, aunque no muy bajo y los efectos pueden ser importantes, sin embargo, el balance entre la búsqueda directa de la utilidad y la preservación del sistema puede ser complejo de definir. En esos casos la actitud más plausible debería ser de prudencia, casos donde probablemente tenga predominancia la estabilidad y consistencia del sistema. Cuando las reglas son estables y al menos permiten ciertos grados de cooperación,

(30) Aun cuando, claramente, no siempre es algo que el Juez pueda hacer del todo bien. Pero en los casos difíciles e importantes, donde es más probable la innovación el juez puede y debería apelar a opinión experta en los casos en que sea necesario.

las personas pueden adaptar sus decisiones, aun cuando otras reglas alternativas permitan mayor bienestar.

Más fácil es cuando la ley adopta niveles más altos de ambigüedad y las reglas si tienen peso en la utilidad social. En este sentido, existe una variedad grande de casos y partes o áreas del sistema legal donde es posible pensar o interpretar normas existentes buscando la utilidad de modo directo sin violentar la forma deontológica operacional, que, en buena medida, muchas veces, es simplemente retórica o definiciones, que permiten una gran variedad de soluciones normativas.

Hay evidencia de la enorme inconsistencia en las decisiones judiciales basadas en reglas deontológicas, donde es probable que, además de ciertos sesgos, operen simples preferencias de los jueces por determinados resultados normativos. En casos donde la estabilidad y sistematicidad del sistema legal permite diversas soluciones jurídicas, buscar de modo consistente el bienestar, tomando decisiones sobre la base de datos y evidencia, podría no solo introducir consistencia en las decisiones operacionalmente deontológicas, sino, además, contribuir a eliminar sesgos y trampas cognitivas del todo irracionales, envueltas en simple retórica o sustituir preferencias normativas personales de los jueces por una forma imparcial de razonamiento público.

Esto ocurre en diversas jerarquías de derechos, pero, por ejemplo, es claro que hay muchas disposiciones constitucionales que requieren interpretación y no es muy claro que la teoría constitucional ofrezca una guía certera para encontrar soluciones normativas adecuadas, por lo menos en los casos más complejos o novedosos.

En estas instancias, tan frecuentes, podría ser razonable que los jueces funden sus decisiones en datos y un examen consistente de las consecuencias (en un sentido amplio, incluyendo la consistencia del sistema jurídico, como he mencionado) y no sus preferencias personales por ciertos resultados normativos, en su intuición burocrática o en sus inclinaciones políticas⁽³¹⁾. Ese es también el caso con las lagunas legales, puesto que muchas veces se presentan circunstancias no previstas por el sistema legal y considerar las consecuencias, creo, constituye una

(31) Desde luego no quiero sugerir que todo problema difícil constitucional pueda resolverse de manera simple apelando a alguna versión de utilitarismo. Solo digo que la vaguedad hace más atractivo, al utilitarista consistente, buscar de modo directo el bienestar.

alternativa plausible. Lo mismo puede decirse cuando hay un cambio significativo en las circunstancias, preferencias o tecnología que hace necesario revisar la interpretación de una norma de modo sustantivo.

En la mayor parte de los casos posiblemente el asunto consista en interpretar mejor el alcance e interacción de normas dentro del marco que prevé la ley, buscando que el sistema tienda a maximizar de modo indirecto. Si una ley refiere a que se aplica a un acto realizado en el extranjero, por ejemplo, respecto de una operación comercial de importancia, en tanto esta tiene “efectos significativos” en el país, es claramente posible interpretar esa norma tal que busque maximizar un estado de cosas. Esta ley, después de todo, podría tener importancia para la cooperación social y probablemente la ambigüedad de la ley sea eficiente o deseable. Para este tipo de casos, que son muy frecuentes en el sistema jurídico, de hecho, una aplicación que tome en cuenta la eficiencia o consecuencias sería deseable. Si una ley establece una regla de “realidad económica” tal que, como ocurre en varias leyes, se deba considerar la realidad de los hechos antes que la forma legal que adopta una empresa o grupo de empresas, es claro que es posible interpretarla de manera que lleve a mejores consecuencias⁽³²⁾.

Y así, hay muchas categorías donde las normas son ambiguas, tal que solo me voy a limitar a exponer algunos ejemplos que estimo muy destacados o frecuentes, como cuando el uso de una doctrina o la misma definición exige mirar las consecuencias; o cuando la ley busca una meta de modo implícito; o cuando es deseable cierta discrecionalidad que el juez puede emplear estableciendo precios implícitos por llevar adelante determinadas conductas, entre otras. Siempre es posible interpretar conceptos jurídicos indeterminados, de modo eficiente,

(32) Hay una variedad de normas que requieren que los jueces tomen en cuenta las consecuencias de modo explícito o donde la misma definición de una regla depende, para su plausibilidad, de alguna apreciación de las consecuencias, como ocurre con la definición de interés económico general en derecho de la competencia, donde esta, en general, se interpreta de modo próximo a eficiencia de los mercados. Pero son muchas las instancias en donde la misma ley pide un resultado como la confiscatoriedad de un impuesto, la aplicación de principios como el de proporcionalidad y de razonabilidad (uno a veces incluido en el otro) o la compensación integral en caso de daños, para lo cual se hace necesario, mirar los efectos, en especial para casos complejos. Las usuales preocupaciones distributivas de los jueces, por ejemplo, no pueden ser contestadas de manera correcta en casos complejos sin atender a efectos en el bienestar de las personas. Pero no son estos los casos que interesan a esta discusión.

como por ejemplo la noción de negligencia o de causalidad, en una literatura muy amplia que ofrece el análisis económico del derecho.

Un caso importante, más simple a fines de nuestra discusión, es donde se hace necesario tomar en cuenta los efectos para la aplicación correcta de una ley. Esto, en buena medida porque la ley misma exige que, para definir el alcance de una doctrina, resulte necesario definir correctamente los efectos. Un buen ejemplo es el caso de principios del derecho ambiental de amplia aceptación y empleo, como el principio preventivo o el precautorio. Este último pide una estimación aproximada del valor del daño respecto de los costos de impedir un daño ambiental, para el cual no hay evidencia científica, pero es claro que alguna descripción, aunque sea aproximada de los efectos del acto que potencialmente puede afectar negativamente el ambiente debe ser especificada, como parte de la obligación de fundar las sentencias de los jueces. También debe el juez sopesar el costo de la inacción, puesto que quizás, al final, esa sea la solución correcta, pero nada de esto es posible sin tomar seriamente en cuenta las consecuencias. Lo interesante para nuestra discusión es que el juez podría interpretar estos principios de manera eficiente, por ejemplo, o por lo menos tomar en cuenta un balance correcto de las consecuencias. Si uno mira, por ejemplo, el derecho ambiental, es frecuente que sea necesario examinar consecuencias y hacer ponderaciones.

Ocurre lo mismo con la gran variedad de casos donde hay cautelares en juego, por aplicación del principio preventivo. Allí es como mínimo necesario entender de manera más o menos precisa, que es lo que se quiere prevenir, y en las mejores versiones, los costos de prevenir en relación con el costo a evitarse. Para lo cual es necesario un examen de las consecuencias. Son casos, en donde es claro que la misma ley pide tomar en cuenta las consecuencias para aplicar bien la ley, de modo explícito y donde es enteramente posible usar, por ejemplo, teoría económica o modelos para entender mejor las consecuencias y usar esas herramientas para simplemente adoptar decisiones que maximicen el bienestar.

Hay casos donde esto no opera de manera directa, pero está implícito en un área del derecho, como, por ejemplo, evitar el oportunismo en los contratos o buscar paridad de los acreedores en los concursos o quiebras. Siempre que la ley busque una finalidad, lo que ocurre con alta frecuencia, mirar las consecuencias de un modo sistemático

constituye una condición necesaria para aplicar bien determinadas reglas. Y esto opera interpretando de modo correcto determinados conceptos: la misma definición de en qué consiste “oportunismo”, por ejemplo, puede hacerse apelando a una definición que maximice *ex ante* el valor de los contratos, sin afectar la consistencia del sistema.

En muchos casos hay decisiones que por su peso entran en el campo regulatorio, como por ejemplo el fallo Mendoza de la CSJN⁽³³⁾, pero puede hacerse extensivo a muchos casos donde una decisión tiene efectos de mano invisible. En estos casos, comprender la naturaleza del problema de incentivos que subyace al problema y los remedios adecuados, requiere de un examen de las consecuencias que usualmente está más cerca de la teoría económica y las regulaciones que del tipo de soluciones más de mano visible voluntarista propia de la formación del abogado doctrinario.

En estos casos, probablemente, tenga especial sentido comprender de manera correcta el peso de los incentivos en las decisiones y para ello antes sea necesario comprender el sistema de incentivos. Es decir, una manera más sutil de comprender las consecuencias para tomarlas debidamente en cuenta⁽³⁴⁾. En estos casos es claro que es posible tomar decisiones que maximicen un estado de cosas, como minimizar el costo total del daño ambiental o lograr metas ambientales a menores costos (lo que debería ser deseable cualquiera sea la posición normativa del analista, muy probablemente o al menos en muchos escenarios).

Esto ocurre en una amplia variedad de casos donde los resultados dependen más de procesos de mano invisible que visible, lo que ocurre

(33) CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 08/07/2008, *Fallos*, 331:1622.

(34) Los problemas asociados a los contaminantes en el agua, atmósfera, aire o tierra se explican en parte porque las personas pueden eliminar desechos en propiedad comunal y buena parte de estos problemas son, finalmente, de incentivos. De hecho, una forma frecuente de ilustrar estos problemas es apelando a la “tragedia de la propiedad comunal” que con frecuencia son ilustrados, formalmente, apelando a una versión de dilema del prisionero de muchos jugadores. Aun cuando las autoridades resuelvan emplear otros criterios, como el desarrollo sostenible en el empleo de los recursos, contar con una descripción de la naturaleza de los incentivos sirve para lograr objetivos regulatorios de una manera adecuada. En muchos casos parece complejo usar la ley de modo correcto si no se conoce el problema que subyace en términos de incentivos y los efectos consecuentes de usar la ley de una manera determinada.

con mucha frecuencia, en una variedad mucho más grande de lo que usualmente el abogado dogmático podría reconocer. Las decisiones judiciales podrán volcarse a favor de una parte de los contratos típicos, como los de consumidores de una alguna especie o tipo. Pero es claro que las personas, incluyendo a las empresas, pueden cambiar su decisión en materia de producción y no comprender estos extremos podría ser algo muy grave que hasta podría atentar contra la finalidad de las sentencias o este tipo de sentencias. Al final, es claro que se puede maximizar o buscar reglas que favorezcan la cooperación en un rango muy amplio de casos.

Además, las normas jurídicas tienen en muchos casos propiedades distributivas que afectan el bienestar de las personas, dado que la distribución, con independencia de la eficiencia, tiene peso en el bienestar. Y es claro que siempre es posible, dentro de las interpretaciones posibles y conforme al sistema de una norma, interpretarla de tal modo que se busquen resultados que tiendan a maximizar los excedentes o bienestar de las personas implicadas. Cualquier decisión que tenga impacto redistributivo debería ser examinado a la luz de los hechos, la evidencia y un estudio desapasionado de las consecuencias, antes que elaboraciones doctrinarias. Si bien estas últimas pueden tener valor (especialmente porque son usualmente útiles y brindan información) pueden llevar a elegir algunas de las variantes interpretativas implausibles, incluida aquella que minimiza el pastel o lo divide de tal manera que minimiza el bienestar social y nadie querría razonablemente este resultado (salvo una preferencia muy fuerte que debería justificarse).

Sin embargo, es claro que la mayor parte de los casos son simples, no generan demasiados efectos externos de importancia, las soluciones son claras y se llevan adelante ante tribunales inferiores y jueces formados en la tradición formalista o dogmática y es altamente probable que seguir reglas sea la estrategia que en conjunto obtiene buenos o mejores resultados que jueces que buscan maximizar resultados. Sin embargo, el juez formado por ejemplo en economía cuenta todavía con una poderosa herramienta analítica que le permite conocer mejor los incentivos que subyacen al sistema legal, tomar decisiones consistentes y asegurar que las leyes cumplan mejor sus propios fines, entre otros aspectos, sin modificar el sentido tradicional de la regla. Es decir, solamente empleando mejor una doctrina aceptada y, por lo tanto (normalmente), sin generar problemas serios a nivel sistema. En muchos

casos una regla consolidada admite diversas aplicaciones muy sutiles, pero alguna de ellas lleva a mejores resultados. Son casos donde hay un cambio de regla sino un mejor empleo de una regla y usualmente (no siempre) no deberían llevar a disrupciones a nivel sistema.

De manera más sutil un juez podría pensar desde las consecuencias de manera pragmática y realista una variedad de asuntos que están bajo su jurisdicción y pensar mejor la aplicación del sistema legal, dentro de las soluciones normativas usualmente permitidas y donde el costo de error es bajo, dada la existencia de la norma y el hecho de que muchas veces el mismo sistema jurídico (probablemente porque el costo de error es bajo) confiere cierta discrecionalidad bajo determinados criterios.

Probablemente un modo de mostrar el enorme rango de oportunidades que tiene el juez para obtener resultados correctos se puede ilustrar por medio de las medidas de prueba admisible o la instrucción de expedientes en general. Parece poco sensato, por ejemplo, ordenar pruebas que implican altos costos (dilaciones, alta conflictividad, costos contables muy altos, etc.) cuando la ganancia es baja, en el sentido de que la misma no contribuye a disminuir la probabilidad de error en la adjudicación o solución del caso. En este sentido, es posible pensar en una instrucción eficiente de un caso. Es decir, que existe una cantidad y tipo de evidencia que es inconsistente e irracional ordenar y producir. Esto implica tomarse en serio las consecuencias, algo que estimo plausible y que requiere solo entender de modo sensato que actos tienen sentido dado el costo de los mismos respecto de sus beneficios, algo que incorpora las consecuencias y permite un uso más consistente del sistema legal y logra más metas a menores costos, algo que parece razonable y deseable en el sistema judicial. En muchos casos se trata simplemente de comprender que los jueces también operan en contextos donde hay escasez y uso rival de los recursos. Es decir, que la economía no se agota en intercambio de mercado, aunque la parte fundamental consiste en comprender que la ejecución del derecho cuando se aplican conceptos indeterminados o reglas ambiguas o se opera en el campo pleno de la discrecionalidad, implica poner precios y que esos precios sutiles tienen, usualmente, consecuencias.

Los jueces tienen en ocasiones la difícil tarea de poner precios a través de sanciones e indemnizaciones por daños que ocurren sobre bienes para los cuales muchas veces no hay mercados y, por lo tanto,

tampoco precios explícitos, como ocurre con el valor de un órgano o de la vida misma. Otros daños, como los ambientales o los derivados de infracciones a la ley de competencia, son muy difíciles de estimar, en muchos casos. Pero el juez siempre es un economista que pone precios, puesto que estos precios por daños son los que inducen a determinados gastos de prevención y cuidado o niveles de cantidad de actividad de las cuales dependen la ocurrencia de daños (entre otras variables) que usualmente tienen peso en la frecuencia de los accidentes y en las violaciones a las leyes. Por lo tanto, estas decisiones tienen efectos que no pueden ser desconocidos de modo completo. Un juez que se tome en serio las consecuencias y mire esto con datos y cierta competencia analítica es de lo más deseable, como creo lo es en casi todo el sistema legal que al final, y no solo a nivel constitucional, es demasiado ambiguo.

Por ejemplo, el juez tiene algún nivel de discrecionalidad en la distribución de costos de un incumplimiento contractual en el campo del derecho de los consumidores. Darles siempre la razón a los consumidores sería desprotegerlos porque, al final, los mayores costos (cuando son trasladados de manera homogénea a una industria donde hay competencia sustancial o efectiva) son trasladados a los mismos consumidores. Probablemente los jueces no puedan entender esto en su plena medida y si lo entienden es poco probable que puedan elaborar reglas que distribuyan mejor el riesgo, tal que al final los consumidores sean genuinamente beneficiados. Este es un buen ejemplo, donde es difícil que una regla simplemente sustituya el análisis del juez y es probable que un consecuencialismo más directo sea deseable. Pero lo que me interesa es otro caso que ilustra el modo sutil en el cual los efectos pueden y deben ser tenidos en cuenta por los jueces. Después de todo usar el derecho de los contratos (o cualquiera área del derecho), tal que todos los involucrados estén peor constituye un resultado sumamente implausible por completamente irracional⁽³⁵⁾.

Jueces mejor preparados en disciplinas afines al cálculo de las consecuencias, podrían desde luego, mejorar la aplicación de la ley, en términos utilitaristas, pero deberían todavía seguir reglas por razones de predictibilidad y estabilidad de sistema. De modo que, creo, como

(35) Para esta parte y la que sigue ver mi libro, Eduardo Stordeur (h), *Análisis económico del derecho. Una introducción* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011), caps. V y VI. Para la parte de procedimientos, ver el último capítulo.

Farrell, que mi sistema ideal de adjudicación no sería del todo distinto de este ensayo de normatividad más bien débil y algo descriptivo que estoy intentando.

Voy a dar solo dos ejemplos y de manera estilizada y simple para no desviar demasiado el centro del argumento. Podría ser plausible asumir que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual busca minimizar el valor actual de los accidentes (su valor o gravedad por su probabilidad) y la cantidad de recursos que se destinan a evitar accidentes (entre otras variables, como la administración de la regla legal, que también es costosa). Aun cuando esto se puede disputar (creo) en contextos muy especiales, en general, sería poco plausible que la meta sea tener alta frecuencia de accidentes muy graves a los mayores costos posibles (esto sería demasiado implausible). En general, esto se logra introduciendo incentivos para que se cuide, en la cantidad correcta, quienes pueden evitar accidentes. Una distribución de la responsabilidad que no respete este principio, no logra el plausible resultado de minimizar accidentes a los menores costos.

Este es otro uso sutil de las consecuencias que puede ser empleado para usar mejor la ley, puesto que esta no se aplica sola. Hay que establecer muchas veces, por ejemplo, grados de responsabilidad y posiblemente pensar en cantidad de cuidado, cantidad de actividad, probabilidad de ocurrencia del evento dañoso y su gravedad, como herramientas analíticas que permitan llenar los huecos de la muy general legislación sobre la materia. Es decir, usar bien la ley tiene buenas consecuencias, pero para hacerlo es fundamental comprender primero el peso que esto tiene a nivel de bienestar social.

Estos son casos, donde el juez puede hacer mejor uso de una regla, por ejemplo, emplear teoría económica y otras disciplinas para colocar las indemnizaciones que minimizan el costo social de los accidentes o bien aquellas indemnizaciones a la parte cumplidora de un contrato, que eliminan el oportunismo y que alientan la contratación o bien asignando riesgos en caso de integración contractual tal que se maximice la utilidad para ambas partes (ex ante considerada), lo que alienta también la contratación y mejora a las partes. Son casos donde la regla aplicable es clara pero ambigua en su aplicación y donde el juez puede usar mejor la ley en términos de consecuencias. Y no es muy claro, por ejemplo, porque debería usar una regla que perjudica a las partes en

un contrato, o en cualquier caso la consideración de las consecuencias (aun cuando no se dispute la regla) puede o debería ser deseable.

En suma, creo que este esquema donde se ubican cinco áreas típicas, según diversos valores, en la importancia de los efectos de un caso o regla que resuelve un caso y la ambigüedad del derecho, permite al menos una guía general para la toma de decisiones que podría ser inicialmente útil para ordenar de manera intuitiva y útil cuando es más plausible considerar las consecuencias de manera directa y cuando es más plausible, precisamente porque las consecuencias importan, la consistencia y previsibilidad del sistema. De igual modo creo haber ilustrado, aun cuando de modo muy breve y preliminar, la enorme ambigüedad propia del sistema jurídico, que emplea propiamente estándares y conceptos jurídicos indeterminados ofreciendo cierto ámbito de discrecionalidad, que permite ejecutar el derecho para lograr buenos resultados de manera sutil, aun en casos más complejos donde el valor de ambigüedad de la norma aplicable es relativamente bajo y el valor de utilidad es relativamente alto, aunque no enorme. Creo que esto muestra que los jueces tienen un amplio rango de instancias en las cuales pueden maximizar resultados aun dentro del sistema.

4. CONCLUSIONES

En línea con las ideas de Farrell, en la primera parte de este trabajo he intentado mostrar que es posible una justificación utilitarista para seguir reglas o proteger derechos, en particular sobre la base de límites cognitivos y técnicos de los jueces y razones basadas en la consistencia, eficiencia y previsibilidad del sistema jurídico. La idea central es que, en muchos casos, que en la segunda parte del artículo identifiqué con más claridad, en particular en aquellos donde la norma tiene un bajo valor de ambigüedad y las consecuencias no son trágicas, perseguir la utilidad de modo indirecto puede justificarse desde un enfoque utilitarista.

En la segunda parte del trabajo, propongo una guía o cartografía simple de las decisiones judiciales, tomando como base las variables utilidad y ambigüedad de la ley, para identificar, a modo de presunciones, el tipo de casos en los cuales tiene atractivo, *a priori* en un sentido casi formal, buscar la utilidad de modo directo. La idea central es mostrar en un esquema simple e intuitivo las condiciones en las cuales los derechos (o reglas) constituyen triunfos sobre la utilidad directa por

razones de utilidad indirecta y los casos en los cuales hay una presunción a favor de buscar la utilidad directa. Finalmente, de manera muy sencilla, me ocupo de ilustrar algunos casos, más complejos, donde el valor de la ambigüedad es medio, tanto como el de utilidad y el modo en el cual todavía, un juez utilitarista o interesando en las consecuencias, puede todavía lograr buenos resultados sin afectar la consistencia y previsibilidad del sistema. Esta última parte sugiere que es enorme el rango de instancias donde los jueces pueden, usando la discrecionalidad que el mismo sistema les delega, buscar resultados que tiendan a promover el bienestar social.