

Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina

RAFAEL MERY NIETO*

En estos días no resulta exagerado afirmar que el Análisis Económico del Derecho, o “Law and Economics” como se conoce en los países de tradición anglosajona, es una de las innovaciones intelectuales más exitosas del pensamiento legal en el último tiempo, desde el deceso del Realismo Legal en los inicios de los años cuarenta.

En efecto, el impacto del movimiento del Análisis Económico del Derecho, se ha visto reflejado en la recepción y desarrollo, tanto en la academia como en la práctica legal, por más de cuarenta años. Hoy en día, las más prestigiosas Facultades de Derecho, como Harvard, Chicago, Yale, Stanford y Berkeley, cuentan entre sus claustros a destacados economistas y juristas dedicados al análisis de diversos problemas jurídicos desde una perspectiva económica; imparten cursos regulares de Análisis Económico del Derecho y desarrollan Programas de Investigación en Derecho y Economía¹. El fuerte desarrollo de revistas académicas² y asociaciones³ que reúnen a exponentes del Derecho y la Economía; la gran cantidad de artículos y libros escritos sobre la materia; y el fuerte impacto que ha tenido el Análisis Económico del Derecho en decisiones judiciales, son sólo algunos indicadores que reflejan la influencia del movimiento en el mundo legal.

Cuarenta años es un período bastante considerable para un movimiento académico, más todavía si recordamos que el Realismo Legal duró poco más de veinte años, la escuela del Proceso Legal, inaugurada por Hart y Sacks, perduró por alrededor de una década y el Positivismo Lógico se desarrolló entre los años treinta y la década de los sesenta.

La influencia del Análisis Económico del Derecho y el impacto que ha tenido en la cultura legal, principalmente en la cultura legal norteamericana, ha sido objeto de estudios cuantitativos que han venido a ratificar lo anterior. En un trabajo de 1992, George J. Stigler, observa las publicaciones en

* RAFAEL MERY NIETO. Abogado por la Universidad Diego Portales, Magister en Políticas Públicas por la Universidad de Chile. Profesor Investigador del Programa de Derecho y Economía de la Universidad Diego Portales.

¹ Para un análisis del rol que ha jugado el movimiento del Análisis Económico del Derecho en las universidades de Estados Unidos, ver GELHORN, Ernest y ROBINSON, Glen, “The Role of Economic Analysis in Legal Education”, *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, 1983, pp. 288-290.

² Por ejemplo, el *Journal of Law and Economics*, el *Journal of Legal Studies*, el *Journal of Law, Economics, and Organization*, la *International Review of Law and Economics*, el *Research in Law and Economics* y la *American Law and Economics Review*, entre otras.

³ En la actualidad es posible encontrar la *American Law and Economics Association*, *European Law and Economics Association*, *Canadian Law and Economics Association*, *Law and Economics Association of New Zealand*, *Midwestern Law and Economics Association*, *Australian Law and Economics Association*, *Centre for Law and Economics at Australia National University*, *Israeli Law and Economics Association*, y la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE), entre otras.

revistas de derecho y economía, destacando el importante rol que la economía ha logrado jugar en las Escuelas de Derecho⁴. En esa misma línea, Landes y Posner⁵, miden cuantitativamente la influencia de la economía en el derecho, utilizando para ello la referencia en citas –según el Social Sciences Citation Index– a trabajos de los más importantes exponentes del Análisis Económico del Derecho.

Ahora bien, es posible afirmar –cuestión en la que coincide la mayor parte de la literatura especializada– que este desarrollo intelectual comenzó modestamente en la década de los sesenta y principios de los años setenta con el trabajo pionero de autores como Ronald H. Coase⁶, Guido Calabresi⁷, Harold Demsetz⁸, John Barton⁹, Richard A. Posner¹⁰, John P. Brown¹¹, Gary Becker¹², Henry G. Manne¹³, Aaron Director¹⁴, entre otros, siendo una fecha clave la publicación por parte de Richard A. Posner de su texto magistral, *Economic Analysis of Law* en 1973¹⁵.

Sin embargo, algunos autores¹⁶ remontan el origen del Análisis Económico del Derecho, y en general, el vínculo entre la economía y el derecho, a los trabajos de autores utilitaristas como Cesare Beccaria¹⁷ y Jeremy Bentham¹⁸, la economía política de Adam Smith¹⁹ y Karl Marx²⁰ y a la escuela institucional norteamericana con autores como John R. Commons²¹. Todavía es posible agregar la obra de Wagner²² en torno a los efectos de los cambios en las necesidades económicas sobre las instituciones legales.

-
- ⁴ STIGLER, George, "Law or Economics?", *Journal of Law and Economics*, vol. 35, 1992, pp. 455-468.
- ⁵ LANDES, William y POSNER, Richard, "The Influence of Economics on Law: A Qualitative Study", *Journal of Law and Economics*, vol. 36, 1993, pp. 385-424.
- ⁶ COASE, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1-44 (reimpreso en COASE, Ronald H. (1988), *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press 95-156). (disponible en español, "El problema del costo social", *Estudios Públicos*, N° 45, 1992).
- ⁷ CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-553.
- ⁸ DEMSETZ, Harold, "Toward a Theory of Property Rights", *American Economic Review*, vol. 57, 1967, pp. 347-359.
- ⁹ BARTON, John, "The economic basis of damages for breach of contract", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 277-304.
- ¹⁰ POSNER, Richard A., "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29-96.
- ¹¹ BROWN, John P., "Toward an Economic Theory of Liability", *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 323-349.
- ¹² BECKER, Gary, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 169-217.
- ¹³ MANNE, Henry G., "Our Two Corporate Systems: Law and Economics", *Virginia Law Review*, vol. 53, 1967, 259-284.
- ¹⁴ DIRECTOR, Aaron, "The Economics of Technocracy", En Gideonse, Harry (ed.), *Public Policy Pamphlet No. 2*, Chicago: University of Chicago Press, 1933.
- ¹⁵ POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown and Company, 1973.
- ¹⁶ Ver VELJANOVSKI, Cento, *The Economics of Law. An Introductory Text*, London: The Institute of Economic Affairs, Hobart Paper 14, 1996.
- ¹⁷ BECCARIA, Cesare, *An Essay in Crime and Punishment*, New York: Ocean Publishers, 1958 (disponible en español, *De los delitos y de las penas*, Bogotá: Temis, 1990).
- ¹⁸ BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1789), New York: Prometheus Books, 1988.
- ¹⁹ SMITH, Adam, *Investigaciones sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1984. SMITH, Adam, *Lecciones de jurisprudencia*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1996.
- ²⁰ MARX, Karl, *El Capital*, Santiago: Ercilla, 1937.
- ²¹ COMMONS, John R., *Legal Foundations of Capitalism*, New York: Macmillan, 1924.
- ²² WAGNER, A., "Three Extracts on Public Finance" (1883), en Musgrave, R. A. y and Peacock, A. T. (eds), *Classics in the Theory of Public Finance*. London: Macmillan, 1958.

Con todo, el mayor desarrollo del Análisis Económico del Derecho comenzó recién en la década de los ochenta, difundándose con mayor fuerza todavía en los primeros años de la década de los noventa, influyendo significativamente la cultura legal.

En las líneas que siguen, entonces, intentaré avanzar algunas consideraciones sobre el panorama actual del Análisis Económico del Derecho, con alguna referencia particular sobre su recepción en Latinoamérica. Para ello, en primer lugar, describo brevemente los fundamentos teóricos sobre los cuales se construye el Análisis Económico del Derecho (I), revisando, en seguida, los principales tópicos en los cuales el Análisis Económico del Derecho ha hecho aportes para el estudio y análisis del sistema jurídico y legal (II). A continuación, constato los últimos avances teóricos que se han desarrollado en rededor del Análisis Económico del Derecho, específicamente lo que se conoce como *Behavioral Law and Economics* y *Lawlessness and Economics* (III). En seguida, dedico algunas líneas a las principales críticas de que ha sido objeto el Análisis Económico del Derecho y los desafíos que se presentan para el futuro (IV). Por último, doy algunas noticias sobre la recepción y desarrollo del Análisis Económico del Derecho en Latinoamérica (V).

I. Fundamentos teóricos del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho queda bien descrito como la aplicación de la teoría económica, y específicamente la teoría microeconómica neoclásica y economía del bienestar, al análisis y explicación del sistema jurídico. En efecto, lo que intenta el Análisis Económico del Derecho es responder a dos preguntas básicas sobre el sistema y las reglas legales, a saber, cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos, y en segundo lugar, si ese efecto de la regla es o no socialmente deseable.

Para responder estas preguntas, positiva la primera y normativa la segunda, el enfoque que utiliza el Análisis Económico del Derecho es el que tradicionalmente ha venido utilizando el análisis económico, y particularmente, el análisis económico neoclásico. Según este enfoque, la conducta de los individuos y las firmas puede ser descrita asumiendo que se comportan racionalmente y actúan en la búsqueda de su propio bienestar.

La idea de racionalidad humana que está detrás del análisis económico neoclásico y, en general, del Análisis Económico del Derecho, supone que los individuos son capaces de comportarse estratégicamente en un entorno de incentivos, esto es, la capacidad de mantener un cierto orden de preferencias individuales, buscando su maximización. Dicho de otra manera, un individuo actúa racionalmente cuando mantiene la creencia sobre un cierto estado de cosas o conjunto de preferencias ordenado según su intensidad y que además se encuentra óptimamente justificado, y elige la acción que será el mejor medio para alcanzar la máxima satisfacción de éstas. En fin, afirmar que las personas se orientan a maximizar su bienestar implica, por una parte, la capacidad de ordenar su escala de valoraciones y, por otra parte, la elección de los medios adecuados para el logro de sus fines. Como señala Sen, la “elección racional debe exigir, al menos, algo acerca de la correspondencia entre lo que se intenta conseguir y las acciones encaminadas a ello”²³.

²³ SEN, Amartya, *Sobre ética y economía*, México D.F.: Alianza Editorial, 1991, p. 31.

Resulta necesario advertir, con el objeto de despejar algunas interpretaciones equívocas, que esta idea de racionalidad “constituye una concepción metodológica y no normativa, es decir, no se trata de afirmar ni que los hombres deben actuar de esa manera, ni, tampoco, que de hecho y en todos los casos, lo hagan así. Lo que este supuesto de racionalidad económica afirma es que podemos, en un grado relevante, formular proposiciones predictivas y explicativas de la conducta interactiva de los seres humanos si los concebimos como animados por ese tipo de racionalidad”²⁴.

Pues bien, el Análisis Económico del Derecho no sólo se construye a partir del supuesto que las personas actúan como maximizadoras racionales de su bienestar, sino también en torno a la idea de eficiencia, en cuanto criterio de bienestar social.

Respecto al concepto de eficiencia, Jules Coleman²⁵ distingue entre la *eficiencia productiva*, esto es, la idea que todos los factores de la producción se han asignado en un espacio productivo de tal modo que ninguna reasignación ulterior aumente el producto final; la *eficiencia paretiana* y la *eficiencia de Kaldor-Hicks*. Asimismo, es posible agregar todavía, el *criterio utilitarista*, según el cual se valora el bienestar por el tamaño de la suma total de utilidad creada; el *criterio de Rawls* desarrollado en su Teoría de la Justicia, donde concluye que en la posición original los hombres acordarían sus dos principios de justicia, el principio de la libertad y el principio de igualdad de oportunidad; y el criterio de maximización de la riqueza desarrollado por Richard A. Posner y que se encuentra en la base de la perspectiva tradicional del Análisis Económico del Derecho.

Con todo, el criterio de eficiencia que ha reunido mayor consenso, sobreviviendo a la mayoría de las críticas, éticas y descriptivas, de que fueron objeto principalmente los criterios utilitaristas, es la eficiencia paretiana, y particularmente la idea de optimalidad de Pareto.

Así, un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto, es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace mejor a por lo menos un individuo sin empeorar a nadie.

La optimalidad de Pareto dice relación únicamente con la eficiencia en el ámbito de las utilidades, sin prestar mayor atención a las cuestiones distributivas. En efecto, como afirma Sen, un estado de cosas “puede ser óptimo de Pareto con algunas personas en las más grandes de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos”²⁶.

A su turno, si los estados de cosas pudieran clasificarse sólo por los estándares paretianos, la mayoría –si no todos los cambios que ocurren en el mundo real– no serían comparables. La mayor parte de las políticas del mundo real producen ganadores y perdedores. Por ello, entonces, se ha propuesto considerar como una mejora del bienestar social la posibilidad de que los ganadores puedan compensar adecuadamente a los perdedores.

²⁴ PEÑA, Carlos, “Sobre el análisis económico de la responsabilidad civil”, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1996, p. 518.

²⁵ COLEMAN, Jules, “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, *Hofstra Law Review*, vol. 8, núm. 3, 1980.

²⁶ SEN, Amartya, *Sobre ética y economía*, México D.F.: Alianza Editorial, 1991, p. 50.

En esta línea, Kaldor²⁷ y Hicks²⁸ desarrollaron un criterio según el cual un estado de cosas P es eficiente en términos de Kaldor–Hicks a otro estado de cosas Q, si después de moverse de Q a P, los ganadores pueden compensar a los perdedores.

Nicholas Kaldor y John Hicks desarrollaron esta idea de compensación potencial para hacer frente al problema del criterio de Pareto, permitiendo comparar los estados de cosas que involucran tanto perdedores como ganadores.

Sin embargo, el problema de este criterio de compensación, dice relación con la justificación de la mera compensación a los perdedores como una adecuada mejora social, aun cuando no se pague efectivamente dicha compensación. Asimismo, si se llega a compensar efectivamente a los perdedores, en tal caso estaríamos frente a una situación superior de Pareto²⁹, por lo que no habría necesidad de realizar el Test de compensación como un complemento al principio de Pareto³⁰.

El principio de Kaldor–Hicks no puede ser un índice de utilidad, afirman sus críticos, porque está sujeto a la paradoja de Scitovsky³¹, es decir, P puede ser eficiente en términos de Kaldor–Hicks con respecto a Q, y Q puede ser eficiente en términos de Kaldor–Hicks con respecto a P, sin embargo P no puede contener más utilidad que Q al mismo tiempo que Q contiene más utilidad que P.

Ahora bien, a partir del criterio de compensación de Kaldor–Hicks, Richard A. Posner³² adopta un enfoque de maximización de la riqueza/Kaldor–Hicks.

Posner parte su análisis haciendo una crítica al utilitarismo. Particularmente afirma que el utilitarismo es objetable por tres razones. Primero, por el problema de la medición, esto es, el problema de medir la satisfacción subjetiva en términos objetivos, a lo que concluye que el análisis paretiano no resuelve el problema de los utilitaristas para medir la felicidad, dado que la prueba de Pareto es inimaginable porque los efectos totales de una transacción sobre la felicidad humana son apenas discernibles. En segundo lugar, afirma que el utilitarismo tiene el problema de la monstruosidad moral, cual es, el problema de la dificultad que se presenta al ponderar las satisfacciones de un criminal y las de una persona no productiva. El “monstruo utilitario”, como lo llama Posner tomando el término de la obra de Robert Nozick, presentaría dos clases de problemas morales: la dificultad utilitaria para efectuar distinciones morales entre clases de placer y el hecho que los utilitaristas están dispuestos a sacrificar al individuo inocente en el altar de la necesidad social. Por último, el utilitarismo presentaría según Posner el problema de los límites, toda vez que no es posible determinar de quién son las utilidades que cuentan, si cuenta la felicidad de los animales, de los extranjeros o de las futuras generaciones.

El planteamiento de Posner –que adopta un enfoque de maximización de la riqueza y es central en la versión tradicional del Análisis Económico del Derecho– sostiene que la riqueza es el valor en dólares

²⁷ KALDOR, Nicholas, “Welfare propositions in economics”, *Economic Journal*, vol. 49, 1939.

²⁸ HICKS, John, *Value and Capital*, Oxford: Clarendon Press, 1939.

²⁹ Un estado de cosas P es superior en términos de Pareto a otro estado de cosas Q, si y sólo si el moverse de Q a P no deja a ningún individuo peor que antes y hace por lo menos que una persona mejore (a juzgar por la propia concepción de bienestar de cada individuo).

³⁰ SEN, Amartya, *Sobre ética y economía*, México D.F.: Alianza Editorial, 1991, p. 51, nota 4.

³¹ SCITOVSKY, Tibor, “A note on Welfare propositions in economics”, *Review of Economic Studies*, vol. 9, 1941.

³² POSNER, Richard A., “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, vol. 8(1), 1979, pp. (disponible en español, “Utilitarismo, economía y teoría jurídica”, *Estudios Públicos*, N° 69, 1998).

o moneda equivalente de todo en la sociedad. Se mide por lo que la gente esta dispuesta a pagar por algo o, si ya lo posee, lo que exigiría en dinero por separarse de ello. La única preferencia que cuenta en un sistema de maximización de la riqueza es, por tanto, aquella que se ve respaldada por el dinero, en otras palabras, aquella que se registra en el mercado.

Así, el proceso asociado con la hipótesis de maximización de la riqueza puede resumirse en los siguientes términos: Primero, el analista económico trata la adopción de las reglas de decisión que rigen el derecho como una serie de opciones jurídicas distintas. Segundo, una regla de decisión (que domine o es preferida) se selecciona para el análisis y se deslinda conceptualmente del derecho restante. Tercero, se supone que las leyes restantes que fungen como antecedente (es decir, las disposiciones legales residuales que en parte determinan la distribución del ingreso) se mantienen constantes. Cuarto, la regla de decisión se evalúa comparándola con una o más alternativas (las reglas que se han usado históricamente o con las reglas propuestas). Por último, se dice que una regla de decisión es eficiente por cuanto su asignación anticipada de recursos representa la mayor riqueza medida por la disposición total (estimada) a pagar.

Ahora bien, el principio de maximización de la riqueza implica, según Richard A. Posner, una distribución inicial de los derechos individuales (vida, libertad y trabajo) entre sus propietarios naturales, mercados libres para permitir que esos derechos sean reasignados periódicamente a otros usos, disposiciones legales que simulen las operaciones del mercado, un sistema de recursos legales para disuadir y rectificar el atropello de los derechos, y un sistema de moralidad personal para reducir los costos de transacción en el mercado.

En suma, podemos sostener que el Análisis Económico del Derecho se construye a partir de tres supuestos claves, cuales son, el paradigma del *homo economicus*, el sistema de mercado como modelo de decisión óptima y la eficiencia económica como el principal valor social. A partir de estos supuestos, los analistas económicos del Derecho coinciden en que la teoría económica constituye una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas, señalando que el Derecho afecta la conducta humana de dos formas distintas: fijando precios para determinadas conductas y, a través del derecho de propiedad, influyendo en la asignación de los recursos en una sociedad.

II. Algunos tópicos de Análisis Económico del Derecho

1. *El Derecho de Propiedad y el Teorema de Coase*³³

Uno de los primeros problemas que se planteó el Análisis Económico del Derecho fue acerca de si las reglas legales son necesarias para el logro de un fin social o si existen otros dispositivos sociales –por ejemplo “el mercado” o las normas sociales– que provean de mejores incentivos para que las personas tomen decisiones que alcancen un mayor bienestar social. Así, es posible sostener –como efectivamente se ha hecho según veremos luego– que los individuos, actuando racionalmente, puedan alcanzar resultados socialmente beneficiosos a través de transacciones voluntarias, sin necesidad de que intervenga el

³³ Para una introducción a la Economía de los Derechos de Propiedad, ver SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, capítulos 2-7.

Derecho. Dicho de otra manera, acuerdos privados entre actores racionales pueden ayudar a la internalización de las externalidades y otras imperfecciones del mercado, sin necesidad de una norma legal. Si ello es así, el Derecho poco puede aportar en el logro del bienestar social, salvo, claro está, facilitando los acuerdos privados. Más aún, el Derecho puede incluso estorbar en el proceso de acuerdo.

En este sentido, uno de los aportes más relevantes del Análisis Económico del Derecho es el reconocimiento de que las transacciones que se llevan a efecto en el mercado y entre los propios individuos para el logro de los fines sociales sólo pueden ocurrir cuando los costos de efectuar dichas transacciones son muy bajos, tan bajos, que permitan un excedente cooperativo sobre el cual sea posible negociar. Lo anterior, como podrá advertirse fácilmente, es el famoso Teorema de Coase³⁴.

Ronald H. Coase, en su conocido trabajo “El problema del costo social”³⁵, y que fuere formulado como Teorema por Stigler³⁶, sostiene que, si las transacciones pueden realizarse sin costo alguno y los derechos de apropiación³⁷ están claramente establecidos, sea cual sea la asignación inicial de esos derechos se producirá una redistribución cuyo resultado será el de máxima eficiencia. Por su parte, si las transacciones implican costos que impiden la redistribución de derechos, habrá sólo una asignación inicial de los mismos que permita la máxima eficiencia.

Las aplicaciones del Teorema de Coase son múltiples y en diversos campos. Una de estas aplicaciones es la extensión realizada por Calabresi y Melamed³⁸ al tema de la elección del remedio eficiente. En este artículo, los autores conciben al ordenamiento jurídico como un sistema de títulos o derechos protegidos por reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.

La regla será de propiedad según Calabresi y Melamed, cuando la remoción de la titularidad pueda realizarse únicamente a través de una transacción voluntaria; de responsabilidad cuando, no existiendo razones morales para prohibir la transacción voluntaria, la existencia de costos de transacción elevados determina que el precio de ésta sea fijado por un tercero; y de inalienabilidad, cuando el ordenamiento jurídico prohíbe la transferencia voluntaria de la titularidad.

2. *El Derecho de Contratos*³⁹

Otro de los problemas que ha abordado tradicionalmente el Análisis Económico del Derecho dice relación con el derecho de contratos, donde el punto de partida es determinar el fundamento del contrato y de su obligatoriedad jurídica. Dicho de otra manera, el Análisis Económico del Derecho, y especial-

³⁴ Para un análisis acabado del Teorema de Coase y su impacto en el Análisis Económico del Derecho, ver COOTER, Robert, “The cost of Coase”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, pp. 1-33, 1982.

³⁵ COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.

³⁶ STIGLER, George, *The Theory of Price*, Nueva York: Macmillan, 3ª edición, 1966, p. 113.

³⁷ “Derechos de apropiación” es la traducción de la expresión inglesa «*property rights*», la que tiene un significado más general que «derechos de propiedad».

³⁸ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972.

³⁹ Para una introducción a la Economía de los Contratos, ver SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, capítulos 13-16; CRASWELL, Richard, “Contract Law: General Theories”, en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. III, The Regulation of Contracts, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

mente la teoría económica del contrato, trata de responder dos preguntas fundamentales: ¿qué promesas debe hacer cumplir el derecho? y ¿qué sanción corresponde aplicar en caso de incumplimiento? La teoría económica responde las dos preguntas a través de un principio sencillo, unitario y que está en la base de este tipo de razonamientos, a saber: el derecho contractual debe inducir al comportamiento eficiente⁴⁰.

Los contratos surgen del acuerdo de las partes, las que actuando racionalmente y buscando la maximización de las utilidades, concuerdan en ciertas cláusulas que reflejan la negociación previa entre éstas. Ahora bien, si la negociación no tuviera costo alguno, las partes diseñarían contratos completos⁴¹ – donde todos los términos de cumplimiento bajo todas las condiciones posibles quedarían definidos–. Sin embargo, la negociación de un contrato suele ser costosa, lo que termina afectando las contingencias que quedarán explícitamente incluidas en el contrato, generando únicamente contratos incompletos, esto es, contratos en que el costo de incluir una cláusula para cada contingencia excedería los beneficios de hacerlo.

Es por ello entonces, que encuentra su justificación el derecho de contratos, donde una de sus principales funciones es precisamente llenar el vacío en el contrato. Y la forma de llenar el vacío es suponer lo que las partes habrían acordado de haber contemplado dicha contingencia.

Ahora bien, sobre el cumplimiento e incumplimiento de los contratos, el Análisis Económico del Derecho sostiene que cualquiera sea el diseño legal que se establezca, debe estructurarse de tal forma que incentive a las partes a actuar eficientemente⁴².

Así, para el Análisis Económico del Derecho lo relevante es que el incumplimiento del contrato sea ineficiente, en cuyo caso la responsabilidad deberá ser igual al beneficio que representa para el “acreedor” el cumplimiento. En virtud de esta fórmula es eficiente incumplir el contrato cuando los costos para el deudor de cumplirlo (o el beneficio que obtiene de incumplir el contrato), son mayores que el beneficio que el cumplimiento representa para el acreedor. Dicho de otra manera, el Derecho debe permitir que el deudor pueda darle un destino más eficiente a la cosa adeudada, mediante la negociación con un tercero, como sería el caso de aparecer un segundo comprador mientras se mantiene la obligación por parte del deudor, y compensar al acreedor, indemnizándolo en un monto equivalente a la afectación de sus expectativas.

⁴⁰ KORNHAUSER, Lewis, “An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies”, *University of Colorado Law Review*, vol. 57, 1986.

⁴¹ Para una introducción a la teoría de los contratos completos en SALANIÉ, Bernard, *The Economics of Contracts*, Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1997, pp. 143 y ss.

⁴² Para un análisis sobre los efectos de las reglas de incumplimiento contractual, ver DIAMOND, P. A. y MASKIN, E., “An economic analysis of search and breach of contract, I: Steady states”, *Bell Journal of Economics*, vol. 10, 1979; y DIAMOND, P. A. y MASKIN, E., “An economic analysis of search and breach of contract, II: A non steady states example”, *Journal of Economic Theory*, vol. 25, 1981.

3. Responsabilidad Civil⁴³

El análisis de las reglas de responsabilidad civil, tópico por antonomasia del Análisis Económico del Derecho, también ha logrado un importante desarrollo en estos años. Los trabajos de Guido Calabresi⁴⁴, Pietro Trimarchi⁴⁵, Richard Posner⁴⁶ y John Prater Brown⁴⁷ fueron pioneros en el tratamiento de la materia, los que marcaron la pauta de análisis de la responsabilidad civil y que ha sido sintetizada brillantemente por William Landes y Richard Posner en *The Economic Structure of Tort Law*⁴⁸ y por Steven Shavell en *Economic Analysis of Accident Law*⁴⁹, ambos publicados en 1987.

La responsabilidad civil trata de regular las condiciones en las cuales las víctimas que han sufrido un daño, como por ejemplo en accidentes de tránsito o por negligencia médica, deben ser compensadas por quien les causa dicho perjuicio.

La aproximación económica al análisis de la responsabilidad civil difiere sustancialmente a la que tradicionalmente ha hecho el Derecho. En efecto, los economistas suelen utilizar conceptos como “elección”, “*trade-offs*”, “incentivos”, “análisis marginal”, “externalidades”, “*cheapest cost avoider*”, entre otros, como la base para su discusión.

Ahora bien, el avance más significativo en materia de responsabilidad civil fue desarrollado por el juez Learned Hand en la sentencia del caso *United States v. Carroll Towing Co.*⁵⁰, al formular un estándar de cuidado, más tarde conocido como el “Test de Hand”⁵¹. Según el “Test de Hand”, la culpabilidad del demandado (causante del daño) es determinada comparando “el costo de la precaución adecuada” con la “probabilidad de un accidente” multiplicado por la magnitud del daño si ocurre el accidente. Si el costo de evitar el accidente excede el daño probable, entonces evitarlo aumentaría los costos totales. Así, el “Test de Hand” impone la responsabilidad al demandado solamente si puede ser establecido que la evitación del accidente es la solución más económica.

Con todo, el “Test de Hand” no es una representación enteramente exacta del análisis económico de la responsabilidad civil ni la manera en que los tribunales deciden esta materia. El cuidado no es una

⁴³ Para una introducción al Análisis Económico de la Responsabilidad, ver SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, capítulos 8-12; SCHÄFER, Hans-Bernd, “Tort Law: General”, en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, Civil Law and Economics, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

⁴⁴ CALABRESI, Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-553.

⁴⁵ TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Milano: Giuffrè, 1961.

⁴⁶ POSNER, Richard A., “A Theory of Negligence”, *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29-96.

⁴⁷ BROWN, John P., “Toward an Economic Theory of Liability”, *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 323-349.

⁴⁸ LANDES, W. y POSNER, R., *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

⁴⁹ SHAVELL, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

⁵⁰ *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d. 169, 173 (2d Cir.), 1947.

⁵¹ Para una revisión reciente acerca del “Test de Hand”, ver FELDMAN, Allan M. y KIM, Jeonghyun, *The Hand Rule And United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered*, Working Paper No. 2002-27, Department of Economics, Brown University, 2002.

situación del tipo blanco–negro, sino que constituye más bien una serie continua de más o menos cuidado o acciones que podrían evitar el accidente. Como se encuentra formulado el “Test de Hand”, es posible pensar que el mayor cuidado debería evitar totalmente la pérdida de la víctima, pero aunque ello pueda ser verdad en algunos casos, generalmente no lo es. Desde el punto de vista económico un cuidado óptimo se define como aquella situación donde \$1 adicional gastado en seguridad disminuye la pérdida en \$1. Es decir, las comparaciones deben hacerse entre los costos marginales, no entre los costos totales y pérdidas previstas. Dicho de otra manera, la comparación debe hacerse entre el costo marginal de un mayor cuidado y la reducción marginal de las pérdidas previstas. Si el costo marginal de seguridad es menor que la pérdida marginal prevista, un mayor cuidado es económicamente eficiente, y el demandado debe ser declarado responsable. Si la siguiente unidad de cuidado cuesta \$2, pero evita solamente \$1 del daño, se han tomado precauciones excesivas y los daños no deben ser concedidos.

4. *El Derecho Penal*⁵²

El derecho penal ha sido otro de los tópicos tradicionalmente abordados desde la teoría económica, siendo uno de los sectores del sistema jurídico cuyo tratamiento por parte de los analistas económicos del Derecho ha producido fuertes críticas.

El punto de partida del análisis económico del derecho penal, si bien puede remontarse a los trabajos de Bentham y Beccaria, debe encontrarse en el trabajo de Gary Becker⁵³.

El planteamiento de Becker, en cuanto modelo económico de la conducta humana, tiene como punto de partida las siguientes proposiciones básicas, a saber: la conducta criminal está basada en criterios racionales de elección; al maximizar su bienestar las personas no necesariamente ven como excluyentes las conductas ilegales de las restantes actividades legales; los individuos incurren en conductas ilegales en la medida que los beneficios que esperan recibir de ellas excedan los que obtendría de usar su tiempo y otros recursos en otras actividades ya sea productivas en el mercado legal o no productivas (descanso, estudio, tiempo familiar, etc.); y el uso del tiempo y otros recursos tiene un costo alternativo, el cual es evaluado por los individuos, de forma tal que, comparando costos y beneficios, toman la decisión de actuar o no conforme a los parámetros establecidos por la ley. Luego, el problema para todas las personas consiste en decidir cómo harán uso de su tiempo de forma tal de alcanzar el mayor nivel de satisfacción de acuerdo a sus objetivos y medios que poseen. Por tanto, las motivaciones de quienes tienen comportamientos ilegales, en lo esencial no difieren de aquellos que no lo hacen.

La esencia del enfoque de Becker y, en general del Análisis Económico del Derecho, descansa en el supuesto de que quienes comenten delitos responden a incentivos, positivos y negativos, y que el volumen de delitos está influenciado, entre otros factores, por la asignación de recursos privados y públicos en

⁵² Para una introducción a la Economía del Crimen, ver SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, capítulos 20-24; POSNER, R., “An Economic Theory of the Criminal Law”, *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985; EIDE, Erling, “Economics of Criminal Behavior”, en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. V, *The Economics of Crime and Litigation*, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

⁵³ BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach” *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.

el control del cumplimiento de la ley y de otros medios para combatir el crimen (gasto en policía, tribunales, gasto privado en seguridad, políticas y esfuerzo de prevención del delito, gasto penitenciario, etc.).

En efecto, según Becker, la elección entre conductas legales e ilegales está asociada, entre otros factores, a la probabilidad de ser aprehendido, condenado y castigado para el delincuente si incurre en un delito; el castigo asignado al delito cometido; el ingreso proveniente de la actividad ilegal; y, en general, otros factores como su disposición a cometer el delito, etc.

5. *Litigación y Derecho Procesal*⁵⁴

Por último, la litigación y el derecho procesal también han tenido cabida en el Análisis Económico del Derecho. Así, las relaciones sociales comprendidas en el sistema judicial pueden ser consideradas como relaciones de intercambio entre oferentes y demandantes del servicio judicial de los derechos⁵⁵. La demanda por justicia, en el sentido de demanda de servicio de tutela judicial, está representada por las causas ingresadas a los Tribunales de Justicia y la oferta del servicio judicial, por su parte, queda representada por el número de asuntos resueltos y de sentencias dictadas por cada tribunal.

En este escenario, donde contamos con una demanda y una oferta de servicio de tutela judicial, la Justicia puede ser estudiada como un mercado, donde la situación más eficiente se logrará en aquel punto donde la demanda se iguala a la oferta. En este sentido, la teoría microeconómica nos enseña que en un mercado competitivo, cualquiera sea este, los propios agentes racionales, en busca de maximizar su propio interés, alcanzarán un equilibrio de precios y cantidades que será óptimo desde un punto de vista social, situándose en una situación Pareto eficiente, donde no será posible mejorar a nadie sin perjudicar al menos otro agente económico.

El mercado de la Justicia puede ser estudiado entonces a partir de una construcción teórica como es suponer la existencia de un mercado perfectamente competitivo de servicio judicial.

Ahora bien, en esta área del Derecho, el Análisis Económico ha prestado especial interés a la teoría de la litigación, la que intenta responder a la pregunta sobre por qué las personas deciden judicializar un conflicto frente a la alternativa de poder resolverlo privadamente o fuera de la Justicia. En otras palabras, la teoría de la litigación estudia la demanda por justicia, el entorno de incentivos, oportunidades y costos que involucra la decisión que las partes de un conflicto toman en cuanto a la resolución del mismo, ya sea recurriendo al Sistema Judicial, judicializando el conflicto (litigación), o por el contrario, recurriendo a una forma alternativa –no judicial– de solución.

En efecto, uno de los problemas que ha reunido mayor atención dentro de la economía de la justicia, es la relación entre litigación y arreglo, donde diversos autores han tratado de responder a la pregunta de por qué las partes de una disputa escogen ir a juicio en lugar de arreglar privadamente el conflicto⁵⁶.

⁵⁴ Para una introducción a la Economía de la Justicia y de la Litigación, ver SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, capítulos 17-19.

⁵⁵ PASTOR, Santos, *¿Ab de la Justicia! Política Judicial y Economía*, Madrid: Civitas, 1993.

⁵⁶ Los principales trabajos relativos a la relación entre litigación y arreglo son los de LANDES, W., "An economic analysis of the courts", *Journal of Law and Economics*, vol. 14, pp. 61-107, 1971; POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown and Company, 1973; GOULD, J., "The economics of legal conflicts", *Journal of Legal Studies*, vol.

6. Otros tópicos de Análisis Económico del Derecho

Todos estos tópicos, tradicionalmente abordados por el Análisis Económico del Derecho, han ido dando espacio al tratamiento de nuevos temas y otros tradicionalmente abordados por la teoría económica, como es el caso de la libre competencia.

Así por ejemplo, la familia⁵⁷, la propiedad intelectual⁵⁸, el derecho laboral⁵⁹, el derecho corporativo⁶⁰, el derecho concursal⁶¹, sociedades⁶², entre otros, son algunos de los tópicos que han reunido el interés de parte de los analistas económicos del Derecho.

III. Nuevos avances teóricos a propósito del Análisis Económico del Derecho

1. *Behavioral Law and Economics*⁶³

Como se ha venido señalando, el Análisis Económico del derecho se construye a partir de los supuestos de la economía neoclásica, especialmente, a partir de la idea de racionalidad económica que está detrás de la economía neoclásica. En efecto, la economía se construye sobre un simple supuesto: que el comportamiento individual se puede predecir mejor si se presume que cada persona realizará las acciones

2, pp. 279-300, 1973; SHAVELL, S., "Suit, Settlement and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", Working Paper Series N° 662, *National Bureau of Economics Research*, 1981; SHAVELL, S., "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies*, vol. II (2), pp. 333-339, 1982.

⁵⁷ Ver DNES, Anthony y ROWTHORN, Robert (ed.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, UK: Cambridge University Press, 2002; y BIX, Brian, "Engagement with Economics: The New Hybrids of Family Law/Law & Economics Thinking", <http://ssrn.com/abstract=263192>, 2001; DNES, Anthony, "Marriage Contracts", en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. III. The Regulation of Contracts, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

⁵⁸ Ver POSNER, R. LANDES, W., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁵⁹ Ver POSNER, Richard A., "Some Economics of Labor Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 51, 1984; Stewart J., "The Law and Economics Approach to Workplace Regulation", en KAUFMAN, Bruce E. (ed.), *Government Regulation of the Employment Relationship*, 1997; SCHWAB, Stewart J., "Employment discrimination", en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. III. The Regulation of Contracts, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

⁶⁰ Ver LA PORTA, R., LOPEZ DE SILANES, F., SHLEIFER, A. y VISHNY, R., "Law and Finance", *Journal of Political Economy*, vol. 106, 1998; SCOTT, Kenneth, "Agency costs and corporate governance", en NEWMAN, P. (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 1, Londres-Nueva York, 1998.

⁶¹ Ver BEBCHUK, Lucian, "A New Approach to Corporate Reorganizations", *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988, pp. 777-804; SCHWARTZ, Alan, "The Law and Economics Approach to Corporate Bankruptcy", paper presentado en Global Corporate Governance, Forum Research Network Meeting, 2002.

⁶² EASTERBROOK, Frank H. y FISCHER, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.

⁶³ Para un panorama general del *Behavioral Law and Economics*, ver SUNSTEIN, Cass (ed.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.

que mejor permiten alcanzar sus objetivos. Sin embargo, algunos trabajos recientes muestran que la evidencia empírica permite cuestionar y dudar de dichos supuestos, toda vez que los individuos presentarían una racionalidad limitada, una voluntad limitada, y un egoísmo limitado.

Así, la corriente del *Behavioral Law and Economics*, cuyos principales exponentes son Christine Jolls, Cass R. Sunstein y Richard Thaler⁶⁴, intenta explorar cómo se comportan realmente los agentes en respuesta a las reglas legales, pero ya no desde el supuesto de agente racional, sino desde lo que se puede observar en el mundo real. Lo que pretenden, en definitiva, es saber cómo difieren las “personas reales” del modelo del *homo economicus*, todo ello en relación al Derecho.

Recurriendo a la psicología y a la evidencia experimental, el *Behavioral Law and Economics*, ofrece un desafío al supuesto de racionalidad, asumiendo que el comportamiento humano no esté perfectamente alineado con los supuestos básicos del modelo tradicional.

De la mano del *Behavioral Law and Economics*, cabría afirmar que el Análisis Económico del Derecho no asume que todos los sujetos, de hecho, actúen racionalmente en todas las circunstancias. Es evidente que, en un buen número de casos, los individuos se apartan de este patrón de racionalidad, sobre todo en presencia de incertidumbre sobre las condiciones existentes y sobre los resultados de las diferentes opciones de conducta. Su memoria puede resultar escasa, lo mismo que sus habilidades cognitivas a la hora de procesar información. Pueden equivocarse al operar con probabilidades, verse influenciados por el *status quo* o por la forma en la que se formula una pregunta o se presenta un asunto. Pueden, además, tener la voluntad anulada o debilitada por restricciones externas o internas. Igualmente, tienen percepciones y opiniones en términos de justicia acerca de las distintas conductas o resultados posibles, lo que sin duda desempeña un papel motivacional no desdeñable. Todos estos son problemas reales que obligan a aceptar con mayor cautela los resultados del análisis sustentado en el presupuesto de la acción racional, pero no a abandonarlo y, con ello, a echar por tierra el intento de explicar de manera coherente y consistente la incidencia sobre el comportamiento de los sujetos de factores externos, entre los que destaca el sistema jurídico.

El *Behavioral Law and Economics*, a fin de cuentas, indaga en las consecuencias para el entendimiento de las normas jurídicas de tres clases de fenómenos: racionalidad limitada, voluntad limitada y egoísmo limitado⁶⁵.

2. *Lawlessness and Economics*

Otra de las aportaciones teóricas del último tiempo en torno al Análisis Económico del Derecho es lo que se conoce como *Lawlessness and Economics*, cuestión que se ha venido desarrollando a partir del trabajo de Avinash K. Dixit.

⁶⁴ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard, A Behavioral Approach to Law and Economics, *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, pp. 1471-1550.

⁶⁵ Para un desarrollo acabado de estos conceptos, ver JOLLS, Christine, “Behavioral Law and Economics”, paper presentado en Yrjö Jahnsson Foundation 50th Anniversary Conference on Economic Institutions and Behavioral Economics, 2004.

Dixit, en su libro *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*⁶⁶, examina la teoría de las instituciones privadas que sobrepasan o complementan el débil gobierno económico del Estado. Lo que se pregunta Dixit en su libro es: ¿cómo se pueden proteger los derechos de propiedad y los contratos en países donde el Estado de Derecho es ineficaz o está ausente?

En economías y sociedades avanzadas, y en general en la teoría económica clásica y neoclásica, se da por sentado que el gobierno debe proporcionar un sistema legal efectivo, definir y proteger el derecho de propiedad, y hacer obligatorios los acuerdos o contratos celebrados voluntariamente entre los agentes del mercado. Sin embargo, en muchos países, tanto en el pasado como hoy en día, el Estado de Derecho es ineficiente, por lo que los particulares se ven obligados a crear y utilizar otras instituciones sociales con el objeto de suplir las deficiencias del Estado.

El punto de análisis del *Lawlessness and Economics* es muy similar al del Análisis Económico del Derecho, pero se distancia de éste al no dar por hecho la existencia de un real y eficiente sistema legal. Así, es posible hablar de Análisis Económico del Derecho Alternativo, aunque, como ha señalado el propio Dixit, “*Lawlessness and Economics*” es un título más memorable aunque algo inexacto⁶⁷.

IV. Críticas al Análisis Económico del Derecho y sus desafíos futuros

Las críticas al Análisis Económico del Derecho no han estado ausentes del debate académico, siendo muchos los observadores, especialmente no economistas, que ven al Análisis Económico del Derecho con algún grado de escepticismo. En esta sección presentaré brevemente algunas de las críticas más comunes.

Se suele argumentar que los individuos y las firmas no responden necesariamente a las reglas legales como agentes racionales que buscan maximizar su bienestar. Sin embargo, esta crítica que se le hace al Análisis Económico del Derecho, es una crítica que ha recibido el enfoque económico convencional, argumentando su total rechazo al uso de modelos económicos para explicar la realidad.

Con todo, cabría señalar que la economía, a través de sus modelos, lo único que intenta es hacer ciertas predicciones que tienen implicancias observables.

Con frecuencia, sin embargo, la crítica es limitada a ciertos contextos particulares, como por ejemplo, la decisión de cometer un crimen, la cual aparentemente no podría ser explicada —exclusivamente— a través de los tradicionales supuestos de los economistas.

Si los individuos actúan o no racionalmente es una pregunta que sólo puede ser contestada por la investigación empírica, cuestión que se ha venido desarrollando desde hace algún tiempo⁶⁸.

⁶⁶ DIXIT, Avinash K., *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*, Princeton: Princeton University Press, 2004.

⁶⁷ DIXIT, Avinash K., “Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Economic Governance”, Gorman Lectures, University College, London, 2002.

⁶⁸ Ver por ejemplo, BARON, J., *Thinking and Deciding*, New York; Cambridge University Press, 1994; JOLLS, C., SUNSTEIN, C.R. y THALER, R., “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, pp. 1471-1550; KAHNEMAN, D., SLAVIC, P. y TVERSKY, A. (eds.) (1982), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases* (Cambridge University Press, New York). Kahneman et al. (1982), and Rabin (1998).

Otra crítica frecuente al Análisis Económico del Derecho dice relación con su enfoque centrado en la eficiencia, y su despreocupación por los problemas distributivos. Sin embargo, como lo han demostrado Kaplow y Shavell⁶⁹, no existe una buena razón para utilizar las reglas legales con el objeto de alcanzar objetivos distributivos, frente a la alternativa de utilizar para ello los sistemas de impuesto a la renta y a las transferencias. En efecto, estos autores muestran que los sistemas tributarios tienden a ser superiores y menos costosos que las reglas legales para alcanzar objetivos distributivos.

En efecto, una de las críticas más frecuentes al Análisis Económico del Derecho es su despreocupación por la justicia, afirmando casi exclusivamente que eficiencia económica es, o debe ser, el principal o único criterio que permita evaluar las normas legales.

Frente a esto, cabría señalar que la eficiencia es ciertamente un criterio de bienestar social válido con el cual evaluar el Derecho y las instituciones jurídicas, pero efectivamente existen otros. Parece ser que la respuesta a cuál debe ser el criterio a emplear, es asunto que debe resolverse caso a caso. No existe una regla superior que venga a resolver este problema.

En esta línea, cabe recordar la reciente discusión que plantean Louis Kaplow y Steven Shavell en su libro *Fairness versus Welfare*⁷⁰. El argumento de estos autores es la incompatibilidad lógica que existiría entre aproximaciones morales a las decisiones colectivas y aproximaciones basadas estrictamente en el cómputo y agregación de los bienestar individuales de los miembros de una sociedad dada. Lo que Kaplow y Shavell sostienen es que los criterios y reglas morales, esto es, aquellas reglas que incorporan dimensiones ajenas al bienestar individual de los afectados, no tendrían un espacio relevante en la adopción de políticas públicas, y particularmente, de las políticas legales.

En efecto, lo que afirman estos autores es que las reglas morales pueden y deben tener incidencia en las decisiones colectivas, pero de forma indirecta a través de las preferencias de los sujetos. Dicho de otra manera, las reglas morales han de ser ponderadas en la adopción de una política pública, pero no por el valor intrínseco de la norma moral, sino por su incidencia a través del bienestar de los individuos que han interiorizado la regla. La adhesión intrínseca, como norma de conducta colectiva, a criterios morales –afirman Kaplow y Shavell– puede disminuir el bienestar de todos los miembros de una sociedad, toda vez que si los criterios morales tienen valor evaluativo independiente de su incidencia sobre el bienestar humano, en el extremo haremos prevalecer el criterio moral incluso cuando hacerlo reduzca el bienestar de todos y cada uno de los individuos.

⁶⁹ KAPLOW, L. y SHAVELL, S., "Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income", *Journal of Legal Studies*, vol. 23, 1994, pp. 667-681.

⁷⁰ KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Cambridge: Harvard University Press, 2003. Para una discusión en torno a los argumentos planteados por Kaplow y Shavell, ver CHANG, Howard, "A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle", *Yale Law Journal*, vol. 110, 2000; CHANG, Howard, "The Possibility of a Fair Paretian", *Yale Law Journal*, vol. 110, 2000; CRASWELL, Richard, "Kaplow and Shavell on the Substance of Fairness", *Journal of Legal Studies*, vol. 32, 2003; FLEURBAEY, Marc; TUNGODDEN, Beril y CHANG, Howard, "Any Non-welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle: A Comment", *Journal of Political Economy*, vol. 111, 2003; KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, "The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle" *American Law and Economics Review*, vol. 1, 1999; KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, "Notions of Fairness Versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency", *Yale Law Journal*, vol. 110, 2000; KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, "Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle", *Journal of Political Economy*, vol. 109, 2001; KORNHAUSER, Lewis, "Preferences, Well-being and Morality in Social Decisions", *Journal of Legal Studies*, vol. 32, 2003; WALDRON, Jeremy, "Locating Distribution", *Journal of Legal Studies*, vol. 32, 2003; SPECTOR, Horacio, "Fairness and Welfare from Comparative Law Perspective", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, 2004.

V. Recepción y desarrollo del Análisis Económico del Derecho en Latinoamérica

En Latinoamérica, el Análisis Económico del Derecho todavía no alcanza la relevancia que tiene en Estados Unidos e incluso en Europa. A pesar de su crecimiento casi exponencial, el Análisis Económico del Derecho es todavía un área de importancia secundaria en Latinoamérica. Sin embargo, el aumento en el número de académicos que están trabajando en esta área y la debilidad de sus adversarios, son indicadores que hacen presumible que más temprano que tarde el Análisis Económico del Derecho llegará a ser una tendencia importante en la investigación legal y en asuntos de políticas públicas.

Así por ejemplo, en México –uno de los primeros países donde el Análisis Económico del Derecho atrajo la atención de algunos– existe un grupo importante de personas que trabajan en este campo, ya sea en la academia, centros de estudios o en el gobierno federal.

En la comunidad académica existen algunas universidades mexicanas que tienen entre sus académicos a exponentes del Análisis Económico del Derecho, dictan cursos y realizan investigación en la materia. Así, encontramos el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), la Universidad Autónoma Nacional de México (UNAM), el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP) y la Universidad de las Américas en Puebla (UDLA).

Con todo, uno de los hitos más importantes en el desarrollo del Análisis Económico del Derecho en México fue la constitución de la Asociación Mexicana de Derecho y Economía en 1995, iniciativa que fue posible gracias al esfuerzo de Andrés Roemer⁷¹, quien debe ser uno de los principales exponentes de la disciplina en Latinoamérica y, en general, en los países de habla hispana. Asimismo, el apoyo de figuras como Robert Cooter y Albert Fishlow, fue fundamental para el éxito de esta Asociación.

En Argentina⁷² –otro de los países donde el Análisis Económico del Derecho ha encontrado un lugar en Latinoamérica– su desarrollo ha sido más lento. Hasta 1990, el Análisis Económico del Derecho tenía muy poca cabida en el debate académico. Ya en la década de los noventa, la academia legal y algunos economistas comienzan a interesarse en la disciplina, aumentando notablemente el número de trabajos y publicaciones en la materia.

En la academia, la Facultad de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella fue la principal impulsora del Análisis Económico del Derecho. A través de la organización de seminarios donde invitaban a importantes profesores extranjeros y destacados exponentes del Análisis Económico del Derecho y la oferta de un programa de magíster en Derecho y Economía, la Universidad Torcuato Di Tella se ha ido consolidando como uno de los centros académicos más destacados en la materia en toda Latinoamérica.

Junto a la Universidad Torcuato Di Tella, la Universidad Nacional de Buenos Aires, la Universidad Nacional del Sur, la Universidad del CEMA, la Universidad Nacional de Cuyo y la Universidad de San Andrés, son los principales centros académicos donde se desarrolla el Análisis Económico del Derecho en Argentina.

⁷¹ ROEMER, Andrés, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993; ROEMER, Andrés (comp.), *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000; ROEMER, Andrés, *Economía del Crimen*, México D.F.: Editorial Limusa, 2001.

⁷² Para una visión de la recepción del Análisis Económico del Derecho en Argentina, ver SPECTOR, Horacio, “El Análisis Económico del Derecho en la Argentina”, en SPECTOR, Horacio (comp.), *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

Profesores como Edgardo Buscaglia (University of Virginia), Horacio Spector (Universidad Torcuato Di Tella), Germán Coloma (CEMA), Hugo Acciarri (Universidad Nacional del Sur), Andrea Castellano (Universidad Nacional del Sur), Pablo Spiller (Berkeley) y Rafael La Porta (Tuck School of Business at Dartmouth), son algunos de los principales exponentes del Análisis Económico del Derecho en Argentina.

Perú⁷³, por su parte, ha sido otro de los países donde el Análisis Económico del Derecho ha permeado la cultura legal. No resulta exagerado sostener que el desarrollo del Análisis Económico del Derecho en Perú ha alcanzado niveles muy superiores en comparación al resto de los países latinoamericanos.

Los inicios suelen retrotraerse a los primeros trabajos del Instituto Libertad y Democracia encabezados por Hernando De Soto⁷⁴, los que aplican las teorías de Coase a los problemas de la informalidad en el Perú y en el diagnóstico de la economía informal.

Con todo, no fue sino hasta la década de los noventa cuando un grupo de jóvenes abogados vuelve de hacer sus estudios de post grado en prestigiosas Universidades de Estados Unidos, cuando el Análisis Económico del Derecho comienza a ser reconocido en la cultura legal peruana. Entre estos jóvenes abogados, Alfredo Bullard⁷⁵ será uno de los principales promotores del Análisis Económico del Derecho en Perú.

Las principales revistas de Derecho de Perú, como *Themis y Ius et Veritas*, comienzan a publicar los primeros artículos de Análisis Económico del Derecho de autores peruanos, así como la traducción de destacados académicos como Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi, George Priest, Richard Epstein, entre otros.

Asimismo, las principales universidades peruanas comienzan a incorporar cursos en Análisis Económico del Derecho. Así, la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, son los principales centros académicos donde se hace notar la influencia del Análisis Económico del Derecho. Con todo, no sólo la academia se ha visto influida por el Análisis Económico del Derecho, sino también ciertas instituciones públicas, destacando principalmente el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el que ha sabido aplicar las herramientas que provee la economía en sus decisiones y políticas.

Colombia, Brasil y Venezuela son algunos de los países latinoamericanos donde el Análisis Económico del Derecho también ha encontrado un espacio. En Colombia, la Universidad del Rosario, la Universidad de Los Andes y la Universidad Externado de Colombia cuentan dentro de sus cuerpos académicos a profesores que trabajan en el campo, desarrollando una importante línea de investigación y un gran número de publicaciones en la materia. En Brasil, por su parte, la Universidad de Sao Paulo y la

⁷³ Para un estudio acabado sobre el Análisis Económico del Derecho en Perú, ver BULLARD, Alfredo, "Esquizofrenia Jurídica. El Impacto del Análisis Económico del Derecho en el Perú", en BULLARD, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de la instituciones legales*, Lima: Palestra, 2003, pp. 63-96.

⁷⁴ DE SOTO, Hernando, *El otro sendero*, Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1986; DE SOTO, Hernando, *El misterio del capital*, México D.F.: Editorial Diana, 2002.

⁷⁵ BULLARD, Alfredo, *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, Lima: ARA Editores, 1996; y BULLARD, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de la instituciones legales*, Lima: Palestra, 2003.

Universidad Nacional de Brasilia son los principales centros académicos donde se trabaja en Análisis Económico del Derecho. En Venezuela, a su turno, el desarrollo del Análisis Económico del Derecho ha ido de la mano con el trabajo de algunos abogados interesados en el tema que han dictado cursos en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA) y la Universidad Central de Venezuela. El alto número de abogados venezolanos que ha salido a perfeccionarse a importantes universidades norteamericanas es una de las principales razones por las que el Análisis Económico del Derecho ha tenido una importante acogida en su medio legal.

En Chile, el Análisis Económico del Derecho lejos ha estado de ocupar un lugar relevante en la cultura jurídica, cuya característica principal es su apego al formalismo y a un cierto fetichismo de la ley, donde la principal preocupación son los aspectos conceptuales de la norma jurídica, obviando la influencia del Derecho en la conducta de los individuos. En efecto, el Análisis Económico del Derecho todavía es un área de estudio de importancia menor en Chile y aún no ha llegado a ser parte integral de la formación legal. Sin embargo, existen algunos indicadores que llevan a pensar que el Análisis Económico del Derecho pronto se convertirá en una tendencia importante en la investigación legal y en el diseño, estudio y evaluación de políticas públicas.

Los primeros pasos que se dieron en Chile en la investigación económica aplicada a cuestiones legales, no fue precisamente en las Facultades de Derecho del país, sino que fueron los economistas quienes llevaron su discurso y desarrollo teórico a los temas regulatorios. Así, podemos afirmar que desde el convenio entre la Universidad de Chicago y la Universidad Católica celebrado en 1956 comienza en Chile a desarrollarse la investigación económica, la que se vio muy influenciada por las ideas económicas cultivadas en la Escuela de Chicago. En estos años, un grupo de economistas chilenos viaja a Chicago a continuar estudios de postgrado y un par de profesores norteamericanos viene a Chile a trabajar en el nuevo Centro de Investigaciones Económicas de la Universidad Católica.

Ahora bien, el desarrollo de la docencia y de la investigación económica no sólo tuvo sus repercusiones en el trabajo académico, sino también, algunos de estos economistas formados en Chicago comenzaron a exponer la teoría económica fuera de las salas de clases, dictando cursos para empresarios, y participaron del diseño programático de candidaturas presidenciales.

En estos años entonces, comienzan a darse los primeros pasos de una investigación económica científica, la que poco a poco fue permeando el estudio de cuestiones no propiamente de mercado y que tradicionalmente habían formado parte del discurso legal, donde los abogados mantenían el monopolio de las ideas (v.gr. temas regulatorios, libre competencia, derecho de propiedad, entre otros).

En la academia legal, sin embargo, el Análisis Económico del Derecho no encuentra espacio sino hacia finales de la década de los noventa, cuando algunos académicos intentan aplicar las herramientas económicas en la evaluación y diseño de algunas instituciones legales. Así, los primeros estudios relativos a la reforma judicial comienzan a mostrar las primeras aplicaciones de Análisis Económico del Derecho.

Asimismo, la enseñanza legal comienza a dar espacio a los primeros cursos de Análisis Económico del Derecho. Así entonces, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales –primera universidad en impartir un curso de Análisis Económico del Derecho en Chile–, la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Universidad de Chile, incorporan dentro de sus planes de estudios de la carrera de Derecho, cursos de Análisis Económico del Derecho.

Sin embargo, el desarrollo de la disciplina en Chile es pobre, las Facultades de Derecho no cuentan con cuerpos académicos preparados en la materia y, las más de las veces, existe una suerte de esquizofrenia jurídica frente a estos nuevos avances teóricos, lo que está dado principalmente por la ignorancia, por ver en el Análisis Económico del Derecho algo que no es.

Con todo, el Análisis Económico del Derecho encuentra su mayor desarrollo en Latinoamérica con la fundación de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía (ALACDE) en el año de 1994 gracias al ideal de un grupo de académicos con la finalidad de dar a conocer la disciplina como uno de los instrumentos de evolución y desarrollo económico, político y social de Latinoamérica. Se conforma entonces una Asociación encaminada a realizar trabajos de investigación económica en actividades de mercado y no mercado, en los que se involucrarán dos ciencias tan cercanas como son la Economía y el Derecho.

Las actividades que la Asociación ha venido desarrollando desde su fundación se fundamentan en el firme propósito de continuar enriqueciendo los objetivos que se han planteado en aras de vislumbrar una América Latina más justa, más próspera y más eficiente. Así, la ALACDE ha realizado ocho congresos (México D.F., 1995; Buenos Aires, 1996; Caracas, 1997; Quito, 1998; Bogotá, 1999; México D.F., 2000; Santiago, 2002; y Lima, 2004), ha establecido acuerdos con universidades y centros de investigación en distintas partes del mundo, con el objeto de lograr intercambios importantes que ayuden a desarrollar cada vez más el Análisis Económico del Derecho en Latinoamérica, y está trabajando en la publicación de una Revista Latinoamericana de Derecho y Economía.

En la actualidad, la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía cuenta con un importante número de miembros asociados, representantes de los distintos países de América Latina, trabaja promoviendo la investigación aplicada del Análisis Económico del Derecho, destacando la utilidad que esta disciplina puede brindar a los consensos en la política pública.

Como señaló Carlos Peña al inaugurar el Séptimo Congreso Anual de la ALACDE, “ocuparse del *Law and Economics* en los países de la región latinoamericana, significa ocuparse de cómo es posible modelar el espacio de lo público y superar los dilemas de acción colectiva, echando mano a la evidencia disponible acerca de la racionalidad de la conducta humana y el papel que cumplen las instituciones. Este es el profundo sentido público y político que posee la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, cuyo objetivo principal es contribuir a que en nuestra región pongamos, de una vez por todas, nuestra imaginación política y pública a la altura de nuestra imaginación verbal”⁷⁶.

Ahora bien, el desarrollo que hasta ahora ha alcanzado el Análisis Económico del Derecho hace posible pensar en una larga vida para el movimiento. Sin embargo, poco queda por hacer en el desarrollo teórico, ya que el futuro debiera estar marcado –cuestión que ya es posible observar en la literatura más reciente– por los trabajos empíricos que apliquen la teoría y que busquen impactar las políticas públicas⁷⁷.

⁷⁶ PEÑA, Carlos, “Sobre la relevancia del *law and economics*”, discurso inaugural Séptimo Congreso Anual de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, Santiago, Chile, 2002.

⁷⁷ Ver ULEN, Thomas, “Firmly Grounded: Economics in the future of the Law”.

Así, la presencia y la influencia del Análisis Económico del Derecho debiera continuar creciendo en Latinoamérica. Pero el futuro depende de la habilidad de esta disciplina para mostrar, de una manera sencilla, el verdadero valor de este enfoque, transformándose en un aporte para el diseño de políticas públicas, sean estas legales, judiciales, y en general, políticas públicas donde la búsqueda de soluciones eficientes y justas sea una meta en pos de un mayor bienestar social.