Cooter - Derecho Descentralizado en una Economía Compleja: Un Enfoque Estructural para Juzgar el Nuevo Derecho Comercial[1]

El colapso del comunismo, la decadencia del socialismo y la desregulación de los mercados llevaron a replantear el derecho económico. Este artículo lleva esa línea de pensamiento al derecho en general. Seguiremos a Cooter en su desarrollo de un relato de la ley descentralizada, que se infiltra desde el fondo, en oposición al derecho centralizado, que se impone desde arriba. La ley descentralizada comienza con las aduanas y los contratos. Cooter usa teoría de los juegos para desarrollar un análisis de la costumbre. Según la teoría económica, la justificación de la regulación comienza con la identificación de un fracaso en la estructura de incentivos de los mercados. Del mismo modo, sostiene que la justificación del derecho centralizado comienza con la identificación de un fracaso en la estructura de incentivos de las normas sociales. Gran parte del artículo se refiere a por qué algunas normas tienen éxito y otras fallan con relación a los estándares de equidad y eficiencia.

La Parte I contiene una introducción a los temas principales. En la Parte II se esbozan los fundamentos de una teoría de las normas sociales combinando conceptos filosóficos y de teoría de los juegos. En la Parte III esta teoría es utilizada para caracterizar las condiciones bajo las cuales evolucionarán normas justas y eficientes y luego se muestra cómo los jueces y otros legisladores pueden usar esta información.

I. Introducción

A. *El Centrismo Legal*

La revista soviética *Cocodrilo* publicó una caricatura que mostraba un carro que contenía un gigantesco clavo tirado por unos hombres, uno de los cuales estaba diciendo a un espectador: *"¿Para qué sirve?, no sabemos para qué sirve, pero satisface nuestra cuota de clavos por este mes."* Esta caricatura ejemplifica la crítica económica de la planificación central, según la cual una economía planificada no genera la información o la motivación requerida para la eficiencia económica. Al igual que los trabajadores de la caricatura, las personas y las empresas bajo el socialismo a menudo carecen del conocimiento y la voluntad de producir bienes valiosos.

Robert D. Cooter, Eighth Annual Friedrich A. von Hayek Lecture on October 24, 2012
Freedom, Innovation, and Intellectual Property

La planificación central es una forma de hacer leyes, y no sólo mercancías. Para implementar el plan central, los funcionarios deben tener el poder de

[1] Traducido de Robert D. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, 144 U. Pa. L. Rev. 1643 (1995).

asignar recursos. Para poseer este poder, las órdenes emitidas por los funcionarios de planificación superiores deben superar los derechos de propiedad y contrato de las personas y empresas en la parte inferior. Por lo tanto, el derecho público desplaza al derecho privado.

Sólo las dictaduras comunistas han practicado la planificación central como un sistema generalizado. Las democracias, sin embargo, a veces adoptan procedimientos similares a la planificación central para resolver problemas económicos específicos. Por ejemplo, cuando el profesor Richard Stewart renunció a su posición como abogado ambientalista de más alto rango en el Departamento de Justicia, señaló que "las leyes ambientales de Estados Unidos se basan en una planificación centralizada soviética". Quería decir con ello que Estados Unidos controla la contaminación mediante un sistema de cuotas impuestas a las empresas por funcionarios federales. Tales procedimientos han sido denominados regulaciones de "comando y control".[2]

La teoría imperativa del derecho, que tiene una larga historia en la filosofía jurídica, define el "derecho" como un mandato respaldado por una amenaza.[3] Esta tradición se basa en el hecho de que muchas leyes imponen obligaciones y sancionan su violación. Del mismo modo, el paradigma de la legislación centralizada es un decreto, en el que los funcionarios del gobierno formulan la meta del Estado, encarnan la meta en una regla y obligan a las personas a conformarse a ella. La información y la motivación se mueven a lo largo de una calle de un solo sentido desde la parte superior a la parte inferior.

En lugar de proceder de arriba a abajo, el proceso legislativo puede proceder de abajo hacia arriba.[4] La legislación descentralizada tiene varias formas. Para ilustrarlo, una forma induce a la gente a crear un mercado mediante la asignación de derechos de propiedad, tales como los derechos de emisión negociables creados por las recientes modificaciones a la Ley de Aire Limpio.[5] El objeto del presente artículo es otra forma de legislar descentralizada: la promulgación de la costumbre. Para ilustrar, los tribunales pueden determinar la culpa y la responsabilidad por accidentes mediante la aplicación de las normas de la comunidad en la que ocurrió el accidente. Cuando los tribunales aplican los estándares de la comunidad, encuentran la ley, en lugar de hacerla.

---

[2] Véase Charles L. Schultze, *The Public Use of Private Interest* 13 (1977) (describiendo un "aparato regulador" injertado "en el sistema de la empresa privada incentivada"); véase también Stephen Breyer, *Regulation and its Reform* 1 (1982) ("A partir de mediados de los 1960s... el gobierno federal comenzó a imponer controles significativos sobre la contaminación ambiental").

[3] Alternativamente, esta tradición define el "derecho" como un orden respaldado por una amenaza. Para una revisión de esta tradición, véase Joseph Raz, The Concept of a Legal System: Introduction to the Theory of Legal System 95 (1970).

[4] Escritos clásicos sobre derecho descentralizado incluyen F. A. Hayek, *Legislation, Law and Liberty,* 72-91 (1973); F. A. Hayek, *The Road to Serfdom* 72-87 (1944); Bruno Leoni, *Freedom and the Law* 95-111 (3a. edición ampliada 1991). Para la aplicación a la integración del Derecho en Europa occidental, ver Manfred E. Streit & Werner Mussler, *The Economic Constitution of the European Community – From Rome to Maastricht* (Max-Planck-Institut zur Erforschung von Wirtschaftssystemen Jena Doc. IUE 72/94 (COL 23), 1994); Manfred E. Streit & Werner Mussler, *European Law in Context: Constitutional Dimensions of European Economic Integration* (European University Institute Colloquium Papers Doc. IUE 72/94 (COL 23), 1994). Para una aplicación a Europa Oriental, ver Paul H. Rubin, *Growing a Legal System in the Post-Communist Economies*, 27 Cornell Int'L.J. 1, 25-34 (1994).

[5] 42 U.S.C. § 7410 (1988 & Supp. V 1993). Para una revisión de la teoría y la práctica, ver Tom Tietenberg, *Environmental and Natural Resource Economics* 38-63, 263-343 (1984).

Muchos estudiosos han detectado un movimiento en la historia moderna de la ley descentralizada a la centralizada. John Salmond concluyó que el derecho consuetudinario es importante en las primeras etapas del desarrollo legal, pero gradualmente cede su lugar a los estatutos cuando "el estado ha crecido hasta su plenitud".[6] En un artículo reciente, Ott y Schafer señalan que el derecho alemán moderno se ha alejado del derecho consuetudinario y de los estatutos.[7] Muchos intelectuales creen que la ley centralizada es inevitable, como antes creyeron que el socialismo era inevitable.

De hecho, la ley centralizada, como el socialismo, ni siquiera es plausible para una sociedad tecnológicamente avanzada. Las fuerzas que revirtieron la tendencia hacia el socialismo y destruyeron la planificación central también están socavando el centrismo legal. Una economía avanzada implica la producción de demasiados productos para que cualquier persona administre o regule. A medida que se desarrolla la economía, las limitaciones de información e incentivos aprietan las políticas de Estado. Estos hechos sugieren que la eficiencia requiere que la descentralización se vuelva más importante, no menos, a medida que las economías se vuelven más complejas. Específicamente, la eficiencia requiere que a medida que las economías se desarrollen, la aplicación de la costumbre en las comunidades empresariales se vuelva más importante en relación con la regulación de los negocios.

B. ***El Nuevo Derecho Comercial***

Una comunidad de personas es una red social cuyos miembros desarrollan relaciones entre sí a través de interacciones repetidas. La economía moderna crea muchas comunidades de negocios especializados. Estas comunidades pueden formarse alrededor de una tecnología tal como un software informático, un cuerpo de conocimiento tal como la contabilidad, o un producto particular como las tarjetas de crédito. Dondequiera haya comunidades, surgirán normas para coordinar la interacción de las personas.[8] La formalidad de las normas varía de una empresa a otra. Profesiones auto-reguladas, como el Derecho y la contabilidad, y las redes formales como Visa[9] promulgan sus propias reglas. Las asociaciones voluntarias, como la Asociación de Fabricantes de Electrodomésticos, emiten directivas.[10] Las redes informales, como los fabricantes de software informático, tienen normas éticas incoadas.

---

[6] Glanville Williams, *Salmond on Jurisprudence* 234 (11a. ed. 1957)

[7] Ver Claus Ott & Hans-Bernd Schafer, *Emergence and Construction of Efficient Rules in the Legal System of German Civil Law* (1991) (paper presentado en la European Law and Economics Association). Al hacer estas observaciones, describen la historia, no la juzgan.

[8] Véase, por ejemplo, Michael Taylor, *Community, Anarchy and Liberty* 65-90 (1982) (argumentando que la comunidad es "una condición necesaria para el mantenimiento del orden social sin estado"); Michael Taylor, *The Possibility of Cooperation* 21-30 (1987) [en adelante Taylor, *Possibility*] (explicando que un grupo "puede ejercer con gran eficacia una serie de sanciones positivas y negativas, incluidas las sanciones de aprobación y desaprobación"); Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* 76 (1977) ("Las normas resuelven problemas recurrentes de coordinación ..."). Eric Posner argumenta que los grupos, a diferencia de las categorías de personas, se auto-regulan espontáneamente. Véase Eric A. Posner, *Norms, Formalities, and the Statute of Frauds: A Comment*, 144 U. Pa. L. Rev. 1697, 1699-1701 (1996); Véase también Rubin, supra nota 4, en 7-13 (encontrando que las leyes "también deben ser consistentes con las instituciones existentes en una economía").

[9] La red de pagos de Visa está dividida en dos corporaciones: una para transacciones estadounidenses y otra para transacciones internacionales. Véase, por ejemplo, John J. Duffy, *17-Nation Pact Unifies Payment Systems*, Am. Banker, 25 de mayo de 1988, en 1, 1 ("En Europa, Oriente Medio y África, Visa es ahora una unidad autónoma local dirigida por una junta de bancos Visa ... con sede en Londres"). Cada corporación tiene un conjunto de reglas de operación, que son documentos de propiedad publicados.

[10] Véase David Hemenway, *Industrywide Voluntary Product Standards* 83 (1975).

De acuerdo con el derecho internacional privado,[11] Cooter se refiere a todas esas normas de las comunidades empresariales como un "nuevo derecho comercial".[12] El nuevo derecho comercial surge por afuera del aparato estatal para hacer la ley, pero los legisladores son arrastrados a los negocios de las comunidades por parte de personas que buscan al estado para resolver sus disputas. Los legisladores también son presionados hacia los asuntos de las comunidades empresariales por los críticos externos de la riqueza y el poder privado. Este artículo se refiere a la respuesta adecuada de los legisladores del Estado a tales tirones y empujones.

La versión tradicional del "derecho comercial", de la cual se adapta la frase "nuevo derecho comercial", proporciona un modelo de cómo los legisladores podrían responder. Los mercaderes de las ferias medievales de Inglaterra desarrollaron sus propios tribunales y prácticas para regular el comercio.[13] Se cuestiona la medida en que el derecho medieval mercantil era sustantivo, más que procedimental, y su relación con el derecho consuetudinario y el derecho del almirantazgo es difícil de reconstruir. En cualquier caso, a medida que el sistema jurídico inglés se hizo más fuerte y unificado, los jueces ingleses asumieron cada vez más una jurisdicción sobre las disputas entre los comerciantes. Los jueces ingleses a menudo no sabían lo suficiente acerca de estos negocios especializados para evaluar reglas alternativas.[14] En vez de hacer reglas, los jueces ingleses supuestamente trataron de descubrir las reglas que ya existían entre los comerciantes, y luego las aplicaron selectivamente. Así, los jueces dictaban la conformidad con las prácticas mercantiles, no las prácticas a las cuales los comerciantes debían conformarse.

Un ejemplo bien documentado se refiere a la asimilación de instrumentos financieros, especialmente notas y letras de cambio, al derecho consuetudinario en el siglo XVIII. Notas y letras de cambio, que circulaban entre los comerciantes del siglo XVIII como medios de pago y crédito, planteaban cuestiones difíciles de asignación de riesgos. Para ilustrar, supongamos que A entrega bienes a B. Al recibir los bienes, B le da una nota a A que promete pagar una cierta cantidad de dinero en una fecha futura. A vende la nota de B a C. Mientras tanto, B descubre un defecto en los bienes que compró. Ahora B tiene bienes defectuosos, y C mantiene en su poder la promesa de B de pagar por ellos. ¿Puede B negarse a pagar a C sobre la base de que A entregó bienes defectuosos? O, alternativamente, ¿debe B pagarle a C y luego demandar a A por incumplimiento de contrato?

Tales cuestiones jurídicas se agudizaron con la rápida expansión del comercio en el siglo XVIII. El juez Mansfield generalmente es acreditado con el suministro de la mayoría de las

---

[11] Para una discusión de las normas en el derecho internacional privado véase Yves Dezalay & Bryant Garth, *Merchants of Law As Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes*, 29 Law & Soc'y Rev. 27 (1995).

[12] El término también se ha aplicado más restrictivamente a las normas de comercio internacional invocadas en el arbitraje y la mediación ("lex mercatoria"). Véase Filip de Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria* 207-88 (1992) (describe el desarrollo de la teoría de la "lex mercatoria" aplicada al derecho mercantil internacional).

[13] Véase Avner Greif et al., *Coordination, Commitment and Enforcement: The Case of the Merchant Guild*, 102 J. Pol. Econ. 745, 750-62 (1994); Paul R. Milgrom et al., *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant Private Judges, and the Champagne Fairs*, 2 Econ. & Pol. 1, 1-23 (1990); ver también Avner Greif, *Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence from the Geniza Documents*, Berkeley Seminar on Institutional Economics (Oct. 1989).

[14] Wolfgang Fikentscher comentó una vez al autor: "*Las decisiones del tribunal de tráfico de Munich relativas a los accidentes automovilísticos mejoraron notablemente después de que los jueces aprendieran a conducir*".

respuestas. Mansfield sabía que no entendía plenamente cómo las empresas usaban los instrumentos financieros. En consecuencia, no trató de inventar normas mejores que las que había en la práctica. Más bien, examinó cuidadosamente las transacciones comerciales y trató de identificar y hacer cumplir las mejores prácticas.[15] Sus elegantes soluciones fueron enseñadas en cursos sobre derecho comercial mucho después de que los instrumentos financieros pertinentes dejaran de circular.[16]

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992)
Why Do We Obey the Law? Hart & Dworkin
16m 29s

En los sistemas de *common law*, los litigios intensivos alertan a los jueces sobre la necesidad de cambiar la ley.[17] La evidencia empírica indica una intensificación de los litigios alrededor del momento en que los jueces adoptan un nuevo precedente.[18] Los jueces responden a la proliferación de nuevos conflictos formulando una nueva ley.[19] Por lo tanto, las prioridades para el desarrollo legal en un sistema de common law están determinadas por los índices de litigios. Sin embargo, cuando los jueces hacen common law, no pueden hacer lo que les plazca.[20] Según un antiguo principio jurisprudencial, los jueces no pueden hacer leyes excepto cuando encuentran una norma social digna de ser aplicada por el Estado. Este principio está incorporado en el dicho, "Los jueces deben encontrar la common law".[21] Así el

---

[15] El relato tradicional se desarrolla en J.M. Holden, *History of Negotiable Instruments in English Law* 27-36 (1955). Holden es criticado en J.H. Baker, *The Law Merchant and the Common Law Before 1700*, 38 Cambridge L.J. 295, 296-99 (1979). Una visión revisada, que subraya que Mansfield se sumergió en las minucias de la práctica empresarial con el fin de extraer los mejores principios de ella, se encuentra en James S. Rogers, *The Early History of The Law of Bills and Notes: A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law* 210-22 (1995).

[16] Me refiero especialmente al artículo 3 del Uniform Commercial Code, que se enseñaba en las escuelas de derecho estadounidenses mucho después de que los instrumentos a los que se aplicaba dejaron de circular.

[17] Los modelos de la evolución de la *common law* hacia la eficiencia a menudo se basan en un sesgo en los litigios que favorecen los desafíos más intensivos y extensos a las leyes ineficientes. El primer documento que desarrolló esta idea fue Paul H. Rubin, *Why Is the Common Law Efficient*?, 6 J. Legal Stud. 51 (1977). Para una revisión de los mecanismos propuestos y sus pruebas matemáticas, ver Robert Cooter y Lewis Kornhauser, *Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges*?, 9 J. Legal Stud. 139 (1980).

[18] George Priest, *Measuring Legal Change*, 3 J.L. Econ. & Organization 193, 193 - 225 (1987). Téngase en cuenta, sin embargo, que la evidencia no está clara en cuanto a si un litigio intensificado precede a un nuevo precedente, sigue a uno o ambos. Véase Robert D. Cooter, *Why Litigants Disagree: A Comment on George Priest's 'Measuring Legal Change',* 3 J.L. Econ. & Organisation 227, 227-34 (1987).

[19] Ver Melvin A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law* 5-6 (1988).

[20] Este es el tema de una famosa crítica a la Teoría del derecho positivo de H.L.A. Hart por Ronald Dworkin. Véase Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 14-45 (1977); H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 181-207 (1961).

[21] Para una exposición de esta vieja visión de la legislación, véase John Davies, *Le Primer Report Des Cases et Matters En Ley Resolues Et Adiudges en Les Courts Del Roy En Ireland* (1615), reimpreso en *Divine Right and Democracy: an Anthology of Political Writing in Stuart England* 131 (David Wootton ed., 1986). En un artículo reciente, Edward Rubin traza esta línea de pensamiento a una creencia en la Europa medieval de que la ley es a la vez divina y natural. Ver Edward Rubin, *Congress As a Bureaucratic Supervisor, Seminar on Law, Economics, and Organizations* (Fall 1995);véase también Stanley Chodorow, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth*

juez Mansfield examinó las prácticas comerciales de su época con el fin de encontrar las bases del derecho comercial moderno.

Desde el siglo XVIII, los países de common law han desarrollado nuevas instituciones para ayudar a la evolución de la ley. Hay organizaciones que llevan a cabo estudios para examinar la legislación vigente y emitir informes recomendando cambios a la misma. En Gran Bretaña, las comisiones legales realizan estas tareas,[22] y en América estas tareas pertenecen al American Law Institute (ALI) y a la National Commission on Uniform State Laws (NCUSL).[23] Para ilustrar el trabajo de estos organismos, el ALI crea periódicamente comités *ad hoc* de académicos y abogados para reexaminar las mejores prácticas de los tribunales en áreas específicas del derecho, tales como la Reafirmación de Daños o la Reafirmación de Contratos. Las reafirmaciones sirven como referencias para los jueces, aumentando así la uniformidad entre las jurisdicciones y probablemente aumentando también el ritmo de cambio legal. A medida que los productos y la tecnología cambian, las comunidades empresariales generan continuamente nuevas normas sociales. Organizaciones como la ALI y la NCUSL tratan de mantener la ley actualizada con los desarrollos en las comunidades empresariales.

C. ***Códigos y Regulaciones***

En el siglo XVIII, hubo en Inglaterra un debate sobre si la common law era eficiente o, en cambio, un residuo arcaico de prácticas obsoletas.[24] El espíritu reformador prevaleció en Europa continental, donde la common law fue identificada con el lado perdedor en las revoluciones que llevaron a Napoleón y a sus seguidores al poder. Los revolucionarios victoriosos, que consideraban a los jueces con sospecha de defender el antiguo régimen, querían desarraigar las prácticas "medievales" y reemplazarlas por otras "racionales".[25] Los revolucionarios proclamaron que la ley derivaba su autoridad de la voluntad popular expresada a través de los legisladores, no de las normas sociales encontradas por los jueces. La voluntad popular se identificó con la racionalidad, mientras que las normas sociales se identificaron con hábitos arbitrarios. Se nombraron comisiones para redactar códigos para sustituir la common law. Los eruditos de las comisiones examinaron la ley pre-revolucionaria con un ojo crítico y retuvieron algunas partes de ella, rechazando el resto.[26] Los legisladores promulgaron los códigos en ley.

Century: The Ecclesiology of Gratian's Decretum 211-46 (1972); Heinrich Fichtenau, *Living in the Tenth Century: Mentalities and Social Orders* 403-39 (traduc. Patrick J. Geary, 1991); Ewart Lewis, *Medieval Political Ideas* 1-87 (1954). Esta visión anterior encuentra eco en la jurisprudencia de Ronald Dworkin, quien afirma que los tribunales deben encontrar derechos y no hacer políticas. Véase Dworkin, supra nota 20, en 184-205.

[22] Ver Anthony Ogus, *Economics and Law Reform: Thirty Years of Law Commission Endeavour*, 111 LAW Q. REv. 407, 409-12 (1995) (analiza “las agencias de reforma legal y sus objetivos").

[23] Ver en general Alan Schwartz & Robert E. Scott, *The Political Economy of Private Legislatures*, 143 U. PA. L. REV. 595 (1995) (explica el papel de ALI y la NCUSL con una descripción).

[24] Este debate se agregó a los famosos ataques de Jeremy Bentham sobre common law. Para una discusión moderna que actualiza este viejo debate, véase Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Stud. 103, 103 - 40 (1979).

[25] Ver Philip Dawson, *Provincial Magistrates and Revolutionary Politics in France, 1789-1795*, 241-274 (1972).

[26] Para la historia y los orígenes del Derecho civil, ver Rene David & John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (3a. ed. 1985); Philip Dawson, *Provincial Magistrates and Revolutionary Politics in France*, 1789-1795 (1972); John H. Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and*

En comparación con los países de common law, los codificadores en los países de derecho civil, aparentemente, tienen más influencia y los jueces menos. Los abogados que practican estudios comparados, sin embargo, discuten si esta aparente diferencia entre los dos sistemas es real o ilusoria.[27] Los jueces presuntamente hacen leyes en los sistemas civiles interpretando códigos, no encontrando normas sociales. Interpretar algunos códigos, sin embargo, se parece mucho a encontrar normas sociales.

Para ilustrar, considérese un código al que se aludió anteriormente. Ya se ha discutido el hecho de que la ALI y la NCUSL crean comités para reafirmar la common law en los Estados Unidos. Además, estos órganos crean comités para redactar códigos modelo.[28] El ejemplo más exitoso es el Uniform Commercial Code (UCC) que, en su gran mayoría se aplica a contratos entre comerciantes, instrumentos financieros y la quiebra. Su redacción estuvo dirigida por el profesor Karl Llewellyn, quien trató de identificar y articular las mejores prácticas comerciales en las comunidades empresariales contemporáneas, al igual que el juez Mansfield cuando modernizó el derecho mercantil británico.[29] Después de que los comités de Llewellyn completaran su trabajo, el UCC fue presentado a las legislaturas de los estados americanos, que eventualmente lo promulgaron en ley. Cuando la legislación y la common law se aplican al mismo caso, la legislación prevalece, por lo que la UCC desplazó gran parte del derecho consuetudinario para las transacciones comerciales. Los jueces continúan haciendo el derecho comercial interpretando la UCC. Además, muchas disposiciones de la UCC se basan en la comprensión de las mejores prácticas comerciales. Por lo tanto, hacer la ley mediante la interpretación de la UCC se parece mucho al proceso por el cual evolucionó la common law.

Tanto la common law como los códigos civiles dependen en gran medida de principios generales que se aplican en muchas circunstancias diferentes. Estos principios idealmente son abstraidos de prácticas particulares, y las prácticas dan contenido específico a los principios. Para ilustrar, la common law de los delitos típicamente mantiene a los causantes responsables de accidentes causados por su negligencia; los jueces dan a este principio general contenido específico por referencia a las normas reales por las cuales determinadas comunidades evalúan los accidentes. Los jueces de derecho civil pueden proceder de manera similar al interpretar los principios generales en un código. Por ejemplo, la "negligencia" en derecho civil puede recibir contenido específico por referencia a las prácticas de la

---

Latin America (2d ed. 1985); Frederick H. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* (1953); Konrad Zweigert & Hein Kotz, *Introduction to Comparative Law* (trad. Tony Weir, 2a. rev. ed. 1992).

[27] La disputa es difícil de resolver porque, en realidad, ninguno de los dos sistemas existe como un tipo puro. En los países de common law, reformulaciones y códigos tienen autoridad legal, y los jueces en los países de derecho civil están influidos por las normas sociales. Para puntos de vista alternativos, véase *Symposium, Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, 11 Int'l Rev. L. & Econ. 261 (1991). Véase también Christian Kirchner, *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, 11 Int'l Rev. L. & Econ. 277, 277 (1991) (analiza y predice "el éxito futuro de derecho y economía en el ordenamiento jurídico alemán"); Ugo Mattei y Robert Pardolesi, *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 Int'l Rev. L. & Econ. 265, 265 (1991) (argumentando que "sólo una imagen falsa de las diferencias entre las familias legales puede llevar a pensar que [el análisis económico del derecho] puede encontrar dificultades dentro de la órbita del derecho civil").

[28] Ver Schwartz & Scott, supra note 23, en 596.

[29] Ver en general Ingrid M. Hillinger, *The Article 2 Merchant Rules: Karl Llewellyn's Attempt to Achieve The Good, The True, The Beautiful in Commercial Law*, 73 Geo. L.J. 1141,1141-84(1985). "Llewellyn esculpió las reglas del comerciante para traer 'lo bello' al derecho comercial y la práctica comercial. A los ojos de Llewellyn, la belleza legal estaba en reglas funcionales, reglas que podrían guiar a los hombres de negocios en la dirección de sus negocios." Id. en 1147 (notas al pie omitidas).

comunidad. La dependencia de prácticas específicas para interpretar principios generales permite que ambos sistemas legales habiliten a los jueces para que hagan leyes a partir de las normas comunitarias.

En el siglo XX, un crecimiento masivo de la nueva ley en los países industriales de Europa y América creó el estado regulador. El estado regulador reemplazó algunas viejas leyes por nuevas regulaciones. Por ejemplo, aceleró la sustitución de los códigos penales por el common law de los delitos e instituyó nuevos cuerpos de derecho, incluido el derecho administrativo. Como antes, me enfoco en el proceso de hacer regulaciones, no en la sustancia.

Como se ha explicado, una comunidad de académicos, abogados y jueces normalmente se obtiene la common law y gran parte de la ley civil. En contraste, los políticos y los burócratas tienen más influencia sobre las regulaciones. Los reglamentos pueden provenir de la legislatura, el ejecutivo o la burocracia. Las legislaturas producen regulaciones por procesos familiares: audiencias de comité, debates, negociación y voto por mayoría. Los ejecutivos promulgan reglas directamente mediante la emisión de órdenes o indirectamente al hacer que los ministerios emitan regulaciones. Los ministerios usualmente siguen los procedimientos prescritos en la legislación para hacer regulaciones, que difieren entre las agencias y los países.[30] Por lo tanto, cuando las agencias crean nuevas regulaciones, deben seguir los procedimientos estipulados en la legislación que les transmite autoridad o, a falta de tales estipulaciones, deben seguir los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos (APA).[31] Para ilustrar, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) debe seguir los procedimientos especificados en la Ley de Protección Ambiental al hacer regulaciones, o, a falta de instrucciones legislativas específicas, debe seguir la APA.

Mientras que la common law y los códigos dependen en gran medida de principios generales cuyo contenido específico proviene de prácticas comunitarias, las regulaciones se imponen desde lo alto: carecen de fundamento en prácticas comunitarias. Sin esta base, los reguladores crearían incertidumbre al promulgar principios generales. Así, en lugar de promulgar principios generales, las normas se basan más en gran medida en instrucciones detalladas y explícitas. Por ejemplo, en lugar de exigir que los peldaños de las escaleras sean "razonablemente fuertes" o "lo suficientemente fuertes para los fines previstos", un reglamento podría especificar exactamente cuántos kilogramos de peso vertical debe ser capaz de soportar un peldaño.

De acuerdo con los principios jurídicos establecidos, la legislación prevalece sobre la common law cuando entran en conflicto. En consecuencia, las regulaciones desplazan al derecho privado en los países de derecho consuetudinario. Para ilustrar, los trabajadores estadounidenses suelen trabajar cuarenta horas por semana. La ley federal requiere que los trabajadores reciban el 150% por "trabajo de tiempo extra", definido como más de cuarenta horas por semana. La regulación del contrato de trabajo impide que el empleador y el

---

[30] Para un estudio comparativo del derecho administrativo alemán y americano, véase Susan Rose-Ackerman, *American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model*?, 107 Harv. L. Rev. 1279 (1994).

[31] La APA distingue dos tipos fundamentales de procedimientos para dos tipos diferentes de regulaciones, llamados "reglamentos de adjudicación" y "reglamentos legislativos." Esta distinción se desarrolla especialmente en *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 US 401, 414 (1971)* y *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. vs. Natural Resources Defence Council, Inc. 435 US 519, 542 (1978).*

empleado estipulen las condiciones de trabajo que ambos prefieren, como trabajar cincuenta horas una semana y treinta horas la semana próxima.[32]

D. ***Sentencias Estructurales***

Muchos reformadores legales han buscado reemplazar la costumbre con estatutos sistemáticos. El fundamento de estas propuestas de reforma es una teoría sobre por qué las costumbres regresivas deben ser reemplazadas por estatutos progresistas. Hart distingue las leyes en reglas que controlan a las personas ("reglas primarias") y reglas que controlan las reglas ("reglas secundarias").[33] Las reglas primarias guían el comportamiento de los ciudadanos en un estado a medida que transcurre su vida cotidiana. Por ejemplo, a los automovilistas se les prohíbe exceder sesenta y cinco millas por hora en la mayoría de las carreteras estadounidenses. Las reglas secundarias guían el comportamiento de los funcionarios estatales cuando hacen, revisan, derogan o aplican reglas primarias. Por ejemplo, un proyecto de ley se convierte en ley federal en América cuando es promulgada por ambas cámaras del Congreso y firmada por el presidente. Según la teoría de Hart, la unión de las reglas primarias y secundarias define la ley.[34] A diferencia de la ley, la costumbre carece de reglas secundarias. La costumbre no prescribe procedimientos para ser realizada, revisada o revocada. La costumbre no tiene constitución ni jueces. Una persona que quiere cambiar la costumbre debe usar cualquier medio que esté a mano para convencer a otros a seguir normas diferentes.

Para ilustrar, los Tolai en Papua Nueva Guinea reconocieron anteriormente el poder del "hombre grande" del pueblo para asignar la tierra. Una vez que se desarrollaba un mercado para la tierra, esta norma exponía a los aldeanos al riesgo de que el hombre grande vendiera la tierra a los forasteros por beneficio personal. Así que los Tolai dejaron de reconocer tal poder en el hombre grande. El hombre grande perdió el poder de vender tierras tan pronto como los Tolai ya no lo reconocieron. En lugar de la antigua norma, los Tolai reconocieron la nueva norma según la cual todos en el pueblo deben aceptar la venta de su tierra. Este cambio en el derecho consuetudinario fue respaldado por los tribunales de tierra.[35]

Las costumbres emergen, mientras que las leyes son hechas.[36] Hart concluyó que la costumbre tiende a ser inflexible porque no está bajo el control racional de nadie.[37] Hart observó correctamente que la ausencia de un procedimiento prescrito para cambiar la costumbre puede frustrar su reforma en algunas circunstancias. En otras circunstancias, sin embargo, la capacidad de cambiar la costumbre sin pasar por procedimientos formales le da más flexibilidad que la ley. Para voltear la conclusión de Hart, téngase en cuenta que una costumbre surge de un consenso, no de la política. Un consenso puede cambiar sin pasar por costosos procedimientos que son vulnerables a intereses especiales. Por lo tanto, una costumbre puede desaparecer sin ser revocada o cambiar sin ser modificada. Por lo tanto, los

---

[32] Véase la Ley de normas laborales justas, 29 U.S.C. §§ 201-219 (1994). La ley establece salarios mínimos para los empleados "cubiertos" y también requiere que ciertos empleados (no necesariamente los mismos) reciban una vez y media su "tasa regular" de pago por horas trabajadas de más de 40 en cualquier "semana de trabajo".
[33] Ver Hart, supra nota 20, en 77-96.
[34] Ver id. en 114.
[35] Ver Robert D. Cooter, *Inventing Market Property: The Land Courts of Papua New Guinea*, 25 Law & Soc'y Rev. 759, 788 (1991) (discusión de un caso de 1987 en el caso del Tribunal de la Tierra en Papúa Nueva Guinea identificado como Malakit v. Tobung).
[36] Ver Hart, *supra* nota 20, en 89-96.
[37] Ver íd., en 89-91.

Tolai no tuvieron que lanzar una campaña de cabildeo ni superar las contribuciones políticas de los grandes hombres para cambiar sus costumbres regulando la venta de tierras. Desde esta perspectiva, las costumbres serían más flexibles que los estatutos.

La crítica de Hart de la costumbre se asemeja a la crítica que hace un socialista de los mercados. Los socialistas observan que los precios surgen, mientras que los planes se hacen, y concluyen que los mercados deben ser ineficientes porque los precios no son determinados por la deliberación y el razonamiento. La confusión básica se refiere a la diferencia entre racionalidad individual y eficiencia social. *La racionalidad individual generalmente requiere deliberación y planificación, pero la eficiencia social no*. La investigación en organización industrial muestra que la eficiencia o ineficiencia de los mercados a menudo está determinada por su estructura.[38] De manera similar, la eficiencia o ineficiencia de la costumbre depende a menudo de la estructura de incentivos que la produce. En el lenguaje de la teoría de juegos, la matriz de pagos determina los posibles equilibrios.

Estos hechos sugieren cómo los legisladores, especialmente los tribunales, deben responder al nuevo derecho comercial. Propongo que los legisladores modernos deben responder al nuevo derecho comercial, al igual que la supuesta respuesta de los jueces ingleses al antiguo derecho comercial. Los legisladores modernos, sin embargo, deberían tomar explícitamente en cuenta las ideas de la economía moderna. En primer lugar, los legisladores deben identificar las normas reales que han surgido en las comunidades de negocios especializados. Segundo, los legisladores deben identificar la estructura de incentivos que produjo esas normas. En tercer lugar, la eficiencia de la estructura de incentivos debe ser evaluada utilizando herramientas analíticas de la economía. Las normas derivadas de una estructura de incentivos eficiente, tal y como se determinan mediante las pruebas que los economistas aplican a los juegos, deberían aplicarse. Llamo a este procedimiento el "enfoque estructural" para juzgar las normas sociales.

El enfoque estructural entra en conflicto con muchos escritos en el análisis económico del derecho en dos aspectos. En primer lugar, los legisladores que siguen el enfoque estructural *deducen* la eficiencia o la ineficiencia de una norma, *en lugar de medirla directamente*. Por el contrario, gran parte del análisis económico del derecho recomienda la evaluación de las normas jurídicas por *técnicas de costo-beneficio*. Por ejemplo, al final de su artículo clásico, Ronald Coase recomienda que los jueces escojan entre las reglas alternativas de responsabilidad comparando sus costos y beneficios.[39]

En segundo lugar, el enfoque estructural que desarrollo se aplica a normas, no a regularidades. Para ilustrar la diferencia, los hombres se quitan los sombreros cuando entran

---

[38] Uno de los fundamentos intelectuales de la ley antimonopolio estadounidense es la distinción entre la estructura de la industria, la conducta de las empresas y el desempeño económico. Véase Joe S. Bain, *Industrial Organization* 515-79 (2ª edición, 1968); Richard E. Caves, *American Industry: Structure, Conduct, Performance* 84-102 (5a ed., 1982). Para solicitudes de fusiones, véase Alan A. Fisher y Robert H. Lande, *Efficiency Considerations in Merger Enforcement*, 71 Cal. L. Rev. 1580, 1587 - 1651 (1983); Lawrence A. Sullivan, *The New Merger Guidelines: An Afterward*, 71 Cal. L. Rev. 632, 632 - 43 (1983). Esta distinción fue atacada a medida que se aplicaba la teoría de los juegos a la organización industrial. Mi término "enfoque estructural" se refiere a la estructura de incentivos de los juegos, no a la competitividad de los mercados.

[39] Véase Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J.L. & Econ. 1, 42 - 44 (1960). Una excepción al entusiasmo por el análisis del costo-beneficio judicial es la opinión de Richard Epstein de que los jueces no deben tener tanta discreción. Ver Richard A. Epstein,*The Risks of Risk/Utility*, 48 Ohio St. LJ. 469, 469-72 (1987).

en una sala con hornos o en una iglesia.[40] El quitarse el sombrero para escapar del calor es diferente de quitarse el sombrero para satisfacer una obligación. Lo primero es una regularidad, lo último es una norma. Una regularidad resulta de una inclinación, mientras que una norma impone una obligación.

El uso de "norma" para referirse a las obligaciones es un uso estándar entre los filósofos,[41] y algunos teóricos del juego también usan el término de esta manera.[42] En contraste, los científicos sociales a veces usan "norma" de manera diferente para referirse al comportamiento promedio. A veces usan "norma" para referirse a lo que la gente normalmente hace, en contraposición a lo que hacen los aberrantes. Del mismo modo, los estadísticos hablan de "distribución normal." La gente comúnmente se pone sombreros en una tormenta de nieve, por lo que este comportamiento es normal, pero no es una "norma" tal como se usa el término en este artículo.

¿Qué diferencia hace esta distinción? Los modelos económicos raramente distinguen entre inclinaciones y obligaciones. A los efectos de la mayoría de los estudios de mercado, la diferencia puede ser ignorada. Sin embargo, sostendré que la diferencia no puede ser ignorada en el estudio de los comportamientos pertinentes a la ley. Sin explicar el sentido de obligación, una teoría no puede explicar la ley. Las normas surgen en un juego cuando el juego crea, o evoca, un sentido de obligación en los jugadores respecto a las estrategias que emplean. Se desarrolla una teoría predictiva de los "equilibrios normativos" en la Parte II adaptando algunos conceptos filosóficos a la teoría evolutiva de los juegos.

	Coopera	Se apropia
Invertir	0.5 0.5	1 -1
No Invertir	0 0	0 0

Figura 1 Juego de Agencia
En cada celda el pago N.E. se refiere al pago al Agente, y el pago S.O. es el pago al Principal

II. Juegos y Normas

Las normas sociales pueden considerarse un "bien público" sujeto a la lógica corrosiva habitual del dilema del prisionero. Los miembros de una comunidad ganan colectivamente si todos se adhieren a las normas, pero los miembros individualmente ganan si los violan. Por lo tanto, las normas tienden a *desenredarse*.[43] La realidad, sin embargo, no se ajusta a esta predicción pesimista. De hecho, muchas normas sociales surgen y persisten sin su aplicación por parte del Estado. Trato de explicar estos hechos en esta sección del artículo.

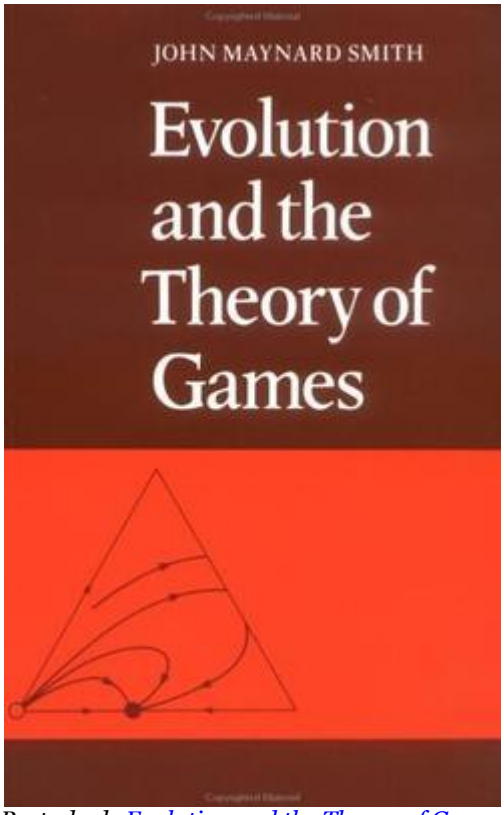
A. ***Juegos de Agencia***

[40] Equivalentemente, los hombres se ponen una gorra en una tormenta de nieve o en una sinagoga.
[41] Adopto el lenguaje y gran parte de la teoría de las normas desarrollada por el filósofo Georg H. Von Wright, *Norm and Action: A Logical Inquiry* (1963).
[42] Ver Ullmann-Margalit, *supra* nota 8, en 12-13.
[43] Ver Mary T. Douglas, *How Institutions Think* 9-30 (1986).

Desarrollo el "juego de agencia" representado en la Figura 1 como el paradigma de la cooperación en los negocios. En el juego de la agencia, el primer jugador que mueve, que se llama *principal*, decide si hace o no una inversión de 1. Si no es hecha ninguna inversión, el juego termina, y los jugadores no reciben nada. Si se realiza una inversión, el segundo jugador, que se llama el *agente*, decide si cooperará o se apropiará. La apropiación es meramente *redistributiva*: el agente se apropia de la inversión del principal de 1. Por consiguiente, la suma de los beneficios en la celda noreste de la Figura 1 es igual a 0. La cooperación de ambos actores es productiva: la inversión de 1 crece a 2. Por consiguiente, el beneficio en la celda noroeste de la Figura 1 es igual a 1. Cuando el agente coopera, el principal recupera su inversión y los jugadores dividen el producto (cada jugador recibe un beneficio de 0,5).

Si el juego de la agencia se juega sólo una vez, el mejor movimiento del agente es apropiarse. Sabiendo esto, el mejor movimiento del principal es no invertir. El juego one-shot de la inversión tiene una solución única, que es improductiva.

Un contrato ejecutable puede superar esta ineficiencia cambiando los incentivos del agente. Por ejemplo, la recuperación de *daños y perjuicios* le otorga al principal un incentivo para invertir independientemente de la probabilidad de que el agente incumpla el contrato. En forma similar, el cobro sin costo de daños y perjuicios del agente le proporciona al principal un fuerte incentivo para cumplir. Sin embargo, la ejecución de los contratos suele requerir la coacción de un tercero, como el Estado. En este punto, *quiero analizar la cooperación sin protección estatal*, por lo que recurro a otras soluciones al problema de la agencia.



Portada de Evolution and the Theory of Games (1982) del biólogo británico John Maynard Smith, con un diagrama ternario de los cambios de frecuencia de tres estrategias

B. ***Relaciones duraderas***

La inversión en una red de negocios a menudo ocurre entre personas con relaciones duraderas, en lugar de una transacción de un solo tiro. Para captar esta posibilidad, supongan que el juego de agencia representado en la Figura 1 se repite indefinidamente, transformando así un juego de un solo tiro en un súper-juego. En cualquier ronda del súper juego en el que el principal invierta, el agente goza de una ventaja inmediata de apropiarse. Una estrategia exitosa para prevenir ese comportamiento oportunista, llamada *ojo-por-ojo* ("tit-for-tat"),[44] ocurre cuando el principal responde en la siguiente ronda negándose a invertir, pero comienza a invertir de nuevo en una ronda subsiguiente. La experiencia del castigo inmediato suele bastar para detener el comportamiento oportunista del agente y restablecer la cooperación.

[44] Ver Robert M. Axelrod, *The Evolution of Cooperation* 13-14 (1984).

El problema del comportamiento oportunista es soluble en muchos juegos repetidos cuando los jugadores se comprometen a una relación duradera siempre que puedan observar los movimientos de los demás y no descontar el futuro también demasiado fuertemente.[45] (Las excepciones a esta generalización no tienen por qué interesarnos aquí.[46]) Las relaciones duraderas pueden basarse en el parentesco, la amistad, la etnia o la religión, por nombrar algunas. Sin embargo, en lugar de analizar la antropología de los negocios, consideraremos otra solución del problema de agencia.

*C. **Relaciones tentativas***

Muchas relaciones en una red de negocios se disuelven y se reforman fácilmente. Para modelar las relaciones tentativas, asumimos como antes que el juego de la agencia se repite indefinidamente. Cambiamos el supuesto, sin embargo, de que hay sólo dos jugadores. En su lugar, supongan que hay un número infinito de jugadores, que se forman en parejas para jugar cada ronda del juego. Al final de cada ronda, algunas de estas asociaciones continúan en la siguiente ronda, y otras se disuelven. Cuando una sociedad se disuelve, los jugadores deben encontrar nuevos socios para la siguiente ronda del juego por un sorteo aleatorio del *pool* de jugadores disponibles.

Las asociaciones se disuelven de dos maneras. Primero, el principal sale después de que un agente se apropia. En segundo lugar, un cambio impredecible en las condiciones del negocio hace que la relación sea improductiva, por lo que ambos socios están de acuerdo en ponerle fin. Si ninguna de las partes termina la asociación, ésta continúa en la siguiente ronda del juego.

El concepto de equilibrio para este tipo de juego se basa en la *teoría evolutiva*.[47] Piensen en los "jugadores" como anfitriones de comportamientos competitivos y pregúntense cuáles de

---

[45] Maskin y Fudenberg han demostrado que en cualquier juego en el que (i) los jugadores maximicen la suma descontada de utilidades de un solo período, (ii) la tasa de descuento no sea demasiado elevada y (iii) los jugadores puedan observar el historial de movimientos del juego, cualquier par de pagos que Pareto-dominan el minimax pueden surgir como pagos de equilibrio promedio del juego repetido. Véase Drew Fudenberg & Eric Maskin, *The Folk Theorem in Repeated Games with Discounting or with Incomplete Information*, 54 Econometrica 533, 533-36 (1986). Por lo tanto, la repetición del juego hace posible una mejora paretiana. Véase id. Este teorema, sin embargo, aún deja sin explicar por qué la probabilidad de una solución eficiente de Pareto es tan alta como sugieren los estudios empíricos.

[46] Ver especialmente el juego del "eslabón más débil en la cadena", discutido por Glenn W. Harrison y Jack Hirshleifer, *An Experimental Evaluation of Weakest Link/Best Shot Models of Public Goods*, 97 J. Pol. Econ. 201, 221 - 22 (1989), y Jack Hirshleifer & Juan C.M. Coll, *What Strategies Can Support the Evolutionary Emergence of Cooperation*?, 32 J. Conflict Resol. 367, 394 - 98 (1988). Véase también Terry L. Anderson & PJ. Hill, *The Evolution of Property Rights: A Study of the American West,* 18 J.L. & Econ. 163, 178-79 (1975) (argumentan que "la evolución de los derechos de propiedad es función del proceso marginal de toma de decisiones"). Véase generalmente Jack Hirshleifer, *Evolutionary Models in Law and Economics*, R. L. & Econ. 1, 50-52 (1982) (argumenta que el comportamiento cooperativo depende en gran medida de la situación ecológica).

[47] Para una excelente revisión de la evolución aplicada a teoría de los juegos, véase Abhijit Bannerjee y Jorgen W. Weibull, *Evolution and Rationality: Some Recent Game-Theoretic Results*, Research Papers in Economics (Dep't of Econ., Univ. of Stockholm, 1993). Para una discusión de la relación entre la ley y la teoría evolutiva, véase E. Donald Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, 85 Colum. L. Rev. 38, 38-40 (1985); E. Donald Elliott y otros, *Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law,* 1 J.L. Econ. & Organization 313, 314-17 (1985). Para un artículo pionero sobre modelos evolutivos del derecho, véase Hirshleifer, supra

estos comportamientos sobrevivirán en competencia con los demás. La selección favorece el comportamiento que goza de un mayor rendimiento. Para modelar este hecho, supongamos que la proporción de jugadores que usan una estrategia en particular aumenta mientras goce de un rendimiento por encima de la media. Por el contrario, la proporción de jugadores que utilizan una estrategia en particular disminuye siempre y cuando sufran retornos por debajo de la media. La competencia tiende a eliminar todas las estrategias por debajo del promedio, de modo que cada estrategia que sobrevive en equilibrio gana la misma tasa de retorno.

Cuando una matriz de rentabilidad como la representada en la figura 1, es incrustada en un modelo evolutivo, hay un resultado familiar para los teóricos, que es un equilibrio mixto en el que la mayoría de los agentes cooperan y algunos agentes se apropian.[48] Para ver por qué ocurre este resultado, consideren el hecho de que los cooperadores forman relaciones estables, mientras que los agentes no cooperantes sólo juegan una vez con un principal particular.[49] Por consiguiente, el agente que sigue la pura estrategia de cooperación espera gozar de un modesto pago en una alta proporción de rondas, mientras que el agente que sigue la estrategia pura de la no cooperación espera disfrutar de una alta rentabilidad en una baja proporción de rondas. En un equilibrio mixto, estas dos estrategias tienen el mismo valor esperado.

*D. ¿**Qué es una Norma**?*

He demostrado que las relaciones pueden resolver el juego de la agencia a través del ojo-por-ojo o el abandono. En las comunidades de personas, sin embargo, tales juegos suelen generar normas. Antes de desarrollar una teoría de las normas, explico lo que son. La pregunta "¿Qué es una norma?" es aún más general que la pregunta "¿Qué es una ley?". Estas preguntas han sido abordadas por los filósofos morales durante muchas generaciones. En lugar de revisar las respuestas, destilo algunas conclusiones relevantes a las teorías conductuales.

Las normas son prácticas en el sentido de que dirigen el comportamiento. Para dirigir el comportamiento de manera efectiva, un orador debe decir quién debe hacer qué cosa y cuándo. Una norma completa proporciona estas instrucciones explícitamente. Así, la forma canónica de una norma, según una formulación,[50] establece que cada miembro de una cierta clase de personas (sujetos de la norma) tiene la obligación (carácter normativo) de hacer algo (acto de la norma) en ciertas circunstancias (condiciones de la norma), sujeto a una pena por incumplimiento (sanción de la norma). Por ejemplo, los conductores deben permanecer dentro del límite de velocidad establecido en todas las circunstancias o pagar una multa.

El hecho de que se promulgue una ley es una razón para que los ciudadanos hagan lo que requiere. Del mismo modo, el hecho de que una norma sea internalizada proporciona una razón para que el tomador de decisiones haga lo que requiere. Para ilustrar, supongamos que

---

nota 46. Para un libro pionero sobre modelos evolutivos de la economía, véase Richard R. Nelson & Sidney G. Winter, *An Evolutionary Theory of Economic Change* (1982).

[48] Ver Rudolf Schussler, *Anonymous Exchange Cooperation*, Paper Presented at the 4th International Conference on Social Justice Research (July 1993).

[49] Para esta formulación, véase id.; Robyn Dawes & John Orbell, *Social Welfare, Cooperators' Advantages, and the Option of Not Playing the Game*, Paper Presented at the 4th International Conference on Social Justice Research (July 1993).

[50] Aquí sigo el relato del "núcleo" de una norma en Von Wright, supra nota 41, en 70-92. Podrían agregarse otros elementos a la forma canónica de una norma, incluyendo al ejecutor de la norma y si el ejecutor le está permitido o está obligado a hacerla cumplir.

inicialmente considero la decisión de fumar como una preferencia puramente personal, en la que el individuo debe sopesar el placer inmediato contra el daño futuro a su salud. Alguien posteriormente me convence, contrariamente a mis creencias anteriores, de que el fumar es moralmente incorrecto ("Dios nos prohíbe hacernos daño por placer", "Arriesgas la orfandad de tu hijo", etc.). Después de mi conversión, tengo una razón adicional para no fumar; fumar viola una regla moral que ahora tengo.

Los psicólogos han investigado extensamente la internalización de las normas. Los estadios en el desarrollo de razonamiento moral entre los niños han sido estudiados, especialmente por Piaget y Kohlberg.[51] Según la teoría, un niño perfecciona la capacidad de internalizar las normas a medida que adquiere una capacidad de razonamiento general. Su investigación, como mi caracterización de la internalización como aceptación de una nueva razón para actuar, hace que el proceso sea fresco y racional. En contraste, la "psicología de la profundidad" a menudo traza la internalización de la moralidad a procesos irracionales que son calientes y rudimentarios. De acuerdo con estas teorías, la internalización de la moral arraiga nuevos impulsos en un niño a través de experiencias emocionales. Un ejemplo es la teoría de Freud de que la moralidad es el "fantasma en la guardería", que significa la memoria reprimida de los castigos paternos.[52] La represión transmuta el miedo en culpa, lo que cambia el comportamiento.

	Coopera	Se apropia
Invertir	0.5 0.5	0.3 -1
No Invertir	0 0	0 0

Figura 2 Internalización y Juego de Agencia
En cada celda el pago N.E. se refiere al pago al Agente, y el pago S.O. es el pago al Principal

Ambos tipos de internalización-aceptar una nueva razón e inculcar un nuevo impulso- crean un nuevo motivo que puede inclinar el equilibrio motivacional del individuo. Los modelos económicos a menudo ven la motivación como un cálculo de beneficios y costos psicológicos.[53]

---

[51] Piaget presentó sus ideas sobre las etapas del desarrollo mental en una serie de libros escritos en francés a partir de 1937, incluyendo la traducción inglesa Jean Piaget, *The Moral Judgement of the Child* 13-108 (trad. Marjorie Cabain, 1965). Kohlberg también desarrolló sus ideas en una serie de libros y artículos durante muchos años; ver especialmente Lawrence Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice,* en 1 *Essays on Moral Development* 1, 409-12 (1981), donde en el apéndice esboza su descripción de las seis etapas del desarrollo moral. Los defectos en el enfoque de Kohlberg han generado muchas críticas de las feministas, especialmente Carol Gilligan, *In A Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* 18-23 (1982). Véase también Nona P. Lyons, *Two Perspectives: On Self, Relationships, and Morality,* in *Mapping the Moral Domain* 21 (Carol Gilligan et al., Eds., 1988).

[52] En el relato de Freud, la moralidad es el recuerdo reprimido del castigo y las amenazas del padre de un niño. En términos técnicos, el superyó surge cuando un niño reprime sus temores edípicos y se identifica con su padre. Véase Sigmund Freud, *The Ego and the Id* 18-29 (James Strachey ed. & Joan Riviere, W.W. Norton & Co. 1960). Hay una explicación clara en Richard Wollheim, *Freud* 177-218 (1971).

[53] Los filósofos antiutilitarios suelen rechazar la teoría de que conformarse a un principio de moralidad implica sopesar razones alternativas y extraer el saldo. Por ejemplo, véase el relato de las "razones de exclusión" en Joseph Raz, *The Morality of Freedom* 267-87 (1986).

Desde esta perspectiva, la internalización atribuye una "pena de culpa" a la violación de una norma, lo que puede cambiar el signo de los beneficios psicológicos netos.[54] Para ilustrar, consideren cómo podrían cambiar los beneficios de la Figura 1 si el agente internalizara una norma que prohíbe la apropiación de la inversión del principal.[55] En la Figura 2, el agente goza de una compensación de 1 por apropiarse. Después de internalizar la norma, sin embargo, el agente podría experimentar un costo de 0.7 por violarla. Después de la internalización, el beneficio neto de apropiarse ahora es igual a 0,3. La cooperación es la estrategia dominante para ambos jugadores en la Figura 2.

La figura 2 muestra cómo la internalización puede inclinar el equilibrio motivacional de un tomador de decisiones que maximiza sus beneficios netos. Algunos teóricos morales, especialmente aquellos en la tradición de Kant, se oponen a la caracterización de la motivación en términos de beneficios y costos. Sin embargo, el relato preciso de cómo la internalización puede inclinar el equilibrio motivacional, no importa a los efectos de este artículo.

Sin embargo, en lugar de analizar las motivaciones morales, quiero describir una conexión importante entre la moral y los negocios. Max Weber sostuvo que la aparición del capitalismo dependía de una ética, perfeccionada en primer término entre los cristianos protestantes, en la que el individuo interiorizaba un papel ocupacional.[56] La "internalización" aquí significa aceptar las normas de una ocupación tan íntimamente que se convierten en parte de la auto-concepción del yo del individuo, alterando así su interés propio percibido. La internalización de un rol ocupacional, según Weber, aumenta la dedicación y la creatividad con la que los individuos persiguen objetivos empresariales.

Del mismo modo, Durkheim se preguntó cómo una sociedad moderna puede dividir tan finamente el trabajo y todavía mantenerse unida.[57] Halló la respuesta en la internalización de los roles ocupacionales. Los roles ocupacionales combinan habilidad técnica y normas sociales. Según Durkheim, funciones complementarias coordinan el trabajo de extraños y les permiten desarrollar habilidades especializadas que dan como resultado un alto nivel de eficiencia.[58]

Al prescindir de la necesidad de la aplicación del Estado, la internalización de las normas es la descentralización final de la ley. En consecuencia, la internalización de los roles ocupacionales es fundamental para la descentralización del derecho económico. Esta visión ha sido revivida por Casson en un libro reciente que aplica teoría de los juegos a la práctica

---

[54] Sobre el uso de una "pena de culpabilidad" para cambiar la matriz de pago en un juego, véase Mark Casson, *The Economics of Business Culture: Game Theory, Transaction Costs, and Economic Performance* 29-52 (1991).

[55] Lo que sigue es un raro ejemplo de una discusión de la internalización por un erudito de derecho y economía: "Un jugador castigado en ojo-por-ojo *x* veces sucesivas por defecciones no provocadas en un juego del dilema del prisionero, llegado a ese punto, internalizaría el castigo. Después de la internalización, el jugador, como el perro de Pavlov, deduciría automáticamente el monto de castigo esperado de los pagos que percibió previamente como asociados a sus defecciones no provocadas." Robert C. Ellickson, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, 65 Chi.-Kent L. Revv. 23, 46 (1989).

[56] Véase Max Weber, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism* 27 (Trad. Talcott Parsons, 1958).

[57] Véase Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society* 68-87 (traducciónW.D. Halls, 1984).

[58] Véase *ídem*.

empresarial.[59] La modelización de las normas comerciales puede dar nueva vitalidad a una vieja visión de lo que hace que sea posible el capitalismo.

E. ***Existencia***

¿Cómo puede un observador decir si existe una norma o ley en una comunidad de personas? De acuerdo con la teoría positiva de la ley,[60] una norma o ley existe en una comunidad cuando alcanza un nivel mínimo de efectividad en la conducción de la conducta. De lo contrario, la comunidad no tiene la norma o la ley en cuestión. Esta conclusión constituye un elemento fundamental en la teoría de las normas y de los juegos. Los diversos refinamientos y críticas de la teoría positivista de las normas no necesitan preocuparnos.[61]

Los requisitos para la efectividad de las normas sociales son diferentes que para las leyes estatales. Como se ha explicado, alguien que ha interiorizado una norma se siente culpable de violarla y orgulloso de obedecerla.[62] En consecuencia, la internalización puede inclinar la balanza para un tomador de decisiones a favor de obedecer a una norma. Además, las normas son necesariamente generales en su aplicación. Se deduce que alguien que ha interiorizado una norma, siente que otros deben obedecerla también y, por lo tanto, tiende a criticar o castigar a las personas que la violan. La amenaza de crítica y castigo disuade a algunas personas de violar una norma. En consecuencia, cuando una proporción significativa de personas en una comunidad internaliza una norma, se torna efectiva en dirigir el comportamiento. Por lo tanto, existe una norma o costumbre social en una comunidad cuando hay suficiente gente que la interioriza para hacerla efectiva.

Este análisis sugiere una prescripción para la investigación empírica de las normas consuetudinarias. En primer lugar, formular la hipótesis de que existe una norma. Para ello, enunciar la norma en forma canónica y describir la comunidad en la que supuestamente existe. En segundo lugar, para comprobar si la hipótesis es verdadera o falsa, recopilar información de la comunidad sobre la internalización de la norma. La hipótesis de que existe

---

[59] Afirma Casson: "Este libro plantea un punto simple. El desempeño económico general depende de los costos de transacción, y estos reflejan principalmente el nivel de confianza en la economía. El nivel de confianza depende a su vez de la cultura. Una cultura efectiva tiene un fuerte contenido moral. La moralidad puede superar los problemas que procedimientos formales -basados en el monitoreo del cumplimiento de los contratos- no pueden. Por lo tanto, una cultura fuerte reduce los costos de transacción y mejora el desempeño: el éxito de una economía depende de la calidad de su cultura." (Casson, supra nota 53, en 3.)

[60] Un resumen de la teoría positiva de la ley está en Dworkin, supra nota 20, en 14-22.

[61] Esta teoría es vulnerable a la crítica de que una norma puede satisfacer las condiciones de existencia positivistas en una comunidad, mientras que las personas en otras comunidades la consideran completamente inmoral. Para ilustrar, muchas tribus imponen a sus miembros la obligación de vengar la muerte de un pariente, a pesar de que la venganza del clan le parezca abominable a la mayoría de la gente moderna. Así, los críticos han argumentado que una regla debe satisfacer ciertas condiciones mínimas de moralidad antes de que pueda ser llamada una ley, independientemente de si satisface o no las condiciones de existencia positivistas. Para uno de los debates grandes y elocuentes de la jurisprudencia sobre este tema, véase Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (2ª edición, 1964); Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart*, 71 Harv. L. Rev. 630 (1958); H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958).

[62] Estos sentimientos se manifiestan en varios comportamientos que señalan a otros lo que hizo el actor y cambian las estrategias óptimas en los juegos. Por ejemplo, una persona puede preferir cooperar en un juego porque las respuestas emocionales involuntarias aumentan el riesgo de detección de "tramposos". Para un relato de las respuestas emocionales como señales, ver Robert H. Frank, *Passions Within Reason: The Strategic Role of the Emotions* 1-19, 43-70 (1988).

una norma consuetudinaria en una comunidad será verdadera si un número suficiente de sus miembros internaliza la norma.

La ley estatal es diferente de las normas sociales en un aspecto importante. Como se ha explicado, una norma social es ineficaz en una comunidad y no existe a menos que la gente la interiorice. Del mismo modo, si los ciudadanos internalizan las leyes estatales, las leyes de los estados son efectivas. Sin embargo, la ley estatal puede ser efectiva sin ser internalizada por parte de los ciudadanos. Anteriormente mencioné el hecho de que el estado tiene reglas para hacer reglas.[63] (Las reglas secundarias prescriben cómo hacer reglas primarias). Al hacer una regla, el Estado fija sanciones a las obligaciones, y los funcionarios deben aplicar las sanciones a los que rompen las reglas. Si las sanciones oficiales son efectivas, la ley estatal puede controlar la conducta, aunque los ciudadanos no internalicen la ley. Por ejemplo, la aplicación intermitente de un límite de velocidad de cincuenta y cinco millas por hora puede reducir el tráfico a 65 millas por hora, en cuyo caso el comportamiento estará controlado por una ley que pocas personas internalizan y obedecen.[64]

F. ***Emergencia***

Luego de discutir cómo las personas internalizan las normas, vuelvo a la cuestión de cómo surgen las normas en una comunidad empresarial. Recuerden el juego de agencia en el que el principal le da al agente el control sobre un activo. Más cooperación aumenta el nivel de confianza, lo que aumenta el valor esperado del juego para todos los jugadores. En consecuencia, todo el mundo disfruta de una externalidad positiva cuando más agentes cooperan y menos agentes son apropiadores. A la inversa, todos los jugadores sufren una externalidad negativa cuando más jugadores se apropian.[65]

El principal invertirá si piensa que su agente es un cooperador, mientras que no lo hará si piensa que su agente es un apropiador. Los jugadores en los juegos a menudo proporcionan señales sobre las estrategias que siguen. En el juego de agencia, cada agente tiene un incentivo a proporcionar señales que induzcan a los principales a invertir. Cada agente señalizará "cooperación", sin importar si su verdadera estrategia es la cooperación o la apropiación. En consecuencia, surgirá un consenso en la comunidad sobre cómo deben actuar los agentes. Tal consenso convencerá a algunos miembros de la comunidad de interiorizar la norma y arraigarla en los jóvenes. Así, surgirá una nueva norma en la comunidad.[66]

---

[63] Ver *supra* texto correspondiente.

[64] Este ejemplo es especialmente interesante porque, aunque casi todo el mundo desobedece a la ley, la mayoría de la gente todavía puede creer que es la mejor ley. Por ejemplo, puede ser mejor establecer el límite de velocidad en "55" para que la gente conduzca a "65", que la ley diga "65" para que la gente conduzca a "75".

[65] Los cooperadores también crean una externalidad negativa absorbiendo el pool de socios de negocios disponibles, mientras que los apropiadores aumentan el pool porque sus sociedades se disuelven rápidamente. La cooperación produce así una externalidad positiva y otra negativa, y supongo implícitamente que la primera es mayor que la segunda.

[66] Argumentando a lo largo de líneas similares, Pettit dice que las normas serán "resistentes" cuando casi todo el mundo apruebe las que benefician a los demás y desapruebe las que dañan a otros. Véase Philip Pettit, *Virtus Normativa: Rational Choice Perspectives*, 100 Ethics 725, 753-55 (1990). Para un relato similar del surgimiento de las normas, expresado en el lenguaje de la filosofía, véase Allan Gibbard, *Norms, Discussion, and Ritual: Evolutionary Puzzles*, 100 Ethics 787, 799-802 (1990). Gibbard afirma: *Mi hipótesis es ésta: Hay un tipo especial de estado psíquico, que acepta una norma, que sirve para coordinar las acciones a través de la discusión. ¿Cómo podría funcionar esto? Piense*

G. ***El cooperador marginal***

¿De qué manera la aparición de una norma empresarial afecta al nivel de equilibrio de la inversión y la producción? Voy a demostrar que los individuos suelen cambiar el equilibrio castigando a los infractores de la norma, pero no obedeciéndola.

En el juego de la agencia, la gente que interioriza la norma cooperará, no se apropiarán, incluso si la recompensa objetiva por cooperar es ligeramente inferior a la de apropiarse. Lo llamo comportamiento "principista" con la norma. Por el contrario, las personas que no internalizan la norma sólo cooperarán si la rentabilidad objetiva de la cooperación es al menos tan alta como la de la apropiación. Llamo a esta conformidad "adventicia" (accidental) con la norma.

En un equilibrio mixto, algunos jugadores siguen la estrategia de cooperación, y otros siguen la de apropiación. En un equilibrio evolutivo, todas las estrategias que persisten producen el mismo beneficio objetivo. Cuando todas las estrategias producen el mismo beneficio, algunas personas se ajustan a la norma adventicia. El equilibrio se alcanza ajustando el número de personas que se conforman en forma adventicia a la norma. En consecuencia, la presencia de personas que se ajustan a los principios no afecta el equilibrio.

Por ejemplo, supongan que se iguala la tasa de rendimiento de los jugadores en el juego de la agencia cuando ochenta jugadores cooperan y veinte jugadores se apropian. Además, supongan que sesenta jugadores cooperan desde el principio y que veinte jugadores cooperan de manera adventicia. Ahora supongan que uno de los apropiadores está convencido de cambiar sus malas maneras y comenzar a cooperar. El cambio en su comportamiento causa un desequilibrio en el que ochenta y un jugadores cooperan y diecinueve jugadores se apropian. El equilibrio será restaurado por uno de los cooperadores adventicios que cambia su estrategia de la cooperación a la apropiación. Así, la internalización de la norma por un jugador más cambia la identidad de los cooperadores, pero no su número.

Los jugadores marginales cambian su comportamiento cuando los pagos objetivos cambian en una pequeña cantidad, mientras que los jugadores inframarginales persisten en su comportamiento actual. El argumento de esta sección puede resumirse afirmando que la conformidad adventicia es marginal y que la conformidad principista es inframarginal en un equilibrio evolutivo mixto. Un cambio en el número de jugadores inframarginales no cambia el equilibrio, que será determinado por los jugadores marginales.

H. ***Penas baratas***

---

en una norma simplemente como un imperativo diciendo qué hacer en algún tipo de situación, o cómo sentirse... Una característica necesaria es un vínculo con la acción: una persona que acepta una norma tiende a acatarla cuando se encuentra con una situación a la que se aplica. Yo llamo a esto gobernanza normativa. Otras motivaciones pueden superar esta tendencia, pero la tendencia, especulo, tiene cierta fuerza. Una segunda característica necesaria es la capacidad de respuesta a la discusión, una especie de respuesta que conducirá al consenso. Formula la hipótesis de dos clases de capacidad de respuesta. Una de ellas es la influencia: en la discusión normativa, una persona va a confesar las normas. Otros expuestos a estas confesiones normativas tenderán a aceptar las normas declaradas. Un segundo tipo de respuesta es a las demandas de coherencia; esto limita la capacidad de una persona para adaptar las normas que uno confiesa a su propio caso. Íd. en 791.

Ahora explicaré cómo la aparición de una norma cambia los niveles de equilibrio de la producción y la inversión. Una persona que interioriza una norma puede estar dispuesta a dedicar cantidades modestas de sus recursos a hacerla cumplir para beneficio de demás. Las sanciones informales como el chismorreo y el ostracismo son penas baratas.[67] Estas sanciones aumentan el costo esperado de violar la norma, lo que aumenta la conformidad con la misma. Así, la aparición de una norma empresarial aumenta la cooperación disuadiendo a los agentes de apropiarse.

Voy a ilustrar este punto mediante el uso del juego de la agencia. El interés propio inmediato provee una razón suficiente para que los principales salgan de relaciones con agentes apropiadores. La ejecución, sin embargo, a menudo va más allá del estrecho interés propio del ejecutor. La posibilidad de ejecución principista puede ser captada en el juego de la agencia mediante la introducción de reputación.

Supongan que la asociación es selectiva, no aleatoria, y que la selección se basa en la reputación de un socio potencial. La reputación de alguien consiste en información sobre su conducta pasada que se disemina entre otros jugadores. Por lo tanto, los beneficios de la reputación certera se difunden entre los jugadores del juego.

Mientras que los beneficios se difunden, los costos de la difusión de información acerca de la reputación de los demás recaen sobre el difusor. Las personas que han interiorizado la norma están preparadas para soportar los costos modestos de aplicarla para beneficio de los demás. En consecuencia, la internalización de las normas promueve la difusión de información sobre los malhechores. En términos técnicos, la internalización de las normas supera la tendencia a practicar "*free ride*" sobre los esfuerzos de aplicación de los demás.

I. ***Dinámica***

---

[67] Al discutir el problema de sancionar a los malhechores mediante chismes, Pettit escribe: "*Pero la gente no tiene que identificar a los violadores intencionalmente; Sólo tienen que estar alrededor en número suficiente para hacer probable que los infractores lo notarán. E igualmente, la gente no tiene que disciplinar a los violadores intencionalmente, salir de su camino por ejemplo para reprenderlos o reportarlos a otros; sólo tienen que desaprobarlos -o al menos suponer que los desaprueban- si esa actitud alguna vez emana en la actividad intencional*." Pettit, supra nota 69, en 739 (se omiten citas).
El argumento de Pettit se basa en el supuesto de motivación de que la gente se mueve por una preocupación de que otros no piensen mal de ellos. Para una evaluación más pesimista de las sanciones informales, véase Douglas D. Heckathorn, *Collective Action and the Second Order Free-Rider Problem*, 1 Rationality & Soc'y 78, 80-81 (1989). Para una discusión sobre cómo podría surgir el exceso de interdependencia de las acciones de cumplimiento por parte de los propietarios privados, ver David de Meza y J. R. Podría, *The Social Efficiency of Private Decisions to Enforce Property Rights,* J. Pol. Econ. 561, 561 - 63 (1992). Para un argumento de que los mercados generarán nuevas tecnologías para hacer valer los derechos de propiedad, véase Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights,* 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967). Para las teorías del ostracismo, véase *Ostracism: A Social and Biological Phenomenon* (Margaret Gruter y Roger D. Masters eds., 1986.)
Consideren este ejemplo instructivo del uso de la reputación para lograr una meta política en la EPA (Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos) durante la administración Bush. Después de haber identificado a la Corporación Monsanto como el peor contaminador químico de la nación, el director de la EPA consiguió que el director de Monsanto se comprometiera a reducir considerablemente las emisiones para evitar mala publicidad y la posible legislación. La EPA luego usó "logrolling" (grupos de presión) para conseguir que otras firmas coincidieran con las reducciones porcentuales de Monsanto. Este programa de cumplimiento voluntario tuvo gran éxito con las empresas más grandes, pero no con empresas más pequeñas. Ver Comunicación Personal con E. Donald Elliott, Asesor General de la EPA.

He explicado que las personas que internalizan una norma aumentan el nivel de equilibrio de la cooperación mediante el castigo de los apropiadores. Desarrollaré este argumento en un contexto dinámico.

La gente que internaliza una norma, presumiblemente, pagará algo para hacerla cumplir. A medida que el costo de hacer cumplir la norma aumenta, sin embargo, menos personas estarán dispuestas a pagar los costos más altos. Esta situación se ilustra en la Figura 3. En la Figura 3, el ochenta por ciento de la población ha internalizado la norma, y el veinte por ciento la ha externalizado. La función E (c) tiene pendiente negativa para indicar la disminución en los ejecutores E desde ochenta por ciento a medida que aumenta el costo de hacer cumplir c.[68]

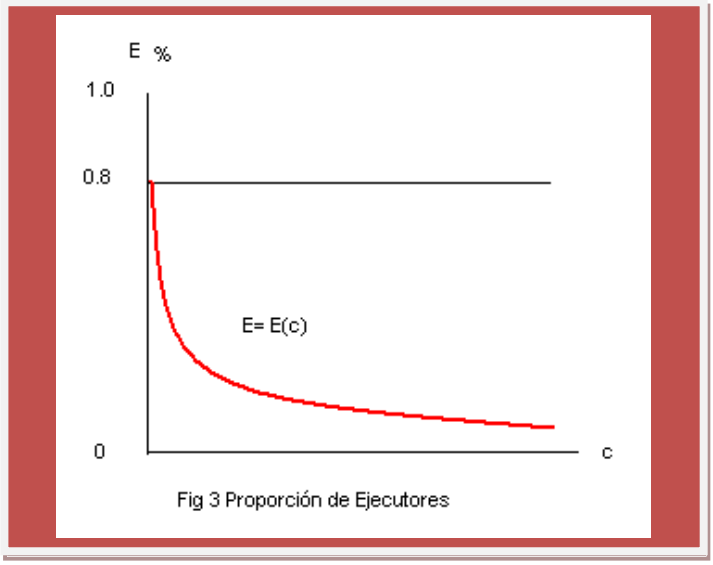


Fig 3 Proporción de Ejecutores

La figura 3 muestra cuánto están dispuestos a pagar los individuos para hacer cumplir una norma. Ahora consideren la cuantía que demanda realmente la ejecución. Los castigos informales que la gente utiliza para hacer cumplir las normas incluyen la crítica, el rechazo y la fuerza. Para ilustrarlo, las personas que rompen las reglas de etiqueta social pueden experimentar chismes, ostracismo y vandalismo. Del mismo modo, las personas que rompen las normas de una profesión pueden sufrir pérdida de reputación, expulsión o competencia predatoria. La persona que castiga espontáneamente a alguien de estas maneras por lo general corre algún riesgo de enfrentamiento o venganza, así como otros costos monetarios directos. Sin embargo, el riesgo de enfrentamiento y venganza tiende a disminuir a medida que aumenta la proporción de personas dispuestas a actuar como castigadores. En otras palabras, el costo del castigo del ejecutor disminuye a medida que aumenta la proporción de agentes ejecutores.[69] Luego, la ejecución informal, al igual que la ejecución estatal, goza de rendimientos crecientes a escala.

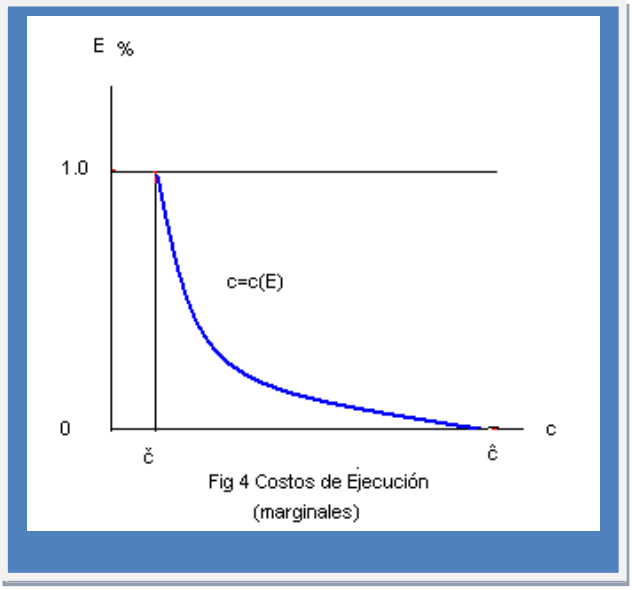


Fig 4 Costos de Ejecución (marginales)

[68] Aquí está una definición estricta de términos, usando la función de densidad *f(s)* sobre la disposición a pagar para hacer cumplir la norma social: $E = \int_0^c f(s)\, ds$.

[69] Peter Huang construye un modelo similar en el cual las personas están más inclinadas a cumplir con su deber cuando otros cumplen con el propio. Véase Peter H. Huang y Ho-Mou Wu, *Emotional Responses in Litigation*, 12 Int'l Rev. L. & Econ. 31 (1992).

Estos hechos se representan en la Figura 4, que muestra la relación entre el costo de castigar a alguien que rompe una norma social y la proporción de personas dispuestas a soportar ese costo. A medida que la proporción de ejecutores E se eleva al máximo valor posible 1, el costo de la ejecución cae a su valor mínimo *č*. A la inversa, a medida que la proporción de ejecutores E cae a 0, el costo de la ejecución se eleva a su nivel máximo *ĉ*. Por lo tanto, el costo de aplicación se eleva a una tasa indefinida desde *č* a *ĉ* a medida que disminuye el número de ejecutores (la curva no necesita ser perfectamente lisa como se muestra en la Figura 4).

Ahora comparemos las dos figuras precedentes. La Figura 3 toma el costo de la aplicación tal y como se describe y representa cuántas personas realmente hacen cumplir la norma. La Figura 4 muestra cuántos agentes son necesarios para sostener un determinado costo de ejecución. Si el número real de ejecutores es igual al número requerido para sostener el costo actual de ejecución, entonces el costo de ejecución se mantiene constante. En otras palabras, una intersección de las curvas representadas gráficamente en las figuras 3 y 4 indica un equilibrio en el número de ejecutores y el costo de la aplicación.[70]

La representación gráfica de varios equilibrios diferentes ayuda a explicar algunos casos reales observados en la vida social. Comienzo con la situación común discutida en las secciones precedentes, en la que alguna proporción de las personas que interiorizan la norma la imponen a otros. En la figura 5, se produce un equilibrio donde las dos curvas se cruzan en (E *, c *). El comportamiento dinámico del sistema se explica fácilmente. Si el número real de ejecutores excede el número requerido para sostener el costo actual de ejecución, entonces el costo de aplicación caerá. Esta situación se da en la Figura 5 para valores de las variables menores que (E *, c *). Las flechas direccionales de la figura 5 indican la dirección del cambio. A la inversa, si el número real de ejecutores no alcanza el número requerido para sostener el costo actual de ejecución, entonces aumentará el costo de aplicación. Esta situación se da en la Figura 5 para los valores de las variables mayores que (E *, c *), como se indica mediante la flecha direccional. Observen que las flechas direccionales en la Figura 5 apuntan hacia la intersección de las dos curvas en (E *, c *), lo que indica que este equilibrio es estable.[71]

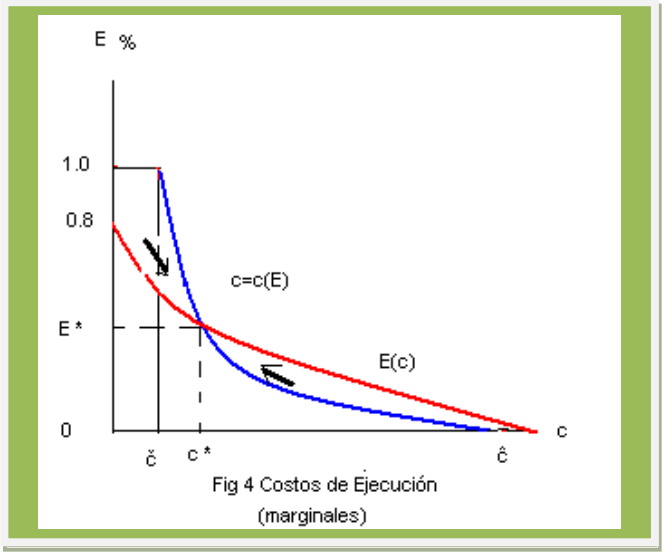
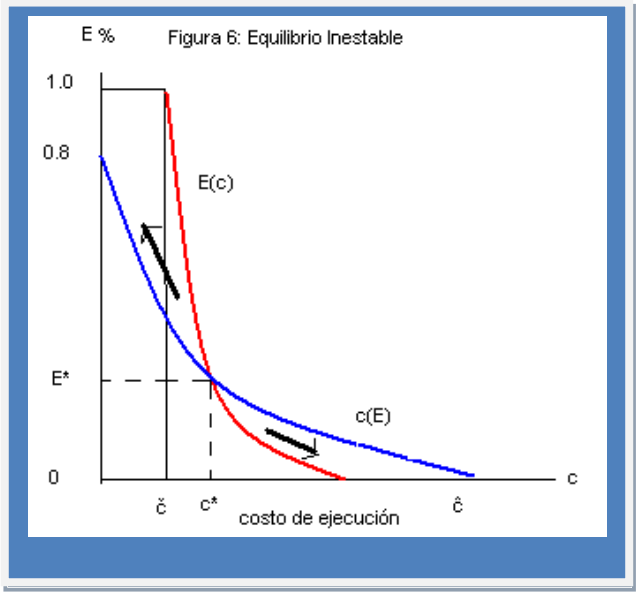


Fig 4 Costos de Ejecución (marginales)

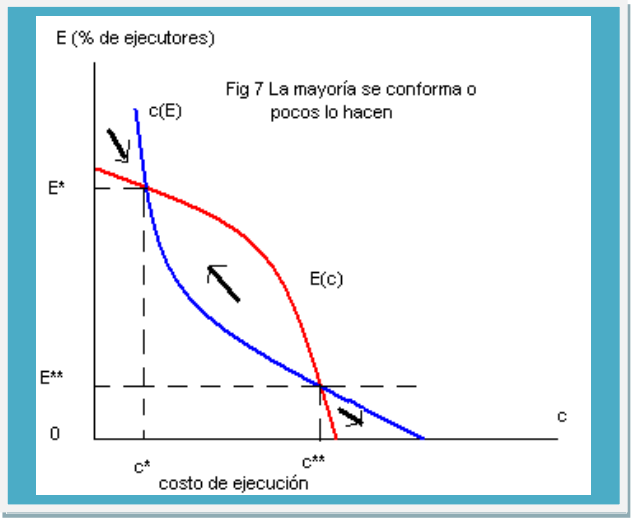
Ahora me dirijo a otro caso con dos posibilidades extremas: o bien todos los que internalizan hacen cumplir la norma, o si no nadie la impone. Esta situación ocurre en un equilibrio interno como se muestra en la Figura 6. En la Figura 6, para los valores de las variables que excedan (E*, c*), el número real de ejecutores excede el número requerido para sostener el costo actual de ejecución. Por tanto, el costo de aplicación disminuirá, como indica la flecha

[70] Para ser exactos, un equilibrio es un par de valores *(E *, c *)* tales que *E * = E (c *)* y *c * = c (E *)*.
[71] Las condiciones de estabilidad son las siguientes: Si *E (c)* corta a *c (E)* desde abajo, entonces el equilibrio es estable. Si *E (c)* corta a *c (E)* desde arriba, entonces el equilibrio es inestable.

direccional apuntando hacia afuera de (E*, c*). Del mismo modo, para los valores de las variables que no llegan a (E*, c*), el número real de ejecutores no alcanza el número necesario para sostener el costo actual de ejecución, por lo que el costo de aplicación aumentará. La flecha direccional apuntando hacia afuera de (E*, c*) indica este hecho. De acuerdo con las flechas direccionales de la Figura 6, cualquier ligero movimiento que se aleje del equilibrio inestable en (E*, c*) enviará el sistema a la esquina superior, denotada (0.8, č), o a la esquina inferior, indicada (0, ĉ). En la esquina superior, todo el que interioriza la norma la hace cumplir, y en la esquina inferior nadie hace cumplir la norma.



La figura 6 muestra una norma social que sólo puede existir con un alto nivel de cumplimiento. (E*, c*) es el punto de quiebre. Si el sistema comienza por encima del punto de quiebre, se "da vuelta" a un alto nivel de cumplimiento de la norma. Por el contrario, si el sistema comienza por debajo del punto de quiebre, se "vacía" y la norma desaparece. Muchas variaciones de este tema son posibles modificando las formas de las curvas. Por ejemplo, en la Figura 7 la mayoría de la gente hace cumplir la norma, a menos que la ejecución caiga por debajo del punto de quiebre, en cuyo caso pocas personas la hacen cumplir. La inestabilidad ocurre cuando (i) un pequeño aumento en el número de ejecutores provoca una gran disminución en el costo de ejecución,[72] y (ii) una pequeña disminución en el costo de ejecución provoca un gran aumento en el número de ejecutores.[73]



Si el sistema se ha "vaciado", una política que haga que el sistema "se dé vuelta" puede aumentar dramáticamente la conformidad con la norma. Este hecho puede proporcionar una justificación para la teoría expresiva del estado de Durkheim.[74] Esta teoría afirma que el Estado debe expresar el compromiso de la sociedad con los valores fundamentales reconociéndolos en la ley. La promulgación estatal, sin la aplicación formal, a veces puede dar vuelta al sistema social en conformidad con la ley, haciendo que los ciudadanos crean correctamente que más de ellos harán cumplir la norma.

---

[72] En otros términos, el costo de ejecución es muy elástico con respecto al número de ejecutores.
[73] En otros términos, el número de ejecutores es muy elástico con respecto al costo de ejecución.
[74] Un relato perspicaz de la teoría de Durkheim está en David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory* 23-46 (1990).

Ilustrando tal profecía auto-cumplida, muchos estados han promulgado ordenanzas prohibiendo fumar en edificios públicos como aeropuertos. Los funcionarios casi nunca hacen cumplir estas reglas. Sin embargo, la publicación de las ordenanzas obliga aparentemente a los ciudadanos a hacer cumplir las normas contra los infractores. Sabiendo esto, la mayoría de los fumadores se ajusta a las reglas. En términos de las figuras precedentes, la promulgación de la ordenanza antitabaco redujo el costo percibido de la confrontación de quejarse contra los fumadores, lo que desplazó c (E) hacia abajo y provocó que el sistema se inclinara hacia un nuevo equilibrio con un alto nivel de conformidad.[75]

Una anécdota personal proporciona otro ejemplo. La ciudad de Berkeley recientemente promulgó una ordenanza que obligaba a los propietarios a limpiar después de que sus perros (la ley "*pooper-scooper*"). La promulgación de la ley aclaró vagas normas sociales relativas a la cortesía. Después de ser promulgada, la gente se tornó más agresiva para hacer cumplir lo que exige la cortesía común. Aparentemente es más fácil decir: "Obedezca la ley", que: "No sea desagradable". La ordenanza inclinó la balanza a favor de la aplicación privada de la norma y cambió el comportamiento de los dueños de perros.

En estos dos ejemplos, el derecho resuelve el problema que aborda sin aplicación formal. En otros casos, sin embargo, la aplicación estatal puede ser requerida para inclinar la balanza hacia el cumplimiento de una norma social. La posibilidad de la aplicación del Estado constituye una amenaza creíble para los ciudadanos que se quejan de la violación de las normas sociales. La amenaza es creíble en la medida en que el Estado haga cumplir sus leyes contra quienes las violen.

*J. **Juego de negociación***

He demostrado que las personas que interiorizan una norma de negocios causan más cooperación en una comunidad, no obedeciendo la norma, sino castigando a otros que la violan. Esta conclusión se deriva del hecho de que las personas que interiorizan la norma son infra-marginales con respecto a la conformidad y marginales con respecto a la aplicación. Ahora paso de las normas de cooperación a las normas de distribución.

En el juego de la agencia caracterizado por la Figura 1, la cooperación de ambos jugadores crea un producto valioso.[76] En el caso de las empresas, sin embargo, las partes suelen negociar sobre la cuota-parte de un producto cooperativo, lo que implica un problema de distribución. Ahora quiero explicar el obstáculo a la aparición de normas de distribución. Voy a superponer un juego de negociación al juego de agencia.

En el juego de agencia, las partes pueden producir un producto cooperativo de 1, pero primero tienen que ponerse de acuerdo sobre cómo dividirlo. Supongamos que las partes negocian por una cantidad de tiempo finita sobre la parte del agente del producto cooperativo, denotada b, donde 0 <b <1. Si las partes acuerdan antes de que expire el tiempo, los pagos cooperativos son iguales a ((1-b), b). Si el tiempo expira sin un acuerdo, el juego

---

[75] Para una colección fascinante de estudios sobre políticas públicas hacia el tabaquismo, véase Robert L. Rabin y Stephen D. Sugarman, *Smoking Policy: Law, Politics, and Culture* (1993).

[76] Estrictamente hablando, la matriz de pago estipula una división igualitaria del excedente de la cooperación en cada ronda del juego. Sin embargo, incluso sin pagos secundarios, un jugador que quiera una mayor participación puede insistir en apropiarse en lugar de cooperar en alguna proporción de rondas.

termina con pagos (0, 0). Si se llega a un trato, el principal promete invertir y el agente se compromete a cooperar, y ambos jugadores acuerdan su participación en el producto.

La negociación *blanda* es un bien público en el sentido de que todo el mundo disfruta de una externalidad positiva cuando otros jugadores negocian con blandura. La externalidad positiva se manifiesta en una mayor probabilidad de cooperación y una mayor participación esperada de sus beneficios. Por el contrario, la negociación *dura* es un mal público en el sentido de que todo el mundo sufre una externalidad negativa cuando los otros jugadores negocian duro. A pesar de esto, es improbable que una comunidad empresarial desarrolle una norma que requiera una negociación blanda. Ninguna norma puede surgir debido a los incentivos para señalizar, como explico.

Un equilibrio evolutivo en el juego de la negociación tiene típicamente una solución mezclada, con algunos jugadores negociando duro y otros negociando blando. Para conducir un negocio duro, un jugador debe señalizar que es un negociador duro. Las personas que se representan a sí mismas como negociadores duros probablemente defenderán la negociación dura en principio. Incluso los negociantes blandos pueden obtener una ventaja al representarse a sí mismos como negociadores duros. En consecuencia, muchas personas señalizarán que siguen una estrategia de negociación dura. Dado este hecho, no surgirá ningún consenso de que la gente deba negociar blandamente. En lugar de un consenso, una mezcla de opiniones sobre la ética de la negociación reflejará la mezcla de estrategias de equilibrio realmente seguidas.

Observen que los incentivos para la señalización son contrarios en el juego de agencia y el juego de negociación. En el juego de agencia, los jugadores se representan a sí mismos como cooperadores, y la cooperación es un bien público. En el juego de negociación, muchos jugadores se representan como negociadores duros, y la negociación dura es un mal público. Mi teoría predice que las normas comunitarias surgirán cuando la señalización y los bienes públicos converjan, mientras que la divergencia entre ellos producirá un guisado de opinión pública. Así, mi teoría predice la aparición de normas comerciales que aprueban la cooperación y desaprueban la apropiación. Mi teoría predice, sin embargo, que no surgirá ninguna norma desaprobando la negociación dura.

Estas predicciones parecen ser ampliamente coherentes con los hechos. En general, las comunidades empresariales no parecen desarrollar normas sustantivas que estipulen precios justos. Los "precios justos", como topes máximos a la tasa de interés, por lo general se han impuesto a las empresas. En cambio, las normas de negociación tienden a ser de procedimiento. En muchos procedimientos, la representación pública converge con el interés público. Por ejemplo, todos tienen un incentivo a denunciar el fraude, incluyendo las personas que lo practican. En consecuencia, mi teoría predice que una comunidad de negocios tendrá normas que prohíben el fraude, pero ninguna norma prohibiendo la negociación dura.

III. Sentencias estructurales

Esta parte aplica la teoría de las normas y de los juegos a la función del Estado en la legislación descentralizada. En las democracias, las leyes coercitivas son típicamente justificadas por el principio de la regla de la mayoría. La justificación para hacer cumplir las normas sociales, sin embargo, es muy diferente. Las normas sociales son aplicadas selectivamente por los jueces de los países de derecho consuetudinario. Llamo a esto la

"sentencia estructural" de los jueces. En el resto del artículo, desarrollaré una teoría de las estructuras sociales que deben guiar la sentencia.

A. ***Serendipia***

De acuerdo con la tradición utilitarista, las personas suelen sentirse obligadas a hacer lo socialmente eficiente y evitar hacer lo socialmente ineficiente.[77] En la medida en que esta generalización sea verdadera, los equilibrios eficientes en un juego se convertirán en normas y los ineficientes equilibrios no persistirán ni siquiera como regularidades. Según la reciente investigación empírica en sociología, los juegos tienden a establecerse en equilibrios que satisfacen el sentido de equidad entre los jugadores.[78] La combinación de estas dos predicciones lleva a la conclusión de que la justicia y la eficiencia percibidas son necesarias y suficientes para la evolución de una norma social. La adjudicación estructural comienza con la observación de que las comunidades empresariales generan normas para fomentar la cooperación y desalentar la apropiación. Los beneficios de estas normas se difunden en toda la comunidad, por lo que los individuos tienden a practicar *free ride* sobre los esfuerzos de otros. La internalización de las normas supera parcialmente el problema del bajo nivel de justiciabilidad. El cumplimiento por parte del Estado a veces puede mejorar aún más la situación.[79] En estas condiciones, la aplicación de las normas sociales es justa por las normas de la comunidad a las que se aplican y son eficientes según las normas de la economía. La equidad y la eficiencia son fuertes justificaciones para que el estado imponga una norma social.

Si la serendipia del utilitarismo caracterizara la vida social, las sentencias sobre las normas sociales sería fácil. De hecho, las normas sociales a veces no surgen cuando es necesario, o emergen cuando no se necesitan para la equidad o la eficiencia. En el resto de este artículo exploro algunas "fallas de la comunidad".

B. ***Formalización e Información***

La ejecución del Estado no siempre mejora la eficiencia de una norma social. La ejecución del estado requiere formalización. La revisión o derogación de la ley formal generalmente requiere una sentencia o una decisión colectiva. Por el contrario, cambiar las costumbres requiere que los individuos se comporten de manera diferente, sin sentencia ni decisión colectiva. En consecuencia, las normas sociales pueden ser flexibles. Por esta razón, la formalización excesiva o prematura de una ley es ineficiente.

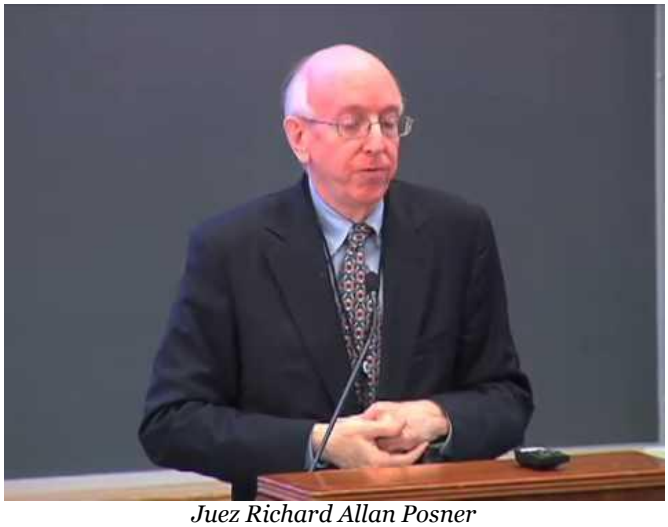
---

[77] Véase generalmente Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 13 (J.H. Burns & H.L.A. Hart eds., 1970) (discutiendo la teoría utilitarista). Para una moderna teoría utilitarista de las normas sociales, véase Robert Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* 123-264 (1991).

[78] Para una revisión de esta investigación, véase en general Robert B. Chaldini, Carl A. Kallgren y Raymond R. Reno, *A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior*, en 24 Advances in Experimental Psychology 201 (MP Hanna ed., 1991).

[79] Observen que este relato corresponde a la tesis de Locke de que los derechos existen en la naturaleza, pero que es necesario el estado para eliminar la vaguedad y proporcionar la aplicación adecuada. Véase John Locke, *The Second Treatise on Civil Government* 16-29 (Thomas P. Peardon ed., 1952) (1690).

La flexibilidad de los jueces depende de su información. Por ejemplo, considérese la diferencia entre el enfoque costo-beneficio de la sentencia y el enfoque estructural como lo ejemplifica el contraste entre la decisión del Juez Hand en *United States v. Carroll Towing Co.*[80] y la decisión del juez Posner en *Rodi Yachts, Inc. v. Marine, Inc.*[81] En ambos casos, una barcaza se soltó de sus amarres y causó daños de colisión posteriores a otros buques. En el primer caso, el juez Hand no pudo encontrar ninguna norma comunitaria aplicable al barquero, por lo que aplicó su propia prueba de costo-beneficio, tal como figura en la "Regla de Hand".[82] De acuerdo con esta regla, se califica de negligente a un acusado que no haya tomado precauciones si la carga de la precaución es inferior a los ahorros esperados en la responsabilidad ("B <PL"). Esta formulación matemática, que convirtió el caso en el favorito de todos los tiempos de los economistas, fue consagrado en la definición de negligencia en el Second Restatement of Torts.[83] En otros casos en que existen estándares de la industria, los tribunales han utilizado la regla de Hand, o enfoques similares de costo-beneficio, para criticar los estándares de la industria. Por ejemplo, *The T.J. Hooper*, también decidido por el juez Hand, ha venido a defender el principio de que el cumplimiento de la costumbre no es defensa de una demanda por agravio.[84]



Juez Richard Allan Posner
Empirical Legal Studies Conference keynote
How judges might receive and view empirical research?
46m 47s

A diferencia del Juez Hand, el juez Posner cree que "el juez y las partes no deben sentirse obligados a realizar un análisis costo-beneficio del transporte de barcazas desde cero".[85] En su lugar, el juez Posner examinó la estructura de incentivos para la industria y los mercados en los que operaba. Razonó que el cumplimiento de un estándar comunitario debe ser una defensa para una industria que tiene una relación de mercado con sus víctimas de agravio, pero no de otra manera.[86] Cuando las víctimas son los clientes potenciales del causante, la negociación que hagan en el mercado reflejará el costo de los accidentes y su prevención. Cuando las víctimas no son los clientes potenciales del causante, no existe relación de mercado entre ellos, por lo que el estándar de la industria usualmente será ineficiente.[87]

---

[80] 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).
[81] 984 F.2d 880 (7th Cir. 1993).
[82] Véase Carroll Towing Co., 159 F.2d en 173 (determinar la responsabilidad basada en si la carga es menor que la probabilidad multiplicada por la pérdida).
[83] 1 Restatement (Second) of Torts § 282 (1977).
[84] Ver The T.J. Hooper, 60 F.2d 737, 740 (2d Cir. 1932).
[85] Rodi Yachts, 984 F.2d en 889.
[86] Ver id. en 888-89
[87] El juez Posner explicó: *La principal función del derecho de responsabilidad civil, se podría argumentar, es proteger las expectativas razonables de los clientes de que las empresas con las que tratan cumplen con el estándar de atención habitual en la industria. El estándar de cuidado del*

"¿El precio y la cantidad de zapatos son eficientes?" Una respuesta directa se puede encontrar a través de un análisis de costo-beneficio de la producción de calzado. Los economistas saben, sin embargo, que la información necesaria normalmente no está disponible para realizar este análisis. En consecuencia, los economistas tratan de responder a la pregunta indirectamente, discutiendo la estructura del mercado y el comportamiento de la empresa. Desafortunadamente, los defensores del análisis económico no muestran el mismo respeto por las restricciones de información aplicables al derecho. "¿Es eficiente un estándar comunitario de precaución?" Los teóricos suelen recomendar que los jueces respondan a esta pregunta directamente mediante la aplicación de técnicas de costo-beneficio como la regla de Hand. Esta prescripción a menudo exige más información de la que poseen los jueces.

He explicado que la sentencia estructural a menudo requiere menos información que el análisis costo-beneficio. Esta discusión lleva a una pregunta ligeramente diferente: ¿Cómo pueden los tribunales economizar la información requerida para la sentencia mediante la elección apropiada de una regla de responsabilidad? La responsabilidad puede estar supeditada a la causalidad ("responsabilidad estricta") o a la culpa ("negligencia"). El análisis económico ha explorado ampliamente las diferencias en los efectos de incentivo de la responsabilidad estricta y la negligencia.[88] Cualquiera de las reglas puede proporcionar incentivos para una precaución eficiente en condiciones ideales, pero pequeños errores en las dos reglas tienen consecuencias diferentes. Un tribunal que aplica una regla de negligencia debe establecer el estándar legal de cuidado. Los costos esperados de un causante potencial suelen saltar cuando el comportamiento cae por debajo del estándar legal debido a la asunción abrupta de responsabilidad. Como consecuencia de este salto en los costos, la mayoría de los causantes potenciales seguirán obedeciendo el estándar legal, incluso aunque los daños sean modestamente subestimados por los tribunales. Si la norma legal es establecida en un nivel ineficiente por los tribunales, la mayoría de los causantes potenciales se ajustarán a ella de todos modos. Por lo tanto, bajo una regla de negligencia, un modesto error al establecer el estándar legal afecta el nivel de precaución adoptado por los potenciales causantes de daño, en tanto que un modesto error al fijar el nivel de los daños tiene poco efecto.

Por el contrario, bajo responsabilidad estricta, los potenciales causantes de daño equilibran el costo de la precaución con la responsabilidad esperada en el margen. No existe un estándar legal que los tribunales establezcan bajo una regla de responsabilidad objetiva, pero el cálculo de los daños por el tribunal afecta la responsabilidad marginal esperada de los posibles acusados. Incluso un modesto error al fijar el nivel de daños bajo una regla de responsabilidad estricta afecta el nivel de precaución adoptado por los posibles acusados.

La mejor regla de responsabilidad a ser adoptada por un tribunal depende en parte de los errores que tendrá en la aplicación de la regla bajo condiciones de información imperfecta. Si

---

comercio interior con respecto a la prevención de embarcaciones fuera de control podría ser demasiado bajo porque ignora parte del costo del accidente al que dan lugar tales embarcaciones... Puesto que, sin embargo, estas costumbres parecen reflejar una determinación de mercado no distorsionada de la mejor manera de minimizar los accidentes de barcazas fuera de control, creemos que el centro de la investigación del tribunal de distrito debe estar en el cumplimiento de las partes respectivas y las salidas de las aduanas ... Id.

[88] Ver Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 Yale L.J. 1055, 1055-85 (1972); Richard A. Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. Legal Stud. 205, 205-21 (1973); Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 J. Legal Stud. 1, 1-25 (1980).

los tribunales están más inclinados a cometer errores en la determinación de los daños que en la determinación del estándar eficiente de cuidado, es preferible una regla de negligencia. Si la recíproca es verdadera (los tribunales están más inclinados a cometer errores en la determinación del estándar eficiente de cuidado que en fijar los daños), es preferible una regla de responsabilidad estricta.[89]

El enfoque estructural sugiere cómo los tribunales pueden determinar su susceptibilidad al error. Si el juego que produce las normas sociales tiene una estructura que genera eficiencia (relaciones de largo plazo, movimientos observables, bajo descuento temporal, ausencia de derrames), el tribunal puede hacer cumplir las normas con confianza. Si el juego no tiene esta estructura, el tribunal tendrá que equilibrar los beneficios y costos para determinar un estándar legal eficiente. Es más probable que los tribunales cometan errores al equilibrar los beneficios y los costos que si observan las normas sociales. Los tribunales pueden evitar este equilibrio mediante la adopción de una regla de responsabilidad estricta. La responsabilidad estricta obliga a los tribunales a determinar el daño causado por los accidentes, pero no a equilibrar el daño contra el costo de evitarlo. Por lo tanto, una regla de negligencia puede ser apropiada para las normas sociales producidas por la estructura prescrita y una regla de responsabilidad estricta puede ser apropiada cuando la estructura social no produce normas eficientes.

Este argumento puede explicar parte de la razón por la cual los tribunales han adoptado una regla de responsabilidad estricta para lesiones de productos de consumo. La relación entre un consumidor particular y el productor puede no persistir más allá de la transacción. Incluso si lo hace, el valor del superávit futuro suele ser pequeño en relación con las apuestas en una demanda por daños a los productos de consumo. En consecuencia, la industria puede no evolucionar normas eficientes. Para imponer un estándar legal eficiente de cuidado, el tribunal tendría que calcular los beneficios y los costos directamente. Se producirían grandes errores. La aplicación de una regla de responsabilidad objetiva requiere menos información. El juez sólo debe hacer una determinación de causalidad y un cálculo de daños y perjuicios.[90]

*c. **Ejemplos de Final de Juego***

A menudo se organizan negocios especializados para que surjan normas eficientes a partir de transacciones repetidas. Las amenazas informales tales como ojo-por-ojo y la salida son suficientes para hacer que la mayoría de la gente se ajuste la mayor parte del tiempo. Para ilustrar, los mineros de oro en California en el siglo diecinueve aparentemente desarrollaron reglas de propiedad efectivas para reclamos disputados, y estas reglas fueron adoptadas posteriormente por tribunales de California.[91] Los ganaderos y agricultores del oeste de los Estados Unidos aparentemente desarrollaron reglas eficientes para asignar la responsabilidad por el ganado extraviado, independientemente del proceso legal.[92] Los

---

[89] Véase Robert D. Cooter, *Prices and Sanctions*, 84 Colum. L. Rev. 1523, 1538-42 (1984) (discutiendo lo difícil que es para los tribunales establecer un estándar legal eficiente de cuidado mediante el uso de aproximaciones sucesivas de los costos y beneficios incrementales que crearán ciertas precauciones).

[90] Estas observaciones no deben tomarse como un endoso de la actual institución de estricta responsabilidad por el producto, que está plagada de ineficiencias. Mi punto de vista sobre este tema se desarrolla en Robert D. Cooter, *Towards A Market in Unmatured Tort Claims*, 75 Va. L. Rev. 383, 400-05 (1989).

[91] Ver Richard O. Zerbe, *Fairness and Efficiency in the California Gold Fields* (University of Washington GSPA Working Paper, 1996).

[92] Ver Ellickson, supra nota 77, en 40-64.

balleneros del siglo XIX aparentemente desarrollaron reglas eficientes para determinar la propiedad de ballenas arrestadas por más de un barco.[93]

De vez en cuando, un jugador hará trampas en la práctica de la industria. El tramposo suele ser alguien cuyo horizonte de tiempo es tan corto que el beneficio inmediato de la apropiación supera las ventajas de la cooperación futura. En estas circunstancias, el tribunal puede beneficiar a la industria y mejorar su eficiencia mediante el cumplimiento de sus normas contra los desviados.

Un ejemplo concreto es proporcionado por el proceso de verificación-cobro. Un comprador paga las mercancías extendiendo un cheque al vendedor. El vendedor deposita el cheque en su banco, y el cheque debe encontrar su camino al banco del fabricante para ser presentado al pago. Antes de llegar a su destino, el cheque puede pasar por varios bancos intermedios, llamados "bancos de cobro". Para que este proceso sea rápido y barato, los bancos han formado una variedad de corporaciones, asociaciones y redes que incluyen bancos de sucursales, casas de compensación, bancos corresponsales y los bancos regionales de la Reserva Federal. El derecho societario, los contratos privados, las reglas de las asociaciones privadas y las leyes y reglamentos públicos rigen el proceso de cobro en los Estados Unidos.[94] Cuando un accidente o un fraude en el proceso de cobro hacen que los fondos se pierdan, estas reglas a veces se convierten en objeto de litigio. A veces un banco quisiera violar las reglas de la industria para evitar una gran pérdida de una sola vez. La teoría desarrollada en este artículo proporciona orientación a tales litigios. Los bancos involucrados en el proceso de cobro tienen relaciones de largo plazo entre sí. Existe una fuerte presunción de que los acuerdos y normas privados generados por estas relaciones son eficientes. Los tribunales pueden hacer cumplir las normas de la industria aplicadas entre los bancos en la confianza de que son eficientes.[95]

Muchos otros ejemplos son similares a las pérdidas del cobro de cheques. Para ilustrarlos, las empresas de contabilidad tienden a tener clientes repetidos entre las empresas que están bien informados sobre las finanzas. Estas relaciones presumiblemente canalizan el desarrollo de las normas de contabilidad promulgadas por las asociaciones profesionales.[96] Un contador que no cumple con estas normas por lo general lo hace por accidente. Ocasionalmente, sin embargo, un contador con un horizonte de tiempo inusualmente corto, que, por ejemplo, está planeando jubilarse o esperando ir a la quiebra, puede violar los estándares deliberadamente. Al asignar las pérdidas resultantes, los tribunales harían bien en hacer cumplir las normas profesionales.

---

[93] Ver id. en 191-206.

[94] Ver Edward L. Rubin & Robert D. Cooter, The Payment System: Cases, Material, and Issues 160-68 (2d ed. 1994).

[95] Ver Robert D. Cooter & Edward L. Rubin, *A Theory of Loss Allocation for Consumer Payments*, 66 Tex. L. Rev. 63, 86-97 (1987).

[96] Las normas de contabilidad para los Estados Unidos son fijadas formalmente por el Financial Accounting Standards Board ("FASB"). Consta de siete miembros, cinco de los cuales deben estar de acuerdo para promulgar una nueva regla. Vea Allison L. Cowan, *The $290,000 Job Nobody Wants*, N.Y. Times, 11 de octubre de 1990, en D1, D9. En los últimos años, la Junta ha estado compuesta por tres contadores, dos empresarios, un académico y un "representante del público inversor". Id. Las normas contables internacionales son establecidas por el International Account Standards Committee de Londres. Después de 18 años de trabajo, se estaba aproximando a su objetivo de proponer algunas reglas contables sistemáticas y uniformes para todos los países. Ver Allison L. Cowan, *International Accounting Rules Advance*, N.Y. Times, 2 de diciembre de 1991, en D1.

Algunas reglas legales pueden ser entendidas como ayudando a fomentar relaciones a largo plazo. Para ilustrarlo, consideren las reglas de daño por incumplimiento de contratos comerciales. En los casos de rutina, los tribunales estadounidenses hacen que una parte asuma todos los costos de una contingencia imprevista.[97] Sin embargo, en algunas disputas comerciales muy grandes, los tribunales exigen a las partes que compartan los costos de una contingencia imprevista. El enfoque estructural sugiere que reglas claras para asignar pérdidas de rutina, como perdedor-paga-todo, promoverán relaciones a largo plazo. Las grandes pérdidas, sin embargo, pueden exceder el excedente de la cooperación futura. En esta situación, una regla perdedor-paga-todo podría inducir a las partes a escudriñar la relación y luchar por la asignación de pérdidas. En contraste, una regla de reparto de pérdidas podría preservar la relación. Por lo tanto, la diferencia de trato entre pérdidas ordinarias y pérdidas muy grandes puede entenderse en el contexto de relaciones a largo plazo entre las partes comerciales.

D. ***Derrames, Explotación***

Dadas las serendipias, las normas sociales evolucionan como lo exige la equidad y la eficiencia, y el estado mejora la situación mediante la aplicación de normas cuando la ganancia de una mejor aplicación excede el costo de formalización. A veces, sin embargo, las normas sociales no surgen cuando es necesario, o las normas erróneas emergen con relación a los estándares de eficiencia y equidad. Luego considero estos "fracasos de la comunidad" por analogía con los fracasos del mercado.

En algunas circunstancias, el cumplimiento estatal de las normas sociales es injusto. Algunas normas que son buenas para una comunidad son malas para otra comunidad. Por ejemplo, una comunidad puede desarrollar una norma que externaliza el costo en otra comunidad, o una comunidad puede desarrollar una norma que inhibe la competencia de otra comunidad. Tal norma es injusta desde el punto de vista de la comunidad perjudicada por ella. El Estado no puede justificar la imposición de una norma que perjudique a una comunidad basándose en que se originó en un proceso consensual en otra comunidad.

Para ilustrar, ni los contadores ni las empresas que los contratan tienen un interés directo en adaptar las reglas para aumentar la eficiencia de la recaudación de impuestos por la [AFIP]. Las normas que prescriben discriminación racial son un ejemplo más siniestro de cómo una comunidad puede imponer costos a otra. La discriminación permite que una comunidad reduzca la competencia de otra, lo que beneficia al grupo dominante a expensas del grupo subordinado. La estabilidad de los cárteles raciales, sin embargo, depende de un alto nivel de internalización de la norma discriminatoria en el grupo dominante. En lugar de internalizar la norma discriminatoria, si muchas personas del grupo dominante lo conforman accidentalmente, el *free riding* diluirá el esfuerzo de cumplimiento y eliminará los efectos agregados de la discriminación, a pesar de que un grupo significativo de personas siga discriminando. Al igual que otros cárteles, los cárteles raciales sufren de inestabilidad, por lo que los discriminadores buscan promulgar sus prácticas en una ley.[98]

---

[97] Véase Clayton P. Gillette, *Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks,* 19 J. Legal Stud. 535, 541-46 (1990) (describe los casos en que los tribunales consideran que ciertas relaciones comerciales a largo plazo son necesariamente cooperativas y, por tanto, obligan a las partes a compartir los costos de contingencias imprevistas).
[98] Ver Robert D. Cooter, *Market Affirmative Action*, 31 San Diego L. Rev. 133,153 (1994).

La discriminación sexual es más desconcertante para la teoría de las normas porque los hombres y las mujeres pertenecen a la misma comunidad. ¿Cómo es posible que las normas sociales prescriban la subordinación de un grupo de personas a surgir en la comunidad a la que pertenecen? Sospecho que para que surja una norma discriminatoria en una comunidad que incluya a sus víctimas, los causantes deben tener poder sobre los medios de representación. El poder sobre los medios de representación permite al grupo dominante enmarcar el debate público por el que evolucionan las normas. Por ejemplo, el control sobre la comunicación y la educación filtra el contenido del debate moral y la educación moral. Las limitaciones de espacio me impiden desarrollar esta sugerencia más plenamente.

*E. **El Individuo contra la Comunidad***

La discusión anterior de los derrames plantea la posibilidad de que la aplicación de normas comunitarias pueda contribuir a la explotación de un grupo por otro. Del mismo modo, la aplicación de normas comunitarias podría privar a los individuos de sus derechos. Una profunda meditación sobre este problema está incluida en una serie de artículos sobre la difamación de Robert Post. Según Post, una comunidad consiste de personas que asumen normas compartidas en su identidad personal, incluyendo reglas del habla civil. Las reglas de civismo protegen tanto la identidad de la comunidad como la reputación de sus miembros. La incivilidad que amenaza a la comunidad es (o fue) un delito de common law, y la incivilidad que daña la reputación de alguien es un agravio.[99]

Post prosigue argumentando que un mercado libre de ideas, en el que se sostienen diferentes concepciones del bien público por la lealtad de los ciudadanos, es fundamental para la democracia. Las normas comunitarias de civilidad restringen el mercado de ideas. En consecuencia, la democracia y la comunidad chocan en la sala de audiencias en sentencias por la Primera Enmienda. La "dinámica primaria" que subyace al desarrollo de la ley de la Primera Enmienda, según Post, "es la separación del discurso público de la dominación de las reglas de civilidad que definen la identidad de las comunidades".[100]

Las normas comunitarias erosionan los derechos individuales en otras áreas del derecho, además de la difamación y la libertad de expresión, como lo ilustra un caso que involucra a una secta religiosa en una pequeña ciudad en Ohio en 1947. Andrew Yoder demandó a cuatro funcionarios de la Iglesia Amish, que habían ordenado a sus miembros evitarlo por dejar la iglesia y comprar un auto. Yoder argumentó que evitarlo le privaba del libre ejercicio de la religión y arruinaba su salud (tenía úlceras de estómago). El jurado otorgó $ 5000 en daños y perjuicios, y el juez ordenó a los funcionarios de la iglesia retirar su orden para evitar a Yoder. Cuando los funcionarios de la iglesia no respondieron, el sheriff tomó la propiedad de uno de ellos y la vendió para satisfacer una parte de la deuda. El sheriff estaba en proceso de apoderarse de la propiedad de otro funcionario de la iglesia cuando los funcionarios

---

[99] De acuerdo con Robert Post, el acusado tenía inicialmente la carga de probar la verdad de la expresión difamatoria. La carga cambió alrededor de comienzos de este siglo, cuando el demandante tuvo que probar la falsedad del discurso incivil. Véase Robert C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation* y Hustler Magazine v. Falwell, 103 Harv. L. Rev. 601, 619 (1990) [en lo sucesivo, *Constitutional Concept*]. Además, la verdad del discurso constituye una defensa completa contra un supuesto delito de difamación, mientras que la verdad del discurso no era defensa contra una supuesta invasión del derecho a la privacidad. Véase Robert C. Post, *The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort*, 77 Cal. L. Rev. 957, 980 (1989) (citando a Brents c. Morgan, 299 S. W. 967, 969 (Ky., 1927)).

[100] Post, *Constitutional Concept*, supra note 103, en 684.

cedieron, pagaron la deuda y retiraron la prohibición, aunque el aislamiento de Yoder aparentemente continuó incluso sin la prohibición.[101]

Los amish forman "comunidades de última instancia", mientras que los hombres de negocios forman comunidades instrumentales. Mi tema principal son las comunidades empresariales. Aún así, mi teoría tiene algo que decir sobre el conflicto entre individuos y comunidades. En concreto, mi teoría apunta a dos límites naturales sobre la coacción de los individuos por las comunidades. En el modelo de juego de agencia, la opción "salir" permitió a los jugadores encontrar compañeros agradables. Del mismo modo, una persona que se siente reprimida por una comunidad a menudo puede pasar a otra. Gracias a la movilidad, una persona puede escapar a la coerción de una comunidad y encontrar otra comunidad que sea más agradable. En cambio, la creación de una sociedad de masas a través de la destrucción de comunidades reduce las alternativas disponibles para todos. Los límites de autoayuda deben ser evaluados antes de que un tribunal conceda un remedio legal a una persona que se siente reprimida por su comunidad.

Estos argumentos también se aplican a la cultura corporativa. Diferentes organizaciones tienen diferentes maneras de conducir sus negocios. La diversidad entre las corporaciones aumenta el alcance y el vigor de su competencia por trabajadores y riqueza. La imposición de leyes uniformes que regulan el contrato de trabajo y las condiciones de trabajo reduce la diversidad de la cultura corporativa. Así, la excesiva extensión de derechos individuales contra las comunidades y las corporaciones reduce el margen de ejercicio de la libertad supuestamente protegida.

*F. **Ausencia de convexidad***

Si son importantes las economías de escala con relación al tamaño de un mercado, entonces la competencia tiende a eliminar a todos los productores, excepto a los más grandes. Un término más técnico para "economías de escala" es "no convexidad". Explicaré el significado de la no convexidad y mostraré cómo la ausencia de convexidad puede atrapar a los jugadores en un juego.

Los procesos descentralizados economizan información llevando a cabo mejoras locales. Ocurre una clase de trampa evolutiva cuando el progreso local es una regresión global. Para ilustrarlo, supongamos que algunos escaladores tratan de ascender una montaña en medio de la niebla siguiendo la regla "Seguir siempre subiendo". Si la montaña tiene un solo pico, esta regla los llevará a la cumbre. Si la montaña tiene varios picos falsos, esta regla depositará a los escaladores en un pico local pero no necesariamente en la cumbre. Una montaña con un único pico es una superficie convexa, mientras que una montaña con varios picos falsos contiene no convexidades. Las mejoras locales conducen a un máximo global en una superficie convexa, mientras que las mejoras locales conducen a un máximo local en una superficie no convexa.

Un ejemplo histórico muestra el problema que crea la no convexidad para el derecho descentralizado. Todo el mundo en un país conduce del mismo lado del camino, pero el accidente histórico determinó que sea por la izquierda, como en Gran Bretaña, o por la derecha, como en la mayoría de los otros países. Dada una economía mundial, sería mejor para los británicos conducir por la derecha, como en casi todos los demás. Conducir por la

[101] Post, *Constitutional Concept*, supra nota 99, en 684.

izquierda, sin embargo, es un equilibrio estable que no cambiará sin dirección central. Del mismo modo, los países de derecho consuetudinario podrían beneficiarse de abandonar el antiguo sistema británico de pesos y medidas en favor del sistema métrico. Sin embargo, tal cambio requiere, aparentemente, legislación centralizada, al menos para los consumidores en contraposición con las empresas.[102] Los críticos del derecho consuetudinario afirman, en efecto, que se trata de una enorme colección de reglas similares a "Conduzca por la izquierda".

Los seres humanos tienen una fuerte protección contra trampas evolutivas que atrapan a las comunidades de animales. La ventaja humana proviene del hecho de que las normas surgen de la discusión y el debate, que impulsan la comprensión. La perspicacia permite a una comunidad distinguir entre una cumbre falsa ("máximo local") y la verdadera cumbre ("máximo global"). Una comunidad que entienda una trampa evolutiva puede evitarla reteniendo la sanción normativa de equilibrios ineficientes. Por lo tanto, la internalización filtra las normas de eficiencia.[103] Para ilustrarlo, el problema de las no convexidades suele surgir al establecer estándares industriales. Las empresas privadas han logrado establecer estándares voluntariamente, incluso en los negocios internacionales.[104]

*G. **Instituciones Intermedias***

He desarrollado una teoría de la evolución espontánea de las normas. En realidad, sin embargo, muchas normas son hechas por instituciones intermedias, más que por la evolución. Las organizaciones establecen reglas para los miembros, típicamente siguiendo un proceso legislativo como el voto por mayoría. Las formas de representación son bastante distintas de una organización a otra. Para ilustrarlo, la Corporación Visa es una empresa con fines de lucro en la que los miembros-bancos votan en proporción a sus facturas a través del sistema. En cambio, la American Economic Association se rige por un consejo de administración elegido por miembros de las listas propuestas por el consejo de administración en funciones.

Una teoría de las instituciones intermedias tendría que caracterizar diferentes tipos de organizaciones y luego predecir cómo las distintas estructuras de gobernabilidad funcionarán. Aunque no puedo desarrollar una teoría detallada aquí, ofreceré algunas generalizaciones.

Las teorías de la elección colectiva, que han progresado en la descripción de cómo gobiernan los estados, proporcionan las herramientas básicas para analizar las instituciones

---

[102] Cuando en EE.UU. la Federal Trade Commission estableció una regla que amplió el alcance de la medición métrica obligatoria en bienes de consumo en 1994, los expertos predijeron que no tendría casi ningún impacto, al igual que la Metric Conversion Act de 1975. "Como la ley sólo sugirió que cambiáramos a la métrica, no hubo ningún incentivo real para cambiar y el gobierno, ante la abrumadora impopularidad, se negó a forzar el asunto". Steve Johnson, *Metric System Proponents Quietly Insert Foot in U.S. Door*, Chi. Trib., 28 de febrero de 1994, en C1.

[103] Taylor llega a una conclusión similar: *Consideraré que, si un juego tiene múltiples equilibrios (como el juego de la Seguridad), pero uno de ellos es estrictamente preferido a todos los demás por todos, entonces el Pareto-preferido será el resultante. Desde este punto de vista, la acción racional en un juego de la Seguridad no conduce a un resultado Pareto-inferior, de modo que este juego no plantea un problema de acción colectiva*. Taylor, *Possibility*, supra nota 8, en 19.

[104] Véase en general Alan Sykes, *Product Standards For Internationally Integrated Goods Markets* (1995).

intermedias.[105] Estas teorías suponen que la gente ejerce el poder político en sus propios intereses. La votación promedia los intereses del electorado, otorgando más peso a aquellos que controlan la agenda o invierten recursos en influir en las elecciones. La gobernanza de las organizaciones intermedias les otorga dirección y propósito.

Persisten desacuerdos sobre los objetivos perseguidos por las instituciones intermedias. Por un lado, se puede considerar que las instituciones intermedias proporcionan detalle y significado a los principios generales del derecho de propiedad y del contrato, como en las discusiones precedentes del nuevo derecho mercantil. Por otra parte, las instituciones intermedias pueden ser vistas como creando monopolios locales para inhibir la competencia. Para ilustrar este último punto de vista, Mancur Olson afirma que, a medida que la sociedad envejece, las instituciones intermedias persiguen rentas políticas con creciente eficacia hasta que la "esclerosis" obstruye las arterias de la competencia económica.[106]

El enfoque estructural para juzgar las normas espontáneas necesita ser modificado para aplicarse a reglas de instituciones intermedias. Si bien no puedo desarrollar el enfoque estructural de las instituciones intermedias en este artículo, describiré brevemente una línea de fractura en él. En la realidad, las organizaciones que buscan maximizar la riqueza de sus miembros perseguirán la eficiencia y el monopolio. La organización tratará de crear poder de monopolio para los miembros en el trato con los no miembros. El poder de monopolio es logrado mediante dispositivos estándar de fijación de precios en cárteles, territorios exclusivos y retención de información del público. La organización también tratará de minimizar los costos de agencia que los miembros incurren en el trato entre sí. Para minimizar los costos de agencia, la organización debe crear eficientes derechos de propiedad y contratos entre los miembros. Así se puede afirmar un principio general de motivación para las organizaciones intermedias: *Eficiencia para los intereses abarcados por la organización, monopolio para los forasteros*. En una situación ideal, la competencia entre organizaciones priva a los foráneos del poder de monopolio, limitando así la organización a la meta de eficiencia entre los miembros. En la peor situación, las organizaciones forman estrechos cárteles para controlar los mercados locales.

H. ***Competencia y Common Law***

Adam Smith sugirió, y la teoría del equilibrio general demostró que la competencia por la riqueza en los mercados asigna los recursos de manera eficiente.[107] Un mercado competitivo es una máquina social que asigna recursos de manera eficiente sin que nadie se esfuerce conscientemente por esa meta. ¿Hay mecanismos así para hacer leyes, en lugar de productos? Muchas leyes son estatutos promulgados por asambleas democráticas. La democracia es un sistema de competencia para controlar el monopolio del Estado sobre la fuerza. Desafortunadamente, la competencia política en una democracia generalmente no produce leyes eficientes. Los "teoremas de imposibilidad" demuestran que las constituciones democráticas no pueden ser diseñadas en principio para lograr la eficiencia económica.[108] En la modelización de instituciones políticas más específicas, la teoría de la elección colectiva ha

---

[105] Ver Dennis C. Mueller, *Public Choice* 11-18 (1979) (que describe las razones de la elección colectiva y observa el efecto que las las teorías de elección colectiva tienen sobre la selección de las reglas democráticas de una sociedad).
[106] Véase Mancur Olson, *Dictatorship, Democracy, and Development*, 87 Am. Pol. Sci. Rev. 567, 567 - 76 (1993).
[107] Ver Kenneth J. Arrow & F.H. Hahn, *General Competitive Analysis* 75-106 (1971).
[108] Ver Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values* 46-60 (1951).

demostrado que los políticos que ejercen el poder tienen fuertes incentivos para redistribuir la riqueza de los grupos de influencia y pocos incentivos para lograr la eficiencia económica. Así, la legislación ha sido descrita como el ámbito de la "búsqueda de rentas", no de la eficiencia.[109]

Una teoría completa de la legislación descentralizada incluye una descripción detallada de la legislación. He sugerido que las legislaturas serán muy activas en redistribución, donde la vida social crea un guisado de opiniones contradictorias, más que un consenso normativo. También he sugerido que las legislaturas pueden hacer apropiadamente la ley cuando la ausencia de convexidad o los derrames hacen que los juegos fracasen. *Mi opinión de que los fracasos son raros en los juegos de negocios y las normas, y que la búsqueda de rentas por parte de los grupos de presión es común, está detrás de mi afirmación de que mucho derecho empresarial debe ser encontrado, no hecho, por el Estado*. Otros pueden creer que los fracasos en los juegos de negocios y las normas son frecuentes, y no desusados. En cualquier caso, el debate avanzaría mucho si sus participantes aceptaran el enfoque estructural como marco intelectual, al igual que la mayoría de los economistas aceptan un marco común para debatir la regulación de la industria.

Los hechos desalentadores sobre la legislación llevan a buscar formas alternativas de hacer leyes. Muchas investigaciones entre los economistas se han centrado en la ley hecha por el juez o, más específicamente, en el derecho consuetudinario. Los modelos económicos han demostrado una cierta coherencia entre el derecho consuetudinario y la eficiencia económica que casi nadie anticipó cuando comenzó la iniciativa intelectual del derecho y la economía.[110] Dado que los jueces rara vez deciden explícitamente los casos por razones de eficiencia económica, estos hechos plantean la cuestión, "*¿Cuál es la mano invisible que dirige la common law hacia la eficiencia*?"

Los litigios, especialmente en los tribunales americanos, tienen muchas características de un mercado. El litigio es costoso y la inversión en él a menudo es motivada por el interés propio material, como comprar o vender una mercancía. ¿La competencia entre demandante y acusado es la "mano oculta" que dirige la *common law* americana hacia la eficiencia? Varios modelos han propuesto mecanismos por los cuales la competencia entre los litigantes podría hacer que el derecho común evolucione hacia la eficiencia sin que los jueces ni los jurados adopten conscientemente esa meta.[111] Estos mecanismos son más inteligentes que convincentes, como lo demostrará su revisión.

---

[109] Para una revisión de la literatura de elección colectiva, véase Robert D. Cooter, *Collective Choice Theory: A Review* (John M. Olin Working Paper in Law and Economics, School of Law, University of California at Berkeley No. 91-4, 1991).

[110] Citar todos los modelos de eficiencia requeriría hacer un pie de página de casi todo Derecho y Economía. Para resúmenes, véase Robert D. Cooter y Thomas Ulen, *Law and Economics* (1988); Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1992). Para una revisión crítica, vea Mark Kelman, *On Democracy-Bashing. A Skeptical Look at the Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement*, 74 Va. L. Rev. 199 (1988).

[111] Esta posibilidad fue planteada por primera vez por Rubin, supra nota 18, en 51-63 (señalando cómo la common law da lugar a reglas eficientes). Véase también John C. Goodman, *An Economic Theory of the Evolution of the Common Law*, 7 J. Legal Stud. 393, 393-406 (1978) (abogando por una teoría de que la eficiencia en el derecho consuetudinario es impulsada por los litigantes privados); George L. Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6 J. Legal Stud. 65, 65-82 (1977) (argumenta que "las reglas eficientes tendrán más probabilidades de mantenerse como control de los precedentes sin importar las actitudes de los jueces individuales hacia la eficiencia, o la

Uno de estos mecanismos es la correlación negativa entre la eficiencia de una regla y la probabilidad de que los litigantes la impugnen ante los tribunales.[112] Una hipótesis es que las leyes ineficientes causan más disputas legales que las eficientes. Por ejemplo, una ley que proporciona incentivos insuficientes para la precaución causa más accidentes y más litigios que una ley eficiente.

Otra hipótesis es que la solución extrajudicial es más difícil cuando el estado de derecho es ineficiente que cuando es eficaz. Para ilustrar, las leyes vagas crean incertidumbre sobre los derechos legales, lo que inhibe la negociación dirigida a resolver disputas. La evidencia experimental apoya la creencia que hay entre los litigantes de que los juegos de negociación son difíciles de resolver cuando las partes no conocen los puntos de amenaza de los demás.[113] Una implicancia es que las leyes cuya ineficiencia deriva de su vaguedad tenderán a ser litigadas hasta que los tribunales aclaren los derechos subyacentes.[114]

Sin embargo, otro mecanismo se refiere a la cooperación para clarificar la ley. La eficiencia de asignación requiere que los recursos sean propiedad de las personas que más los valoran. Si la ley asigna derechos legales a las partes que no los valoran más, la ineficiencia puede a menudo ser curada por el intercambio privado.[115] Sin embargo, los costos de transacción pueden bloquear el intercambio privado, en cuyo caso la ineficiencia de asignación debe ser curada cambiando la ley. Las partes que pueden ganar pueden cooperar para intentar cambiarla. Una implicancia es que las leyes ineficientes se litigarán cuando los costos de transacción obstruyan el intercambio privado de los derechos subyacentes.[116]

Hasta ahora, he discutido una posible correlación entre la eficiencia y las cantidades de litigios. Otra forma de sesgo hacia la eficiencia es una correlación positiva entre la eficiencia de una regla litigada y la probabilidad de que sobreviva a una impugnación judicial. El mercado de litigios podría crear tal correlación, a pesar de que los jueces no den un peso intrínseco a la eficiencia.

---

capacidad de los jueces para distinguir los resultados eficientes de los ineficientes"). Para una revisión y formulación rigurosa de estas teorías, véase Cooter y Kornhauser, supra nota 17.

[112] Véase Goodman, *supra* nota 111, en 394 (explicando la relación como resultado de la capacidad de los jueces para persuadir a los litigantes que tienen incentivos desiguales para obtener una decisión favorable, con el litigante sujeto a la ineficiente norma legal); Priest, *supra* nota 111, en 65 (proponiendo que la relación está impulsada por los mayores costos impuestos a los litigantes sujetos a las reglas ineficientes); Rubin, *supra* nota 17, en 51 (observando la relación inversa entre la eficacia de una norma legal y la probabilidad de que los litigantes la impugnen).

[113] Véase Elizabeth Hoffman y Matthew L. Spitzer, *The Coase Theorem: Some Experimental Tests*, 25 J.L. & Econ. 73, 91-98 (1982) (observando evidencia experimental que parece sugerir que los juegos de negociación con numerosas partes parecen ser ayudados por situaciones de información completa).

[114] George Priest trató de probar si los cambios en la doctrina de los jueces, que aumentan la incertidumbre, causan un aumento en el alcance del desacuerdo entre los litigantes. Sus datos muestran aparentemente que el cambio doctrinal y el mayor desacuerdo se producen en el mismo año, pero no lo que ocurre primero. Los hechos que observó son consistentes con su hipótesis o con la hipótesis rival de que los cambios en la doctrina resuelven incertidumbres que hacen que los litigantes no estén de acuerdo. Véase George Priest, *Measuring Legal Change*, 3 J.L. Econ. & Organization 193, 193 - 225 (1987); Robert D. Cooter, *Why Litigants Disagree: A Comment on George Priest's 'Measuring Legal Change'*, 3 J.L. Econ. & Organization 227, 227 - 34 (1987).

[115] Coase, supra nota 39, aplicó este razonamiento a la ley y llegó a la conclusión de que las asignaciones ineficientes de los derechos legales serán curadas por el intercambio privado siempre y cuando las partes puedan contratar en torno a la norma legal a bajo costo. Hay muchos comentarios, entre ellos Robert D. Cooter, *The Cost of Coase*, 11 J. Legal Stud. 1 (1982).

[116] Esta es aparentemente la línea de pensamiento de Rubin en su artículo pionero. Véase Rubin, supra nota 17, pág. 59.

Para ver por qué, consideren el hecho de que un litigante que está dispuesto a gastar más en un caso pueda obtener más esfuerzo de mejores abogados. Más esfuerzo de mejores abogados resulta en argumentos legales de mayor calidad. Los jueces son influidos favorablemente por la calidad de los argumentos legales. Por lo tanto mayores gastos de litigio aumentan la probabilidad de ganar un caso. Si la gente está dispuesta a invertir más para desafiar las reglas ineficientes que para defenderlas, la capacidad de respuesta de los jueces ante los argumentos legales de alta calidad puede hacer que deroguen las reglas ineficientes. Este mecanismo podría funcionar incluso en ausencia de cualquier compromiso por parte de los jueces de que la eficiencia sea un valor jurídico.

Hay una razón por la cual la gente puede estar dispuesta a gastar más para desafiar una regla ineficiente que para defenderla. Una regla ineficiente asigna un derecho legal a alguien que lo valora menos que otra persona. La parte que valora más el derecho estará inclinada a gastar más para impugnar la regla y obtener el derecho que lo que la otra parte estará dispuesta a gastar para defender la regla y conservar el derecho.[117] Así pues, la asignación ineficiente de un derecho puede provocar más gastos en litigios para impugnarlo que para defenderlo.

Las hipótesis precedentes implican que las leyes ineficientes serán objeto de litigios más extensa e intensamente que las leyes eficientes. Desafortunadamente, todas las hipótesis basadas en la presión de litigios selectivos fallan debido a un defecto común. Para entender el defecto, consideren una analogía entre los precedentes legales y los descubrimientos científicos. Algunos descubrimientos científicos, incluyendo principios básicos, no son patentables. En la medida en que los descubrimientos científicos no sean patentables, los inversores en la investigación no pueden captar el valor total de sus descubrimientos. *Las normas de derecho son como la investigación científica básica a este respecto*. Una ley es general en el alcance de su aplicación. Desafiar una ley afecta a todos los que están o estarán sujetos a ella. Los efectos de un nuevo precedente, más eficiente, derraman mucho más allá de los litigantes en el caso en que se establece. En consecuencia, la mayoría de los demandantes no se apropia más que de una fracción del valor que el nuevo precedente crea y redistribuye.

Los litigantes, sin embargo, suelen tener poca consideración por los costos sociales que las reglas ineficientes imponen a otros. La tendencia de los litigios selectivos hacia la eficiencia puede ser abrumada por la inclinación de los demandantes a impugnar leyes cuando pueden captar una gran parte del valor del precedente. Los demandantes suelen demandar cuando esperan que las ganancias redistributivas de litigios exitosos sean grandes, en forma independiente de la eficiencia o ineficiencia de la ley. *El problema de ver el litigio como un mercado es que la redistribución es más importante que la eficiencia*. El mercado de litigios, al igual que el mercado de investigación científica básica, fracasa mal con relación al estándar de eficiencia económica.

He demostrado que la presión del litigio selectivo y la evolución ciega no logran explicar el nivel de eficiencia observado en el derecho consuetudinario. Si la ley no está dirigida hacia la eficiencia de la mano del juez o la mano invisible de la competencia, ¿por qué los modelos de eficiencia tienen tanto éxito en la explicación de las normas de la common law? La concepción tradicional de la common law proporciona una respuesta. Según la concepción tradicional, los tribunales aplican normas sociales que surgen por afuera del sistema legal. La

[117] Para el primer desarrollo sistemático de este argumento, véase Goodman, supra nota 111.

common law tiende a la eficiencia porque las normas sociales subyacentes tienden a la eficiencia. La absorción del dderecho comercial medieval en la common law es un ejemplo. Así, la eficiencia de la common law descansa en la eficacia de las normas sociales, cuya existencia precede a la ley. Si este argumento es correcto, los estudiosos de derecho y economía han estado buscando en el lugar equivocado la mano invisible de eficiencia de la ley. El lugar adecuado para mirar es la teoría de los juegos y las normas.

Conclusión

La teoría desarrollada en este artículo argumenta que el papel del legislador es hallar normas comunitarias, aplicar un test estructural y hacer cumplir las normas que pasan la prueba. Para formular la hipótesis de que existe una norma, la norma debe expresarse explícitamente. Una declaración explícita incluye los sujetos, el carácter, el acto, las condiciones y la sanción de la norma. Para probar la hipótesis de que la norma existe en una comunidad, el legislador debe evaluar las pruebas relativas a su internalización. Para algunas formas de cooperación, pero no todas, todos tienen un incentivo para señalizar la cooperación. Cuando la señalización converge con el bien público, algunas personas se convencerán de que deben ajustarse a la práctica, y capacitarán a los jóvenes para conformarse. Las personas que se representan a sí mismas como obedeciendo a la práctica dirán que es justo. Si todos se representan a sí mismos como obedientes a la práctica, se formará un consenso de que la práctica es justa. Cuando hay suficiente gente que interioriza la obligación, una norma surge en la comunidad. La economía, que carece de una teoría convincente de las preferencias endógenas, tiene mucho que aprender de la sociología y la psicología sobre el proceso mediante el cual los individuos internalizan las normas.

La internalización de una norma tiene dos efectos significativos sobre el comportamiento. Primero, las personas que han interiorizado una norma obedecerían incluso cuando hacerlo no sirva a su estrecho interés propio. Este tipo de comportamiento tiene poco efecto sobre el nivel agregado de conformidad con una norma comercial. Puesto que la competencia elimina el comportamiento que implica el sacrificio substancial, poco de él es requerido por las normas que se desarrollan en una comunidad de negocios. En segundo lugar, las personas que sienten que una norma debe ser obedecida tienden a criticar o castigar a otros que violan la norma. Una proporción significativa de personas viola muchas normas. El castigo de los infractores aumenta sus costos esperados, aumentando así el nivel agregado de conformidad con la norma.

Una vez que el legislador confirma la hipótesis de que existe una norma, el siguiente paso en la sentencia es aplicar pruebas estructurales para determinar si la norma debe aplicarse. Las pruebas estructurales combinan teoría de los juegos y teoría de las normas. La producción implica cooperación, y la cooperación crea el riesgo de apropiación. Los individuos intentan resolver el problema de cooperación informalmente a través de relaciones y promesas. Sin embargo, el nivel de cooperación tiende a ser inferior al requerido para la eficiencia económica. Un aumento en la proporción de cooperadores beneficia a todos. Por consiguiente, tener más cooperación es socialmente eficiente.

La especialización económica amplía constantemente los déficits de información de los tribunales. Para superar el déficit, la sentencia requiere un enfoque estructural. En un enfoque estructural, los tribunales deciden si aplican una norma social indagando sobre los incentivos por los cuales surgió, en lugar de intentar ponderar directamente costos y beneficios. Un enfoque estructural es más descentralizado porque los legisladores deben

confiar en las instituciones especializadas para crear normas para ellos mismos. La estructura de incentivos que produce una norma social determina si su aplicación por parte del Estado es eficiente y justa. Desde este punto de vista, un "fracaso de la comunidad", análogo a una "falla del mercado", puede dejar una brecha normativa. La mayoría podría llenar el vacío legislativo. La estructura de incentivos para la evolución de las normas sociales determinará dónde ocurran tales lagunas. Por lo tanto, el papel de la regla de la mayoría es corregir los fracasos en el "mercado de las normas".

El enfoque estructural se basa en un viejo debate en la jurisprudencia acerca de si los jueces hacen la ley o la encuentran. Hallar la ley, y no su elaboración, se supone que es la concepción original del proceso de derecho consuetudinario.[118] Sin embargo, los académicos generalmente aceptan que los tribunales americanos ahora hacen leyes a la luz de las políticas públicas. La concepción más antigua de que los jueces encuentran la ley ha sido en gran medida abandonada, pero la teoría de los juegos y las normas pueden revitalizar esa concepción más antigua. De acuerdo con la teoría desarrollada en este artículo, un tribunal de derecho consuetudinario debe encontrar que una norma social es ley si evolucionó desde una estructura de incentivos apropiada. Una estructura de incentivos apropiada es aquella en la que los incentivos para la señalización por los individuos se alinean con el bien público (relaciones a largo plazo, convexidad, ausencia de derrames). Las normas sociales que evolucionan a partir de una estructura de incentivos apropiada ya tienen la autoridad de la comunidad en ellas. Recuperar esta concepción se hace más urgente a medida que aumenta la complejidad de la economía.

[118] De acuerdo con la concepción original de la common law inglesa, la corte del rey suministraba reglas de súplica, pero no existía un cuerpo de derecho sustantivo distinto de la costumbre. El "enfoque estructural" original enfatizaba que las costumbres exigibles existían desde "tiempos inmemoriales" y que eran "razonables". Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* 3-38 (1986); véase también David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain* 122-43 (1989) (que detalla el desarrollo de la common law bajo el Juez Mansfield, afirmando que Mansfield "proporcionó una vindicación más contundente de la capacidad continua de la common law para desarrollar remedios legales en respuesta a nuevas necesidades sociales"). Para otra visión de la common law, véase A.W.B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory,* Oxford Essays in Jurisprudence 77, 80 (2ª ed., 1973). Me beneficié de las discusiones de este tema con David Lieberman.