

HISTORIA DE LA DISCIPLINA¹

La aplicación de la economía a efectos de entender mejor el derecho es antigua; la situación actual tiene sus orígenes a fines de los 1950s, aunque ya había puntos de vista clave en escritos de los pensadores del iluminismo escocés. También tuvieron objetivos similares las escuelas Historicista e Institucionalista, entre los 1830s y 1930s. En los 1960s y 1970s el panorama estuvo dominado por el enfoque de la escuela de Chicago. Luego de algunos debates críticos que hubo en US entre 1976 y 1983, aparecieron otros enfoques, como el neo-institucionalista y el austríaco. Derecho y Economía fue expandiéndose progresivamente a otros países, además de los US. A mediados de los 1970s se extendió a los países de habla inglesa, y luego a otros. En Argentina esta disciplina es cursada en las universidades de Buenos Aires y Torcuato Di Tella.

El análisis económico del derecho, o Law & Economics, puede ser definido como la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos, e impacto de las instituciones legales.² Las instituciones legales son explícitamente consideradas no como datos sino como variables internas del sistema económico; L&E investiga los efectos de cambiar una o más instituciones sobre otros elementos del sistema. En el análisis económico del derecho, las instituciones legales son tratadas como pertenecientes a las elecciones que deben ser explicadas.

Este enfoque es recomendable no sólo porque las reglas legales tienen obvios vínculos con realidades económicas tales como la competencia, la organización económica, los precios y los beneficios, y la distribución de ingresos, que se traducen en términos de leyes para la competencia, regulación industrial, leyes laborales y leyes tributarias. L&E pretende aplicar el enfoque económico no sólo a estas áreas de regulación económica directamente asociadas con la economía, sino a *todas* las áreas legales, en particular al núcleo del derecho civil.

Su aceptación en los US tuvo origen a partir de los 1970s con los escritos de Richard A. Posner. A veces la doctrina es presentada como una introducción novedosa de conceptos y métodos de ciencias próximas al derecho, en la medida que tratan de cuestiones que surcan todo el amplio espectro de los temas legales, incluyendo gran parte de la conducta externa a los mercados.

1. Precursos

Adam Smith en *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* apreció el rol crucial de los especuladores y de la intervención del Estado en el sistema de precios y de las políticas proteccionistas. Cuando hablaba de una sociedad de mercaderes que encaran un nuevo negocio, observó que *puede defenderse otorgar un monopolio temporario de este tipo usando los mismos*

¹ El presente capítulo es una adaptación y actualización de History of Law and Economics de Ejan Mackaay, incluido como Nº 200 en la Encyclopedia of Law and Economics, General Editors: Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Publishers Edward Elgar and the University of Ghent, Copyright 1996-2000 Bouckaert and De Gest. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=1697&Itemid=0 Esta publicación se realiza con autorización del titular del copyright. Fue publicado por Ejan Mackaay y Enrique A. Bour bajo el título Una Disciplina Joven: Derecho y Economía en el Suplemento de Derecho Económico de la Biblioteca Jurídica Online elDial.com. http://www.eldial.com/suplementos/economico/tcdNP.asp?id=6022&id_publicar=14048&fecha_publicar=18/1/2011&camara=Doctrina&por_mail=1

² Charles K. Rowley (1989), Public Choice and the Economic Analysis of Law, in Nicholas Mercurio (ed.), Law and Economics, Boston, Kluwer Academic Publishers.

principios con que se otorga el monopolio de una nueva maquinaria a su inventor, y el de un libro nuevo a su autor. Aquí la ley es vista de modo utilitarista, como contribuyendo al bien público, y en realidad como un instrumento para promoverlo.

Ya antes de Smith la conducta humana era analizada como resultado de la elección racional. Maquiavelo debería ser incluido como uno de los precursores, así como los cameralistas alemanes desde el siglo XV hasta el XIX.³

También parece existir evidencia de que autores como Thomas Hobbes y David Hume (en particular este último)⁴ percibían las características del dilema del prisionero, y aspectos de la interacción humana intrincados tales como son analizados hoy por teoría de los juegos. Hume entendió claramente la paradoja de la acción colectiva, en su ejemplo del drenaje de una pradera para justificar cuándo el estado debería proveer algunos bienes públicos.⁵ Pero todos estos escritos, a los cuales cabe agregar los de Beccaria sobre la influencia disuasiva de las sanciones criminales,⁶ y los de Bentham sobre el cálculo de placer y pena⁷ no significaban una comprensión sistemática del derecho por medio de un modelo de elección racional.

2. La primera onda de L&E

El movimiento tuvo su origen entre economistas, en particular de la *escuela histórica alemana*, y luego hubo contribuciones provenientes de otros países. Entre los economistas cabe mencionar a John R. Commons, Gustave de Molinari, Carl Menger, Gustav Schmoller, Werner Sombart y Adolph Wagner. Si bien su origen fue europeo, se propagó a Estados Unidos por medio del (*viejo*) *movimiento institucionalista*. La cuestión central del movimiento era cómo se determinan los derechos de propiedad y otros, histórica y funcionalmente, en distintas sociedades. La respuesta de los filósofos de los siglos dieciséis y diecisiete, que estos derechos están dados como un derecho natural (lógicamente previo a cualquier sistema legal positivo), les parecía insatisfactoria. Por ejemplo, no podía dar cuenta de los cambios del derecho en el tiempo y el espacio. Para ellos, los cambios del derecho de propiedad deberían reflejar cambios en las condiciones económicas. Buscaban desarrollar una “ciencia explicativa del derecho”.

La tesis central del movimiento, a saber que los derechos son contingentes a las condiciones económicas y sociales, llegó a ser ampliamente aceptada. Desde 1859 en más, Marx insistió sobre esta tesis, que expresaba una suerte de sabiduría convencional. En los 1870s cabe agregar

³ Puede consultarse Albion W. Small, *The Cameralists: The Pioneers of German Social Polity*, [1909] 2001, Batoche Books. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18655&Itemid=0

⁴ Esto es lo que sugiere Matt Ridley, *The Origins of Virtue - Human Instincts and the Evolution of Cooperation*, 1997. Ridley examina el sistema de favores y obligaciones que hay en el comercio, la religión, y la guerra, sugiriendo que la naturaleza humana es egoísta, pero de un tipo de egoísmo que promueve la cooperación y favorece la evolución. Jack Hirshleifer hizo una reseña de este libro en agosto de 1997, para la revista *Reason*. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18656&Itemid=0

⁵ David Hume, *A Treatise of Human Nature* (1740), Book 3, Pt. 2, Section VII. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12631&Itemid=0

⁶ Cesare Beccaria (1764), *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge, Cambridge University Press. Para la influencia del pensamiento de Beccaria sobre la noción de castigo y sobre el movimiento abolicionista, véase John D. Bessler, *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, Volume 4 (Fall 2009). http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18657&Itemid=0

⁷ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1907 reprint of 1823 edition. (First printed 1780.) 2002, Liberty Fund. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18658&Itemid=0

a Wilhelm Arnold, Otto von Gierke, Rudolph von Jhering, Victor Mataja y Henry Maine,⁸ entre otros. Pero este movimiento entró en decadencia, tal vez porque su base económica no era demasiado sólida (la revolución marginalista tuvo lugar hacia fines del s. XIX). Hacia los 1930s, se fue esfumando el movimiento como contribución diferenciada para estudiar las normas legales, dejando su lugar a la sociología del derecho y al realismo legal. Algunas ideas sobrevivieron dentro de la escuela austríaca de economía y en el pensamiento evolucionista de Nelson & Winter; las ideas de Commons hallan un eco en los trabajos de Williamson y están vivas en los trabajos de Samuels, y Samuels and Schmid; y que las instituciones son restricciones importantes de las actividades económicas, como hemos visto, fue subrayado por dos premios Nobel: Ronald Coase y Douglass North.⁹

Los adherentes a este enfoque hicieron diversos estudios históricos sobre derechos fundiarios y arreglos contractuales para explotar la tierra. Demostraron que, por ejemplo, las instituciones cambian según la densidad de la población, la calidad del suelo y el tipo de explotación. También investigaron aspectos referidos a derechos individuales, a derechos comunales y las reglas aplicables en este último caso. Consideraron aspectos relativos a los costos de transacción usuales en el L&E actual, aceptando la sabiduría convencional incorporada en las instituciones que evolucionaron en el curso de la historia, como se refleja en nuestros días en la obra de Hayek. Las explicaciones propuestas pueden ser consideradas económicas por cuanto tratan de costos y beneficios de individuos que eligen racionalmente en un contexto de recursos escasos. Éstas son las dos columnas vertebrales del razonamiento económico.

¿Cuáles fueron las causas de la declinación del movimiento? Pearson la atribuye esencialmente a dos factores.¹⁰ Uno fue la creciente especialización de los científicos sociales, que llevó a los economistas a concentrarse en cuestiones más vinculadas con los mercados, estudiando la operación de la economía dentro de instituciones legales *dadas*. El otro factor fueron las pretensiones excesivas del movimiento y el carácter borroso de la metodología económica que utilizaban, tal vez de resultas del pobre estado de desarrollo de la propia ciencia económica, ya que la revolución marginalista sólo tuvo lugar a fines del siglo XIX. Algunos miembros del movimiento se dejaron tentar por explorar explicaciones que se apartaban cada vez más del modelo de elección racional individual desplazándose hacia conceptos holísticos como el “espíritu nacional”, las “motivaciones socio-psíquicas” y la “voluntad colectiva” (Commons) o hacia “la vida psicológico-moral de las naciones” (Schmoller). A medida que la profesión económica se fue especializando, a los economistas estas explicaciones les parecieron cada vez más heréticas.

⁸ V. Henri S. Maine, *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, 1861

http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18484&Itemid=0

⁹ Richard R. Nelson and Sidney G. Winter (1982), *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge, MA, The Belknap Press. Para una apreciación reciente de los enfoques evolutivos, ver Richard R. Nelson, *Recent Evolutionary Theorizing About Economic Change*, *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXIII (March 1995), pp. 48–90. http://www4.fe.uc.pt/mapsd/richardnelson_%20jel1995.pdf; Oliver E. Williamson (1985), *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, The Free Press http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18309&Itemid=0; Oliver E. Williamson, (1986), *Economic Organization - Firms, Markets and Policy Control*, New York, New York University Press; Warren J. Samuels, (1971), *The Interrelationship between Legal and Economic Processes*, 14 *Journal of Law and Economics*; Warren J. Samuels, (1972), *In Defense of a Positive Approach to Government as an Economic Variable*, 15 *Journal of Law and Economics*; Warren J. Samuels (1974), *The Coase Theorem and the Study of Law and Economics*, 14 *Natural Resources Journal*; Warren J. Samuels and Nicholas Mercurio (1984), *Posnerian Law and Economics on the Bench*, 4 *International Review of Law and Economics*, 107-130.

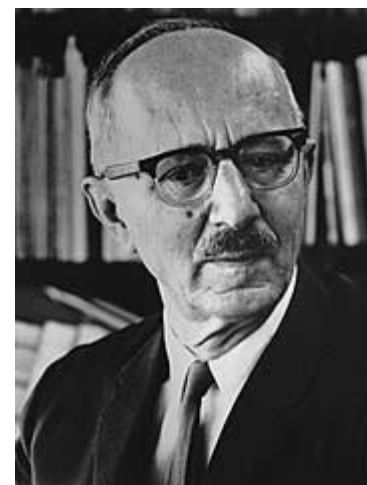
¹⁰ Heath Pearson (1997), *Origins of Law and Economics - The Economists' New Science of Law, 1830-1930*, Cambridge, Cambridge University Press.

Esta dificultad está expresada por Blaug, que menciona que el institucionalismo está a la raíz de la primera onda de derecho y economía: *La mejor descripción de la metodología de trabajo de los institucionalistas es la narrativa... Una narrativa hace uso del método que los historiadores denominan coligación, un agrupamiento de hechos, generalizaciones de bajo nivel, teorías de alto nivel, y juicios de valor en una narrativa coherente, todo unido por un pegamento de creencias y actitudes implícitas que el autor comparte con sus lectores.*¹¹ Coase es aún más despectivo: “Los institucionalistas norteamericanos no eran teóricos, sino anti-teóricos, en particular en lo que concierne a la teoría económica clásica. Sin una teoría no tenían nada para transmitir, excepto una gran cantidad de material descriptivo esperando una teoría.”¹² Al movimiento no le fue mejor con la comunidad legal. Las conclusiones que extraía de sus modelos e investigaciones históricas no convencieron a los abogados. La comunidad legal mantuvo el punto de vista de que los factores económicos no eran suficientes para dar cuenta de la plenitud de “tendencias y aspiraciones del alma humana” (Del Vecchio, citado por Pearson). Seguramente, se trató de una interpretación errónea de lo que es la esencia de lo económico (individualismo metodológico y racionalismo instrumental), cuya persistencia debe ser puesta a las puertas del movimiento, ya se trate de la escuela histórica de Alemania o la antigua economía institucional de Estados Unidos.

3. La segunda onda de L&E

Aquí conviene distinguir distintos sub-períodos: el comienzo, consistente en la propuesta de paradigmas (1958-1973), la aceptación de los paradigmas (1973-1980), el cuestionamiento de los paradigmas (1976-1983) y el sacudón del movimiento (desde 1983 hasta nuestros días).

Coase es considerado habitualmente como uno de los fundadores de L&E; pero la verdadera revitalización del movimiento tuvo lugar en Chicago, en los 1940s, bajo la inspiración de Aaron Director. Por aquella época la ciencia económica entraba en un período de cambios que conducirían a la *síntesis neo-clásica*. Director ocupaba un cargo poco usual, como economista contratado por la universidad de Chicago para suceder a otro economista, Henry Simons. Director tenía varios amigos en el departamento de economía, entre ellos a Frank Knight, George Stigler y Milton Friedman. El grupo de Chicago terminó adoptando un enfoque distintivo hacia el análisis económico, insistiendo en que era preciso generar predicciones contrastables para hacer análisis económico, con lo cual se requería practicar investigación empírica. Afirma Duxbury: “En realidad, los rasgos distintivos de los neo-clásicos de Chicago – sospechar del gobierno e insistir en que los mercados protegen la elección racional individual y la auto-determinación – reflejan un estilo norteamericano de clara ideología individualista”.¹³



Aaron Director (1901-2004)

El problema de Director en la Facultad de Derecho era cómo lograr que sus colegas abogados tomaran en serio el análisis económico. Director, un economista brillante, aplicó el punto de vista económico

¹¹ Mark Blaug, *The methodology of economics, or, How economists explain*, Cambridge Surveys of Economic Literature, 1980.

http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=19657&Itemid=0

¹² Ronald H. Coase, *The New Institutional Economics*, *The American Economic Review*, Vol. 88, Issue 2, May 1998. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=8347&Itemid=0

¹³ Duxbury, Neil (1995), *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, ch. 5. Véase Brian Leiter, *Is There an 'American' Jurisprudence?*, U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 74; SSRN, 2005. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=757445

a varios casos legales, como las leyes antimonopolio. Por ese entonces, la sabiduría convencional heredada del New Deal sostenía que a efectos de lograr una competencia efectiva, una industria debía ser supervisada y regulada desde cerca. Director demostró que esta conclusión es insostenible en muchos casos, y en efecto que sería contraproducente: con frecuencia se alegaba que había un caso de monopolio en muchos casos en que ello no era cierto y que ese monopolio resultaba dañino para el interés de los consumidores. Este campo siguió interesando a la gente de Chicago.¹⁴ La batalla sobre el rol de las leyes antimonopolio aún continúa (por ejemplo en el debate sobre el caso Microsoft).

Posner y otros autores han escrito que a partir de los 1960s emergió un ‘nuevo’ L&E cuya agenda de investigación consistía en aplicar “economía a doctrinas legales centrales como los contratos, la propiedad, la responsabilidad extra-contractual y la ley criminal” (v. Duxbury, ob. cit.). Sobre el nuevo movimiento, Rowley¹⁵ observó que *sus características distintivas son la aplicación de la economía de mercado a las instituciones legales, reglamentos, y procedimientos en algunas áreas* (por ej. la responsabilidad extra-contractual y el crimen) a las que no se ve convencionalmente influyendo sobre la conducta de mercado, pero que de hecho están definidas como fracasos del mercado. Lo que dice Gary Becker viene a cuento: *He llegado a la conclusión de que el enfoque económico es un enfoque comprehensivo que es aplicable a toda conducta humana, involucrando precios monetarios o precios sombra imputados, decisiones repetidas o esporádicas, grandes o pequeñas, fines mecánicos o emotivos.*¹⁶ Luego de cierta indiferencia inicial, esta tesis se empezó a ver como una contribución significativa a la economía y le significó a Becker, en definitiva, recibir el premio Nobel en 1992.



Ronald Coase (1910-) conversando con Douglass North (1920-) en St. Louis (1994)

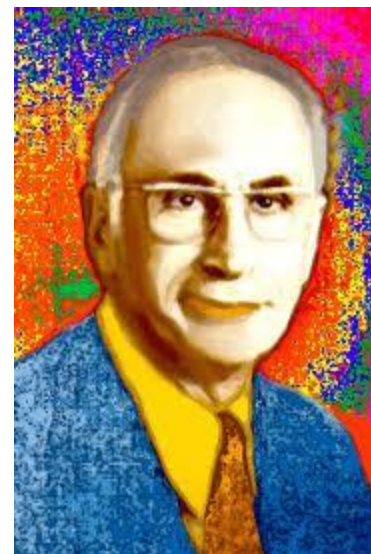
¹⁴ Robert H. Bork (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books; Ward S. Bowman, (1973), *Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal*, Chicago, University of Chicago Press; Richard A. Posner (1976), *Antitrust Law*, Chicago, University of Chicago Press. Una reseña crítica de la primera obra está en Paul H. Brietzke, Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Winter 1979, 13 Val. U. L. Rev. 403.

http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1634&context=vulr&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.ar%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3DThe%2BAn%2BParadox%253A%2BA%2BPolicy%2Bat%2BWar%2Bwith%2BItself%26source%3Dweb%26cd%3D4%26ved%3D0CEYQFjAD%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fscholar.valpo.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D1634%2526context%253Dvulr%26ei%3DAAh_T6neMojMtgeag9G1Bg%26usq%3DAFQjCNHPHaytn1co7IFS2WecCrSMRKQWOQ#search=%22Antitrust%20Paradox%3A%20Policy%20War%20Itself%22

¹⁵ Charles K. Rowley, (1988), *Rent-Seeking versus Directly Unproductive Profit-Seeking Activities*, en Charles K. Rowley, Robert D. Tollison, and Gordon Tullock (eds), *The Political Economy of Rent-Seeking*, Boston, Kluwer.

¹⁶ Becker, Gary S. (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, The University of Chicago Press.

Entre los 1940s y los 1950s diversos estudios abrieron camino a lo que después terminó transformándose en L&E. Por el impulso a *public choice* cabe mencionar los escritos de Duncan Black sobre comités y elecciones en Gran Bretaña.¹⁷ En 1954 Scott Gordon publicó un estudio sobre la administración de un recurso escaso de propiedad común, la industria pesquera, a partir del cual se desarrollaría posteriormente la economía del medio ambiente.¹⁸ En 1956, Tiebout al estudiar la competencia entre autoridades locales mediante gastos dirigidos a sus contribuyentes, involuntariamente sentó las bases de lo que se transformó en la economía del federalismo como un sistema de competencias entre gobernantes.¹⁹ En 1957, Downs, con su teoría económica de la democracia, abrió el camino para la economía de las instituciones políticas en forma más amplia, seguido poco tiempo después por el clásico de Buchanan and Tullock *Calculus of Consent*, que dio inicio a la escuela de *public choice*.²⁰



Armen Alchian (1914-)

4. El paradigma propuesto: Economía de las principales áreas del Derecho (1958-1973)

En 1958 fue creado el *Journal of Law and Economics*, que tuvo a Aaron Director como primer editor. Poco después, el cargo editorial estaría en manos de Coase, que publicó su trabajo clave sobre costo social en 1960.²¹ Entre los economistas que se dieron cuenta de la importancia del artículo estaba Demsetz, que así lo plasmó en un conjunto de artículos perspicaces.²²

¹⁷ Duncan Black (1948), On the Rationale of Group Decision-Making, 56 *Journal of Political Economy*. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16930&Itemid=0. Duncan Black (1948), The Decisions of a Committee Using a Special Majority, 16 *Econometrica*; Duncan Black (1958), *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁸ H. Scott Gordon (1954), The Economic Theory of a Common Property Resource: The Fishery, 62 *Journal of Political Economy* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12429&Itemid=0; H. Scott Gordon (1958), Economics and the Conservation Question, 1 *Journal of Law and Economics*.

¹⁹ Charles M. Tiebout (1956), A Pure Theory of Local Expenditures, 64 *Journal of Political Economy*. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=19426&Itemid=0

²⁰ Anthony Downs, An Economic Theory of Political Action in a Democracy, *The Journal of Political Economy*, Vol. 65, No. 2. (Apr., 1957), pp. 135-150 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16932&Itemid=0; James M. Buchanan and Gordon Tullock (1962), *The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 3. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Foreword by Robert D. Tollison (Indianapolis: Liberty Fund, 1999). http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=17195&Itemid=0

²¹ Ronald H. Coase (1960), The Problem of Social Cost, 3 *Journal of Law and Economics*, (reimpreso en Ronald H. Coase (1988), *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press). http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=2130&Itemid=0

²² Harold Demsetz (1964), The Exchange and Enforcement of Property Rights, 7 *Journal of Law and Economics* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12432&Itemid=0; Harold Demsetz (1966), Some Aspects of Property Rights, 9 *Journal of Law and Economics* <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/documents/demsetz66-JLE-propertyrights.pdf>; Harold Demsetz (1967), Hacia una teoría de los derechos de propiedad, traducido de 57 *American Economic Review* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=1702&Itemid=0; Harold Demsetz (1968), The Cost of Transacting, 82 *Quarterly Journal of Economics*; Harold Demsetz (1969), Information and Efficiency: Another Viewpoint, 12 *Journal of Law and Economics* ftp://222.23.210.216/12%B4%BA%A3%A8%B6%FE%D1%A7%BF%C6%A3%A9%BA%EA%CE%A2%B9%DB%BE%AD%BC%C3%D1%A7%D4%B4%CE%C4%BC%FE/Principles%20of%20Economics/%CD%C6%BC%F6%CE%C4%CF%D7/Papers/Demsetz_Information%20and%20Efficiency%A3%BAAnother%20Viewpoint%A3%A81969%A1%EE%A1%EE%A1%EE%A1%EE%A1%EE.pdf; Harold Demsetz (1972), *Wealth*

El artículo de Coase sostiene que, en presencia de externalidades, no hay motivo para que intervenga el gobierno, pues se trata de una situación en la cual los derechos de propiedad no están claramente definidos. Cuando lo están, y siempre que las partes puedan negociar sin costos, la especificación de esos derechos es suficiente para alcanzar la asignación eficiente de recursos; cómo serán asignados los derechos a las partes no es un tema relevante para el resultado económico. También el artículo es importante porque acentúa el concepto de *costo de transacción*. En los ejemplos de Coase se trata de un concepto bastante simple: los costos de transacción abarcan el costo de identificar a las contrapartes potenciales, de llegar a un acuerdo con ellas y de vigilar la solución. Los costos de transacción impiden que sean realizados acuerdos aparentemente satisfactorios, sobre todo a causa de problemas de información y de 'conducta estratégica' por la imposibilidad de supervisar plenamente a quien es contraparte del contrato o por dificultades inherentes a la 'acción colectiva'. Hoy este concepto ha sido extendido al campo regulatorio y gubernamental, y reducir los costos de transacción se volvió una preocupación constante de las instituciones legales.

Hubo otro documento clave de Alchian, que por entonces estaba en la Rand Corporation de California, sobre la racionalidad de los derechos de propiedad, publicado varios años después de haber sido escrito.²³ Consideraba los efectos de diferencias entre la propiedad privada y la pública y las trataba como variables económicas que podían ser manipuladas. Otro trabajo básico fue uno de Calabresi sobre las leyes extra-contractuales como un mecanismo para inducir el nivel apropiado de precaución en actividades que podrían causar daños a terceros, considerando el costo del daño así como el de administrar el sistema.²⁴

Estos artículos fueron el semillero de varios economistas y juristas que escribieron artículos sobre temas legales tales como los derechos de propiedad, responsabilidad civil, contratos y procedimientos: Alchian and Demsetz, Calabresi, Calabresi and Melamed, Calabresi and Hirschhoff; Cheung; Dales; De Alessi, Demsetz; Furubotn and Pejovich; Landes; McKean; Oi; Pejovich; Peltzman; Posner; y Stigler.²⁵ La *University of Chicago Law Review* publicó los

Distribution and the Ownership of Rights, 1 *Journal of Legal Studies*; Harold Demsetz (1972), When Does the Rule of Liability Matter?, 1 *Journal of Legal Studies*.

²³ Armen A. Alchian (1965), Some Economics of Property Rights, 30 *Il Politico*, reimpresso en Alchian, Armen A. (ed.) (1977), *Some Economics of Property Rights, Economic Forces at Work*, Indianapolis, Liberty Press. Armen A. Alchian and Harold Demsetz, The Property Right Paradigm, *The Journal of Economic History*, Vol. 33, No. 1, *The Tasks of Economic History*. (Mar., 1973), pp. 16-27. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=8345&Itemid=0

²⁴ Guido Calabresi (1961), Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts, 70 *Yale Law Journal*. http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers&sei-redir=1#search=%22Some%20Thoughts%20Risk-Distribution%20Law%20Torts%22

²⁵ Armen A. Alchian and Harold Demsetz (1969), Corporate Management and Property Rights, in Henry G. Manne (ed.), *Economic Policy and the Regulation of Corporate Securities*, Washington, DC, American Enterprise Institute; Armen A. Alchian and Harold Demsetz, Production, Information Costs, and Economic Organization, 62 *American Economic Review* (1972) http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11921&Itemid=0; Armen A. Alchian and Harold Demsetz (1973), The Property Rights Paradigm, 33 *Journal of Economic History* (para un resumen, véase http://wikisum.com/w/Alchian_and_Demsetz:_Property_Right_Paradigm); Guido Calabresi (1965), The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, 78 *Harvard Law Review* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18668&Itemid=0; Guido Calabresi (1965), Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules - A Comment, in Henry G. Manne, (ed.), *The Economics of Legal Relationships - Readings in the Theory of Property Rights*, St. Paul, MN, West Publishing Cy; Guido Calabresi (1970), *The Cost of Accidents*, New Haven, Yale University Press; Guido Calabresi and Douglas Melamed (1972), Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the

proceedings de un simposio sobre responsabilidad por los productos en 1970. Manne²⁶ publicó libros y artículos sobre la ley de sociedades, y sobre *insider trading* al que defendió en forma

Cathedral,	85	Harvard	Law	Review
http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12435&Itemid=0 ; Guido Calabresi and Jon T. Hirschoff (1972), <i>Toward a Test for Strict Liability in Torts</i> , <i>Yale Law Journal</i> 81 http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18669&Itemid=0 ; Steven N.S. Cheung (1968), <i>Private Property Rights and Sharecropping</i> , <i>Journal of Political Economy</i> 76 http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18670&Itemid=0 ; Steven N.S. Cheung, (1969), <i>The Theory of Share Tenancy</i> , Chicago, The University of Chicago Press; Steven N.S. Cheung (1969), <i>Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements</i> , 12 <i>Journal of Law and Economics</i> ; Steven N.S. Cheung (1970), <i>The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource</i> , 13 <i>Journal of Law and Economics</i> http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=17303&Itemid=0 ; Steven N.S. Cheung (1972), <i>The Enforcement of Property Rights in Children, and the Marriage Contract</i> , 82 <i>Economic Journal</i> http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18671&Itemid=0 ; Steven N.S. Cheung (1973), <i>The Fable of the Bees: An Economic Investigation</i> , 16 <i>Journal of Law and Economics</i> http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18672&Itemid=0 ; J.H. Dales (1968), <i>Land, Water, and Ownership</i> , 1 <i>Canadian Journal of Economics</i> , 791; J.H. Dales (1968), <i>Pollution, Property and Prices - An Essay in Policy-Making and Economics</i> , Toronto, University of Toronto Press; Louis De Alessi (1969), <i>Implications of Property Rights for Government Investment Choices</i> , 59 <i>American Economic Review</i> ; Harold Demsetz (1964), <i>The Exchange and Enforcement of Property Rights</i> , 7 <i>Journal of Law and Economics</i> http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12432&Itemid=0 ; Harold Demsetz (1966), <i>Some Aspects of Property Rights</i> , 9 <i>Journal of Law and Economics</i> http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/documents/demsetz66-JLE-propertyrights.pdf ; Harold Demsetz (1967), <i>Towards a Theory of Property Rights</i> , 57 <i>American Economic Review</i> (versión en español http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=1702&Itemid=0); Harold Demsetz (1968), <i>The Cost of Transacting</i> , 82 <i>Quarterly Journal of Economics</i> ; Harold Demsetz (1969), <i>Information and Efficiency: Another Viewpoint</i> , 12 <i>Journal of Law and Economics</i> ; Harold Demsetz (1972), <i>Wealth Distribution and the Ownership of Rights</i> , 1 <i>Journal of Legal Studies</i> ; Harold Demsetz (1972), <i>When Does the Rule of Liability Matter?</i> , 1 <i>Journal of Legal Studies</i> ; Eirik G. Furubotn and Svetozar Pejovich (1972), <i>Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature</i> , 10 <i>Journal of Economic Literature</i> ; Eirik G. Furubotn and Svetozar Pejovich (1974), <i>The Economics of Property Rights</i> , Cambridge, MA, Ballinger Publishing Cy; Landes, William M. (1971), <i>An Economic Analysis of the Courts</i> , 14 <i>Journal of Law and Economics</i> ; Roland N. McKean (1970), <i>Products Liability: Implications of Some Changing Property Rights</i> , 84 <i>Quarterly Journal of Economics</i> ; Ronald N. McKean (1970), <i>Products Liability: Trends and Implications</i> , 38 <i>University of Chicago Law Review</i> ; Walter J. Oi (1973), <i>The Economics of Product Safety</i> , 4 <i>Bell Journal of Economics and Management</i> http://gk.econ.msu.ru/%D0%9B%D0%B5%D0%BD%D0%B0%2002.12.06/Moya/%D1%8D%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D0%BA%D0%B0%20%D0%B1%D0%B5%D0%B7%D0%BE%D0%BF%D0%B0%D1%81%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8.pdf ; Svetozar Pejovich (1971), <i>Towards a General Theory of Property Rights</i> , 31 <i>Zeitschrift für Nationalökonomie</i> ; Svetozar Pejovich (1972), <i>Towards an Economic Theory of the Creation and Specification of Property Rights</i> , 30 <i>Review of Social Economics</i> ; Sam Peltzman (1973), <i>An Evaluation of Consumer Protection Legislation: The 1962 Drug Amendments</i> , 81 <i>Journal of Political Economy</i> ; Richard A. Posner (1972), <i>A Theory of Negligence</i> , 1 <i>Journal of Legal Studies</i> http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18674&Itemid=0 ; Richard A. Posner (1972), <i>Economic Analysis of Law</i> , Boston, Little, Brown and Co; Richard A. Posner (1973), <i>An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration</i> , 2 <i>Journal of Legal Studies</i> ; George J. Stigler (1970), <i>The Optimum Enforcement of Laws</i> , 68 <i>Journal of Political Economy</i> http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18675&Itemid=0				

²⁶ Henry G. Manne (1962), *The Higher Criticism of the Modern Corporation*, 62 *Columbia Law Review*; Henry G. Manne (1965), *Mergers and the Market for Corporate Control*, 73 *Journal of Political Economy* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18676&Itemid=0; Henry G. Manne (1966), *In Defense of Insider Trading*, 44 *Harvard Business Review*; Henry G. Manne (1966), *Insider Trading and the Stock Market*, New York, Free Press; Henry G. Manne (1967), *Our Two Corporate Systems: Law and Economics*, 53 *Virginia Law Review*. Henry Manne, *Insider Trading: Hayek, Virtual Markets and the Dog*

polémica. Samuels publicó dos extensas bibliografías de publicaciones vinculadas con L&E, echando una red amplia que demostró cuánta literatura se había generado en el espacio de una década.²⁷

En su mayor parte, la literatura del período fue obra de economistas. Estos enfoques, al concentrarse sobre los derechos de propiedad se ganaron el apodo de 'enfoques del derecho de propiedad', aunque trataran de prácticas contractuales, responsabilidad por los productos o formas de regulación industrial. La denominación cedió el lugar



Economista y jurista Richard Posner (1939-)

con el paso del tiempo a 'análisis económico del derecho'. En su mayoría la literatura suscribía el enfoque neoclásico de la escuela de Chicago. Las contribuciones del 'grupo de Chicago' eclipsaban las de otros economistas con otras creencias, como Leoni, Samuels, Schmid o Stewart Macaulay.²⁸ Este último era un abogado-sociólogo, que publicó un estudio notable sobre las relaciones contractuales informales, que desde entonces se ha convertido en un clásico. El éxito del enfoque de Chicago persistió varios años más. El libro de Hayek *Law, Legislation and Liberty*²⁹ publicado en forma contemporánea con el libro de Posner sobre L&E pasó fácilmente desapercibido en la comunidad de L&E, si bien Hayek había recibido el premio Nobel en 1974. Hay dos formas de ver esta situación: una, considerarlo como un ejemplo lamentable de lo que es una visión desde el túnel; otra, verlo desde la perspectiva de ese momento, como un testimonio del intenso entusiasmo generado por el programa de investigación propuesto por la escuela de Chicago y la convicción exhibida por quienes lo hacían.

Algunos de los que escribían en aquella época eran abogados, por ejemplo Calabresi y Manne. La participación de los abogados resulta esencial, ya que, como se vio, convencer a los abogados resultó el punto crítico de la primera onda de L&E, un siglo antes. En este punto Calabresi desempeñó un rol vital, ya que demostró la potencia que principios económicos simples tenían para racionalizar todo un cuerpo legal, estableciendo así una base coherente para reformarlo.

that Did Not Bark, bepress Legal Series, 2005.
http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13982&Itemid=0

²⁷ Warren J. Samuels (1965), *Legal-Economic Policy: A Bibliographical Survey*, 58 *Law Library Journal*; Warren J. Samuels (1973), *Legal-Economic Policy: A Bibliographical Survey, 1965-1972*, 66 *Law Library Journal*.

²⁸ Bruno Leoni ([1961] 1991), *Freedom and the Law*, Indianapolis, LibertyPress, (3rd edn) http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12725&Itemid=0; Warren J. Samuels (1971), *The Interrelationship between Legal and Economic Processes*, 14 *Journal of Law and Economics*; Warren J. Samuels (1972), *In Defense of a Positive Approach to Government as an Economic Variable*, 15 *Journal of Law and Economics*; A. Allen Schmid (1965), *Property, Power and Progress*, 41 *Land Economics*; Stewart Macaulay (1963), *Non-Contractual Relations in Business. A Preliminary Study*, 28 *American Sociological Review*.

http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18677&Itemid=0

²⁹ Friedrich A. Hayek (1973), *Law, Legislation and Liberty - Volume 1: Rules and Order*, Chicago, The University of Chicago Press; Hayek, Friedrich A. (1976), *Law, Legislation and Liberty - Volume 2: The Mirage of Social Justice*, Chicago, The University of Chicago Press; Hayek, Friedrich A. (1979), *Law, Legislation and Liberty - Volume 3: The Political Order of a Free People*, Chicago, The University of Chicago Press. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12474&Itemid=0

5. El paradigma aceptado: Derecho y Economía en las facultades de Derecho (1973-1980)

Hay tres acontecimientos que fueron hitos para capturar los corazones y la imaginación de los abogados: en 1972 se fundó el *Journal of Legal Studies*; también se publicó la introducción al análisis económico del derecho de Posner (en 1972 la 1ª edición; en 2011 ya se encuentra en su 8ª edición). Ambos fueron publicados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago; y desde 1971 fueron organizados los Institutos Económicos para Profesores de Derecho de Henry Manne, breves seminarios intensivos de economía para abogados, ya fueran jueces, profesionales en general o profesores de derecho.³⁰ Los tres acontecimientos señalizan la entrada de L&E en las facultades de derecho de Estados Unidos.

El libro de Posner fue escrito por un abogado para abogados con un estilo claro y directo. Se condujo en forma clara con la jerga económica y adoptó la distinción usual de los abogados entre campos legales diferenciados. Analizó doctrinas legales conocidas a lo largo de todo el espectro legal. Lo sustancioso del libro fue su tesis de eficiencia del derecho civil. En estudios previos, los abogados y economistas habían mostrado que distintas instituciones – tales como los derechos de propiedad, los arreglos contractuales, o las reglas de responsabilidad – podían ser



Guido Calabresi (1932-)

encaradas en cierto sentido como la mejor opción, es decir la solución eficiente en términos neoclásicos. Los derechos de propiedad privados en general dan lugar a mejores incentivos para los recursos escasos de la agricultura que la alternativa de la propiedad comunal u objetos libremente disponibles (bienes libres). Los propietarios de huertos pueden aprovechar libremente la actividad de las abejas que polinizan sus plantaciones, que es una externalidad que a veces se utiliza como ejemplo en los libros de texto para mostrar la necesidad de una regulación por parte del gobierno; con todo, un análisis más próximo del caso mostró la existencia de prácticas contractuales entre los apicultores y los propietarios de las plantaciones, que hacían rentable que los primeros ubicaran las colmenas en la proximidad de los huertos.³¹ Las reglas de responsabilidad civil, además de resolver el desbalance creado por daños, pueden crear incentivos para aquellos cuyas actividades podrían ser dañinas para los demás, tomando precauciones para que sus costos sean inferiores al daño impedido de esa forma.



Henry G. Manne

Posner generalizó esta idea en todo el campo legal. Ya en la primera edición del libro planteó la tesis de que toda regla del derecho civil refleja una lógica de eficiencia y que es eso precisamente lo que se requiere en materia de juicio normativo: conseguir la eficiencia, aquí y allí, buscar evitar el despilfarro o maximizar la riqueza de la sociedad. Esta tesis dio lugar a un programa de investigación seductor: para decirlo en forma algo superficial, usando conceptos tomados de la economía neoclásica, ¿cuáles serían las reglas 'eficientes' en materia del common law tradicional y cómo saber si el derecho sigue esa lógica? El

³⁰ Henry G. Manne (1993), *An Intellectual History of the School of Law* George Mason University, Rapport, Law and Economics Center, School of Law, George Mason University http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18678&Itemid=0

³¹ Steven N.S. Cheung (1973), *The Fable of the Bees: An Economic Investigation*, 16 *Journal of Law and Economics*. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18672&Itemid=0

programa de investigación les resultó atractivo a los abogados porque la maquinaria neoclásica que presentó Posner parecía fácil de aprender y de ser aplicada a los problemas legales.

Toda la década de los 1970s muestra la utilidad del concepto de “programa de investigación” que introdujo el epistemólogo Lakatos para entender lo ocurrido dentro de la comunidad de L&E.³² Es difícil decir si fueron los componentes descriptivos o los normativos los más atractivos. En 1992, al presentar la 4ª edición de su libro, dijo que el common law es un sistema de reglas “para inducir a la gente a que se conduzca eficientemente, no sólo en los mercados explícitos sino en todas las interacciones sociales. En los contextos donde el costo de las transacciones voluntarias es reducido, el common law crea incentivos para que la gente canalice sus transacciones a través del mercado... Si la asignación de recursos mediante transacciones voluntarias tiene un costo prohibitivo, los precios de la conducta dentro del common law imitarán a los mercados.”

6. El paradigma cuestionado (1976-1983)

Ya en los 1970s el enfoque de Chicago a L&E había sido criticado, en particular por los institucionalistas (Goldberg, Liebhafsky, Samuels, Schmid).³³ Schmid planteó el punto importante de que, como para cualquier distribución de los derechos de propiedad existe una asignación de recursos que minimiza los costos, la minimización de costos – y por extensión la lógica de la eficiencia – no puede sentar las bases de cómo distribuir los derechos de propiedad. De hecho, es la asignación de derechos de propiedad la que determina el costo de cualquier cosa, una conclusión que se deriva implícitamente del teorema de Coase.

Hacia fines de la década se realizaron varios congresos para examinar hasta qué punto L&E había contribuido a la teoría del derecho (Rizzo, Hofstra Symposium, Posner, Pennock and Chapman, Cramton).³⁴ El debate reunió a las mejores mentes americanas que sostenían el enfoque de L&E y a quienes lo criticaban. Posner lo defendió de los ataques de filósofos legales como Dworkin y Fried y de pensadores críticos como Horwitz y Kennedy, de la crítica amistosa dentro de la tradición de Yale de Calabresi y Kronman y de economistas austríacos como Rizzo. Los debates pusieron en primer plano la debilidad de la tesis de eficiencia tal como había sido propuesta por Posner:

³² Véase Imre Lakatos, *Science and Pseudoscience* (transcript), *Science and Pseudoscience*, 2002. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11480&Itemid=0; Imre Lakatos, *History of Science and Its Rational Reconstructions*, PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association, Vol. 1970, (1970), pp. 91-136. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18473&Itemid=0

³³ Victor P. Goldberg (1976), *Toward an Expanded Economic Theory of Contract*, in Warren J. Samuels (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, East Lansing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University. También en *10 Journal of Economic Issues*; Harold H. Liebhafsky (1976), *Price Theory as Jurisprudence: Law and Economics Chicago Style*, *10 Journal of Economic Issues*; Warren J. Samuels (ed.) (1976), *The Chicago School of Political Economy*, East Lansing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University; A. Allen Schmid, (1976), *The Economics of Property Rights: A Review Article*, in Samuels, Warren J. (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, East Lansing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University.

³⁴ Mario J. Rizzo (1980), *Change in the Common Law: Legal and Economic Considerations* (Symposium), *9 Journal of Legal Studies*; Hofstra Symposium (1980), *Symposium on Efficiency as a Legal Concern*, *8 Hofstra Law Review*; Richard A. Posner (1981), *A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, *9 Hofstra Law Review*; J. Roland Pennock and John W. Chapman (1982), *Ethics, Economics and Law*, New York, New York University Press; Roger C. Cramton (1983), *The Place of Economics in Legal Education* (Symposium), *33 Journal of Legal Education*.

1) El primer aspecto a mencionar es que, como ya se expresó, la eficiencia no puede ser el fundamento de la distribución de los derechos de propiedad, dado que, para toda distribución puede hallarse una asignación de recursos eficiente. *Luego, la tesis de eficiencia es circular.*

2) La segunda dificultad es que *la tesis de eficiencia aparece como no contrastable*. Si se encontrara un arreglo aparentemente ineficiente, podrían señalarse costos no percibidos hasta entonces para explicarlo. Lo cual puede ser útil como procedimiento heurístico, pero no como forma de contrastar una teoría. A efectos de contrastar una teoría y de exponerla al riesgo de ser refutada, uno debe delimitar el conjunto de costos que serán tomados en consideración.

3) La tercera cuestión se refiere al carácter a-histórico de la tesis de eficiencia. La tesis sugiere que para cada problema existe una solución eficiente. Una vez descubierta, no hay motivo para cambiarla. Pero las leyes cambian a través del tiempo; una solución que ayer era considerada satisfactoria hoy puede ya no serlo. ¿Qué es lo que explica el cambio? ¿Y qué es lo que explica que, con pleno conocimiento de una solución “eficiente”, nos desplazemos hacia otra, como sucede con diversas formas de regulación, tales como el control de los alquileres, los salarios mínimos o la regulación ambiental? Siguiendo líneas similares, a la luz de la tesis de eficiencia, que persistan diferencias entre los sistemas legales modernos plantea un interrogante: si es cierto que existe una tendencia hacia la eficiencia y la solución eficiente es única, entonces los sistemas legales deberían ser convergentes. *L&E debe tratar estas cuestiones.*

4) Otra cuestión, planteada en particular por los economistas austríacos, tiene que ver con la subjetividad de los valores. A fin de determinar la solución “eficiente” de Posner se requiere que las ganancias resultantes de un cambio de la regla sean ponderadas en comparación con las pérdidas, al efecto de seleccionar la regla que promete el resultado óptimo. ¿En qué escala deben ser ponderadas las ganancias y las pérdidas que acaecen a personas diferentes? Cuando la gente hace transacciones, su transacción torna comparables tales pérdidas y ganancias, poniéndolas por así decirlo, por un instante, en una única escala observable. Pero en la práctica, los ganadores y perdedores de un proyecto determinado no necesariamente entran en una transacción y pocas veces tiene lugar una compensación de los ganadores dirigida a los perdedores, lo que aseguraría una mejora paretiana. Para llegar a pesar de todo a conclusiones de política, Posner recurre al criterio de Kaldor-Hicks. En la práctica legal, las comparaciones interpersonales de valor tienen lugar en forma cotidiana. Los jueces deben *poner un número* a las pérdidas sufridas por una víctima de un accidente. Si las leyes de responsabilidad sirven para inducir a los potenciales causantes a tomar medidas adecuadas de precaución, los costos de los accidentes que quedan a cargo de la víctima deben ser comparados con los costos de precaución que están a cargo del causante. Estas comparaciones son realizadas en forma habitual aplicando el sentido común, pero como argumentan los críticos, son sospechosas en sentido científico. Ello torna problemáticas las recomendaciones de política que Posner derivó del test de Hand en las leyes civiles para maximizar el bienestar.

Vale la pena examinar de cerca en qué consistía este test. *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947) fue una decisión del 2º Circuito de la Corte de Apelaciones de USA que propuso un test para determinar un estándar de precaución en un caso civil de negligencia.³⁵ El juicio fue redactado por Learned Hand, a partir de lo cual describió lo que ahora se conoce como cálculo de negligencia o Test de Hand – un ejemplo clásico de un test de compensación. La tarde del 3 de enero de 1944, en el puerto de New York, un barquero amarró la barcaza “Anna C” en

³⁵ Ver http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Carroll_Towing_Co. También Stephen G. Gilles, *United States v. Carroll Towing Co.: The Hand Formula's Home Port*. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18679&Itemid=0

uno de los muelles junto a otras barcazas. El remolcador “Carroll” fue enviado al muelle para remolcar desde allí a una de las barcazas amarradas en el Muelle Público (que era el muelle siguiente). El Anna C fue amarrado al Muelle 52 y en forma conjunta fueron dispuestas otras barcazas en formación de amarre. Había una fila similar de barcazas amarradas en el Muelle Público y las dos filas de barcazas fueron amarradas en forma conjunta a la última barcaza. El práctico del puerto abordó el Anna C sin permiso porque no estaban presentes ni el capitán ni el marinero de cubierta en la barcaza. Durante el procedimiento, el “Anna C” y otras seis barcazas se entorchocaron y flotaron al sur hacia el Muelle 51. El “Anna C” chocó con un buque cisterna amarrado en el Puerto 51 para luego hundirse. Los Estados Unidos, que eran arrendatarios del “Anna C”, demandaron a Carroll Towing Co., propietario de la barcaza “Carroll”, mediante un juicio indemnizatorio.

El juez era Learned Hand, y dictaminó que no había una regla general con la que uno podía evaluar la responsabilidad del causante cuando la barcaza de un propietario ausente se rompía causando daños. En consecuencia el Juez Hand propuso una fórmula algebraica para establecer si se había cumplido con el estándar de precaución: *Dado que de tanto en tanto alguna barcaza romperá sus amarras, y como – si así sucede – constituirá una amenaza para las que están en su derredor; el deber del propietario es, como en situaciones similares, tomar precauciones contra posibles daños en función de tres variables: (1) La probabilidad de que se rompa; (2) la gravedad del perjuicio resultante, si tal perjuicio se produce; (3) el costo de adoptar las precauciones necesarias. Posiblemente sea conveniente establecer esta noción en términos algebraicos: llamando P a la probabilidad; L al daño; y B al costo; la responsabilidad depende de que B sea menor que L multiplicado por P, e.d. si $B < PL$.*



Juez Learned Hand (1872-1961)

Puesto simplemente, el test afirma lo siguiente: a) si el $\text{Costo} < \text{Costo del Daño} * \text{Probabilidad de que ocurra}$, el acusado no habrá cumplido con el estándar de cuidado requerido; b) si el $\text{Costo} > \text{Costo del daño} * \text{Probabilidad de que ocurra}$, el acusado puede haber cumplido con el estándar de cuidado requerido. De hecho, la Corte dictaminó que dejar a una barcaza sin ser cuidada durante el día plantea un riesgo significativo de tal magnitud que es apropiado exigir la presencia de un operario a bordo. Luego, al acusado se lo encontró responsable de negligencia por estar ausente del barco sin excusa. Este caso es famoso por la fórmula del Juez Hand, $B > PL$ o, en forma abreviada, BPL.

Las consideraciones expuestas tornan problemáticas las recomendaciones de políticas derivadas por Posner del criterio de Hand en materia de responsabilidad a fin de maximizar el bienestar.³⁶ La crítica ha sido expuesta en forma ampliada por Trebilcock, en el sentido de que la lógica de los incentivos y de la difusión del riesgo no conduce a políticas exentas de ambigüedad cuando se busca maximizar el bienestar.³⁷

5) Una quinta cuestión trata del origen de la lógica de la eficiencia percibida. Si el derecho civil refleja, como admite Posner, una lógica de la eficiencia, debería ser posible formular una teoría

³⁶ Mario J. Rizzo, Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort, *Journal of Legal Studies* 9.2 (1980): 291-318. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18680&Itemid=0

³⁷ Michael Trebilcock (1987), The Social Insurance-Deterrence Dilemma of Modern American Tort Law: A Canadian Perspective on the Liability Insurance Crisis, 24 *San Diego Law Review*, 929-1002.

que tenga en cuenta cómo surge dicha lógica. Han sido realizados varios intentos en esta dirección (Cooter and Kornhauser, Goodman, Hirshleifer, Hollander and Mackaay, Landes and Posner, Priest, Priest and Kelin, Reese, Rizzo, Rubbin, Terrebonne), pero ninguno de ellos ha tenido aceptación general.³⁸ Se sostiene que los jueces que actuaron en la etapa de formación de las doctrinas del common law, hace cien años, estaban imbuídos de valores del *laissez faire* congénitos a reglas legales ‘eficientes’ o que, dadas las restricciones del proceso judicial bajo las cuales actúan los jueces no tienen la libertad, como el Congreso, de llevar adelante políticas redistributivas, ni están sometidos a la presión intensa de grupos de intereses (como sostiene Posner). Sin embargo, las políticas judiciales que siguen los tribunales modernos al decidir qué alcance debe otorgarse a los derechos humanos consagrados en las constituciones tienen claramente efectos distributivos y su “eficiencia” en sentido de Posner no es fácil de demostrar. Cabe tener en cuenta asimismo una observación del Juez Coleman de que lo que las partes piden a un tribunal no es “imponer una regla eficiente, sino... imponer una regla que reduzca la incertidumbre. Porque esa regla facilita la contratación racional, cuyas consecuencias a largo plazo serán eficientes”.³⁹ Vale la pena también recordar lo que dijo sir Arhur Eddington acerca de

³⁸ Robert Cooter and Lewis Kornhauser (1980), Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?, 9 Journal of Legal Studies; John C. Goodman (1978), An Economic Theory of Evolution of the Common Law, 7 J. L. St. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14164&Itemid=0; Jack Hirshleifer (1982), Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation versus Conflict Strategies, in Rubin, Paul H. (ed.), Research in Law and Economics, vol. 4 – Evolutionary Models in Economics and Law, Greenwich, Conn., JAI Press http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=205&Itemid=0; Abraham Hollander and Ejan Mackaay (1982), Are Judges Economists at Heart?, in Ciampi, C. (ed.), Artificial Intelligence and Legal Information Systems, Volume I, Amsterdam, North-Holland Publishing; William Landes and Richard A. Posner (1976), Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis, 19 Journal of Law and Economics http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12255&Itemid=0; William M. Landes and Richard A. Posner (1979), Adjudication as a Private Good, 8 Journal of Legal Studies http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12254&Itemid=0; William M. Landes and Richard A. Posner (1980), Legal Change, Judicial Behavior and the Diversity Jurisdiction, 9 Journal of Leg. St. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14151&Itemid=0; George L. Priest (1977), The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, 6 J. of Legal Studies http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14151&Itemid=0; George L. Priest (1980), Selective Characteristics of Litigation, 9 Journal of Legal Studies; George L. Priest and Benjamin Klein (1984), The Selection of Disputes for Litigation, 13 Journal of Legal http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18681&Itemid=0; David A. Reese (1989), Does the Common Law Evolve?, 12 Hamline Law Review; Mario J. Rizzo (1980), Can There be a Principle of Explanation in Common Law Decisions: A Comment on Priest, 9 Journal of Legal Studies; Paul Rubin (1977), Why is the Common Law Efficient?, 6 Journal of Legal Studies N. 1 pp. 51-63 http://business.baylor.edu/Charles_North/4318Files/4318Rubin1977.pdf; Paul H. Rubin (1982), Common Law and Statute Law, 11 Journal of Legal Studies; R.P. Terrebonne (1981), A Strictly Evolutionary Model of Common Law, 10 Journal of Legal Studies.

³⁹ Recientemente, Posner ha dejado de lado su enfoque racional del derecho por lo que llama *pragmatismo*. Mario Rizzo ha escrito un artículo en el que formula un paralelo con Samuelson y Keynes, afirmando que Keynes también se consideraba a sí mismo como una persona pragmática, no doctrinaria — un economista que mediante una hábil política salvaría lo mejor del capitalismo. Posner afirma que *debido a la incertidumbre, la gente de negocios carece, aún cuando las condiciones económicas sean excelentes, de “fuertes raíces de convicción” al estimar lo que deparará el futuro, por lo que un cambio brusco de las condiciones económicas las puede paralizar. De ser así, se desarrollará una espiral descendente, dado que la depresión de la demanda y de la inversión se reforzarán mutuamente, ocasionando despidos que reducirán los ingresos y por consiguiente el consumo y la producción, y por consiguiente más despidos.* Ver Mario J. Rizzo, Posner on the Precipice, Mises Daily, October 13, 2009. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18702&Itemid=0 En otro documento reciente, Rizzo afirma lo siguiente: *Como microeconomista, deseo poner énfasis en los*

que es una buena regla no otorgar demasiada confianza a los resultados de la observación hasta que no sean confirmados por la teoría.

6) Finalmente está la cuestión distributiva. Aunque se asegure que las reglas legales del derecho civil reflejan una lógica “eficientista”, hay mucha legislación moderna que persigue metas obviamente redistributivas, y eso es lo que la gente pide que sus representantes electos implementen. Cómo opera este proceso y cuáles son sus límites deberían ser parte del programa de investigación de L&E.

7. El movimiento sacudido (desde 1983 hasta hoy)

Los debates, con ataques feroces desde todas partes al edificio de L&E, debieron haber conmocionado el edificio de Chicago; mas no fue así. Posner continúa publicando sus libros. Su libro se encuentra ya en su octava edición (2011).⁴⁰ Su competidor más próximo es el libro de Cooter y Ulen,⁴¹ en su 3^a edición. El *Journal of Law and Economics* y el *Journal of Legal Studies* continúan sus carreras florecientes. En 1979 se inició la publicación de un conjunto de informes anuales, *The Research in Law and Economics*.⁴² Los 1980s en conjunto pueden ser descriptos como un período de madurez y consolidación dentro de Estados Unidos.



Richard A. Epstein (1943-)

Aunque algo cambió. La confianza con que era proseguida la agenda del programa de investigación de la escuela de Chicago en L&E pareció conmoverse. Los debates hicieron aparecer de entre las sombras puntos de vista disonantes con la estricta economía neoclásica de

poblemas de asignación de recursos característicos de la situación actual así como de sus causas subyacentes. Lo hago así, porque el modelo macroeconómico típico ignora todas estas cuestiones. De esa forma, hace caso omiso de la complejidad de nuestro sistema y genera políticas que no darán lugar a una recuperación duradera. (Mario J. Rizzo, *The Misdirection of Resources and the Current Recession*, Mises Daily: February 19, 2009 http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11721&Itemid=0)

⁴⁰ Richard A. Posner (1981), *The Economics of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press; Richard A. Posner (1988), *Law and Literature - A Misunderstood Relation*, Cambridge, MA, Harvard UP; Richard A. Posner (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, MA, Harvard University Press; Richard A. Posner (1990), *Cardozo - A Study in Reputation*, Chicago, The University of Chicago Press; Richard A. Posner (1992), *Sex and Reason*, Cambridge, Harvard University Press; Richard A. Posner (ed.) (1992), *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago, The University of Chicago Press; Richard A. Posner (1995), *Aging and Old Age*, Chicago, The University of Chicago Press; Richard A. Posner (1996), *The Federal Courts: Challenge and Reform*, Cambridge, MA, Harvard University Press, (2nd edn); Richard A. Posner (1996), *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, Clarendon Press; Richard A. Posner and Katharine B. Silbaugh (1996), *A Guide to America's Sex Laws*, Chicago, The University of Chicago Press; Richard A. Posner and Francesco Parisi (1997), *Law and Economics - Vol. 1 Theoretical and Methodological Issues*; Vol. 2 Contracts, Torts and Criminal Law; Vol. 3 Other Areas in Private and Public Law, Cheltenham, Edward Elgar.

⁴¹ Robert Cooter and Thomas Ulen (2000), *Law and Economics*, New York, Harper Collins, (3rd ed). http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9107&Itemid=0

⁴² Sidney L. Carroll (1979), *Research in Law and Economics - volume 1* (Zerbe general editor), Greenwich, Conn., JAI Press.

sus líderes. Hay reseñas recientes que tratan de L&E en Chicago, la Teoría de la Elección Pública, L&E Institucionalista y Neo-Institucionalista y la escuela Austríaca.⁴³

En 1981 una nueva revista, el *International Journal of Law and Economics*, vio la luz a iniciativa de Ogus y Rowley. Cuatro años después, en 1985, apareció otro periódico en la universidad de Yale, el *Journal of Law, Economics and Organization*. En el número inicial, los editores observan que el derecho y la economía “se han expandido... hasta tomar en cuenta las formas institucionales dentro de las cuales tienen lugar las reglas legales y las transacciones”. En ediciones recientes, el centro de interés se mantuvo, ya que los editores “sostienen que el estudio de las instituciones – especialmente las económicas, legales y políticas – es especialmente importante y requiere un cuidadoso estudio analítico”.⁴⁴

8. Tendencias y temas dominantes

Instituciones El papel importante de las instituciones ha sido enfatizado por doquier: desde los viejos institucionalistas como Samuels,⁴⁵ Samuels and Schmid⁴⁶ y Schmid⁴⁷ hasta los más recientes como Williamson,⁴⁸ Eggertsson,⁴⁹ Alston, Eggerston and North,⁵⁰ y Komesar;⁵¹ hubo

⁴³ Nicholas Mercurio and Steven G. Medema (2006), *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press; Rob Teijl and Rudi W. Holzhauser (1990), *Pluriformiteit in de Rechtseconomie: een Verkenning van Scholen* (Pluriformity in Law and Economics: An Exploration of the Schools), 39 *Ars Aequi*.

⁴⁴ Editor's Foreword, (1985), 1 *Journal of Law, Economics, and Organization* (Leo); Leo (1997), *Mission statement*, 13 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 0 (inside cover).

⁴⁵ Warren J. Samuels (1971), *The Interrelationship between Legal and Economic Processes*, 14 *Journal of Law and Economics*; Warren J. Samuels (1972), *In Defense of a Positive Approach to Government as an Economic Variable*, 15 *Journal of Law and Economics*; Warren J. Samuels (1974), *The Coase Theorem and the Study of Law and Economics*, 14 *Natural Resources Journal*; Warren J. Samuels (1975), *John Henry Beale's Lectures on Jurisprudence, 1909*, 29 *University of Miami Law Review*; Warren J. Samuels (1976), *Introduction: Commons and Clark on Law and Economics*, 10 *Journal of Economic Issues*.

⁴⁶ Warren J. Samuels and A. Allan Schmid (1981), *Law and Economics: An Institutional Perspective*, Boston, Martinus Nijhoff Publishing.

⁴⁷ A. Allen Schmid (1965), *Property, Power and Progress*, 41 *Land Economics*; A. Allen Schmid (1976), *The Economics of Property Rights: A Review Article*, in Warren J. Samuels (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, East Lansing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University; A. Allan Schmid (1978), *Property, Power, and Public Choice - An Inquiry into Law and Economics*, New York, NY, Praeger Publishers.

⁴⁸ Oliver E. Williamson (1985), *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, The Free Press; Oliver E. Williamson (1986), *Economic Organization - Firms, Markets and Policy Control*, New York, New York University Press; Oliver E. Williamson (1991), *Comparative Economic Governance: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, *Administrative Science Quarterly* (36) http://cadia.ru.is/wiki/_media/public:economic-organization-williamson.pdf; Oliver E. Williamson (1996), *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press; Oliver E. Williamson, *The Economics of Governance*, January 2005. http://www.aeaweb.org/assa/2005/0107_1645_0101.pdf

⁴⁹ Thráinn Eggertsson (1990), *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press; Thráinn Eggertsson (1993), *The Economics of Institutions - Avoiding the Open-Field Syndrome and the Perils of Path Dependence*, 36 *Acta Sociologica*; Thráinn Eggertsson (1996), *A Note on the Economics of Institutions*, in Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson, and Douglass C. North (eds), *Empirical Studies in Institutional Change*, New York, Cambridge University Press.

⁵⁰ Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson, and Douglass C. North (eds.) (1996), *Empirical Studies in Institutional Change*, New York, Cambridge University Press.

⁵¹ Neil K. Komesar (1997), *Exploring the Darkness: Law, Economics, and Institutional Choice*, 1997 *Wisconsin Law Review*.

historiadores de la economía como Bouckaert,⁵² Libecap,⁵³ Milgrom, North and Weingast,⁵⁴ North,⁵⁵ North and Wallis,⁵⁶ North and Weingast,⁵⁷ Weingast;⁵⁸ literatura administrativa (Knight, Knight and Sened, Miller, Gómez),⁵⁹ economistas austríacos vinculados con los escritos de Carl Menger,⁶⁰ así como científicos políticos (Jon Elster).⁶¹ El propio Coase, cuyo artículo de 1937

⁵² Boudewijn Bouckaert (1996), *City Air Sets One Free: Medieval Cities as Voluntary Political and Economic Communities*, in David Beito (ed.), *The Voluntary City*, San Francisco, The Independent Institute; Boudewijn Bouckaert (1997), *Between the Market and the State: The World of Medieval Cities*, in Gerard Radnitzky (ed.), *Values and Social Order - Vol. 3. Voluntary versus Coercive Orders*, Aldershot, Avebury.

⁵³ Gary D. Libecap (1986), *Property Rights in Economic History: Implications for Research*, 23 *Explorations in Economic History* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18682&Itemid=0; Gary D. Libecap (1989), *Contracting for Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press; Gary D. Libecap (1992), Douglass C. North: Institutions and Economic Performance, in Warren J. Samuels (ed.), *New Horizons in Economic Thought: Appraisals of Leading Economists*, Aldershot, Edward Elgar; Gary Libecap (1993), *Politics, Institutions, and Institutional Change*, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*; Gary Libecap (1993), *What Really Happened at Teapot Dome?*, in Donald N. McCloskey (ed.), *Second Thoughts - Myths and Morals of US Economic History*, New York, Oxford University Press.

⁵⁴ Paul R. Milgrom, Douglass C. North, and Barry R. Weingast (1997), *The Role of Institutions in the Revival of Trade: Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, in Daniel B. Klein (ed.), *Reputation: Studies in the Voluntary Elicitation of Good Conduct*, Ann Arbor, The University of Michigan Press. <http://economics-files.pomona.edu/Andrabi/courses/Econ154/Milgrom.pdf>

⁵⁵ Douglass C. North (1984), *Transaction Costs, Institutions, and Economic History*, 140 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*; Douglass C. North (1986), *The New Institutional Economics*, 142 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*; Douglass C. North (1989), *A Transaction Cost Approach to the Historical Development of Politics and Economics*, 145 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*; Douglass C. North, *La Nueva Economía Institucional*, *Revista Libertas* 12 (Mayo 1990); http://www.eseade.edu.ar/servicios/Libertas/33_5_North.pdf; Douglass C. North (1991), *Institutions*, 5 *Journal of Economic Perspectives* <http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/classes/v640/v640%20readings/north%201991.pdf>; Douglass C. North (1993), *Institutions and Credible Commitment*, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft* <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/3711/9412002.pdf?...>; Douglass C. North (1994), *Economic Performance Through Time*, 84 *American Economic Review* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9644&Itemid=0; Douglas C. North (1995), *Five Propositions about Institutional Change*, in Knight, Jack and Sened, Itai (eds), *Explaining Social Institutions*, Ann Arbor, University of Michigan Press. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12036&Itemid=0

⁵⁶ Douglass C. North and J.J. Wallis (1994), *Integrating Institutional Change and Technical Change in Economic History. A Transaction Cost Approach*, 150 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*.

⁵⁷ Douglass North C. and Barry R. Weingast (1996), *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, in Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson, and Douglass C. North (eds), *Empirical Studies in Institutional Change*, New York, Cambridge University Press. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18712&Itemid=0

⁵⁸ Barry R. Weingast (1993), *Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets*, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*; Barry R. Weingast (1995), *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*, 11 *Journal of Law, Economics, and Organization*.

⁵⁹ Jack Knight (1992), *Institutions and Social Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press; Jack Knight and Itai Sened (eds) (1995), *Explaining Social Institutions*, Ann Arbor, University of Michigan Press; Gary J. Miller (1992), *Managerial Dilemmas: The Political Economy of Hierarchy (Political Economy of Decisions and Institutions)*, Cambridge, Cambridge University Press; Pierre-Yves Gomez (1996), *Le Gouvernement de l'Entreprise - Modèles Économiques de l'Entreprise et Pratiques de Gestion*, Paris, InterÉditions, Masson.

⁶⁰ Richard N. Langlois (1986), *Rationality, Institutions, and Explanation*, in Richard N. Langlois (ed.), *Economics as a Process - Essays in the New Institutional Economics*, Cambridge, Cambridge University

puede ser considerado como la primera contribución moderna en L&E insistiendo sobre el rol de las instituciones, se ubicó dentro del mismo contexto.⁶² “Para los economistas no tiene sentido discutir el proceso de intercambio sin especificar el contexto institucional dentro del cual tiene lugar el comercio porque ese contexto afecta los incentivos de producir y los costos de transacción: pienso que esto ahora está comenzando a reconocerse y resulta clarísimo por lo que sucede hoy en Europa Oriental”.⁶³ En efecto, podría considerarse que L&E, en su conjunto, en la medida que busca dilucidar la racionalidad de las reglas legales existentes, tiene que ver con el análisis institucional.

Para entender lo que es una institución, comenzamos con el modelo neoclásico, que supone que los agentes están informados sobre las posibilidades potenciales de negociación, que los acuerdos ventajosos serán alcanzados sin demoras y que los arreglos serán fielmente cumplidos. Éstos son, naturalmente, supuestos simplificadores para lograr tener un modelo manejable. Y nos permiten construir argumentos sobre cuán óptimos desde el punto de vista social podrían llegar a ser los acuerdos alcanzados. En un modelo como éste no hay ninguna necesidad de la inercia o la fijeza que imprimen las instituciones. *Como la mayoría de los modelos formales económicos de la competencia, del intercambio y del equilibrio han hecho caso omiso de la ignorancia y de la carencia de información plena y sin costos, muchas instituciones de nuestro sistema económico, que son productivas creando conocimiento en forma más barata que otras formas, han sido tratadas en forma errónea como apéndices parasitarios. La explicación del uso del dinero, la experiencia de un especialista intermediario en un bien con marca registrada y con reputación, así como la publicidad sobre los productos que se venden (e inclusive el desempleo) a menudo son tratados en forma inapropiada. Todos estos hechos pueden ser derivados de los mismos factores de costo de información que dan lugar al uso de un medio de cambio intermediario.*⁶⁴ Si los seres humanos fueran omniscientes, la mayoría de los mercados no tendría sentido. Después de todo, no hay motivos para comerciar acciones si todos conocen el verdadero valor de todas las empresas. Pero como la gente no lo es, los mercados son el mejor invento para superar las limitaciones humanas al decidir qué construir, comprar o vender.

Las instituciones responden a la observación de que en realidad, las situaciones son a menudo muy complicadas como para que los actores económicos comunes encuentren un arreglo teóricamente óptimo y son simplificadas al efecto de ser manejadas. “Cuando es costoso realizar transacciones, son importantes las instituciones. Y realmente es costoso realizarlas.[...] Las instituciones son restricciones inventadas por el hombre para dar forma a la interacción humana. Están compuestas por restricciones formales (por ej., leyes, reglas, constituciones), restricciones informales (por ej., normas de conducta, convenciones, códigos de conducta auto-impuestos) y

Press; Mario J. Rizzo (1985), Rules versus Cost-Benefit Analysis in the Common Law, 4 Cato Journal. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18683&Itemid=0

⁶¹ Jon Elster (1989), Nuts and Bolts for the Social Sciences, Cambridge, Cambridge University Press.

⁶² Ronald H. Coase (1937), The Nature of the Firm, 4 *Economica* (n.s.), reproducido en Ronald H. Coase (1988), *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13975&Itemid=0; Ronald H. Coase (1992), The Institutional Structure of Production, 82 *American Economic Review* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13976&Itemid=0; Ronald H. Coase (1993), Law and Economics at Chicago, 36(1) *Journal of Law and Economics*.

⁶³ Ronald H. Coase (1994), *Essays on Economics and Economists*, Chicago, The University of Chicago Press. <http://www.law-economics.cn/book/282.pdf>

⁶⁴ Armen A. Alchian (1977), *Why Money?*, in Armen A. Alchian (ed.), *Economic Forces at Work*, Indianapolis, LibertyPress. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18714&Itemid=0

sus características de poder hacerlas cumplir” (North).⁶⁵ Las instituciones *simplifican* el problema de decisión de los actores económicos, imponiendo restricciones sobre la conducta de cada uno que lo torna sustancialmente predecible para los demás. *En un sentido importante, las instituciones son conocimiento social congelado. Siguiendo patrones de conducta sancionados institucionalmente, los individuos separados pueden coordinar de manera más integral sus planes y acciones. Esto es así porque con frecuencia las instituciones ponen límites a las opciones de que dispone un individuo, y por ese medio reducen la incertidumbre sobre lo que harán los demás* (O’Driscoll Jr and Rizzo).⁶⁶

Las instituciones pueden ser consideradas como reglas. Heiner formalizó las razones que existen para usar reglas, tanto heurísticas en la toma de decisiones individuales, como sociales en las interacciones humanas.⁶⁷ Su virtud estriba en la inercia introducida. Pero esto también es una debilidad, porque cuando es creada, una institución puede ser elegida para facilitar en general el mejor intercambio frente a las circunstancias del momento, pero cuando éstas cambian, las instituciones pueden terminar representando intercambios subóptimos y su grado de inercia impide un ajuste instantáneo. El beneficio de su rigidez y carácter predecible es a expensas de que haya un desajuste con el paso del tiempo.

Las instituciones han sido un paso adelante en la agenda de L&E. Implican un programa de investigación que no resulta radicalmente incompatible con la idea de optimización o “eficiencia” inherente a la agenda neoclásica. Pero en lugar de postular que la optimización inmediata es el objetivo de todas las decisiones de un sistema económico, una agenda institucional admite a las instituciones como restricciones de la optimización y considera al cambio institucional como un objetivo independiente. *El esfuerzo general de tomar en cuenta las asimetrías de información y otros costos de transacción, manteniendo el supuesto de que los individuos maximizan su utilidad, se transformó en la llamada ‘economía neo-institucional’.*⁶⁸

Historia Esta agenda institucional conduce lógicamente a un mayor interés por los estudios históricos: las instituciones permiten rigidez en el corto plazo y evolucionan a largo plazo. Dejan un rastro que podemos estudiar. El cambio institucional está vinculado con el cambio de los costos de transacción relevantes que resultan visibles para los interesados. North centró su atención sobre la conexión entre instituciones e historia.⁶⁹

⁶⁵ North, Douglass C. (1996), *Economic Performance Through Time*, in Alston, Lee J., Eggertsson, Thráinn and North, Douglass C. (eds) *Empirical Studies in Institutional Change*, New York, Cambridge University Press. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9644&Itemid=0

⁶⁶ Gerald P. O’Driscoll Jr and Mario J. Rizzo (1996), *The Economics of Time and Ignorance*, London, Routledge (2nd edn). <http://www.libertarianismo.org/livros/teotaimr.pdf>

⁶⁷ Ronald A. Heiner (1983), *The Origin of Predictable Behavior*, 73 *American Economic Review*. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=15358&Itemid=0

⁶⁸ William H. Riker and David L. Weimer (1993), *The Economic and Political Liberalization of Socialism: The Fundamental Problem of Property Rights*, in Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr, and Jeffrey Paul (eds), *Liberalism and the Economic Order*, Cambridge, Cambridge University Press.

⁶⁹ Douglass C. North (1981), *Structure and Change in Economic History*, New York, W.W. Norton and Co; Douglass C. North (1986), *The New Institutional Economics*, 142 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*; Douglass C. North (1989), *A Transaction Cost Approach to the Historical Development of Politics and Economics*, 145 *Journal of Institutional and Theoretical Economics/Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*; Douglass C. North (1994), *Economic Performance Through Time*, 84 *American Economic Review* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=1725&Itemid=0; Douglas C. North (1995), *Five Propositions about Institutional Change*, in Jack Knight and Itai Sened (eds), *Explaining Social Institutions*, Ann Arbor, University of Michigan Press. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=12036&Itemid=0

Los estudios históricos otorgan una dimensión empírica a L&E que faltaba en los antiguos trabajos de derecho y economía, concentrados en la función de distintas reglas legales. Becker dice que L&E ha sido una disciplina demasiado teórica⁷⁰ a lo cual Epstein agregó que la etapa fácil de conquista del territorio ya terminó. ...Como el conocimiento es tan amplio, la ley de los rendimientos decrecientes explica por qué es difícil llegar a nuevos adelantos. Para Epstein, “la mayor esperanza de avance, dejando de lado algún gran adelanto inesperado, surgirá de un estudio más atento a la evolución de instituciones particulares y de arreglos sociales – ya sea por crecimiento o por declive.”⁷¹ En los últimos años surgieron algunos estudios históricos en L&E, como los de Aftalion, Alston, Eggerston y North, Baechler, Bailey, Beito, Bouckaert, Ekelund, Hébert and Tollison, Epstein, Green and Shapiro, Greif, Greif, Milgrom and Weingast, Hovenkamp, Libecap, Mackaay, Milgrom, North and Weingast, Roe, Rosenberg and Birsdzell Jr, Rosenthal, Secretan, Simpson, Umbeck, Webber y Wildavsky and Weingast.⁷²

⁷⁰ Roundtable (1997), *The Future of Law and Economics: Looking Forward - Roundtable Discussion*, 64 *University of Chicago Law Review*. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18684&Itemid=0

⁷¹ Richard A. Epstein (1997), *Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, 64 *University of Chicago Law Review*.

⁷² Florin Aftalion (1987), *L'Économie de la Révolution Française*, Paris, Hachette; Florin Aftalion (1990), *The French Revolution - An Economic Explanation*, Cambridge, Cambridge University Press and Paris, Éditions de la Maison de l'Homme; Lee J. Alston, Thráinn Eggertsson, and Douglass C. North (eds) (1996), *Empirical Studies in Institutional Change*, New York, Cambridge University Press; Jean Baechler (1995), *Le Capitalisme - 1. Les Origines*, Paris, Gallimard; Jean Baechler (1995), *Le Capitalisme - 2. L'Économie Capitaliste*, Paris, Gallimard; Martin J. Bailey (1992), *Approximate Optimality of Aboriginal Property Rights*, 35 *Journal of Law and Economics*; David T. Beito (1990), *Mutual Aid for Social Welfare: The Case of American Fraternal Societies*, 4 *Critical Review*; Boudewijn Bouckaert (1996), *City Air Sets One Free: Medieval Cities as Voluntary Political and Economic Communities*, in David Beito (ed.), *The Voluntary City*, San Francisco, The Independent Institute; Boudewijn Bouckaert (1997), *Between the Market and the State: The World of Medieval Cities*, in Gerard Radnitzky (ed.), *Values and Social Order - Vol. 3. Voluntary versus Coercive Orders*, Aldershot, Avebury; Robert B. Ekelund, Robert F. Hébert, and Robert D. Tollison (1989), *An Economic Model of the Medieval Church: Usury as a Form of Rent Seeking*, 5 *Journal of Law, Economics, and Organization*; Richard A. Epstein (1994), *On the Optimal Mix of Private and Common Property*, in Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr, and Jeffrey Paul (eds), *Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press; Donald P. Green and Ian Shapiro (1994), *Pathologies of Rational Choice Theory - A Critique of Applications in Political Science*, New Haven, Yale University Press; Avner Greif (1989), *Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on Maghribi Traders*, 49 *Journal of Economic History* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18467&Itemid=0; Avner Greif (1993), *Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders Coalition*, *The American Economic Review*, Vol. 83, No. 3 (Jun., 1993), pp. 525-548 <http://cenet6.nsd.edu.cn/download/8806-1.pdf>; Avner Greif (1997), *Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on Maghribi Traders*, http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18467&Itemid=0; Avner Greif, Paul R. Milgrom, and Barry R. Weingast (1994), *Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild*, 102 *Journal of Political Economy* <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/economics/staff/academic/proto/poldev/coorcomm.pdf>; H. Hovenkamp (1983), *The Economics of Legal History*, 67 *Minnesota Law Review*; Gary D. Libecap (1986), *Property Rights in Economic History: Implications for Research*, 23 *Explorations in Economic History* <http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4524/readings/Libecap,%20Property%20Rights%20in%20Economic%20History.pdf>; Gary Libecap (1993), *What Really Happened at Teapot Dome?*, in Donald N. McCloskey (ed.), *Second Thoughts - Myths and Morals of US Economic History*, New York, Oxford University Press; Ejan Mackaay (1997), *The Emergence of Constitutional Rights*, 8 *Constitutional Political Economy*; Paul R. Milgrom, Douglass C. North, and Barry R. Weingast, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, *Economics and Politics*, Vol. 2, No.1, March 1990 <http://classwebs.spea.indiana.edu/kenricha/classes/v640/v640%20readings/milgrom%20et%20al%20>

Derecho comparado Por los mismos motivos que se hizo trabajo histórico se realizaron estudios comparativos. Una teoría económica sólida debe poder ser aplicada a distintos países, así como a épocas diferentes. Mattei se queja del “provincialismo norteamericano” de L&E y observa elocuentemente que “el derecho y la economía de los US ha sido notablemente provinciano, incapaz de cuestionar la presunta necesidad e inmutabilidad de un proceso legal moldeado según el norteamericano.[...]”⁷³ En el contexto legal, el error consiste en aceptar el proceso legal de Estados Unidos como una base indiscutida y construir modelos y/o generalizar observaciones acerca de la eficiencia de las leyes sin considerar la contingencia y relatividad de tal base. En Europa, idéntica carencia de una comprensión comparativa impidió a los estudiosos de derecho y economía desarrollar puntos de vista originales que fueran capaces de echar luz sobre el proceso legal civil.” Duxbury⁷⁴ se hace eco de esta preocupación al observar que “a grandes líneas, el L&E moderno permanece arraigado en la tradición del common law”.



Ugo Mattei (1961-)

La *International Review of Law and Economics* concede espacio a

%201990.pdf; Douglass C. North and Barry R. Weingast (1996), *Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England*, *The Journal of Economic History*, Volume 49, Issue 4 (Dec., 1989) 803-832 http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18712&Itemid=0; Mark J. Ro, (1994), *Strong Managers, Weak Owners - The Political Roots of American Corporate Finance*, Princeton, Princeton University Press; Nathan Rosenberg and L.E. Birdzell Jr (1986), *How the West Grew Rich - The Economic Transformation of the Industrial World*, New York, Basic Books; Jean-Laurent Rosenthal (1992), *The Fruits of Revolution - Property Rights, Litigation and French Agriculture, 1700-1860 (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge, Cambridge University Press; Catherine Secretan (1990), *Les Privilèges Berceau de la Liberté - La Révolte des Pays-Bas: aux Sources de la Pensée Politique Moderne (1566-1619)*, Paris, Vrin; A.W.B. Simpson (1975), *Innovations in Nineteenth Century Contract Law*, 91 *Law Quarterly Review*; A.W.B. Simpson (1979), *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 *University of Chicago Law Review*; A.W.B. Simpson (1985), *Quackery and Contract Law: The Case of the Carbolic Smoke Ball*, 14 *Journal of Legal Studies*; A.W.B. Simpson (1988), *Legal Reasoning Anatomized: On Steiner's Moral Argument and Social Vision in the Courts*, 13 *Law and Social Inquiry*; John R. Umbeck (1977), *A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush*, 20 *Journal of Law and Economics* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18685&Itemid=0; John R. Umbeck, (1977), *The California Gold Rush: A Study of Emerging of Property Rights*, 14 *Explorations in Economic History* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18686&Itemid=0; John R. Umbeck (1981), *Might Makes Right: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Rights*, 19 *Economic Inquiry* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18689&Itemid=0; John R. Umbeck (1981), *A Theory of Property Rights with Application to the California Gold Rush*, Ames, Iowa State University Press; Carolyn Webber and Aaron Wildavsky (1986), *A History of Taxation and Expenditure in the Western World*, New York, Simon and Schuster; Barry R. Weingast (1993), *Constitutions as Governance Structures: The Political Foundations of Secure Markets*, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*; Barry R. Weingast (1995), *The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development*, 11 *Journal of Law, Economics, and Organization*.

⁷³ Ugo Mattei (1997), *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, University of Michigan Press.

⁷⁴ Duxbury, Neil (1995), *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, ch. 5.

estudios comparativos en forma regular y reseñas de L&E en países de derecho civil.⁷⁵ Levmore⁷⁶ publicó estudios comparativos detallados de instituciones particulares. Mattei y Ajani y Mattei se han concentrado en aspectos más amplios del enfoque comparativo.⁷⁷ Scully desarrolla un argumento según el cual los países de derecho civil, como son en general más positivistas que los de la tradición de common law, ofrecen a sus ciudadanos menos libertad que los demás.⁷⁸ La conclusión de Scully apunta a preguntarse cómo ha sido recibido L&E fuera de los US. En el artículo de Mackaay los interesados pueden comparar lo sucedido en otros países angloparlantes, y además Suecia, Alemania, Italia. En Francia, un documento temprano de L&E⁷⁹ fue catalogado como de ideología de derecha sin otorgársele un status científico adecuado.⁸⁰ Este hecho desafortunado, junto a las características del sistema francés de educación superior con su administración centralizada y designación y promoción de los profesores de derecho, significaron un escaso incentivo a la recepción de ideas provenientes del extranjero. Hubo publicaciones notables que fueron ignoradas en buena medida por la comunidad de abogados.⁸¹

Los que estudian derecho en Europa continental típicamente consideran como foráneos a los artículos publicados en los journals americanos. Lo que más les llama la atención no es tanto la incrustación de los artículos americanos dentro del sistema legal, sino el enfoque interdisciplinario y – para un observador europeo – sorprendentemente *no legal* adoptado por los eruditos americanos.⁸² Mientras que para los estudiosos europeos del derecho su trabajo se trata

⁷⁵ Robert D. Cooter and James Gordley (1991), *Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, 11 *International Review of Law and Economics* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14027&Itemid=0; Ugo Mattei and Robert Pardolesi (1991), *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 *International Review of Law and Economics*.

⁷⁶ Saul Levmore (1986), *Rethinking Comparative Law: Variety and Uniformity in Ancient and Modern Tort Law*, 61 *Tulane Law Review*; Saul Levmore (1987), *Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser*, 16 *Journal of Legal Studies*.

⁷⁷ Ugo Mattei (1994), *Efficiency as Equity: Insights from Comparative Law and Economics*, 18 *Hastings International and Comparative Law Review*; Ugo Mattei (1994), *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 *International Review of Law and Economics* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18687&Itemid=0; Ugo Mattei, (1994), *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, 42 *American Journal of Comparative Law* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14103&Itemid=0; Ugo Mattei (1995), *The Comparative Law and Economics of Penalty Clause in Contracts*, 43 *American Journal of Comparative Law* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14123&Itemid=0; Ugo Mattei (1996), *Aspects of Reception of Law*, 44 *American Journal of Comparative Law*; Gianmaria Ajani and Ugo Mattei (1995), *Codifying Property Law in the Process of Transition: Some Suggestions from Comparative Law and Economics*, 19 *Hastings International and Comparative Law Review*. Un tratamiento del derecho comparado puede ser consultado en Ugo A. Mattei, Luisa Antonioli and Andrea Rossato, *Comparative Law and Economics*, Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, Edward Elgar and the University of Ghent, 1996-2000, <http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>

⁷⁸ Gerald W. Scully (1987), *The Choice of Law and the Extent of Liberty*, 143 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*.

⁷⁹ Jean-Jacques Rosa et Florin Aftalion (1977), *L'Economique retrouvée, vieilles critiques et nouvelles analyses*, Paris, Economica.

⁸⁰ Wladimir Andreff (1982), *L'Economie-fiction : contre les nouveaux économistes*, Paris, Francois Maspero; Ejan Mackaay, *Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste?* *Revue de droit Henri Capitant*, 1987, 419 - 427. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18690&Itemid=0

⁸¹ Henri Lepage, *Pourquoi la propriété*, 1985, Hachette, coll. "Pluriel". http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18688&Itemid=0; Bertrand Lemmenicier, *Le Marché du Mariage et de la Famille*, 1988, Paris, Presses Universitaires de France. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18691&Itemid=0

⁸² Kristoffel Grechenig and Martin Gelter, *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism*, 2007, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 25

habitualmente de interpretar la ley y tratar de atenuar sus inconsistencias buscando comprender su estructura y sistema inherentes, para los profesionales norteamericanos se trata de considerar las leyes básicamente desde un punto de vista externo. L & E es el caso más importante de punta, ya que parece dominar algunos campos en forma casi completa. Un erudito italiano observó hace poco que los profesores de derecho corporativo americanos en realidad no son eruditos del derecho, sino más bien economistas cuyo campo de investigación es el derecho.

Este enfoque puramente funcional diferencia a los académicos de US de los europeos, incluyendo al Reino Unido. Especialmente en los países germano-parlantes los enfoques económicos del derecho encuentran un rechazo directo; el derecho no es considerado meramente como algo que pueda ser investigado por medio de los métodos de las ciencias sociales, sino como una disciplina separada que tiene “sus” métodos científicos particulares. Los académicos germano-parlantes aportaron tratados, artículos e institutos de investigación dedicados al análisis económico del derecho.⁸³ Empero, las predicciones sobre las influencias que tendría el derecho y la economía realizadas a principios de los 1990s no se confirmaron: en 1991, Ugo Mattei y Roberto Pardolesi sugirieron que la situación de L&E en Europa se encontraba unos 15 años por detrás de los US. Suponiendo una velocidad similar de desarrollo, se esperaba que hoy la situación se emparejase con la que hubo a principios de los 1990s en los US. Parece, sin embargo, que Europa no alcanzó ese nivel. L&E subsiste sólo al margen de los estudios de derecho.⁸⁴ La cantidad de *papers* de derecho y economía parece diminuta frente a los publicados en US, y el discurso legal ignora en gran medida la literatura económica. Los eruditos de derecho pocas veces desarrollan argumentos económicos propios; cuando se discute derecho y economía, el objetivo primario es lograr entender el pensamiento legal americano, más que aplicar específicamente argumentos económicos a cuestiones legales.

Comportamiento estratégico Williamson había llamado la atención sobre el comportamiento estratégico.⁸⁵ El modelo neoclásico ignora este tipo de conducta. Sin embargo, cabe tener en cuenta que las decisiones de sociedades o asociaciones de propietarios de condominios, o las reglas para tratar los conflictos entre propietarios de parcelas vecinas son explicables mediante un análisis económico del derecho con el fin de impedir, o al menos limitar, el comportamiento estratégico en estos contextos de monopolio bilateral. La conducta estratégica puede ser considerada como una forma de fracaso de mercado, y considerar las amenazas de tales

http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13847&Itemid=0; Ejan McKaay, Schools: General, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest (ed.), Publishers Edward Elgar and the University of Ghent, 1996-2000 <http://encyclo.findlaw.com./0500book.pdf>; Kenneth Glenn Dau-Schmidt and Carmen L. Brun, Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe, *Columbia Journal of Transnational Law and Indiana Legal Studies Research Paper* No. 13; SSRN, February 2006. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13866&Itemid=0

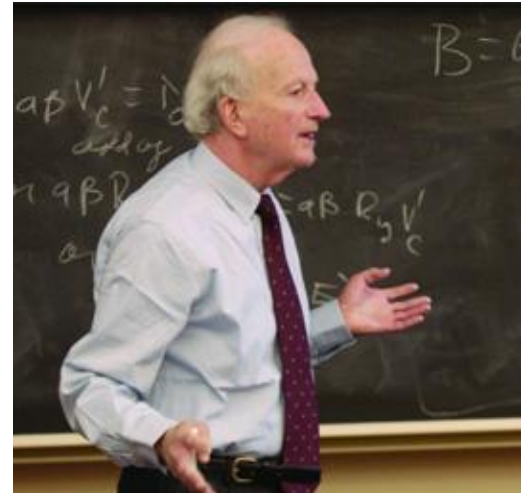
⁸³ Por ejemplo, los departamentos y centros de derecho y economía de las Universidades de Hamburgo, Saarbrücken, Viena y St. Gallen.

⁸⁴ Thomas S. Ulen and Nuno Garoupa, The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States 12-19 (2006) (con evidencia de artículos en journals). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=972360

⁸⁵ Oliver E. Williamson (1985), *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, The Free Press (chapter I: http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18309&Itemid=0); Oliver E. Williamson (1986), *Economic Organization - Firms, Markets and Policy Control*, New York, New York University Press; Oliver E. Williamson (1996), *The Mechanisms of Governance*, Oxford, Oxford University Press.

conductas a efectos de explicar las instituciones legales observadas constituye una heurística útil de los juristas-economistas.⁸⁶

Racionalidad limitada Los psicólogos han señalado que el razonamiento humano no se conforma a lo postulado por la teoría de la elección racional. Por ejemplo, intuitivamente no extraemos la inferencia estadística apropiada a partir de una serie de sucesos de un evento, y en su lugar asignamos una ponderación desmedida a los más recientes; solicitamos más por algo que deseamos vender que lo que estaríamos dispuestos a pagar para tenerlo. Pero resulta prematuro extraer de estas observaciones la conclusión de que deberíamos rechazar el modelo de elección racional, porque en parte, como sostiene Becker, las fuerzas del mercado inducen a que la racionalidad penalice las elecciones aleatorias o irracionales.⁸⁷ Hasta que no dispongamos de un modelo apropiado que permita formalizar los límites de la racionalidad, bien vale tener en cuenta la advertencia de Posner de que “demasiadas campanas y pitos detendrán al aparato analítico en medio de las vías. [...] Si ponemos en funcionamiento un modelo económico relativamente simple, no vamos a poder dar una explicación fácil de cualquier regularidad (o peculiaridad) de la conducta humana, pero forzaremos al analista a pensar dos veces antes de abandonar la posibilidad de que la conducta analizada sea racional en términos directos. Igualmente, una fácil disposición a abandonar el modelo simple a favor de enfoques alternativos de la conducta cuando nos topemos con la primera piedra, entraña el riesgo de pasar por alto atajos prometedores para el análisis económico.”⁸⁸



Gary S. Becker (1930-) Premio Nobel de Economía 1992

Incertidumbre, descubrimiento y empresariado Estos tres conceptos están en el corazón de la agenda de investigaciones de la economía austríaca. Llevan a una visión de las leyes de la competencia desde un punto de vista distinto del que se deriva del modelo de equilibrio de la escuela neoclásica. El modelo de equilibrio neoclásico se traduce en una situación en la cual todo el conocimiento y el know-how se presumen dados y todas las transacciones potenciales se presumen como ya consideradas. Para los austríacos, este conocimiento no está dado, sino que debe ser descubierto. La esencia del problema económico es el descubrimiento de nuevos productos, servicios y formas de hacer cosas. Los austríacos están preocupados en determinar qué condiciones se requieren para el proceso de descubrimiento, lo que influye sobre el alcance que deberían tener las leyes de la competencia.

La ventaja de tener un producto superior puede dar inicialmente a una empresa algo de poder monopolístico en su mercado. Para los austríacos, esto no debería ser una causa de intervención. Siempre que el mercado sea disputable, el éxito del aparente monopolista es la zanahoria que atraerá competencia y dará paso a la innovación. *Los austríacos ven a la competencia como un*

⁸⁶ Avery Wiener Katz (1998), *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York, Oxford University Press.

⁸⁷ Gary S. Becker (1962), *Irrational Behavior and Economic Theory*, 70 *Journal of Political Economy*. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18095&Itemid=0

⁸⁸ Richard A. Posner (1989), *The Future of Law and Economics: A Comment on Ellickson*, 65 *Chicago-Kent Law Review*.

proceso de descubrimiento. Y a la inversa: el descubrimiento tendrá lugar bajo condiciones de competencia.

La esencia del proceso de descubrimiento competitivo es el desarrollo de un “nicho” mediante una innovación y subsiguiente imitación y disipación por la búsqueda de nuevos nichos. La ruptura de los ‘monopolios’ argumentando excesivo poder de mercado sofocaría, según este enfoque, el proceso innovativo. La literatura en US está dando lugar a esta visión dinámica de la competencia y la innovación, otorgando crédito a las ideas austríacas (Barnett, Kirzner, McChesney and Shugart II, Nelson and Winter, Schmidtchen).⁸⁹ Hay otros aspectos en que los austríacos presentan diferencias importantes con la síntesis neoclásica. Hayek insistió sobre la naturaleza subjetiva de la información que los actores económicos usan al hacer sus planes y alcanzar sus decisiones.⁹⁰ La información sobre planes de producción y de consumo se revela y actualiza en forma continua mediante el mecanismo de los precios. No es posible calcular esta información fuera de las transacciones en las que se revela dentro del mercado. Esto es tan cierto para los jueces (o tribunales) de nuestro sistema como lo fue, fatalmente, para los funcionarios que manejaban las ex repúblicas socialistas. *Los austríacos en general no tienen una visión prometedora de la ‘re-ingeniería’ contractual que hacen los jueces.*

Cuánta diferencia hay entre los austríacos y la escuela neoclásica de Chicago es tema debatido. Paqué sostiene que hay menos diferencia que la que se ve en la superficie. Boettje ve a la economía neoclásica como un conjunto de supuestos simplificadores introducidos sobre la innovación y la competencia dentro de la economía política clásica, lo que hizo posible una rápida formulación matemática de la disciplina a costa de una carencia de realismo que, según él, resulta fatal. Según él y también Behrens, la economía austríaca ha permanecido fiel a la tradición más antigua y rica de la economía política.⁹¹

Las consecuencias del punto de vista austríaco sobre L&E difieren significativamente de las alcanzadas dentro de la perspectiva neoclásica (Rizzo, Bouckaert, Teijl and Holzhauser).⁹² Por

⁸⁹ Randy E. Barnett (1992), *The Function of Several Property and Freedom of Contract*, in Ellen Frankel Paul, Jr, Fred D. Miller and Jeffrey Paul (eds), *Economic Rights*, Cambridge, Cambridge University Press and the Social Philosophy and Policy Foundation, Bowling Green, OH; Israel M. Kirzner (1973), *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, The University of Chicago Press; Fred S. McChesney and William F. Shugart II (1995), *The Causes and Consequences of Antitrust - The Public-Choice Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press; Richard R. Nelson and Sidney G. Winter (1982), *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge, MA, The Belknap Press; Dieter Schmidtchen (1993), *Time, Uncertainty, and Subjectivism: Giving More Body to Law and Economics*, 13 *International Review of Law and Economics*.

⁹⁰ Friedrich A. Hayek, (1948), *The Use of Knowledge in Society*, in Friedrich A. Hayek (ed.), *Individualism and Economic Order*, Chicago, Henry Regnery Cy http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=2852&Itemid=0; Israel M. Kirzner (1984), *Prices, the Communication of Knowledge, and the Discovery Process*, in Kurt R. Leube and Albert H. Zlabinger (eds), *The Political Economy of Freedom - Essays in Honor of F.A. Hayek*, München, Philosophia Verlag; Gerald P. O’Driscoll Jr and Mario J. Rizzo (1996), *The Economics of Time and Ignorance*, London, Routledge (2nd edn); Randy E. Barnett (1998), *The Structure of Liberty - Justice and the Rule of Law*, Oxford, Clarendon Press.

⁹¹ Karl-Heinz Paqué (1985), *How Far is Vienna from Chicago - An Essay on the Methodology of Two Schools of Dogmatic Liberalism*, 38 *Kyklos* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18692&Itemid=0; Peter J. Boettke (1997), *Where did Economics Go Wrong? Equilibrium as a Flight from Reality*, 11 *Critical Review* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18693&Itemid=0; Peter Behren, (1984), *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts - Politische Ökonomie als Rationale Jurisprudenz (The Economic Foundations of Law - Political Economy as Rational Jurisprudence)*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

⁹² Mario Rizzo (1980), *The Mirage of Efficiency*, 8 *Hofstra Law Review* http://www.libinst.cz/osobni/sima/law_and_economics/rizzo.pdf; Boudewijn Bouckaert (1984), *Recht op Zoek*

caso, las comparaciones de los costos de prevención de los causantes con los costos de accidentes de las víctimas, como en el caso del juez Hand, carecen de fundamento desde la perspectiva austríaca, que por tal motivo está a favor de sentencias de responsabilidad estricta o de ausencia de responsabilidad. El documento de Teijl y Holzhauser analiza en detalle las implicancias de las tesis austríacas para el derecho civil, comparado con los puntos de vista neoclásicos de Chicago.

Public choice Este enfoque consiste en aplicar el modelo de elección racional a los fenómenos políticos, al campo de las ciencias políticas y al del derecho público. Se trata de una teoría general sobre cómo actúan los intereses privados en la esfera pública.⁹³ Sus ideas centrales pueden rastrearse al menos hasta Maquiavelo. El movimiento actual tuvo inicios con las obras de Duncan Black en el Reino Unido y de Anthony Downs en US.⁹⁴ Fueron seguidas de trabajos pioneros sobre las decisiones colectivas del Congreso, de la burocracia y del problema de las decisiones colectivas (Buchanan and Tullock, Olson, Niskanen).⁹⁵ Ahora hay una extensa literatura, gran parte de la cual puede ser consultada por los abogados (De Clerq and Naert, Farber and Frickey, Mercurio and Medema, Mitchell and Simmons, Stearns, y Wagner). Hay tres reseñas importantes de Mueller.⁹⁶

naar Economie? - Prolegomena tot een Economische Analyse van het Recht (Law Looking for Economics? - Preliminary Considerations for an Economic Analysis of Law), Gent, E.Storia-Scientia; Rob Teijl and Rudi W. Holzhauser (1997), Wisselende Perspectieven in de Rechtseconomie (Varying Perspectives in Law and Economics), Arnhem, Gouda Quint

⁹³ Anthony I. Ogus (1994), Regulation - Legal Form and Economic Theory, Oxford, Clarendon Press.

⁹⁴ Duncan Black (1948), The Rationale of Group Decision-Making, 56 Journal of Political Economy http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16930&Itemid=0; Duncan Black (1948), The Decisions of a Committee Using a Special Majority, 16 Econometrica; Duncan Black (1958), The Theory of Committees and Elections, Cambridge, Cambridge University Press; Anthony Downs (1957), An Economic Theory of Democracy, New York, Harper and Row. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16932&Itemid=0

⁹⁵ James M. Buchanan and Gordon Tullock (1962), The Calculus of Consent - Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor, The University of Michigan Press http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=17195&Itemid=0; Mancur Olson (1965), The Logic of Collective Action - Public Goods and the Theory of Groups, Cambridge, MA, Harvard University Press (ver reseña de Somchat Visitchaichan en http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18110&Itemid=0); William A. Niskanen (1971), Bureaucracy and Representative Government, Chicago, Aldine Press; William A. Niskanen Jr, (1994), Bureaucracy and Public Economics, Aldershot, Edward Elgar.

⁹⁶ Marc De Clerq and Frank Naert (1985), De Politieke Markt (The Political Market), Antwerpen, Kluwer; Daniel A. Farber and Philip P. Frickey (1991), Law and Public Choice - A Critical Introduction, Chicago, The University of Chicago Press; Nicholas Mercurio and Steven G. Medema (1997), Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism, Princeton, Princeton University Press; William C. Mitchell and Randy T. Simmons (1994), Beyond Politics - Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy, Boulder, Westview Press; Maxwell L. Stearns (ed.) (1997), Public Choice and Public Law - Readings and Commentary, Cincinnati, Anderson Publishing Co; Richard E. Wagner (1990), To Promote The General Welfare - Market Processes vs. Political Transfers, San Francisco, CA, Pacific Research Institute for Public Policy; Dennis C. Mueller (1979), Public Choice, Cambridge, Cambridge University Press; Dennis C. Mueller (1989), Public Choice II - A revised edition of Public Choice, Cambridge, Cambridge University Press; Dennis C. Mueller (ed.) (1997), Perspectives on Public Choice - A Handbook, Cambridge, Cambridge University Press. Dennis C. Mueller (Jun., 1976), Public Choice: A Survey, Journal of Economic Literature, Vol. 14, No. 2, pp. 395-433. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=15266&Itemid=0 Dennis C. Mueller, Chapter 2 Public Choice: An Introduction, revised and updated version of an essay that first appeared in The Encyclopedia of Public Choice (Charles K. Rowley and Friedrich Schneider, ed.) and published in 2004 by Kluwer. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=16402&Itemid=0

El rol del gobierno implícito en el modelo neoclásico subyacente al derecho y economía corriente es corregir los fracasos del mercado. Ello cierra con el punto de vista de que el gobierno tiene un punto de vista amplio del interés público: el gobierno actúa como un árbitro imparcial de las relaciones sociales, atento a corregir lo que funcione mal dentro del mercado y otras fuerzas sociales. Public choice arroja dudas sobre este punto de vista. Los que lo proponen cuestionan el supuesto subyacente de que los mismos actores que actúan en forma egoísta en los mercados privados lo hagan de manera desinteresada una vez que asumen una función pública. Public choice propone una perspectiva de intereses privados de la política, un mundo en el que los actores en función política actúan para maximizar algo que les resulta de interés privado, definido según el rol que desempeñan: los políticos maximizan su probabilidad de re-elección; los burócratas, el tamaño de sus organismos y la duración de sus mandatos; los votantes, los beneficios obtenidos de los programas de gobierno; y los grupos de intereses, los programas que les otorgan beneficios a sus miembros.

Hay una conclusión asombrosa de public choice, la tesis de la ignorancia racional de los votantes. Como los votantes no pueden esperar sensatamente que su voto individual implique una diferencia entre un programa u otro, no tendrán interés en informarse apropiadamente sobre las diferencias entre ellos. El discurso político dirigido a esos votantes constará en general de slogans generales y de imágenes de políticos. En contraste, cuando los políticos están en lados opuestos de una elección, divididos sobre un programa que afecta a un grupo particular de votantes, tales como los agricultores (como sucedió en Argentina en 2009), estos votantes estarán muy interesados en informarse sobre la posición de los políticos en esa cuestión y prometerán votar a quienes les signifiquen más beneficios. Olson demostró que las dificultades de organizar grupos de presión varían directamente con el tamaño y la cohesión del grupo constituyente. Luego, se espera que los grupos compactos tengan una influencia desproporcionada sobre los políticos. Public choice predice que los políticos querrán adoptar en general programas cuyos beneficios sean visibles y recaigan en grupos concentrados de individuos, y cuyo costo sea lo más disperso e imperceptible posible. Las acciones diseñadas y emprendidas por los grupos de intereses para que sus miembros obtengan beneficios no disponibles en el mercado son conocidas como búsqueda de rentas.⁹⁷

⁹⁷ James M. Buchanan, Robert D. Tollison, and Gordon Tullock (eds) (1980), *Towards a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station, Texas A&M Press; Anne O. Krueger (1974), *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, 64 *American Economic Review* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=13994&Itemid=0; Fred S. McChesney (1997), *Money for Nothing - Politicians, Rent Extraction and Political Extortion*, Cambridge, Harvard University Press; Richard A. Posner (1975), *The Social Cost of Monopoly and Regulation*, 83 *Journal of Political Economy* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18694&Itemid=0; Charles K. Rowley (1988), *Rent-Seeking versus Directly Unproductive Profit-Seeking Activities*, in Charles K. Rowley, Robert D. Tollison, and Gordon Tullock (eds), *The Political Economy of Rent-Seeking*, Boston, Kluwer; Charles K. Rowley, Robert D. Tollison and Gordon Tullock (1988), *The Political Economy of Rent-Seeking*, Boston, Kluwer; Robert D. Tollison (1982), *Rent-Seeking: A Survey*, 35 *Kyklos*; Robert D. Tollison (1987), *Is the Theory of Rent-Seeking Here to Stay?*, in Charles K. Rowley (ed.), *Democracy and Public Choice - Essays in Honor of Gordon Tullock*, Oxford, Basil Blackwell; Robert D. Tollison (1997), *Rent Seeking*, in Dennis C. Mueller (ed.), *Perspectives on Public Choice - A Handbook*, Cambridge, Cambridge University Press; Gordon Tullock (1987), *Rent Seeking*, in John Eatwell, Murray Milgate, and Peter Newman (eds), *The New Palgrave - The World of Economics*, New York, W.W. Norton; Gordon Tullock (1989), *Economics of Special Privilege and Rent Seeking*, Hingham, MA, Kluwer Academic Publishers; Gordon Tullock (1993), *Rent Seeking (The Shaftesbury Papers, 2)*, Aldershot, Hants, UK, Edward Elgar; Gordon Tullock, *The Origin Rent-Seeking Concept*, *International Journal of Business and Economics*, 2003, Vol. 2, No. 1, 1-8. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18695&Itemid=0

Regulación económica Public choice enriqueció el análisis económico del derecho facilitando una comprensión de las fuerzas que controlan la redistribución y la 'regulación económica'. Con esta denominación se busca denotar a todas las restricciones legales sobre la conducta de los actores del mercado elaboradas por legisladores, tribunales, cortes u organismos administrativos.⁹⁸ Como ejemplos se puede mencionar a la regulación de compañías que prestan servicios públicos, transporte, aerolíneas, industrias de las telecomunicaciones, protección ambiental, seguridad y medicamentos, protección a los consumidores, pero también fijación de precios, impuestos, subsidios, tarifas, cuotas, control de las fusiones empresarias, etc. Todas estas formas habían sido contempladas hasta los 1960s como intentos de corregir fracasos del mercado, principal justificación para que exista el gobierno en el modelo neoclásico.

La cuestión en realidad es si la regulación económica mejora el bienestar de la población. Dentro de L&E la respuesta pasó a ser crecientemente negativa, en particular con respecto a lo que era considerado el caso más patente de intervención del gobierno: el monopolio natural.⁹⁹ Se mostró que los monopolios regulados 'capturaban' al organismo regulatorio que los supervisaba en detrimento del público, que así terminaba enfrentando precios más elevados que los necesarios. La investigación teórica y empírica de estas cuestiones se concentró en torno al *Journal of Law and Economics*. El artículo de Coase sobre el costo social puede ser leído bajo esta óptica: no se trata de que cualquier externalidad requiera la intervención del gobierno (p.ej. mediante impuestos y subsidios), ya que las externalidades se corregirán de por sí cuando los derechos de propiedad estén adecuadamente especificados y siempre que no existan costos de transacción que interfieran en las negociaciones entre las partes. Cheung¹⁰⁰ también demostró que la polinización por las abejas, que se presumía ser una externalidad positiva y por ese hecho un fracaso del mercado, de hecho era objeto de un intercambio intenso entre granjeros y apicultores. Burton ha argumentado que en general "los efectos externos son un efecto omnipresente de la vida social" y de por sí no pueden constituir una razón suficiente para la intervención gubernamental. Que algo cuente como una externalidad efectiva depende de la forma en que se hayan delimitado las fronteras entre los derechos de propiedad en una sociedad.¹⁰¹ Hay abundante literatura tendiente a demostrar que las presuntas imperfecciones de mercado no son fatales para el proceso del mercado y que muchas veces son sorteadas por el ingenio de los participantes del mercado.¹⁰² La desregulación del transporte, las comunicaciones, la energía y la industria financiera, al menos en US, y la privatización de empresas públicas (en la Argentina desde fines de los 1980s) en general ha significado beneficios a los consumidores bajo la forma de precios más bajos y una mayor diversidad de productos, dando crédito al punto de vista de que atrás de toda regulación hay "intereses privados" y arrojando dudas sobre los efectos benéficos de la intervención gubernamental.¹⁰³

⁹⁸ Anthony I. Ogus (1994), *Regulation - Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press; P. Göran T. Hägg (1997), *Theories on the Economics of Regulation: A Survey of the Literature from a European Perspective*, 4 *European Journal of Law and Economics*.

⁹⁹ George L. Priest (1993), *The Origins of Utility Regulation and the 'Theories of Regulation' Debate*, 36 *Journal of Law and Economics*.

¹⁰⁰ Steven N.S. Cheung, (1973), *The Fable of the Bees: An Economic Investigation*, 16 *Journal of Law and Economics*. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18672&Itemid=0

¹⁰¹ John Burton (1980), *Epilogue: Externalities, Property Rights, and Public Policy: Private Property Rights and the Spoliation of Nature*, in Steven N.S. Cheung (ed.), *The Myth of Social Cost*, San Francisco, CA, Cato Institute.

¹⁰² Tyler Cowen (1988), *The Theory of Market Failure*, Fairfax, VA, George Mason University Press.

¹⁰³ Para el caso de Argentina, véase FIEL, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos*, Febrero 1999. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=463&Itemid=0

Si los gobiernos no resultan *ipso facto* benéficos, se requiere una teoría para explicar cuáles serán benéficos y cuáles no. Stigler, Posner y Peltzman articularon una teoría inicial en Chicago en términos de grupos de intereses entreverados con los políticos.¹⁰⁴ Su enfoque era consistente con las enseñanzas de la escuela de public choice.¹⁰⁵ El resultado fue que bajo ningún punto de vista la regulación económica podría ser considerada beneficiosa. Desde los 1980s, este pesimismo comenzó a ser cuestionado. Becker mostró en dos artículos que los privilegios perseguidos por los grupos de intereses tendrían su propio contrapeso en otros grupos de intereses y concluyó que la única forma duradera de regulación sería aquella que beneficia a todos los actores, más que a grupos específicos.¹⁰⁶

Actualmente parece existir la visión de que no es necesario que la regulación dañe siempre al interés público. Definir y hacer valer los derechos de propiedad y los contratos y desarrollar reglas de responsabilidad civil sostienen a los mercados, por el contrario, en lugar de hacerlos más difíciles. Son tan leyes como la regulación económica discutida previamente. Ogus resume el debate en los siguientes términos: “la teoría de public choice, y sus diversos retoños, han concentrado nuestro interés sobre cómo la regulación afecta a una gran variedad de intereses privados. El impacto distributivo de las medidas intervencionistas puede quedar oculto tras la retórica del interés público de la que generalmente van acompañadas, pero resulta crucial para la evaluación normativa”.¹⁰⁷



Robert M. Axelrod (1943-)

Teoría de los juegos Teoría de los juegos ha sido utilizada en economía y en filosofía moral por bastante tiempo, pero sólo recientemente fue introducida en el análisis legal. Uno de sus usos es detectar patrones recurrentes de interacción humana, que conducen a los humanos a adoptar normas como modelos de los derechos de propiedad y de los contratos. En esos casos la teoría de los juegos facilita una comprensión del orden espontáneo (Axelrod, Benson, Birmingham, Mackaay, Parisi,

¹⁰⁴ George J. Stigler (1971), *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell Journal of Economics and Management Science* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18652&Itemid=0; Richard A. Posner, (1971), *Taxation by Regulation*, 2 *Bell Journal of Economics and Management Science*; Richard A. Posner (1974), *Theories of Economic Regulation*, 5 *Bell Journal Economics and Management Science* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9620&Itemid=0; Sam Peltzman (1976), *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 *Journal of Law and Economics* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=9621&Itemid=0; Sam Peltzman (1989) *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*, in Martin Bailey and Clifford Winston (eds), *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*, Washington DC, Brookings Institution; Clifford Winston (1993), *Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 31, No. 3, pp. 1263-1289. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18696&Itemid=0

¹⁰⁵ George L. Priest (1993), *The Origins of Utility Regulation and the 'Theories of Regulation' Debate*, 36 *Journal of Law and Economics*.

¹⁰⁶ Gary S. Becker (1983), *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, 98 *Quarterly Journal of Economics* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11833&Itemid=0; Gary S. Becker (1985), *Public Policies, Pressure Groups, and Dead Weights Costs*, 28 *Journal of Public Economics*. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18697&Itemid=0

¹⁰⁷ Anthony I. Ogus (1994), *Regulation - Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press. También P. Göran T. Hägg (1997), *Theories on the Economics of Regulation: A Survey of the Literature from a European Perspective*, 4 *European Journal of Law and Economics*.

Picker, Sugden, Ullmann-Margalit).¹⁰⁸ Teoría de los juegos también ha sido utilizada para iluminar situaciones de negociación. Hay una revisión general de los usos de teoría de los juegos en el derecho en Baird, Gertner and Picker.¹⁰⁹ Hay una vasta literatura sobre lo que teoría de los juegos puede enseñar con respecto al contrato social y a los fundamentos del estado, pero este tema queda un poco al margen del campo de L&E propiamente dicho.¹¹⁰

Vínculo con la sociología del derecho En fecha reciente, varios autores reclamaron una relación más estrecha entre L&E y la sociología. Ellickson ha pedido que se produzca una apertura a diversas formas de “fragilidad humana”, sensibilidad que atribuye a los



Boudewijn Bouckaert (1947-)

sociólogos, a quienes empero critica por embarcarse en demasiado trabajo reuniendo datos sin disponer de una teoría.¹¹¹ También debe mencionarse, entre quienes han buscado un acercamiento a esta disciplina, a Bouckaert, Cooter, Daintith y Teubner, De Geest, Donohue III

¹⁰⁸ Robert Axelrod (1984), *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books; Robert Axelrod and WD Hamilton, *The evolution of cooperation*, *Science*, 27 March 1981: Vol. 211 no. 4489 pp. 1390-1396 http://philoscience.unibe.ch/documents/kursarchiv/SS06/axelrod_hamilton_1981.pdf; Bruce L. Benson (1994), *Legal Philosophy*, in Peter J. Boettke (ed.), *The Elgar Companion to Austrian Economics*, Hants, UK, Edward Elgar; Robert L. Birmingham (1968), *Legal and Moral Duty in Game Theory: Common Law Contract and Chinese Analogies*, 18 *Buffalo Law Review*; Ejan Mackaay (1988), *L'Ordre Spontané Comme Fondement du Droit - Un Survol des Modèles de l'Émergence des Règles dans la Société Civile*, 22 *Revue Juridique Thémis*, and (1989) 3 *Revue Internationale de Droit Économique*; Ejan Mackaay (1991), *Le Droit Saisi par le Jeu (Law as a Game)*, *Droit et Société* http://ebour.com.ar/derecho/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=11816&Itemid=0; Francesco Parisi (1995), *Toward a Theory of Spontaneous Law*, 6 *Constitutional Political Economy*; Randal C. Picker (1997), *Simple Games in a Complex World: A Generative Approach to the Adoption of Norms*, 64 *University of Chicago Law Review* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18698&Itemid=0; Robert Sugden (1986), *The Economics of Rights, Co-operation and Welfare*, Oxford, Basil Blackwell; Robert Sugden (1989), *Spontaneous Order*, 3 *Journal of Economic Perspectives* ftp://www.econ.bgu.ac.il/courses/Institutional_Economics_in_Historical_Perspective/readings/Week3_Sugden_1989.pdf; Edna Ullmann-Margalit (1977), *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press; Edna Ullmann-Margalit (1978), *Invisible Hand Explanations*, 39 *Synthese*. <http://www.education.huji.ac.il/staffdocs/ednaum/InvisibleHandExpl.pdf>

¹⁰⁹ Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, and Randall C. Picker (1994), *Game Theory and the Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press.

¹¹⁰ Heico Kerkmeester (1989), *Recht en Speltheorie - Een Economisch Model voor het Ontstaan van Staten en Recht (Law and Game Theory - an Economic Model of the Emergence of States and Law)*, Lelystad (Pays-Bas), Koninklijke Vermande; Stefan Voigt (1996), *Pure Eclecticism - The Tool Kit of the Constitutional Economist*, 7 *Constitutional Political Economy*; Stefan Voigt (1997), *Positive Constitutional Economics: A Survey*, 90 *Public Choice*. http://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/36-2009_voigt.pdf

¹¹¹ Robert C. Ellickson (1987), *A Critique of Economic and Sociological Theories of Social Control*, 16 *Journal of Legal Studies*, 67-99, reprinted in Levmore, Saul (ed.) (1994), *Foundations of Tort Law*, New York, Oxford University Press <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=ellickson%20a%20critique%20of%20economic%20and%20sociological%20theories%20of%20social%20control&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2F>

comentado por Posner, y Johnston.¹¹² Números enteros del *European Journal of Law and Economics* y de la *Wisconsin Law Review* fueron dedicados a este tema. El vínculo es natural para los sociólogos que suscriben el postulado del individualismo metodológico, como Boudon, James Coleman y Opp.¹¹³ Posner no ha quedado impresionado por la forma en que los sociólogos pretenden comprender los fenómenos legales: “Las teorías propuestas por los sociólogos norteamericanos del derecho – cuando las proponen – tienen una tendencia a ser parciales, ad hoc y difíciles de ser contrastadas, y no veo que utilicen con frecuencia los métodos de la inferencia estadística.” Agrega que la sociología de la ley se caracteriza por “una sequía de hipótesis para contrarrestar el teorema de Coase, la fórmula de Hand, la teoría de la eficiencia del *common law*, la tesis de Modigliani-Miller, la explicación por medio del capital humano del empleo voluntario, los precios de Ramsey, los costos de agencia, la búsqueda de rentas, la hipótesis de selección (que los demandantes tiendan a ganar el 50% de los casos en litigio), el concepto de contratos completos contingentes, la economía de los derechos de propiedad vis-a-vis las reglas de responsabilidad, la teoría del nivel de actividad de la responsabilidad estricta, la hipótesis de

[igitialcommons.law.yale.edu/2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1463%26context%3Dfss_papers&ei=2k2ET--BLZSo8AScj72vCA&usg=AFQjCNE-bLB4wSya5_rMDJB1jfgH3jULgQ](http://digitalcommons.law.yale.edu/2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1463%26context%3Dfss_papers&ei=2k2ET--BLZSo8AScj72vCA&usg=AFQjCNE-bLB4wSya5_rMDJB1jfgH3jULgQ); Robert C. Ellickson (1989), *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, 65 *Chicago-Kent Law Review* http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1460&context=fss_papers; Robert C. Ellickson (1990), *Three Systems of Land-Use Control*, 13 *Harvard Journal of Law and Public Policy*; Robert C. Ellickson (1991), *Order without Law - How Neighbors Settle Disputes*, Boston, Harvard University Press.

¹¹² Boudewijn Bouckaert (1994), *Misschien Geen Vrienden, Waarschijnlijk Wel Bondgenoten. Bedenkingen over de Nauwe Kloof tussen de Rechtsociologie van het Handelen en de Rechtseconomie van de Sociale Cooperatie* (Perhaps not Friends, but surely Allies. Reflections on the Narrow Gap between the Legal Sociology of Human Action and the Law and Economics of Social Co-operation), in K. Raes and H. Willekens (eds), *Economische Verklaringen van het Recht* (Economic Explanations of Law), Den Haag, Vuga; Robert D. Cooter (1995), *Law and Unified Social Theory*, 22 *Journal of Law and Society* http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=14106&Itemid=0; Terence C. Daintith and Gunther Teubner (1986), *Sociological Jurisprudence and Legal Economics: Risks and Rewards*, in Terence Daintith and Gunther Teubner (eds), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Walter de Gruyter, Berlin; Gerrit De Geest (1995), *Toward an Integration of Economic and Sociological Approaches*, 2 *European Journal of Law and Economics*; John J. Donohue III (1988), *Law and Economics: The Road not Taken*, 22 *Law and Society Review* http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18703&Itemid=0; Richard A. Posner (1988), *Comment on Donohue*, 22 *Law and Society Review*; Jason Scott Johnston (1990), *Law, Economics, and Post-Realist Explanation*, 24 *Law and Society Review*.

¹¹³ Boudon, Raymond (1977), *Effets Pervers et Ordre Social* (Perverse Effects and Social Order), Paris, Presses Universitaires de France (ver nota crítica de Jean Claude Forquin [http://www.persee.fr/articleAsPDF/rfp_0556-7807_1979_num_47_1_2178_t1_0068_0000_1.pdf](http://www.persee.fr/articleAsPDF/rfp_0556-7807_1979_num_47_1_2178_t1_0068_0000_1/article_rfp_0556-7807_1979_num_47_1_2178_t1_0068_0000_1.pdf)); James S. Coleman (1987), *Norms as Social Capital*, in Radnitzky, Gerard and Bernholz, Peter (eds), *Economic Imperialism - The Economic Method Applied Outside the Field of Economics*, New York, Paragon House; James S. Coleman (1988), *The Problem of Order: Where are Rights to Act Located?*, 144 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*; James Coleman (1990), *Norm-Generating Structures*, in Cook, Karen S. and Levi, Margaret (eds), *The Limits of Rationality*, Chicago, The University of Chicago Press; James S. Coleman (1992), *The Economic Approach to Sociology* (An ICUS Book), in Radnitzky, Gerard (ed.), *Universal Economics - Assessing the Achievements of the Economic Approach*, New York, Paragon House; Karl-Dieter Opp (1979), *Emergence and Effects of Social Norms - A Confrontation of Some Hypotheses of Sociology and Economics*, 32 *Kyklos*; Karl-Dieter Opp (1982), *Evolutionary Emergence of Norms*, 21 *British Journal of Social Psychology*; Karl-Dieter Opp (1983), *Die Entstehung sozialer Normen*, Tübingen, J.C.B. Mohr; Karl-Dieter Opp (1988), *Spontaneous Order and Tit for Tat. Some Hypotheses and an Empirical Test*, 144 *Journal of Institutional and Theoretical Economics*; Karl-Dieter Opp (1991), *Economie et Sociologie: Les Fondements Communs*, 2 *Journal des Économistes et des Études Humaines*.

los mercados eficientes...”¹¹⁴ En línea con su comentario de demasiadas campanas y pitos, concluye que la introducción de ideas sociológicas en el análisis económico del derecho de poco sirve. Hay algunos sociólogos que critican los vínculos entre la sociología del derecho y el análisis económico del derecho, pero por otros motivos.¹¹⁵ En definitiva, como recuerda Coase,¹¹⁶ sólo la experiencia dirá si el enfoque económico tiene la ventaja comparativa que reclama para sí con respecto a otras disciplinas, o si sería mejor utilizar formas “enriquecidas”.

9. Conclusión

En esta reseña vimos que la idea de aplicar los conceptos económicos para mejorar nuestra comprensión del derecho es mucho más antigua que el actual movimiento, cuyo origen se remonta a fines de los 1950s. También, que después de que Chicago fue un bastión virtualmente incuestionado en los 1960s y 1970s, a partir de los 1980s quienes practican L&E ya no entonan la misma melodía. Hay una especie de cacofonía en la actualidad que no debe hacer perder de vista a los estudiosos del derecho que L&E constituye un complemento esencial de las aptitudes requeridas tradicionalmente a un abogado. Posner ha señalado un hecho preocupante: hay pocos abogados que manejen L&E en su práctica legal, lo que es decepcionante.¹¹⁷ Becker ha hecho una sombría observación sobre L&E en la mesa redonda de 1997, en el sentido de que, últimamente, ha habido menos excitación y menos novedades. Pero ello puede ser parte del ciclo de vida de las teorías científicas. Mientras tanto, las ideas básicas deberían ser absorbidas por los practicantes. En este punto los abogados pueden preguntar a L&E lo que Becker había inquirido previamente: ¿Qué hizo usted por mí en los últimos tiempos? ¿Cuál debería ser entonces la agenda futura? Los juristas-economistas deben convencer a abogados, a tribunales y en especial a los jueces que esta disciplina es prometedora. Deben establecer la credibilidad de L&E mediante una descripción acertada de cómo funcionan en realidad las instituciones legales, y de que puede generar nuevos puntos de vista e hipótesis sobre el derecho. Una forma de lograrlo es ir a través de la doctrina legal y proponer explicaciones más simples; otra es invertir más tiempo en estudios empíricos, por ejemplo estudios históricos y comparativos. Sólo estos estudios serán capaces de solucionar las disputas existentes entre las diversas “escuelas” de L&E. Los juristas-economistas deberían destilar un método directo de aplicar el análisis económico del derecho a las instituciones legales existentes. El método no siempre es sencillo y requiere un serio esfuerzo de aprendizaje. Debe enseñarse más como proceso científico que como arte.¹¹⁸ Hay beneficios de ir cuesta arriba por la curva de aprendizaje que son claros por las aplicaciones que dicen mucho a los abogados (más que únicamente a los economistas).

Uno de los puntos de vista notables de L&E es que diversas instituciones esenciales para que una sociedad civil funcione son válidas independientemente de que sean específicamente

¹¹⁴ Richard A. Posner (1995), *The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics*, 2 *European Journal of Law and Economics*.

¹¹⁵ R. Cranston (1977), *Creeping Economism: Some Thoughts on Law and Economics*, 4 *British Journal of Law and Society*; John Griffiths (1995), *Normative and Rational Choice Accounts of Human Social Behavior*, 2 *European Journal of Law and Economics*. http://www.ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18704&Itemid=0

¹¹⁶ Ronald H. Coase (Jun., 1978), *Economics and Contiguous Disciplines*, *Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 2, pp. 201-211. http://ebour.com.ar/index.php?option=com_weblinks&task=view&id=18705&Itemid=0

¹¹⁷ Richard A. Posner (1987), *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 *Harvard Law Review*.

¹¹⁸ Avery Wiener Katz (1998), *Foundations of the Economic Approach to Law*, New York, Oxford University Press.

promulgadas.¹¹⁹ Las instituciones producidas a lo largo de procesos evolutivos no requieren ser concebidas y bien podemos imaginar que las reformamos.¹²⁰ Pero la interferencia innecesaria y a destiempo les puede producir un daño elevado. Las reformas deberían ser emprendidas con cautela y en base al mejor conocimiento disponible. Todas las teorías pueden resultar erróneas a la luz de investigaciones posteriores. Las decisiones de política prácticas deben ser tomadas en base a semejante conocimiento imperfecto. Lo esencial que resulta L&E puede ser apreciado a partir la experiencia de los países de Europa Central y Oriental luego que se restableció la democracia: el asesoramiento acerca de qué instituciones correspondía crear parece haber sido dado por economistas sin comprensión de la dinámica del derecho y por abogados con un conocimiento insuficiente del funcionamiento de una economía. Luego, la transición fue más penosa que lo que pudo ser haber sido. El aspecto crucial es que la disciplina avance en trabajos empíricos capaces de rebatir principios falsos. Sólo de esta forma podremos saber qué es indiscutible dentro de L&E. Pronto sabremos si Coase estaba en lo cierto al afirmar que en realidad, se están haciendo trabajos a tal velocidad que no consideró excesivamente optimista creer que los lineamientos principales de nuestra disciplina quedarán establecidos dentro de cinco o diez años.

¹¹⁹ Norman P. Barry (1996), *Classical Liberalism in the Age of Post-Communism*, Cheltenham, UK, Edward Elgar.

¹²⁰ James M. Buchanan (1977), *Law and the Invisible Hand*, in Bernard H. Siegan (ed.), *The Interaction of Economics and the Law*, Lexington, MA, Lexington Books.