

A FAVOR DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA RENOVACIÓN METODOLÓGICA

Luis Miguel Hinojosa Martínez*

I. Introducción

1.- En uno de sus recientes trabajos sobre el método en derecho internacional público, la profesora Abellán confesaba que, después de muchos años de dedicación profesional, continuaba sintiendo inquietud por la dificultad de

«trazar la línea divisoria entre la utilización de conceptos consolidados, a riesgo de que puedan quedar obsoletos, y la aceptación de conceptos de nuevo cuño –más atentos a la actualidad internacional- a riesgo de que puedan ser meramente coyunturales»¹.

Esa loable insatisfacción intelectual me inspiró para participar en su libro homenaje con un trabajo sobre la renovación de la metodología jurídica, un tema sobre el que debe volverse periódicamente porque, como ha señalado Günter Grass, «el desconocimiento no absuelve». De hecho, la renovación metodológica siempre ha constituido un requisito indispensable del progreso científico, y un investigador difícilmente podrá realizar un trabajo coherente sin haber tomado previamente determinadas decisiones conscientes sobre los instrumentos epistemológicos que utiliza, con la sana inquietud de la que habla la profesora Abellán.

En particular, quisiera dedicar este trabajo a poner de manifiesto las aportaciones que puede realizar al Derecho internacional una novedosa corriente metodológica: el análisis económico del Derecho (conocida en los países anglosajones como el movimiento «*law and economics*»). Para ello, primero realizaré un resumen de las principales propuestas epistemológicas de esta metodología (II), examinaré los argumentos de algunas de las críticas formuladas contra este movimiento (III) y realizaré un breve análisis comparativo con otras epistemologías jurídicas con las que tiene alguna relación (IV).

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada.

¹ V. ABELLÁN HONRUBIA: «Sobre el método y los conceptos en derecho internacional público», en AA.VV.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Prof. J. A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, p. 55.

II. Elementos esenciales del análisis económico del derecho internacional

2.- La aplicación de los instrumentos epistemológicos de la economía al derecho internacional se produce recientemente, no se encuentra muy extendida en Europa, y se centra en sectores como el derecho internacional económico o el derecho de la competencia, en los que esta técnica metodológica ha alcanzado hoy día un papel muy relevante². Sin duda, la expansión de estos sectores del derecho internacional ha contribuido a popularizar esta epistemología entre algunos juristas, que gozan de reconocido prestigio³, al igual que el hecho de que se trate de ámbitos de práctica legal que ofrecen crecientes oportunidades de empleo, generalmente bien remunerado. Entre los internacionalistas, particularmente en el ámbito de las Relaciones Internacionales, también se hallan cada vez un mayor número de partidarios del análisis económico de las Relaciones Internacionales⁴, en un momento histórico post-bipolar en el que las interacciones estratégicas se basan más claramente en intereses económicos que en fundamentos ideológicos, o dicho en otros términos, los intereses estratégicos tienen esencialmente una motivación económica.

Sin embargo, cabe preguntarse si, en un planteamiento holístico, el análisis económico del derecho (en adelante, AED) puede realizar aportaciones interesantes al estudio de cualquier norma internacional, es decir, a la investigación de los procedimientos de formación y aplicación de las normas internacionales que no regulan relaciones económicas⁵. Desde mi punto de vista, debe responderse afirmativamente a este interrogante, tal y como pretendo argumentar en las líneas que siguen. En cualquier

² Ver las distintas contribuciones en J. S. Bhandari/ A. O. Sykes (Eds.): *Economic Dimensions in International Law. Comparative and Empirical Perspectives*, Cambridge, 1997.

³ Como es el caso del juez Richard A. Posner, considerado como uno de los teóricos más influyentes en el pensamiento jurídico estadounidense actual, y cuya bibliografía puede consultarse en: <http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r>. En particular, resulta especialmente ilustrativa su obra R. A. POSNER: *El análisis económico del Derecho*, México D. F., 1998.

⁴ Ver, p.e., D. MARKWELL: *John Maynard Keynes and International Relations: Economics Paths to War and Peace*, Oxford, 2006; C. GARCÍA SEGURA: «La contribución de la economía política internacional a la reflexión teórica de las relaciones internacionales», en *R.E.D.I.*, vol. LI, n. 2, 1999, p. 427.

⁵ El artículo 3(1) del Código anti-dumping de la OMC establece que, en orden a la determinación de la existencia de un daño importante que permita recurrir a medidas de defensa comercial, será necesario «un examen objetivo: a) del volumen de las importaciones objeto de dumping y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y b) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos». Parece imposible aplicar esta disposición en la práctica sin la realización de estudios de carácter económico. Sin embargo, el análisis económico del Derecho va mucho más allá, y lo que propugna es la aplicación de la lógica deductiva de la economía en el examen de los procesos de formación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

caso, puede constatarse que esta metodología se ha extendido con más facilidad en otros sectores del ordenamiento jurídico distintos del derecho internacional⁶.

3.- Posner ha identificado varios factores que explicarían el éxito del AED en EEUU⁷. En primer lugar, la función cuasi-legislativa de la jurisprudencia en ese país, que ha obligado a los jueces a aplicar habitualmente «pruebas de equilibrio» (*balancing test*) entre intereses contrapuestos para la solución de controversias, lo que podría considerarse como un precursor del análisis coste-beneficio de las normas jurídicas. En segundo lugar, el enorme desarrollo de la economía aplicada en EEUU, que ha penetrado en ámbitos tradicionalmente reservados a otras ciencias y, en particular, en la configuración de la economía como «la ciencia de la elección racional»⁸, lo que le ha permitido extender su metodología a muchas otras ramas del saber. Adicionalmente, la importancia del derecho de la competencia en EEUU, desde finales del siglo XIX, como factor determinante de integración en la economía norteamericana⁹, también ha contribuido a facilitar la simbiosis entre economía y derecho.

⁶ Sobre el AED, en español, pueden consultarse N. DE QUEROL ARAGÓN: *Análisis Económico del Derecho*, Sevilla, 2007; S. G. GUESTRIN: *Fundamentos para un nuevo análisis económico del Derecho*, Buenos Aires, 2004; H. SPECTOR: *Elementos de análisis económico del Derecho*, Buenos Aires, 2004; P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*, Madrid, 1994, así como la compilación de trabajos editada por A. ROEMER: *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, México, 2000. Como obras actuales de referencia para introducirse en el AED, recomendaría R. A. POSNER: *Economic Analysis of Law*, Nueva York, 2007 (7ª Ed.); R. D. COOTER/ D. ULEN: *Law and Economics*, Boston, 2007. Para un examen de los principales objetos de estudio del derecho internacional desde la perspectiva del AED, ver J. L. GOLDSMITH/ R. A. POSNER: «A Theory of Customary International Law», en B. A. Simmons (Ed.): *International Law*, vol. 1, Londres, 2008, p. 135; J. L. DUNOFF/ J. P. TRACHTMAN: «Economic Analysis of International Law», en *Yale Journal of International Law*, vol. 24, 1999, p. 1.

⁷ R. A. POSNER: «The Future of the Law and Economics Movement in Europe», en *International Review of Law and Economics*, vol. 17, 1997, pp. 3-4.

⁸ En este contexto, se suele citar a G. Becker como el innovador que hace evolucionar a la economía como la ciencia de la elección racional, expandiendo así su ámbito de estudio, entre otros, a la norma jurídica. Por ejemplo, este premio Nobel de economía ha estudiado la discriminación en el terreno laboral, o los efectos reales de las normas penales, como fenómenos resultado del cálculo racional de los individuos sobre los costes y beneficios generados por el cumplimiento o incumplimiento de la norma jurídica, es decir, como elecciones en las que los individuos actúan racionalmente, persiguiendo su interés, al margen de cualquier consideración ética o formal. Ver, con carácter general, G. BECKER: *The Economic Approach to Human Behaviour*, Chicago, 1976. Estos trabajos, no obstante, siguen una línea ya iniciada por R. H. COASE, a quien se identifica como el precursor del análisis económico del Derecho, tras su conocida obra «The Problem of Social Cost», en *Journal of Law and Economics*, vol. 3, n.º 1, 1960, p. 1 (disponible en: <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>), en la que defiende la idea de que la eficiencia económica determina lo que ocurre en la realidad, con independencia de lo establecido en las normas jurídicas que, en cualquier caso, deberían defender dicha eficiencia económica. Para un estudio del impacto del conocido como «Teorema de Coase» en la literatura científica jurídica, ver S. SCHWAB: «Coase Defends Coase: Why Lawyers Listen and Economists Do not», en *Michigan Law Review*, vol. 87, n.º 6, 1989, p. 1171. Para una revisión crítica y reciente de este teorema, puede consultarse A. HALPIN: «Disproving the Coase Theorem», en *Economics and Philosophy*, vol. 23, 2007, p. 321.

⁹ La aplicación del derecho de la competencia por parte de las autoridades federales en EEUU ha contribuido de manera importante a garantizar la unidad de mercado en un país en el que las autoridades estatales disfrutaban de amplias competencias legislativas y ejecutivas.

4.- En Europa, el AED no ha encontrado en el pasado un terreno abonado para su expansión¹⁰. El papel del poder judicial es más formal y menos creativo que en el sistema jurídico norteamericano, lo que no facilita la aplicación de métodos de análisis propios de la economía al razonamiento forense¹¹. Por otro lado, la doctrina, tanto jurídica como económica, suele desarrollar aproximaciones más teóricas a los objetos de estudio, con un mayor énfasis en la coherencia del marco conceptual que en la resolución de problemas concretos. Además, los incentivos académicos para los juristas que utilizan esta metodología difieren enormemente entre Europa (con algunas excepciones) y EEUU¹². El esfuerzo multidisciplinar (y el manejo del inglés)¹³ que requiere el AED no supone necesariamente un plus en el *curriculum* de los teóricos del Derecho europeos, y no beneficia particularmente su promoción profesional, aunque esta epistemología sí que parece obtener una mejor consideración entre los economistas de este lado del Atlántico¹⁴.

No obstante, esta situación parece estar cambiando en los últimos años. La influencia de algunos autores norteamericanos hace que varios juristas europeos incorporen progresivamente esta metodología en algunos de sus trabajos¹⁵, de forma que en 1994 aparece el primer volumen del *European Journal of Law and Economics*¹⁶. Probablemente, uno de los factores más importantes para explicar la difusión de esta

¹⁰ K. G. DAU-SCHMIDT/ C. L. BRUN: «Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe», en K. Dicke *et al.* (Eds.): *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlín, 2005, p. 131.

¹¹ Ver la interesante comparación que realiza Posner entre el sistema judicial inglés y el norteamericano, para llegar a la conclusión de que, hoy día, la función judicial en el Reino Unido está más cercana al papel que ésta tiene en la Europa continental, que al que desarrolla en EEUU (R. A. POSNER: *Law and Theory in the UK and USA*, Oxford, 1996, pp. 20-37).

¹² T. ULEN/ N. M. GAROUPA: «The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States», en *Alabama Law Review*, vol. 59, 2008 (en prensa), consideran que la mayor competitividad del sistema educativo estadounidense incentiva la innovación epistemológica y el realismo jurídico, frente al modelo más burocrático y formalista de las Universidades europeas (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=972360).

¹³ El hecho de que la inmensa mayoría de las publicaciones y de las revistas especializadas del movimiento *law and economics* se editen en inglés requiere un buen conocimiento de esta lengua para una investigación contextualizada con esta metodología.

¹⁴ Puede consultarse, en este contexto, el interesante estudio de O. GAZAL-AYAL: «Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel», en *Review of Law and Economics*, vol. 3, nº 2, 2007, p. 485, en el que explica cómo las oportunidades de promoción profesional condicionan la metodología elegida por los profesores universitarios. De su trabajo se deduce que la mayor valoración del uso de una metodología multidisciplinar en la promoción académica de los juristas en países como Holanda o Israel, explican el auge del AED en estos Estados si se lo compara con el resto de Europa continental.

¹⁵ Entre los internacionalistas españoles, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: «Predatory Pricing Literature under European Competition Law», en *Legal Issues of European Integration*, nº 2, 1993, p. 95. En relación con la evolución de este movimiento en España, ver S. PASTOR/ J. PINTOS: «Law and Economics in Spain», en B. Bouckaert/ G. De Geest (Eds.): *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, 2000, pp. 346-369, disponible en <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>.

¹⁶ Desde 1993, el *Journal of Economic Literature* dedica un apartado a las contribuciones en el ámbito del *Law and Economics*.

epistemología en nuestro continente derive de la profundización del proceso de integración europeo a finales de los ochenta y durante la década de los noventa. No podemos olvidar que el origen y el motor de ese proceso son esencialmente económicos. Adicionalmente, el discurso económico se muestra universal y permite superar numerosos problemas planteados por la necesidad de armonizar legislaciones nacionales con distintas instituciones y tradiciones jurídicas¹⁷. De la misma forma que en EEUU, el lenguaje unificador de la economía permite avanzar hacia la unidad de mercado en Europa, y el análisis de la eficiencia de la norma jurídica (a menudo a través de la evaluación de su coste-beneficio) se aplica de forma natural en conceptos legales ajenos a lo económico como ocurre, por ejemplo, con los principios de efecto útil¹⁸, subsidiariedad¹⁹ o proporcionalidad²⁰.

5.- La consideración de la economía como ciencia explicativa del comportamiento humano lleva a analizar la norma jurídica desde el punto de vista de su capacidad para ordenar dicho comportamiento, ya sea individual o colectivamente. Se parte de la base de que el comportamiento de los individuos, o de los Estados, es racional, y busca maximizar sus beneficios, conseguir en la mayor medida de lo posible sus objetivos/intereses²¹. La lógica analítica propia del razonamiento económico nos permite evaluar el beneficio social derivado de la norma, en función de sus efectos sobre el bienestar individual y colectivo.

¹⁷ R. A. POSNER: «The Future of the Law and Economics Movement in Europe», en *International Review of Law and Economics*, vol. 17, 1997, pp. 5-6.

¹⁸ La noción de efecto útil hace referencia a la necesidad de interpretar las normas comunitarias de manera que puedan surtir plenos efectos, esto es, que resulten «eficaces» para la consecución de los objetivos que les han sido asignados. Ver, por ejemplo, la clásica sentencia de 9.3.1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), ap. 20.

¹⁹ La redacción que recibe el principio de subsidiariedad en el derecho comunitario es flexible, y permite encontrar argumentos tanto para la centralización como para la descentralización de competencias (art. 5 TCE). Esto quiere decir que, a diferencia de los sistemas federales, en los que la aplicación de la subsidiariedad puede generar ineficacia como consecuencia legítima de la defensa de descentralización política (B. DUBEY: *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, París, Bruselas, Basilea, 2002, pp. 372-373), la UE tiene la posibilidad de actuar siempre que unos objetivos pueden «lograrse mejor» mediante la intervención comunitaria. En definitiva, el art. 5 TCE establece un «test de eficacia» como criterio delimitador de la competencia europea frente a las competencias estatales.

²⁰ El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, establece siempre una relación de coherencia entre los fines pretendidos y los medios utilizados para conseguirlos. En el derecho comunitario, el art. 5 TCE indica que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado». Cualquier norma que establezca obligaciones que van más allá de lo necesario para la consecución de su objetivo se considera ineficaz, y su coste social excesivamente elevado. Por tanto, se introduce aquí también un «test de eficacia» sobre la intervención de los poderes públicos europeos. El Protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al TCE, indica de manera explícita, como criterio para la aplicación del mencionado principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista financiero y administrativo, se tendrá en cuenta que cualquier carga que recaiga sobre los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos debe reducirse al mínimo y ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar (apartados 6, 7 y 9 del Protocolo actual y art. 5 del Protocolo sobre proporcionalidad y subsidiariedad anexo al Tratado de Funcionamiento de la UE).

²¹ J. R. HACKNEY: «Law and Neoclassical Economics Theory: A Critical History of the Distribution/Efficiency Debate», en *The Journal of Socioeconomics*, vol. 32, n.º 4, 2003, p. 361.

Partiendo de esta base, las relaciones que se producen en la sociedad internacional se estudian como transacciones en un mercado. Desde un punto de vista jurídico, lo que se intercambia es la competencia normativa, que en principio corresponde en exclusiva a los Estados dentro de su jurisdicción. En la medida en que la renuncia a esa autonomía conlleva más beneficios que desventajas, los Estados limitan o intercambian esa capacidad normativa mediante tratados internacionales o la ceden a instituciones internacionales²².

6.- Se pueden identificar dos principales líneas de análisis²³ dentro del movimiento *law and economics*: en primer lugar, la «economía positiva», que utiliza distintos instrumentos para la descripción y predicción de los procesos de adopción de decisiones, y en un marco iusinternacionalista, de los procesos de elaboración y aplicación de las normas internacionales; en segundo lugar, la «economía normativa», que evalúa el derecho internacional con arreglo al parámetro de la eficiencia/eficacia, es decir, analiza el contenido de la norma en función de su adecuación para la consecución de los objetivos perseguidos.

En un marco estrictamente económico, el «análisis positivo» pretende anticipar los efectos de una determinada decisión. Para conseguirlo, se puede realizar una investigación sobre los efectos de medidas anteriores, y sobre las causas que justificaron decisiones anteriores de la misma autoridad. Se trata de diseccionar la realidad buscando las relaciones causa-efecto (las secuencias de hechos correlacionados) que permitan pautar, en el plano jurídico, la aplicación de las normas por parte de la Administración o la interpretación que darán a éstas los jueces²⁴. La mayor o menor coherencia de los precedentes, de las relaciones causa-efecto, determinarán la mayor o

²² R. O. KEOHANE: *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton NJ, 1984, pp. 18-30.

²³ También se suelen incluir dentro del movimiento *law and economics* a aquellos autores que utilizan otras fórmulas de análisis económico de las normas jurídicas, como la teoría de los juegos (que busca criterios de interpretación del comportamiento estratégico de uno o varios actores en relación con otros actores, en un contexto en el que todos persiguen su propio interés) o la teoría de la elección pública (que interpreta las decisiones institucionales, incluidas las normas jurídicas, como la síntesis de las decisiones individuales [o de los intereses] de las personas que componen el órgano decisorio). Ver, al respecto, desde la perspectiva del derecho internacional, R. A. CASS: «Introduction: Economics and International Law», en J. S. Bhandari/ A. O. Sykes (Eds.): *Economic Dimensions in International Law. Comparative and Empirical Perspectives*, Cambridge, 1997, pp. 27-41).

²⁴ R. A. CASS: «Judging: Norms and Incentives of Retrospective Decision Making», en *Boston University Law Review*, vol. 75, 1995, p. 941.

menor discrecionalidad en la aplicación de la norma y el grado de predecibilidad de su interpretación²⁵.

En esta línea, los instrumentos de la economía institucional resultan particularmente familiares a los internacionalistas, ya que utiliza el análisis comparativo para determinar el organismo más adecuado para asumir una determinada tarea normativa. Se estudian las interacciones entre las distintas instituciones internacionales, y se decide sobre el reparto más eficiente de competencias en función de los costes (no necesariamente económicos) de cada decisión y de su previsible efecto sobre el comportamiento de los sujetos²⁶. De la misma forma, el análisis comparativo de costes y beneficios puede ayudar a determinar qué ámbito de regulación es mejor mantener a nivel estatal y qué cuestiones deben regularse internacionalmente, porque las economías de escala generadas así lo aconsejen²⁷.

Este método científico y aséptico de análisis del Derecho puede ser criticado, en principio, por la renuncia implícita que conlleva a la introducción de consideraciones sobre la justicia material, o sobre otras manifestaciones del interés general, en su modelo de análisis. Adicionalmente, desde una perspectiva internacionalista, se pueden apuntar algunos factores que, en algunos casos, desincentivan el recurso a esta metodología: el amplio margen de apreciación que suelen permitir determinadas normas internacionales, y el hecho de que la aplicación del derecho repose sobre todo en los órganos estatales (tenga un carácter esencialmente descentralizado), disminuyen la fiabilidad de las predicciones sobre la interpretación y aplicación del ordenamiento

²⁵ Así, por ejemplo, la falta de coherencia en la actuación del Consejo de Seguridad provoca que la interpretación que este órgano realiza del Capítulo VII de la Carta de NNUU sea menos predecible que la interpretación que hace la Comisión Europea del derecho de la competencia comunitario, a pesar de que ambas instituciones cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para tomar sus decisiones.

²⁶ Para un ejemplo de la utilización de esta técnica, con objeto de determinar si, en el marco de la UE, sería mejor concentrar las competencias de supervisión prudencial sobre las entidades de crédito en el BCE, o en una Agencia Europea de Supervisión Prudencial de nueva creación, ver L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: «La unificación de la supervisión prudencial de las entidades de crédito en la Unión Europea», en *R.E.D.E.*, n.º 5, 2003, pp. 112-122. En la misma línea, sobre la colaboración entre la OMC y la OMPI como un modelo de interacción exportable a otras organizaciones internacionales, ver F. M. ABBOTT: *Distributed Governance at the WTO-WIPO: An Evolving Model for Open-Architecture Integrated Governance*, en *Journal of International Economic Law*, vol. 3, 2000, p. 63. Desde una perspectiva más general, puede consultarse N. K. KOMESAR: *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago, 1994.

²⁷ Una de las manifestaciones más palpables de ese interés común en cooperar lo constituye la necesidad de evitar la «carrera a la baja» (*race to the bottom*) en la regulación de los mercados. El objetivo consiste en impedir que, en un intento de resultar más atractivos para los inversores internacionales, los Estados dejen de adoptar, por ejemplo, las medidas fiscales o las normas de protección social que los ciudadanos demandan. Ver, a título indicativo, G. E. HALKOS/ N. C. KYRIAZIS: «Is Tax Competition Harmful and is the EU an Optimal Tax Area», en *European Journal of Law and Economics*, vol. 21, n.º 2, 2006, p. 163; C. CHARNY: «Regulatory Competition and the Global Coordination of Labor Standards», en *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n.º 2, 2000, p. 281.

internacional, sobre todo en los ámbitos menos institucionalizados de este conjunto normativo (por ejemplo, en el terreno de la seguridad y el uso de la fuerza). En cualquier caso, desde mi punto de vista, la economía positiva aporta instrumentos interesantes para el estudio de la jurisprudencia internacional, así como de la aplicación del Derecho por parte de las instituciones internacionales y de la determinación de sus competencias²⁸.

7.- Por su parte, la «economía normativa» también realiza aportaciones muy interesantes a la epistemología jurídica. Parece claro que la eficiencia económica preside la mayor parte de los argumentos utilizados para la adopción o la interpretación de normas en el marco del derecho internacional económico o en la regulación del mercado interior europeo²⁹. Sin embargo, resulta igualmente claro que el análisis de la estructura y el contenido de la norma desde la perspectiva de su eficacia para la consecución de unos objetivos, que en principio deben entenderse en clave de maximización del bienestar social, resulta exportable a otros ámbitos de regulación, tanto en el plano internacional³⁰, como en el del Derecho europeo³¹. Un elemento clave de esta metodología consiste en el estudio del comportamiento en la práctica de los sujetos obligados por el ordenamiento jurídico, ya que ello constituye uno de los parámetros esenciales para determinar si la norma alcanza adecuadamente sus objetivos. En este sentido, el estudio sistemático de la práctica de los Estados (y de los demás

²⁸ Ver, p.e., en relación con el papel que debe jugar el objetivo de la promoción del desarrollo en las actividades de la OMC, S. PAGE: «La utilización de las reglas comerciales como mecanismo de ayuda al desarrollo: costos y beneficios del régimen de la OMC para los países en desarrollo», en R. Bouzas (Ed.): *Después de Doha: la agenda emergente del sistema de comercio internacional*, Madrid, 2007, p. 185.

²⁹ Es cierto que muchas de las normas que regulan las relaciones económicas internacionales o el mercado interior europeo no se justifican en términos de eficiencia económica, y tienen por objeto la salvaguarda de otros intereses. Así, por ejemplo, en los mercados agrícolas, tanto desde una perspectiva internacional como comunitaria, se permite la subsistencia de medidas de protección de la producción nacional, de manera que puedan subsistir plantaciones que no serían competitivas en el mercado internacional. Se trata, no obstante, de excepciones a la regla general de la búsqueda de la eficiencia económica. Algunos autores consideran que, a la vista de estas distorsiones, el sistema económico internacional está más orientado a la consecución del bienestar nacional que del bienestar global (J. BHAGWATI: «Trading for Development: How to Assist Poor Countries», en M. Moore (Ed.): *Doha Round and Beyond: the Future of the Multilateral Trading System*, Cambridge, 2004, pp. 115-124).

³⁰ Ver, por ejemplo, sobre la conveniencia o no de introducir normas contra la compra de votos en las organizaciones internacionales (O. ELДАР: «Vote-trading in International Institutions», en *E.J.I.L.*, vol. 19, n.º 1, 2008, p. 3), o en relación con las sanciones que impone el Consejo de Seguridad (R. W. PARKER: «The Problem with Scorecards: How (and How not) to Measure the Cost-Effectiveness of Economic Sanctions», en *M.J.I.L.*, vol. 21, n.º 2, 2000, p. 235).

³¹ La estrategia «legislar mejor», que nace como una de las iniciativas contenidas en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea [Doc. COM (2001) 428, de 25.7.2001], y que se consolida como un elemento fundamental de la Estrategia de Lisboa en 2005 [Doc. COM (2005) 535, de 25.10.2005] tiene como idea eje la simplificación y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico europeo, con el objetivo de hacer «más eficaces» las normas comunitarias, en un proceso que tiene repercusiones más allá de la normativa reguladora del mercado interior [Doc. COM (2008) 32, de 30.1.2008, pp. 4-7]. Ver, al respecto, A. C. M. MEUWESE: *Impact Assessment in EU Lawmaking*, La Haya, 2008.

sujetos), de las reacciones de éstos frente a la norma, debería constituir un factor esencial de cualquier estudio iusinternacionalista³².

En cualquier caso, tal y como se ha apuntado antes, tanto la «economía positiva» como la «economía normativa», parten de un presupuesto propio de la escuela neoclásica de economía: todos los sujetos persiguen maximizar, en la medida de lo posible, su propio interés de forma racional³³.

III. Algunos argumentos contra el análisis económico del Derecho internacional

8.- Conviene realizar ciertas aclaraciones en relación con algunos de los argumentos tradicionalmente utilizados para criticar el análisis económico del Derecho internacional.

Una de las objeciones más habituales se articula en torno al papel central de la eficiencia como parámetro de análisis de la norma jurídica. Es posible argumentar que pueden identificarse otros valores sociales, como la igualdad, que reúnen suficiente consenso y que conducen a la adopción de normas «ineficientes» económicamente³⁴. Así, por ejemplo, la redistribución de la riqueza no necesariamente generará eficiencia económica, aunque en algunos casos pueda contribuir al crecimiento productivo por reducir la conflictividad social. Desde una perspectiva más genérica, se argumenta que existen objetivos como la equidad, la justicia o la defensa de los derechos humanos, que

³² En este sentido, el AED comparte con el realismo jurídico su interés por la aplicación práctica de la norma, como factor diferenciador del formalismo jurídico. Sin embargo, mientras los realistas ponen el acento en el estudio de la jurisprudencia, el análisis económico del Derecho dirige más su atención hacia el comportamiento de los destinatarios de la obligación legal (P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*, Madrid, 1994, pp. 181-200).

³³ Este punto de partida ha sido blanco de las críticas de quienes consideran que el comportamiento de los Estados o de los individuos no es necesariamente racional, lo que desproveería de capacidad predictiva a este modelo epistemológico. Sin embargo, quienes realizan análisis económico del Derecho no consideran que toda conducta sea racional, sino que, en general, los sujetos lo son, y esto permite utilizar la perspectiva de la elección racional para realizar buenas predicciones de tendencia (I. ORTIZ DE URBINA GIMENO: «El análisis económico del Derecho: ¿método útil o ideología nefasta», en C. COURTIS (Ed.): *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006, pp. 325-331). En última instancia, conviene matizar que una elección racional puede ser errónea. Así, la utilización de la fuerza por parte de Georgia para intentar recuperar su soberanía sobre Osetia del Sur en agosto de 2008 constituyó un error, pero no fue irracional. De la misma forma, los bandazos del régimen coreano en las conversaciones sobre su programa nuclear no responden sólo a las veleidades de un líder excéntrico como Kim Jong-il, sino que reflejan una dura y planificada estrategia negociadora que busca obtener el máximo beneficio de la renuncia a su programa de armamento nuclear.

³⁴ Para un desarrollo de este argumento, pueden consultarse L. KAPLOW/ S. SHAVELL: *Fairness versus Welfare*, Cambridge, MA, 2002.

no pueden valorarse en términos de coste económico o de eficiencia³⁵. Adicionalmente se podría apuntar que, al marcar como objetivo primordial la eficiencia económica, se promueve un derecho conservador y liberal, que renuncia a promover el cambio social³⁶.

Sin embargo, los argumentos que acabo de resumir parten de una noción excesivamente restrictiva de eficiencia, que provoca malentendidos³⁷. La evaluación del bienestar social que la norma jurídica genera no sólo se mide en términos económicos, ya que ese bienestar viene determinado por otros muchos factores (como por ejemplo, la disminución de la conflictividad o la conservación de un medioambiente saludable).

En última instancia, conviene no confundir las nociones de eficacia (que se relaciona con el grado de éxito en la consecución de los objetivos de la norma) con la eficiencia (que estaría más vinculada a la consecución de esos objetivos con el menor coste posible). Si bien es cierto que, en sus inicios, el movimiento *law and economics* se centró fundamentalmente en el estudio de la eficiencia de la norma, en la actualidad esta metodología ha evolucionado³⁸, y para muchos autores de esta corriente la eficiencia no constituye más que una forma de eficacia³⁹. Los valores como la justicia, o la igualdad, se pueden integrar en el análisis de la eficacia de la norma a la hora de conseguir sus objetivos⁴⁰, como elementos maximizadores del bienestar social⁴¹. El análisis racional del comportamiento individual o colectivo nos llevará a preguntarnos si existen

³⁵ A. M. POLINSKY/ S. SHAVELL: «Economic Analysis of Law», Discussion Paper n.º 536, 12/2005, Harvard Law School, pp. 32-34 (disponible en <http://www.law.harvard.edu>). Para una discusión de los distintos criterios de valoración de los bienes inmateriales en la ciencia jurídica, ver C. R. SUNSTEIN: «Incommensurability and Valuation in Law», en *Michigan Law Review*, vol. 92, n.º 4, 1994, p. 779.

³⁶ I. RIVERA BEIRAS/ G. NICOLÁS LAZO: «La crisis del welfare y sus repercusiones en la política jurídica anglosajona», en I. Rivera Beiras (Ed.): *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, 2005, pp. 233-235.

³⁷ No niego que algunos autores partan de esa noción restrictiva de eficiencia como base de un discurso ultraliberal. Lo que pretendo argumentar es que esa utilización de la noción de eficiencia no es una consecuencia necesaria del análisis económico del Derecho. En cualquier caso, para la economía positiva, el análisis objetivo de la realidad en términos de eficiencia ayuda a comprenderla mejor, y a tener más criterios para evaluar la oportunidad de las distintas opciones normativas desde un punto de vista político. Ver, en esta línea, el trabajo clásico de M. FRIEDMAN: «The Methodology of Positive Economics», en Id: *Essays in Positive Economics*, Chicago, 1953, pp. 3-6 (disponible en <http://members.shaw.ca/compilerpress1/Anno%20Friedman%20Positive.htm>).

³⁸ P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*, Madrid, 1994, pp. 274-284.

³⁹ S. PASTOR PRIETO: «Eficiencia y eficacia de la justicia», en *Papeles de Economía Española*, vol. 95, 2003, p. 272; L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, 2002.

⁴⁰ De hecho, para algunos autores, uno de los elementos más atractivos del AED es que, frente a otras metodologías, resulta más transparente a la hora de explicitar los efectos (re)distributivos de las normas jurídicas (J. L. DUNOFF/ J. P. TRACHTMAN: «The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict», en S. R. Ratner/ A.-M. Slaughter (Eds.): *The Methods of International Law*, Washington DC, 2004, p. 213).

⁴¹ S. VOIGT: «The Economic Effects of Judicial Accountability: Cross-country Evidence», en *European Journal of Law & Economics*, vol. 25, 2008, p. 95.

alternativas de regulación que permitan conseguir mejor (maximizar) los objetivos de justicia o igualdad⁴², e integrar dichos valores en el análisis crítico de la norma jurídica⁴³.

En realidad, estas reflexiones enlazan con un prejuicio muy arraigado, en el sentido de que el sistema económico internacional debe ser apolítico, y respetar las decisiones y la idiosincrasia de cada Estado⁴⁴. Es cierto que en el contexto del derecho internacional económico han primado tradicionalmente los intereses económicos sobre las consideraciones políticas. Sin embargo, desde mi punto de vista, todas las normas, al igual que todas las decisiones económicas, tienen un contenido político. A pesar de su apariencia objetiva, la economía dista mucho de ser una ciencia exacta y neutral en el terreno de las ideas. En los últimos años, el extraordinario desarrollo de las relaciones económicas internacionales ha hecho imposible mantener esa división artificial, y determinados valores políticos como la protección de los derechos humanos⁴⁵, la discriminación positiva a favor de los países menos desarrollados⁴⁶, o la preservación del medioambiente⁴⁷ se van abriendo camino, incluso en el marco del derecho internacional económico⁴⁸.

9.- Otra de las críticas a este movimiento epistemológico se centra en que no proporciona una definición abstracta o filosófica del Derecho. Se ha señalado que al no

⁴² «[F]or economic analysis in general and economic analysis of law in particular, the concept of efficiency is important as a means and not as an end. That is, even if the goal is justice (or equality, or any other value), by employing the relative perspective and the concept of alternatives, economists can try to find a better (i.e., a more efficient) way to pursue justice (or other values). Consequently, the underlying rationale of efficiency is still to put an emphasis (...) on finding the relatively better alternative in trying to pursue whatever goal that has been chosen» (B. HSIUNG: «Economic Analysis of Law: an Inquiry of its Underlying Logic», en *Erasmus Law & Economics Review*, vol 2, n.º 1, March 2006, pp. 15-16).

⁴³ Para desmontar los argumentos de quienes han defendido la neutralidad del método económico en orden a realizar un análisis apolítico del Derecho, puede consultarse J. R. HACKNEY: «Law and Neoclassical Economics Theory: A Critical History of the Distribution/Efficiency Debate», en *The Journal of Socioeconomics*, vol. 32, n.º 4, 2003, p. 361.

⁴⁴ Ver, por ejemplo, el art. IV (sección 10) de los Estatutos del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

⁴⁵ C. KAUFMANN: *Globalisation and Labour Rights. The Conflict between Core Labour Rights and International Economic Law*, Oxford, 2007; B. GHAZI: *The IMF, the World Bank Group and the Question of Human Rights*, Ardsley NY, 2005; D. J. LIÑÁN/ L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ: «Human Rights Conditionality in the External Trade of the European Union», en *The Columbia Journal of European Law*, vol. 7, n.º 3, 2001, pp. 307.

⁴⁶ Es la conocida «cláusula de habilitación», introducida definitivamente en el sistema comercial mediante la Decisión de 28.11.1979, Doc. L/4903 (GATT: *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 26º suplemento, p. 221).

⁴⁷ Ver las distintas contribuciones en E. B. WEISS/ J. H. JACKSON/ N. BERNASCONI-OSTERWALDER (Eds.): *Reconciling Environment and Trade*, Leiden, 2008.

⁴⁸ Para McRae, la colisión entre unos y otros valores acaba provocando una contradicción entre distintos sectores del ordenamiento jurídico internacional, que no puede resolverse de manera simplista mediante la aplicación del art. 30 del Convenio de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados (D. M. McRAE: «The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law», en *R.C.A.D.I.*, n.º 260, 1996, pp. 190-214).

definir el concepto de «Derecho», los autores encuadrados en la corriente *law and economics* parten de una noción positivista de norma jurídica⁴⁹. Para ellos, se puede analizar el proceso que lleva a la creación de dicha norma, sus objetivos o efectos, y su eficacia, pero carece de sentido formular una definición descontextualizada de «Derecho»⁵⁰. Aun a riesgo de que algunos se rasguen las vestiduras, el AED se nos presenta, por tanto, como una metodología funcional y analítica más que como una metodología ontológica. No pretende constituirse en la única epistemología jurídica, sino que intenta aportar herramientas de análisis al fenómeno normativo en un marco multidisciplinar. El AED no aspira a sustituir completamente las técnicas tradicionales de estudio del Derecho, sino que aparece como un instrumento complementario que se acerca al fenómeno normativo utilizando la lógica deductiva y la investigación empírica.

En consecuencia, comparto la opinión de quienes señalan que la mayoría de los autores que realizan AED parten, implícitamente, de una noción positivista de norma jurídica. No se trata, no obstante, de un positivismo westfaliano, que sólo concibe la norma internacional como el resultado del acuerdo entre entidades soberanas, sino de un positivismo basado en el individualismo metodológico⁵¹. Desde esa perspectiva, la formación de la voluntad estatal es mucho más compleja, y admite distintas manifestaciones, lo que permite una explicación más flexible de los distintos modos de creación del derecho internacional y deja amplio margen para la justificación de limitaciones a la soberanía del Estado⁵².

10.- Desde un punto de vista más práctico, se ha apuntado que el lenguaje económico moderno recurre a las matemáticas cada vez con más frecuencia, y que la

⁴⁹ L. KORNHAUSER: «The Economic Analysis of Law», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006 (<http://plato.stanford.edu>), pp. 4-8. Para una descripción del positivismo como un puente entre la ciencia jurídica y la económica, puede consultarse el interesante trabajo de A. W. KATZ: «Positivism and the Separation of Law and Economics», en *Michigan Law Review*, vol. 94, n.º 7, 1996, p. 2229.

⁵⁰ «In some settings it is feasible and even necessary to define 'law', for example, where the word appears in a statute (...). The question 'What is law' when posed in a (...) book (...) is in contrast, acontextual. (...) Something ought to turn on the answer to the question 'What is law?' if the question is to be worth asking (...). Nothing does turn on it» (R. A. POSNER: *Law and Theory in the UK and USA*, Oxford, 1996, pp. 1-19).

⁵¹ J. L. DUNOFF/ J. P. TRACHTMAN: «Economic Analysis of International Law», en *Yale Journal of International Law*, vol. 24, 1999, pp. 9-12.

⁵² En la medida en que el respeto a la soberanía del Estado (concebido como el instrumento de un conjunto de individuos para conseguir sus objetivos de manera más eficaz) no maximice el bienestar social (porque se violen masivamente los derechos humanos, o se contamine el medioambiente), los autores encuadrados en esta corriente tenderán a justificar, por ejemplo, la injerencia humanitaria, o la aplicación de sanciones, con más facilidad que los positivistas, en sentido clásico.

mayoría de los juristas carecen de formación para entender o utilizar esas fórmulas. En la misma línea, se apunta que los juristas pueden malinterpretar conceptos clásicos de la ciencia económica o manifestarse naturalmente refractarios a una forma de razonamiento que les resulta en gran medida ajena⁵³.

Me parece que estas objeciones son de menor entidad. En primer lugar, el razonamiento económico no tiene por qué expresarse en complejas fórmulas matemáticas. Muchos de los autores procedentes del ámbito jurídico que practican el AED no utilizan habitualmente las matemáticas como principal instrumento de razonamiento. Por otro lado, la formación económica del jurista dependerá de sus lecturas y estudios. No debe presumirse una incapacidad congénita del profesional del Derecho para manejar conceptos económicos.

En cualquier caso, existe otro argumento más relevante contra estas consideraciones prácticas sobre la falta de adecuación de esta metodología al Derecho, que se entiende mejor cuando esta epistemología se aplica a ámbitos de regulación no económicos⁵⁴. En tales casos, atendiendo a la lógica analítica de la elección más racional, se estudia una determinada normativa desde la perspectiva de su eficacia en la maximización del bienestar social. En ese contexto, no es necesario recurrir a conceptos económicos en sentido estricto, aunque se utilice una lógica analítica económica⁵⁵.

11.- Por último, la clásica definición de la economía como «la ciencia que estudia el comportamiento humano como una relación entre fines y medios escasos que tienen usos alternativos»⁵⁶ puede llevar a la confusión de considerar que el AED sólo resulte útil cuando nos encontremos ante un problema de escasez de medios.

No obstante, el núcleo central de estudio de la economía no es la escasez, aunque suele estar presente, sino el análisis racional del comportamiento humano, de sus elecciones cuando existen distintas alternativas. En consecuencia, la economía

⁵³ B. HSIUNG: «Economic Analysis of Law: an Inquiry of its Underlying Logic», en *Erasmus Law & Economics Review*, vol. 2, n.º 1, March 2006, p. 3.

⁵⁴ J. L. DUNOFF/ J. P. TRACHTMAN: «The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict», en S. R. Ratner/ A.-M. Slaughter (Eds.): *The Methods of International Law*, Washington DC, 2004, p. 211.

⁵⁵ M. MESSINA: «The Protection of the Right to Private Life, Home and Correspondence v. the Efficient Enforcement of Competition Law: is a New EC Competition Court the Right Way Forward?», en *European Competition Journal*, vol. 3, n.º 1, 2007, p. 185.

⁵⁶ L. ROBBINS: *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Londres, 1945, p. 16.

resuelve problemas en circunstancias en las que no existe escasez. En última instancia, y en un contexto iusinternacionalista, las dificultades especiales que suscita la elaboración de normas internacionales, por la necesidad de hacer coincidir el consentimiento de los Estados (no existe un legislador universal que garantice la coherencia y completud del sistema jurídico), y la escasez de medios para coadyuvar al cumplimiento del derecho internacional (no existen órganos centralizados judiciales o ejecutivos que obliguen sistemáticamente a aplicar el derecho internacional), parecerían un espacio idóneo para una metodología acostumbrada a lidiar con los problemas de escasez de medios⁵⁷.

IV. La relación entre el análisis económico del Derecho y otras metodologías de estudio del derecho internacional

12.- El positivismo ha dominado la epistemología jurídica durante el siglo XX y continúa siendo la principal metodología utilizada por los iusinternacionalistas del continente europeo en la actualidad, a pesar del recurrente discurso doctrinal sobre su crisis o su superación⁵⁸.

Desde una perspectiva general, el método dogmático distingue dos componentes diferenciados en cualquier regla jurídica: un elemento material de carácter contingente, que se sustancia en con los diferentes contenidos normativos, y un elemento permanente, que se identifica con la estructura formal de la norma. Sólo este último elemento esta presente en toda regla jurídica y es susceptible de conocimiento científico⁵⁹. De esa manera, el jurista se aleja de la realidad social, de la crítica de dicha realidad social, tanto en el presente como desde una perspectiva histórica. De la misma

⁵⁷ Ver, en distintos ámbitos, W. H. von HEINEGG: «Security at Sea: Legal Restraints or Lack of Political Will?: Comments on the Keynote Address by Admiral Hoch», en M. H. Nordquist et al. (Eds.): *Legal Challenges in Maritime Security*, Leiden, 2008, p. 133; M. VERSTEEG: «Equitable Utilization or the Right to Water?: Legal Responses to Global Water Scarcity», en *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 13, n.º 4, 2006, p. 368; C. SEAVEY: «The Anomalous Lack of an International Bankruptcy Court», en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, n.º 2, 2006, p. 499; R. L. MILLET: «A Multiplicity of Threats, a Paucity of Options: the Global Security Environment at the End of the Twentieth Century», en M. G. Manwaring/ A. James Joes (Eds.): *Beyond Declaring Victory and Coming Home: the Challenges of Peace and Stability Operations*, Westport, 2000, p. 3.

⁵⁸ Desde la perspectiva del derecho internacional, Martín analiza la crisis del positivismo y la subsiguiente aparición de paradigmas concurrentes, partiendo de la indeterminación de la norma y de la historicidad de las categorías jurídicas (P. MARTIN RODRÍGUEZ: *Los paradigmas del Derecho internacional. Ensayo interparadigmático de la comprensión científica del Derecho internacional*, Granada, 2008 [en prensa, pp. 41-51]).

⁵⁹ F. GONZÁLEZ VICEN: «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, 1961, pp. 47 y 55. Para una defensa del positivismo jurídico en el derecho internacional contemporáneo, puede consultarse B. KINGSBURY: «Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law», en *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, p. 401.

forma, el jurista no se plantea de donde proceden los valores y los intereses que encierra la norma, cuestiones que irían en detrimento de la dogmática, y que encontrarían mejor acomodo en otras ciencias sociales como la sociología o la filosofía política⁶⁰.

Aplicado al derecho internacional, el positivismo parte de que toda norma internacional es producto del consentimiento del Estado, y de que éstos pueden actuar con toda libertad en aquellos ámbitos en los que no hayan limitado su soberanía, al margen de cualquier consideración moral o ideológica. Esta objetivación del conocimiento científico del Derecho resulta particularmente útil para la sistematización del ordenamiento internacional y para la comprensión del problema de la validez de las normas jurídicas. Por lo tanto, esta perspectiva encaja bien con otros discursos objetivadores del conocimiento jurídico, como es el caso del movimiento *law and economics*.

El AED se preocupa del proceso que da lugar a la creación de la norma, así como de su posterior interpretación u evaluación, pero no de la norma en sí, que es considerada como un hecho dado, como una realidad objetiva conocida por los distintos actores. De ahí que haya señalado anteriormente que esta metodología parte de una noción positivista de norma jurídica, en la medida en que renuncia a un discurso ontológico sobre la realidad normativa, que parece dejarse para otras epistemologías más específicamente jurídicas. Ahora bien, se trata de un positivismo alejado del formalismo estatalista, que permite un análisis más enriquecedor de los factores que inciden en el proceso de creación de normas⁶¹.

En cualquier caso, puede decirse que el AED se muestra compatible con la metodología jurídica dominante.

13.- También resulta ilustrativo examinar las concomitancias y diferencias entre el AED y otras dos propuestas metodológicas que han enriquecido la teoría del derecho internacional en la segunda mitad del siglo XX: la *New Haven School*, y los *Critical*

⁶⁰ El dogmatismo jurídico no niega completamente la utilidad del análisis sociológico, pero lo subordina a la epistemología jurídica. Desde esa perspectiva, el conocimiento interno del derecho debe preceder a su conocimiento externo (en el que se incorporarían los elementos de análisis que no fuesen *estrictamente jurídicos*) (R. HERNÁNDEZ MARÍN: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1998, pp. 20-24).

⁶¹ Ver *supra*, § 9.

Legal Studies. Ambas proceden de EEUU, aunque es posible encontrar numerosos autores que se han visto seducidos por ellas en Europa y en otros lugares del mundo.

14.- En primer lugar, me refiero a la *New Haven School*⁶², que se considera liderada por McDougal⁶³, y que persigue una aproximación política omnicompreensiva a los procesos de adopción de normas, entendidas éstas como mecanismos de condicionamiento de pautas de comportamiento. En realidad, se trata de trasladar a la metodología del derecho internacional el enfoque behaviourista en el estudio de las relaciones internacionales⁶⁴. Partiendo de estas premisas, se utiliza una perspectiva sociológica⁶⁵ que lleva a concebir el derecho internacional como un fenómeno dinámico de adopción de decisiones, más que como un conjunto sistemático y coherente de normas. De esta forma, nos encontramos con una teoría del derecho internacional que parte de la desconfianza hacia ese ordenamiento jurídico⁶⁶. Para McDougal, lo determinante es el estudio sociológico de todos los factores que influyen en la adopción de decisiones en los centros de poder que luego dan lugar, eventualmente, a la norma jurídica (fruto de un complejo cúmulo de factores o intereses).

⁶² Sobre esta escuela de pensamiento, puede consultarse J. K. LEVIT: «Bottom-Up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law», en *Yale Journal of International Law*, vol. 32, n.º 2, 2007, p. 393; R. J. BECK/ A. C. AREND/ R. D. VANDER LUGT: *International Rules, Approaches from International Law and International Relations*, Nueva York, 1996, pp. 110-143.

⁶³ M. S. McDOUGAL: «International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception», en *R.C.A.D.I.*, 1953, tomo I, p. 137. Para una revisión más reciente de esta metodología, así como de su relación y sus diferencias con la corriente *International Legal Process*, pueden consultarse P. MARTIN RODRÍGUEZ: *Los paradigmas del Derecho internacional. Ensayo interparadigmático de la comprensión científica del Derecho internacional*, Granada, 2008 (en prensa, pp. 41-51); S. WIESSNER/ A. R. WILLARD: «Policy-Oriented Jurisprudence and Human Rights Abuses in Internal Conflict: Toward a World Public Order of Human Dignity», en *A.J.I.L.*, vol. 93, 1999, pp. 316-334; H. LASSWELL/ M. S. McDOUGAL: *Jurisprudence for a Free Society*, Yale, 1992.

⁶⁴ La metodología behaviourista de las relaciones internacionales surge a principios de los años cincuenta en EEUU como reacción frente al realismo político, que había dominado la teoría de las relaciones internacionales en aquel país tras la segunda guerra mundial y la escisión ideológica Este-Oeste. El behaviourismo pretende aplicar un enfoque sociológico y científico al estudio de las relaciones internacionales. Para ello se recurre a los métodos de las ciencias físico-naturales y, en especial, al uso de del análisis cuantitativo-matemático. El objetivo último es conseguir una teoría de las relaciones internacionales neutral, descontaminada de elementos ideológicos. Para un comentario de esta perspectiva de estudio de las relaciones internacionales, pueden consultarse D. SANDERS: «Behaviouralism», en D. Marsh/ G. Stoker (Eds.): *Theory and Methods in Political Science*, Basingstoke/ Nueva Cork, 2002, p. 45; C. DEL ARENAL: *Introducción a las relaciones internacionales*. Madrid, 1990, pp. 104 y ss.

⁶⁵ El enfoque sociológico de esta corriente hace que algunos consideren a la escuela solidarista francesa, salvando las distancias, como un precedente de este movimiento, en la medida en que se reivindicaba una mayor fundamentación social del derecho internacional. Se suele citar a Scelle como el precursor de dicha escuela (G. SCELLE: *Manuel de droit international*, París, 1948) y, entre los coetáneos de McDougal, a De Visscher (C. DE VISSCHER: *Théories et réalités en droit international public*, París, 1970).

⁶⁶ Para McDougal la norma internacional «quite obviously offers but the faintest glimpse of the structures, procedures and types of decision that take place in the contemporary world community» (M. S. McDOUGAL/ W. M. REISMAN: *International Law in Contemporary Perspective*, New Haven, 1980, p. 5).

Estoy de acuerdo con Falk⁶⁷, autor que aceptó en principio el enfoque metodológico de McDougal, cuando señala que el principal defecto de los planteamientos de este último reside en su desprecio por la norma y la estructura del ordenamiento jurídico⁶⁸. Se difumina así la frontera que separa el trabajo del jurista de la labor de otros científicos sociales, en una mezcla metodológica inabarcable. A pesar de ello, la relevancia de considerar la actuación del Estado como manifestación de una voluntad mediada, y a veces contradictoria, constituye una aportación importante de estos autores frente al formalismo jurídico.

Resulta evidente el paralelismo entre el AED y el afán científico de la *New Haven School*. En particular, algunos autores de ambas escuelas comparten el recurso a métodos científicos para el análisis de la norma internacional, y determinados razonamientos sobre las causas de las decisiones normativas, en el marco de la economía positiva, serían perfectamente extrapolables a los planteamientos teóricos de la *New Haven School*⁶⁹. En gran medida, el Derecho se configura como un conjunto de incentivos que pretenden condicionar el comportamiento social en ambas escuelas. Sin embargo, existe un elemento diferenciador que hace el AED mucho más compatible con las metodologías jurídicas tradicionales: su respeto por la norma y por la estructura del ordenamiento jurídico. El AED parte de la *lex lata*, y no reniega de su naturaleza jurídica en el desarrollo de su análisis. Para el AED, el Derecho debe configurarse como un conjunto coherente de reglas que coadyuven a una eficiente asignación de recursos y maximicen el bienestar social.

15.- La otra escuela que considero necesario mencionar es la conocida como *Critical Legal Studies*⁷⁰, cuyos dos representantes más significativos en el terreno

⁶⁷ En particular, la visión de este autor puede consultarse en R. FALK: *On Human Governance*, Cambridge, 1995.

⁶⁸ En sus últimos trabajos, Falk analiza la sociedad internacional partiendo de que en ella existe una tensión dialéctica entre la anarquía y un ordenamiento jurídico potencialmente universal, del que se pueden inferir distintos criterios para determinar el deber ser (R. FALK: «(Re)Imagining the Governance of Globalisation», en A. J. Bellamy (Ed.): *International Society and its Critics*, Oxford, 2005, p. 195).

⁶⁹ J. L. DUNOFF/ J. P. TRACHTMAN: «The Law and Economics of Humanitarian Law Violations in Internal Conflict», en S. R. Ratner/ A.-M. Slaughter (Eds.): *The Methods of International Law*, Washington DC, 2004, pp. 233-234.

⁷⁰ U. MATTEI: «Comparative Law and Critical Legal Studies», en M. Reimann/ R. Zimmermann (Eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 815; J. A. PÉREZ LLEDÓ: *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996. Para una primera recopilación bibliográfica de las aportaciones de los distintos autores encuadrados en esta corriente, aunque no sólo de ellos, puede consultarse D. KENNEDY/ C. TENNANT: «New Approaches to International Law: A Bibliography», en *Harvard International Law Journal*, vol. 35, nº 2, 1994, p. 417. Entre los autores hispanos, participa de esta perspectiva del derecho internacional I. FORCADA BARONA: «El concepto del derecho internacional público en el umbral del siglo XXI: la nueva corriente», en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1999, pp. 186-192.

iusinternacionalista son D. Kennedy⁷¹ y M. Koskenniemi⁷². Como su propio nombre indica, esta corriente de pensamiento nace como un movimiento tremendamente crítico frente a otras posiciones metodológicas tanto tradicionales como actuales. Concretamente, estos autores denuncian que la teoría general del derecho internacional ha desaparecido de los estudios de la doctrina, en beneficio de un objetivismo que permite a autores que parten de enfoques diametralmente distintos llegar a unas mismas conclusiones, generalmente de naturaleza técnica. La expansión del derecho internacional ha generado especialistas que trabajan sin un soporte metodológico consciente, en una suerte de concepción liberal que se pretende ajena a cualquier contenido ideológico⁷³.

Frente a esta concepción liberal, en la que incluirían el AED, los autores pertenecientes a la corriente de los *Critical Legal Studies* reivindican una metodología científica para el derecho internacional que necesariamente tiene que fundamentarse en una determinada filosofía política y social. Estos presupuestos son subjetivos⁷⁴, cada cual tiene los suyos, pero resultan necesarios para proporcionar un marco teórico de análisis. Desde estos presupuestos se abordará la tarea de desentrañar la estructura profunda de la argumentación jurídica internacional⁷⁵.

16.- Como puede apreciarse, el AED tiene en común con los *Critical Legal Studies* su rechazo a las metodologías más tradicionales y su apuesta por un análisis pluridisciplinar del Derecho, que no puede entenderse sin la ayuda de otras ciencias

⁷¹ D. KENNEDY: *International Legal Structures*, Baden-Baden, 1987.

⁷² M. KOSKENNIEMI: *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, 1989.

⁷³ Se pueden encuadrar en esta línea de pensamiento los recientes trabajos de P. ALLOTT: *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*, Cambridge, 2002; S. MARKS: *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Cambridge, 2000, por su relativismo, y por su escepticismo sobre el papel real del derecho internacional. Ver el simposio sobre la obra de Allott publicado en *E.J.I.L.*, vol. 16, n.º 2, 2005, pp. 255-353.

⁷⁴ Para estos autores, la ideología y su fórmula de expresión -el lenguaje- están siempre repletos de contenidos subjetivos. «[I]n law, political struggle is waged on what legal words such as 'agresion', 'self-determination', 'self-defence', 'terrorist' or 'jus cogens' mean (...). To think of this struggle as hegemonic is to highlight that the objective of the contestants is to make their partial view of the meaning appear to be the total view, their preference seem like the universal preference» (M. KOSKENNIEMI: «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», en *E.J.I.L.*, vol. 16, n.º 1, 2005, p. 119).

⁷⁵ Casanovas y La Rosa considera que el método de estos autores puede calificarse con arreglo a tres adjetivos: nos encontramos ante una metodología holística (porque pretende abarcar todos los ámbitos del derecho internacional), formalista (porque pretende descubrir la estructura profunda de la argumentación jurídica internacional a través del estudio de las relaciones insertas en el lenguaje) y criticista (al desvelar los "códigos ocultos" que porta en su seno el discurso jurídico internacional, estos autores creen que se está en una posición de privilegio para proceder a la crítica de dicho discurso) [O. CASANOVAS Y LA ROSA: «La vuelta a la teoría», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 194-195].

sociales. Ahora bien, si se me permite la simplificación, mientras para el AED el Derecho es economía, para los *Critical Legal Studies* el Derecho es ideología/política.

El problema de los *Critical Legal Studies* es que plantean más interrogantes que respuestas. Si se pueden compartir muchas de sus críticas a lo que ellos denominan metodología liberal dominante, uno tiene la sensación de que estos autores se quedan a mitad de camino a la hora de formular su propia propuesta epistemológica, que está irremediablemente lastrada por el subjetivismo de su planteamiento⁷⁶. La indeterminación congénita del lenguaje (sólo salvable desde planteamientos subjetivos), conjugada con la radicalidad de sus críticas a otras metodologías, puede conducirnos a un relativismo insuperable e incluso al nihilismo jurídico⁷⁷. Frente a esta actitud, la crítica de las metodologías tradicionales por parte del AED es mucho más constructiva⁷⁸, pues ofrece una alternativa que permite objetivar el discurso jurídico, facilitando así la labor del científico del derecho.

V. Conclusiones: algunas propuestas metodológicas

17. La defensa que he realizado del AED, así como el haber utilizado esta metodología en varios de mis trabajos, no me llevan a la conclusión de que ésta deba considerarse la única o la mejor metodología jurídica. Lo único que pretendo es defender la utilidad y la legitimidad del discurso económico en la racionalización del análisis jurídico. Como he señalado con anterioridad, la corriente *law and economics* se identifica como una epistemología funcional y complementaria de otras metodologías jurídicas. Sus limitaciones, cuando presupone el comportamiento racional de todos los

⁷⁶ I. SCOBIE: «Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism About Sceptical Radicalism», en *The British Yearbook of International Law*, 1990, pp. 346-347.

⁷⁷ El propio Koskenniemi, al final de su obra *From Apology to Utopia*, ya citada, se ve obligado a reconocer la posibilidad de comunicación mediante el discurso racional (p. 487). Sin embargo, al hacerlo, entiendo que este autor contradice su planteamiento anterior sobre la indeterminación inevitable del *lenguaje* (es decir, de la *norma* en derecho internacional). Ver, en este sentido, las críticas de P.-M. DUPUY: «Some Reflections on Contemporary International Law and the Appeal to Universal Values: A Response to Marti Koskenniemi», en *E.J.I.L.*, vol. 16, n.º 1, 2005, p. 131; O. GERSTENBERG: «What International Law Should (Not) Become. A Comment on Koskenniemi», en *E.J.I.L.*, vol. 16, n.º 1, 2005, p. 125.

⁷⁸ Como señala Mercado, en su análisis comparativo del AED y de los *Critical Legal Studies*, «La crítica del AED es “constructiva” (...) [ya que] intenta poner de manifiesto la imposibilidad de seguir basando la teoría legal en el análisis doctrinal interno del sistema jurídico y la necesidad de *integrar* en el estudio del derecho una ciencia social como la economía» (cursiva añadida) [P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*, Madrid, 1994, pp. 173-181]. De ahí que el AED encuentre un acomodo más natural en la Facultades de Derecho que los *Critical Legal Studies* (R. A. POSNER: «The Present Situation in Legal Scholarship», en *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, p. 1129).

sujetos, o al analizar realidades no cuantificables en términos de costo-beneficio, no permiten considerarla como la única o la mejor metodología jurídica.

18.- La perspectiva metodológica que defiende podría denominarse consensualismo pluridisciplinar. Esta opción parte del convencimiento de que la norma jurídica encierra tanto un elemento formal como un contenido de valor indisociablemente unidos. Toda norma deriva de una ideología y de unas circunstancias sociales e históricas concretas⁷⁹. La exégesis de la regla jurídica está tamizada, mediada, por ese entorno normativo, que determinará los costes y las consecuencias de cada interpretación. No es posible contentarse, por tanto, con un análisis puramente formal o lógico del Derecho. La apariencia de objetividad de ese análisis no es más que una manifestación de su carácter incompleto.

Tampoco creo que pueda establecerse un principio de justicia universal ajeno al consenso internacional. No existen valores pre-jurídicos que fundamenten el derecho, sino valores positivados en normas jurídicas. Los demás valores son subjetivos y sólo mediante el consenso, que puede ser cambiante y evolutivo, se convierten en fundamento de las normas jurídicas⁸⁰. Sin necesidad de extenderme sobre la teoría del giro lingüístico⁸¹, y desde una perspectiva consensualista, considero que el acuerdo para determinar el significado de las palabras, de las normas jurídicas en nuestro caso, incorpora un elemento de valor consensuado. En la medida en que otros valores adquieren el suficiente grado de consenso, se reforman las normas y evoluciona el

⁷⁹ La conciencia sobre la historicidad de la norma va mucho más allá del análisis histórico de la misma, del estudio de los precedentes legales o de las instituciones jurídicas similares que antecedieron un determinado fenómeno normativo. Como señaló A. Heller «la historia como objeto de interés no es más que una de tantas manifestaciones de la conciencia histórica» (A. HELLER: *Teoría de la Historia*, Barcelona, 1985, p. 53). En el contexto de la metodología jurídica, la afirmación de la historicidad del derecho supone la concepción de éste como un cuerpo vivo, en constante evolución, como un producto del devenir de las fuerzas sociales en un momento concreto en el tiempo. Se facilita así el análisis crítico del Derecho, ya que esta perspectiva permite examinar la adecuación de la norma a las necesidades socio-históricas en un determinado momento, desde una visión dinámica y evolutiva. De la misma forma, el ángulo histórico de análisis se muestra especialmente útil para la evaluación crítica de la estructura social que genera la norma.

⁸⁰ Como señala Liñán en su comentario de la obra de Rawls (S. J. RAWLS: *Una teoría de la Justicia*, México, 1978), la labor crítica del jurista en su búsqueda de la fundamentación de la justicia no consiste en la formulación «de especulaciones acerca del fundamento mismo de una noción de justicia preestablecida, ahistórica, metafísica, sino en la elaboración misma de la noción que, sobre la base de los conocimientos empíricos de la realidad histórica y la discusión racional de los mismos, busca el acuerdo sobre los contenidos normativos que deben constituirlos» (D. J. LIÑÁN NOGUERAS: *Proyecto docente*, no editado, Granada, 1986, p. 23).

⁸¹ Parece claro que los autores encuadrados en el movimiento de los *Critical Legal Studies* se ven influidos por la teoría del giro lingüístico, una de las corrientes filosóficas más importantes del siglo XX, que parte de la idea de que el lenguaje no es un mediador imparcial entre el sujeto y la realidad, sino que posee una entidad propia, que establece sus límites, y que condiciona, en cierta medida, tanto al pensamiento como a la realidad. Para una reciente revisión de la teoría del giro lingüístico, y de los trabajos de Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger y Hans-Georg Gadamer, sus principales representantes, ver A. FABRIS: *El giro lingüístico: hermenéutica y análisis del lenguaje*, Madrid, 2001.

ordenamiento jurídico⁸². En ese contexto, el discurso crítico sobre la eficiencia/eficacia de la norma en la defensa de determinados valores puede jugar un papel interesante.

Aplicando este planteamiento epistemológico al derecho internacional, el consenso entre los Estados se constituye en el origen del nacimiento de cualquier norma internacional, así como en un elemento esencial de su interpretación. La manifestación del consentimiento del Estado debe entenderse como la afloración de una voluntad mediada y compleja, que es el resultado de la acción de un variado número de participantes, de numerosas presiones, así como del cálculo (generalmente) racional en la defensa de ciertos intereses. Todos esos elementos tienen que ser analizados para entender tanto el contenido material, como la estructura de la norma. En consecuencia, el estudio de la práctica de los sujetos de este ordenamiento, y de los condicionantes de su actuación, constituye uno de los principales instrumentos de trabajo del iusinternacionalista.

19.- En esta labor, resulta conveniente utilizar los instrumentos epistemológicos de otras ciencias sociales y, muy especialmente, de las relaciones internacionales y la economía. En particular, considero que la doctrina española debería prestar mayor atención al análisis económico del Derecho. En numerosas ocasiones, no es posible decidir sobre las distintas posibilidades de regulación de una realidad social sin tener en cuenta las consecuencias económicas de esa opción, o no puede interpretarse una norma jurídica sin atender a las circunstancias económicas en las que se propició el acuerdo de voluntades que dio lugar a su creación.

Ahora bien, el AED va mucho más allá, y nos aporta instrumentos para objetivar en cierta medida el razonamiento jurídico, incluso en ámbitos no económicos. Se trata de potenciar la búsqueda de la eficacia de la norma, como un elemento que no afecta únicamente a su aplicación, sino a su legitimidad⁸³. Esta metodología proporciona

⁸² Abellán concibe los valores como una «vía de conexión entre la sociedad internacional y el derecho internacional» (V. ABELLÁN HONRUBIA: «Sobre el método y los conceptos en derecho internacional público», en AA.VV.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Prof. J. A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, 2005, pp. 57-58).

⁸³ Una norma pierde legitimidad no por el hecho de ser violada, sino por estar mal diseñada para la consecución de sus objetivos. Las nociones de eficacia y justicia están de alguna manera emparentadas. Una norma que utiliza más medios de los necesarios para alcanzar un fin está desperdiciando recursos sociales, al igual que una disposición cuyos objetivos resultan inalcanzables en los términos en los que está redactada. En la medida en que se genera una pérdida de recursos que podrían ser empleados para otros fines sociales, la norma ineficaz resulta en cierta medida injusta.

herramientas innovadoras que permiten mejorar la técnica legislativa y, además, proporcionan valiosos argumentos para un discurso crítico del derecho vigente, en la línea de las nuevas teorías sobre el buen gobierno⁸⁴. Adicionalmente, desde el paradigma dialéctico, el AED aporta interesantes argumentos (con un lenguaje desmitificador y realista) que pueden superar en convicción a las consideraciones esencialistas propias del formalismo jurídico.

20.- Sin embargo, este enfoque multidisciplinar que definiendo encuentra un límite: la positividad de la norma. Esta es la frontera que delimita la labor del jurista frente a otros científicos sociales.

El consensualismo permite el análisis crítico del derecho, partiendo de unos determinados presupuestos filosóficos y sociales (no es posible un pensamiento humano aséptico), que no deben esconderse, sino hacerse explícitos. Los valores son subjetivos por definición, pero su uso permite la crítica del derecho e, incluso, su renovación y adaptación, en la medida en que dichos valores se convierten en mayoritarios, o en el equivalente en el contexto internacional, en la medida en que suscitan en torno a sí el consenso. Debe evitarse, no obstante, el caer en un discurso meramente ideológico que desfigure la realidad. Para conjurar ese peligro el jurista cuenta con dos elementos: el conocimiento empírico de la norma y el discurso racional.

La ineludible positividad del Derecho proporciona al análisis del jurista la estabilidad necesaria y una referencia objetiva, que establece límites a la especulación subjetiva. Adicionalmente, el discurso racional permite la comunicación con los demás y, en última instancia, el consenso, que es, a su vez, el fundamento de la creación de normas internacionales, así como de su modificación, sustitución o extinción. ¿Por qué negar a la lógica deductiva de la economía un cierto papel en la racionalización y objetivación del discurso jurídico internacional?

⁸⁴ La calidad de los procesos normativos constituye uno de los seis indicadores de buen gobierno evaluados en el proyecto de investigación *Worldwide Governance Indicators*, auspiciado por el Banco Mundial (ver el último informe de seguimiento D. KAUFMANN/ A. KRAAY/ M. MASTRUZZI: *Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators, 1996-2007*, World Bank Policy Research Working Paper, n.º 4654, de 24.6.2008). Ver, también, el Libro Blanco sobre «La Gobernanza Europea», Doc. COM (2001) 428, de 25.7.2001, pp. 21-30.