

La obra de Ronald Coase - Historia de Derecho y Economía (Mackaay)¹

En 1992 la Real Academia de Ciencias de Suecia otorgó el Premio Nobel de Ciencias Económicas al Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago **Ronald H. Coase**. Coase nació y estudió en Gran Bretaña. Inició su carrera docente en la London School of Economics, obteniendo luego una cátedra en US en la Universidad de Buffalo. Posteriormente se desempeñó en la Universidad de Virginia, y de allí pasó, en 1964, a la Universidad de Chicago.

Al anunciar su decisión, la Academia sueca señaló que Coase “mediante su ampliación radical de la teoría microeconómica, y sus explicaciones específicas de los principios que subyacen a las estructuras económicas, contribuyó a que comprendiéramos la forma en que funciona la economía”. Assar Lindbeck, miembro del Comité del Premio, dijo que “explicó con sencillez la razón de que existan diferentes tipos de contrato, la forma en que operan y por qué las leyes están escritas de la forma en que lo están y a lo que esto conduce”. Por su parte, Karl-Goran Maler, otro integrante del Comité, comentó que “una de las conclusiones del trabajo de Coase es que *cuando los derechos de propiedad no están bien definidos, los recursos no son aprovechados eficazmente; como los recursos naturales y del medio ambiente, por ejemplo, que no son bien administrados porque los derechos sobre su uso no han sido precisados*”.

Los juicios emitidos reflejan la contribución de Coase a la teoría económica. Su trabajo tuvo como motivación fundamental extender el campo de la economía al análisis de las instituciones y de las leyes, tarea en la que estuvo acompañado por quienes han trabajado en Derecho & Economía, del que Coase fue un líder indiscutido. Esta disciplina es la aplicación de la teoría económica, principalmente la teoría de los precios, para examinar la formación, estructura, proceso e impacto que tienen el derecho y las instituciones legales. En las últimas décadas se ha desarrollado con tal fuerza que se ha convertido en un área distinta de trabajo con sus propios académicos, entre los que se destaca Coase, con una entrada específica en la clasificación temática del JEL, con



[Ronald Harry Coase \(1910-2013\)](#)
[Looking for Results: An Interview with Ronald Coase - Nobel laureate Ronald Coase on rights, resources, and regulation](#) By
Thomas W. Hazlett

“[On the Coase Theorem] Aaron Director arranged a meeting at his home. Director was there, Milton Friedman was there, George Stigler was there, Arnold Harberger was there, John McGee was there--all the big shots of Chicago were there, and they came to set me right. They liked me, but they thought I was wrong. I expounded my views and then they questioned me and questioned me. Milton was the person who did most of the questioning and others took part. I remember at one stage, Harberger saying, “Well, if you can't say that the marginal cost schedule changes when there's a change in liability, he can run right through.” What he meant was that, if this was so, there was no way of stopping me from reaching my conclusions. And of course that was right. I said, “What is the cost schedule if a person is liable, and what is the cost schedule if he isn't liable for damage?” It's the same. The opportunity cost doesn't shift.”

¹ En gran medida, esta sección dedicada a Coase resulta de transcribir el artículo de Harald Beyer, [Ronald H. Coase y su teoría de la Economía y el Derecho](#), Estudios Públicos, 45 (verano 1992). Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, Chile.

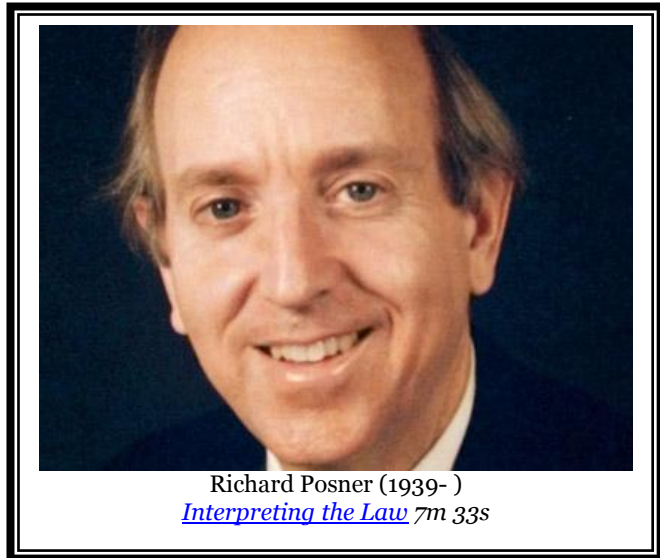
sus propios journals —el *Journal of Law and Economics* y el *Journal of Legal Studies* entre otros— y sus textos de estudio.

Uno de sus artículos, sin duda el más importante, es *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, Vol. III (oct. 1960). Este estudio influyó significativamente sobre la forma de abordar el estudio del derecho desde una perspectiva económica, y hasta hoy es fuente de controversia. Este artículo trata numerosos temas. Uno de sus objetivos centrales fue corregir la vía por la cual los economistas establecen recomendaciones de política. Coase sostuvo en este artículo que “*la falla de los economistas en alcanzar conclusiones correctas en el tratamiento de los efectos dañinos [producidos por la actividad económica] no puede explicarse simplemente como deslices del análisis. Se origina en defectos básicos del actual enfoque de los problemas de economía del bienestar. Lo que se requiere es un cambio de enfoque*”. *Coase sostenía que los economistas tendían a recomendar la intervención del gobierno en todos los casos que el mercado se apartaba de un ambiente competitivo, olvidando que el gobierno no puede ser visto como una fuerza correctiva sin costos*. Coase argumentaba que los economistas debían evaluar, en primer lugar, todos los costos y beneficios de las alternativas de política en ejecución y las propuestas. Tanto las soluciones de mercado como aquellas que emplean otras vías (no de mercado) tienen costos, fenómeno que muchas veces olvidaban (¡y olvidan!) los economistas.

Teorema de Coase El artículo de Coase es importante por otra razón. Elaboró una proposición que luego fue conocida como *Teorema de Coase* que en esencia sostiene que *en un mundo sin costos de transacción, los derechos de propiedad serán transferidos a quienes los valoran más*. A modo de ilustración, Coase argumentó que el nivel de contaminación (él usa a menudo el ejemplo de la chimenea que expele humo y que produce un daño en los vecinos) en una zona determinada será el mismo, en forma independiente de que el derecho establezca que el contaminante es responsable o no de los daños que provoca, si existe la posibilidad de que las partes pueden negociar esta situación a bajo costo. *Lo que no podemos determinar es el nivel de contaminación que finalmente se alcanzará, que dependerá de cómo las partes valoren los derechos establecidos por los fallos judiciales, pero sí podemos afirmar que este nivel lo definirán las partes y no los tribunales. En este sentido, el único impacto real de la ley sería sobre la riqueza relativa de los individuos. Por ello, las ganancias potenciales del intercambio, y no el derecho, determinarán la asignación de recursos*.

Paralelamente a este análisis económico del derecho, desarrolló **estudios de las instituciones** desde una *perspectiva económica*. Si bien este campo de investigación no se relaciona directamente con el estudio económico del derecho, parece conveniente citarlo, porque sus estudios complementaban y potenciaban los referidos a la legislación. Más aún, los representantes de ambas disciplinas mantuvieron y mantienen un diálogo fructífero y lleno de influencias simultáneas. En este contexto, y motivado por la escasa capacidad predictiva de los modelos tradicionales respecto del comportamiento de gobiernos, burócratas y políticos, un grupo de economistas (Downs, Buchanan, Tullock) comenzó a estudiar a estos agentes desde una perspectiva económica, dando origen a la *Teoría de la Elección Pública* (*Public Choice*). Esta escuela presupone que el comportamiento de los gobiernos está sujeto a las mismas fuerzas que regulan los mercados de bienes. Explica, entonces, el comportamiento de burócratas y políticos, según el postulado económico de que éstos constituyen un grupo motivado principalmente por su propio interés. Más adelante estudiaremos esta escuela.

Los trabajos de Alchian y Demsetz sobre derechos de propiedad, por otra parte, añadieron una dimensión institucional explícita en la ampliación del campo de estudio que estaba experimentando la ciencia económica. Estos autores sostienen que el valor de los bienes y servicios depende, de modo crucial, de los derechos legales que se transfieren junto con esos bienes y servicios. *En este sentido, la economía emerge como el estudio de los efectos que las variaciones en los derechos de propiedad tienen sobre los precios y la asignación de recursos.* En los 1970s el movimiento de D&E se consolidó definitivamente. Un grupo de académicos de las Facultades de Derecho de US comenzó a hacer uso de economía en sus estudios del derecho, mientras que en el campo de la **regulación** numerosos estudios desafiaron la creencia de que la regulación es realmente efectiva en la corrección de las fallas del mercado. **Probablemente, la persona más influyente en ese período haya sido Richard Posner,** en ese entonces profesor de la Universidad de Chicago (actualmente juez de Corte de Apelaciones del 7º Circuito en US) y compañero de Ronald H. Coase. **Posner demostró que los conceptos económicos pueden ser utilizados en el análisis de todas las áreas del derecho: leyes de contratos, criminales, constitucionales, comerciales, administrativas y procesales. Este tipo de análisis explica la naturaleza de las doctrinas legales usando el concepto de eficiencia económica.**



Sturgess vs. Bridgeman

Subyace en *The Problem of Social Cost* el concepto de **costo de oportunidad**, piedra angular del Teorema de Coase y de gran parte del análisis económico del Derecho. Ilustremos este punto, utilizando uno de los ejemplos de Coase en dicho artículo: [el caso Sturgess vs. Bridgeman](#). En éste, un pastelero usaba dos máquinas molidoras y trituradoras para el funcionamiento de su negocio (una de las cuales llevaba más de 60 años en el mismo lugar, y la otra más de 26 años). Un médico ocupó entre tanto un establecimiento vecino. La maquinaria no le había causado ningún daño hasta que éste, 8 años después de haberse instalado en el lugar, construyó un consultorio al fondo de su jardín, inmediatamente contiguo a la cocina del pastelero. En ese momento halló que el ruido que le causaba esta maquinaria no le permitía utilizar su consultorio, y específicamente le impedía auscultar a sus pacientes y



Moledora de trigo

realizar una actividad que requiriera de concentración. Frente a esta situación, el doctor interpuso acciones legales para forzar la detención de las maquinarias que producían el ruido.

Un tribunal falló en favor del médico, ordenando detener el funcionamiento de las maquinarias. **Coase se pregunta, entonces, si la decisión de la Corte afectará el destino de ambos establecimientos y su respuesta es negativa en la medida que ambos puedan negociar.** Concretamente, Coase señala que “*El doctor habría estado dispuesto a renunciar a sus derechos (...) si el pastelero le hubiese pagado una suma de dinero mayor que la pérdida de ingresos que le hubiese significado mudarse a un lugar más caro o menos conveniente, finalizar con sus actividades en ese lugar (...) o tener que construir una pared que eliminara el ruido y la vibración. El pastelero habría estado dispuesto a incurrir en este costo si el monto a pagar al médico hubiese sido menor que la caída de ingresos que hubiese tenido que sufrir por modificar su modo de operación, abandonar su operación o trasladarse a otro lugar. La solución al problema depende esencialmente de si el uso de la maquinaria le significa mayores ingresos al pastelero que los que pierde el doctor*”. En resumen, lo que nos dice Coase es que el uso que se les dé a estos establecimientos (recursos) no dependerá de lo que establezca la ley o falle el juez, sino de los beneficios y costos asociados a cada una de las alternativas en discusión. Esto no quiere decir que el derecho o el fallo carezcan de importancia. La verdad es que son indispensables para establecer los derechos, de modo de posibilitar las negociaciones, las que no se llevarían a cabo en ausencia de estos derechos.

El hecho de que un fallo o una ley determinada presente beneficios y costos se olvida a menudo en la discusión. En el ejemplo de Coase, el fallo, si bien evita los costos en los que está incurriendo el doctor, no lo hace gratuitamente. Le impone un costo al pastelero. **Evitar el perjuicio al doctor le infligirá daño al pastelero.** En este sentido, Coase nos dice que toda elección nos impone un costo de oportunidad, planteo que ya había expresado en 1938 en una serie de artículos que fueron recogidos en un ensayo titulado *Business organization and the accountant*. El problema al que nos vemos enfrentados en esta situación es uno de naturaleza recíproca. **[Un problema de este tipo] se piensa comúnmente como uno en el cual A inflige daño a B y lo que tiene que decidirse es: ¿cómo deberíamos restringir a A? Pero esto es incorrecto. [...] La pregunta real que tiene que ser resuelta es: ¿debe permitirse que A dañe a B o que B dañe a A? El problema es evitar el daño más serio.** En la medida en que los fallos o el derecho no contemplen esta situación siempre será posible que las partes negocien y lleguen a acuerdos que involucren asignaciones de recursos (iderechos!) distintas de las que establecen dichos fallos o leyes.

Para clarificar más este planteo, supongan que el tribunal, en el caso analizado, hubiese fallado a favor del pastelero. En tal situación, el doctor tendría que haberle pagado al pastelero una suma tal que lo incentivase a abandonar su negocio. ¿En qué caso hubiese estado el doctor dispuesto a incurrir en este gasto? ***En el evento de que la caída en sus ingresos fuese mayor que los que obtiene el pastelero por operar sus máquinas, el doctor hubiese estado dispuesto a negociar con él para evitar que siga operando las máquinas.***

Ejemplo numérico: Supongamos que el pastelero obtiene una utilidad de **\$100.000**. El doctor está obteniendo ingresos netos por **\$50.000** en su nuevo consultorio. Ambas actividades, como se señalaba, no se pueden realizar simultáneamente. **La solución eficiente sería que el productor siguiese usando sus máquinas, dado que éstas maximizan las ganancias de “la sociedad”.** Si el médico recurre en queja ante la justicia y ésta falla a su favor, el pastelero estaría perdiendo \$100.000, mientras que el doctor obtendría \$50.000, lo

que estaría forzando un resultado ineficiente. Sin embargo, éste no será necesariamente el resultado final. El productor estará dispuesto a “comprarle” el fallo (=derecho) al doctor, el que, en este ejemplo, tiene un valor de por lo menos \$50.000. Existe un **rango de negociación** de \$50.000, cuya distribución dependerá del poder de negociación de cada una de las partes. Si el tribunal falla a favor del productor no habrá ninguna negociación, dado que para el médico el fallo tiene un valor de no más de \$50.000, mientras que para el productor tiene un valor de por lo menos \$100.000. **Este ejemplo permite apreciar claramente que ambas decisiones judiciales, totalmente diferentes en esencia, llevarán a igual asignación de los recursos.** De hecho, estos recursos u otros serán siempre usados de la misma manera, independientemente de cómo se distribuyan los derechos inicialmente. Con todo, en ambos casos, no importando el fallo que se adopte, la persona que inflige el daño siempre terminará “internalizando” las pérdidas en las que incurre el perjudicado. En el caso de que el productor sea considerado responsable, “internaliza” el costo del daño en la suma que debe pagar al médico (**\$50.000 al menos**). Si el daño que causa no es condenado judicialmente, el costo de éste es “internalizado” en el monto que decide rechazar del médico (**\$50.000 a lo sumo**). Es una suma que se le va de las manos al no renunciar a su derecho; es, en este sentido, un costo de oportunidad.

Resumiendo, la ley o un fallo judicial no tendrá efectos sobre la asignación de recursos y la persona que causa el daño internalizará siempre el costo que éste involucra. Para que ocurra esta negociación, sin embargo, los derechos deben estar claramente delimitados y en condiciones de poder transferirse sin restricciones y a un bajo costo. “Es necesario saber si la empresa que produce el daño es o no responsable del daño que causa, porque sin una delimitación de derechos iniciales, no puede haber transacciones de mercado para transferir y recombinar estos derechos. **Pero el resultado último (que maximiza el valor de la producción) es independiente del fallo si el sistema de precios funciona sin costos**”. Este párrafo origina lo que se conoce como Teorema de Coase, aunque Stigler lo definió diciendo: “[...] **bajo competencia perfecta los costos sociales y privados serán iguales**”.

El fallo o ley puede tener, sin embargo, efectos sobre la **distribución de la riqueza** entre las partes involucradas. En el ejemplo numérico tal situación queda claramente presentada. En el primer caso, **fallo a favor del doctor, los ingresos netos del productor no serán más de \$50.000 y los del doctor serán por lo menos \$50.000.** En el segundo caso, **fallo a favor del productor, los ingresos de éste serán \$100.000, en tanto que el doctor no recibirá ingresos.** *Se ha planteado que esta distribución de ingresos, al afectar las demandas por bienes, debería tener efectos sobre la asignación de recursos cuando las partes presentan propensiones distintas al consumo. Sin embargo, en el ejemplo de Coase es muy difícil que las partes tengan una influencia real sobre los precios de los distintos bienes. Más bien, esperamos que sean **tomadores de precios**.* Ahora bien, si uno hace un análisis más general, no es claro que se produzca una redistribución de riqueza. Si pensamos en los sitios en los que se levantan los negocios del médico y del pastelero como factores de producción, es natural que cuando el productor tiene que compensar al médico, pagará un menor arriendo o valor por el sitio, en tanto que el médico estará dispuesto a pagar un mayor valor por el mismo. Sin costos de transacción en mercados competitivos, dichos “diferenciales” deberían asemejarse al monto de la compensación, no afectándose la riqueza de ambas partes. Por otro lado, quien arrienda o vende los sitios recibirá un menor pago del pastelero, pero uno mayor del médico, quedando inalterada su riqueza. Por lo tanto, cambios en la situación jurídica no incidirán en la distribución de la riqueza. No se puede negar, empero, que un cambio en el criterio de asignar la propiedad de derechos, previamente no reconocidos,

puede llevar a diferencias en la asignación de recursos, pero estos efectos serán tan poco significativos que se pueden obviar.

Ustedes pueden decir que este análisis está bien, pero que es poco realista suponer que no hay costos de transacción. Al tomárselos en cuenta, esta reasignación de derechos, que demostrábamos se produciría si el fallo o la ley no reflejan la solución eficiente, sólo será posible si los incrementos del valor de la producción, como consecuencia de la reasignación de recursos, son mayores que los costos en los que se tiene que incurrir para lograr dicha reasignación. En estas condiciones, la definición inicial de derechos, establecida en un fallo o en la ley, puede tener suma importancia en la eficiencia con que funcione el sistema económico. En caso de que los costos de negociación sean más altos que los incrementos de producción asociados a la reasignación de los recursos (derechos sobre éstos), una vez establecidos los derechos no se producirán negociaciones y las asignaciones de recursos contempladas en el fallo o ley no serán modificadas por las partes involucradas. *En presencia de costos positivos de transacción, la legislación o los fallos judiciales adquieren una significación crucial para el buen funcionamiento de la economía.* De ahí la importancia que los legisladores y los tribunales tomen en consideración los beneficios y costos de sus decisiones. Su objetivo debe ser minimizar [maximizar] los costos [beneficios] netos de sus decisiones. *Más aún, lo que busca Coase con su artículo es advertir a los Tribunales que, “dado” que las transacciones de mercado no están exentas de costo, los fallos no pueden hacer abstracción de esta realidad.*

Costos de Transacción positivos

Muchos de sus críticos parecen haber olvidado las secciones VI y VII de su trabajo, que recogen la existencia de costos de transacción positivos. Específicamente, la sección VI discute la posibilidad de ordenamientos institucionales distintos del mercado, como respuesta a la presencia de estos costos, mientras que la sección VII revisa la jurisprudencia británica demostrando que los Tribunales, al emitir sus sentencias, han tenido en mente los costos económicos que implican.

Se debe recordar, entonces, al momento de fallar o legislar, que los problemas analizados aquí son de **naturaleza recíproca**, de modo que cuando se beneficia a algún individuo necesariamente se perjudica a otro. Esto es cierto, indudablemente, en presencia o ausencia de costos de transacción, pero se hace relevante cuando dichos costos están presentes, puesto que constituyen una barrera para reasignar los derechos y aumentar la eficiencia económica del país.

En este sentido, si bien el Teorema de Coase no se cumple en presencia de costos de transacción, las conclusiones que de dicho teorema se derivan nos hacen ser más cuidadosos al momento de fallar o legislar y nos exigen considerar todos los beneficios y costos, directos e indirectos, de nuestra acción, de modo de evitar pérdidas irre recuperables para la economía del país. Esta consideración, sin embargo, no es la única relevante para Coase. En las secciones señaladas deja entrever la importancia que para él tiene la estabilidad de la ley y la situación jurídica de los distintos agentes económicos.

Coase y el enfoque de Pigou

El análisis de Coase y las conclusiones que de él se derivan, derribaron, de paso, el enfoque que primaba desde que A. C. Pigou publicó su *Economics of Welfare*, que **sostenía que las empresas y, en general, todas las actividades que causaban efectos dañinos debían ser forzadas a compensar a aquellos que dañaba.** En otras palabras, Pigou pretendía que las empresas “internalicen” obligatoriamente los efectos dañinos (externalidades) que provocan. En opinión de Coase, este enfoque está **errado** y es *resultado de no comparar el producto total obtenible bajo distintas alternativas de ordenamiento social*. Este enfoque, que implica un análisis en términos de divergencias entre precios sociales y privados, no considera los cambios que ocurren en el sistema asociados a las medidas correctivas y que pueden producir más daño que el causado por la deficiencia original. Dice: **el problema que enfrentamos al tratar con acciones que tienen efectos perjudiciales no es simplemente restringir a los que provocan dichos efectos. Lo que tiene que decidirse es si la ganancia de impedir este daño es mayor que la pérdida que se sufriría como consecuencia de paralizar la acción que lo produce.**

Con todo, como hemos visto, en ausencia de costos de transacción no tendrá importancia, desde el punto de vista del funcionamiento de la economía, si la actividad que origina el daño es legalmente responsabilizada de dicho daño. **Lo único indispensable para un buen funcionamiento de la economía es que los derechos de propiedad se definan correctamente.** El problema, entonces, es definir si la actividad que provoca daño debe ser responsabilizada legalmente en presencia de altos costos de transacción que impiden cualquier negociación. **La respuesta de Coase es que no necesariamente es deseable que las actividades causantes del daño compensen a las que son objeto de dicho daño.** De este modo, aunque estemos ciertos de que en una actividad económica concreta los precios (o costos) privados difieren radicalmente de los precios (o costos) sociales, no podemos concluir que dicha actividad debe ser obligada a compensar a los perjudicados, restringida, forzada a modificar su tecnología, o simplemente clausurada. **Esta creencia se explica, en opinión de Coase, por el hecho de que no se comparan los productos totales obtenibles bajo ordenamientos sociales alternativos.** En este contexto, la decisión “óptima” para la sociedad dependerá de los beneficios y costos totales sociales de cada una de las alternativas de ordenamiento posibles que se desprenden de estas medidas. Esto no quiere decir que todas las decisiones deban estar sujetas a este tipo de evaluación. **Por ejemplo, en los casos en los que los derechos de propiedad no están bien definidos, el análisis de Coase carece de sentido.** Con todo, Coase plantearía probablemente que sería conveniente, antes de tomar una decisión, definir muy bien los derechos de propiedad.

Pigou, trenes, chispas, y cultivos

Es interesante seguir el análisis que hace Coase del ejemplo de externalidad dado por Pigou en *The Economics of Welfare*. Éste se refiere al daño, no compensado, que causan los trenes a los agricultores por emitir chispas que pueden incendiar los cultivos de éstos. El enfoque tradicional recomendaría que la empresa Ferrocarriles deba ser legalmente forzada a compensar a los agricultores por los daños. Coase en cambio sostiene en su análisis que ello no es necesariamente deseable.

El argumento tradicional sostiene que si Ferrocarriles no es responsabilizada por estos daños, en su decisión de establecer una frecuencia adicional o de instalar un mecanismo que evite las chispas no considerará entre los costos dichos daños, lo que originará una divergencia entre el producto privado y social. Supongamos que establecer una frecuencia diaria le permite al ferrocarril ofrecer un servicio valuado en \$150 al año, mientras que dos frecuencias son valuadas en \$250. El costo de operar cada uno de estos trenes es de \$50.

Indudablemente que para el ferrocarril sería, en primera instancia, rentable operar ambos trenes. Pero, ¿qué sucede si la operación del primer tren causa daños en los cultivos, producto de incendios, por \$60 y la operación de 2 trenes provoca perjuicios por \$120? En estas circunstancias, operar una frecuencia diaria elevará de todos modos el valor de la producción en \$40 (150-50-60), mientras que la operación del segundo tren la reducirá en \$10 (100-50-60). De este ejercicio se desprende que no es conveniente que el segundo tren entre en operación. ¿Pero se puede concluir de este hecho que sea recomendable que el ferrocarril sea obligado a compensar legalmente a aquellos que perjudica? La opinión de Coase es que es incorrecto extraer esa conclusión. Sigamos su argumento.

Si el ferrocarril es responsabilizado por el daño causado por las chispas de la combustión de sus trenes, los agricultores recibirán del causante el precio de mercado de sus cultivos, en tanto que si no son dañados recibirán a través de las ventas dicho precio. En estas circunstancias les es indiferente a los agricultores si sus cultivos son o no incendiados.

Si no existiese responsabilidad, en cambio, los agricultores sólo cultivarían aquellas tierras cuyos retornos esperados sean mayores que los daños provocados por incendios.

De este modo, pasar desde una situación en la cual el ferrocarril no es responsable legalmente a una en que sí lo es llevaría a un *aumento de la tierra cultivada*, lo que provocaría, sin lugar a dudas, un *aumento de incendios*. Al respecto se podría argumentar que esto no es tan claro, dado que la empresa ferroviaria tendría incentivos para mejorar el proceso de combustión a algún costo, reduciendo así las chispas y, también, los incendios. El ferrocarril incurriría en este costo si éste fuese menor que los que se derivan de compensar a los afectados por las chispas.



Sin embargo, según Coase,

Lo que está en discusión no es si es deseable tener una frecuencia adicional o un tren más rápido o instalar un mecanismo que reduzca emisiones; lo que está en discusión es si es deseable tener un sistema en el cual el ferrocarril tenga que compensar a los que sufren daño por las chispas que causa o uno en el cual el ferrocarril no tiene que compensarlos.

Si se hace responsable a Ferrocarriles aumentarán, entonces, los incendios provocados por la operación de los trenes. *Supongamos, siguiendo el ejemplo de Coase, que la operación de un tren provoca ahora daños por \$120 y la operación de dos trenes lo hace por \$240. En el caso del segundo tren se refuerza la conclusión anterior (el valor del producto que se pierde ahora es \$70).* En el caso de la primera frecuencia, sin embargo, se modifica sustancialmente la primera conclusión. *Ahora no hay un aumento en el valor del producto sino una caída de \$20 (150-50-120).* Por lo tanto, si el ferrocarril no es responsabilizado por los daños operarán dos trenes; si lo es, ningún tren operará este trayecto. *¿Puede concluirse, entonces, que lo recomendable es que este trayecto no sea operado?* Esta situación, en opinión de Coase, debe resolverse considerando lo que ocurriría con el valor total de producción si se decide no responsabilizar al ferrocarril por los daños. Esto significa poner en operación dos trenes, que prestan un servicio valorado en \$250. Se utilizan factores por un valor de \$100 (en competencia esto significa que la producción en algún otro lugar se reduce en los mismos 100) y se destruyen cultivos por \$120.

*Si el ferrocarril **no es responsabilizado** por el daño se deja de cultivar un área que, en el ejemplo de Coase, aporta un producto valorado en \$160. (Recuérdese que los daños provocados por el servicio ferroviario, bajo un régimen de responsabilidad legal, sumaban \$240, lo que significa \$120 adicionales a la situación sin responsabilidad. Como es improbable que se hubiese dañado todo el cultivo adicional generado por el cambio de régimen, Coase supone que éste tiene un valor de \$160.) Pero este hecho **libera recursos** que pueden ser usados en otras actividades, pero generando un valor **inferior** a \$160, porque en competencia dichos recursos se emplearán siempre en su mejor uso alternativo (es decir, donde generen un mayor producto). En el ejemplo de Coase el producto que se genera con los recursos liberados en otra actividad tiene un valor de **\$150. De este modo, la operación de ambos trenes llevará a un aumento en el producto total de la economía de \$20 (\$250 [valor del servicio otorgado por ambos trenes] menos \$100 [costo de los factores] menos \$120 [valor de los cultivos dañados] menos \$160 [menor producción por abandono de cultivos] más \$150 [aumento de producción en otro lugar por liberación de factores]).** Es indudable que alterando los números de este ejemplo se podría arribar a una conclusión distinta: es decir, que hay una caída en el valor del producto de la economía. Pero, a efectos de lo que intenta demostrar Coase, esto es, que no “necesariamente” es deseable responsabilizar legalmente a la empresa ferroviaria por el daño causado, este ejemplo es suficiente. **Si es deseable o no responsabilizar a la empresa ferroviaria por estos daños dependerá de las circunstancias particulares de cada situación.***

Impuestos de Pigou

Coase también analiza el caso de las propuestas de **gravar con impuestos** a los agentes económicos que provocan externalidades negativas en otros agentes. **La tesis predominante de que los daños causados por un agente productivo deben ser internalizados por el que produce el daño ha llevado a plantear la conveniencia de que los agentes contaminantes deben ser gravados con un impuesto equivalente al daño que producen.** Para Coase, “Un sistema tributario basado en impuestos a los productores por el daño causado conduciría a que se incurriera en altos costos de prevención del daño. Por supuesto esto podría evitarse si fuese posible basar el impuesto no sobre el daño causado, sino sobre la caída en el valor de la producción resultante de la emisión de humo”. Coase, inmediatamente a continuación, y tal vez influido por el que había sido su compañero en el London School of Economics, Friedrich Hayek, señala que ello requiere sin embargo un conocimiento detallado de las preferencias de los distintos individuos y duda que dicha información pueda ser reunida. De ahí, tal vez, la conclusión de Coase de que **El análisis de Pigou nos muestra que es posible concebir un mundo mejor que el que vivimos. Pero el problema es diseñar ordenamientos prácticos que corrijan los defectos en una parte del sistema sin causar perjuicios más serios en otras partes.**

Coase concluye que los economistas deben modificar su enfoque al analizar aquellas actividades que provocan efectos dañinos en otras. Los análisis en términos de divergencias entre precios sociales y privados, al no incluir los cambios que inevitablemente ocurrirán en otras actividades como consecuencia de las medidas correctivas, dejan de lado los efectos dañinos que dichas medidas pueden generar y que pueden ser mayores que los daños originales. De tal modo, Coase recomienda que **Sería deseable que los economistas, quienes al estudiar los problemas de la empresa emplean el enfoque de costo de oportunidad comparando los retornos obtenidos de una combinación dada de factores (o recursos) en ordenamientos empresariales alternativos, utilicen un enfoque similar al analizar los problemas de política económica comparando el producto total generado por ordenamientos sociales alternativos.** Por otra parte, generalmente frente al tipo de problemas aquí analizado, se tiende a comparar la situación existente con algún tipo de mundo ideal, como por ejemplo una intervención del gobierno sin costos, lo que según Coase es absolutamente irreal y tiende a confundir el análisis, dado que nunca está claro cuáles son las alternativas que se están comparando. **En opinión de Coase, debe realizarse un análisis considerando una situación lo más cercana posible a la efectivamente existente y estudiar los efectos de una propuesta de cambio, de modo de evaluar si la nueva situación, en términos del valor total de producción, será mayor o menor que la original.**

“El tipo de situación que los economistas están prontos a considerar como requiriendo de una acción gubernamental correctiva es, de hecho, a menudo el resultado de una acción gubernamental. Dicha acción no es necesariamente inadecuada. **Pero existe el peligro real de que una intervención gubernamental extensa en el sistema económico pueda llevar demasiado lejos la protección de aquellos responsables por efectos dañinos”.** (Recuérdese que Coase escribe en pleno apogeo del estado benefactor.) No hay aquí, una defensa indiscriminada de la empresa como muchos de los críticos de Coase han tendido a sostener. Lo que sí hay es un deseo de que cada situación particular se evalúe de modo de minimizar [maximizar] los costos [beneficios] para la sociedad.

Fallas del mercado

Este punto nos permite saltar a otro que subyace en el trabajo de Coase y que ha sido fuente de permanente debate entre los economistas. Son las así llamadas “fallas del mercado”. Son dos las causas que originan estas fallas: la **ausencia de derechos de propiedad** o, si éstos están definidos, los **altos costos de transferir o recombinar** estos derechos. La solución para el primer tipo de fallas parece obvia: definirlos adecuadamente. Respecto del segundo tipo de fallas, la solución puede ir, y en la

Fallas del mercado e intervención del Estado

Falla	Intervención del Estado. Ejemplos
Ineficiencia	
Monopolio	Interviene en los mercados con leyes antimonopolio.
Externalidades	Promulga leyes contra la contaminación
Bienes públicos	Fomenta actividades beneficiosas, alumbrado, defensa.
Desigualdad	
	Redistribuye el ingreso s a través de impuestos progresivos y financiamiento a la educación, se programas de alimentación.
Problemas macroeconómicos	
Ciclos económicos	Estabiliza con medidas macroeconómicas. Polí fiscal y cambiaria.

12

práctica así se plantea, por el lado de promover ordenamientos sociales distintos del mercado. La empresa es, de hecho, una respuesta a costos de transacción demasiado altos que hacen poco atractivas la transferencia y reasignación de determinados derechos. Otra alternativa es la intervención estatal o de gobierno y a ésta apunta el análisis de Coase. **En su opinión, los economistas, erróneamente, han considerado que ésta no tiene costos. La intervención de los estados o gobiernos puede generar mayores costos que beneficios, lo que siempre hay que tener presente al recomendar políticas.** *Las “fallas de mercado”, consecuencia de la presencia de altos costos de transacción en el mercado, no deben per se justificar la intervención estatal.* Esta será recomendable sólo **si tiene un beneficio neto**; es decir si los costos netos para la economía, considerando todos los efectos que genera la intervención estatal, son menores que en una situación en la que el mercado opera “libremente”. **Es claro que el gobierno tiene poderes que le permiten desarrollar algunas cosas a un costo menor que una organización privada. Pero la máquina de gobierno no está exenta de costos. (...) Una regulación gubernamental directa no necesariamente producirá mejores resultados que dejando que el mercado o la empresa resuelvan el problema. Pero, igualmente no hay razón para suponer que, en algunas ocasiones, tales regulaciones gubernamentales no puedan conducir a un mejoramiento en la eficiencia económica.** La recomendación de política que parece desprenderse del análisis de Coase es que los esfuerzos de los gobiernos deberían dirigirse más bien al establecimiento de derechos de propiedad más que a la regulación de actividades económicas, que muchas veces presentan distorsiones porque esos derechos no están bien definidos. **El trabajo de Coase es considerado por George Stigler, Premio Nobel de Economía 1982, como dotado de las mismas características que el descubrimiento de Arquímedes.** Stigler narra en sus memorias el “remezón” que produjo entre los economistas la crítica de Coase al análisis de Pigou, que **“aceptaban este credo de igual forma como aceptaban la oferta y demanda como las fuerzas determinantes de los precios — instintivamente y sin recelos.”**

La economía y los costos de transacción

Coase cree que los economistas, reconociendo la importancia del rol de las empresas en el funcionamiento de una economía, realizarán una investigación más estrecha de sus actividades. La obra de Oliver Williamson y otros condujo a una mejor comprensión de los factores que gobiernan lo que hace o no hace una empresa. Y menciona que la expansión de organismos que permiten el estudio de las actividades de las empresas contribuirá en el mismo sentido (por ejemplo, el Center for Economic Studies of the Bureau of the Census en US).

La contribución importante del artículo de 1937 es la introducción explícita de los costos de transacción en el análisis económico. **El artículo sostuvo que la empresa emerge como consecuencia de la existencia tales costos.** Sus efectos están omnipresentes en la economía. Si los costos de hacer un intercambio son mayores que las ganancias derivadas de dicho intercambio, éste no tendrá lugar y la mayor producción que surgiría de la especialización no se realizará. De este modo los costos de transacción pueden afectar no sólo a los arreglos contractuales, sino a los bienes y servicios que serán producidos. **Si no se los incluye en la teoría se dejan sin explicar varios aspectos del funcionamiento del sistema económico, incluso por qué existe la empresa, y muchas otras cosas más.** De hecho, una gran parte de lo que pensamos que orienta a la actividad económica está diseñada para cumplir con lo que elevados costos de transacción hubieran impedido, o para reducir costos de transacción de modo que los individuos puedan negociar libremente y aprovechar el conocimiento disperso.

Los costos de transacción han sido utilizados para explicar la evolución y la utilización del dinero. Adam Smith mencionó los obstáculos al comercio que surgirían en un sistema económico con división del trabajo pero en el cual todo el intercambio fuera mediante el trueque. Nadie sería capaz de comprar nada a no ser que tuviera algo que el propietario deseara. Explicó que esta dificultad podría ser superada utilizando dinero. Si alguien en un sistema de trueque quiere comprar algo tiene que encontrar a otro que lo tenga en venta pero que también desee algunos de los bienes del comprador. En forma similar, quien quiera vender algo tiene que buscar a otro que lo necesite y que también posea algo deseable para el vendedor. El intercambio en un sistema de trueque requiere lo que W. Stanley Jevons llamó la “doble coincidencia”. Naturalmente la búsqueda de contrapartes de intercambio adecuadamente calificadas será muy costosa e impedirá alcanzar muchos intercambios que son mutuamente beneficiosos. El beneficio que trae aparejado el uso del dinero consiste en la reducción de los costos de transacción. Otro beneficio es reducir los costos de transacción al facilitar la redacción de contratos y reducir la cantidad de bienes que son requeridos con propósito de realizar un intercambio.

Breve Historia de Derecho y Economía²

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 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*. 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 cuanto tratan de cuestiones que surcan todo el amplio espectro de temas legales, incluso gran parte de la conducta externa a los mercados.

² Basado en Ejan MacKaay, [*History of Law and Economics*](#), 2000.

Precursores

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 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.

También hay evidencia de que autores como **Thomas Hobbes** y **David Hume** 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. Pero todos estos escritos, a los cuales cabe agregar los de **Beccaria** sobre la influencia disuasiva de las sanciones criminales, y los de **Jeremy Bentham** sobre el cálculo de placer y pena no significaban una comprensión sistemática del derecho por medio de un modelo de elección racional.

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 XVI y XVII, 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, **Karl Marx** insistió sobre esta tesis, que expresaba una suerte de sabiduría convencional. En los 1870s cabe agregar a **Wilhelm Arnold, Otto von Gierke, Rudolph von Jhering, Victor Mataja** y **Henry Maine**, 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 siglo XIX). Hacia los 1930s, el movimiento se fue esfumando como contribución diferenciada para estudiar las normas legales, dejando su lugar a la sociología del derecho y al realismo legal.

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 son 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.

¿Por qué se produjo su declive? Una razón 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 resultados 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.

La segunda onda de L&E

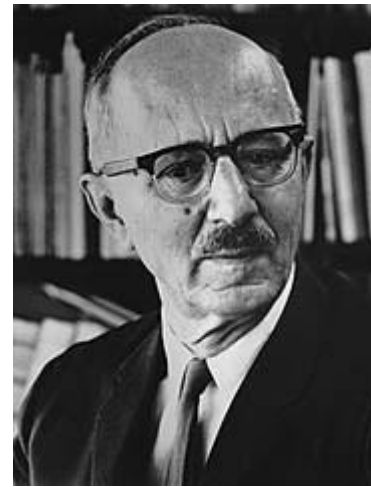
Conviene distinguir distintos sub-períodos: el comienzo, consistente en la propuesta de paradigmas (1958-1973), la aceptación de los paradigmas (1973-1980), el cuestionamiento de los paradigmas (1976-1983) y el sacudón del movimiento (desde 1983 hasta nuestros días).

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. *“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”*. (Duxbury)

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

Director demostró que esta conclusión es insostenible en muchos casos, y que sus efectos serían contraproducentes: 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. Kenneth E. Scout, profesor de la Facultad de Derecho de Stanford, dijo que la contribución de Director fue encauzar la ley antimonopolista hacia los intereses de los consumidores, no hacia los de las empresas competidoras. Bork afirmó que, en la práctica, eso significaba que "grande" no equivale necesariamente a "malo". Este campo siguió interesando a la gente de Chicago (caso Microsoft, por ejemplo).



Aaron Director (1901-2004)



Ronald Coase conversando con Douglass North en St. Louis en 1994

Un nuevo L&E

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. Del nuevo movimiento, sus características distintivas fueron aplicar la economía de mercado a 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. Gary Becker dijo: **He llegado a la conclusión de que el enfoque económico es un enfoque comprensivo que es aplicable a toda conducta humana, involucrando precios monetarios o precios imputados, decisiones repetidas o esporádicas, grandes o pequeñas, fines mecánicos o emotivos.** 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.

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. 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.** En 1956, Charles 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.** En 1957, Anthony Downs, con su teoría económica de la democracia, abrió el camino para la economía de las instituciones políticas en forma más amplia, seguido poco después por el clásico de Buchanan and Tullock *Calculus of Consent*, que dio inicio a la escuela de **public choice**.



[Gary Stanley Becker](#) (1930-2014)
1) [The Becker-Posner blog](#)
2) [Ronald Coase and Gary Becker on Utility Theory](#)

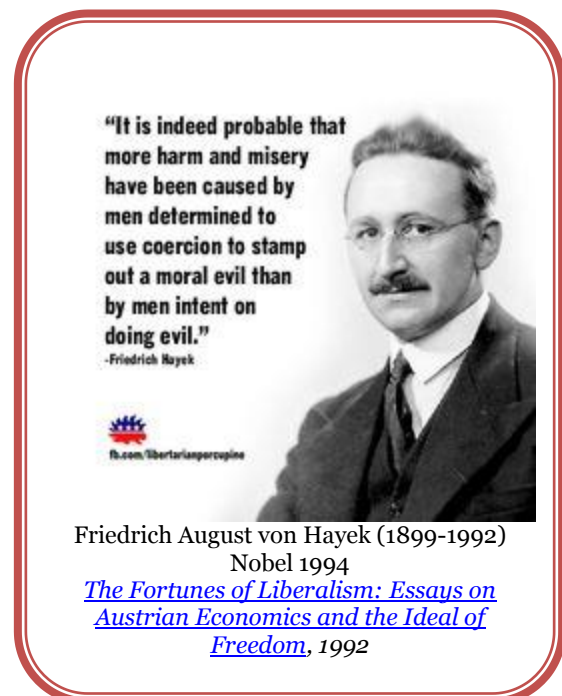
Economía de las principales áreas del Derecho (1958-1973)

En 1958 fue creado el *Journal of Law and Economics*, con 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. Entre los economistas que tomaron nota de la importancia del artículo estaba Harold Demsetz, que así lo plasmó en un conjunto de artículos perspicaces.

Hubo otro documento clave de Armen Alchian, que estaba en la Rand Corporation de California, sobre la racionalidad de los derechos de propiedad. 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 Guido 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.

Estos artículos fueron semillero de varios economistas y juristas que escribieron artículos sobre temas legales tales como los derechos de propiedad, responsabilidad civil, contratos y procedimientos. 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 con el paso del tiempo a ‘análisis económico del derecho’. En su mayor parte 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 Bruno Leoni, Warren J. Samuels, A. Allen Schmid o Stewart Macaulay.

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 Friedrich Hayek [Law, Legislation and Liberty](#) publicado en forma contemporánea con el libro de Posner sobre L&E pasó 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 Guido Calabresi y Henry Manne. La participación de los abogados resulta esencial, ya que, como se vio, convencer a los abogados resultó el punto crítico de la primera ronda 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.**



El paradigma aceptado: Derecho y Economía en las facultades de Derecho (1973-80)

Hay tres acontecimientos que fueron hitos para capturar 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; ahora se encuentra en su 7ª 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. 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 de Posner 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 encaradas 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**. **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.**



Guido Calabresi (1932-)
[Global Dialogue on the Future of Legal Education](#) 10m 28s

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: **¿cuáles son las reglas ‘eficientes’ en materia de common law tradicional y cómo saber si el derecho sigue esa lógica?** En 1992, al presentar la 4ª edición de su libro, Posner 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 (i.e. las sanciones) dentro del common law imitarán a los mercados.*”

Críticas al enfoque de Chicago (1976-1983)

Ya en los 1970s el enfoque de Chicago había sido criticado, en particular por los institucionalistas. **A. Allen 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 debates críticos, entre las mejores mentes americanas que sostenían el enfoque de L&E y 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 en 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:

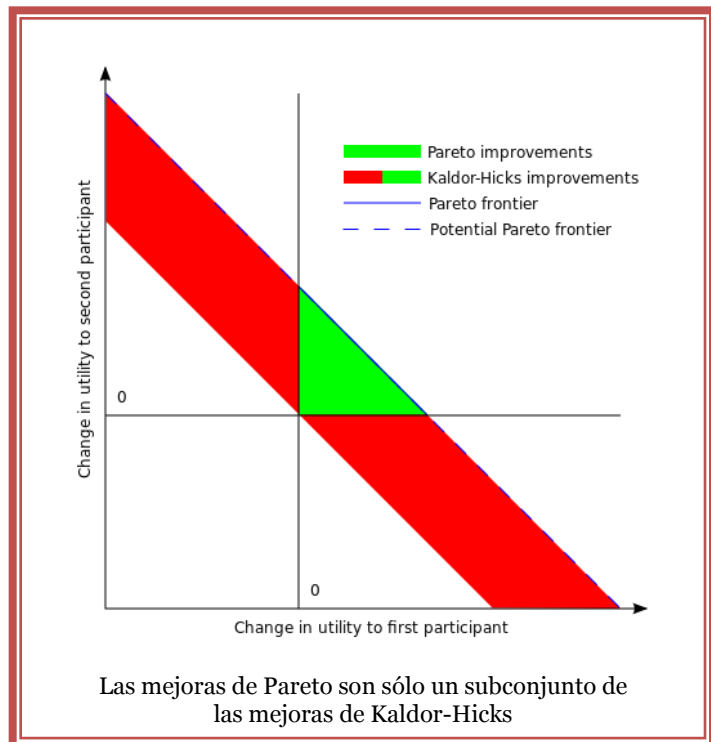
1) El primer aspecto a mencionar es que, como ya se dijo, la eficiencia no puede ser el fundamento de la distribución de los derechos de propiedad, dado que, para toda distribución puede hallarse una asignación de recursos eficiente. **Luego, la tesis de eficiencia es circular.**

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 hay 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 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 debería 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 diferentes personas? 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.



El criterio Kaldor-Hicks y el caso civil United States v. Carroll Towing Co.

Para obtener conclusiones de política, Posner recurre al **criterio de Kaldor-Hicks**. Bajo este criterio, un resultado se considera más eficiente si un resultado óptimo de Pareto *podría* ser alcanzado por la organización de una compensación suficiente desde los que quedan en una situación mejor a los que quedan peor para que todos no terminen peor que antes. Es clave tener en cuenta que se trata de un criterio de mejora **potencial**, ya que tal compensación es sólo considerada en términos potenciales, no efectivos. El diagrama adjunto aclara esta situación. Obsérvese que, para dos individuos que arrancan en la posición (0, 0) los cambios de utilidad que dejarían a ambos con mejoras paretianas serían los del espacio verde; el criterio Kaldor-Hicks incluye *todos* los cambios en la franja colorada – de los cuales sólo constituyen óptimos de Pareto los de color verde.

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 términos científicos.** Ello

torna problemáticas las recomendaciones de política que Posner derivó del test de Hand en las leyes civiles para maximizar el bienestar.

Hubo un caso que permite ejemplificar la dificultad. [United States v. Carroll Towing Co. \(1947\)](#) fue un caso 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. El juicio fue redactado por el juez Learned Hand, con el cual describió lo que ahora se conoce como cálculo de negligencia o Test de Hand – que es un ejemplo de un clásico 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 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 entrechocaron 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 Learned Hand 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 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 , es decir si **$B < PL$** .*

Puesto simplemente, el test afirma lo siguiente: a) si el Costo < Costo del Daño * Probabilidad de que ocurra, el acusado no habrá cumplido con el estándar de cuidado requerido; b) si el Costo > Costo del daño * 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.



Juez Learned Hand (1872-1961)
[How Far is a Judge Free in Rendering A Decision?](#)

Una conclusión como ésta sería objetada porque involucra una comparación interpersonal de valores. Pero también está claro que un juez no tiene una forma simple de eludir el juicio en casos como éste.

5) Una quinta crítica trata del **origen de la lógica de eficiencia**. Si el derecho civil refleja, como admite Posner, una lógica de eficiencia, debería ser posible formular una teoría que tenga en cuenta cómo surge dicha lógica. Han sido realizados varios intentos en esta dirección, pero ninguno de ellos ha tenido aceptación general. Se sostiene que los jueces que actuaron en la etapa de formación de las doctrinas de *common law*, hace cien años, estaban imbuidos 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 discutida “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”*.

6) Finalmente está la **cuestión distributiva**. Aunque se asegure que las reglas legales del derecho civil reflejan una lógica *eficientista*, mucha legislación moderna persigue metas 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.

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 ha continuado publicando sus libros. Su libro básico de Análisis Económico del Derecho se encuentra ya en su 7ª. edición. Su competidor más próximo es el libro de Coote and Ulen, en su 5ª. 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*. Los 1980s en conjunto pueden ser descriptos como un período de madurez y consolidación dentro de Estados Unidos.

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 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.

En 1981 una nueva revista, el *International Journal of Law and Economics*, vio la luz a iniciativa de Anthony Ogus y Charles Rowley. Cuatro años después, en 1985, apareció otro periódico de 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 ha 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”.

Tendencias y temas dominantes

Instituciones

El papel importante de las instituciones ha sido enfatizado por doquier: desde los viejos institucionalistas hasta los más recientes como Williamson, Eggertsson, Alston, Komesar; hubo historiadores de la economía como Bouckaert, Libecap, Milgrom, North, Wallis, Weingast; literatura administrativa (Knight, Miller, Gómez), economistas austríacos vinculados con los escritos de Carl Menger, así como científicos políticos (Jon Elster). El propio Coase, cuyo artículo de 1937 puede ser considerado como la primera contribución moderna en L&E insistiendo sobre el rol de las instituciones, se ubicó dentro del mismo contexto: **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.** Puede decirse 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. (Armen Alchian, [Why Money?](#) 1977) 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 sus características de poder hacerlas cumplir” (Douglass North, *Economic Performance Through Time*, 1996). **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. Mediante conductas sancionadas 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** (George O’Driscoll Jr y Mario Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance*, 1996).

Las instituciones pueden ser consideradas como reglas. Ronald Heiner formalizó las razones que existen para usar reglas, tanto heurísticas en la toma de decisiones individuales, como sociales en las interacciones humanas. 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** (*The Origin of Predictable Behavior*, 1983).

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**.*

Historia y Derecho Comparado

La 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. Douglass North, por ejemplo, centró su atención sobre la conexión entre instituciones e historia.

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 teórica. 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.”*

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. Ugo Mattei ([Comparative Law and Economics](#)) se ha quejado 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.[...] 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 D&E desarrollar puntos de vista originales capaces de echar luz sobre el proceso legal civil.”* Duxbury se hizo eco de esta preocupación al observar que “a grandes líneas, L&E moderno permanece arraigado en la tradición del common law”.

Conviene tener en cuenta que hay dos tradiciones fundamentales en materia legal: el derecho anglosajón (o *common law*), y el derecho continental (o derecho *civil*, como en Argentina). La *International Review of Law and Economics* concede espacio a estudios comparativos en forma regular y a reseñas de L&E en países de derecho civil. **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.**

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 fuera de Europa – sorprendentemente *no legal* adoptado por los eruditos americanos. *Mientras que para los estudiosos europeos del derecho su trabajo trata habitualmente de interpretar la ley y tratar de atenuar sus inconsistencias buscando comprender su estructura y sistema inherentes, para los profesionales americanos 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 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.*

Comportamiento estratégico y Racionalidad limitada

Oliver Williamson llamó la atención sobre el comportamiento estratégico. 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 conductas a efectos de explicar las instituciones legales observadas constituye una heurística útil de los juristas-economistas. (O. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism - Firms, Markets, Relational Contracting*, [Chapter 1 – Transaction Cost Economics](#), 1985).

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. 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 “demasiados pitos y campanas 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.” ([The Future of Law and Economics: A Comment on Ellickson](#), 1989).

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 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 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. 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. 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. *Karl-Heinz Paqué sostiene que hay menos diferencia que la que se ve en la superficie. Peter Boettke ve 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 Peter Behren, la economía austríaca ha permanecido fiel a la tradición más antigua y rica de la economía política.*

Las consecuencias del punto de vista austríaco sobre L&E difieren significativamente de las alcanzadas dentro de la perspectiva neoclásica (ver por ejemplo Mario J. Rizzo, *The Mirage of Efficiency*, 1980). Por 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.

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. 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. Fueron seguidas de trabajos pioneros sobre las decisiones colectivas del Congreso, de la burocracia y del problema de las decisiones colectivas (**Buchanan & Tullock, Olson, Niskanen**). Ahora hay una extensa literatura, gran parte de la cual puede ser consultada por los abogados. Hay tres reseñas importantes de **Dennis Mueller** (véase, p.ej. [Perspectives on Public Choice - A Handbook](#), 1997).

El rol del gobierno implícito en el modelo neoclásico subyacente a D&E 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 esperan 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*.

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. Como ejemplos se puede mencionar la regulación de compañías que prestan servicios públicos, transporte, aerolíneas, industrias de las telecomunicaciones, protección ambiental, seguridad y medicamentos, protección a los consumidores, y 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**. 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 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. **Steven Cheung 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.** John 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.* 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. **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.**

Si los gobiernos no son *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. Su enfoque era consistente con las enseñanzas de la escuela de public choice. **El resultado fue que bajo ningún punto de vista la regulación económica podría ser considerada benéfica.**

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.**

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 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”.***

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. En nuestro programa de Microeconomía apreciamos cómo teoría de los juegos conduce a puntos de vista penetrantes en torno al debate sobre la justicia y sobre la posibilidad de cooperación de los humanos.

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 & Picker**. 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 de L&E propiamente dicho.

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 fuera 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.** Becker ha hecho una sombría observación sobre L&E, en el sentido de que, últimamente, ha habido menos excitación y novedades. Pero ello puede ser parte del ciclo de vida de las teorías científicas. Mientras tanto, las ideas básicas deberán 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 la 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.* 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 promulgadas. Las instituciones producidas a lo largo de procesos evolutivos no requieren ser concebidas y bien podemos imaginar que las reformamos. Pero la interferencia innecesaria y a destiempo les puede producir gran daño. Las reformas deben ser emprendidas cautelosamente 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 un 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 demasiado optimista creer que los lineamientos principales de la disciplina quedarían establecidos dentro de cinco o diez años.**