



# Kent Academic Repository

Eslava, Luis (2002) *The Method of Law and Economics: A Framework to Study the Scarcity, the Traffic and the Market of Human Organs (in Spanish)*. *Revista Contexto*, 15 . pp. 8-57.

## Downloaded from

<https://kar.kent.ac.uk/40970/> The University of Kent's Academic Repository KAR

## The version of record is available from

## This document version

Publisher pdf

## DOI for this version

## Licence for this version

UNSPECIFIED

## Additional information

## Versions of research works

### Versions of Record

If this version is the version of record, it is the same as the published version available on the publisher's web site. Cite as the published version.

### Author Accepted Manuscripts

If this document is identified as the Author Accepted Manuscript it is the version after peer review but before type setting, copy editing or publisher branding. Cite as Surname, Initial. (Year) 'Title of article'. To be published in *Title of Journal* , Volume and issue numbers [peer-reviewed accepted version]. Available at: DOI or URL (Accessed: date).

## Enquiries

If you have questions about this document contact [ResearchSupport@kent.ac.uk](mailto:ResearchSupport@kent.ac.uk). Please include the URL of the record in KAR. If you believe that your, or a third party's rights have been compromised through this document please see our [Take Down policy](https://www.kent.ac.uk/guides/kar-the-kent-academic-repository#policies) (available from <https://www.kent.ac.uk/guides/kar-the-kent-academic-repository#policies>).

# Aproximación metodológica

AL ANÁLISIS

ECÓNOMICO DEL

DERECHO

Un marco para el  
estudio de la escasez,  
el tráfico y el mercado  
de órganos<sup>+</sup>

Luis Fernando Eslava Arcila

\* Mención de Honor del Concurso José  
Ignacio de Márquez 2002.

*No les quedaba, pues, otra perspectiva que la de morir de hambre; uno de ellos, hombre grave y sensato, convencido, según me dijo, de que habían obrado muy mal, porque los hombres razonables no debían abandonarse a su desgracia, sino ayudarse siempre con los recursos que ofrece la razón para soportar el mal presente y prepararse a un porvenir mejor*

Nuevas Aventuras de Robinson Crusoe  
DANIEL DEFOE, 1719.

## Introducción

Para ALEJO DE CERVERA, “(e) ya un lugar común afirmar que lo jurídico depende de lo económico, por lo menos en parte, o que las normas jurídicas dependen, por lo menos en parte, de las circunstancias o relaciones económicas. Y que, por tanto, todo intento de explicación de normas o de instituciones ha de tener en cuenta lo económico, lo mismo que todo intento por intervenir deliberadamente en la sucesión de unas normas por otras. Implícito en un lugar común está el pensamiento según el cual lo jurídico cambia, como también cambia lo económico”<sup>1</sup>.

La anterior reflexión se ve reunida y desarrollada en lo que se conoce como Análisis Económico del Derecho, proyecto institucionalizado en el panorama jurídico contemporáneo<sup>2</sup>, el cual se ha encargado de elaborar un campo común a economistas y abogados donde encuentran, como principal punto de referencia, un lenguaje cuya intención es ser entendible por ambos profesionales y que retoma, en una serie de postulados, las intenciones de ambas ciencias. Este anhelo del AED<sup>3</sup> se concreta en la explicación del derecho a través de las herramientas que ofrece la economía, partiendo de la preocupación central sobre cómo debe utilizar una sociedad los recursos limitados de que dispone para conseguir el mayor grado posible de satisfacción de las necesidades siendo eficiente el esfuerzo en la medida en que lo consiga y al contrario si despilfarra sus recursos, sean estos de carácter material o inmaterial. “El Análisis Económico del Derecho aplica este punto de vista a las normas del ordenamiento jurídico considerando como tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica, analizar en qué medida las reglamentaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos y aumentan la eficiencia”<sup>4</sup>.

Así, “(e) n las últimas tres décadas, las relaciones entre

el derecho y la economía se han ampliado desde lo que inicialmente fue un campo estrecho y más o menos esotérico, hacia un sustancial movimiento que ha contribuido no sólo a redefinir los fundamentos del estudio del derecho sino a decisivas implicaciones respecto de la consideración del ambiente legal en la construcción de la teoría económica<sup>5</sup>. Economía y Derecho se han visto alimentados en un proyecto que encuentra sus mejores resultados en la estructuración de normas, propio de la función legislativa, y en el entendimiento de las decisiones que toma el juez, ambas expresiones de la asignación de recursos de la sociedad<sup>6</sup>.

Lo jurídico, de esta forma, encuentra un eslabón para su desarrollo desde unos presupuestos que se alejan sustancialmente de la tradicional forma de generar, promover, entender y decidir en el campo teórico del derecho, más allá del debate del AED como escuela, metodología, proyecto académico de investigaciones o religión. Por esta razón, tanto para el abogado litigante como para el juez, el consultor, el legislador, y el funcionario que tiene a su cargo la estructuración y puesta en marcha de políticas públicas, como para a los economistas que de la misma forma trabajan con el sistema jurídico, y para todos los otros profesionales que hoy por hoy asumen roles conectados con el derecho, se les abre un gran catálogo de posibilidades para aproximarse a su objeto de estudio,<sup>7</sup> contribuyendo con nuevos puntos de vista que alimenten las controversias sociales, entendiendo que una sociedad tendrá más sólidos medios para alcanzar sus objetivos cuanto más se hayan estructurado en el debate las ideas<sup>8</sup>.

1. Esta relación, para CERVERA, se puede entender mejor si se tiene en cuenta que todo ordenamiento jurídico presenta singularidades. "Por ejemplo, el desierto da lugar a un ordenamiento para pueblos nómadas, el frío da lugar a normas para procurar o conservar el calor, la abundancia de nieve da lugar a normas obligando a los individuos a que la quiten, etc. En vista de lo cual, hemos de concluir que lo físico-natural está en la raíz y en el comienzo histórico de todo lo que nos ocupa; esto es, lo físico-natural resulta históricamente previo a lo jurídico y a lo económico". Mediante lo jurídico se busca que los desiertos reciban agua, que los costos resulten accesibles, que el clima sea más o menos variado. Mediante normas jurídicas se promueve, y también se frena, el aprovechamiento de lo físico y lo natural. ALEJO DE CERVERA. *Acerca del condicionamiento económico del Derecho*. Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica. En memoria y homenaje al catedrático. Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980) t. I, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 246.

2. Señalar al AED como una teoría jurídica institucionalizada dentro del panorama contemporáneo significa que se "trata de un movimiento de pensamiento que está lejos de ser un fenómeno accidental o transitorio, en tanto que su difusión se ha realizado a través de una serie de canales institucionales que le han permitido adquirir una gran influencia, tanto teórica como práctica, en ámbitos académicos, jurídicos y políticos, a la vez que la misma existencia

La bibliografía al alcance de los interesados en *Law and Economics* no se puede criticar por escaso; se encuentran desde textos básicos sobre la escuela, sobre su metodología, sus desarrollos y fundamentos filosóficos, hasta trabajos donde se aplica la metodología de forma sistemática a diversos campos del derecho<sup>9</sup>. Gracias a esto, es difícil en

de esos canales autoriza la hipótesis de que esta influencia seguirá desarrollándose". PEDRO MERCADO PACHECO. *El Análisis Económico del Derecho: Una Reconstrucción Teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 31.

3. Para este trabajo se utilizará en adelante indistintamente como voces que atienden a lo mismo: Análisis Económico del derecho, Law and Economics, Derecho y Economía, Análisis Económico de la Ley y AED.

4. HANS-BERND SCHAFFER y CLAUS OTT. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, p. 21.

5. JESÚS ANTONIO BEJARANO. "El Análisis Económico del Derecho: Comentarios Sobre Textos Básicos", *Revista de Economía Institucional*, n.º 1. Bogotá, noviembre de 1999, p. 155.

6. La discusión en torno a la función que deben cumplir las normas, las instituciones y las decisiones judiciales, al interior de la escuela del análisis económico del derecho, demuestra esta afirmación. El debate gira en torno a la función de redistribución ó maximización de la riqueza, que se piensa, deben tener las normas y las decisiones. Largo debate que por los objetivos de este trabajo solo dará lugar a hacer una pequeña mención. Para conocer del mismo: RICHARD POSNER. *Law and Economics Movement*. American Economic Review, vol. 77, 1987; id. *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*. Journal of Legal Studies. vol. 8 (1979) y todos los textos básicos que se referencian en este documento.

7. "Los juristas que elaboran políticas requieren de una teoría del comportamiento para predecir respuestas, a enmiendas de la ley, y para evaluar estas respuestas de manera sistemática conforme a un patrón normativo. La Economía pudo proporcionar tanto la teoría del comportamiento como el patrón normativo del que carecía la teoría jurídica. La teoría del comportamiento maneja las leyes, al igual que los precios, como incentivos para la conducta". COOTER y RUBINFELD. *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolutions*. Journal of Economics Literature (VI). XXVII, Sep. 1989. Citado por: ANDRÉS ROEMER. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 107.

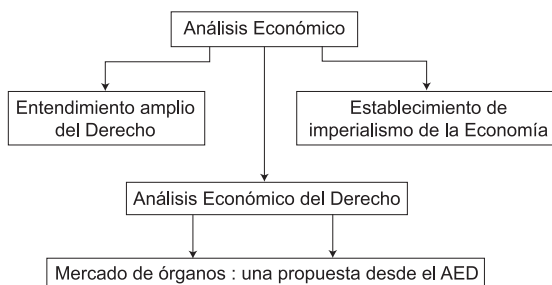
8. Acercarse al tema del AED, continúa la búsqueda planteada en estos términos por MILL: "Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad". Pues este filósofo entendía bien que la verdad "es tanto una cuestión de conciliar y combinar contrarios, que muy pocos tienen inteligencia suficientemente capaz e imparcial para hacer un ajuste aproximadamente correcto, y tienen que ser conseguido por el duro procedimiento de una lucha entre combatientes peleando bajo banderas hostiles". JOHN STUART MILL. *Sobre la Libertad*, Madrid, Alianza, 2000, p. 116.

9. Mucho se ha escrito de forma científica sobre el AED, buena parte de estos esfuerzos se encuentran sintetizados en: *New Palgrave of Law and Economics*, que recopila la visión norteamericana del movimiento, y la *Encyclopedia of Law and Economics*, editada por

estos momentos, aportar una visión histórica o teórica genérica, más aún cuando el problema continúa siendo la dificultad para aproximarse al tema y poder utilizar sus herramientas en nuestro contexto jurídico romano-germánico de tendencia positiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, este trabajo pretende contextualizar, de forma sucinta, el objeto de estudio del Análisis Económico del Derecho en su versión más genérica, lo que para algunos es la tesis comportamentalista o *behaviorista*, que podría ser la visión más esclarecedora y básica que tiene la aproximación de la economía al derecho, y que de una forma u otra une todas las vertientes que se dan dentro del AED<sup>10</sup>; explicando el por qué han resultado ser objetos de estudio, bajo la lógica de esta metodología, temas tan disímiles que van desde los derechos de propiedad, hasta la pornografía, pasando por la organización de las sociedades griegas. Esta intención parte de una inquietud que surge en las personas que se acercan al núcleo del AED, pues pese a las múltiples presentaciones que se han realizado de esta escuela, no es claro cómo los presupuestos de este movimiento le son aplicables a un campo tan difícilmente medible de situaciones.

Para lograr este objetivo, se explica en un primer apartado el proceso de expansión del análisis económico, que tuvo como resultado el imperialismo de la Economía y que llevó a la inclusión del derecho como tema en la expansión de este movimiento, para luego indicar los elementos en el raciocinio del *Law and Economics*. Establecido lo anterior, se presentará un estudio que se encuentra en uno de estos extremos paradójicos del AED y que pretende analizar la siguiente pregunta: ¿Cómo resolver la escasez de órganos humanos para su trasplante con las herramientas del Análisis Económico del Derecho? La revisión de este caso tiene como particularidad la referencia explícita a la escasez y sus consecuencias, donde su análisis y las propuestas que se ofrecen retoman buena parte de los fundamentos teóricos del AED. Por esto, además de ser una investigación que se circunscribe al marco teórico esbozado en el primer apartado de este documento, es esclarecedora para ejemplificar cómo los operadores jurídicos podrían dar uso a las herramientas del Análisis Económico del Derecho. El siguiente esquema expresa la estructura que se desarrollará.



La exposición de los apartados que componen este trabajo encierra la intención final de generar una aproximación metodológica del *Law and Economics* que mesure el real potencial explicativo de estos elementos y un esquema promueva una utilización más extendida de este proyecto, superando los trabajos que hasta el momento han circunscrito su uso a la academia, dejando de lado la utilidad que le pueden prestar al Juez<sup>11</sup>, como al Legislador<sup>12</sup>, agentes fundamentales del operar de nuestro derecho.

## I. El análisis económico del derecho

Se pueden encontrar las siguientes definiciones de AED; para GUTIÉRREZ PRIETO, "*Law and Economics* es, fundamentalmente, una aplicación del análisis económico al Derecho, o más concretamente, a aquellas normas jurídicas que no regulan directamente aspectos del mercado. Su novedad constituirá, precisamente, en la ampliación de las teorías microeconómicas a la explicación y evaluación de la normatividad jurídica en campos en los que, hasta su conformación, no se habían contemplado como susceptibles de ser analizados económicamente"<sup>13</sup>. Para COSSÍO DÍAZ el "Análisis Económico del Derecho puede ser la designación dada a todo aquel análisis que desde las categorías económicas se hagan del derecho o, en un sentido más restringido, al análisis que del derecho se haga a partir de unas específicas categorías económicas"<sup>14</sup>. ROEMER explica el AED como "la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas"<sup>15</sup>. Finalmente para NUÑEZ el AED "se basa en el supuesto de que la utilización de las herramientas económicas aporta al derecho información que de otra forma no hubiera podido utilizar. Esto, a su vez, implica que el derecho no es una disciplina autónoma sino que requiere, para poder evaluarse su funcionamiento, de otras ramas del saber"<sup>16</sup>.

Con fines de concreción, partamos de la siguiente definición de lo que se entiende por *Law and Economics*: Es una metodología donde la economía, que parte de la escasez y que busca maximizar la riqueza social, tiene por objeto el derecho, implementando para esto el supuesto de la eficiencia. Más adelante se entenderá mejor esta definición, o por lo menos, se tendrán los elementos para estructurar su comprensión; por ahora es importante reconocer que al acercarse al concepto básico del AED surgen dos preguntas: ¿Qué corriente económica se aboga la posibilidad de explicar el derecho? Y, ¿qué derecho es el que explica esta economía? Buscando dar la mejor respuesta a estos interrogantes veremos, primero que economía es el supuesto de operación del análisis económico del derecho; para luego revisar la incorporación del derecho como tema de estudio desde la economía.

## A. El expansionismo de la racionalidad económica

La posibilidad de explicar y entender las relaciones sociales desde la perspectiva económica, lo que se conoce como análisis económico<sup>17</sup>, debió seguir un camino que poco a poco le permitió ampliar su objeto de estudio, partiendo de una esfera reducida, limitada a las relaciones de mercado, hasta convertirse en una posible explicación que no atiende a fronteras temáticas, logrando reunir buena parte de los estudios que desde la economía se realizan. Entre otras expresiones de este desarrollo se incluyen la Economía Constitucional<sup>18</sup>, la Escuela de la Elección Pública<sup>19</sup> y de los Derechos de Propiedad<sup>20</sup>, la teoría del Capital Humano<sup>21</sup>, la Economía de la Educación<sup>22</sup> y el Análisis Económico del Derecho. A pesar de sus diferencias conceptuales, metodológicas e instrumentales, todos estos estudios tienen como común denominador un modelo basado en la elección racional, según el cual, los agentes diseñan, reaccionan y mantienen sus relaciones interpersonales gracias a la maximización de sus intereses, presupuesto esencial del que parte el imperialismo de la economía. Este fenómeno se fundamenta en un estructurado decálogo de principios donde convergen aportes de la filosofía utilitarista, la economía neoclásica, y la construcción de un ser “económico mitológico” que maximiza sus intereses.

BOUDEWIJN BOUCKAERT, disponible esta última en la página: <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>. Otro espacio de referencia obligada es la página del programa John M. Olin de Law and Economics de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. [[www.law.uchicago.edu/Lawecon/](http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/)].

10. Una excelente relación sobre esta derivación en el AED: JOLLS CHRISTINE, SUNSTEIN CASS R. y RICHARD THALER. *A Behavioral to Law and Economics*; SUNSTEIN CASS R. *Behavioral Analysis of Law*; y por último, SUNSTEIN CASS R. *Human Behavior and Law of Work*. Working Papers del John M. Olin Program in Law and Economics de la Universidad de Chicago [[www.law.uchicago.edu/Lawecon/](http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/)].

11. El análisis económico del derecho apunta hacia la optimización de las decisiones judiciales en Colombia “... no siempre las soluciones adoptadas por la ley y el fallo, son las vías más óptimas (costo-beneficio) para dirimir las confrontaciones desde la perspectiva del bienestar global de la sociedad, la protección de legisladores y jueces a intereses económica y socialmente establecidos por el estudio colombiano y el hecho que se encuentran sujetos a ritos y procedimientos inmutables, según se expuso, puede ir en vía contraria con los objetivos de una sociedad más próspera”. MARIO ANDRADE PERILLA. “El Análisis Económico del Derecho: Aportes para una optimización de las decisiones judiciales en Colombia”, en *Universitas* n.º 80, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, junio de 1991, p. 166.

12. La inclusión en la actividad legislativa del uso del AED se ve alentada con las siguientes palabras: “Se trata de tomar en consideración los grandes conflictos de intereses que se producen en la vida social, no sólo desde una perspectiva principalista, a la que tan acostumbrados estamos los juristas tradicionales, sino

consecuencial: cuáles son las consecuencias económica y sociales que producen las decisiones jurídicas, legislativas o judiciales” GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Granada, Fundación de Estudio de Regulación, Comares, 1999, p. 22.

13. HERNANDO GUTIÉRREZ PRIETO. “El análisis económico del derecho: Perspectiva para el desarrollo del derecho económico”, en *Universitas*, n.º 100, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

14. JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ. *Derecho y Análisis Económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

15. ROEMER. Ob. cit.

16. ANTONIO JOSÉ NUÑEZ TRUJILLO. “Antecedentes y Principios Fundamentales del Análisis Económico de la ley”, en *Colección de Derecho Económico. Homenaje Enrique Low Multra*, vol. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 70.

17. Desde este momento se establece que el concepto genérico es Análisis Económico y una de sus múltiples especies, como se verá, es el Análisis Económico del Derecho. El mejor trabajo sobre Análisis Económico, su desarrollo, escuelas, y comprensión global es el de J. SCHUMPETER. *Historia del Análisis Económico*, Barcelona, Ariel, 1994.

18. Busca generar desde la economía una explicación de la existencia, presupuestos y funciones de la Constitución y del derecho constitucional. Escuela rica e interesante para todos los abogados que quieran explorar otro campo del análisis económico. Para una revisión del tema: G. BRENNAN y J. BUCHANAN. *La Razón de las Normas*, Barcelona, Unión Editorial, 1987. J. BUCHANAN. *Constitutional Economics*, J. EATWELL, M. MILGATE y P. NEWMAN. *The New Palgrave: a dictionary of economics*, London, The MacMillan Press, 1987. J. BUCHANAN. *Social Choice, Democracy and Free Markets*, *The Journal of Political Economy* 52, 1954, pp. 114-123. J. BUCHANAN y Gordon TULLOCK. *El Cálculo del Consenso*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980. Un artículo específico desde el AED: GEOFFREY BRENNAN y ALAN HAMLIN. *Constitutional Economics. The new palgrave dictionary of economics and the law*. V.1.

19. Utilizando el tronco común de la maximización del interés individual, la Escuela de la Elección Pública ha ensanchado el objeto de la economía hasta llegar a integrar una explicación económica de la eficiencia en la actuación de las instituciones políticas, es decir, en qué medida un sistema político o una estructura de toma de decisiones es óptima desde el punto de vista de la eficiencia económica, o la explicación del fenómeno burocrático sobre la base del comportamiento egoísta y maximizador de los burócratas. Desde esta escuela, la política, los sistemas electorales, la teoría constitucional, la burocracia, dejan de ser temas exclusivos de la sociología o de la ciencia política y pasan a engrosar el campo casi infinito de las aplicaciones del enfoque económico.

20. El objeto principal de la Escuela de los derechos de propiedad es analizar cómo diferentes sistemas de derechos de propiedad crean unos determinados incentivos en la conducta de los individuos y como producen unos resultados, también diferentes, respecto a la asignación eficiente de los recursos en una sociedad determinada. Como autores significativos se pueden nombrar: HAROLD DEMSETZ, ARMEN ALCHAIN, ERIC G. FURRBOTH y SUETOZAR PEGOIVICH.

21. La teoría del Capital humano hace referencia a la capacidad, conocimientos, competencias y cualificaciones de que disponen los individuos, explicando cómo se forma y se desarrolla este capital; es considerado otra derivación y campo de aplicación del imperialismo de la economía.

## 1. La superación del entendimiento tradicional de la economía

Una aproximación a la génesis del imperialismo de la economía debe partir de lo siguiente: la actual sociedad capitalista fue antecedida por fases precapitalistas o premodernas, donde la producción estaba orientada hacia el consumo de subsistencia y en donde la distribución de la riqueza se realizaba sobre bases preferentemente políticas, la autosuficiencia primaba sobre la acumulación de riqueza y las personas se identificaban a través de su pertenencia a una casta o grupo, haciendo que estos vínculos jerárquicos, religiosos y políticos, tuvieran primacía sobre la esfera subordinada y dependiente, la económica; entendimiento que si bien se antepone a otras explicaciones no sería el único, como se podrá ver. Para despojarse de esta exclusión temática, se necesitó el advenimiento de la riqueza como categoría sobre la que se construye la sociedad, y más que la riqueza, su incremento y su creación, lo cual parecía exigir una estructura que permitiera entender cómo los individuos y los agentes del mercado tomaban las decisiones en un ambiente donde los recursos se caracterizaban por su escasez<sup>23</sup>.

Esta fase de reconstrucción del panorama axiológico, replantea las categorías que daban razón al actuar de las personas; al parecer la funcionalidad de los clanes, las religiones y la familia se veían enfrentadas a la esencia de un hombre que atendía a parámetros distintos de aquellos que hasta hace poco significaban su razón de ser. Por esto, los primeros economistas aportaron el entendimiento de la conversión del lucro competitivo en inversión de capital, crecimiento y progreso<sup>24</sup>.

Esta revolución moral, que englobó todas las contradicciones que surgieron en torno al ánimo de lucro, puede tener distintos referentes explicativos; para algunos, como WEBER, en la ética protestante; mientras que otros, como SOMBART, creyeron encontrarla en la racionalidad misma del catolicismo. Para HOMERO CUEVAS también cabe la hipótesis de que las posturas éticas se hayan simplemente adaptado a una propia ética mercantil del lucro competitivo, pero denotando que lo que empezó como una revolución moral en la esfera del mercado, desencadenó una revolución en todas las órdenes de la vida, “en la medida en que las relaciones mercantiles y la racionalidad de lucro tienden a replicarse sobre un territorio creciente dentro del mapa global de las relaciones humanas”<sup>25</sup>. La doctrina que supo recoger esta forma de percepción del ánimo de lucro fue el utilitarismo<sup>26</sup>, que encontró en los trabajos de BECCARIA aportes para su construcción formal<sup>27</sup>.

CESARE BECCARIA (1738-1794)<sup>28</sup> entendió cabalmente la condición racional de los seres humanos, aquella que los

induce a perseguir o desistir de un objeto en la medida en que el mismo les resulte provechoso o perverso. “Así propuso que se abandonaran las justificaciones más o menos irracionales de la existencia de las penas y que más bien se persiguieran criterios utilitarios, tales como la efectividad de la pena en la disuasión de los futuros delincuentes y el costo de la administración del sistema judicial, junto con el grado de eficiencia del mismo”<sup>29</sup>. A partir de su estudio *De Los Delitos y Las Penas*, logró generar una medida para establecer la protección, según su concepto, del objeto de la ley. La medida se establece de la siguiente manera según NÚÑEZ: “El valor esperado del delito es igual al “bien” perseguido por el delincuente, multiplicado por la probabilidad de que dicho “bien” se obtenga (o, lo que es lo mismo, el valor absoluto del “bien” perseguido menos la probabilidad de no obtenerse). Acto seguido debe tomarse el “mal” de la pena prevista y multiplicarse por la probabilidad de que la pena resulte impuesta (la infalibilidad de la pena). Si el valor resultante es mayor al primero, entonces la pena prevista consigue su objeto”<sup>30</sup>.

BENTHAM, cabeza visible del utilitarismo, llevó hasta el extremo las consecuencias de la revolución moral que giraba en torno al lucro, asegurando que la utilidad, expresada a través del placer, la felicidad y la conveniencia, y la desutilidad, son susceptibles de ser calculadas de forma precisa, reduciéndose la expresión del resultado a cantidades monetarias. Este aporte permite concatenar los avances del pensamiento con la nueva cultura mercantil de la época<sup>31</sup>.

Es fundamental el aporte que hace BENTHAM puntualmente en su ensayo *La Psicología del Hombre Económico*<sup>32</sup>, al entender que el hombre centra su actuar en el principio de autopreferencia, que en algunas personas puede presentarse con carácter de axioma, es decir, tan evidente por sí mismo que no necesita demostración; para otros, es un principio que, por muy claramente cierto que sea, requiere demostración, cosa que a este filósofo le parece de poca importancia pues da por sentada la existencia de esta búsqueda individual.<sup>33</sup> Este principio se entiende “como la propensión de la naturaleza humana, por lo cual, con motivo de cada acto que ejecute, todo ser humano se encuentra inclinado a seguir la línea de conducta que, en su inmediata estimación del caso, contribuirá en el más alto grado a su propia felicidad máxima, cualquiera que sea su efecto en relación con la dicha de otros seres similares, uno cualquiera o todos ellos en conjunto”<sup>34</sup>.

La autopreferencia, por su fuerza y evidencia, permite generar una explicación teórica del comportamiento humano que más adelante sabría retomar la economía neoclásica con sus desarrollos microeconómicos. En las mismas palabras de BENTHAM “todo conjunto de hombres está regido total-

mente por el concepto de lo que es su interés, en el más estricto y egoísta sentido del vocablo interés, nunca por consideración alguna al interés del pueblo. En esa posición, no tiene cabida ninguno de los incentivos cualesquiera de los cuales puede orillar a un hombre, en particular, a hacer el sacrificio de su interés personal al interés general; o sea, el deseo de reputación, la satisfacción de la simpatía para el pueblo, el placer del poder con respecto a la convicción íntima de haber tenido una amplia participación de la contribución a la felicidad pública<sup>35</sup>. En consecuencia, para autores como DURÁN y LALAGUNA, "(e)sto lleva consigo que en el caso de su existencia, el interés de la propia consideración predomina sobre todos los demás en conjunto, y por tanto la autopreferencia es claramente parámetro central de la conducta"<sup>36</sup>.

*BENTHAM, cabeza  
visible del  
utilitarismo, llevó  
hasta el extremo  
las consecuencias  
de la revolución  
moral que giraba  
en torno  
al lucro...*

22. La Economía de la Educación centra su objeto de estudio en los desarrollos teóricos y los análisis e investigaciones empíricos que los economistas han realizado sobre las principales problemas de la educación, a saber: la regulación del sector, el desarrollo económico, el mercado educativo, la organización industrial y del trabajo, competitividad, etc. LEONARDO VILLA ARCILA. *Economía de la Educación*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001.

23. HOMERO CUEVAS. *Proceso Político y Bienestar Social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

24. Debido al ánimo de lucro, los productores mercantiles no son movidos por las necesidades del público sino por sus demandas. Por lo tanto, sin demanda por un producto, aunque sea necesario, no se genera una producción mercantil de éste. "No toda necesidad expresa una demanda, pero toda demanda sí expresa una necesidad, es decir, la necesidad es una condición necesaria pero no suficiente de la demanda. O, más específicamente, demanda es toda necesidad respaldada por un poder de compra efectivo. Así, las necesidades no respaldadas por poder de compra efectivo no constituye demanda". HOMERO CUEVAS. *Fundamentos de la Economía de Mercado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

25. CUEVAS. *Proceso Político y Bienestar Social*, cit.

26. El utilitarismo parte de los siguientes presupuestos: 1. Ningún principio moral para la acción es válido. Su justificación debe buscarse, por el contrario, en sus consecuencias; 2. El valor moral de toda acción humana depende exclusivamente de su capacidad o tendencias para aumentar o disminuir la felicidad; 3. El mismo principio aplica a las instituciones y acciones gubernamentales; 4. El placer y el dolor constituyen los resortes soberanos de la conducta humana y, en última instancia, lo bueno y lo malo se determina con respecto a las implicaciones en términos de ellos; 5. Los individuos siempre quieren su propio placer o felicidad, ciñéndose por lo tanto al principio utilitarista, aunque rara vez lo declararan o aceptan de una manera consciente, debido a la incompreensión cabal del principio o al paso de los perjuicios establecidos; 6. La mejor organización social es, entonces, lo que facilita la máxima felicidad posible por el mayor número posible; 7. La felicidad social es la suma de las felicidades individuales; y por último, 8. Mediante la aplicación de la razón (el cálculo) y la reforma de las leyes y las instituciones puede fabricarse el tejido social de la felicidad. *Ibíd.*

27. HUME, HERVETIUS y BECCARIA aportaron a BENTHAM elementos para la construcción formal del Utilitarismo. *Ibíd.*

28. Excelente referencia sobre los aportes de este autor al AED se encuentra en FRANCESCO PARISI y GIAMPAOLO FREZZA. *Cesare Beccaria. The Elgar Companion to Law and Economics*. JÜRGEN G. BACKHAUS (ed.). Edward Elgar, Cheltenham, 1999.

29. NÚÑEZ TRUJILLO. *Ob. cit.*, p. 70.

30. *Ibíd.*

31. PALOMA DURAN Y LALAGUNA. *Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Granada, Comares, 1992.

32. JEREMY BENTHAM. *La Psicología del Hombre Económico. Escritos Económicos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 3.

33. "Parece que oigo decir a alguno de ustedes: "Vaya cuadro el que nos está presentando de la naturaleza este hombre viejo y pesimista! Como si no existiera tales cualidades como el desinterés, la filantropía, o la disposición hacia la abnegación, en toda la especie humana; como si no existiera una persona que como rey cumpliera sus deberes con placer, haciendo en toda ocasión, su máximo esfuerzo para promover la felicidad de su pueblo" [...] Esta es mi respuesta: Hijos míos, admito todo esto, no lo niego, no puedo ni deseo negarlo. Pero no menos sustento el hecho de que la existencia misma de la especie humana, como la de cualquiera otra, depende del establecido y casi ininterrumpido hábito de la autopreferencia". BENTHAM. *Ob. cit.*, p. 11.

34. *Ibíd.*, p. 3.

35. *Ibíd.*, p. 10.

36. DURÁN Y LALAGUNA. *Ob. cit.*, p. 40.

Uno de los ejemplos de las elaboraciones que haría BENTHAM a partir de los anteriores presupuestos, anticipó una explicación del derecho desde presupuestos comportamentales del hombre, que sería la intención principal que encerrarían los desarrollos que desencadenaría este proceso y que finalmente se retomarían, un siglo y medio después, como los estudios comportamentalistas, esencia del AED. BENTHAM consideraba que en el caso de las herencias, causaría mayor daño quitar una fracción que quitar el total, si entendemos lo siguiente. “Si un individuo hereda una suma de dinero y se le quitan un 10% por concepto de impuestos, le parece que lo han robado. Es probable que el 10% sea comparativamente muy poco, pero es que ha llegado a considerar el todo como suyo, y por esta razón, cualquier confiscación, por insignificante que sea, se considera como un despojo. Pero si un individuo no hereda nada, y sabe desde su infancia que no heredará nada, entonces no puede sentirse despojado o robado, pues de quien nada tiene, nada se puede quitar”<sup>37</sup>.

Los avances que se dieron sobre la explicación económica del hombre necesitaron de los acontecimientos de la segunda mitad del siglo XIX, para dar el punto de partida de lo que se conocería como la economía neoclásica<sup>38</sup>; punto central de su proceso de renovación que se caracterizó por tener en la conducta de los individuos el objeto de estudio. Los economistas de los siglos XVIII y XIX, con ADAM SMITH (1723-1790)<sup>39</sup> a la cabeza, formularon las premisas iniciales y trascendentales para configurar esta nueva concepción de los presupuestos clásicos. Ellos parten de (i) la concepción según la cual los individuos tienen una propensión innata al intercambio como conducta humana sustantiva, (ii) donde el egoísmo y la búsqueda del logro de sus intereses conducen al bienestar de toda la sociedad. Para que esto se lleve a cabo, debe darse como presupuesto, (iii) un mercado libre donde se permite maximizar el bienestar individual a través de la cooperación con otros individuos y, por último, (iv) la libre competencia entre los individuos que es la institución reguladora del mercado<sup>40</sup>.

La visión de estos autores delimita la ciencia económica en la utilidad que proporcionan los bienes a los individuos, una relación entre el sujeto y las cosas reducida a la consecución del máximo placer o riqueza mediante los bienes susceptibles de ser comprados, es decir, de aquellos bienes susceptibles de expresarse en términos pecuniarios. Se tenía por sentado entonces, que la economía se encargaba de las relaciones que se presentaban en el mercado donde la consecución y acumulación de riqueza encontraban su espacio; así, el análisis económico tenía reservado el espacio a todas las actividades que se daban en el mercado, entendiéndolo de forma ortodoxa antes del concepto de economía bajo la definición formal de ROBBINS.

La materialización del ánimo de lucro generó el espacio para que ROBBINS ofreciera su interpretación del concepto de economía, la cual sería en adelante, para los que continuaron por esta vertiente de la teoría económica, la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de usos alternativos<sup>41</sup>. De la anterior interpretación, la economía adquirió una nueva dimensión caracterizada por (i) centrar sus esfuerzos en entender el cómo y el porqué del actuar de los individuos frente a la escasez y (ii) reconocerse totalmente neutral con respecto a los fines pues todo acto que requiere tiempo y medios para la consecución de un fin y que implica la renuncia a usar esos recursos para conseguir otro distinto, tiene un aspecto económico. Entonces, allí donde existan alternativas, escasez y, en su virtud, elección, serán aplicables los métodos del Análisis Económico. ROBBINS, y el deseo de otros muchos autores de la década de los treinta del siglo XX, supo reflejar el deseo de apartar la economía de los preceptos éticos que envolvían sus discusiones, lo que se conocía como Economía Normativa que se preocupaba por tomar posturas desde su propio esquema valorativo de las cosas, alejándose del deseo cientificista positivo de la época<sup>42</sup>.

37. Como dice STARK, “claramente aspiraba BENTHAM a una explicación de la conducta humana y de la coexistencia, con la ayuda de una simple ley casi mecánica, parecida a la que había permitido al gran Sir ISAAC, dilucidar el movimiento y la coordinación de los cuerpos celestes”. W. STARCK. *Escritos económicos de Jeremy Bentham*, cit.

38. CUEVAS señala como los hechos históricos más significativos son los siguientes: Revolución en los métodos de producción, la consolidación de Inglaterra como potencia comercial que abre camino hacia una economía mundial, la consiguiente acumulación de capital en Inglaterra que le permitió generar un entramado de préstamos internacionales dando lugar al nacimiento de rentistas como clase social y, por último, la centralización de capitales y la concentración de las mismas ganancias a las figuras de la Sociedad Anónima y la conformación de capital por acciones, que junto con el desarrollo del sistema financiero, dieron lugar a las grandes empresas que supera las anteriores escalas económicas de la humanidad. HOMERO CUEVAS. *Introducción a la Economía*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.

39. Aportes al AED de este autor: HELGE PEUKERT. *Adam Smith. The Elgar Companion to Law and Economics*. JÜRGEN G. BACKHAUS (ed.). Edward Elgar, Cheltenham, 1999.

40. JOSÉ AYALA ESPINO. *Instituciones y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 30.

41. L. ROBBINS. *Ensayo sobre la naturaleza y la importancia de la ciencia económica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

42. La omisión ética que la economía se propone desde este concepto, le genera la posibilidad de explicación de las conductas humanas, sin desconocer la esfera ética de las personas, pues su intención será generar explicaciones de las conductas de los hombres y no descripciones de las mismas. *Ibíd.*

43. GUTIÉRREZ PRIETO. *Ob. cit.*, p. 26.



“Desde la perspectiva de Robbins un bien es tan apropiado para el estudio económico en la medida en que alguien no tenga lo suficiente de él como para satisfacer sus deseos. Aunque ocupen un lugar distinto en las escalas de las necesidades, tanto el pan como la ópera estarían en la misma posición de cara a una concepción económica centrada en la escasez”<sup>43</sup>. Este nuevo concepto de economía, que se separa de la Escuela del Bienestar que se preocupaba principalmente de aquellos bienes que la gente necesita en virtud de sus necesidades físicas o mentales, tiene como resultado la pérdida de un espacio definido, pero gana como objeto de sus explicaciones todas las ciencias sociales. Situación que para unos sería la deformación de la economía y para otros un gran avance en la estructuración de una real ciencia económica<sup>44</sup>.

Gracias a esto se dieron los fundamentos de lo que se denominaría el Imperialismo de la Economía, fenómeno de expansión de la teoría económica como instrumento analítico en la explicación de cualquier aspecto de la realidad social, aunque éste no revista carácter explícitamente económico, más allá del intercambio monetario<sup>45</sup>. Para confirmar esto, basta tener en cuenta la referencia explícita de ARISTÓTELES a la forma como se debía entender la propiedad sobre los hijos, que de forma intuitiva y sin contar con las herramientas que necesitó la economía del siglo XX para consolidarse, explicó que gracias a que cada progenitor se entendía de los cuidados de su descendencia no se presentaban conductas oportunistas que buscaran maximizar el interés de los padres tomando los niños con buenas condiciones y dejando de lado los que, por sus condiciones físicas, no se les deparaba un buen futuro<sup>46</sup>.

Esto llevo a que la teoría neoclásica se caracterice por un intento de constituir a la economía en ciencia pura, separada y no comprometida con la política o la moral, gracias al acercamiento que se le da al modelo de las ciencias físico-matemáticas<sup>47</sup>; esfuerzo que se vierte en el entendimiento de los fenómenos económicos (oferta, demanda, equilibrio, precios, competencia, etc.), desde los análisis causa- efecto<sup>48</sup>.

## 2. El anhelo cientificista: La concreción del *Homo Oeconomicus*

El descubrimiento de causas y efectos, que permite ofrecer esta clase de explicaciones, requiere una metodología diferente de la que se utiliza para encontrar definiciones. Por esta razón los economistas utilizan teorías matemáticas y pruebas cuantitativas para establecer causas y efectos pues enfrentan el problema de que su objeto de estudio, la intención de la sociedad, el comportamiento de los individuos y los mercados, rara vez permiten hacer estudios experimentales<sup>49</sup>. La historia de los acontecimientos

económicos demuestra que para llegar a establecer una aproximación de carácter científico, desentrañando las causas y los efectos, se debe contar con la elaboración de supuestos y modelos que concreten las variables relevantes para generar propuestas que partiendo de principios generales, busquen dar una explicación al fenómeno económico<sup>50</sup>. Para lograr un entendimiento científico de la sociedad los economistas plantean los problemas a partir de la construcción de “modelos” (verbales, gráficos o matemáticos) que les sirve para destilar lo esencial de las relaciones que estudian, dejando únicamente lo que se conoce como causalidades fundamentales, donde X puede llegar a explicar Y, porque existe una relación estrecha entre estas variables y porque X antecede a Y en el tiempo. Para llegar a estas conclusiones no es necesario ni conveniente involucrar en el análisis muchos elementos que resultan secundarios<sup>51</sup>. Entonces los supuestos abstraen las características permanentes evitando perderse en el laberinto que puede ser

44. La discusión posterior de esta toma de posición frente a la Economía del Bienestar se convertiría en polémica al interior del AED, pues hoy se reconoce en el movimiento autores que enfocan sus trabajos desde esta escuela.

45. MERCADO PACHECO. Ob. cit.

46. NÚÑEZ cita el siguiente pasaje de La República (Libro III, Capítulo 1): “Si los mil niños de la ciudad pertenecen a cada ciudadano, no como hijos suyos, sino como hijos de todos, sin hacer distinción de tales o cuales, será bien poco lo que se cuidarán de semejantes criaturas. Si uno promete, cada cual dirá “es mío”, y si no promete, cualquier que sean los padres a quienes, por otra parte, deba su origen conforme a la nota de inscripción, se dirá “es mío o de cualquier otro”, y, estas razones se alegrarán y estas dudas se suscitán para los mil y más hijos que el Estado puede encerrar, puesto que será igualmente imposible saber de quien es el hijo y si ha vivido después de sus nacimientos [...] En general, esta ley de la comunidad producirá necesariamente efectos completamente opuestos a los que leyes bien hechas deben producir”. NÚÑEZ TRUJILLO. Ob. cit., p. 67.

47. MERCADO PACHECO. Ob. cit.

48. De ahí la afirmación de COOTER y ULEN: “Los economistas utilizan teorías matemáticas y pruebas cuantitativas para establecer causas y efectos. Los estudiantes de leyes y los abogados miran con alarma estas herramientas”. Por esto la economía, para estos autores, se ocupa “como otras ciencias [...] de causas y efectos, no de definiciones”. ROBERT COOTER y THOMAS ULEN. *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 8.

49. “En economía difícilmente se cuenta con instrumentos que permitan habilitar un mini laboratorio social para imaginar situaciones en que tal o cual política hubiera resultado más efectiva. Nuestros ejercicios analíticos de ejemplos “contractuales” no pueden tener la robustez estadística de una prueba de laboratorio”. SERGIO CLAVIJO. *Economía: Entre la ciencia y el poder. Libros de Cambio*, Bogotá, Alfaomega, 2001, p. 24.

50. *Ibid.*, p. 17.

51. CLAVIJO. Ob. cit., p. 2.

el mundo cuando es enfocado desde un punto de vista económico<sup>52</sup>. Gracias a esto las abstracciones son útiles porque: (i) aíslan los fenómenos particulares y (ii) generan un avance en el entendimiento del mundo, al dividir los objetos de estudio en partes comprensibles<sup>53</sup>.

El modelo, y a su vez paradigma, más importante que ha elaborado la economía en su proceso de expansión explicativa es el del *homo oeconomicus*, que se convierte en la piedra angular para el entendimiento científico ya no solo de las relaciones expresamente económicas sino de una serie de acontecimientos extraños en principio a esta aproximación. Este modelo de hombre, junto al entramado de las herramientas microeconómicas, permiten que las ciencias sociales tradicionalmente explicativas adquieran el carácter adicional de ser predictivas<sup>54</sup> debido a la llegada de los estudios que se encuentran en la ola del imperialismo de la economía, que entienden la esencia de los comportamientos humanos desde la causalidad fundamental de la maximización de los intereses individuales, propio de la racionalidad económica<sup>55</sup>.

Así, el *Homo Oeconomicus* concreta la búsqueda de principios y categorías elementales necesarias para proporcionar la base segura y de carácter universal que tanto anhelaba la teoría neoclásica para dotar de un estatuto científico a la economía. Este modelo de individuo reunía desde los aportes del utilitarismo hasta la economía neoclásica que perfiló su figura actual<sup>56</sup>. A las conductas de esta persona le es atribuido un sentido económico, no importa que, en principio, este individuo esté llevando a cabo una conducta política o una conducta antropológica, pues en uno y otro caso es factible llegar a suponer (y por ello atribuir significado o sentido) que tal conducta pretende maximizar una utilidad o reducir un costo<sup>57</sup>.

Entonces, la característica esencial del *homo oeconomicus* será su afán de maximización por sobre todas las cosas –rasgo que sugiere que un agente trata de obtener lo más que pueda, no cualquier cosa–, empleando el menor esfuerzo para obtener la mayor cantidad de beneficios, atendiendo a la escasez de su entorno. Por esta razón, los economistas suponen que todos los actores económicos maximizan algo: los consumidores maximizan la utilidad (es decir, la felicidad o satisfacción), las empresas maximizan los beneficios, los políticos maximizan los votos, las instituciones de caridad maximizan el bienestar social, etc.<sup>58</sup>.

Como dice FRIEDMAN, el *homo oeconomicus*, tiene como elemento fundamental el ser maximizador de preferencias estables y del conocimiento de la escasez llegando a suponer que sus conductas se realizan buscando racionalmente maximizar sus rendimientos y teniendo un conocimiento

completo de los datos necesarios.<sup>59</sup> Entonces, el ser humano maximizador, el *homo oeconomicus*, modifica su comportamiento para alcanzar el grado de satisfacción que desea, donde ésta responde a las variaciones del entorno en el que se encuentra. El mecanismo que le permite lograr este proceso de maximización, se conoce como los análisis de coste-beneficio, que apera bajo la siguiente regla:

Si  $B_{(x)} > C_{(x)}$ , debe hacerse  $X$ ; en caso contrario, no.

Para aplicar esta regla, es necesario definir y medir de alguna manera los costes y los beneficios. Los valores monetarios serán útiles, para este fin, pues ofrecen un común denominador, incluso cuando la actividad no tiene relación alguna con el dinero. “Definimos  $B_{(x)}$  como la cantidad monetaria máxima que estaríamos dispuestos a pagar por hacer  $X$ . A menudo se trata de una magnitud hipotética, incluso aunque en realidad no cambie el dinero de manos.  $C_{(x)}$ , por otra parte, es el valor de todos los recursos a los que debemos renunciar por hacer  $X$ ”<sup>60</sup>. De esta forma, se actuará conforme a la racionalidad económica cuando se tomen las decisiones de acuerdo con el criterio del coste-beneficio, es decir realizar una actividad si, y sólo si, los beneficios son superiores a los costes”<sup>61</sup>. La racionalidad económica puede ser entendida desde dos criterios, que se definen de la siguiente manera:

- a. Racionalidad basada en el egoísmo: Según este criterio las personas racionales conceden un gran peso únicamente a los costes y beneficios que les afectan directamente a ellas. Este criterio deja de lado explícitamente algunos motivos, como tratar de hacer felices a otras personas, tratar de hacer lo correcto, etc.
- b. Racionalidad basada en el objetivo inmediato: Su único requisito es que las personas actúen eficientemente en pro de las aspiraciones u objetivos que tengan en cada momento. El atractivo de este objetivo más general es que abarca motivos tan nobles como la caridad, el deber, etc.

Ahora bien, para entender cómo los individuos se enfrentan a los costos y beneficios de una decisión los economistas entienden que existe un precio, conocido como precio de reserva, que marca un punto donde el agente deja de considerar la decisión como un costo y pasa a ser beneficio, o razona a la inversa. El precio de reserva es aquel al que una persona le daría igual hacer  $X$  que no hacerlo, siendo  $X$  la actividad que se analiza realizar o no realizar; que en palabras de los economistas se entiende como la relación que se establece entre el costo y beneficio que se lleva a cabo bajo la conocida racionalidad económica<sup>62</sup>, arriba en mención.

De lo anterior se podría decir que estos son los rasgos principales de este modelo:

1. Es un individuo que trata racionalmente, no necesariamente de forma consciente, maximizar su bienestar; él es capaz de ordenar sus preferencias y elige la que más lo satisface. Sobre esto POSNER afirma: "No creo que la gente calcule conscientemente los costes y beneficios de los cursos alternativos de sus acciones, más allá de lo que el consumidor moderno se ocupa conscientemente de maximizar la utilidad cuando compra un bien en vez de otro. La racionalidad del "hombre económico" es una cuestión de consecuencias, no de estudios de la mente"<sup>63</sup>.
2. Su catálogo de preferencias es estable. Los costos y beneficios que el individuo realiza no varían de una manera rápida ni se afectan de forma determinante por la acción de un agente externo.
3. Él es la persona más idónea para realizar la evaluación de costos y beneficios que implica la toma de una decisión, que es lo que se conoce como soberanía del consumidor, que configura uno de los pilares básicos que sostiene la teoría clásica del mercado.
4. Este individuo buscará, frente a cada situación, la posibilidad de mejorar buscando la mayor satisfacción de sus intereses.

La conducta de los individuos, bajo los anteriores presupuestos, se estudia a través del modelo del *homo oeconomicus*, filtrando las actuaciones que se realizan de forma ordinaria por el común de la población, ya no como conductas cotidianas, sino como conductas económicas<sup>64</sup>. Esto supone que el análisis económico se hace sobre los aspectos de cualquier tipo de conducta, generando una aproximación conductista de la economía, cuyos presupuestos podrían ser resumidos en los siguientes numerales<sup>65</sup>:

1. Razonablemente el mundo económico se ve en equilibrio.
2. Los actores económicos individuales enfrentan repetidamente las mismas situaciones de elección a una secuencia de elecciones muy similares.
3. Los actores tienen preferencias estables y por ello evalúan los resultados de elecciones individuales conforme a criterios estables.
4. Ante una exposición repetida, cualquier actor individual podrá identificar cualquier oportunidad disponible y podrá apoderarse de ella para mejorar resultados; en

el caso de empresas de negocios lo hará también así, so pena de ser eliminado por la competencia.

5. Por consiguiente ningún equilibrio podrá presentarse si los actores individuales no maximizan sus preferencias.

52. MITCHELL POLINSKY. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 9.

53. CUEVAS. *Fundamentos de la Economía de Mercado*, cit.

54. COSSÍO DÍAZ. Ob. cit.

55. NORTH, de la escuela del nuevo institucionalismo, afirma: "Aunque conozco muy pocos economistas que en realidad piensan que los supuestos conductuales de la economía reflejan fielmente a la conducta humana, en su mayoría también creen que tales supuestos sirven para edificar modelos de conducta del mercado en la economía y que, aun siendo menos útiles, siguen constituyendo el mejor juego o modelo para estudiar la política y las demás ciencias sociales". Más adelante se amplía un poco más esta postura. DOUGLAS C. NORTH. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 3.

56. MERCADO PACHECO. Ob. cit., p. 114.

57. COSSÍO DÍAZ. Ob. cit., p. 13.

58. COOTER y ULEN. Ob. cit., p. 24.

59. MILTON FRIEDMAN. *La Metodología de la Economía Política. Ensayos sobre economía positiva*, Madrid, Gredos, 1967.

60. ROBERT H. FRANK. *Microeconomía y Conducta*, 4.ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2001, p. 4.

61. *Ibíd.*, p. 16.

62. El lugar que ocupa el precio de reserva depende, evidentemente de las circunstancias. "Si somos ricos, tenderá a encontrarse en un lugar más alto que si somos pobres, ya que en ese caso una cantidad dada de dinero parece menos importante; si nos encontramos con fuerzas, se hallará en un lugar más bajo que si estamos cansados; y así sucesivamente". *Ibíd.*, p. 5.

63. Este es uno de los puntos cruciales que se debe tener claro para avanzar en la comprensión del AED, pues en él se centran muchas críticas sin llegar a comprenderlo. R. POSNER. "A theory of Primitive Society with Special Reference to Law", *Journal of Law and Economics*, vol. 33, 1980.

64. Este entendimiento racional de los comportamientos de los hombres permite concluir que las actividades de los numerosos compradores y vendedores, maximizadores los unos como los otros, llevan el precio de mercado hacia el precio de equilibrio. Esta es una explicación científicista de la economía que concluye que, una vez que el mercado alcanza su equilibrio, todos los compradores y los vendedores están satisfechos y no existen presiones al alza o a la baja sobre el precio. Así, el mercado se encuentra en equilibrio cuando el precio y la cantidad equilibran las fuerzas de la oferta y la demanda. "Al precio de equilibrio, la cantidad que desean adquirir los compradores es exactamente igual que la que desean vender los vendedores. La razón por la que se llama equilibrio se halla en que cuando las fuerzas de la oferta y la demanda están en equilibrio, no hay razón alguna para que el precio suba o baje, siempre y cuando todo permanezca constante". PAUL A. SAMUELSON y WILLIAM D. NORDHAUS. *Economía*, 16.ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 1999, p. 51.

65. SIDNEY G. WINTER. "Comentarios on Arrow and on Lucas", en ROBIN M. HOGARTH y MELVN W. REDER (eds.), *The Behavioral Foundations of Economic Theory*, Journal of Bussiness, 1986. Citado por NORTH. Ob. cit., p. 34.

6. Debido a que el mundo está más o menos equilibrado, presenta u ofrece al menos aproximadamente las mismas pautas empleadas por los supuestos que los actores están maximizando.

7. Los detalles del proceso adaptativo son complejos y probablemente específicos de actor y situación. Por contraste, las regularidades asociadas con el equilibrio optimizador son comparativamente simples; consideraciones de parsimonia dictan, por consiguiente, que el modo para avanzar en la progresión económica necesita explorar teóricamente estas regularidades y comparar los resultados con otras observaciones.

### 3. El establecimiento de la teoría económica en el siglo xx

El autor que concretó estos desarrollos de la economía en una serie de estudios y trabajos donde demostró el potencial del análisis económico para explicar las relaciones que se establecen por fuera del mercado, fue el profesor GARY BECKER, ganador del premio de Nóbel de Economía en el año 1992, gracias a sus esfuerzos en estos campos<sup>66</sup>. Para Posner, Becker sería uno de los precursores del AED, al aplicar sistemáticamente el análisis económico a áreas del derecho que no regulan expresamente relaciones económicas y más aún a áreas que negarían cualquier fundamento en la racionalidad económica, como la discriminación, el amor o el sexo<sup>67</sup>. De esta forma, el Profesor BECKER daría el fundamento de lo que se conoce como los Estudios sobre Transacciones de No Mercado, traducción del concepto en inglés *nonmarket transactions*, que sugiere que se trata de interacciones (transacciones) distintas de las que ocurren en los mercados, tal como éstos se definen por parte de los economistas neoclásicos, recogiendo los adelantos en el tema comportamentalista y la definición extendida de economía de ROBBINS. Lo que hacen los estudiosos de No Mercado es aplicar sistemáticamente las herramientas de la economía de mercado a situaciones en las cuales los mecanismos tradicionales, como los precios, son aplicables pero no de manera transparente, es decir, es necesario adaptar el mecanismo para que pueda ser aplicado en forma correcta<sup>68</sup>.

Los nacientes estudios de BECCARIA y BENTHAM sobre la conducta humana se vieron retomados y formalizados por GARY BECKER, cuando en su tesis doctoral, *The Economic of Discrimination*, demostró que la discriminación racial realizada por un grupo determinado contra otro grupo reduce tanto los ingresos de uno como de otro. De esta forma Becker demuestra que las políticas discriminatorias son económicamente ineficientes y los grupos poblacionales, sectoriales o las empresas que no las practiquen tendrán ventajas sobre el resto.

Siguiendo a BECKER, lo determinante para llegar a considerar la existencia de una conducta económica es la suposición de que quien la realiza busca, dentro de un contexto de escasez y manteniendo sus preferencias, maximizar su utilidad. “Dicho con otras palabras, siempre que respecto de una conducta pueda suponerse que se realizó con el propósito de maximizar la utilidad, podrá decirse que tal conducta “tiene” un carácter económico”<sup>69</sup>.

66. Algunos de los trabajos más representativos donde se concreta el pensamiento de este autor: “The economic approach to human behavior”, University of Chicago Press, Chicago, 1976. “An economic analysis of the family” xvii Conference Geary, Instituto Económico y de investigación social, Dublin Irlanda, 1985. “Human Capital, Effort, and the sexual division of labor, *Journal of labor economics*, 3, n.º 1, parte 2, 1985. Economic analysis and human behaviour, L. LEVI GARBOVA, ed., Sociological Economic, Beverly Hills, Calif., 1979. “Altruism, Egoism, and Genetic Fitness: Economic and sociobiology”, *Journal of Economic Literature*, 14, n.º 3, 1976. A theory of marriage, Part II; *Journal of political economy*, 82, n.º 2, Parte 2, 1974. A theory of marriage, Part I, *Journal of political economy*, 81, n.º 4, 1973. The economics of discrimination, University of Chicago Press, Chicago, 1.ª ed., 1957. Crime and Punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, 76, n.º 2, marzo-abril de 1968. Irrational Behavior and Economic Theory, *Journal of Political Economy*, 60 n.º 1, 1962. An economic analysis of fertility, Demographic and economic change in developed countries, conference of the universities – National Bureau committee for economic research, a report of the National Bureau of economic research, Princeton University Press, Princeton, N. J. 1960.

67. La importancia de BECKER la reconoce POSNER cuando lo señala como el autor que supo retomar, con siglos de por medio los trabajos de BECCARIA y BENTHAM ampliando los límites de la economía, a lo que él llama *nonmarket behavior*. RICHARD A. POSNER. *Economic Analysis of Law*, 5.ª ed., New York, Aspen Law & Business, 1998.

68. Esta explicación de las actividades de no mercado y su uso de la teoría de los precios cumple de forma precisa la afirmación de SAMUELSON y NORHAUS: “En el mercado todo tiene precio que es el valor del bien expresado en dinero. Los precios representan los términos en los que las personas y las empresas intercambian voluntariamente las diferentes mercancías”. SAMUELSON y NORHAUS. Ob. cit., p. 27.

69. COSSÍO DÍAZ. Ob. cit., p. 198.

70. “La combinación de los supuestos del comportamiento optimizador, el equilibrio del mercado y las preferencias estables, usados firme e inexorablemente, forma el corazón del enfoque económico tal y como yo lo veo”. GARY BECKER. *The Economic Approach*, en PEDRO SCHAWARTZ y RAMÓN FEBRERO (eds.), *La esencia de Becker*, Barcelona, Ariel, 1997.

71. SCHAWARTZ y FEBRERO (eds.). *La esencia de Becker*, cit.

72. *Ibid.*, p. 39.

73. *Ibid.*, p. 18.

74. Más adelante será explicado detenidamente, por ahora basta tener claro que los costos comprenden, además de los gastos monetarios explícitos, los costes de oportunidad que se derivan del hecho que los recursos pueden utilizarse para otros fines. SAMUELSON y NORHAUS. Ob. cit., p. 131.

Por esto, en la visión de BECKER, la utilidad del análisis económico no se restringe al estudio de los mercados explícitos; cualquier aspecto del comportamiento humano que surge de la deliberada intención de obtener unos fines, podría ser susceptible de ser analizado por los métodos económicos<sup>70</sup>. Para SCHAWARTZ y FEBRERO, la novedad de la aportación de BECKER no reside tanto en los instrumentos empleados como en las aplicaciones, pues utilizando los instrumentos económicos clásicos este autor ha ampliado el campo de estudios de la economía sobre la base de un cambio en la teoría del consumo. Su teoría introduce una nueva categoría de bienes, los bienes básicos, como argumentos de las funciones de utilidad de los consumidores. Estos bienes son aquellos que no se compran ni se venden en el mercado como factores de producción<sup>71</sup>.

Cuando se concibe que haya bienes que no se venden ni se compran, pero que sobre ellos los agentes del mercado obtienen utilidad, se entiende por qué, para BECKER, la teoría económica es un instrumento mucho más poderoso de lo que normalmente piensan los no economistas e incluso los economistas profesionales y, no solamente es la ciencia de los mercados y precios explícitos, sino también un modo de pensar. "Todo un mundo de actividades ajenas al mercado están esperando para ser provechosamente analizadas con herramientas económicas"<sup>72</sup>.

Entonces la capacidad explicativa de las herramientas económicas se extiende a todos los comportamientos humanos en los que están presentes los medios escasos y los fines competitivos<sup>73</sup>. "Está claro que el enfoque económico no está circunscrito a los bienes materiales y a los deseos o ni siquiera al sector del mercado. Los precios, ya sean precios monetarios de mercado o precios "sombra" imputados del sector ajeno al mercado, miden el coste de oportunidad<sup>74</sup> de la utilización de recursos escasos y el enfoque económico, por su parte, predice la misma clase de respuesta para los precios "sombra" que para los precios de mercado"<sup>75</sup>.

"De esta forma, las herramientas teóricas de que dispone la economía para el estudio de la maximización en los arreglos dentro del mercado son útiles también para el estudio fuera del mercado"<sup>76</sup>. Así mismo, al igual que existe un mercado de bienes materiales, existe un mercado de matrimonios, un mercado de votos, un mercado de delitos, y de la misma forma que se predicen los resultados económicos sobre la base de la ley de la oferta y la demanda pueden predicirse los resultados de una determinada política criminal, de una política demográfica, etc.<sup>77</sup>.

El análisis que propone BECKER tiene como característica adicional superar la barrera del egoísmo y el altruismo que

buscaba diferenciar, por la motivación del agente, las áreas de estudios entre las susceptibles de análisis económico y las que no lo eran. La aproximación de BECKER no presupone que los individuos estén solamente motivados por el egoísmo o el beneficio material, pues es un método de estudio, no un supuesto sobre unas particulares motivaciones. "El análisis supone que los individuos maximizan el bienestar como ellos lo conciben, ya sean egoístas, altruistas, leales, rencorosos o masoquistas"<sup>78</sup>. El comportamiento racional es un concepto más amplio que el comportamiento egoísta, lo que significa que el comportamiento altruista puede ser también interpretado como una forma de comportamiento racional. Becker expresa el comportamiento altruista de la persona X con respecto a Y considerando la utilidad de Y como un argumento de la función de X. Siguiendo por este camino, el bienestar de Y se convierte en un nuevo bien básico para X<sup>79</sup>.

Los avances del modelo beckeriano se han aplicado en campos tales como la oferta de trabajo, la división del trabajo por razón de sexo, el impuesto de renta, la tecnología de las economías domésticas y el cálculo de las elasticidades de la renta. Explica, además, un gran número de circunstancias cotidianas como, por ejemplo, por qué los ricos prefieren bienes poco intensivos en tiempo (esto es, comer en un restaurante en lugar de preparar la comida en casa), por qué son más bien las mujeres y no los hombres los que suelen ir al supermercado, por qué los consumidores tienden a comprar bienes de consumo duraderos que ahorran trabajo o contratan servicio doméstico cuando alcanzan niveles salariales más altos o por qué los maridos trabajan menos horas a medida que sube el sueldo de sus esposas<sup>80</sup>. Gracias a la obra de BECKER, "las familias y otros aspectos ordinarios de la conducta familiar tradicionalmente atribuidos en la teoría convencional a factores exógenos (normalmente

75. BECKER. *The Economic Approach*, cit.

76. GUTIÉRREZ PRIETO. Ob. cit., p. 26.

77. GARY S. BECKER. *Teoría Económica*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 12.

78. GARY S. BECKER. *El Mundo Económico de Analizar el Comportamiento*. Discurso del Nóbel. PEDRO SCHAWARTZ y RAMÓN FEBRERO (eds.), *La esencia de Becker*, Barcelona, Ariel, 1997.

79. *Ibíd.*, p. 30.

80. Una simple revisión de los problemas que el profesor BECKER dejaba a sus alumnos de la Universidad de Columbia, permite entender la visión que este autor tiene de la economía y del por qué, con toda razón, es uno de los precursores de los estudios de no mercado. Así, los casos que debían desarrollar los alumnos, en su curso sobre teoría de los precios, llevaban los siguientes títulos: Los precios y el dinero como instrumento de medida, Entusiasmo del espectador, La economía de la regulación de tránsito, La economía de las regalías, Teoría de la localización, La economía de la participación del trabajador, La venta de votos y La economía de la fuga de cerebros. BECKER. *Teoría Económica*, cit., p. 209.

diferencias en los gustos o cambios en las preferencias), pueden ser ahora endogenizados y relacionados con las diferencias de precios y rentas<sup>81</sup>.

Resumiendo, el modelo del *homo oeconomicus* fue trascendental para el establecimiento del imperialismo de la economía, entendiendo que este fenómeno se caracteriza por lo siguiente<sup>82</sup>:

1. Ofrecer un punto de partida común a las ciencias sociales, o al menos a varias de ellas, en cuanto a la necesidad de fragmentar al hombre a fin de hacerlo comprensible.
2. Una pretensión común que busca explicar a las personas mediante la asignación de un sentido a sus conductas.
3. Formular desde un conjunto muy reducido de presupuestos, buscando asignar sentido a un universo muy extenso de conductas.
4. Una progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas, y, por último;
5. Generar todo un bagaje explicativo que le da fortaleza al momento de predecir posibles conductas y los efectos de éstas.

Todos estos avances se encuentran resumidos en los presupuestos iniciales de la Microeconomía, que se define como el estudio de la asignación de recursos escasos entre fines reales, prestándole a la economía los mejores servicios para potenciarse como explicación de los problemas propios de diversas ciencias sociales<sup>83</sup>. Desde hace varios años el pensamiento microeconómico ha encontrado una fuente indiscutible de prestigio en campos ajenos a los considerados tradicionalmente propios de la economía; las categorías y elementos de la microeconomía son fundamentales en las explicaciones que se están dando en disciplinas tradicionales como la sociología, la ciencia política, la antropología, la historia o la administración<sup>84</sup>.

De esta forma el imperialismo económico, para Mercado Pacheco, se estructura y pone en marcha su potencial explicativo desde la nueva economía que se da gracias a la revitalización de la economía neoclásica, tras el paréntesis Keynesiano y Welfarista, donde su característica principal, además de ser una revitalización del neoclasicismo económico, es la utilización de su potencial explicativo microeconómico en el estudio de fenómenos y problemas ajenos hasta entonces a su perspectiva.

El nuevo entendimiento de la economía deja de entenderla como otra disciplina más entre las ciencias sociales cuyo objeto estaba circunscrito a las relaciones mercantiles y monetarias; así, “existe la autoconvicción entre los economistas de que la teoría económica, y en concreto la teoría microeconómica neoclásica, es un instrumento científico cuyo campo de aplicación rebasa ampliamente la esfera restringida de los problemas de formación de precios en una economía de mercado, y que convierte a la economía en una teoría general del comportamiento y la interacción humana, una praxeología susceptible de configurarse como teoría general de la sociedad”<sup>85</sup>. Este proceso de generalización de los preceptos económicos convierte a la sociedad en un gran mercado, en donde la elección racional entre usos alternativos de recursos escasos se convierte en una forma de vida de individuos que, intercambiando, persiguen el máximo de utilidad individual.

81. SCHAWARTZ y FEBRERO. Ob. cit., p. 21.

82. COSSÍO DÍAZ. Ob. cit.

83. COOTER y ULEN. Ob. cit.

84. De esta forma COSSÍO DÍAZ describe el imperialismo económico como una situación en la que la explicación a la que aspiran las ciencias sociales se deriva de categorías o supuestos microeconómicos, que serían cuantificaciones y exposiciones que brindan sus herramientas. COSSÍO DÍAZ. Ob. cit.

85. MERCADO PACHECO. Ob. cit., p. 77.

86. Por esta razón MERCADO PACHECO habla de la economía, bajo este fenómeno expansivo, como un nuevo código universal. *Ibid.*, p. 80.

87. En palabras de CUEVAS: “En períodos recientes, es notable el énfasis sobre los campos limítrofes entre ciencias, en las cuales no se visualiza una línea decisoria sino una franja común, como una mezcla de colores cuya impronta individual se percibe hacia los extremos, y eso de manera difusa”. CUEVAS. *Fundamentos de la Economía de Mercado*, cit., p. 25.

88. Para NORTH, “los individuos hacen sus elecciones basados en modelos derivados subjetivamente que divergen entre los individuos en tanto que la información que reciben los actores es tan incompleta que en la mayoría de los casos estos modelos subjetivos no muestran tendencia alguna a converger. Únicamente cuando entendemos estas modificaciones en la conducta de los actores podemos encontrar sensatez en la existencia y estructura de las instituciones y explicar la dirección del cambio institucional”. NORTH. Ob. cit.

89. ARIÑO ORTÍZ. Ob. cit., p. 33.

90. Para SERGIO CLAVIJO, a los ojos de los ingeniosos, muchos economistas lucen como frustrados profesionales que no dieron la talla para las “ciencias más exactas”, mientras que a los ojos de los científicos sociales dichos economistas no han terminado de definir su objeto de estudio, confundiendo el hombre con la sociedad y el llamado “capital humano” con otro de sus mercados”. En el mejor de los casos, se dice que los economistas, cuando contemplan el accionar humano lo hacen con el criterio de entender “las masas sociales” o “las clases sociales”, pero rara vez la individualidad

El gran descubrimiento que nos deja el imperialismo económico es la posibilidad de aproximarse a diversos objetos de estudio partiendo de la uniformación de los comportamientos humanos a través de una estructura de acción común, una argumentación básica, concretada en la conducta económica racional<sup>86</sup>. Este proceso deja, para los críticos, a la economía en el sin espacio, al verse extendido su objeto hasta donde pise el hombre pues éste siempre se verá enfrentado a la escasez y buscará que sus intereses no se vean derrotados hasta cuando su propia consideración o las fuerzas que lo dirijan, le obliguen a detenerse; “revelándose la economía como una clase para penetrar en las brumas de los horizontes sociales”<sup>87</sup>.

Todo este desarrollo causó, por la estructuración de los presupuestos que se emplearon, malestar en los titulares y representantes de las ciencias sociales que se veían invadidas, al ver en el imperialismo de la economía un fenómeno de reducción de la complejidad del hombre<sup>88</sup>, o para otros, ser apenas un reflejo de las exageraciones propias de una realidad social que, hipnotizada por el dinero, tienden a replicar o a extender las relaciones mercantiles dentro del ámbito de todas las relaciones sociales. Por su parte GASPAR ARIÑO afirma que “... no se puede ser “economicista”, ni llegar al “imperialismo económico” de algunos como G. BECKER que someten al análisis económico todo tipo de fenómenos como el mercado de estupefacientes, la regulación de la pornografía, la estabilidad del matrimonio, el número

de hijos y otras cuestiones semejantes. El análisis económico sólo puede aplicarse en los fenómenos cuyas dimensiones son económicas, pero no si intervienen otras variables como el amor, las creencias religiosas, etc.”<sup>89</sup>.

A diferencia de la anterior visión pesimista de la posibilidad de entender las ciencias sociales de esta nueva forma, TORRES LÓPEZ considera, desde su profesión de economista<sup>90</sup>, que el proceso de acercamiento desde la economía a otros campos o áreas de estudio, “lejos de considerarse en términos peyorativos como fenómenos de pérdida de personalidad [...] constituye en mi criterio la manifestación más palmaria de su pleno desarrollo [...] Significa, simplemente, que el método de la Ciencia Economía es vigoroso, que es útil y que puede ser aplicado con beneficio en cualesquiera de los ámbitos de la actividad humana”<sup>91</sup>. Lo anterior se asemeja a la defensa levantada por BECKER con estas palabras: “Dicho de otra manera, sostengo que la definición amplia de lo que es economía, es decir, la asignación de bienes escasos para fines competitivos, debería tomarse muy en serio por los economistas, además de ser una fuente de orgullo y ya no de vergüenza, porque aporta conocimiento profundo sobre una gran variedad de problemas”<sup>92</sup>.

Establecido lo anterior, es momento de presentar la inclusión del derecho en la temática del imperialismo de la economía.

### B. El Derecho como tema de la Economía

Los cambios que se dieron al interior de la economía, desde la transformación valorativa de la sociedad hasta el advenimiento del neoclasicismo económico con su pretensión científicista, llevaron a que la ciencia económica asignara nuevas funciones a las personas que manejan sus instrumentos y conceptos frente al derecho. De esa forma hoy se pueden encontrar, a grandes rasgos, tres funciones en la convergencia temática que se puede presentar entre el derecho y la economía<sup>93</sup>:

1. Actuar como técnico para dilucidar las categorías económicas a las que puede remitir el Derecho cuando la norma las define. En hermenéutica jurídica se entendería que la interpretación que daría el concededor de la economía es de carácter extralegal.

2. Desde la economía se puede actuar como un supertécnico en tanto que interviene para establecer las vías en que mejor pueden ser alcanzados los objetivos que persigue la norma cuando la totalidad del problema jurídico sea, sin embargo, de naturaleza económica. Para TORRES LÓPEZ, esto es lo que estudia el Derecho Económico que trabaja sobre los comportamientos de los mercados económicos explícitos<sup>94-95</sup>.

primero que todo. Pero para él no es cierto que la profesión de los economistas desconozca el accionar humano y sus implicaciones sociales, “pues de hecho varios premios Nóbel de Economía se han otorgado precisamente por analizar estos temas sociales de forma innovadora y útil por las acciones sociales”. CLAVIJO. Ob. cit. p. 17.

91. JUAN TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 9.

92. BECHKER. *Teoría Económica*. cit., p. 12.

93. KLEVORICK. *Law and Economics Theory: An Economist view*. American Economic Review, 65, 1975.

94. Si en el AED la Economía tiene como objeto al derecho, en el Derecho Económico el derecho tiene como objeto la economía. Para ver una referencia explícita de esta área del derecho: GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL. *Teoría General del Derecho Económico*, Bogotá, Felaban, 1986. CARLOS URIBE GARROS. “El Derecho Económico en la Era Preclásica”, *Revista Universidad Externado de Colombia*, vol. VIII, n.º 1, 1967. ARIÑO ORTÍZ. Ob. cit.; BERNARDO REBELLÓN REBELLÓN. *Elementos de Derecho Económico*. 3.ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999. NORBERT REICH. *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985.

95. Para revisar las diferencias entre AED y Derecho Económico: LUIS FERNEY MORENO. “Interrelación del Derecho con la Economía: Dos ópticas”, *Contexto*, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. GUTIÉRREZ PRIETO. Ob. cit.

3. Por último, en esta función la economía deja de proporcionar desde fuera su criterio para el Derecho revelándose de su labor auxiliar frente a la ciencia jurídica. Bajo este rol se empieza a resolver los problemas legales desde los criterios, métodos y términos de la propia ciencia económica, bajo el esquema de derecho y los principios que este mismo contempla.

Los dos primeros espacios de comunicación entre derecho y economía están arraigados tradicionalmente en la cultura jurídica, la última posibilidad se concreta en la propuesta del Análisis Económico del Derecho, que retoma todo el proceso de desarrollo que se presentó en el apartado anterior. Entendido el rol desde el cual participarán los “analistas económicos del derecho”, se debe presentar en este segmento cómo el derecho se convirtió en uno de los campos donde la economía ha tenido más fructíferos resultados y cómo los autores que dieron comienzo a este proyecto generaron campos de estudio que superaron las posibles expectativas iniciales, gracias a su particular visión del derecho.

En un comienzo las explicaciones económicas se centraban en los contratos, la responsabilidad, los derechos de propiedad, los monopolios, el derecho penal, para luego entrar a estudiar temas tan disímiles y alejados del mercado como las agresiones sexuales, la drogadicción, el aborto, la eutanasia, la vejez, la infidelidad, la pornografía y muchos otros temas que al derecho se le ha encargado resolver<sup>96</sup>. De esta forma presentado, el problema radicará en saber cuáles son los temas que el operador jurídico debe resolver para saber en qué campo se pueden desarrollar los trabajos desde el AED, pues sin una concepción clara de este punto el proceso de construcción que se procura promover con este artículo queda desamparado al no tener un objeto de estudio definido.

#### 1. El entendimiento del AED desde sus presupuestos

El realismo jurídico norteamericano<sup>97</sup>, con jueces reconocidos como ROSCOE POUND y OLIVER WENDELL HOLMES<sup>98</sup>, abrió la vía a nuevas concepciones al interior de la dogmática jurídica norteamericana, transformando las instituciones legales y la visión del Estado, al reformular el papel no intervencionista de la economía para darle paso al Estado de Bienestar; giro que se puede concebir como la doctrina del *Welfare Economics* que da nacimiento a un Estado atento al problema social, dejando lo abstracto para empezar a preocuparse por lo concreto. Para lograr esta sinergia entre el derecho y la puesta en marcha de sus propósitos se requería de operadores jurídicos con una visión diferente de su labor, que comprendieran de otro modo la realidad que debería ser objeto de su actividad. Este movimiento jurídico

se concreta en la famosa frase del Juez HOLMES: “Para el estudio racional del derecho, es posible que el hombre del portafolio sea el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de la estadística y el conocedor de la economía”<sup>99</sup>.

Junto con este movimiento jurídico, el otro antecedente del AED se encuentra en el institucionalismo americano<sup>100</sup> y el posterior nuevo institucionalismo. AYALA ESPINO afirma que desde WEBER, seguido por VEBLEN, SCHUMPETER, KNIGHT, COMMONS y SIMON, entre muchos otros, contribuyeron decisivamente a la formación de esta escuela, que se encontraba influenciada en parte por el historicismo alemán y el darwinismo. Estos autores basaron sus estudios en abundante recopilación empírica para deducir leyes de comportamiento de la clase empresarial y del ciclo de los negocios, combinando las categorías propias del análisis económico y de la teoría de las instituciones para estudiar el impacto de la legislación económica, de las instituciones, los valores y la cultura en el comportamiento económico de los individuos y grupos, trascendiendo, de este modo, los estrechos límites de los enfoques económicos marginalistas y conductistas basados de modo casi exclusivo en el *homo oeconomicus*. La expresión posterior de esta escuela es lo que se conoce como Neoinstitucionalismo<sup>101</sup> que retoma las herramientas de la economía neoclásica y la microeconomía por su utilidad, puntualizando sus esfuerzos en el estudio de la influencia de las instituciones en la actuación de los individuos, concretando buena parte de los desarrollos que se venían presentando desde tiempo atrás en la teoría económica<sup>102</sup>.

Para cuando RICHARD ALLEN POSNER publica su libro *Economics Analysis of Law*, ya se habían puesto en la mesa de discusión académica los trabajos de tres importantes autores, a saber: GUIDO CALABRESI, RONALD H. COASE (institucionalista por excelencia para todos los que relatan la historia de esta escuela) y GARY BECKER, este último con demostraciones más que evidentes de su importancia para el real entendimiento del papel que debería tener la economía en las ciencias sociales<sup>103</sup>. Cada uno de estos autores supo demostrar el valor de las explicaciones económicas del derecho y la importancia de ser tenidas en cuenta, pues ya les era muy claro que los individuos que conforman la sociedad, que le delegan el poder a las autoridades, que demandan leyes y que son los destinatarios de los derechos y obligaciones que establece el derecho, no son muy diferentes del hombre racional de la economía<sup>104</sup>. Esto reafirmado, como se ha venido señalando, gracias a que la economía de la época había concentrado sus esfuerzos en el intercambio económico, desde una perspectiva de acuerdo con la cual la conducta microeconómica y las elecciones racionales de los individuos conducían a soluciones óptimas<sup>105</sup>.



A este recuento de antecedentes se le deben sumar los trabajos que realizaron FRIEDMAN y STIGLER a partir de los años 60, y que dan a la Escuela de Chicago un impulso en su desarrollo, proponiendo la conveniencia del liberalismo de mercado al permitir del mejor modo la repartición y circulación de bienes con la subsiguiente distribución de los mismos<sup>106</sup>. Gracias a la consolidación de todos estos aportes que se han venido señalando, se da una ruptura del entendimiento de la función del análisis económico frente al derecho, que de los años sesenta en adelante va a tener nuevas características que hacen diferenciar en dos tiempo la historia del *Law and Economics*.

Los desarrollos anteriores se reconocen con el nombre de antigua escuela, que según POSNER, es la que tiene como característica fundamental la aplicación del razonamiento y de las categorías económicas al estudio de las normas reguladoras de los mercados explícitos<sup>107</sup>. Esta rama es fruto de la intervención generalizada del Estado en la economía, centrandose su estudio en aquellos campos de la regulación jurídica que venían formando parte de la discusión económica de la época, como las limitaciones y correcciones a la economía de mercado en el sentido de control de precios y regulación de monopolios<sup>108</sup>. "Se trataba de estudiar, desde el punto de vista económico, lo que era propiamente (o había sido en propiedad) tema del análisis económico"<sup>109</sup>.

La nueva escuela de Derecho y Economía, estructurada en los trabajos de todos los autores que se han mencionado y que supo concretar POSNER<sup>110</sup>, se caracteriza por establecer al derecho como objeto de estudio desde el punto de vista económico, pues entiende que la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo, nuestro mundo, donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. Así definida la economía, su tarea consiste en explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones, lo que llama este autor su "interés propio"<sup>111</sup>.

Pero la idea de POSNER en esta nueva escuela retoma un concepto extendido del Derecho, pues ya no se centra únicamente en la regulación expresa, lo que se podría entender como derecho legislado o derecho positivo, como se concluye de los títulos que comprende su libro. Temas como la propiedad, los contratos, la responsabilidad por negligencia, el derecho penal, la estructura del estado, el derecho de la competencia, los servicios públicos, el derecho electoral, el derecho corporativo, el derecho tributario y los mercados financieros comparten el mismo espacio con la justicia, la pobreza, los cateos, las ideas y la religión, la discriminación racial, la producción familiar, los hijos y la regulación de la radio y la televisión.

96. Como dice GUTIÉRREZ PRIETO: "Una vez abierta la puerta, el objeto se amplió de tal manera, que con razón podría afirmarse, hoy en día, que no existe campo alguno de la regulación jurídica que no haya sido mirado desde las perspectivas del análisis económico...". GUTIÉRREZ PRIETO. Ob. cit., p. 11.

97. Una relación sucinta de este movimiento: LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 219 a 249.

98. H. S. COMMAGER. *Vida y Espíritu de Norteamérica*, Barcelona, Ariel, 1956.

99. OLIVER WENDELL HOLMES. *The Path of the Law*, Harvard Law Review, vol. 10, 1897.

100. Sus principales críticas se encontraban dirigidas a la concepción del individuo y la exclusión de las instituciones que el marginalismo proponía como núcleo de la Economía. Esta escuela encontró un punto de quiebre en su desarrollo por la llegada del Keynesianismo y por la generalización de la ciencia positiva o de la elección. SALOMÓN KALMANOVITZ. *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma, 2001.

101. Los autores reconocidos de este movimiento son, entre otros: HAROLD DEMSETZ, DOUGLAS C. NORTH y OLIVER WILLIAMSON.

102. JAIME LOZANO. "Economía Institucional y Ciencia Económica", *Revista de Economía Institucional*, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

103. De ésta forma podemos decir, que la génesis del AED se encuentra en los siguientes cuatro textos: (i) "The Problem of social Cost" de RONALD COASE (*Journal of law and Economics*, vol 3. 1960); (ii) "Some Thoughts on risk Distribution and the Law of Tort" de GUIDO CALABRESSI (*Yale Law Journal*, vol. 70, 1961); (iv) The Economic Approach de GARY BECKER. Ob. cit. y (v) *Economics Analysis of Law* de RICHARD A. POSNER. Ob. cit.

104. ROEMER. Ob. cit., p. 12.

105. AYALA ESPINO. Ob. cit., p. 35.

106. HAYEK afirmaba que el mercado es el sistema de información más poderoso y veloz producido por la humanidad porque lee, procesa y complace preferencias individuales dispersas. De hecho, cualquier individuo transmite cada día preferencias sobre productos, sabores, colores, tallas, formas, cantidades, lugares, oportunidad y precios, potenciándose exponencialmente gracias a las actividades rutinarias de cada persona y de cada empresa. "En el mercado el receptor de la información no es una pantalla. Tampoco el ojo, ni el oído, ni el corazón, sino el órgano más sensible en la sociedad mercantil: el bolsillo. Y el medio de transmisión no son computadores ni satélites, sino un elemento más obvio, veloz y efectivo: el sistema de precios. Si un vendedor se equivoca, o menosprecia las preferencias de los consumidores, no necesita correos reprendiéndole o dándole instrucciones. La información se reporta inmediata y espontánea en su propia empresa, en su rentabilidad". CUEVAS. *Fundamentos de la Economía de Mercado*, cit.

107. RICHARD POSNER. *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, The University of Chicago Law Review, vol. 48, n.º 2, 1979.

108. MERCADO PACHECO. Ob. cit.

109. GUTIÉRREZ PRIETO. Ob. cit., p. 11.

110. La importancia del texto de Posner se puede entender con la motivación que el autor ofrece del mismo: "Escribo este libro con la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales, pensando al mismo tiempo que la mayoría de los juristas y los estudiantes de derecho (incluso los muy brillantes) tienen dificultades para relacionar los

La mejor forma de aprehender el concepto del derecho que maneja el AED será entendiéndolo como la agrupación de todas las instituciones propias de una sociedad<sup>112</sup>, específicamente limitaciones creadas para reducir las interacciones o fricciones que se presentan en la misma, donde los individuos de por sí actúan maximizando sus intereses<sup>113</sup>; generando un puente de conexión más que evidente entre el institucionalismo y el *Law and Economics*, propuesta que no es tan osada si se tiene presente que, como ya se había dicho, ambas áreas de estudio comparten a COASE como precursor<sup>114</sup>.

North avanza en gran medida al establecer que las limitaciones serán formales o informales<sup>115</sup>. Las limitaciones informales, provienen de información transmitida socialmente y son parte de la herencia que llamamos cultura, cuya función será coordinar interacciones humanas repetidas. Por su parte, se entienden como limitaciones formales las expresiones escritas que hacen parte de un sistema legal con jerarquías que especifican las relaciones jefe-agentes producto de la complejidad de las sociedades. Se encuentran las siguientes formas de limitaciones informales<sup>116</sup>:

1. *Extensiones, interpretaciones y modificaciones de normas formales*: Limitaciones que evolucionan a partir de reglas formales para enfrentar problemas específicos de intercambio y que acaban estableciéndose como limitaciones institucionales reconocidas a pesar de que nunca formaron parte de las reglas formales. Algo parecido ocurre con la costumbre en el tema comercial, bajo nuestro concepto de derecho continental.

2. *Normas de conducta sancionadas socialmente*: Por medio de estas normas la sociedad se autorregula y crea sus normas de conducta. Los usos para arreglar las disputas entre caballeros habían señalado el duelo a muerte como la forma como se debía actuar, demostrando esto que las normas sociales dictaban la elección, no las reglas formales. Otro ejemplo expreso de normas informales reseña De Soto, cuando estable los acuerdos entre vendedores informales para regular el uso del espacio público en su oficio<sup>117</sup>.

3. Por último, *las normas de conducta aceptadas internamente*: Vendrían a ser los códigos obligatorios de conducta que tienen valor únicamente en términos de limitaciones informales, pues alteran la elección cuando el individuo renuncia a la riqueza o al ingreso, a cambio de otro valor. Ejemplo de esto se da cuando los individuos se auto imponen procedimientos de conducta frente a situaciones, lo que podría ser una creencia individual.

Ahora bien, las limitaciones formales se agrupan así: (i) reglas políticas (y judiciales), (ii) reglas económicas (de propiedad), y (iii) los contratos. La jerarquía de tales reglas, desde constituciones, estatutos y leyes comunes hasta disposiciones especiales, y finalmente a contactos individuales, define limitaciones que pueden fluctuar de reglas generales a especificaciones particulares. Entre las limitaciones formales y las informales hay una marcha, larga y dispareja, de tradiciones y costumbres no escritas a leyes escritas, que ha ocurrido, conforme nos hemos movido de sociedades menos complejas a más complejas, esto claramente relacionado con la creciente especialización y división del trabajo<sup>118</sup>. A su vez las normas formales se crean bajo este concepto evolutivo legal de estas maneras:

1. *Las normas formales pueden complementar y alentar la efectividad de las limitaciones informales*. Pueden reducir la información del monitoreo y de los costos del cumplimiento obligatorio y por tanto hacer que las limitaciones informales sean soluciones posibles a un intercambio más complejo.

2. *También se pueden dictar reglas formales para modificar, revisar o sustituir limitaciones informales*. Un cambio en la fuerza de negociación de las partes puede llevar a una demanda efectiva de un marco institucional diferente del intercambio, aunque las limitaciones informales se presentan en el camino del cumplimiento.

3. A veces, pero no siempre, es posible poner las limitaciones informales existentes bajo nuevas reglas formales.

*La mejor forma de aprehender el concepto del derecho que maneja el AED será entendiéndolo como la agrupación de todas las instituciones propias de una sociedad, específicamente limitaciones creadas para reducir las interacciones o fricciones que se presentan en la misma...*

principio económicos con los problemas legales concretos. Un estudiante toma un curso sobre teoría de precios y aprende lo que ocurre con el precio del trigo cuando baja el precio del maíz, y lo que ocurre con el precio de la tierra de pastoreo cuando sube el precio de la carne de res, pero no entiende qué tienen que ver estas cosas con la libertad de expresión, los accidentes, los delitos, la regla contra las perpetuidades o los contratos comerciales". RICHARD A. POSNER. *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 11.

111. En sus propias palabras la economía "es the science of rational choice in a world—our world—in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational of his end in life, his satisfactoriness". POSNER. *Economics Analysis of Law*, cit.

112. Al hablar de limitaciones de tipo institucional en este apartado se debe tener presente que me refiero a las que identificamos como leyes o reglas. AYALA ESPINO citando *The Random House Dictionary*, 1988, dice que se pueden entender por instituciones: (i) una organización o establecimiento dedicado a la promoción de un objetivo especial, por ejemplo, la educación pública; (ii) el edificio o construcción dedicado para tales fines, por ejemplo, la escuela pública; (iii) un modelo bien establecido y estructurado de comportamiento o de las relaciones que son aceptadas como parte fundamental de la vida cultural, por ejemplo, la familia y el matrimonio; (iv) cualquier ley o costumbre establecida; (v) el acto de instituir o establecer algo: la institución de la ley. Cuando se refiere a causas institucionales se hace referencia a la acepción (iv), el conjunto de leyes y reglas que de una forma u otra establecen todo el esquema regulatorio de los trasplantes. AYALA. Ob. cit.

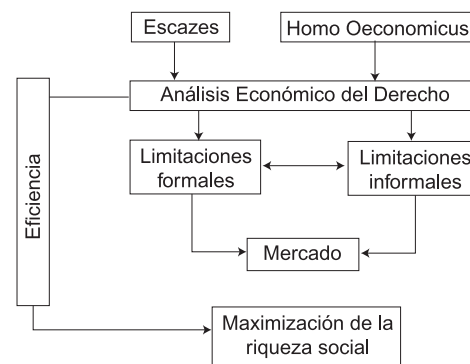
113. Una aproximación desde esta paritular forma de entender el derecho por parte del AED se puede encontrar en JEAN-MICHEL JOSSELIN y ALAIN MARCIANO. *General norms and Customs. The Elgar Companion to Law and Economics*. JÜRGEN G. BACKHAUS (ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 1999.

114. Se encuentran referencias sobre negación de los autores relevantes del AED respecto de los nexos de este movimiento con el institucionalismo. Mercado Pacheco sugiere la siguiente lectura: E. W. KITCH (ed.) *The Fire of Truth: a Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*. Journal of Law and Economics, vol. xxvi, 1983. Recopilación de la conferencia "The Intellectual History of Law and Economics Center de la Universidad de Emory.

115. "En condiciones de información y de habilidad computacional limitadas, los frenos reducen los costos de la interacción humana en comparación con un mundo en donde no haya instituciones. Sin embargo, es mucho más fácil describir y ser preciso sobre las reglas formales que las sociedades crean que sobre los modos informales mediante los cuales los humanos estructuran la interacción humana. Pero aunque en gran medida desafían una especificación neta y es extremadamente difícil establecer test no ambiguos sobre su significación, son importantes". NORTH. Ob. cit., p. 54.

116. Las limitaciones informales hoy se estudian en el AED bajo el concepto de Normas Sociales, configurándose como una rama de estudio dentro del movimiento. Lo anterior se demuestra si se observa el programa de la Reunión Anual de la Asociación Americana de Derecho y Economía del año 2002. El Panel VA, estuvo dedicado al tema de las normas sociales, dirigido por ROBERT ELLICKSON. Para profundizar sobre este tema: ERIC POSNER. *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 2000. ROBERT COOTER. "The Law and Economics of Antropology". *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 1; BOUDEWIJN BOUCKAERT (ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2000.

Reconocer la existencia de estos dos tipos de limitaciones, formales e informales, permite llegar a asimilar el universo que el derecho comprende, por lo tanto las unas como las otras pueden ser objeto de explicaciones económicas bajo la metodología del AED<sup>119</sup>. Unas y otras limitaciones serán campos válidos de estudio pues ambas tienen la misma importancia dentro de una sociedad; desde los códigos de cada área del derecho, hasta las reglas informales establecidas en torno al tema de la eutanasia y el geronticidio, por los cuerpos médicos y las familias, serán susceptibles de revisión bajo el esquema conceptual de eficiencia para maximizar riqueza<sup>120</sup>. Gracias a esto, básicamente el esquema de raciocinio del *Law and Economics*, volviendo a repetir que desde su acepción más genérica, será la siguiente:



Partiendo del presupuesto del hombre como maximizador de sus beneficios, que se ve enfrentado a la escasez de recursos, puerta de entrada para el uso del concepto de economía de ROBBINS, se convierte el AED en una expresión que estudia cómo los individuos, inmersos en estas condiciones, toman sus decisiones frente a las limitaciones formales e informales. Esta actuación se dará en el mercado, donde los precios explícitos como los implícitos cumplen el papel de incentivos. Para esclarecer este procedimiento se explicarán en adelante los elementos del engranaje del *Law and Economics*.

117. HERNANDO DE SOTO. *El otro sendero*, Bogotá, Oveja Negra, 1987.

118. JORGE WAGENSBERG. *Ideas sobre la complejidad del mundo*, 4.ª ed., Barcelona, Tusquest Editores, 1998.

119. "Aunque las normas explícitas nos ofrecen una fuente básica de materiales empíricos por medio de los cuales podemos someter a prueba el desempeño de economías en diversas condiciones, el grado en que estas reglas tengan relaciones únicas de desempeño es limitado. Es decir, una mezcla de normas, reglas y características informales de cumplimiento obligatorio define simultáneamente el conjunto de elección así como los resultados en cuanto al éxito. Por consiguiente, considerando únicamente las reglas formales, tendremos una noción inadecuada y a menudo equívoca de la relación entre limitaciones formales y desempeño". *Ibid.*, p. 75.

## 2. Los elementos del razonamiento

La forma como esta nueva metodología se insertó en el pensamiento jurídico contemporáneo está definida por la concepción del Derecho desde la maximización de los intereses, donde el *homo oeconomicus* sirve de nexo conector que señala el paso entre la economía y el AED. Este presupuesto básico funciona como centro de convergencia de las distintas ramas y progresiones que se han dado desde la estructuración de esta herramienta.

Esto es claro cuando se toma como punto de partida de la nueva escuela del *Law and Economics*, la definición que Posner da de la misma: “La base de una aproximación económica al Derecho es la asunción de que las personas involucradas en el sistema legal actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones”, siendo definido este hombre maximizador de la siguiente forma: “*The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives –that if a person surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions hay altering his behavior, he will do so*”<sup>121</sup>.

Lo anterior implica, en primer lugar, que la interpretación y evaluación de una norma se puede realizar desde los presupuestos de la teoría económica, y en segundo lugar, la racionalidad de la que se dota a las normas, al sistema jurídico en su conjunto y a los hombres destinatarios de las mismas, es una racionalidad de tipo económico, lo que produce una reformulación del derecho acorde con ese modelo de racionalidad, ya que el método en que interactúa hombre y derecho se da bajo un esquema de incentivos que responden al deseo de maximizar intereses. Por esto se dice que es un cambio de enfoque metodológico en la manera de afrontar los problemas jurídicos y los efectos económicos de las normas. Esto se materializó en lo que se vendría a conocer como la filosofía política de Chicago que combina la ética utilitarista y de maximización de la riqueza con una creencia en el valor independiente del individualismo y la libre elección<sup>122</sup>, que genera una división profunda de la forma como se estudia el Derecho<sup>123</sup>.

KORNHAUSER establece, de este modo, una diferencia entre las estructuras jurídicas que entienden la norma como generadora de incentivos para su debido cumplimiento o las que simplemente desconocen o niegan esta posibilidad. De acuerdo con este autor, con la tácita e ingenua teoría que ha venido sustentando la mayor parte de la discusión jurídica tradicional (aquella que le niega a la norma el poder de incentivar la actuación de los individuos), supone que las personas ajustan su comportamiento al patrón establecido por la norma legal, es decir, los individuos se apartan de sus preferencias y sus intenciones y adoptan como nuevo esquema el prescrito por la norma. Lo anterior implica que la

evaluación de una norma legal, desde esta ingenua perspectiva (según el autor), se reduce a una simple investigación acerca de lo que la sociedad requiere o desea, sin entender cómo actúan conforme a sus preferencias los individuos<sup>124</sup>. Por esto, para KORHAUSER la corriente tradicional del derecho entiende que los individuos se condicionan a las normas de las siguientes formas:

1. La regla sirve como una señal informativa para el agente, quien entonces aprende a diferenciar cuál acción resulta mejor acorde a sus metas<sup>125</sup>.
2. En el segundo tipo, la regla legal influencia a la acción, pero no a través de alterar la base informativa, en donde el agente toma sus decisiones, sino de cierta forma a través de alterar, o mejor desconocer, sus deseos o preferencias<sup>126</sup>, situación que parecería imposible gracias a que la norma para que llegue a alterar efectivamente la escala de preferencias de una persona necesita mucho más que un enunciado, sustentado esto en la misma razón que confirma, que sin sanción no hay derecho.

A diferencia de lo anterior, el AED entiende que las intenciones y preferencias de los individuos deben ser tenidas en cuenta al momento de elaborar una norma, pues según SCHAFER y OTT “... el análisis económico del derecho se distingue de conceptos, según los cuales la justificación individual de las normas jurídicas reside en su elaboración de acuerdo con la Constitución sin que necesiten ni sean posibles otras fundamentaciones. También se distingue de aquellas concepciones que ven el valor de los actos y las decisiones considerados en sí mismos, sin tener en cuenta las consecuencias que producen”<sup>127</sup>.

Esta capacidad de las normas y el entendimiento que se plantea desde el AED se materializa en las siguientes formas de influencia sobre las decisiones de los agentes individuales<sup>128</sup>:

1. La sanción que provoca la infracción de la norma legal puede operar como un precio que el culpable o potencial infractor enfrenta.
2. La asignación de derechos de propiedad puede alterar la distribución de la riqueza entre los poseedores de títulos y los detentadores de obligaciones y, de esta manera, afectar el patrón de demanda de los agentes; y<sup>129</sup>
3. Por lo anterior, la forma en que los derechos de propiedad son estructurados y distribuidos puede generar una diversidad de incentivos entre los agentes.
4. Por último, la estructuración y contenido de la norma permite adaptarse al comportamiento de los individuos

maximizadores previendo con esto el efectivo logro de los objetivos que tiene el legislador<sup>130</sup>, al igual que los individuos maximizadores se adaptan a la estructuración de la norma.

Ahora bien, si entendemos que entre los agentes y las normas puede existir una relación de causa a efecto, volviendo al anhelo científico las decisiones de los individuos se traducen en los siguientes principios fundamentales de la microeconomía que se conocen como la trinidad de Chicago<sup>131</sup>:

1. *Ley de la demanda*: es una relación inversa entre el precio que se cobra y la cantidad que se demanda de dicho bien o servicio, donde el precio que se cobra puede ser explícito o implícito. Por esto, para Jesús Bejarano era claro que para los economistas las sanciones son como los precios, y se supone que los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden a los precios, es decir, consumiendo menos del bien más caro. “Así, la ley funciona más que en el marco de la sanción, en el de los incentivos para el cumplimiento de las normas. La economía ofrece entonces una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes”<sup>132</sup>.

2. *Costo de oportunidad*<sup>133</sup>: Cuando los individuos toman una decisión dejan de llevar otra a cabo, la cual no se eligió realizar, por esto el costo de oportunidad será el precio que hubiera podido obtenerse destinando los recursos necesarios al siguiente mejor uso posible, la posibilidad que no se eligió llevar a cabo. Para MERCADO PACHECO, “el concepto de coste de oportunidad introduce en el ámbito jurídico el análisis coste-beneficio de las alternativas de elección que tiene ante sí el jurista, a la vez que asume que todas las alternativas son monetizables y cuantificables como supuesto de toda

del sistema legal, sino que también provee la guía más sensata desde el punto de vista ético para el mejoramiento del sistema. Podríamos creer que la economía explica sólo unas cuantas reglas e instituciones, pero que puede utilizarse para mejorar muchas de ellas; o que explica muchas de ellas, pero esto es lamentable porque la economía es una guía inmoral para la política legal, o incluso que el análisis económico del derecho tiene escasa importancia para explicar o suscitar mejoras, pero resulta intelectualmente fascinante (y una cualquiera de estos casos desearíamos seguir leyendo este libro).” POSNER. *El análisis económico del derecho*, cit., p. 31.

124. LEWIS A. KORHAUSER. *El análisis económico del derecho: Las normas legales como incentivo*.

125. Bajo este condicionamiento que ejerce el derecho gira la discusión que plantea BERLIN en torno al concepto positivo de libertad y sus fronteras, puntualizando en autores como HEGEL, ROUSSEAU, MONTESQUIEU y KANT. Se puede revisar: ISIAH BERLIN. *Dos Conceptos de Libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza, 2001.

126. Este individualismo metodológico del AED se entiende gracias a la siguiente afirmación: “El concepto de racionalidad que informa el análisis económico del derecho tiene dos características distintivas. En primer lugar, impone un estreñimiento sustantivo mínimo a los objetivos que puede perseguir el agente [...] Para expresarlo de manera más técnica, la racionalidad económica requiere que cada agente posea preferencias bien definidas, completas y transitivas sobre las alternativas relevantes que enfrenta. En segundo lugar, la racionalidad económica postula que en situaciones de elección los agentes poseen la suficiente persistencia, visión y capacidad analítica como para siempre estar en condiciones de elegir la mejor alternativa posible”. KORHAUSER. Ob. cit., p. 522.

127. SCHAFER y OTT. Ob. cit., p. 22.

128. En esto se concreta lo que se nombraba arriba como la postura Comportamentalista o la tesis *behaviorista* del AED. Según KORNHOUSER, en su artículo “The Great Image of Authority”, la tesis *behaviorista* afirma que la teoría económica constituye una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en prevención de reglas jurídicas. L. A. KORNHOUSER. *The Great Image of Authority* Stanford Law Review, vol. 36, 1984, p. 353.

129. Un muy buen ejemplo de este caso es la estructura de incentivos que se encuentra detrás de la asignación de derechos de propiedad bajo una patente. La sociedad asigna un monopolio de explotación al agente investigador bajo la condición que este consigne el conocimiento en su solicitud, el cual va a ser del saber público una vez llegue el término prescrito en la ley.

130. La redacción abierta o cerrada de una norma permite entender, a grandes rasgos, cuánto durará vigente en el espacio normativo, haciendo más costoso el cambio de las normas marco que el de las normas de carácter específico. Una redacción cerrada con términos específicos condicionará a la norma a segundos preceptos que deben permanecer inmutables. Una norma abierta, consagrada en términos generales, permite una vigencia prolongada en el tiempo. Esta última opción es la que se pretende tomar cuando se redactan normas constitucionales cuyo fin es generar efectos a largo plazo para que sus resultados puedan materializarse.

131. NÚÑEZ TRUJILLO. Ob. cit.

132. BEJARANO. Ob. cit., p. 159.

133. La importancia del costo de oportunidad para el AED se puede ver desde HOLMES: “Sabemos que para obtener una cosa debemos renunciar a otras, y se nos enseña a comparar la ventaja que ganamos con la ventaja que perdemos, y a saber lo que estamos haciendo cuando elegimos”. HOLMES. Ob. cit.

120. Este interesante tema, y muchos otros sobre políticas de la vejez, se puede revisar en: RICHARD POSNER. *Again and Old Age*, Chicago, The University of Chicago Press, 1995.

121. POSNER. *Economics analysis of law*, cit., p. 4.

122. ROEMER. Ob. cit.

123. Esta división está relacionada con la discusión acerca de la existencia o no de una propuesta ética en el AED. Bajo nuestro entendimiento, la sola adopción de un modelo de racionalidad económica para comprender el actuar de los hombre frente al derecho asume, por lo menos, una concepción propia de la ética, que podría ser procedimental, si así se le pudiera llamar. KAUFFMAN, por su parte, adscribe al *Law and Economics* dentro del Positivismo Jurídico Empirista. ARTHUR KAUFFMAN. *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999. Para POSNER, sí existen dos facciones dentro del AED, que permiten diferenciar la existencia de una propuesta ética. En sus palabras: “La versión más agresiva sostiene que la economía no sólo explica las reglas e instituciones

comparación<sup>134</sup>, dado que los recursos son escasos, siempre que se destine recursos a producir un bien o servicio se renuncia a un conjunto alterno de los mismos. El precio, en tanto expresión de los costes de oportunidad, se convierte en el elemento esencial de todo este tipo de análisis<sup>135</sup>.

3. El último presupuesto es la *tendencia del hombre maximizador a hacer gravitar en torno al uso más valioso los recursos*. Cuando se está en presencia de transacciones, el propio intercambio en su propia operación asigna a su uso óptimo los recursos, puesto que los agentes maximizadores, al detectar un recurso comprometido en un uso peor que el óptimo, adquirirán el recurso por el precio derivado de dicho uso óptimo, quedándose con la diferencia.

Así, las explicaciones que ofrece el análisis económico del derecho buscan interpretar la operatividad de las conductas humanas frente a las prescripciones legales; buscando entonces, (i) reconocer la conducta de los individuos al momento de acercarse al derecho, bien recibiendo derechos o asumiendo obligaciones, y entender cómo deberían ser asignadas las cargas para establecer si tal como se encuentra el precepto normativo, formal o informal, permite o no mejorar la situación de escasez de recursos, inmanente a cualquier condición, ó (ii) generar una propuesta de cómo debería estar consignado en la ley el esquema de incentivos para que se cumpliera este propósito<sup>136</sup>.

Por esto, como lo dice COSSIO, la labor del AED no es de tipo normativo frente al ordenamiento jurídico, no puede decirse que se está generando una forma de interpretación legal de las normas, lo que es centro de estudio de esta metodología son aquellas conductas humanas que se encuentran relacionadas, de algún modo, con el derecho<sup>137</sup>. Quedaría por esclarecer cuáles conductas operan bajo la racionalidad que propone el AED.

134. MERCADO PACHECO. Ob. cit., p. 44.

135. TORRES LÓPEZ. Ob. cit., p. 21.

136. Estas dos formas de estudiar el AED se conocen como los enfoques normativos y positivos. NÚÑEZ define de la siguiente manera la aproximación normativa y la aproximación positiva del análisis económico del derecho: “la primera pretende establecer cuál debe ser el contenido de las normas para lograr su objetivo (que en este sistema es ser eficientes, es decir maximizadoras), mientras que la segunda busca anticipar el resultado que las diversas normas producen en el mundo real”. NÚÑEZ TRUJILLO. Ob. cit., p. 123.

137. COSSÍO DÍAZ. Ob. cit., p. 228.

138. RICHARD POSNER. *Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.

139. TOMAS J. PHILIPSON y RICHARD POSNER. The Long-Run Growth in Obesity as a Function of Technological Change. Working Paper del John M. Olin Program in Law and Economics de la Universidad de Chicago [www.law.uchicago.edu/Lawecon/].

En la *Economía de la Justicia*, Posner afirma que al ser la racionalidad una virtud de aplicación general, sin estar limitada exclusivamente a las transacciones de mercado, entonces el aparato conceptual construido por la economía permite explicar la conducta mercantil como la no mercantil<sup>138</sup>. POSNER aclara que la maximización racional no es un cálculo consciente, por lo tanto la economía no es una teoría de la consiente, si tomamos la maximización como base para definir la economía. Entonces lo racional se entiende como tal cuando se ajusta al modelo, modelo de elección racional, cualquiera sea el estado mental de quien elige. Por esto se entiende que el AED utiliza un concepto objetivo y no subjetivo de la racionalidad; no siendo incongruente hablar, como lo dice POSNER, de una rana racional.

Bajo este entendimiento de racionalidad objetiva y un concepto tan amplio del derecho, como ya se ha señalado, se entiende el porqué de las preocupaciones del AED de buscar una explicación al comportamiento de los adictos y su forma de actuar frente a los vetos prohibitivos, la razón detrás del comportamiento de las tasas de criminalidad gracias a la imposición o no de la pena de muerte, de las consecuencias del desarrollo en la obesidad<sup>139</sup>, como de muchas otras situaciones; pues será lo mismo entender la actuación de los individuos bajo el presupuesto de racionalidad económica, cuando se establece protecciones a través del sistema de propiedad intelectual o industrial, a cómo actúa este individuo cuando transgrede la premisa de la monogamia o cuando necesita un órgano para vivir. Esta diferencia, que se entiende sutil, es de gran importancia al momento de entender que el derecho se ocupa de muchas más cosas en la vida de los individuos que las simples relaciones de mercado. El derecho dice cómo pueden las personas con problemas de fertilidad cumplir su anhelo de ser padres, les dice a los padres de familia hasta cuándo responden por sus hijos, protege la libertad de locomoción prohibiendo la esclavitud, y establece cómo se ejerce el derecho de defensa por medio de las notificaciones judiciales.

Debido a lo anterior, en los propósitos que Posner señala en su libro *Sex and Reason (Erotic Art, Pornography and Nudity)*<sup>140</sup>, pone de presente el particular enfoque del AED, a esta clase de temas. (i) La necesidad de reunir en un solo documento diversidad de estudios que se han realizado acerca de la sexualidad y que los abogados desconocen y (ii) la búsqueda de la demostración de la viabilidad del uso de las herramientas proporcionadas por la ciencia que estudia el comportamiento racional humano, la aproximación económica, son los dos primeros propósitos que acompañan al siguiente, descrito en las propias palabras del autor: “My third aim is to expound a specific economic theory of sexuality, and as part of that project to derive hypotheses

from the theory and confront them with data both quantitative and qualitative. All theory are tentative, a theory as novel as the economic theory of sexuality especially so. Nevertheless, I believe that such of the variance among different areas, culture, social classes, races, and the sexes themselves in behavior, attitudes, customs, and laws concerning such aspects of sexuality as premarital sex, homosexuality, polygamy, prostitution, rape, contraception, abortion, infanticide, pornography, public nudity, and child sexual abuse can be explained and changes in them predicated and reference handful of variables that the theory identifies as likely to be significant (...) <sup>141</sup>.

El aporte que viene a ofrecer el AED será establecer una serie de herramientas, herramientas económicas, para una comprensión más sofisticada de los efectos que las normas legales tienen sobre el comportamiento social, dentro de la cual los agentes rara vez ajustan su comportamiento al patrón previsto por las normas legales <sup>142</sup>. El derecho se convierte en un conjunto de incentivos y rémoras que encauzan la conducta de los individuos hacia la consecución del fin específico que ha de perseguir el derecho, la eficiencia económica. El derecho cumplirá la función de crear los estímulos necesarios para que la finalidad eficientista se logre y ello mediante el diseño de normas jurídicas que faciliten el intercambio como paso previo a la consecución de la maximización de la riqueza y, por otro lado, a través de la creación de normas que ejerzan una función de disuasión respecto de aquellas conductas que no sean congruentes con dicho objetivo <sup>143</sup>.

Establecido de esta forma el operar del AED, las interpretaciones que hace esta metodología están referidas al comportamiento de los individuos frente al derecho y se convalida gracias a que los individuos son los receptores y agentes principales en la operatividad de cualquiera que sea la expresión del derecho. Entonces el elemento fundamental en el AED no reside en el contenido o en la estructura de la norma, sino que ésta, como concepto central y definitivo del sistema jurídico, es entendida como promotora de determinados comportamientos de los individuos, concibiendo la teoría del derecho como una teoría de la acción <sup>144</sup>.

Gracias a que la lógica económica puede estar detrás de la construcción de muchas instituciones jurídicas, y que los individuos actúan maximizando sus intereses, se explica por qué el vehículo de operación del AED es la eficiencia, si se entiende ésta como eficiencia económica <sup>145</sup>. Según POLINSKY, comportarse eficientemente significa en el AED asumir una conducta que amplíe al máximo los beneficios totales. Dado que empresas e individuos tienen en cuenta las consecuencias de su conducta en sus costes y beneficios, el problema del incentivo es, en el caso de las normas jurídicas, cómo

inducir a empresas e individuos a tener en cuenta las consecuencias de su conducta en sus costes y beneficios, y en los costes y beneficios de los otros <sup>146</sup>. Por esto la eficiencia se entiende como la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma <sup>147</sup>.

Entonces, si entendemos que las normas legales deben tener en cuenta a los individuos, que su conducta se condiciona bajo presupuestos de racionalidad económica y que el Derecho opera bajo condiciones de escasez, la intención al interior del AED será el aprovechamiento de los recursos a

140. "En *Sex and Reason*, RICHARD POSNER, juez superior y notable tratadista sobre análisis económico de la legislación, se propone exponer una teoría económica de la sexualidad lo cual además de los aspectos convencionales como el matrimonio, el cortejo heterosexual, incluye la homosexualidad, la pornografía, la coerción, la tecnología y la moralidad en el sexo, y culmina en una economía política de la regulación sexual". HOMERO CUEVAS. "Reseña del libro *Sex and Reason* de Richard A. Posner", *Revista Contexto*, n.º 8, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

141. Específicamente sobre pornografía señala: "La inmensa, aunque extrañamente desapasionada, literatura académica sobre pornografía y las presentaciones eróticas en general, se ocupa básicamente de dos asuntos: las consecuencias sociales de lo obsceno y la línea que separa lo obsceno de lo que no lo es. Por lo general, al tratar este tema se han ignorado una serie de fascinante preguntas que pretendo traer a discusión en este texto. Estas preguntas se refieren a los usos de la pornografía y otros materiales eróticos, a las causas de la pornografía –en otras palabras, los factores que afectan su oferta y demanda– a los índices de la demanda dependiendo de lo represiva o permisiva que sea una sociedad sexualmente hablando, a los orígenes sociales y las funciones del concepto de obscenidad, a la relación entre ese concepto y las actitudes respecto a la desnudez y a las razones por las que la pornografía parece ser cada vez más violenta y desagradable...". RICHARD A. POSNER. *Sex and Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1994. En español se puede encontrar este capítulo bajo la siguiente referencia: id. *Arte Erótico, Pornografía y Desnudez*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1996.

142. KORHAUSER. Ob. cit., p. 521.

143. MERCADO PACHECO. Ob. cit., p. 44.

144. *Ibid.*, p. 40.

145. ARIÑO ORTÍZ. Ob. cit.

146. Las empresas serán eficientes en su producción cuando se cumple cualquiera de los siguientes condiciones: (i) No se puede generar la misma cantidad de producción utilizando una combinación de insumos de costo menor, o (ii) se puede generar más producción utilizando la misma combinación de insumos. COOTER y ULEN. Ob. cit.

147. El concepto técnico de eficiencia es conocido como eficiencia de Pareto. Se dice que una situación se ajusta a la eficiencia de Pareto si no hay ningún cambio posible que pueda mejorar la situación de alguien sin empeorar al mismo tiempo la de otro; si no es eficiente una situación se puede mejorar la posición de alguien sin empeorar la de otro. POLINSKY. Ob. cit.

través de la eficiencia para maximizar la riqueza social, materialización del último propósito de este movimiento.

Para POSNER la maximización de la riqueza significa explotar los recursos económicos de tal manera que su valor, la satisfacción humana, medida por la voluntad de pago del consumidor por los bienes y servicios sea maximizado, adicional a ser una base más firme que el principio de utilidad sobre la cual construir una teoría normativa del derecho<sup>148</sup>. La noción de maximización de la riqueza permite superar la indefinición propia de la utilidad al pasar a juzgar la justicia o la moralidad de las instituciones sociales y jurídicas por su capacidad de aumentar la riqueza de la sociedad medida en términos monetarios<sup>149</sup>. Concretando, para el AED la eficiencia, como generadora de maximización de riqueza social, es un criterio válido que debe observar si las normas o el ordenamiento en general establecen los incentivos correctos y la asignación del riesgo se encuentra asignada bajo este parámetro<sup>150</sup>.

Esto lleva al último eslabón que concreta, a grandes rasgos, el proyecto del *Law and Economics*<sup>151</sup>. En el AED, todos los beneficios y los costes pueden determinarse en función de un denominador común: el dinero. Conviene subrayar que tal hipótesis obedece a razones de simplificación expositiva, pues no es esencial para el análisis económico, al no excluir aspectos que podrían considerarse no económicos: como por ejemplo la protección de la vida y de la integridad física. “Seguido a esta característica el AED considera que los propios individuos determinan los valores monetarios que hay que asignar a sus beneficios y costes; situación que se concreta en la hipótesis de la soberanía del consumidor”, que para POLINSKY es una hipótesis aceptable si uno cree que los individuos saben, en general, lo que es mejor para ellos<sup>152</sup>.

148. En el artículo “Utilitarismo, Economía y Teoría Legal”, recogido posteriormente en el libro *Economics of Justice*, POSNER critica a HART por haberle atribuido enormemente la idea de que el utilitarismo sería la fuente de inspiración del AED e intenta distinguir entre el principio de utilidad y el principio de maximización de la riqueza. POSNER. *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*. cit.

149. El análisis económico de la ley no es utilitarista y considera que su propia metodología no es utilitarista, adicional a que contiene elementos éticos preferibles a los del utilitarismo, por cuanto no utiliza a las personas como objetos sino como sujetos y dispone de criterios objetivos para asignar los recursos. NÚÑEZ TRUJILLO. Ob. cit., p. 123.

150. POLINSKY. Ob. cit.

151. “Sólo tienen valor, y sólo son susceptibles, por ello, de intervenir en la definición de aquello cuya maximización se puede lograr, aquellas satisfacciones personales, y solamente aquellas, que están en alguna medida apoyadas por una voluntad y capacidad reales de pago y que, por ello, son susceptibles, de manera explícita o implícita, de ser objeto de un intercambio monetario en el mercado” POSNER. *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, cit.

El problema de asignar valores monetarios a costes o beneficios es especialmente difícil cuando afecta la vida de un individuo o a lesiones que impliquen pérdida de miembros. En teoría, todo individuo daría cuanto posee por negar la posibilidad de que lo maten y no aceptaría cantidad alguna por dejarse matar voluntariamente. Probablemente sucederá lo mismo respecto a la pérdida de miembros. “Si esto fuese así, limitaría notablemente el Análisis Económico del Derecho, dado que muchos litigios jurídicos afectan a la pérdida de la vida o de un miembro. Sin embargo, el hecho de que ciertos individuos no estén dispuestos a sacrificar voluntariamente la vida o un miembro por una cantidad de dinero, sea cual sea, no es directamente significativo para situaciones en las que corre peligro la vida o un miembro. La pregunta significativa en esos casos es: “¿Cuánto estaría usted dispuesto a pagar por reducir la probabilidad del daño corporal? O ¿Cuánto habría que pagarle para que aceptase un aumento de la probabilidad del daño corporal? Son preguntas a las que los individuos responden implícitamente a diario”<sup>153</sup>.

Así el Derecho tendrá la posibilidad de maximizar riqueza social partiendo de la escasez de recursos, del modelo del *homo oeconomicus*, de la eficiencia como el mejor presupuesto de operatividad de las normas y de la creencia en el sistema de mercado como modelo de decisión óptima. Para MERCADO PACHECO este proceso de elaboración del AED se concreta si se tienen en cuenta los siguientes escenarios<sup>154</sup>:

1. En condiciones de mercado en equilibrio, el derecho debe asumir una posición omisiva, pues no le compete ninguna función decisoria o de intervención para conseguir el resultado eficiente.
2. Cuando el equilibrio no se dé a través del mismo mercado por la existencia de fallas, el derecho debe reducir o eliminar los obstáculos para que los acuerdos se den de la forma más eficiente.
3. El derecho debe crear un mercado simulado cuando los altos costes del mercado no permitan su funcionamiento.

Hasta este momento se ha establecido que el modo genérico de razonar desde el AED parte de las siguientes bases: (i) el presupuesto inicial es la maximización de los intereses propios, bajo el modelo de *Homo oeconomicus* (cuya racionalidad se entiende de forma objetiva), cuyas características se encuentran implícitas en la actuación de los individuos y (ii) que esta racionalidad económica a su vez se puede encontrar inmersa en las mismas instituciones jurídicas (limitaciones informales y formales), (iii) que la finalidad del AED es maximizar la riqueza social y (iv) que el



medio para llegar a este fin es la eficiencia como criterio de calificación, tanto de las actividades de los individuos como de la capacidad de las normas de promoverla<sup>155</sup>.

### C. Conclusión parcial

La contundencia del proyecto del AED, sus supuestos económicos y su pretensión cientificista en el entendimiento del derecho desde una base de análisis conductual de los individuos, que extiende estos supuestos a todo el entramado de relaciones sociales buscando establecer el orden dentro de los anhelos individuales, ha sido de difícil aceptación por la academia tradicional<sup>156</sup>. Los resultados de estas críticas han alimentado el nacimiento de nuevas posturas que se derivan de la corriente principal que se buscó plantear hasta este momento. La asimilación del conductismo económico ha sido objeto de diversas críticas y mucho se ha avanzado acerca de la matización y estructuración de los supuestos microeconómicos que se usan en el AED<sup>157</sup>, por lo tanto difícilmente se puede hablar hoy de un solo proyecto dentro de este movimiento.

Hay que reconocer que el esfuerzo de hacer del derecho y sus intenciones un catálogo manejable desde diversos campos de estudio no se puede rechazar por no congeniar con la forma de razonar de cada crítico y por lo tanto desechar un aporte más a la estructuración de un mejor derecho. El AED ofrece una estructura de comunicación, que atiende al uso que debe tener todo lenguaje científico. De esta forma, el uso alternativo de los conceptos económicos y jurídicos tiene como resultado la ordenación a una realidad previamente modelada y constituida<sup>158</sup>, proporcionando las herramientas para hacer del derecho un medio de búsqueda de fines sociales, que bien entendido permite visualizar caminos para materializar principios y derechos que a primera vista se consideran contrarios a éste esfuerzo teórico. La mejor forma de hacer esto sería escuchando las propuestas del AED; el paso siguiente será estudiar sus fundamentos y posteriormente, trabajos sobre campos específicos; un esfuerzo más intenso implica el uso de las herramientas y, por último, llegar a criticar el proyecto generando un reentendimiento del mismo<sup>159</sup>.

Sólo queda por señalar, en la primera parte de este trabajo, unas palabras que resumen todo lo que se ha tratado de explicar. Hablando del Análisis Económico del Derecho el profesor HINESTROSA señala: "La ley en sentido amplio es la manifestación jurídica de la forma como una sociedad organizada pretende que se administre las relaciones entre las personas. La formación de esas reglas es necesaria en la medida que existan intereses que no es posible satisfacer íntegra o simultáneamente, entre otras razones porque requerirían de la destinación de los mismos insumos. Si

tenemos en cuenta que los recursos, materiales y no materiales, son limitados y que los intereses que resultan valiosos para las personas en una sociedad moderna son cada vez más y más complejos y sofisticados, es fácil comprender que la interacción entre los seres humanos se hace cada vez más difícil. En el anterior contexto, en el próximo siglo cada legislador, cada administrador público y cada juez deberán obrar sensibilizados en que las decisiones que adopten representen no sólo las personas y el sector directamente

152. El principal problema de la asimilación de la utilidad al dinero como unidad, mas no como acumulación, se centra en el cuestionamiento sobre cuál será el procedimiento para establecer cómo los individuos valoran las pérdidas o las ganancias, teniendo en cuenta que esta valoración puede verse afectada por el problema evidente de que los perjudicados pueden tener un incentivo para exagerar sus pérdidas, por ejemplo, si la indemnización se basara en sus pérdidas declaradas. Por otra parte, los beneficiados podrían tener un incentivo para infravalorar sus ganancias. Razonamiento consecuente con la aproximación conductual al derecho. Lo anterior para POLINSKY se llama efecto riqueza, donde los agentes se comportan de diferente forma según su percepción del riesgo o valoración personal de los bienes o servicios. POLINSKY. Ob. cit., p. 139.

153. *Ibid.*, p. 141.

154. MERCADO PACHECO. Ob. cit.

155. Así expuesto se llega al núcleo práctico del AED, según POSNER: "Para mí, el aspecto más interesante del movimiento del derecho y la economía ha sido su aspiración a colocar el estudio del derecho sobre una base científica, con una teoría coherente, con hipótesis precisas deducidas de la teoría, y verificaciones empíricas de las hipótesis. El derecho es una institución social de enorme antigüedad e importancia, y no puedo ver ninguna razón para que no sea susceptible al estudio científico. La economía es la más avanzada de las ciencias sociales, y el sistema legal contiene muchos paralelos y se traslapa con los sistemas que los economistas han estudiado con éxito" del libro *Essays in Law and Economics*, MICHAEL FAURE y ROGER VAN DEN BERGH (comp.), 1989. Citado por COOTER y ULEN. Ob. cit., p. 11.

156. "Las Críticas que recibió y sigue recibiendo el manual de RICHARD A. POSNER, publicado en 1970, *Economic Análisis of Law*, forma parte ya del background del mismo AED, no por su inoperatividad sino porque ha completado en muchos aspectos (tal es el caso de las críticas de los "neoinstitucionalistas" o las posturas de la llamada "escuela liberal-reformista" del AED) la agenda y la extensión de una teoría económica del sistema jurídico". MERCADO PACHECO. Ob. cit., p. 31.

157. "... investigaciones están discutiendo mucho sobre cómo modelar la racionalidad disminuida, en oposición a la racionalidad plena, postulada por la economía tradicional. A fin de modelar la racionalidad disminuida, algunos investigadores modifican los supuestos del modelo económico tradicional, mientras que otros abandonan tal modelo y lo sustituyen con alternativas novedosas tomadas de la psicología". COOTER y ULEN. Ob. cit., p. 24.

158. POSNER. *Economics analysis of law*, cit.

159. Por otra parte, la forma como se ha venido haciendo es: no escuchando, no estudiando, no utilizando pero sí criticando. De nuevo una cita de MILL: "Quien sólo conozca un aspecto de la cuestión no conoce gran cosa de ella". MILL. Ob. cit., p. 102.

cobijados, sino también respecto de todos aquellos que requieren, prevén, administrando o distribuyen los recursos, intereses o posiciones que se está disponiendo<sup>160</sup>.

Presentado este arco de aproximación metodológica, continúa la ejemplificación del uso del AED en el tratamiento de un tema multidimensional, como muchos a los que se ven enfrentados el Legislador, el litigante, el consultor, al igual que el médico y el filósofo; pero resuelto desde una lógica que reconoce tal complejidad y busca aportar una solución más al debate.

## II. La escasez, el tráfico y el mercado de órganos: Una propuesta desde el AED

El tratamiento de la escasez de órganos humanos para ser trasplantados refleja de forma expresa el conflicto que se presenta cuando el derecho, aquel que comprende las limitaciones formales como las limitaciones informales, se enfrenta a situaciones de escasez y sus consecuencias. El conflicto de intereses que se plantea al momento de buscar soluciones para aumentar la oferta de órganos no le basta con atender qué sucede con las normas escritas sobre el tema, pues detrás de la extracción de un componente anatómico hay, además de la regulación estatal, un intrincado problema ético que combina diferentes concepciones sobre la propiedad del cuerpo y su disponibilidad<sup>161</sup>. El manejo del tema, por estas características, puede ser revisado desde diversos campos (Filosofía, Medicina, Derecho, Economía, etc.), los cuales fueron retomados desde la Metodología del AED en esta investigación. Para los objetivos de este trabajo se presentarán los argumentos que ilustran un estudio de caso desde el AED, bajo el marco conceptual que se planteó en la primera parte, ejemplificando el uso de las herramientas del Derecho y Economía que busca aclarar su uso por cualquier operador jurídico.

Primero se hace una relación de la escasez de órganos humanos y las consecuencias que se han presentado en el panorama social actual. Establecido el problema y sus efectos, se entra a plantear la legalización de las contra-prestaciones para incentivar la cesión de órganos<sup>162</sup>. De esta forma a través de la presentación del núcleo de la investigación se hace explícito el alcance y metodología del AED.

### A. La escasez de órganos y sus consecuencias

Los logros de la Medicina y la Biología en nuestro tiempo permiten la disponibilidad de partes y elementos del cuerpo humano sin que ello afecte la integridad y salud del donante<sup>163</sup> de manera contundente<sup>164</sup>. "Se hace compatible, así, la conservación de la vida y la capacidad funcional del

organismo con una serie de actos de disposición del mismo que, por otra parte, vienen caracterizados por su extraordinaria utilidad para otras personas..."<sup>165</sup>. Estos avances generan una serie de correlaciones entre los individuos que participan de distinta manera alrededor del trasplante unas veces como donantes, otras como receptores<sup>166</sup>, como solicitantes insatisfechos, y en ocasiones como familiares con facultad de disposición sobre el cuerpo del fallecido<sup>167</sup>.

Todo esto sin perder de vista que en esta técnica médica gravitan temas que implican una profunda reflexión, cual es la relación del hombre con su cuerpo y las facultades inherentes a su disposición, la gratuidad<sup>168</sup> como principio, la onerosidad como restricción formal, la posibilidad de salvar la vida, alargar la misma o devolver la dignidad, la concepción de las personas frente al tema y las reglas sociales que determinan de forma innegable la evolución o estancamiento de este procedimiento quirúrgico<sup>169</sup>.

Para lograr mostrar una visión general del problema, circunscribiéndolo a la terminología económica, se revisa el problema de la escasez y las causas que la han originado para luego mostrar cómo la situación actual de oferta restringida de órganos frente a la demanda ilimitada de los mismos, ha dado lugar a un fenómeno que se encuentra en la penumbra de la certidumbre: el tráfico de órganos humanos.

#### 1. El panorama actual y sus causas

La escasez de órganos<sup>170</sup> humanos para su trasplante<sup>171</sup> es una constante en todo el mundo que no se puede negar; a nivel mundial, uno de cada tres pacientes recibió el trasplante que necesitaba en 1998 y solamente en Europa hay 50.000 pacientes en espera de un trasplante<sup>172</sup>. Se llega a calcular que el número de personas a la espera de recibir un trasplante duplica en estos momentos al de órganos disponibles<sup>173</sup>. La demanda mundial de órganos está aumentando en un 15% al año, las cifras de donación de órganos se han estancado<sup>174</sup> y según encuestas realizadas en los Estados Unidos, el 90% de la población desea que existan suficientes órganos disponibles, pero sólo el 50% estaría dispuesto a donar, mientras que cerca de un 15% a un 20% de los adultos, se opone a la donación para sí mismos o para sus familiares<sup>175</sup>.

En el informe del Secretario General de la ONU de 1995 (E/CN.4/Sub.2/AC.2/1995/6), destinado al Grupo de Trabajo sobre formas contemporáneas de esclavitud de la Subcomisión de Derechos Humanos figura una información de la Oficina de las Naciones Unidas de Viena que estima que el 85% de las pacientes aceptadas en diálisis en Irlanda son objeto de trasplantes en el primer año, en tanto que en los Estados Unidos alrededor del 25% de tales casos llegan a un trasplante y en Japón menos del 10%<sup>176</sup>. De acuerdo

160. FERNANDO HINESTROSA. "Presentación de la Reunión Anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía", en *Colección de Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Multra*, vol. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 12.

161. Se puede decir que las limitaciones formales sobre el tema de trasplantes en Colombia ocupa desde hace un buen tiempo las intenciones del legislador. La primera ley que reguló el tema es la Ley 9.ª de 1979, reglamentada en los decretos 03 de 1982 y 2363 de 1986. La próxima ley sobre el tema fue la n.º 73 de 1988, reglamentada a su vez por el Decreto 1172 de 1989. El estatuto vigente en la actualidad es el Decreto 1546 de 1998. Completa el marco regulatorio las resoluciones 3199, 3198 y 3200 todas de 1998. A medida que se avance en el tema de este apartado se reseñarán a pie de página los conceptos e instrucciones de la ley colombiana para hacer una idea del esquema institucional formal del país.

162. Una estructura adecuada para plantear una disertación desde el AED puede seguir los siguientes pasos planteados por BACKHAUS. Los pasos se dividen en Preliminares y Analíticos: "Preliminary steps: Step 1. Define the problem to be analysed and state what types of answers can be expected. Step 2. Disassemble the problem and reduce it to a sequence of legal questions with as small a residue as possible. Step 3. Make every legal problem correspond to an appropriate set of legal norms and indicate the norms. Step 4. Now structure the residue: a. List all questions of facts and the most appropriate method for establishing these facts; b. List all the questions of theory, start the questions precisely in terms of and side-by-side with appropriate theory or theories to be invoked.

Analytical steps: Step 1: State the basic problem in economic terms, develop one unifying model of reference and indicate the iterative steps needed to develop the model in several variations until it fits the problem at hand. State the possible outcomes of your model – based analysis. Step 2. Select and list the norms and legal terms the interpretations of which will be critical to the outcome of the analysis and give an economic analysis one by one. You must precisely state the theory which you use for this analysis and ensure that the premises remain the same as in the general model of reference. Step 3. List the solutions and translate them into the language of the legal norms. Draw the conclusions. Step 4. Now carry through the analysis as a whole by using the model developed in step 1 and the interpretative results from step 3. State the outcome". JÜRGE G. BACKHAUS. *Towards an ideal economic analysis of a legal problem*. The Elgar Companion to Law and Economics. Edward Elgar Publishing limited, Cheltenham, 1999. Otro documento que ilustra la metodología investigativa del AED es: HEICO KERKMEESTER. *Methodology: General*. Encyclopedia of Law and Economics. vol. 1, BOUDEWIJN BOUCKAERT (ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2000.

163. Según el Decreto 1546 de 1998, artículo 2.º: "Donante. Es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otra persona, con objetivos terapéuticos. La voluntad de donación expresada en vida por una persona, sólo puede ser cambiada por ella misma y no podrá ser modificada después de su muerte por sus deudos".

164. Se dice que los primeros cuestionamientos frente a los trasplantes se deben hacer con relación al trasplante mismo, pues para hacer un trasplante como procedimiento terapéutico se necesita que se hayan agotado las etapas en modelos experimentales, en animales y se tenga alta probabilidad de que no es nocivo para el paciente. LUIS ALFONSO VÉLEZ CORREA. *Ética Médica: Interrogantes*

*acerca de la medicina, la vida y la muerte*, 2.ª ed., Medellín, Corporación Investigaciones Biológicas, 1998.

165. VÍCTOR ANGOITIA GOROSTIAGA. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humano: problemática jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

166. Según el Decreto 1546 de 1998, artículo 2.º: "Receptor. Es la persona en cuyo cuerpo se trasplantan componentes anatómicos biológicos".

167. Esta es una realidad que se puede llegar a conmensurar al detenerse en las siguientes cifras de donaciones por millón de habitantes que reflejan la cantidad de personas y recursos que están involucradas en los trasplantes de órganos: España cuenta con 39,66, Estados Unidos: 21,6, Francia: 16,5, Reino Unido: 13,5, Alemania: 10, Australia: 18,75, República Checa: 10,3, Grecia: 10, Hungría: 10,3, Italia: 58, Croacia: 4,7, Portugal: 9,96, Polonia: 38,64, Eslovenia: 2 y Suiza cuenta con 7 millones de donantes por millón de habitantes. Estas cifras provienen de la página web de la Organización Nacional de Trasplantes española y de RAFAEL MATESANZ ACEDOS. *Los trasplantes de órganos y tejidos: Una mirada al futuro*. Bioética 2000, Coordinado por MARCELO PALACIOS y RAFAEL MATESANZ ACEDOS, Llanera, 2000.

168. En Colombia esta estipulación se encuentra en el Decreto 1546 de 1998, del 4 de agosto, en su artículo 7.º. "Prohíbese cualquier forma de retribución o remuneración respecto de la donación de los componentes anatómicos a que se refiere el presente decreto. Lo anterior sin perjuicio de los costos ocasionados por el diagnóstico, la ablación, el suministro, el trasplante y los controles subsiguientes a dichos procedimientos".

169. Los presupuestos de gratuidad, dignidad, justicia, etc. tienen, de una u otra forma, validez a nivel internacional, basta tener como referente la Ley española n.º 30 del 27 de octubre de 1979, que establece en su artículo 2.º que: No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado. Esta disposición se aplica para donaciones ex vivo como a los órganos procedentes de cadáveres.

170. Los órganos humanos están comprendidos dentro del concepto de componente anatómico. Por esta razón, se usarán de forma indistinta, órganos y componentes. El artículo 2.º del Decreto 1546 de 1998, entiende por componente anatómico lo siguiente: Son los órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo.

171. Según el Decreto 1546 de 1998, artículo 2.º: Trasplante. Es el reemplazo con fines terapéuticos de componentes anatómicos de una persona, por otros iguales o asimilables, provenientes del mismo receptor, o de un donante, vivo o muerto.

172. Xenotrasplantes ¿Desaparecen los temores ante los retrovirus de cerdos? 1.º de septiembre de 1998 [www.healthig.com/transplantes/transplantes9.html].

173. Fuentes: diario *El Mundo*, AP, Europa Press, El Médico Interactivo. 22 - 03-01-2002: [www.healthig.com/clonacion/clonacion22.html].

174. Xenotrasplantes: Solución potencial a una necesidad crítica: [www.baxter.com.co/noticias/news039.htm].

175. [www.ucimed.com/transplante.htm].

176. [www.wamani.apc.org/abuelas/librocongIII/ateite.html].

a la United Network for Organ Sharing (UNOS)<sup>177</sup>, la organización más importante a cargo de trasplantes de órganos en los Estados Unidos, aproximadamente 20 pacientes mueren diariamente mientras esperan su turno para recibir un órgano compatible<sup>178</sup>. Las estadísticas indican que en junio de 1991, el número de personas que estaban en lista de espera para recibir órganos era de 24.000 y en 1992 la cantidad de personas que necesitaban un trasplante de órganos era de 30.000, seis mil más que en el año inmediatamente anterior, pero sólo la mitad de estos últimos pudo llegar a obtener el órgano requerido<sup>179</sup>. Las personas que necesitan un órgano, ya no para salvar su vida, hoy están sumando más de 20,000. La situación es tan difícil que solamente en Nueva York hay un estimado de alrededor de 7.000 personas en listas de espera por un órgano<sup>180</sup>.

En Australia la cantidad aproximada de personas que necesitan un trasplante renal es alrededor de 2000 y sólo se llegan a trasplantar 400 riñones anuales y el periodo de espera media para que se lleven a cabo es de tres años<sup>181</sup>. En Argentina, en el mes de enero de 1999, 5.564 pacientes requerían de un órgano que les permitiera seguir viviendo pues solamente uno de cada diez pacientes recibe el órgano, y tres de los que necesitan un hígado o un corazón mueren en la espera. Las estadísticas realizadas en este país demuestran que sólo se llega a 11 donantes por cada millón de habitantes y el tiempo de espera para recibir un órgano supera, en promedio, los cinco años<sup>182</sup>.

El caso de México presenta los mismos niveles de escasez. El Registro Nacional de Trasplantes de México indica que el promedio anual de trasplantes de córnea es de 786, sin embargo se estima que más de 1.100 pacientes son candidatos para que se les lleve a cabo la misma intervención. En el caso de pacientes con problemas renales, sólo un 30% de aquellos que necesitan un trasplante de riñón lo reciben. La situación es igualmente crítica si se habla de trasplantes de hígado: se necesitarían alrededor de 6 mil hígados para satisfacer la demanda que se presenta en este país<sup>183</sup>.

En Alemania la situación es parecida pero las organizaciones multilaterales de países comprometidos con la mejora en la tasa de trasplantes y de número de donantes ofrecen un mejor panorama. En este país se realizan por año unos 2.300 trasplantes de riñón, 580 de corazón, 780 de hígado y aproximadamente 4.000 de córnea. Aun así, los pacientes en lista para un trasplante de riñón suman cinco veces más de los que se pueden llegar a realizar, y para uno de corazón o hígado, el doble de los posibles. En 1992, en Alemania, 7.800 personas esperaban un trasplante de riñón; sólo 2.100 tuvieron suerte de conseguir un donante y cada año se suman aproximadamente 3.200 personas más a las listas de necesitados<sup>184</sup>. Todo esto pese a que, gracias a Eurotransplant<sup>185</sup>,

una fundación de utilidad pública con sede en Leyden, Holanda, los pacientes alemanes disponen de más órganos provenientes de donadores voluntarios de los países miembros de esta organización.

España cuenta con el mayor índice de donaciones y por ello la probabilidad de sustituir un órgano humano es el más alto del mundo: 39,66 donantes por millón de habitantes en promedio a nivel nacional, contando con la ciudad con más alto nivel de donaciones del mundo: Valencia, con 36 donantes por millón<sup>186</sup>. Para COSTAS LOMBARDÍA<sup>187</sup>, para poder llegar a estos niveles el “modelo español” ha incluido incentivos económicos para lograr toda una red de información que permite acelerar las donaciones con el consiguiente beneficio monetario por parte de todos los involucrados en la sustitución, excepto los donantes, para no contradecir el principio axial de la gratuidad. De esta forma, España obtiene su éxito al inducir en los hospitales públicos el uso de fuertes estímulos financieros que en otras naciones no se aplican. Anualmente, el gerente de cada hospital considera la cifra prevista de trasplantes en el centro y, de manera oficiosa, acuerda con los médicos, enfermeras y otras personas dedicados a tal actividad la cuantía de unas retribuciones especiales añadidas al sueldo que lo duplican o más, frente al salario de otras personas relacionadas con la salud. Las remuneraciones resultantes son elevadas, y sumadas a la paga ordinaria alcanzando altas cifras en la sanidad pública: entre 12 y 18 millones de pesetas al año, según qué centros, recibe el coordinador de trasplantes, que se ha convertido en el puesto mejor pagado de los hospitales de España.

Todas estas rentas mantienen a estos profesionales en alerta continua en la identificación y el seguimiento de todos los enfermos potenciales donantes que entran en el hospital y en persuadir a los familiares a que autoricen la extracción. De esta forma, el sistema usado en España obtiene sus logros gracias a la utilización de la lógica del mercado, tema que se desarrollará a su debido momento, pero que no resulta del todo coherente, según los críticos<sup>188</sup>.

Las causas de la escasez, como ya se puede concluir de lo aquí enunciado, son de diferente naturaleza bajo el marco sobre el cual están operando las donaciones y trasplantes en estos momentos a nivel mundial. Buscando dar un orden, se pueden agrupar de la siguiente forma<sup>189</sup>:

a. *Causas puramente naturales*: La principal barrera para realizar un trasplante se encuentra en el mismo sistema inmunológico (HLA)<sup>190</sup> entre seres humanos, que ha marcado los derroteros en el desarrollo de los trasplantes<sup>191</sup>. Dentro de esta categoría está la demanda de órganos debido a los progresos de la técnica médica y la cada vez menor disponibilidad de cadáveres aptos para la extracción de

órganos como consecuencia de la disminución de la tasa de mortalidad a nivel mundial y los avances en tecnología de seguridad pasiva<sup>192</sup>. Dentro de las causas naturales se tienen las siguientes variables que se agravan a medida que el tiempo transcurre, los desarrollos científicos continúen de la misma forma y el marco institucional continúe igual<sup>193</sup>:

a. Aumento progresivo de las indicaciones y de la edad de los receptores ante los buenos resultados conseguidos, lo cual posiciona a los trasplantes entre los procedimientos quirúrgicos preferidos para salvar y recuperar la calidad de vida, aspecto que amplía considerablemente la demanda. El porcentaje de éxito en trasplantes de corazón y de hígado actualmente es superior al 90%, con un volumen de rechazo inferior al 30%<sup>194</sup>.

b. Mejor detección de las enfermedades transmisibles, que implica una selección minuciosa de los órganos, hecho que lleva a descartar una gran cantidad de posibles donantes.

c. Rechazo crónico de injertos antiguos, y, por último,

d. Demanda acumulada previa insostenible.

b. *Causas de tipo cultural o social*: En el total de la población mundial existe una menor disposición a la donación de órganos in vitam y post mortem dentro de determinados grupos sociales. "Es un hecho conocido que la actitud de las poblaciones de determinadas áreas se muestra, por las más diversas razones, reseñablemente favorable a la cesión post mortem de sus cuerpos con fines terapéuticos, mientras que, por el contrario, otras regiones se manifiestan estadísticamente más reacias a aquella cesión"<sup>195</sup>. En países

177. [www.unos.org/franc\_default.asp].

178. De otras fuentes se dice que en Estados Unidos mueren 12 pacientes diariamente: [www.tampico2k.com/ciencia/donacion.htm].

179. ERNESTO GARZÓN VALDEZ. *Algunas consideraciones éticas sobre el Trasplante de órganos. Bioética y Derecho: Fundamentos y Problemas Actuales*, RODOLFO VÁZQUEZ (comp.), México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

180. [www.health.state.ny.us/nysdoh/donor/vida.htm]. Se referencia que hoy en Estados Unidos hay más de 70.000 pacientes en lista de espera: [www.noticias.uol.com.ar/edicion\_1315/nota\_02.htm].

181. [www.wamani.apc.org/abuelas/libroconglI/ateite.html].

182. [www.oei.org.co/sii/entrega7/art01.htm].

183. Refacciones de Vida: [www.tampico2k.com/ciencia/donacion.htm].

184. *Diet Seit* 43, 22 de octubre de 1993.

185. Al Eurotransplant pertenecen: Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Holanda.

186. Si se tratara el resto de enfermos según el manejo dado en España, se multiplicarían por cinco el número de beneficiarios: Refacciones de Vida: [www.tampico2k.com/ciencia/donacion.htm].

187. La crítica que en adelante se hace con base en: ENRIQUE COSTAS LOMBARDÍA. "Detrás de las estadísticas de trasplantes", en *El País*, viernes, 27 de abril de 2001 [www.ctv.es/users/borobar/trasplantes.htm].

188. Se señalan como las principales consecuencias: desprecio del altruismo, arbitrariedad asistencial (debido a la preferencia del trasplante como procedimiento desconociendo otras vías médicas para solucionar las enfermedades), injusticia laboral (pues los incentivos solo son para el personal relacionado con los trasplantes), irresponsabilidad financiera (debido a los dineros que entran de forma extraordinaria a las arcas de los hospitales) y desinformación de la sociedad de la realidad del sistema que consideran su orgullo. *Ibid.*

189. GARZÓN VALDEZ. *Ob. cit.*

190. A grandes rasgos el sistema inmunológico, llamado sistema inmune, es el sistema corporal cuya función primordial consiste en destruir los agentes patógenos que encuentra. Cualquier agente considerado extraño por un sistema inmunológico se denomina antígeno. La responsabilidad es reaccionar de forma adecuada con los miles de antígenos, patógenos potenciales diferentes, que pueden invadir el cuerpo. El sistema inmunológico consta de seis componentes principales, tres de los cuales son diferentes tipos de células, y los otros tres, proteínas solubles. Estos seis componentes pueden encontrarse en la sangre de diferentes formas. Las tres categorías de células inmunológicas son granulocitos, monocitos y linfocitos. Los tres tipos de proteínas, la porción líquida de la sangre, son las inmunoglobulinas, las citoquinas y las proteínas del complemento. Los seis componentes del sistema inmunológico actúan como un todo para desarrollar una respuesta inmunitaria eficaz.

191. El gran avance en este campo se dio con el descubrimiento de la Ciclosporina. Es un fármaco capaz de inhibir la acción de rechazo frente a los tejidos extraños que se produce por el sistema inmunológico. La ciclosporina bloquea específicamente la actividad de ciertas células del sistema inmune denominadas linfocitos T, las cuales, en combinación con otras células de la sangre, podrían atacar los tejidos de los órganos trasplantados. La administración del fármaco se debe efectuar bajo estrecha vigilancia para que no perjudique la actividad renal.

192. "Es obvio que, a medida que se perfecciona la técnica de los trasplantes, irá aumentando también la demanda de órganos, cuya escasez es ya notoria [...] la eficiencia de medidas de seguridad en miras a evitar accidentes mortales (disposiciones de tránsito en las autopistas o el equipamiento de los automóviles con air-bags) y la reducción de la mortalidad en algunas enfermedades ha aumentado aún más la escasez de órganos disponibles; de esta manera, la consecución y la prolongación de la vida de unos impide recuperar la salud y prolongar la vida de otros". GARZÓN VALDEZ. *Ob. cit.*

193. MATESANZ ACEDOS, *Ob. cit.*

194. [www.baxter.com.co/noticias/news039.htm].

195. El número de donantes hispanos, y afroamericanos, en comparación con el de la población general, es mínimo. La diabetes y las fallas renales resultan de cuatro a seis veces más frecuentes entre los hispanos que en la población general y para solucionar por medio de trasplantes este problema se debe tener en cuenta una limitante insondable: la compatibilidad se encuentra con mayor facilidad entre los miembros del mismo grupo étnico. ANGOITIA GOROSTIAGA. *Ob. cit.*, p. 274.

multirraciales como Estados Unidos, el problema se plantea no sólo en relación con diferentes ámbitos geográficos, sino incluso respecto a distintos grupos de población<sup>196</sup>.

c. *Causas de tipo institucional*: La regulación actual sobre trasplantes no generan aumentos progresivos en las donaciones y restringe la creación de incentivos directos como política que permita buscar soluciones al desequilibrio entre oferta y demanda de órganos. Un ejemplo que ilustra de manera clara esto es el esquema de trabajo del modelo español, que se aparta de los esquemas clásicos e implementan incentivos de mercado para promover la donación, logrando con esto las tasas más altas del mundo.

La primera causa no puede ser eliminada con medios éticamente aceptables ya que la única forma de suprimirlos o reducirlos sería, por una parte, renunciar a la aplicación de un recurso que puede salvar la vida de muchos pacientes, promover la muerte de personas sanas estimulando el suicidio de los jóvenes, derogando los medios de seguridad vial y laborales, aumentando la clase social de personas que por sus condiciones de pobreza están dispuestas a vender sus órganos por cualquier precio arriesgando su vida por no contar con ningún esquema de protección, extendiendo el concepto de muerte de manera tal que pueda incluirse a personas que hoy se consideran aún vivas en la categorías de muertos, abandonando el logro de la definición de muerte como muerte encefálica, etc.<sup>197</sup>.

Planes sobre cómo modificar la concepción de las personas sobre los trasplantes y crear una conciencia proclive a la donación se encuentran con un legado conceptual reacio a donar debido a múltiples razones. Basta recordar la estadística atrás mencionada: el 90% de la población estadounidense desea que existan suficientes órganos disponibles, pero sólo el 50 % estaría dispuesto a donar, mientras que cerca de un 15% a un 20% de los adultos se opone a la donación para sí mismos o para sus familiares<sup>198</sup>. En Alemania, según distintas encuestas, un 70% de alemanes no tendrían inconveniente en donar órganos *pos mortem*, pero la desigualdad entre oferta y demanda de órganos continúa en aumento<sup>199</sup>.

Por último las causas institucionales son, parece ser, las que de forma más factible pueden llegar a tener cambios sustanciales, en el estado actual de las cosas. Hasta el momento los más importantes avances han sido permitir la donación de órganos de persona viva y el establecimiento del criterio de muerte encefálica<sup>200</sup>. El fracaso de esta última solución se basa en que solo 1 ó 2% de las personas que mueren en un hospital lo hace por muerte cerebral, más del 50%, de estas no son donantes<sup>201</sup>.

El otro mecanismo a nivel institucional que avanza en la disponibilidad de órganos es la presunción de donación<sup>202</sup>, que puede definirse de la siguiente manera: la donación se presume cuando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro del término de ley, que se consagra en cada país, a la ocurrencia de la muerte encefálica o antes de la iniciación de una necropsia, sus deudos no acreditan su condición de tales y expresan su oposición en el mismo sentido<sup>203</sup>. Deben cumplirse, para hacer efectiva la presunción por el cuerpo médico, los siguientes pasos:

1. Haberse donado en vida o estar bajo el supuesto de presunción, hecho que es improbable teniendo en cuenta las estadísticas que se han visto hasta este momento.
2. Tener como antecedente inmediato la muerte cerebral traumática, por ejemplo en casos de accidentes de tráfico o laborales, que se han visto disminuidos.
3. Muerte prolongada por patologías cerebrales muy localizadas (hemorragias y otras lesiones vasculares, tumores).
4. Parada cardíaca no recuperable sin ninguna otra patología acompañante
5. Haber ingresado con vida, al menos vegetativa, en una unidad de cuidados intensivos de un centro hospitalario autorizado para realizar extracciones de órganos.
6. Que los familiares no se opongan en las horas legales siguientes.

196. CLIVE O. CALLENDER. *Legal and ethical issues surrounding trasplantation: The trasplant team perspective*. Human Organ trasplantation, Michigan, Societal, Medical-Legal, Regulatory, and Reimbursement Issues, Health Administration Press, Ann Arbor, 1987.

197. GARZÓN VALDEZ. Ob. cit.

198. [www.ucimed.com/transplante.htm].

199. Se afirma que sólo un 3,3% de los donantes *pos mortem* de corazón, riñón, hígado, pulmón o páncreas hicieron pública en 1996 su expresa voluntad, a través de un certificado de donación de órgano, lo cual dificulta la extracción y posterior trasplante gracias a que hay que sortear gran número de inconvenientes al tener que involucrar a familiares y cercanos a la toma de la decisión de donar. Inter Naciones / IN-Press. Redactora responsable: SIGRID BORN, Traducción: J. PABLO KUMMETZ. Producción: ILONA ROTEN. 1998. [www.inter-naciones.de/download/dspan/st01-98s.doc].

Estar en curso de todas las anteriores prescripciones para extraer los órganos para su implantación, es ciertamente infrecuente en el conjunto de fallecimientos en la población. Por esta razón se obliga a desechar muchos órganos, incluso cuando existe la donación previa escrita del difunto y la más absoluta conformidad de sus familiares. No hay que olvidar que la aplicación de la presunción en contra de la voluntad de los familiares, aún cuando el fallecido en vida ha expresado su voluntad de forma expresa, es una decisión que los cuerpos médicos no toman pues la mala publicidad generada de este hecho lleva a más retrocesos de los que la misma cláusula de presunción puede aportar.

Por esta misma razón la escasez de órganos y tejidos humanos configura a estos como bienes extremadamente preciosos sobre los que, en ocasiones, se proyectan planteamientos de distribución de naturaleza económica que claramente contradicen aquellos criterios exclusivamente médicos. En este sentido, se propone, por ejemplo, la subsidiaridad en el acceso al trasplante de quien de forma voluntaria contribuye a la enfermedad o deterioro físico que finalmente determina su necesidad; la polémica se centra en torno a los fumadores, bebedores de alcohol, consumidores de droga. Pero si el criterio de muerte encefálica encuentra críticos y la presunción es un dispositivo que difícilmente se puede llegar a aplicar, las limitaciones de este tipo encuentran aún más fervientes contradictores, llevando la situación a extremos más oscuros de solucionar<sup>204</sup>.

Otros adelantos institucionales se han dado para aumentar el rango de posibles donantes. "La American Medical Association (AMA) ha aprobado trasplantes de recién nacidos con afecciones cerebrales. Se trata de bebés acéfalos que tienen una expectativa de vida de pocas horas o días. En estos casos está permitida una extracción de órganos cuando la respiración y la circulación están todavía en funcionamiento"<sup>205</sup>. Pero se puede concluir de forma casi inmediata que la aceptación de estos procedimientos es una posibilidad remota.

Lo último que queda por decir en este recuento de avances institucionales, es la utilización en programas institucionales sobre donación de las evidencias científicas y de los estudios sociológicos que han demostrado que la actitud personal y social hacia la cesión *post mortem* del cuerpo humano viene condicionado no sólo por las convicciones religiosas, socio-culturales, etc., en este punto singularmente diferenciadores y trascendentes, sino incluso en mayor medida, por la propia percepción y experiencia personal y social, que de los beneficios de la cirugía sustitutiva haya podido aprehenderse. Las estadísticas y la lógica apuntan a que algo similar acontece respecto a la percepción colectiva de un grupo social asentado en una determinada área geográfica, es

mucho más favorable precisamente en aquellos lugares en que la dotación hospitalaria posibilita la realización de trasplantes y los avances ofrecen una mejora colectiva de la condición de los integrantes del conglomerado<sup>207</sup>. Esto parece ser que no ofrece dudas, pero se debe tener en cuenta que implementar estas razones en la solución del problema debe partir de presupuestos médicos, científicos y sanitarios favorables que sólo se logran en sociedades con alto índice de desarrollo, característica no propia de la mayoría de la humanidad.

La situación de escasez, su aumento y el fracaso en las políticas de reducción del número de enfermos en listas de espera es una situación que el crimen organizado no puede dejar de explotar, porque prácticas criminales y ávidas pueden producir grandes beneficios allí donde la cantidad

200. En la literatura sobre Trasplantes hay infinidad de artículos, textos y documentos sobre la definición de muerte. El criterio más aceptado en la legislación occidental es el de muerte encefálica, que posibilita la extracción y uso de la mayor cantidad de órganos bajo las mejores condiciones. La muerte encefálica se define así en el Decreto 1546 de 1998: "Es el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando en forma irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico, comprobada por examen clínico. Para los efectos del diagnóstico de muerte encefálica previo a cualquier procedimiento destinado a la utilización de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos, deberá constatarse por lo menos, la existencia de los siguientes signos: 1. Ausencia de respiración espontánea; 2. Pupilas persistentemente dilatadas; 3. Ausencia de reflejos pupilares a la luz; 4. Ausencia de reflejo corneano; 5. Ausencia de reflejos óculo vestibulares; 6. Ausencia de reflejo faríngeo. El diagnóstico de muerte encefálica no es procedente cuando en la persona exista cualquiera de las siguientes condiciones: 1. Alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles; 2. Hipotermia inducida".

201. MATESANZ ACEDOS. Ob. cit.

202. Algunos países europeos implementaron esta medida a través de leyes especiales sobre la materia: España Ley 30 de 1979, Francia: Ley 654 de 1994, Austria: Ley Federal de 1.º de junio de 1982, Bélgica: Ley 13 de 1986, Luxemburgo: Ley 25 de noviembre de 1982 y Portugal: Ley 12 de 1993. CARLOS MARÍA ROMERO CASABONA. *Tendencias legales sobre los trasplantes de órganos*. Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales. Dilemas Éticos de la Medicina Actual, n.º 10. Madrid, Fundación Humanismo y Democracia. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1996.

203. Por esta razón, el Decreto 1546 trae el siguiente párrafo en el artículo sobre presunción de donación: "Para ejercer el derecho a oponerse los deudos deberán presentarse y acreditar dicha condición, dentro del lapso de seis horas siguientes a la ocurrencia de la muerte encefálica o antes de la iniciación de una necropsia, y expresar su oposición, en caso de no haberse expresado la voluntad de donar en vida".

204. ANGOITIA GOROSTIAGA. Ob. cit.

205. GARZÓN VALDEZ. Ob. cit., p. 245.

206. ANGOITIA GOROSTIAGA. Ob. cit.

de órganos disponibles es insuficiente. En la actualidad la demanda de órganos excede la oferta, y probablemente continúe siendo así, si se tienen en cuenta el desarrollo de la tecnología médica y el marco institucional. En estas condiciones es probable que prospere la venta de órganos humanos, a menos que se impidan mediante controles éticos y legales como actualmente sucede, situación que solo busca crear distractores frente a la dura realidad<sup>207</sup>.

## 2. El tráfico como causa de la escasez

Para HOMERO CUEVAS, "(h)ay escasez cuando no se satisfaga todas las necesidades humanas. De cualquier clase, físicas o psicológicas, es decir, basta la existencia de deseos insatisfechos para el seguimiento de una situación de escasez"<sup>208</sup>. Por esto la necesidad insatisfecha de órganos para ser trasplantados genera, como cualquier otro tipo de escasez, una distribución excluyente de los bienes de los que el mercado dispone. Por reflejar la escasez la insuficiencia de la producción para satisfacer todos los deseos por parte del mercado, la sociedad busca reglas y mecanismos excluyentes para la asignación de los recursos escasos, que en el evento de los órganos humanos serán las listas de espera que han dejado a la gran mayoría de necesitados por fuera de este proceso de distribución, generando a su vez lo que se conoce como tráfico de órganos humanos<sup>209</sup>.

Se puede decir que el tráfico de órganos "engloba una serie de transacciones que tienen por objeto la transmisión a título oneroso de una parte corporal. Negocios jurídicos tales como la venta de un órgano propio (para ser extraído en vida del cedente o una vez se produzca su deceso), la enajenación de órganos de un cadáver por parte de sus deudos o la compraventa de órganos obtenidos previamente contra la voluntad de una persona (v. gr. mediante lesiones personales) o sin el consentimiento de los familiares (v. gr. hurto de córneas a un cadáver), quedan cobijadas dentro de este concepto. De manera que toda transacción en la que esté presente el ánimo de lucro [...] haciendo caso omiso de las formalidades señaladas por la ley de cada país para obtenerlos, se considerará como una operación realizada en los medios del mercado negro de órganos, y por ende constitutiva de tráfico anatómico"<sup>210</sup>.

En términos precisos, utilizando la terminología desarrollada desde la bio-jurídica y atendiendo a la gratuidad de los órganos humanos, se puede decir que los conocidos contratos corporales<sup>211</sup> cuando este no se establezca como gratuito y aleatorio entrará bajo las transacciones que comprende el tráfico de órganos, por lo tanto los acuerdos cuyo objeto sea un órgano humano bajo un acuerdo oneroso y conmutativo serán reprochados por el ordenamiento

jurídico como contrario a las buenas costumbres y al orden social por tener una causa ilícita, degenerando tal pacto en la nulidad absoluta del contrato.

El debate sobre la existencia o no de este tráfico puede ser interminable<sup>212</sup>, pero puede encontrar como punto intermedio en la discusión, la atención a diversos informes y denuncias que organismos internacionales han elaborado sobre este tema. Una observación a grandes rasgos puede permitir considerar la existencia del tráfico de órganos como cierta o, por lo menos, de factible ocurrencia<sup>213</sup>. A título de referencia, y para que se evidencie la cantidad de información que se encuentra reseñada sobre tráfico de órganos, se puede tener en cuenta los siguientes apartes de noticias, denuncias e informes:

- La Asamblea de la Organización Mundial de la Salud aprobó en mayo de 1989 la Resolución WHA 42.5, sobre la prevención de la venta de órganos humanos destinados al trasplante, en la que se refería especialmente a los niños y a otros grupos vulnerables. En 1991 la misma organización aprobó una serie de principios rectores sobre el trasplante de órganos humanos y en 1993 el Parlamento Europeo aprobó una resolución sobre la prohibición del comercio de órganos destinados al trasplante<sup>214</sup>.
- La Organización Mundial de la Salud puso de relieve en un documento aprobado por su Asamblea General en 1991, la preocupación por el tráfico ilícito y la compraventa clandestina –en todo caso ilegal– de órganos, a raíz de algunas denuncias cada vez más extendidas pero, según parece, todavía nunca evidenciadas mediante pruebas fehacientes, a salvo de la autorización reconocida en algunos países<sup>215</sup>.
- Según un informe de las Naciones Unidas, se ha confirmado la existencia de este tráfico en Argentina, Brasil, Honduras, Méjico y Perú, en su mayoría con destino a compradores alemanes, suizos e italianos. En Argentina se han dado casos de retirada de córneas de pacientes a los que se les declaró muerte cerebral después de haber falsificado exploraciones cerebrales<sup>216</sup>.
- La INTERPOL ha hecho saber que en Brasil se han proporcionado informaciones precisas indicando que niños brasileños son adoptados por parejas extranjeras presuntamente con una finalidad de tráfico de órganos humanos<sup>217</sup>.
- En marzo de 1995 la CLADEHLT presentó una denuncia urgente a su red internacional en la cual ponía a la luz del día el hallazgo en Colombia de los cadáveres de dos



niños de poca edad, cuyos órganos habían sido removidos<sup>218</sup>.

- El doctor ALEJANDRO TEITELBAUM, Representante permanente en Ginebra de la Asociación Americana de Juristas, señaló que con respecto a los crímenes contra la humanidad, incluidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, descritos con detalle en el artículo 7.º, se omitió el tráfico de órganos humanos, particularmente de niños<sup>219</sup>.
- El 9 de noviembre de 1999, la Cámara de Representantes del Congreso de Estados Unidos aprobó una resolución que pide una investigación acerca del tráfico de órganos de niños no nacidos que han sido abortados<sup>220</sup>.
- La doctora NANCY SCHEPER-HUGHES, directora de Organs Watch, puso de manifiesto la existencia de algunas supuestas irregularidades en el sistema de procuración y asignación de órganos en Argentina<sup>221</sup>.
- El Millennium Project afirmó que para el manejo del Crimen Organizado los gobiernos en los que la ONU tenga cierto peso deben fijar su atención en nuevos campos delictivos tales como la eliminación ilegal de residuos, el robo de material nuclear, el tráfico de órganos humanos y de armas, y el sabotaje de las redes informáticas<sup>222</sup>.

207. [www.wamani.apc.org/abuelas/libroconglI/ateite.html].

208. CUEVAS. *Fundamentos de la Economía de Mercado*, cit., p. 23.

209. "Para determinar si existe o no escasez, no interesa en absoluto la naturaleza o el tipo de necesidades, no interesa si éstas son "legítimas o ilegítimas" desde un punto de vista moral, jurídico, ideológico o político. Tampoco interesan sus prioridades o su importancia de acuerdo a ciertos valores sobre la justicia, la razón o la convivencia de su existencia. Es decir, no interesa la causa de su existir, no interesa que la necesidad tenga su fuente en el cuerpo o en el espíritu, ni que provenga de cualquiera de los factores materiales o espirituales que integran a los seres humanos. En este sentido, necesidad no ve diferencia de deseo, y hasta que existan deseos insatisfechos para caracterizar dicha situación como una situación de escasez". CUEVAS. *Introducción a la Economía*, cit.

210. FRANCISCO FARFÁN MOLINA. "El tráfico de órganos humanos: La problemática de los contratos onerosos en el ámbito del derecho", *Revista de Derecho Privado*, n.º 8, diciembre de 1990.

211. Para DIÉZ DÍAZ, los contratos que involucran componentes anatómicos como objeto de transacción crean una nueva calificación donde el cuerpo humano sea el objeto, esto como consecuencia de las suficientes notas características que permiten proclamar la existencia de posibles convenciones que poseen características perfectamente diferenciadas y de contenido autónomo, dotadas de una originalidad incuestionable, cuyo objeto se traduce en una gama de transmisiones o utilidades diversas. "Las exigencias de la vida han determinado que gradualmente se fuera proviendo a las

correspondientes necesidades, mediante la aportación de soluciones prácticas, que realmente se han venido adoptando. Pero ello no deja de ser una salida de emergencia. La repetición y difusión de actos de disposición corporales es un fenómeno social tan notorio y apremiante que abordarlo jurídicamente, a través de la técnica y plan adecuados, no puede demorarse por más tiempo. De ahí la aparición de este específico contrato que viene a llenar aquel fin específico". JOAQUÍN DIEZ DÍAZ. *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho Somático*, Madrid, Santillana, 1963, p. 309. Son notas características del contrato corporal: (i) Imprescindiblemente la cesión afecta precisamente el cuerpo humano; (ii) Indiferencia en cuanto a la naturaleza de la recíproca contraprestación y (iii) de orientación marcadamente flexible y adaptable, en atención a su repercusión íntimamente personal. IGNACIO HERNÁNDEZ HENRIQUEZ. *Los trasplantes de órganos*, tesis de grado, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 1987, p. 121.

212. Los argumentos que buscan desvirtuar la existencia de este tráfico de órganos, señalan que la extracción de un órgano es un procedimiento extremadamente delicado que incluye varios cirujanos especializados en trasplantes y un grupo de apoyo compuesto por anestesiólogos, clínicos, personal de laboratorio, enfermería y otros profesionales suficientemente adiestrados. Para ASHLEY BAQUERO se necesitan como mínimos unos 15 especialistas y 15 técnicos, en el caso de que sea un trasplante renal el que se vaya a realizar, más de 25 especialistas y otros tantos del personal técnico y de enfermería si es un trasplante de corazón, y más de 100 especialistas y técnicos en un trasplante hepático, lo que hace virtualmente imposible, como en realidad lo es, organizar una banda de científicos delincuentes para realizar esta actividad [www.listindiario.com.do/antes/061101/cuerpos/república/zona.htm].

213. Para ANGOITIA GOROSTIAGA, el tráfico de órganos sirve como pantalla para ocultar realidades que pesan más y que políticamente deben ser ocultadas. En efecto, más tranquilizante para las conciencias resulta atribuir determinadas realidades a execrables bandas de traficantes de órganos, por otra parte imperceptibles, que asumir que sólo en Perú el 63 por 100 de los niños son abandonados por sus familias. Miles de ellos encuentran su destino en la selva madre de Dios, tras ser vendidos a los explotadores de las riquezas del bosque selvático, en aserraderos, haciendas y lavaderos de oro. Muchos de ellos mueren por enfermedades tropicales o son abandonados en la selva o, simplemente, son asesinados. Otros se organizan en bandas, denominadas "pirañas", dedicadas al robo y al asesinato en las grandes ciudades. La forma más común y cómoda de librarse de ellos, especialmente en Brasil, no es otra que el asesinato. ANGOITIA GOROSTIAGA. Ob. cit.

214. [www.wamani.apc.org/abuelas/libroconglI/ateite.html].

215. World Health Assembly, Resolution WHA, 44.25, adoptada el 13 de mayo 1991, Guiding principles on human organ transplantation.

216. [www.macomdo.com/febrero\_2000/antidrug.htm].

217. *Ibid.*

218. Comisión Latinoamericana por los Derechos y Libertades de los Trabajadores [www.cladehlt.org/ntrabajador5.htm#1].

219. [www.geocities.com/alertanet2/f3-ATEitelbaum.htm].

220. [www.vidahumana.org/news/tejidos\_nov99.html].

221. Organización dedicada a estudiar los dilemas éticos que plantea el tráfico de órganos en el mundo [www.concordia.com.ar/concordia-transplantes/tr%C3%A1fico\_de\_%C3%B3rganos.htm].

222. El Millennium Project fue diseñado como un estudio de factibilidad de tres años de duración, para proveer al desarrollo de

Alrededor del mundo se encuentran reseñados casos que, por tener tanto de ficción como de realidad, caben dentro del concepto de anécdotas, en los cuales se está en presencia del tráfico de órganos. Uno de los casos que ha tenido mayor difusión es la oferta de órganos usando la red mundial de la información como medio de promoción. El caso de ofertas en la República de China fue puesto en evidencia por el periódico *Yangcheng Evening News*, de la provincia de Guandong, que ha encontrado anuncios en sitios de la red en lengua china que ofrecían “un riñón de un cuerpo humano vivo” y una médula espinal. Hasta este momento, los medios occidentales habían insistido en la venta de órganos de los criminales que se ejecutan en China; por su parte las clínicas ya habían realizado denuncias desde hace algún tiempo de que se les ofrecían órganos de prisioneros para venderlos a pacientes ricos del extranjero, muchos de ellos de Asia<sup>223</sup>. Amnistía Internacional ha llegado a decir que la decisión de promulgar una condena a muerte en China<sup>224</sup> o de proceder a una ejecución está influenciada por una demanda concreta de órganos<sup>225</sup>. Otros casos de ofrecimientos en Internet se han dado en Estados Unidos. El portal e.Bay ya bloqueó la venta ilegal de lo que se anunciaba en su Web como “un riñón en perfecto estado” por cerca de veintiséis mil quinientos dólares (US\$ 26.500)<sup>226</sup>.

*Alrededor del mundo  
se encuentran  
reseñados casos que,  
por tener tanto de  
ficción como de  
realidad, caben dentro  
del concepto de  
anécdotas, en los  
cuales se está en  
presencia del tráfico  
de órganos...*

El tráfico se hace extensivo a Gran Bretaña, donde el Hospital Alder Hey de Liverpool estaba siendo investigado porque se sospechaba que extraía órganos a los niños que habían muerto. En este hospital se guardaban cuatrocientos fetos de procedencia desconocida, según informes de la BBC. El grupo Pity2, que representa a los padres de los niños a los que se les quitaron los órganos sin autorización, descubrió los hechos; esta misma organización señaló que los fetos hallados son, principalmente, niños que nacieron muertos y que también han sido conservados sin el consentimiento ni la autorización de sus padres. Para la BBC, aproximadamente trescientos fetos proceden de dos maternidades que se unieron al hospital de Mujeres de Liverpool en 1995, y el resto de hospitales de Inglaterra<sup>227</sup>. El entonces ministro de sanidad, ALAN MILBURN, informó ante la Cámara de los Comunes, que la policía investigaría este caso para que se esclarecieran los hechos de los más de dos mil corazones y otros muchos órganos que fueron retirados de cadáveres de niños, según un informe de más de seiscientos páginas publicado por el gobierno británico acerca de las prácticas del hospital Alder Hey<sup>228</sup>.

Todos los anteriores datos alcanzan a ser vagos e imprecisos cuando se confrontan con la siguiente gráfica que se encuentra en un portal de Internet al alcance de todos los navegantes<sup>229</sup>.



De todo lo anterior queda la sensación y la duda razonable acerca de la existencia del tráfico de órganos, pero bajo los propósitos de este trabajo y respetando las posiciones encontradas de las entidades y personas que niegan la existencia del mismo, podemos concluir que los datos que encontramos de una u otra forma nos dan luces para afirmar, con gran probabilidad, que de forma subrepticia se están desarrollando una gran cantidad de transacciones comerciales donde se fijan precios a órganos humanos, los cuales se obtienen tanto de forma voluntaria como coaccionando y anulando la voluntad de las víctimas. Los altos precios

que se señalaron y la cantidad de sitios que se nombran como referentes geográficos del tráfico permiten concluir lo anterior y explicar que este fenómeno no tendrá en el pronto futuro una solución si las variables que lo condicionan permanecen tal como hoy se encuentran.

### B. Manejo de la escasez desde el mercado

La existencia del tráfico se encuentra condicionada por la escasez de los órganos gracias a su doble condición de especificidad física y de restricción en su disposición; entonces, para estudiar su manejo y generar las posibles soluciones se realizará desde el entendimiento del tráfico como fenómeno económico y las experiencias comparadas con otros bienes que han sido objeto de exclusión de la lógica del mercado. La estructuración que se dará a la solución parte del supuesto del mercado como instancia eficaz para resolver los problemas de escasez que se presentan en la sociedad; aseveración que se puede encontrar refrendada en muchos lugares donde el precio, adicional a ser el mecanismo idóneo de información entre los compradores y los vendedores y estar establecido gracias a la oferta y la demanda, genera por sí mismo un esquema de incentivos propio que trasluce las preferencias individuales de los agentes<sup>230</sup>.

La respuesta que la economía da para el manejo del tráfico convencional es el levantamiento del veto prohibitivo<sup>231</sup> y con esta legalización se desarrollan, de forma subsiguiente, políticas regulatorias de diversa índole que parten de la liberalización total del mercado hasta una regulación que atienda a las características propias de los bienes reinsertados al tráfico jurídico legal<sup>232</sup>.

Esta parte del trabajo se desarrolla explicando primero el por qué la mejor solución es atender al funcionamiento propio del mercado, luego se estudiará cómo responde el mercado frente a condiciones de restricción, cuáles efectos se presentan y qué sucede en el evento de la legalización, para luego revisar cómo maneja el Análisis Económico del Derecho los problemas de fallas del mercado, para esclarecer cuál opción se tomará para manejar la escasez de órganos.

#### 1. La apuesta al mercado

Como se dejó dicho, el imperialismo de la economía tuvo en la creación del *Homo oeconomicus* el pilar fundamental de su estructuración y desarrollo. Este prototipo de ser tiene entre sus características fundamentales la de maximizar sus beneficios, pues en este basa su esencia. La maximización sugiere que un agente trate de obtener lo más que pueda, no cualquier cosa, y cuando lo hace, cuando elige la mejor alternativa permitida por las restricciones, puede describirse

una capacidad global de alerta temprana y de análisis de temas de largo alcance, sus oportunidades y estrategias. Aproximadamente 200 futuristas y expertos de 50 países han participado en el estudio de factibilidad, el que fue financiado por la Environmental Protection Agency –Oficina de Protección Ambiental– de Estados Unidos, el PNUD y la UNESCO. Para optimizar los recursos de la investigación se conformaron unos nodos, que es un grupo de individuos e instituciones auto-organizados que toman alguna responsabilidad geográfica y/o responsabilidades sobre temas substantivos para el trabajo del Proyecto. [www.global-latino.com/millennium.html].

223. [www.zenit.org/spanish/archivo/0010/ZS001030.htm], para más información sobre este caso se puede consultar la página: [www.delitosinformaticos.com/noticias/9759315236801.shtml].

224. Según Naciones Unidas en China se producen más de 4.000 muertes por la aplicación de la pena capital y en muchos casos, el fin de estas ejecuciones es el tráfico de órganos. [www.ucm.es/info/solidarios/ccs/articulos/derechos%20humanos/cuerpo\_humano\_mercancia.htm].

225. “En Bombay han alcanzado un precio de mil seiscientos dólares (US 1.600), cada córnea y según otras fuentes, se han dado casos en los que una córnea ha llegado a costar (US\$ 4.000). En Bombay, según la revista británica Stuff, se puede llegar a pagar unos (US\$ 23.000), por un corazón, e incluso se practican trasplantes que cuestan unos (US\$ 154.000). Según la misma publicación en la India se hacen trasplantes clandestinos de hígado por unos (US\$ 80.000), de los cuales (US\$ 8.000) corresponden al precio del órgano. La Tongio University of Medical Sciences de China ha cobrado por un trasplante de pulmón cerca de los (US\$ 127.000), de los que sólo (US\$ 6.700) corresponderían directamente al órgano. Según el artículo *The international Organ Traffic*, de DAVID J. ROTHMAN, en la India se llegan a pagar entre (US\$2.500) y (US \$ 4.000) por un riñón de los cuales el donante recibe sólo unos (US \$ 1.000 ó 1.500)” [www.tampico2k.com/ciencia/trafico\_organos.htm] [www.el-mundo.es/navegante/2000/12/04/portada/975924267.html].

226. [www.el-mundo.es/navegante/98/marzo/02/traficodeorganos.html].

227. *El Mundo*, 13 de noviembre de 2000.

228. *El Nuevo Herald* (Miami, Florida), 31 de enero de 2001.

229. Esta gráfica de relación de precios aparece en la página: [www.emprendedores.navegalia.com/emprende/nova/99ocn15.htm].

230. “Quien haya leído con cuidado los clásicos de SMITH, MILL o TOCQUEVILLE concluirá que la mejor expresión de la democracia participativa se da a través de las reglas del mercado, claras, transparentes para todos sus actores, y no de las prebendas exclusivas que con frecuencia reclama las minorías sindicales. Como se sabe, estas minorías en nada representan a los desempleados o a los trabajadores informales, víctimas de la inflexibilidad laboral que defiende los sindicatos especialmente estatales”. CLAVIJO. Ob. cit.

231. POSNER. *El análisis económico del derecho*, cit., p. 147.

232. Para ROMER puntualmente: “... habrá que definir si es mejor regular más, regular menos, regular para implantar lo que dictamina la norma o simplemente regular con el propósito de “regular”, pero tolerando de facto las actividades que se llevan a cabo [...] maximizar los beneficios es trascendente como objeto de la política en materia de regulación de los crímenes sin víctimas, sin embargo, la optimización económica es sólo la mitad de la historia; la regulación debe ser proporcional al daño ocasionado y debe tratar a los iguales por igual. La sanción debe lograr disuadir a las personas involucradas a no reincidir en una actividad que perjudique a la sociedad más de lo que la beneficie, y de prevenir que actores no involucrados

matemáticamente como una maximización. A su vez, con este actuar, cuando se presenta la interacción de los agentes maximizadores casi siempre se traduce en un equilibrio del mercado<sup>233</sup>.

Debido al ánimo de lucro los productores mercantiles no son movidos por las necesidades del público sino por sus demandas. Por lo tanto, sin demanda por un producto, aunque sea necesario, no se genera una producción mercantil de éste. En el mercado todo tiene precio que es el valor del bien expresado en dinero. Los precios representan los términos en los que las personas y las empresas intercambian voluntariamente las diferentes mercancías<sup>234</sup>. Las actividades de los numerosos compradores y vendedores, maximizadores los unos como los otros, llevan al precio de mercado hacia el precio de equilibrio, una vez alcanzado, todos los compradores y los vendedores están satisfechos y no existen presiones al alza o a la baja sobre el precio. Así, el mercado se encuentra en equilibrio cuando el precio y la cantidad equilibran las fuerzas de la oferta y la demanda. "Al precio de equilibrio, la cantidad que desean adquirir los compradores es exactamente igual que la que desean vender los vendedores. La razón por la que se llama equilibrio se halla en que cuando las fuerzas de la oferta y la demanda están en equilibrio, no hay razón alguna para que el precio suba o baje, siempre y cuando todo permanezca constante"<sup>235</sup>. Por esto mismo, uno de los objetivos en economía, es saber cuál es la cantidad de ventas que vacía el mercado, es decir, la cantidad de equilibrio, también saber cuál es el precio al que los consumidores están dispuestos a vender, pues es el único precio al que tanto los compradores como los vendedores estarán satisfechos con las decisiones. Este precio y esta cantidad son los únicos con los que ni el precio ni la cantidad tenderían a variar<sup>236</sup>.

Ahora, cuando el precio se fija de tal manera que la demanda sea igual a la oferta, donde cualquier persona pueda obtener todo lo que desee y cualquier proveedor pueda vender la cantidad que quiera a ese precio, en economía se entiende, vaciar el mercado. "Pero cuando el mercado no se vacía se produce una escasez o un excedente. Para un economista, una escasez significa que a los consumidores les gustaría comprar una cosa, pero no está a la venta al precio vigente"<sup>237</sup>. Sin embargo, en la mayoría de los mercados libres, bajo la teoría microeconómica de los mercados perfectos, los excedentes y la escasez sólo son temporales porque los precios acaban trasladándose a sus niveles de equilibrio, cumpliéndose la ley de la oferta y la demanda<sup>238</sup>.

Hasta aquí lo que sucede y las virtudes que tiene la economía de mercado en competencia perfecta, pero es necesario revisar el mercado cuando se encuentra restringido para operar. Cuando el gobierno impone controles sobre los

precios los vendedores legales no pueden sustraer del público las ganancias extraordinarias generadas por un aumento de la demanda. Adicional a lo anterior, se incurre en costos públicos de control y administración, y en costos privados de tiempo e incomodidad. Los anteriores costos generan un impacto sobre la posible equidad que se llegaría a dar en un mercado donde las transacciones al realizarse sin sujeciones<sup>239</sup>. Esto se ve agravado si los costos son tan altos que impiden al sector público supervisar, ejercer la presión y control necesario a los vendedores. Si esto llega a ocurrir, estos agentes económicos, maximizadores de su bienestar y atentos observadores del mercado, generarán mercados negros o paralelos<sup>240</sup>.

realicen una actividad similar. Por último, la regulación debe prever que la norma proteja la libertad, el derecho de acción, la voluntad individual y las preferencias valorativas de seres con plena capacidad de discernir y actuar". ANDRÉS ROEMER. *Economía del Crimen*, México, Limusa, Grupo Noriega Editores, 2001, p. 303.

233. COOTER y ULEN. Ob. cit.

234. SAMUELSON y NORDHAUS. Ob. cit., p. 27.

235. *Ibid.*, p. 51.

236. *Ibid.*, p. 55.

237. JOSEPH E. STIGLITZ. *Microeconomía* (trad. de la 2.ª ed. inglesa), Barcelona, Ariel, 1998, p. 122.

238. N. GREGORY MANWIK. *Principios de Economía*, McGraw Hill, 1998, p. 10.

239. Bajo la óptica de la filosofía liberal y de los esquemas de mercado abierto, el objetivo de los Estados que se desarrollan bajo la ideología capitalista, se tienen como premisa que en una sociedad libre y democrática el Estado no debe interferir en las decisiones de adultos con capacidad de discernir sobre lo que es mejor para ellos, y cómo deben regular su propia conducta. Para SAMUELSON, en una economía de libre mercado, el Estado generalmente deja que la gente decida lo que va a comprar con su dinero. "Si unas personas quieren comer helado en lugar de pizza, suponemos que saben qué es lo mejor para ellos y que se le debe respetar sus preferencias en aras de la libertad personal. En algunos casos, pero pocas veces, y con grandes dudas, el Estado decide anular las decisiones adultas privadas. Son los casos de los bienes preferentes, cuyo consumo vale intrínsecamente la pena (salud, educación, servicios públicos, etc.), a diferencia de los bienes reprobables, cuyo consumo se considera perjudicial (drogas, alcohol, prostitución, infidelidad, etc.) SAMUELSON y NORDHAUS. Ob. cit., p. 88.

240. CUEVAS. *Fundamentos de la Economía de Mercado*, cit.

241. STIGLITZ. Ob. cit., p. 580.

242. *Ibid.*, p. 165.

243. SAMUELSON y NORDHAUS. Ob. cit., p. 280.

244. MANWIK. Ob. cit., p. 144.

245. *Ibid.*, p. 192.

246. Para revisar casos de tráfico y sus consecuencias se puede ver DOUGLASS C. NORTH y ROGER LEROY MILLER. *El análisis Económico de la usura, el crimen, la pobreza*, etc. México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

Para la sociedad la existencia de cualquier tipo de tráfico o mercado negro le genera consecuencias indeseables, más allá de cuál sea el objeto prohibido y el mercado subrepticio que gira en torno a él. Estas consecuencias indeseables se denominan externalidades negativas que se encuentran bajo el concepto genérico de fallos del mercado. Los economistas utilizan la anterior expresión para referirse a los eventos donde una economía de mercado no logra la eficiencia económica. Estos fallos, y según palabras de Samuelson, estropean el cuadro idílico de la competencia perfecta supuesta en el análisis de los mercados eficientes<sup>241</sup>.

Dentro de los principales fallos del mercado, listado que incluye eventos según la visión que cada economista tiene, se pueden nombrar la situación de elevado desempleo, la falta de competencia, las externalidades (positivas y negativas), la utilización de bienes públicos y clases de información y conocimiento que no se transmiten o no se transmiten fácilmente por el mecanismo de precios. "Los mercados, cuando funcionan bien y no padecen ninguno de los fallos de mercado antes descritos, garantizan que la economía sea eficiente (que los recursos no se desperdicien y que la economía funcione en su curva de posibilidades de producción)"<sup>242</sup>.

Existen externalidades, o efectos-difusión como algunos los llaman, cuando las empresas o los individuos imponen costes o beneficios a otros fuera del mercado, por esta razón puede ser otro tipo de ineficiencia que implica la imposición involuntaria de costes y/o de beneficios<sup>243</sup>. Se debe tener en cuenta que una externalidad es la influencia de las acciones de una persona sobre el bienestar de otra o de la colectividad, generando que el bienestar en un mercado dependa no sólo del valor para los compradores y de los costes para los vendedores; como los compradores y los vendedores no tienen en cuenta estos efectos secundarios cuando deciden la cantidad que van a consumir y producir, el equilibrio de un mercado puede ser ineficiente desde el punto de vista de la sociedad en conjunto<sup>244</sup>. En presencia de externalidades, el interés de la sociedad por un resultado del mercado va más allá del bienestar de los compradores y los vendedores; también incluye el bienestar de otros que resultan afectados<sup>245</sup>. Entonces, las externalidades existen cuando no se incluyen en los precios de mercado algunos efectos secundarios de la producción o del consumo, último caso que ocurre cuando se compra un componente anatómico en el mercado negro generando con éste efectos contraproducentes<sup>246</sup>.

En el tráfico de órganos se pueden evidenciar tres situaciones contraproducentes:

1. Lesión de bienes jurídicos afectados por la obtención

de los órganos; en ocasiones es la vida la que se ve comprometida y en otras la integridad o la libertad personal. Esta situación se presenta en los eventos donde los cedentes no prestan su voluntad o no tienen la capacidad de disposición sobre sus órganos.

2. Distorsiona la realidad, enrareciendo el ambiente para las personas que están dispuestas a donar sus órganos, pues se pierde la imagen de claridad buscada por los promotores de las organizaciones encargadas de la recolección y suministro de los mismos. Esta consecuencia es la más sentida por las personas que ven en el altruismo el mejor camino para suplir la demanda de componentes anatómicos.

3. Aún más importante, el estado de las cosas sienta las bases para la real exclusión de los enfermos necesitados de una cirugía sustitutiva, pues los precios se encuentran inflados por la misma condición de informalidad y escasez; los costes se vuelven *nugatorios* para la mayoría de la población, como se expondrá más adelante.

Los mercados inexistentes vendrían a ser otra de las principales fallas pues las economías de mercado solamente funcionan bien cuando existen, de hecho, mercados o bienes sustitutos de los productos que la sociedad requiere. Cuando no existe ningún mercado en el que un bien o servicio pueda comprarse o venderse se dice que el mercado es inexistente; por esto, desde las funciones asignadas al AED está la creación vía limitaciones que permita el intercambio<sup>247</sup>. La compra y venta de órganos humanos puede plantearse bajo lo que STIGLITZ entiende como mercado inexistente, pues son bienes que se desearía comprar pero que no están disponibles en el mercado legal, pues como se ha visto sí existe un mercado, pero negro.

Entonces, el principio general es el libre mercado y las restricciones la excepción, una vez existen estas últimas, la lógica del mercado crea mercados paralelos que acarrear consecuencias negativas que podrían clasificarse como fallas; asimismo hay una evidencia de correcta operación del mercado cuando se deja que su desarrollo se dé bajo un esquema de incentivos que al final se traduce en precios. Lo que queda es revisar la posición del AED frente a estos presupuestos.

2. Las fallas del mercado y el AED

La profunda convicción del AED en el mercado como mejor opción para solucionar las fallas ha generado al interior del movimiento una discusión que es interesante presentarla aquí para identificar cual opción se toma como solución para la escasez. Las externalidades deben estudiarse

partiendo del establecimiento de los siguientes cuestionamientos: Primero se debe establecer la fijación del límite entre una externalidad irrelevante y las relevantes. Según Mercado, esto traducido al lenguaje jurídico, no es sino el problema de la determinación de la actividad lícita de la ilícita. El segundo problema se centra en la identificación de la respuesta institucional más adecuada para la consecución de la reducción del conflicto o internación de la externalidad. En lo jurídico, supone la idea de preguntarse cuales son los mecanismos de defensa más idóneos para buscar la defensa de las situaciones subjetivas o de los derechos subjetivos, reconocidos por el ordenamiento<sup>248</sup>. Las propuestas dentro del AED se pueden agrupar bajo las dos siguientes tendencias:

1. *Propuesta Pigouviana*: Para Pijou el Estado tiene la potestad para, interviniendo en las fuerzas naturales del mercado, asumir la solución desde una instancia externa que internalice los efectos detectados. El Estado elabora un esquema que ofrezca una compensación o pago de la diferencia entre los costes directos e inducidos de determinada actividad social comparados con los costes de la actividad para el agente productor, teniendo en cuenta si la externalidad es positiva o negativa.

Al ser la externalidad un fracaso de la capacidad del propio mercado de internalizarlo, el Estado, por ser la entidad más idónea desde el punto de vista institucional, responderá a estos fallos desde su sistema fiscal, a través de impuestos, tasas o retenciones fiscales, o la creación de incentivos, a través de subsidios y exenciones fiscales, con el objeto de que los agentes económicos reduzcan la producción de esos efectos externos. Entonces, al ser el Estado el designado en la labor de reducción de las fallas, los agentes económicos no tendrán en sus manos la solución sino que por medio de la delegación en el poder público se deberá adoptar una solución de origen heterónomo.

2. *Propuesta Coesiana*: Parte de la demostración del fracaso de la teoría Pijouviana para delegar en el sistema fiscal la asunción de las externalidades. La intención de fondo de RONALD H. COASE es la negación de la necesidad de intervención del Estado para corregir fallos de mercado manifestados por la existencia de externalidades y demostrar cómo dicho problema puede ser resuelto desde el interior de los mecanismos autorregulativos de negociación del mercado.

Al dejar el Estado por fuera de la solución, los agentes económicos acordarán de forma autónoma la decisión óptima que implique la reducción o internacionalización de los costos reconocidos como externalidad. Para llegar a darse este acuerdo se deben tener en cuenta (i) una perfecta delimitación de derechos sobre los recursos escasos, tanto

en la titularidad como en el contenido, y (ii) se debe procurar un ambiente de negociación donde los costos de transacción sean bajos y entendiendo por estos los costes a saber con quien se va a contratar, de informar las demás partes que se quiere contratar, de conducir las negociaciones, de delinear el contrato, etc.

Coase lo que estudió no es solamente la externalidad como coste social sino como el marco de referencia por el cual transitará la decisión y esta adopción como un proceso que a su vez genera nuevos costos. Ya no solo es importante tener en cuenta la diferencia entre los costos individuales y los costos sociales sino la serie de costos que genera la adopción de la medida por las partes y la posterior actividad bajo la restricción impuesta. Al ser este un proceso que exige mayor complejidad, gracias al estudio detallado de los efectos en términos de costos, sólo los afectados podrán, de forma óptima, acceder a una solución eficiente procurando la consecución del máximo beneficio esperado del producto social. Esto demuestra una conexión con el entendimiento del mercado como instancia social fundamental para los economistas; entendido como un conjunto de acuerdos voluntarios, libremente pactados, en los cuales cada quien busca la mejora de su situación individual, por cuanto cada uno es el mejor juez para determinar qué transacciones le convienen<sup>249</sup>.

Según COASE, toda acción pública genera un aumento de los aparatos administrativos y de su costo. Además, la tarea del Estado como reductor de costes sociales a través de impuestos opera en condiciones de monopolio sin incentivos para reducir los costes de su propia actuación administrativa, lo que puede provocar, por generalidad de sus mandatos, que se reglamentan situaciones que no necesitan de una intervención para llegar a una solución eficiente<sup>250</sup>.

En definitiva, “la función del Derecho consistirá en garantizar la certeza de los resultados de las transacciones y de las informaciones necesarias para negociar, así como favorecer un esquema distributivo en el que todos los bienes y todos los recursos sean potencialmente objeto de las transacciones y sean identificables perfectamente los sujetos a los que atribuir ventajas y pérdidas. Estos son los imprescindibles puntos de partida para un proceso de negociación eficiente”<sup>251</sup>.

La política jurídica adecuada desde la propuesta coesiana será aquella que reduzca al máximo los costes de transacción, con instituciones simples y flexibles que promuevan negociaciones eficientes. “Un derecho preventivo, en definitiva, frente al derecho represivo o restaurador de situaciones subjetivas. Un derecho que instituya las condiciones para que las decisiones sean tomadas, frente a un derecho que decide mediando como árbitro de conflictos”<sup>252</sup>.

*La política jurídica adecuada desde la propuesta coesiana será aquella que reduzca al máximo los costes de transacción, con instituciones simples y flexibles que promuevan negociaciones eficientes...*

De este avance se da, que para los teóricos del AED, su trabajo debe estar encaminado a la búsqueda de instituciones jurídicas eficaces en la tarea de reducción de las externalidades y en la estructuración de un ordenamiento jurídico que asuma los costos que genera el derecho y la evaluación de las distintas políticas de regulación jurídica desde el punto de vista de la eficiencia, partiendo del presupuesto de la libertad individual<sup>253</sup>.

Esta libertad individual en el campo de los componentes anatómicos se encuentra relacionada con una postura propia del mundo moderno, especialmente en el siglo XIX, que supuso un progresivo y drástico cambio de perspectiva, centrada en el concepto de "autopropiedad" (*self-ownership*), derivada de la filosofía liberal. Esta corriente considera paternalista toda restricción del derecho de propiedad sobre los tejidos y órganos, pues el ser humano es considerado como señor y no como mero administrador o servidor del universo; así, se mutó la posición del hombre en la relación que tenía con el mundo y su entorno, especialmente con su cuerpo, por esto llegó a considerarse señor de sí mismo. El ser humano tiene "derecho de propiedad" sobre su cuerpo, razón por la cual puede venderlo y comprarlo, pues el cuerpo y la vida personal al ser propiedades individuales se podía, como todas las demás cosas, disponer de ellos. De acuerdo con la filosofía y la ética liberal, los órganos y tejidos, tanto de cadáveres como de donantes vivos, tienen un precio, y este precio debe pagarse si no quiere cometerse una gran injusticia. Por esto, según DIEGO GRACIA, es lícito y hasta necesario hablar de comercio<sup>254</sup>.

Para el pensamiento liberal moderno, "... el cuerpo es la primera y principal propiedad del ser humano, y el medio de apropiación de todas las demás cosas. El hombre no es mero administrador de su cuerpo sino, dueño y señor suyo. Esto permite reinterpretar toda la doctrina de las pandectas, viendo al ser humano como *dominus* o señor de su cuerpo. El hombre no está 'por debajo de' su cuerpo sino 'por encima de' él, y por lo tanto es 'propietario' suyo"<sup>255</sup>.

247. Por esto se advierte que la ausencia de estos mercados ha dado impulso a los programas públicos encaminados a cerrar brechas. "Antes que el gobierno ofreciese subsidios de desempleo, seguro de incapacidad y Seguridad Social, los individuos no podían contratar estas modalidades de seguro en el mercado (incluso en los casos limitados en los que existía seguro, el precio era muy superior al que podía justificarse simplemente por los riesgos). En muchas zonas no existe seguro contra inundaciones, seguro de cosechas ni siquiera seguro contra robos. Hace setenta y cinco años, antes de que el Estado interviniese, numerosas familias no podrían obtener créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda". STIGLITZ. Ob. cit., p. 166.

248. MERCADO PACHECO. Ob. cit., p. 145.

249. HOMERO CUEVAS y MAURICIO PÉREZ. "La economía política de la Constitución de 1991", en La Constitución de 1991, *Opera -Observatorio de Políticas, Ejecución y Resultados de la Administración Pública-*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 250.

250. RONALD COASE. *La naturaleza de la empresa. La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1992.

251. MERCADO PACHECO. Ob. cit., p. 145.

252. *Ibid.*, p. 146.

253. En la historia de la cultura occidental se han presentado tres respuestas a la relación del hombre con su cuerpo y la disposición sobre el mismo, de las que se han derivado consecuencias éticas concretas. *Postura Teocéntrica*: Se puede decir que es la más antigua y clásica. Dios es el único propietario del cuerpo humano y el hombre actúa como mero administrador suyo, de modo que este no puede realizar acciones que vayan en contra del orden natural o fisiológico del cuerpo, ya que tales acciones serían, por definición, contranaturales, y en consecuencia "intrínsecamente malas". El cuerpo es "inviolable" por todos, los individuos y el Estado, y además es "inalienable", es decir, no puede ser objeto de comercio. *Postura Socialista*: En esta segunda postura, el cuerpo sería violable pero no enajenable, así el colectivo puede disponer del cuerpo, pero sin que los individuos dispongan cada uno de sus partes corporales con beneficios a título individual. Todo esto gracias a que no sólo hay cuerpo biológico sino también cuerpo social, y los cuerpos individuales pueden verse como elementos de una estructura más amplia, la propia del cuerpo social que se llega a establecer siempre que el cuerpo privado o propio se subordina o se pone al servicio del cuerpo social. La otra es la *Postura Liberal*, que se revisará rápidamente más adelante. DIEGO GRACIA. *Bioética clínica*, Madrid, El Búho, 1988, p. 41. En el siglo XX la mirada de la propiedad del cuerpo, toma de las posturas, una concepción ecléctica que recoge puntos de cada una de ellas. De la postura que llamamos teocéntrica o clásica se ha heredado la idea de que el cuerpo es inviolable. Unas serán en ese carácter personal la imagen de Dios y otros no, pero todos aceptarán que ahí está la raíz de su moralidad, lo que hace del cuerpo sujeto de derechos y deberes. Estos derechos y deberes tienen, a su vez, dos dimensiones distintas, una individual, a la que el pensamiento liberal tuvo gran sensibilidad, y otra social, conforme a la tradición comunitarista. Así se puede afirmar: "Nunca ha utilizado el hombre un modelo moral tan complejo como el actual, y a la vez nunca han sido tan fuertes como ahora los conflictos éticos". JAVIER GAFO FERNÁNDEZ. *Nueva Perspectiva en la Medicina Moral*, Madrid, Ibérico Europea de Ediciones, 1978, p. 45.

254. DIEGO GRACIA. *Historia del trasplante de órganos. Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales. Dilemas éticos de la medicina actual*, n.º 10. Madrid, Fundación Humanismo y Democracia, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1996, p. 20.

255. *Ibid.*, p. 31.

La expresión más profunda y conciente del pensamiento liberal es la de JOHN STUART MILL. Como muchos otros, pensaba que en las sociedades modernas hay una inclinación a extender indebidamente los poderes de la sociedad sobre el individuo, no sólo por la fuerza de la opinión, sino también por la legislación, fortaleciendo la sociedad y disminuyendo el poder del individuo, configurando esta intromisión como uno de los males que no tienden a desaparecer espontáneamente, sino que, por el contrario, se hace, más y más formidable cada día<sup>256</sup>.

En palabras de MILL, el punto de intervención del Gobierno en la esfera individual de las personas debe atender a lo siguiente: “Realmente no hay un principio generalmente aceptado que permita determinar de un modo normal y ordinario la propiedad o impropiiedad de la intervención del Gobierno. Cada uno decide según sus preferencias personales. Unos, en cuanto ven un bien que hacer o un mal que remediar instigarían voluntariamente al Gobierno para que emprendiese la tarea; otros, prefieren soportar los males sociales antes que aumentar la lista de intereses humanos susceptibles de control gubernamental [...] hay una esfera de acción en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás, es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos”<sup>257</sup>.

256. Por su parte DAVID HUME rechaza la propiedad del hombre en cabeza de un Dios, con las contundentes palabras que siguen: “Si al disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al todopoderoso, y fuese un infringimiento del derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla. Si yo rechazo una piedra que va a caer sobre mi cabeza, estoy alterando el curso de la naturaleza, y estoy invadiendo una región que solo pertenece al todopoderoso, al prolongar mi vida más allá del período que según las leyes de la materia y el movimiento, él le había asignado”. DAVID HUME. *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

257. MILL. Ob. cit.

258. *Ibid.*, p. 152.

259. *Ibid.*, p. 127.

260. GAFO FERNÁNDEZ. Ob. cit., p. 49.

261. *Ibid.*, p. 134.

262. Esta encuesta se realizó en el año 2000, a estudiantes y profesores de la Facultad de Derecho y de Economía de la Universidad Externado de Colombia. La muestra agrupa las opiniones de más de cien personas dedicadas a diferentes áreas temáticas dentro de sus campos.

263. MANKIW. Ob. cit., p.101.

Entonces frente a la pregunta: ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? MILL responde, “cada uno recibirá su debida parte, si tiene la que más particularmente le interesa. A la individualidad debe corresponder la parte de la vida en la que el individuo es el principal interesado; a la sociedad aquella en la que ella misma esté principalmente interesada”<sup>258</sup>. Así, la libertad del hombre debe ser limitada; no debe convertirse en un perjuicio para los demás. “Pero si se abstiene de molestar a los demás en lo que les afecta y obra, meramente, según su propia inclinación y juicio en cosas que a él solo se refieren, las mismas razones que demuestran que la opinión debe ser libre, prueba también que debe serle permitido poner en práctica sus opiniones por su cuenta y riesgo”<sup>259</sup>.

A título de conclusión, para GAFO FERNÁNDEZ, “(l)o mínimo que hay que decir es que desde la filosofía y la ética liberal tiene perfecto sentido afirmar que los órganos y fluidos corporales, tanto los vivos, como los de cadáver, tienen un precio, y que éste debe ser satisfecho, so peligro de incurrir en una grave injusticia”<sup>260</sup>.

### C. Legalización de los contratos corporales onerosos

Ya tenemos las bases económicas que permiten concluir que el mercado es un buen mecanismo para regular las necesidades de la sociedad y que desde la filosofía liberal los individuos pueden disponer de su propio cuerpo siempre que no afecten la integridad de los demás. En este momento es necesario estructurar la propuesta de la permisión de los contratos corporales onerosos sobre órganos humanos, partiendo del panorama inicial que se debe plantear una persona que piensa desde el AED; para esto se toma el modelo neoclásico según el cual en un mundo caracterizado por la escasez y en el que los individuos se comportan siempre como individuos racionales maximizadores de sus intereses privados, el máximo de bienestar social, de eficiencia social, se conseguirá cuando en un mercado de competencia perfecta –definido por un elevado número de compradores y vendedores de forma que ninguno pueda influir sobre el precio, que poseen una información completa en el proceso de determinación del precio y en el que todos los recursos son libremente transferibles– se logre una situación de equilibrio, que se denominará óptimo de Pareto, caracterizada por el hecho de que ningún individuo podrá mejorar su situación (su bienestar) sin perjudicar la situación de otro<sup>261</sup>.

Luego, cuando se esquematice la operación mediante precios que funcionan como incentivos y en un mercado perfecto, en una segunda parte, se intenta ofrecer un panorama de pautas que debería atender una propuesta normativa y de



adjudicación de los órganos, que no olvide las imperfecciones que se puedan presentar. Se utilizará además de un componente gráfico que demuestra el comportamiento de la oferta y la demanda, una encuesta que permite verificar, a pequeña escala, lo que se ha enunciado a título teórico<sup>262</sup>.

### 1. Precio como incentivo

Para buscar comprender, en lenguaje económico los efectos del marco jurídico actual sobre la disponibilidad de órganos para su trasplante y el cambio que se daría si se cambian los presupuestos de prohibición de la onerosidad, se puede partir de tres pasos propuestos por MANKIW, considerando que el precio pagado por los órganos motiva la cesión y funciona como precio de reserva que cambia la estructura costo-beneficio. En primer lugar, se pregunta hacia dónde se desplaza la curva de oferta o la de demanda, en segundo lugar, se examina el sentido del desplazamiento y como tercer paso se analiza la afectación que sobre el precio y la cantidad de equilibrio tuvo el desplazamiento<sup>263</sup>. La solución planteara (i) lo que ocurre cuando se está en presencia de un mercado perfecto, paso necesario si lo que se quiere es generar un proyecto normativo que tenga en cuenta el actuar del hombre bajo las condiciones mercado, para luego (ii) ofrecer un esquema donde se puedan ubicar situaciones críticas.

Ahora bien, de todo lo afirmado en este trabajo podemos plantear una gráfica que sirve para visualizar el problema y las consecuencias de la prohibición. La construcción del gráfico y sus variaciones se van a ir dando a través de explicaciones que evidencien las diferentes modificaciones que se pueden presentar cuando las variables del mercado se alteran, ejemplo de esto pueden ser los cambios en la oferta y el consecuente cambio en el precio, desplazamientos de las curvas por efectos de la demanda, etc.<sup>264</sup>.

Los gráficos seguirán la siguiente secuencia. El gráfico que da inicio parte de una situación donde se presenta (i) el exceso de demanda, (ii) pasando por la constitución del un mercado paralelo o tráfico, (iii) luego se modela la situación que acontece cuando las condiciones son alteradas por cambios en la estructura legal. (iv) Finalmente veremos el estado en que se darían las cosas en un mercado visto a largo plazo con la legalización de transacciones y un aumento en el total de bienes demandados. Con estos pasos se busca graficar de forma dinámica los cambios dentro de un mercado que parte del presupuesto de la imposibilidad de realizar transacciones onerosas sobre los órganos humanos, llegando a una situación donde es posible este tipo de transacciones y los agentes del mercado reaccionan frente a estas alteraciones.

Es muy importante tener en cuenta que tomamos el precio no solo como aquel que se le asigna a un órgano y que debe ser el monto de la contraprestación llegado el momento de culminar un proceso de negociación onerosa. Para el desarrollo de este gráfico y su posterior análisis los precios incluyen el costo total de la operación de trasplante; entonces, los precios suben o bajan dependiendo de los valores que son agregados o restados al procedimiento quirúrgico que culmina con el trasplante, incluyendo el resarcimiento de los perjuicios, etc. Adicional, se debe tener claro que los precios transmiten señales a los productores y a los consumidores, coordinando las decisiones de los productores, que en este caso son los cedentes, y los consumidores, que a su vez son los enfermos que necesitan salvar su vida o mejorar sustancialmente la calidad de esta. Por lo tanto, las representaciones gráficas van a mostrar cambios en la oferta, entendida esta como la cantidad de un bien o de un servicio que a una economía o a una empresa le gustaría vender a un determinado precio, bajo condiciones determinadas de demanda, que es aquella que describe la cantidad de un bien o de un servicio que una economía doméstica o una empresa deciden comprar<sup>265</sup>.

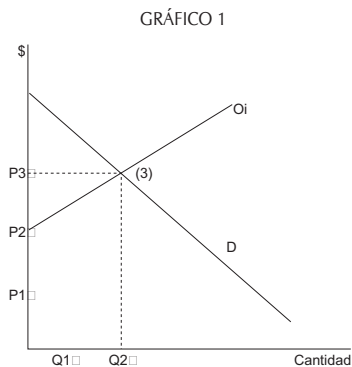
Partamos del siguiente cuadro que contiene las condiciones actuales del mercado que está determinado por dos fuentes de suministro de órganos: (i) los órganos donados vía donación y (ii) los componentes anatómicos que son trasplantados pero que el móvil no fue la donación sino la contraprestación monetaria. Entonces (gráfico 1) vía donación tenemos una oferta  $O$ , que está condicionada por un precio  $P_x$ , que se mantiene, en todos los eventos gracias a que por esta vía ingresan los órganos sin remuneración alguna; así  $P_1$ ,  $P_2$  y  $P_3$  no generan cambio alguno sobre la oferta total vía donación:  $Q_1$ . El mercado actual se complementa por la oferta  $O_i$ , donde el precio  $P_3$ , representa la remuneración necesaria para obtener órganos por vía del mercado negro. Entonces la actual oferta total de órganos ( $Q_2$ ) está dada por las cantidades vía donación ( $Q_1$ ) y por contraprestación ( $Q_2 - Q_1$ ). Así, reconocemos como  $Q_2$  el total de órganos humanos que hoy por hoy se encuentran disponibles en el mercado de trasplantes.

264. Es importante recalcar que si uno de los propósitos del Análisis Económico del Derecho es unir los avances de la economía para explicar problemas legales, generando con esto una interrelación entre especialistas de ambas materias, la ejemplificación que en adelante se realizará tiene un nivel medio de complejidad, que seguro será en exceso básica para economistas y para los abogados todo lo contrario; pero gracias a estos desarrollos teóricos, y con el esfuerzo de adaptación a nuevas formas de lenguaje, la brecha en el entendimiento es cada vez menor. Por lo tanto se plantea la mayor cantidad de situaciones con explicaciones abundantes para facilitar el trabajo de los lectores que no manejan las herramientas gráficas de la economía.

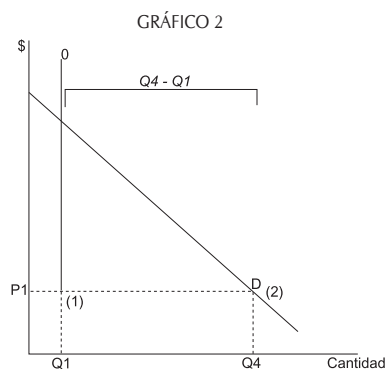
265. STIGLITZ. Ob. cit., p. 85.

Oferta del estado actual del mercado				
Vía donación		Por contraprestación		Mercado
O	Q <sub>x</sub>	O <sub>i</sub>	Q <sub>x</sub>	ΣO + O <sub>i</sub>
P <sub>x</sub>		P <sub>x</sub>		Total
P <sub>1</sub>				
P <sub>2</sub>	Q <sub>1</sub>	P <sub>3</sub>	Q <sub>2</sub> - Q <sub>1</sub>	Q <sub>2</sub>
P <sub>3</sub>				

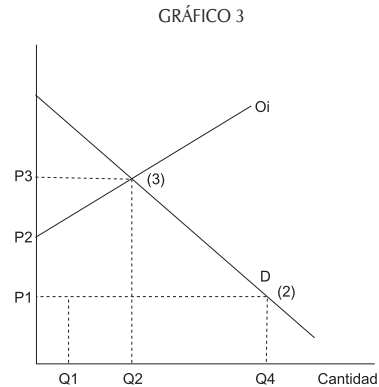
Gráficamente (gráfico 2) se demuestra cuál es el exceso de demanda que se presenta y que da margen para el surgimiento de transacciones paralelas a las vías legales. El exceso de demanda se puede definir como la situación en la que la cantidad demandada a un precio dado es superior a la ofrecida<sup>266</sup>. El eje vertical indica el precio pagado por los órganos, el eje horizontal la cantidad de órganos humanos en el mercado (entiéndase los disponibles para ser trasplantados), la curva *D* señala la cantidad de órganos demandada, siendo de pendiente negativa pues la cantidad requerida por el mercado será mayor cuanto menor sea el precio por órgano; y la diferencia  $Q_4 - Q_1$  representa la necesidad insatisfecha del mercado, bajo condiciones donde la oferta no se altera por el precio de los órganos, al no ser posible usarlo como incentivo para generar cambios que satisfagan la demanda. La cantidad  $Q_1$  es la máxima que puede ofrecer el mercado legal y la  $Q_4$  la que necesitaría el mercado.



A estas condiciones se le suman los órganos disponibles gracias a las contraprestaciones, que si bien no atienden a los principios legales, sí generan los incentivos necesarios para que la curva de oferta presente cambios:



$O_i$ , frente al precio  $P_3$ , da lugar a una cantidad de órganos  $Q_2$ , vaciando el mercado en el punto 3, la máxima cantidad posible de órganos que se encuentran disponibles, generando todos los efectos de escasez y de mercados paralelos. Por esto mismo, en el gráfico 3 se señala cuál es el espacio que tiene el mercado negro frente al mercado legal:



Como se ve, a diferencia de lo que ocurre en el mercado legal donde los precios no alteran la oferta, en el resto del mercado los precios sí generan cambios en la cantidad de productos que se ponen a disposición de los individuos; por esto se afirma que el principio general es que en presencia de mercados libres estos buscan su equilibrio gracias a la fuerza que los precios generan en los individuos; los incentivos se convierten en la principal herramienta para lograr los cambios necesarios entre oferta y demanda. Para dejar esto claro, se debe entender cómo funcionaría un mercado legalizado, donde la regla general de los incentivos es tenida en cuenta. Para esto es necesario partir de la siguiente tabla donde a un precio  $P_2$ , menor que el  $P_3$  del mercado negro, situación que en adelante se explicará, determina una cantidad  $Q_3$  de órganos, la más alta que se puede obtener en el mercado bajo las condiciones actuales:

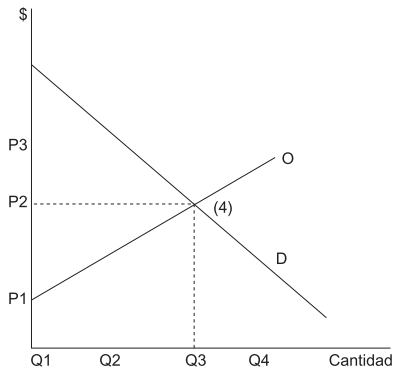
Oferta del mercado legalizado	
P <sub>x</sub> □	Q <sub>x</sub> □
P <sub>2</sub> □	Q <sub>3</sub> □

Según el gráfico 4, las contraprestaciones por los órganos están legalizadas cuando generan en el mercado una respuesta positiva en la cantidad de órganos puestos a disposición para ser trasplantados, vaciando el mercado en el punto 4.

Ahora bien, si ya tenemos entendido el mercado legal, el mercado negro y el mercado legalizado, se necesita explicar a qué principios atiende el aumento o la disminución de la oferta y la demanda conforme al precio. Para lograr esto se plantea la siguiente tabla:

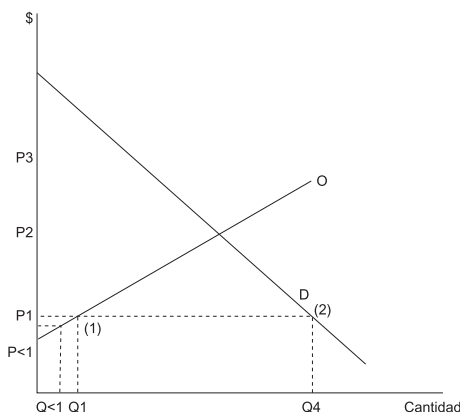
Oferta actual del mercado con esquema de incentivos				
Vía donación		Por contraprestación		Mercado
O	Q <sub>x</sub>	O <sub>i</sub>	Q <sub>x</sub>	ΣO + O <sub>i</sub>
P <sub>x</sub>	Q <sub>x</sub>	P <sub>x</sub>	Q <sub>x</sub>	Total
P <sub>&lt;1</sub>	Q <sub>&lt;1</sub>	P <sub>3</sub>	Q <sub>2</sub> - Q <sub>&lt;1</sub>	Q <sub>2</sub>
P <sub>1</sub>	Q <sub>1</sub>		Q <sub>2</sub> - Q <sub>1</sub>	

GRÁFICO 4



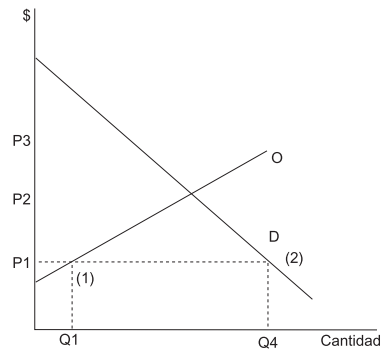
En esta tabla se consignan las premisas del mercado legal, vía donación, y del mercado donde existe una contraprestación, pero varía el hecho de considerar que el principio general de los incentivos también se encuentra presente cuando no es posible asignar un precio a los órganos. Como ejemplo se tiene el caso donde el precio de la operación, por medio de reglamentación legal, dejara de contemplar el rubro por concepto de post operatorio para los cedentes, haciendo con esto más gravosa la situación de los donantes, dejando el precio ya no en P1 sino en P<1, disminuyendo de esta forma la cantidad de órganos legales en el mercado, aumentando la posibilidad de entrada de órganos ilegales<sup>267</sup>.

GRÁFICO 5



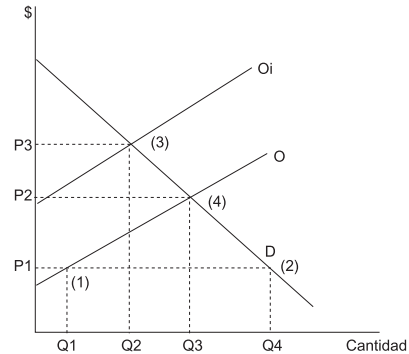
Pero aunque esto sea cierto, que los mercado generan incentivos, hay que tener claro que el mercado legal ha fijado un determinado precio por los órganos y que bajo esas condiciones solo es posible una cantidad Q1 de órganos, como se había señalado (gráfico 6).

GRÁFICO 6



Uniendo todos los elementos anteriores nos queda el siguiente gráfico 7 que contempla el mercado negro y el mercado legalizado.

GRÁFICO 7



O<sub>i</sub> y O son las curvas de ofertas, la primera en presencia del mercado negro y la segunda bajo los supuestos del un mercado legal, (i) bien sea bajo las condiciones actuales, no contraprestación por órganos, o (ii) en el evento de presentarse una legalización; ambas curvas, como ya lo hemos

266. *Ibíd.*

267. Existe un acuerdo unánime respecto a que el principio de gratuidad de la cesión en ningún caso debe implicar que el donante haya de asumir los gastos derivados de la misma. El consejo de Europa ha reiterado que la gratuidad de la donación no excluye la compensación a los donantes vivos, por la pérdida de ganancias y cualquier gasto causado por la extracción de los exámenes previos. La directriz 5.<sup>a</sup> de la Resolución WHA 44,25, de la Organización Mundial de la Salud, prohíbe, en términos absolutos, la entrega o percepción de precio alguno por los órganos, incluyendo cualquier tipo de compensación o gratificación, pero, conforme a los comentarios que a modo de interpretación auténtica se acompaña a la directriz, ésta no prohíbe el pago de los gastos razonables en que se hubiere incurrido como consecuencia de la donación. Debe garantizarse que la cesión de un órgano o tejido no implique, en ningún caso, la causación de un gasto o detrimento patrimonial al donante vivo o a la familia del finado que no se hubiere producido de no llevarse a cabo el procedimiento. ANGOITIA GOROSTIAGA. *Ob. cit.*, pp. 238 y ss.

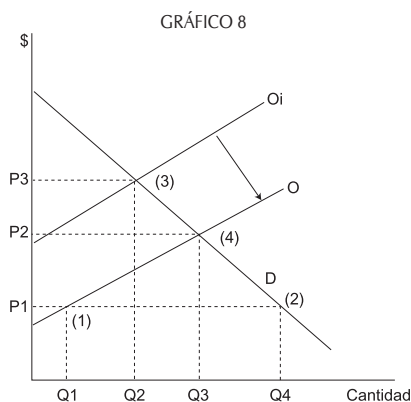
visto, atendiendo a los incentivos del mercado. Estas dos curvas son de pendiente positiva, por cuanto mayor sea el precio por órgano en el mercado tenderán a subir la cantidad de órganos ofrecidos en él. Los órganos que aporta el mercado ilegal son mayores que los ofrecidos legalmente pues se ofrece por ellos una cantidad de dinero, que las personas, dispuestas a poner en el mercado sus componentes anatómicos, tienen como incentivo adicional al altruismo de su donación, y que atendiendo a los efectos que tienen los incentivos sobre los agentes del mercado motiva a los oferentes y trae consigo una mayor cantidad de órganos para ser trasplantados. A su vez,  $P_3$  es el precio en el tráfico negro actual de órganos,  $P_2$  el precio que se daría en un mercado legalizado, y  $P_1$  el precio bajo el estado actual de cosas.  $Q_1$  es la cantidad de órganos disponibles con las actuales restricciones,  $Q_2$  la cantidad total de órganos que alcanza a ingresar cuando se suma el aporte del tráfico de órganos,  $Q_3$  los órganos que alcanzarían a entrar en un mercado legalizado y  $Q_4$  la cantidad que el mercado requiere realmente (hay que recordar que la demanda de órganos es creciente y según el estado de cosas continuará aumentando del mismo modo, pero probablemente a un ritmo más acelerado). Los puntos (3) y (4) son los puntos donde se vacía el mercado, el primero en el mercado negro y el segundo en el supuesto de la legalización.

Identificados los elementos de esta gráfica, se parte de la situación en la que nos encontramos: estamos en presencia de una demanda de órganos que es creciente y que el único vehículo legal para que se equilibre el mercado es un aumento de las donaciones voluntarias, conociendo que no se pueden celebrar acuerdos que generen contraprestación y que a pesar de que el órgano es gratuito, lleva implícito un costo, unos evidentes como el pago de honorarios a los cirujanos, los gastos de hospitalización y los medicamentos que asegurarán el éxito de la intervención. El otro costo será el de oportunidad por todas aquellas actividades que se dejaron de realizar al estar pendiente en la lista de espera para la asignación del órgano (visto así la donación deja de ser gratuita). Por estas dos cosas,  $P_1$  será el precio del órgano, bajo las condiciones actuales (el más bajo que se da), y  $Q_1$  la cantidad de órganos disponibles (de la misma forma la menor cantidad disponible dadas las restricciones legales), interceptándose este precio con esta cantidad de órganos en (1), condición que no vacía el mercado. Entonces, se puede afirmar que hay una demanda de excedente visible bajo la resta de  $Q_4$ , que es lo que el mercado requiere, menos  $Q_1$ , lo que el mercado tiene disponible por realizar los trasplantes por las vías legales ( $Q_4 - Q_1$ ).

En el estado actual de cosas, en el tráfico negro el precio se establece en  $P_3$ , el más alto posible dados los altos costos de evasión de las autoridades, costos punitivos, la difícil y

costosa información, la informalidad de la transacción y la ausencia de mecanismos coactivos para hacer ejecutadas las obligaciones derivadas del contrato corporal. Este mercado solo se ve respondido con una cantidad de órganos señalada como  $Q_2$ . La intersección en este evento está ubicada en (3), solo un poco más de órganos se encuentran disponibles en el mercado. Por lo anterior se puede decir que el mercado negro aporta al total de trasplantes la siguiente diferencia:  $Q_2 - Q_1$ .

Ya en el evento de un mercado donde se encuentren legalizados los contratos corporales onerosos sobre órganos humanos, el precio se ubicará en  $P_2$ , como consecuencia del ahorro de costos presentes en los mercados marginados por la ley (evasión de la vigilancia, costos sanitarios, externalidades negativas a terceros, ausencia de mecanismos de resarcimiento de perjuicios, etc.), y la cantidad de órganos para ser trasplantados es la más alta que se puede dar:  $Q_3$ . La intersección en este evento encuentra punto de equilibrio en (4), donde las curvas de oferta legal y demanda de órganos encuentran su punto más alto de satisfacción pues el precio ya no está fijado por la ley, sino que atiende a la valoración del mercado. Por estas razones el precio en el mercado legalizado sería menor, en términos relativos a los que actualmente se debe pagar en el mercado negro. La diferencia se nota en la siguiente gráfica, indicado con la transición del punto 3 al punto 4.

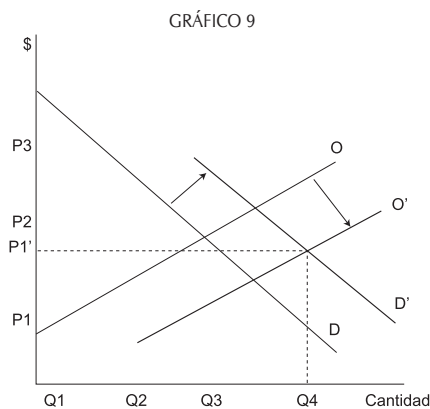


Adicional al aumento de la cantidad de órganos en el mercado, debido a los cambios del marco institucional, y la consiguiente disminución en la agresión de bienes jurídicos de personas a las cuales se les extraen sus órganos de forma involuntaria, no se debe olvidar como consecuencia positiva de la legalización el mejoramiento en las condiciones de salubridad y sanidad.

Estos efectos tendrán mayor o menor repercusión dependiendo de la aceptación que sobre las políticas antiprohibicionistas tenga la población o sobre la tendencia que

determinadas personas tengan frente a los riesgos (unas personas son propensas al riesgo y otras contrarias al mismo), situación que de forma determinante cambia la postura que se tome frente a la posibilidad de participar en el mercado de órganos. Otra situación que se vería reflejada en la composición del mercado, aumentando el número de órganos disponibles a un menor costo, sería la respuesta del público a generar donaciones altruistas de forma asidua debido al conocimiento que sobre la materia tendrían, debido a la publicidad sobre la abolición de la prohibición y por una tendencia natural de los hombre a la adhesión por la causa contraria a la que el se tienen ciertas reservas<sup>268</sup>.

Por esto, el gráfico 9 plantea ciertas variantes que permitirían en ocasiones beneficiar a un mayor número de personas con la técnica de los trasplantes o dejar por fuera de las posibilidades a otro tanto de enfermos. Si el mercado genera los incentivos necesarios para lograr mayor número de cesiones y si las personas que a título de altruismo, se disponen a donar, las curvas de oferta y demanda podrían llegar a desplazarse de esta forma, que superaría las expectativas presentes de demanda:



Es necesario hacer la siguiente aclaración. El menor precio del mercado legalizado es “relativo”, atendiendo a la anotación de Posner, pues al darse la transición de un mercado negro a un mercado legal se debe tener en cuenta y analizar con detenimiento que el precio del primero es menor del que se da en un mercado libre. Esto es consecuente con lo que se había afirmado como causas que determinan el establecimiento del precio en presencia del tráfico. La informalidad de la transacción no brinda al comprador ninguna garantía, a diferencia de los eventos donde se cuenta con un marco legal que aporta a las transacciones instituciones jurídicas seguras para contraer y hacer efectiva las obligaciones negociadas<sup>269</sup>, que en ningún momento son comparables con las que se reciben en los mercados ilegales. Por lo anterior el comprador del mercado legal debe pagar un precio más alto por las garantías que recibe y que el

vendedor debe asumir en el negocio. El incremento del precio señalado será nominal pues no se entregarán más bienes sino que se entregarán unos derechos que antes no se entregaban, no siendo, por lo tanto, un aumento real del precio<sup>270</sup>. A partir de esta afirmación la gráfica planteada presenta una variación en el señalamiento de los precios si tenemos en cuenta que estos últimos no son nominales sino reales, corrección que permite argumentar de forma aún más sólida las posturas en pro de la legalización. Lo último que resta decir es que la consideración sobre precios reales y precios nominales permite entrever que el mercado negro ofrecería, en el evento de la legalización, productos menos costosos pues no tienen “garantías”, pero en términos de salud los grupos poblacionales acceden a los mejores bienes y servicios que estén dentro de sus posibilidades, que en este caso serían los órganos suministrados por vía legal.

Lo afirmado hasta este momento atiende la opinión de las personas, que participaron de la muestra para este trabajo, acerca de la posibilidad de comprar o vender órganos. Primero es importante resaltar que las personas han asimilado la técnica de los trasplantes, pero (i) no se conoce el marco legal e institucional sobre los trasplantes presentándose un alto costo de información<sup>271</sup>, y (ii) las personas prefieren donar sus órganos una vez fallecidos, reduciendo las posibilidades de extracción e implantación como ya se ha visto.

La muestra señala que las personas presentan un rechazo a la idea de recibir órganos de animales, una posible solución al problema de la demanda, y solo aceptarían esta opción cuando fuera más que necesario<sup>272</sup>.

268. A diferencia del voto de opinión gran cantidad de personas participan en las elecciones apoyando al candidato Y el cual es rival de X, candidato del cual no se es adepto.

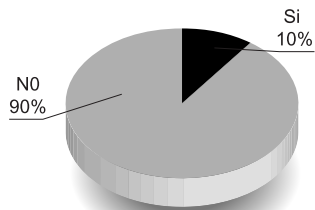
269. La acción reivindicatoria o el saneamiento por evicción son ejemplos claros de los mecanismos con que se cuenta al negociar bajo prescripciones legales, lo que se ha llamado en este trabajo como limitaciones formales, aportando adicionalmente el entendimiento del porqué los mercados informales son agentes productores de violencia.

270. Una definición para entender lo que se conoce como precio nominal es la que entiende por éste el valor esperado en unidades monetarias, y por precio real, aquel al cual se le descuentan las distorsiones que generan las unidades monetarias que se hayan pagado por un bien o servicio.

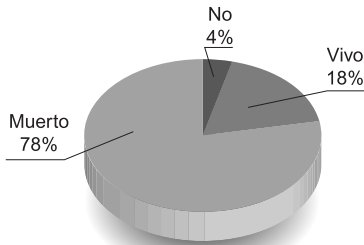
271. Se conoce como costo de información aquel que genera desventajas competitivas por la carencia de información que puede resultar esencial al momento de tomar alguna decisión. El costo puede darse por información falsa ó precaria.

272. El cerdo es el animal con mayores potenciales para realizar este tipo de trasplantes pues el corazón de este animal, por ejemplo, tiene prácticamente el mismo tamaño y la misma capacidad de

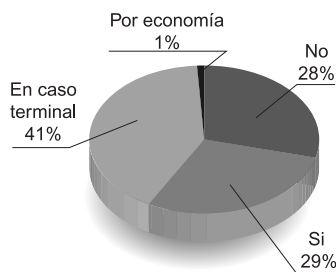
Conoce la reglamentación sobre trasplante de órganos



Donaría sus órganos

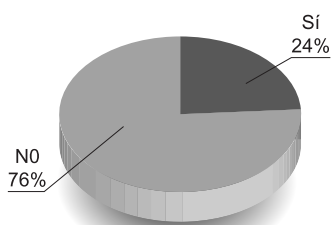


Aceptaría órganos animales

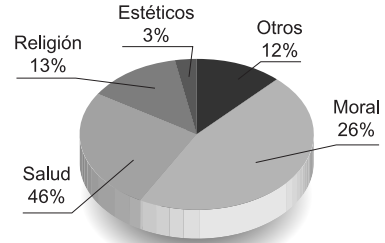


De la misma forma, los encuestados no comparten la idea de vender sus órganos pues los problemas frente a los trasplantes los centran en inconvenientes de salud, situación que se podría explicar por falta de información de los excelentes resultados pos operatorios tanto para el cedente como para el receptor.

Vendería sus órganos

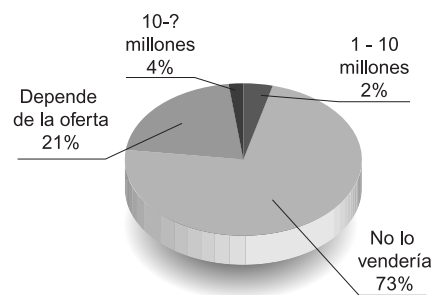


Cual es problema de la donación de órganos



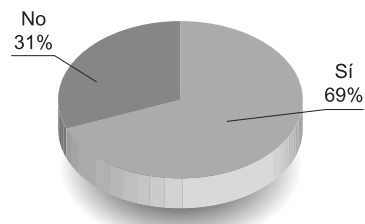
Frente a la posibilidad de asignar un precio a los órganos se confirma lo anterior, pues un buen porcentaje dice que no los vendería, sin dejar de señalar que algunos entrarían a la lógica del mercado (23% asignaría un precio según la oferta que reciban y el 7% considera que sus órganos tiene un valor que puede oscilar entre un millón de pesos colombianos en adelante). Esto es una buena razón para implementar una política de aceptación de contratos onerosos, lo importante es que las personas donen más sus órganos no que cobre por ellos.

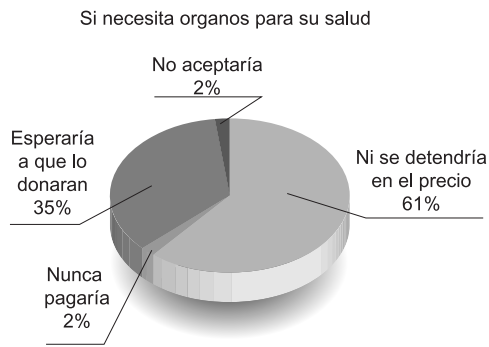
Por cuanto vendería sus órganos



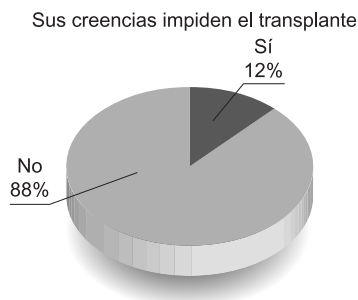
Este rechazo a la venta no se traslada cuando de compra se trata, pues los encuestados no se detendrían ni siquiera por el precio del componente anatómico, explicación del porqué existen mercados paralelos.

Compraría órganos





Estos comportamientos curiosos en la opinión de los encuestados (como preferir la compra de órganos que la venta de los mismos, no asignar precio cuando la intención parece no detenerse en el mismo si se trata de salud, etc.), además de demostrar altos costos de información en cuanto reglamentación, operatividad y eficacia de los trasplantes, se podría decir que atienden a las convicciones internas o religiosas de las personas, pero según la muestra esto no es así.



## 2. Elementos de la solución

Se encuentra expuesta la necesidad de contar con una fuente de tejidos y de órganos para la realización de trasplantes, hecho que constituye un argumento práctico y denso susceptible de servir de aval para crear un incentivo para los dadores<sup>273</sup>, ya se reviso como están las condiciones actuales y como sería un futuro posible bajo los comportamientos de mercado y se demostró que el problema de la escasez tiene como uno de sus fundamentos un esquema de cesión que no es claro y que no atiende a una lógica que reúna de forma coherente la intención y los intereses de las personas. A continuación se revisan las pautas que debe atender una solución desde el AED, que contemple en la mejor medida el hecho de la exclusión que se puede dar debido a la asignación onerosa de los órganos humanos.

Para comenzar se parte de una tabla que trae las posibles opciones que se darían si se permite la remuneración por órganos, tomando los escenarios que presenta GARZÓN VALDEZ<sup>274</sup>.

Cedente	Posibles cedentes			
	Vivo	Muerto	Voluntad	Contraprestación
Generoso	X		X	
Mercantil	X		X	X
Generoso social		X	X	
Generoso con herederos		X	X	X
Socializado sin indemnización		X		
Socializado con indemnización		X		X

Los cedentes se podrían clasificar en dos grandes grupos, aquellos que realizan su transacción para que se haga efectiva en vida y aquellos que realizan la cesión una vez hayan fallecido. Otra gran clasificación está referida a la existencia o no de remuneración pues una no excluye a la otra como podría llegar a pensarse. El supuesto de maximización del propio beneficio, no niega la posibilidad de que las personas tengan, o si se quiere ver así, presenten conductas que en realidad o en apariencia sean altruistas; "las personas que no son apegadas a los bienes materiales simplemente reflejan que la utilidad marginal de tales bienes para ellos es muy baja y es conocido que incluso esta condición no es en realidad sinónimo de altruismo. En este contexto, proceden racionalmente según su curva de utilidad cuando no valoran de manera excesiva dichos bienes. Por lo general puede demostrarse que las conductas altruistas en el contexto de determinado grupo social con frecuencia corresponden a intercambios fraccionados en el tiempo, de modo tal que lo que parece a un observador una transferencia a título gratuito es realmente la primera parte de un intercambio recíproco"<sup>275</sup>.

Así, se tendrán cedentes (i) generosos, vivos, donde no hay contraprestación, por lo tanto el contrato corporal que establece será a título gratuito, (ii) como generosos sociales, el cual dona su(s) órgano(s) una vez se encuentre muerto y, por último, (iii) cedentes socializados sin indemnización,

bombeo que el corazón humano. Dentro de los animales, la opción más atractiva es, de por sí, la de los primates no humanos, por su mayor semejanza genética con el hombre. Esta vía es impracticable pues el número de estos primates es insuficiente, su cría muy costosa y estas especies correrían el peligro de desaparecer. Otras especies: el carnero, la cabra, el canguro son zoológicamente tan indicadas como el cerdo, pero su reproducción es lenta y su cría más difícil. Al final, las preferencias se han decantado por el cerdo. Es fácil de criar, su alimentación no es cara, su reproducción es numerosa, crece rápidamente: todo ello son ventajas pues en cualquier momento se podría elegir el ejemplar en función de su talla, sexo y edad: [www.geocities.com/BourbonStreet/3560/temas\_del\_mes/numero\_5-trasplantes.htm].

273. JESSE DUKEMINIER. "Supplying organs for transplantation", *Michigan Law Review*, vol. 68, n.º 5, 1970.

274. GARZÓN VALDEZ. Ob. cit.

275. NÚÑEZ TRUJILLO. Ob. cit., p. 110.

donde son extraídos los componentes en ausencia de voluntad del cedente, consecuente esta posibilidad con la postura socialista en la disposición del cuerpo. Por su parte, habrá (i) cedentes vivos con carácter mercantil que pondrá a disposición sus órganos previo acuerdo donde medie remuneración, (ii) como generosos con herederos donde se fija la voluntad de realizar cesión siempre y cuando como condición se preste alguna clase de remuneración y, por último, podrá existir, (iii) cedentes socializados con indemnización, este es el caso de personas que una vez fallecidas se le extraen sus órganos pero que reciben remuneración así no hubieren prestado su voluntad.

El evento del socializado con indemnización, como el de socializado sin indemnización, son casos que se pueden asemejar con la presunción de donación, vista ya en este trabajo, solo se diferencia cuando la remuneración se presta o no, pero podría pensarse que también existe la posibilidad de socializar el cuerpo aún en vida del cedente, evento donde una urgencia implique extraer un órgano de un paciente que en ese momento se encuentre en el quirófano y resulte compatible con algún necesitado.

*Podría pensarse en generar un esquema de incentivos para que las personas cedieran sus órganos a una institución a cambio de una contraprestación y esta bajo criterios de asignación por salud, edad, etc., establecer quien lo debe recibir...*

Con todo esto se debe revisar el marco de posibilidades sobre cuáles formas de remuneraciones se podrían dar y mejoren el simple mercado:

Cedente	Posibles formas de remuneración		
	Efectivo <input type="checkbox"/>	Beneficios de un banco <input type="checkbox"/>	Beneficios de un club <input type="checkbox"/>
Mercantil <input type="checkbox"/>	Se paga una suma que <input type="checkbox"/> corresponda a la <input type="checkbox"/> estimada por las <input type="checkbox"/> reglas de la legalización <input type="checkbox"/>	El sistema actual, donde <input type="checkbox"/> se puede recibir sin dar <input type="checkbox"/> nada a cambio o pagando <input type="checkbox"/> por el componente <input type="checkbox"/>	Derechos privilegiados por <input type="checkbox"/> pertenecer, siempre con <input type="checkbox"/> una carga asignada para <input type="checkbox"/> hacer parte de la <input type="checkbox"/> organización <input type="checkbox"/>
Generoso con <input type="checkbox"/> herederos <input type="checkbox"/>			
Socializado con <input type="checkbox"/> indemnización <input type="checkbox"/>			

Estas formas de remuneración se encuentran directamente relacionadas con la forma de asignar los órganos y el esquema de limitaciones que se adopte.

A. La primera forma de remuneración es mediante el pago en efectivo de una suma de dinero que englobe tanto el costo del órgano, que sería reflejado a través del mercado o según el monto establecido por medio de regulación, si esta opción se toma, como el costo de oportunidad. Esta posibilidad encuentra en el mercado la mejor forma de asignar los productos, que sería el esquema básico que plantea la solución explicada a través de gráficas expuesta en el apartado anterior. Bajo esta misma posibilidad y respecto a las transacciones post mortem, autores como LLOYD R. COHEN y HENRY HORSMANN han propuesto diferentes modalidades que se extienden desde el pago anticipado de cuotas anuales al vendedor hasta la entrega de una única suma a los herederos<sup>276</sup>.

La asignación a través del mercado con pago de un monto de dinero, puede aumentar considerablemente la disponibilidad de órganos pero presenta los siguientes inconvenientes<sup>277</sup>:

- a. El atractivo económico puede inhibir la disposición a la cesión gratuita, ello traería un aumento de los costos de los trasplantes, cuestión que parece no ser tan cierta pues en casi todas las actividades del mercado individuos continúan realizando sus transacciones o actividades sin contraprestación pues los beneficios no pecuniarios que obtiene igualan sus costos<sup>278</sup>.
- b. Otra crítica es que solamente las personas con recursos serían los compradores ya que los órganos continuarán siendo necesarios y escasos, dos hechos que permiten vaticinar precios relativamente elevados, aunque menores según se ha visto.
- c. Se refuerza la vulnerabilidad de sectores de la población que no tienen otros productos que vender como no sea partes de su propio cuerpo. Pero, como se ha demostrado, la posibilidad de vender los órganos existe actualmente. También se debe tener en cuenta que la



vulnerabilidad cambia cuando se entiende desde el punto de vista del comprador, pues él se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad ya que la posesión del órgano en cuestión es un asunto de vida o muerte, en cambio, para el vendedor se trata de un asunto de mayor o menor riesgo.

d. Se puede provocar la aparición de mayoristas que concentren las ventas y lleven al mercado a situaciones monopolísticas que desatiendan el fin de la legalización de los contratos corporales. Se puede centralizar las compras y crear mecanismos que vendan los órganos según razones de salud y se podría exigir por parte de los cuerpos médicos informes detallados de la procedencia de los componentes y así evitar la concentración de compras y ventas.

En el mercado solo se verán reflejadas las intenciones de las personas que cuentan con los recursos para realizar operaciones. Esto que es criticable, debe tener en cuenta la siguiente respuesta de NÚÑEZ: "Si bien esta formulación puede tener algún mérito, en una sociedad inspirada en principios social demócratas, respecto de algunos bienes básicos (alimentación, vivienda, salud primaria, etc.), no acogerla significa permitir a personas que no están dispuestas a gastar nada por un bien determinar cómo debe usarse y a quién debe asignarse, lo que de ordinario conduce a que el bien resulte desperdiciado. La asignación de bienes por fuera del sistema de precios ya ha sido intentada en muchas ocasiones, y cuando los costos de transacción no son prohibitivos resultan mejor utilizados dentro de dicho sistema. Si no fuera así, los sistemas socialistas, en que los bienes no se asignan según los precios del mercado sino atendiendo las directivas de las autoridades estatales, serían (o hubieran sido) más eficientes que los sistemas capitalistas. En cualquier caso, buscando maximizar su propio provecho las personas tenderán a tratar de utilizar bienes sin pagar precios de mercado por ellos"<sup>279</sup>.

B. El otro mecanismo para generar remuneración es por intermedio de los bancos de órganos que ha sido el mecanismo clásico para recibir los órganos y luego ser asignados a quienes hacen parte de las listas de espera bajo los criterios que consagren sus estatutos<sup>280</sup>. Tradicionalmente los Bancos reciben los órganos a título gratuito para buscar una despersonalización del donante con los órganos cedidos<sup>281</sup>, procurando evitar una relación de tipo subjetivo con el receptor, donde se verían comprometidos principios que sustentan el andamiaje jurídico y ético de los Trasplantes de Órganos, principalmente entablando una transacción mercantil. Podría pensarse en generar un esquema de incentivos para que las personas cedieran sus órganos a una institución a cambio de una contraprestación y esta bajo

criterios de asignación por salud, edad, etc., establecer quién lo debe recibir. La otra posibilidad del Banco sería, bajo un esquema de incentivos, ya no solo adjudicar bajo criterios de imparcialidad, asignar primero a las personas que han cedido órganos para luego recibir ó comprar órganos intermediando en la asignación. Así, el banco cumpliría una función de centralización de los componentes anatómicos. Los problemas que se pueden encontrar los bancos son:

a. Se promueve los *free raiders*, a captadores de rentas: Se denominan de esta forma a los agentes del mercado que se encuentran esperando el momento oportuno para obtener beneficios en una asignación sin dar nada a cambio. Personas oportunistas y con capacidad de pago haría parte de varias listas de bancos esperando cual de ellos les asigna primero un órgano, desplazando a otros necesitados.

b. No se dan los presupuestos de la imparcialidad cuando se dan situaciones de muerte por fuera del radio de acción del banco. Caso en el que una persona a decidido donar el órgano a una organización después de su muerte, pero fallece por fuera del alcance de transporte o recepción del componente por la entidad, adjudicándose entonces a receptores del lugar del deceso.

C. La última posibilidad sería la creación de un esquema de incentivos gracias a los beneficios que genera un club<sup>282</sup>. El

276. STEPH R. MUNZER. *Property Rights in Body Parts*, Social Philosophy & Policy, vol. II, n.º 2, 1994.

277. Para Garzón Valdez, "Si se admite el derecho de propiedad de cada persona sobre su propio cuerpo, se afirma, no habría inconveniente alguno en aceptar la vía del mercado". GARZÓN VALDEZ. Ob. cit.

278. Es casi natural pensar que se podría estructurar mecanismos que permitan que los organismos de la seguridad social en salud paguen el sobrecosto que genere la compra.

279. NÚÑEZ TRUJILLO. Ob. cit., p. 109.

280. Según el Decreto 1546 de 1998, artículo 2.º: "Banco de componentes anatómicos. Es la institución encargada de la obtención, preservación y almacenamiento de componentes anatómicos con el propósito de conservarlos y distribuirlos. Los bancos de componentes anatómicos cualquiera sea su categoría, deben estar vinculados o ser dependientes de una institución prestadora de servicios de salud autorizada por el Ministerio de Salud o la autoridad delegada, lo cual implica dependencia desde el punto de vista de su creación, patrimonial, administrativo, presupuestal y financiero y de la dirección y orientación técnico-científica.

No obstante lo anterior, podrán funcionar Bancos Independientes, los cuales están obligados a cumplir con el régimen vigente que corresponda a su naturaleza jurídica".

281. El origen de los órganos de los Bancos, actualmente es por: Donación en vida, donación por los deudos y por Presunción legal de donación.

club se define de la siguiente manera: *A club is an organization which offers a shared collective good exclusively to its members, defraying the cost of the good from member's payments (typically dues payments or user fees in the form of head taxes) according to some more or less equal or in some cases discriminatory tax rule. The quality (or quantity) of the good available to each member may or may not depend on the size of the membership or on its composition. In the former case, congestion or impurity is said to exist in the provision of the club's good; otherwise none. In either case, the greater the level of resources applied to the provision of the club's good, the greater the quantity or quality available to any fixed membership*<sup>283</sup>.

HARTMUT KLIEMT ha propuesto esta posibilidad; pues "(e)sta alternativa se basa en el principio de reciprocidad: quien dona un órgano lo hace no solo por razones remuneratorias sino porque espera también ser receptor eventual en caso de que necesite un órgano o tejido. La donación le otorga un derecho privilegiado de acceso a los órganos disponibles"<sup>284</sup>. El anterior principio es complementado con el de solidaridad frente a quienes por razones de edad o de incapacidad física no pueden ser miembros del club. La propuesta del club evitará dos problemas vinculados con el mercado y con el banco de órganos respectivamente, el de considerar a los órganos como un simple recurso, susceptible sin más de transacciones mercantiles, y el de establecer una especie de propiedad colectiva sobre los órganos en el sentido de un *common pool resource*<sup>285</sup>.

Este esquema de Club se ha materializado en las restricciones a nivel nacional impuestas por las legislaciones de algunos países. Se establece que los receptores de órganos obtenidos en el territorio nacional solo pueden ser trasplantados a nacionales<sup>286</sup>. El fundamento de restricción nacional es aproximadamente el mismo que el de la propuesta del club: evitar errores y estimular las donaciones concediendo un tratamiento privilegiado a sus miembros. Por esto el mecanismo de clubes se basa en un entramado de privilegios que pueden ir desde pactar un porcentaje para que sea trasplantado a una persona ajena al club, que cumpliría la función de una cuota de inmigración de los países industriales respecto de ciudadanos del tercer o cuarto mundo; hasta generar asociaciones de personas que padezcan determinadas enfermedades, por ejemplo renales, para que los beneficios de donaciones y centralización de información mejore las condiciones de los miembros del club. Entonces los clubes que podrían operar serían:

1. Que admitieran a todo aquel dispuesto a donar, tanto en vida como después de llegada la muerte.
2. Especializados en ciertos órganos.
3. Con opción de órganos en vida para beneficiar a los herederos.

4. Con posibilidad de revocación.
5. De donación única o múltiple, dependiendo de las reglas del club.

Este mecanismo parece ser el que mejores condiciones brindaría en el momento de pensar en la legalización de los contratos corporales onerosos pues permitiría establecer un punto medio entre el altruismo y la posibilidad de ofrecer remuneraciones como incentivo.

La operación de los clubes, sus beneficios y limitaciones han sido expuestos por BUCHANAN, quien generó la teoría seminal sobre este tipo de asociación. Para BUCHANAN, no se ha desarrollado ninguna teoría que cubra todo el espectro de posibilidades de propiedad-consumo, yendo desde las puramente privadas o actividades individuales por una parte, a las puramente públicas o actividades colectivas, por la otra<sup>287</sup>.

Uno de los eslabones que une la necesidad de entender los bienes que se encuentran entre lo público y lo privado es la teoría de los clubes, una teoría de una sociedad cooperativa que incluye como una variable a determinar la extensión de los derechos de propiedad-consumo entre diferente número de personas. Por esta razón fundamental pueden ser los clubes la mejor alternativa a seguir, pues los órganos humanos pueden estar localizados en un umbral de indefinición en cuanto a su característica privada o pública. La discusión entre las posturas liberal y socialista de los componentes anatómicos no ha permitido establecer un esquema claro para configurar mecanismos de incentivos y asignación eficiente de los recursos.

282. Una revisión de los Clubs en AED: PATRICK McNUTT. *Public Goods and Club Goods*, Encyclopedia of Law and Economics, vol. 1, BOUDEWIJN BOUCKAERT (ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2000.

283. JOHN EATWELL y MILGATE. *Club*. The New Palgrave: a dictionary of economics, MURRAY PETER NEWMAN (ed.), Londres, Macmillan, 1987.

284. HARTMUT KLIEMT. *Gerechtigkeitskriterien' in der transplantationsmedizin. Eine ordoliberalen Perspektive*, en E. ÁNGEL y CH. FUCHS (comps). *Soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen*, Berlin, Heidelberg, Springer Verlag, 1993.

285. *Ibid.*

286. Según el Decreto 1546 de 1998, artículo 8.º: "Se prohíbe la exportación de componentes anatómicos, excepto cuando la entidad delegada obtenga un permiso especial para tal efecto, el cual amparará el intercambio de componentes anatómicos con bancos y programas de trasplantes de otros países, con fines exclusivamente terapéuticos, siempre y cuando se proceda sin ánimo de lucro. El permiso lo otorgará el Ministerio de Salud a través de la Dirección General de Desarrollo de Servicios de Salud o la dependencia que haga sus veces".

287. JAMES BUCHANAN. *Una teoría económica de los clubes*, *Economía* 32, 1965. Una traducción al español se encuentra en BREIT WILLIAM y HAROLD M. HOCHMAN. *Microeconomía*, México, Interamericana, 1973.

Si se opta por los clubes, para que generen los mecanismos de incentivos y aumentar la oferta de órganos para su trasplante, se deben tener en cuenta los siguientes puntos:

1. Nótese que una teoría económica de los clubes sólo puede aplicarse estrictamente en la medida en que sea económica la motivación para unirse en convenios sociales; o sea, sólo si las direcciones se realizan sobre la base de costos y beneficios de bienes y servicios particulares, al ser confrontados por el individuo. En la medida en que los individuos se unen a clubes por camaradería, la teoría se inaplica.

2. La cuestión central en una teoría de los clubes es determinar el margen de miembros, o sea, el tamaño más deseable de participación en el consumo y los costos. El tamaño óptimo del club, para cualquier cantidad de bien, tenderá a hacerse más pequeño al incrementarse el ingreso real de un individuo. Los bienes que presentan algún "carácter público" para niveles de ingresos bajos tenderán por lo tanto, a transformarse en privados al crecer los niveles de ingreso. Esto sugiere que el número de actividades que están organizadas óptimamente según convenios de división cooperativos-colectivos tenderá a ser algo mayor en comunidades de bajos ingresos que en comunidades de altos ingresos, permaneciendo igual a otras cosas. Si nos referimos a componentes anatómicos, el tema respecto a este problema se centrará en las enfermedades que más necesitan órganos para ser trasplantados.

3. El tamaño de estos clubes deberá estar establecido en los mismos estatutos que atiendan a la cantidad de personas necesitadas y en la posibilidad de satisfacer la demanda que genere el mismo club.

Con estas recomendaciones, la estructuración de la legalización de los contratos corporales onerosos tendría en la teoría económica de los clubes la mejor opción para encontrar las virtudes de la cooperación y las características mixtas que presentan los órganos como bienes, siendo la decisión más eficiente y la que llevaría a cabo la maximización de la riqueza pues aprovecha de la mejor manera los recursos a disposición. La discusión que queda por abordar, y que implica un estudio de otras dimensiones, seguramente con una postura ética determinada ya que sería una decisión política, debería ofrecer las pautas para determinar hasta qué nivel de su integridad pudieran disponer los individuos que llegarán a establecer obligaciones de carácter oneroso sobre sus órganos. Hoy por hoy la discusión es clara, la vida no está en juego; pero un mañana, real o ficticio, puede no haber la misma firmeza.

## Conclusiones

- Presentado el esquema metodológico y los componentes del engranaje del AED, ejemplificado esto a través del análisis de la escasez de órganos humanos para ser trasplantados, queda abierta la posibilidad de revisión de muchos temas desde la óptica que ofrece las herramientas del Análisis Económico del Derecho.
- Se demostró cómo el AED estudia desde su perspectiva todas las expresiones de control generadas por la misma sociedad, agrupadas en limitaciones formales e informales; ampliando así, la visión de las reales fronteras de esta metodología y estructurando un esquema que permita entender la ubicación de los estudios donde, adicional a no existir contraprestaciones pecuniarias, no hay normas legales expresas.
- La perspectiva que fue objeto de revisión en este trabajo reúne además de la economía y el derecho muchas áreas de estudio pues busca valerse de la mayor cantidad de herramientas posibles para generar un argumento que atienda al contexto en el cual los individuos que componen la sociedad toman sus decisiones. Por esto se reafirma que la pretensión científicista de la economía ha generado en el entendimiento del derecho los mejores frutos, pues logra dar a los operadores jurídicos herramientas adicionales en su labor, para poder materializar sus intenciones.
- Un trabajo posterior debe tratar de dilucidar las implicaciones éticas del uso del AED como una forma de interpretación extralegal del ordenamiento y como guía en la estructuración normativa al buscar en el comportamiento de los hombres la respuesta para alcanzar los fines sociales.

con texto

*Uno de los eslabones  
que une la necesidad  
de entender los bienes  
que se encuentran  
entre lo público y lo  
privado es la teoría  
de los clubes...*