

DERECHO Y ECONOMÍA. RELACIONES NECESARIAS

Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Cliometría*. III. *Escuela de la elección pública*. IV. *Escuela institucional*. V. *Análisis económico del derecho, AED*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Algún sector de economistas residentes en países desarrollados se han situado en perspectivas y enfoques a partir de la economía y han penetrado en el derecho, la historia, la sociología y otras disciplinas del gran campo de las ciencias sociales.

Por ello, se entiende que se acuñará la expresión “imperialismo económico” para llamar la atención acerca de esa expansión de la ciencia económica en otros sectores de la ciencia social

Considero que el terreno de la ciencia social es unitario, y que en esta visión globalizante todas las disciplinas se complementan, siendo conveniente estudiar las diversas ramas de esta macrociencia, para entender mejor ese campo de estudio que llamamos ciencia social.

Nos centraremos en el análisis económico del derecho (AED); sin embargo, haremos una breve presentación de la teoría institucional, neoinstitucional y de la cliometría, dado que todas estas corrientes analíticas, además de otras, forman el contexto propio en el cual se desarrolla la AED, y por ello su comprensión es más pertinente.

* Coordinador del Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Catedrático de derecho económico internacional, y de derecho administrativo.

II. CLIOMETRÍA

Metodología de análisis que utiliza de manera sistemática la teoría económica, la estadística y la econometría para el estudio de la historia económica.

La cliometría implica la aplicación de la teoría económica y de la econometría a problemas económicos del pasado en interés de la historia, y no de la economía.

El historiador tiene que explicar, y para explicar tiene que usar leyes generales. Para la historia económica, las leyes generales proceden de la teoría económica.¹

La cliometría es una disciplina situada en la encrucijada de tres disciplinas: la historia, la economía y la estadística econométrica.²

El término lo acuñaron en los años sesenta del siglo XX, Jonathan R.T. Hughes (1928-1992) y Stanley Reiter (1925-). Su nombre deriva de Clío, musa griega de la historia, y metría, medición.

En 1993, el Premio Nobel de Economía recayó en Robert Fogel (1926-) y Douglass North (1920-), en parte por su contribución en el establecimiento de la cliometría, en particular “Por haber renovado la investigación en historia económica al hacer uso de la teoría económica y de métodos cuantitativos para explicar el cambio institucional y económico”.³

Salomón Kalmanovitz (1943-) expresa que la cliometría consistió en la aplicación de la teoría económica y de la econometría al análisis del pasado.

Uno de sus gestores fue Simón Kuznets (1901-1985), quien desde 1948 había emprendido un ambicioso proyecto apoyado por el National Bureau of Economic Research, y que culminó en su libro aparecido en inglés en 1966, *El crecimiento económico moderno* (Madrid, 1973). En esta obra, Kuznets estableció criterios para analizar los países con base en las categorías de producción, asignación de recursos, distribución del ingreso, consumo y relaciones externas (los flujos de conocimiento, personas y capital entre países).

La producción se relacionaba con la población, y las categorías de producto o ingreso per cápita pasaron a ser la vara de comparación de la riqueza entre países. La relación entre insumos y producto daba una idea de la productividad de los factores, y el remanente, que era fundamental, se le tildaba como la productividad total de los factores. La distribución se refería a los ingresos del capital, del trabajo y de la tierra. La idea era elaborar series largas de las cuentas nacionales, que a su vez habían sido deducidas de las categorías

¹ Baccini, Alberto y Giannetti, Renato, *Cliometría*, Barcelona, Crítica, 1997, p. 48.

² *Ibidem*, p. 1.

³ Kuper, Adam y Kuper, Jessica, *The Social Science Encyclopedia*, London, Routledge, 1999, pp. 96-98.

keynesianas de consumo, ahorro e inversión, de distintos países para poder hacer comparaciones informadas. El crecimiento moderno se refería a un patrón de acumulación de capital rápido y sostenido a lo largo del tiempo.

Otro influyente autor de la escuela cliométrica fue Robert William Fogel (1926-) en su libro *Railroads and American Economic Growth: Essays in Econometric History* (1964), en el que trató de calcular el costo/beneficio de la inversión hecha en ferrocarriles en los Estados Unidos durante el siglo XIX.

Fogel hizo importantes innovaciones en la naturaleza de la investigación histórica, que fueron, entre otras, la definición operacional del ahorro social, la utilización de ejemplos contra factuales de manera explícita, el uso de modelos económicos para calcular lo que hubieran sido los costos calculados por un agente racional y, por último, la selección y comprobación de hipótesis sobre el mundo real que estaban sesgadas en contra de sus hallazgos principales. Sus resultados indicaron que los ferrocarriles no habían jugado un papel tan importante en el crecimiento económico de los Estados Unidos como se había creído, porque había medios de transporte alternativos, como la red de canales y de carreteras existentes.

El mismo Fogel, en conjunción con Stanley Lewis Engerman (1936-), publicó en 1974 un polémico libro sobre la esclavitud norteamericana, *Time in the Cross: The Economics of American Negro Slavery*, en el que se cuestionaban todas las posiciones más aceptadas sobre la esclavitud, como que ésta era una inversión poco rentable, que estaba en su etapa económica moribunda, que el trabajo esclavo y la producción agrícola basada en él eran económicamente ineficientes, que la esclavitud había conducido al estancamiento del sur de los Estados Unidos, y que había impuesto condiciones de vida extremas a los esclavos.

La cliometría había contribuido a esclarecer muchos eventos y problemas microeconómicos de la economía capitalista, para lo cual contó con un creciente arsenal de medios técnicos.⁴

III. ESCUELA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA (*PUBLIC CHOISE*)

La escuela de la elección pública (*public choise*) se refiere al pensamiento económico, desarrollado en los Estados Unidos a partir de los años cincuenta del siglo XX, que extiende los conceptos y la metodología de la economía a los procesos de elección que se dan en las instituciones colectivas o públicas, y en general a situaciones fuera del mercado.

⁴ Kalmanovitz Krauter, Salomon, *La cliometría y la historia económica institucional. Reflejos latinoamericanos*, Bogotá, La Carreta, 2004.

Esta tendencia del *public choice* trata con los procesos de escogencia que realizan personas cuando no seleccionan alternativas sólo para sí, para su consumo o producción privados, sino para la comunidad a la que representan tanto como para sí mismos.

La escuela del *public choice* asume que los individuos que realizan escogencias o elecciones entre alternativas se comportan guiados por la misma racionalidad cuando lo hacen en la función pública que cuando escogen para sí.

Las personas tienden a minimizar sus costos y a maximizar sus beneficios (esquema del *minimax*). De esta manera, es posible comprender muchos temas que pertenecen tradicionalmente al ámbito de la ciencia política mediante el instrumental analítico que proporciona la economía.

El análisis de los procesos de escogencia o elección pública surgió, en gran medida, cuando se contrapuso a la idea de fallas en el mercado, la idea de que también existían fallas en el proceso de asignación de recursos que realiza el sector público.

La escuela del *public choice* se caracteriza por su énfasis en el análisis institucional comparativo y, en particular, de las relaciones entre instituciones políticas y económicas. Destaca la importancia de estudiar el marco legal dentro del cual se realizan tales escogencias, pues, en ausencia del mercado, los individuos escogen dentro de los límites que la legislación impone. Por este motivo se está desarrollando en la actualidad un área temática de investigación que se denomina “economía política constitucional”. Las principales figuras de esta corriente son James Buchanan (1919-) y Gordon Tullock (1922-).⁵

Esta corriente económica es una rama de la economía que se desarrolló a partir del estudio de los impuestos y del gasto público. Nace en los años cincuenta del siglo XX, y recibió una amplia atención pública en 1986, cuando James Buchanan, uno de sus dos principales arquitectos (el otro fue su colega Gordon Tullock) fue galardonado con el premio Nobel de Economía. Buchanan inició el Centro para el Estudio de la Elección Pública en la Universidad George Mason, Virginia.

Otros centros académicos que trabajan esta línea académica son, por ejemplo, la Universidad del estado de Florida, la Universidad de Washington (St. Louis), la Universidad del estado de Montana, el Instituto de Tecnología de California y la Universidad de Rochester.

⁵ Véase www.eumed.net.

La elección pública toma los mismos principios que usan los economistas para analizar las acciones de la gente en el mercado y los aplica a las acciones de la gente en la toma colectiva de decisiones.

Los economistas que estudian el comportamiento en el mercado privado suponen que la gente está motivada sobre todo por el interés propio.

En el pasado, muchos economistas han argumentado que la forma de frenar los fallos de mercado, como los monopolios, es introducir la acción del gobierno.

Pero los economistas de la elección pública señalan que también existe el «fallo de gobierno». Es decir, hay razones por las cuales la intervención del gobierno no consigue el efecto deseado.⁶

La teoría de la elección u opción pública (*public choice theory*) trata de ligar la economía con la política a través del Estado, entendido como la suma de voluntades individuales, para saber cuáles son los factores que determinan determinadas políticas que elige el Estado de las diferentes opciones que a éste se le presentan. Se divide en *elección pública positiva*, que estudia las decisiones colectivas o públicas de los agentes políticos, y en *economía política constitucional*, que pretende desarrollar un marco institucional que aminore el poder político frente a la sociedad civil.

Partiendo del individualismo metodológico, sostiene la premisa de que el comportamiento de los burócratas y políticos es maximizador del presupuesto público principalmente buscando sus propios intereses y después buscará el bienestar social.⁷

Además, estudia las escogencias o elecciones fuera del mercado; es decir, elecciones como proceso social que involucra a los individuos, independientemente de su voluntad para tomar decisiones colectivas y públicas.

En general, estudia los *fallos del gobierno* como una respuesta ante quienes sostienen que el gobierno debe intervenir ante los denominados fallos de mercado; así, postula que la evidencia científica señalaría al gobierno y no al mercado, como el ente que debe ser limitado o reducido por el bienestar de la sociedad.

James Mc Gill Buchanan (1919-) nace en Murfreesboro, estado de Tennessee, el 3 de octubre de 1919. Es un economista estadounidense considerado el máximo representante de la teoría de la elección pública (*public choice*), que trata de ligar la economía con la política a través del Estado.

⁶ Shaw, Jane, *Teoría de la elección pública*, Henderson, 1998, pp. 179-183.

⁷ Salinas Sánchez, Javier, *Economía política constitucional de los presupuestos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993, p.12.

Buchanan obtuvo el Premio Nobel de Economía en 1986 por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría de la adopción de decisiones económicas y políticas.

Buchanan estudió en las universidades de Tennessee y Chicago y ejerció la docencia en las de Pennsylvania y Virginia. Especialista en Hacienda pública, realizó interesantes estudios sobre el papel de la inflación como impuesto y sobre la naturaleza de la deuda pública.

Es líder y teórico de la corriente *public choice*, que analiza la forma en que se adoptan las decisiones públicas que influyen en el funcionamiento del sistema económico.⁸

Sus principales obras son:⁹

1. *Public principles of Public Debt* (1958).
2. *Hacienda pública* (1960).
3. *El cálculo del consentimiento* (*The calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*), en colaboración con Gordon Tullock (en 1962).
4. *Cost and Choice. An inquiry in economic theory* (1969).
5. *Teoría de la elección pública* (1972).
6. *El sector público en las economías de mercado* (1979).
7. *The public finances. An introductory textbook* (1980).

Gordon Tullock (1922-) nació el 13 de febrero de 1922 en Rockford, Illinois. Estudió derecho en la Law School University of Chicago, obteniendo el doctorado en esta universidad en 1954. Trabajó algún tiempo en un despacho privado de abogados y como abogado del State Department.

Ha sido profesor en las universidades de South Carolina, Virginia, Rice University, Virginia Polytechnic Institute, Virginia State University, George Mason University y Arizona.

Ha sido profesor de economía del derecho en el *Center for Political Economy* creado por Buchanan en la *George Mason University*.

En 1966, Tullock participó como editor en la fundación de la revista *Journal of Non-Market Decision Making*, más tarde rebautizada como *Public Choice*. Es también cofundador del Center for Studies in Public Choice.

Ha sido presidente de diversas sociedades científicas: Public Choice Society, la European Public Choice Society, la Southern Economic Association y la Western Economic Association.

⁸ En www.eudemel.net.

⁹ En www.wikipedia.com.

En 1998 fue designado como *Distinguished Fellow* de la American Economic Association.

En sus numerosos libros y cientos de artículos ha analizado en los campos de la elección social, la economía del derecho y la bioeconomía. Es uno de los nombres más destacados de la nueva economía institucional y de la economía política constitucional.

En su libro *El cálculo del consenso*, 1962, escrito conjuntamente con James Buchanan, analiza el problema de los costes en la adopción de decisiones políticas: la adopción de decisiones tiene unos costes de transacción que serán mayores cuanto mayor sea el número de individuos involucrados, pero a la vez, cuanto más nos acerquemos a la unanimidad, menores serán los costes externos que unos individuos puedan imponer a otros o al conjunto de la sociedad. El cálculo del consenso tiene que minimizar la suma de ambos tipos de costes.

Otro concepto originado en los trabajos de Gordon Tullock es el de la sociedad de buscadores de rentas. Se utiliza la expresión “buscadores de rentas” para referirnos a los grupos de interés que tratan de influir sobre las decisiones políticas para que las reglas se elaboren e interpreten en su propio beneficio.

Gordon Tullock ha demostrado que en cualquier sistema que permita la adopción de decisiones mediante mayorías no unánimes será posible y habrá una tendencia a que mediante el intercambio de votos se alcancen coaliciones de grupos de interés mayoritarias que consigan aprobar los proyectos que les benefician aunque los costes totales sean mayores que los beneficios totales resultantes.

Los costes generados por este tipo de actividades han sido bautizados como *costes de buscarrentas* o *costes de Tullock*.

Algunas obras de Tullock:

- *The Politics of Bureaucracy* (1965)
- *Private Wants, Public Means* (1970)
- *The Logic of the Law* (1971)
- *The Vote Motive* (1976; 2006)
- *Autocracy* (1987)
- *Rent Seeking* (1993)
- *The Economics of Non-Human Societies* (1994), y
- *On Voting: A Public Choice Approach* (1998)

IV. ESCUELA INSTITUCIONAL

Es adecuado dejar aquí indicada una posible definición de institución, para los efectos de la comprensión de la escuela económica denominada institucionalismo y neoinstitucionalismo.

Douglas Cecil North (1920-) define a las instituciones como las reglas del juego en una sociedad, que estructuran los incentivos al intercambio humano en lo político, económico social, etcétera. Son las reglas que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales, políticas entre las personas y los grupos sociales. Son construcciones sociales.

Las instituciones formales son las reglas escritas en el ordenamiento jurídico. Las instituciones informales son las reglas del juego no escritas (*common law*, en la tradición anglosajona), y derecho consuetudinario, en la tradición romanística.¹⁰ Esta vertiente se puede ubicar como el institucionalismo y el nuevo institucionalismo.

1. *Institucionalismo*

Se puede indicar que el institucionalismo nace en los Estados Unidos en 1898 con la publicación de los ensayos de Thorstein Veblen: *¿Por qué no es la economía una ciencia evolutiva?*, y en 1989: *Las preconcepciones de la ciencia económica*.

Ambos artículos generaron un debate fuerte en el mundo académico de los Estados Unidos, originando lo que se ha dado en llamar el institucionalismo.¹¹

Los institucionalistas fue el nombre dado a un grupo de economistas disidentes (heterodoxos), que durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX compartieron su oposición a las teorías económicas entonces en boga. Entre los primeros economistas institucionalistas hay que mencionar a Thorstein Veblen (1857-1929), John R. Commons (1862-1945) y Wesley C. Mitchell (1874-1948).

El análisis de la utilidad en el comportamiento del consumidor y la teoría de la productividad marginal de la distribución fueron los primeros blancos de las críticas de los institucionalistas. En los trabajos de Veblen se

¹⁰ North, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 14-16.

¹¹ Seckler, David, *Thorsten Veblen y el institucionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 39.

contiene una crítica tan acre y severa del capitalismo como la contenida en la obra de Karl Marx (1818-1883), cuya obra más conocida es *La teoría de la clase ociosa* (1899).

La idea de que la búsqueda privada del máximo beneficio o lucro puede frustrar la consecución del máximo bienestar nacional es expuesta por Wesley Clair Mitchell (1874-1948), en su *Ciclo de los negocios* (1913). La principal aportación de John R. denuncia una realidad social con muchas deficiencias e injusticias y como reacción intelectual frente a una ciencia económica que se mostraba incapaz de sugerir soluciones para transformarla.

Con clara influencia en el *new deal* del presidente Franklin Delano Roosevelt (1882-1945); tres administraciones: 1933-1937; 1937-1941; 1941-1945. La doctrina institucionalista no tuvo excesivo arraigo, ni siquiera en los Estados Unidos, en donde nació.

Commons, el otro miembro de la tríada institucionalista, lo fue en materia de la legislación laboral y en las relaciones industriales, así como en el campo de la administración pública; sus principales obras son *Fundamentos legales del capitalismo* (1924) y *Economía política institucional* (1934).

Aunque sus antecedentes más inmediatos se hallan en Europa, y en especial en la escuela histórica alemana, la economía institucional fue un movimiento típicamente americano, que fundamentó el análisis de la realidad económica en el estudio de la estructura y el funcionamiento de las instituciones.

La influencia institucionalista se aprecia en autores tan prestigiosos como John K. Galbraith (1908- 2006); Simón Kuznets (1901-1985); Kenneth E. Boulding (1910-1993); Ronald H. Coase (1910-); Alfred D. Chandler, Jr (1918-2007); Olivier Williamson (1932-), entre otros.¹²

2. *Nuevo institucionalismo*

Actualmente se ha generalizado la expresión “nueva economía institucional” para aludir a una amplia variedad de enfoques y nuevas teorías económicas.

La corriente más destacada y concurrida del nuevo institucionalismo es la llamada *law and economics* o economía del derecho, que analiza los costes de transacción y los derechos de propiedad. Los nombres más destacados son los de Ronald Coase (1910-); Armen Alchian (1914-); Harold Demsetz (1930-); Richard Posner (1939-) y Oliver Williamson (1932-).

¹² En www.economia48.com

Otra fecunda corriente es la economía política constitucional de James Buchanan (1919-), desgajada o superadora de la más ortodoxa *public choice* o elección social.

La nueva historia económica de Robert William Fogel (1926-) y Douglas North (1920-) contempla también la historia como un proceso de evolución de instituciones. Hay que incluir también la teoría del capital humano de Theodore Schultz (1902-1998) o el análisis económico que hace Gary Becker (1930-) de las instituciones y funciones de la familia y el matrimonio.

En cierto modo, las nuevas escuelas institucionalistas hacen algunas cosas justo al contrario de la vieja escuela del institucionalismo americano. Mientras que los primeros institucionalistas trataron de introducir en la ciencia económica conceptos procedentes de otras ciencias, los nuevos institucionalistas tratan de utilizar los instrumentos de la economía para explicar la historia, el comportamiento animal, el comportamiento delictivo, el derecho, los contratos, la empresa, las redes de información, el gobierno, la familia y otras instituciones sociales.

Es lo que también se ha llamado el imperialismo económico, la invasión por la ciencia económica de áreas del conocimiento que le habían sido ajenas.

Como los viejos institucionalistas, se sigue prestando una atención especial a las instituciones sociales, políticas y económicas que dirigen nuestra vida cotidiana, pero ahora se sigue un estricto individualismo metodológico, buscando las explicaciones a los hechos en los objetivos, planes y decisiones de los individuos. Ciertamente, se atiende a conceptos de grupo social tales como la cultura de empresa o la memoria organizativa, pero en la nueva metodología estos conceptos son un objeto a explicar, no una causa explicativa. Sólo los individuos deciden y actúan. Los fenómenos que observamos y describimos a nivel de agregados sociales deben ser explicados como resultado de las acciones e interacciones de seres humanos individuales que buscan sus propios intereses tal como ellos los entienden.

La metodología de la corriente ortodoxa neoclásica utiliza el modelo teórico del mercado de libre competencia como un supuesto ideal óptimo frente al que se compara la realidad económica. Eso conduce inevitablemente a los economistas a proponer soluciones consistentes siempre en la modificación de la realidad para acercarla a la abstracción del libre mercado. El nuevo institucionalismo rechaza esa metodología y, en cambio, intenta comparar unas instituciones con otras. Lo óptimo no es real ni es alcanzable, por lo que hay que comparar y elegir entre soluciones institucionales subóptimas, pero posibles.

Ante esta nueva metodología, mercado y Estado parecen competir en igualdad de condiciones: las instituciones estatales o las instituciones de

mercado pueden ser comparativamente más o menos eficientes según el lugar y el momento histórico. Para solucionar los problemas económicos concretos y para estimular el crecimiento económico no es válido proponer medidas macroeconómicas de validez universal. Por el contrario, habrá que fomentar el desarrollo institucional adecuado al entorno concreto.¹³

Cabalmente, Ayala, con una posición a favor del neoinstitucionalismo, afirma que la protección de los derechos individuales, especialmente los derechos de propiedad, no puede ser vista como un lujo sólo de los países ricos. Agrega, en el contexto de los países de América Latina, que un sistema de derechos bien definido no elimina en definitiva las tentaciones de caer en la corrupción.

3. *El enfoque de la economía institucional*

De acuerdo con Geoffrey M. Hodgson (1946-), el término “nueva economía institucional” se usa ampliamente, y está asociado a una vasta literatura. Claramente, el adjetivo temporal en el título adoptado de esta amplia serie de teorías y enfoques de posguerra tiene la intención de delimitar la “nueva economía institucional” del “antiguo” institucionalismo económico de Thorstein Veblen, John Commons y Wesley Mitchell. Este primer institucionalismo fue, de hecho, dominante en los departamentos de economía norteamericanos justo después de la Primera Guerra Mundial.

A pesar de esto, los exponentes destacados de la “nueva” economía institucional han hecho pocas referencias detalladas de su predecesor. Dos factores podrían ayudar a explicar esta omisión. El primero es que actualmente la subdisciplina de la historia del pensamiento económico está muy abandonada y ahora existe un desconocimiento del “antiguo” institucionalismo norteamericano, a pesar de su favorable ubicación geográfica y accesible idioma. El segundo se debe a que desde el declive en Norteamérica después de 1930, el institucionalismo “antiguo” ha sido repetidamente condenado y descartado por no haber proveído a la teoría económica de un enfoque sistemático viable.

Sin embargo, las caracterizaciones del “antiguo” institucionalismo como puramente descriptivo o antiteórico son insostenibles ante un escrutinio desde cerca. Particularmente en los escritos de Veblen y Commons hay un fuerte énfasis en la importancia y prioridad de las tareas de la explicación y el desarrollo teóricos. Cualquiera que sean sus limitaciones, los primeros

¹³ Ayala Espino, José, *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 25 y 26.

institucionalistas se dirigían a cruciales asuntos teóricos. Por ejemplo, Veblen (1899, 1919) fue el primer cientista social que intentó desarrollar una teoría económica e institucional de la evolución en líneas esencialmente darwinianas (Hodgson, 1993).

El trabajo de Veblen comparte ciertas características comunes por parte de economistas muy posteriores que intentan utilizar metáforas evolutivas de la biología: Armen Alchian (1950), Friedman Hayek (1988), Kenneth Boulding (1981) y Richard Nelson y Sidney Winter (1982). Adicionalmente, se ha reconocido a Commons (1924, 1934) como una influencia de primer orden sobre, por ejemplo, la economía conductista (behavioral) de Herbert Simon (1979), e incluso en el “nuevo” institucionalismo de Oliver Williamson (1975). Los institucionalistas también desarrollaron un número de teorías sobre el comportamiento de los precios en mercados de competencia imperfecta.

Rastros de la influencia superviviente del “antiguo” ideario institucionalista pueden encontrarse en muchas áreas y/o teorías y en la economía aplicada.

De hecho, la influencia del institucionalismo persistió por un tiempo después de la Segunda Guerra Mundial.

No obstante, hay algo que justifica las declaraciones desdeñosas. Desde Veblen, los “antiguos” institucionalistas han fracasado en ponerse de acuerdo, y menos aun desarrollar un núcleo teórico sistemático.

El institucionalismo norteamericano no legó un sistema teórico integrado de la estatura o alcance como el de Karl Marx (1818-1883), Alfred Marshall (1842-1924), Leon Walras (1834-1910) o Vilfredo Pareto (1848-1923).¹⁴

V. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

1. *Aproximación al concepto del análisis económico del derecho (AED)*

Esta rama del análisis científico implica la aplicación de los instrumentos analíticos de la ciencia de la economía a los fenómenos jurídicos.

Se puede indicar que la economía estudia los fenómenos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios obtenidos con base en recursos escasos. Su objeto de estudio radica en conductas humanas, lo cual incide en la metodología y límites de esta ciencia económica.

¹⁴ En www.redcelsofurtado.edu.mx.

Por su parte, los fenómenos jurídicos pueden ser analizados desde el enfoque de la economía.

Los fenómenos o los hechos jurídicos tienen efectos perceptibles en la actividad económica.¹⁵

En esta disciplina se realiza el análisis económico de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de los seres humanos.

Se parte del supuesto de que el AED es que las normas jurídicas crean costos y beneficios para la realización de ciertas acciones.¹⁶

2. *Antecedentes históricos*

El AED nace en los Estados Unidos, en la Universidad de Chicago, con los trabajos de Ronald Coase (1910-), sobre el problema del costo social, cuyo antecedente fue el estudio de la naturaleza de la empresa, de 1937.

“The Problem of Social Cost” se publicó en *Journal of Law and Economics*; “El problema del costo social”, se publicó en español en *Hacienda Pública Española*, 1981), y de Guido Calabresi (1932-) de la Universidad de Yale con su estudio de 1961, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, publicado en *Yale Law Journal*.¹⁷

3. *Algunos de los fundadores de la AED*

A. *Ronald Coase*

Ronald Harry Coase nació el 29 de diciembre de 1910 en Willesden, suburbio de Londres. Es un economista estadounidense de origen británico. Su padre fue telegrafista de la oficina de correos, al igual que su madre. Tal vez por esta razón, siempre se interesó por el estudio de los servicios públicos británicos.

Se formó en la Kilburn Grammar School hasta que pasó a estudiar la licenciatura en comercio en la London School of Economics. En la prestigiosa institución británica se especializó en economía industrial y, tras viajar

¹⁵ Kluger, Viviana *et al.*, *Análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006, pp. 21 y 22.

¹⁶ Spector, Horacio, *Elementos de análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 7 y 8.

¹⁷ Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 66-70.

a Estados Unidos en calidad de becario, se licenció. A su regreso al Reino Unido fue contratado en 1932 como profesor en la Escuela de Economía y Comercio de Dundee (1932-1934).

En 1934 se trasladó a la Liverpool, donde ganó una plaza como profesor, y un año más tarde fue contratado por la London School of Economics (1935-1939; 1946-1951), en la que obtuvo el grado de doctor al año siguiente.

En 1937 publicó un artículo llamado “La naturaleza de la empresa”, en el que expuso su teoría de los costes de transacción, según la cual las grandes compañías existen como tales porque realizan sus actividades a un menor coste que si las contrataran externamente.

Con el inicio de la Segunda Guerra Mundial, Coase se responsabilizó de trabajos estadísticos para diferentes agencias gubernamentales, y en 1946 se reincorporó a la London School of Economics. En esta institución fue asignado a la asignatura de principios de economía, a la vez que investigaba sobre la utilidad pública. En 1951 se trasladó a Estados Unidos, donde encontró plaza como profesor en la Universidad de Buffalo, y en 1958 se trasladó a la Universidad de Virginia, en la que ejerció la docencia hasta 1964.

En la década de los años cincuenta, divulgó su posición acerca de la conveniencia de establecer adecuadamente los derechos de propiedad, con el fin de obtener las mejores ofertas en las adjudicaciones públicas. Profundizó sobre esta materia, y en 1961 publicó el artículo “El problema del coste social”, en 1960, en el que se planteó la posibilidad de que a través de una adecuada asignación de los derechos de propiedad fuera posible una internalización de las externalidades, que se sistematizó en el teorema que lleva su nombre.

Coase expresó que el costo de ejercer un derecho (de usar un factor de la producción) es siempre la pérdida que sufra la otra parte como consecuencia del ejercicio de ese derecho.¹⁸

Fue editor de la revista *Law and Economics* de 1964 a 1982. En 1964 se trasladó de la Universidad de Virginia a la de Chicago, que le ofreció una plaza como profesor. A lo largo de su vida fue miembro de la Academia Británica; de la Academia Europea; de la Academia Americana de las Artes y de las Ciencias; presidente fundador de la Sociedad para la Nueva Economía Institucional y miembro de honor del Comité de Eurociencia. También

¹⁸ González Nieves, Cristina, *Análisis económico del derecho ambiental*, Buenos Aires, Helias-ta, 2008, pp. 103-106.

fue nombrado doctor *honoris causa* por varias universidades, como las de Colonia, Yale, París o Buckingham, entre otras.

En 1991 se le concedió el Premio Nobel de Economía por sus trabajos renovadores en torno a los derechos de propiedad, los costes de transacción y la estructura institucional.

En sus análisis, Coase señaló una laguna habitual en economía: no considerar los costes de contratación y gestión. Éstos consumen recursos, y las instituciones son una respuesta al intento de minimizarlos. De hecho, las empresas son instituciones que reducen costes a través del desvío de actividad en el mercado. Por extensión, cualquier estructura institucional responde a la presencia de un cierto nivel de costes de transacción. Por otra parte, es más relevante hablar del derecho al uso de bienes, antes que de éstos, porque la determinación correcta de los derechos de propiedad mediante reglas determina las decisiones económicas y, por tanto, el resultado social final.

Se le otorgó el Premio Nobel de Ciencias Económicas en 1991 por el descubrimiento y clarificación del significado de los costes de transacción y derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. Ronald Coase es considerado el fundador del análisis económico del derecho y de la nueva economía institucional.

En 1937, en su estudio *The Nature of the Firm* (La naturaleza de la empresa),¹⁹ dijo que “Según los costos de transacción, las grandes empresas existen como tales porque realizan sus actividades a un menos coste que si las contrataran externamente”.

En 1961 publica *The Problem of Social Cost* (El problema del coste social), en el cual propuso la conveniencia de que mediante la adecuada asignación de los derechos de propiedad fuera posible una internalización de las externalidades, lo cual se conoce como el *teorema de Coase*.

Una aplicación del *teorema de Coase* en la materia de los contratos es la siguiente:

Las partes negociantes efectuarán un contrato perfecto cuando los costes de la transacción sean nulos. En este caso, el contrato será completo porque la negociación de términos adicionales no cuesta nada. Cuando los costes de transacción son nulos, el contrato será asignado a la parte que lo valore más, y cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor coste.²⁰

¹⁹ Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 558-575.

²⁰ Bejarano Ávila, Jesús Antonio, “El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos”, *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, Universidad del Externado, núm. 1, 1999.

Obras:

- *The Nature of the Firm*, 1937.
- *The Marginal Cost Controversy*, 1946.
- *British Broadcasting: A study of monopoly*, 1950.
- “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1960.
- “Durability and Monopoly”, *Journal of Law and Economics* 1972.
- “The Lighthouse in Economics”, *Journal of Law and Economics*, 1974, *The American Economic Review*, vol. 64, núm. 2 (1974).
- “Marshall on Method”, *Journal of Law and Economics*, 1975.
- “The Wealth of Nations”, *Economic Inquiry*, 1977.
- “Economics and Contiguous Disciplines”, *Journal of Legal Studies*, 1978.
- “The New Institutional Economics”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1984.
- *The Firm, the Market and the Law*, 1988.
- “The Institutional Structure of Production”, *AER*, 1992.
- “The Institutional Structure of Production”, en Williamson, editor, *Nature of the Firm*, 1993.

Teorema de Coase

Cuando las partes afectadas por las externalidades (impacto que acciones de una persona física o jurídica causan en otras personas físicas o jurídicas) pueden negociar sin incurrir en coste alguno, el resultado es eficiente, independientemente de quien sea jurídicamente responsable de los daños del problema del costo social.²¹

Este teorema (proposición que afirma algo demostrable) parte de estos supuestos, sujetos a discusión:

Los agentes, actores o seres humanos actúan racionalmente.

No existe el efecto riqueza.

Es posible realizar contratos o negociar de modo libre, sin coste alguno, siendo factible que los contratos se cumplan.

B. Andrés Roemer

Andrés Roemer hace la crítica en el sentido de que suponer que los costos de transacción son iguales a cero, no es realista.

Los derechos de propiedad pueden ser bien definidos.

²¹ Kluger, Viviana *et al.*, *op. cit.*, nota 15, pp. 60-62.

Para el logro de la eficiencia económica, de acuerdo con el teorema citado, se deben dar estos requisitos:

La eficiencia requiere que los derechos sobre la propiedad y los contratos estén bien establecidos.

Se debe establecer una asignación inicial de derechos que garantice la máxima eficiencia.

El derecho puede aumentar la eficiencia en el sistema económico, reduciendo los costes de las transacciones y de los contratos.

C. Guido Calabresi

Guido Calabresi nace el 18 de octubre de 1932, en Milán. Guido es el hijo del cardiólogo Massimo Calabresi y de Bianca María Finzi Contini. Los padres de Calabresi fueron activos en la resistencia contra el fascismo italiano en Milán.

En 1939 emigran a los Estados Unidos y se naturalizan estadounidenses en 1948. Calabresi se casó con Anne Gordon Audubon Tyler, antropóloga social, escritora independiente, activista social, filántropa y patrocinadora de artes.

Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, donde ha sido profesor desde 1959. Calabresi es considerado, junto con Ronald Coase, como uno de los fundadores de la corriente *law & economics*, también conocida como el análisis económico del derecho.

Para Calabresi, la eficiencia es la palabra clave para entender el AED, entendida relativamente como la habilidad de producir al más bajo costo. Calabresi le hizo observaciones críticas a Posner Tavano.²²

En 1970, en Yale University Press publica el libro *The Cost of Accidents: legal and Economic Analysis*. En 1984, la editorial Ariel de Barcelona lo publica con el título *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*.

Publicaciones:

- “Algunos pensamientos en la distribución de riesgo y el derecho de responsabilidad civil”, *Yale Law Journal*, 1961.
- *El análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel, 1984.

²² Alegría, Héctor y Mosset, Jorge, “Derecho y economía”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, núm. 21, 1999, pp. 20 y 21.

- *El costo de accidentes: un análisis legal y económico*, Yale University Press, 1970.
- “Reflexiones sobre el futuro de la teoría económica en la enseñanza del derecho”, *Journal of Legal Education*, 1983.²³

D. Gary Becker

Nace el 2 de diciembre de 1930 en Pottsville, Pennsylvania, Estados Unidos. Es un economista norteamericano. Premio Nobel en Economía en 1992 por su empeño en trabajar el concepto de capital humano. Becker extendió el análisis microeconómico a un amplio rango de comportamiento humano e interacción, incluyendo aquel que no tiene relación con el mercado.

Es un destacado representante del liberalismo económico. Becker comenzó sus estudios universitarios en la Universidad de Princeton y los terminó en la Universidad de Chicago. Fue profesor en las universidades de Columbia y Chicago, en donde conoció a George Stigler (1911-1991).

Partiendo de su enfoque económico, Becker afirmó que los individuos actúan de una manera racional. Él investigó este supuesto en estas áreas de análisis: el capital humano, la criminalidad, discriminaciones por sexo o raza o el comportamiento de las familias.

Para Becker, la familia es una fábrica de consumidores de bienes (la comida, alojamiento). El precio de éstos tiene dos componentes: el precio del mercado y el coste de oportunidad. Si la renta de familia aumenta, resulta antieconómico mantener miembros de la familia trabajando en la casa.

Obras:

- *Tratado sobre la familia*, Madrid, Alianza Editorial.
- *El capital humano*, Madrid, Alianza Editorial.²⁴
- Becker fue uno de los impulsores de esta tendencia, por la cual el análisis económico se extiende a otras disciplinas, como el derecho, la antropología, la sociología, la historia, la administración pública, la administración de negocios, la educación, la ciencia política, etcétera.
- Obviamente, esta corriente metodológica de la economía como una ciencia imperialista provocó un amplio debate.²⁵

²³ Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 579-586.

²⁴ En www.wikipedia.com.

²⁵ Tullock, Gordon, “Imperialismo económico”, *Revista de Estudios Públicos*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Estudios Públicos, núm. 1, 1980, pp. 91-101.

E. Richard Posner

Nace el 11 de enero de 1939 en Nueva York. Ha desempeñado el cargo de juez en la Corte de Apelaciones del séptimo circuito, en Chicago, Estados Unidos.

Es uno de los más influyentes teóricos del derecho que se encuentran con vida y la voz mayor en el movimiento del análisis económico del derecho, al que ayudó en sus inicios mientras era profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago.

El juez Posner es economista y magistrado desde 1981 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que presidió de 1993 a 2000.

Graduado en 1959 en Yale, se licenció en derecho en Harvard Law School en 1962. Entró como profesor en 1968 en Stanford University, de donde pasó a la Law School de la Universidad de Chicago (1969-1981), en cuyas actividades académicas y docentes continúa participando regularmente.

Richard Posner ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica a diversos campos jurídicos, como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Propuso y defendió la idea de que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social.

Se convirtió así en uno de los más destacados líderes de la corriente del análisis económico del derecho (*law and economics*), aplicando el análisis económico al derecho de familia, a la discriminación racial, a la jurisprudencia y a la privacidad.

Es fundador del *Journal of Legal Studies*. Presidió la American Law and Economics Association (1995-1996), y es coeditor de la *American Law and Economics Review*. Es doctor honorífico por las universidades de Syracuse (1986), Duquesne (1987), Georgetown (1993), Gante (1995), Yale (1996), Pennsylvania (1997), Brooklyn (2000) y Northwestern (2001).

Obras de Richard A. Posner:

- *Taxation by Regulation*, 1971.
- “Theory of Negligence”, *Journal Legal Studies*, 1972.
- *Economic Analysis of Law*, 1973.
- “Economic Justice and the Economist”, *Public Interest*, 1973.
- *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 1975.
- *Antitrust Law: An Economic perspective*, 1976.
- “Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis”, con William Landes (1939-), *Journal Law and Economics*, 1976.

- “An Approach to the Regulation of Bank Holding Companies”, con F. Black y M.H. Miller, *Journal of Business*, 1978.
- “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *Journal Legal Studies*, 1979.
- “Joint and Multiple Tortfeasors”, with W. Landes, *Journal Legal Studies*, 1980.
- “Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, *Hofstra Law Review*, 1980.
- *The Economics of Justice*, 1981.
- *Sex and Reason*, 1992.
- *Aging and Old Age*, 1995.
- “The Problematics of Moral and Legal”, *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, 1997.

Con Posner, a partir de 1973, año en que se publica su obra *Economic Analysis of Law*, hace un estudio combinando derecho y economía, en donde abarca diversas ramas jurídicas: propiedad, contrato, responsabilidad civil, penal, lo fiscal y tributario.²⁶

Esta obra estudia el derecho civil, penal, constitucional, económico, servicio público, transporte colectivo, mercados financieros, tributación, procedimientos judiciales, administrativos, civiles, penales, pruebas, la discriminación racial, la protección de mercados libres en las ideas y en la religión; propiedad intelectual, y cateos, confiscaciones e interrogatorios.

Posner, en el prefacio de esta obra, dijo que no se puede aprender economía en un solo libro, ni en este libro ni en ningún otro.²⁷

F. Mitchell Polinsky

Es una figura pionera en el campo del análisis económico del derecho. Obtuvo su bachillerato en economía en la Universidad de Harvard (1966-1970) y su doctorado en economía en el MIT (Massachusetts Institute of Technology), 1970-1973, y su maestría en derecho en la Universidad de Yale (1975-1976).

Su obra abarca estudios en contratos, propiedad, reparaciones civiles, derecho penal. Ha sido presidente de la Asociación Americana de Derecho y Economía.

²⁶ Bejarano Ávila, Jesús Antonio, “El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos”, *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, Universidad del Externado, núm. 1, 1999, p. 14.

²⁷ Posner, Richard, *op. cit.*, nota 17, p. 23.

4. *Presupuestos del AED*

Se pueden indicar algunos presupuestos del AED, como por ejemplo:

Individualismo metodológico. Se analiza la acción humana individual, pues se supone que la persona actúa racionalmente tratando de maximizar su bienestar, dado que los bienes y servicios son escasos

Modelo analítico. Se supone que el mercado es el que asigna los recursos, mediante el sistema económico

Optimización. Se supone que la persona actúa buscando la optimización en la asignación de bienes y servicios.

Teorema de Coase. En esa acción racional del ser humano se busca la reducción de los costes de las transacciones en el mercado

Coste (o) de oportunidad o alternativo. Para obtener satisfacción con algún bien o servicio se debe renunciar al disfrute de otros.²⁸

5. *Algunas notas características del AED*

En pocas palabras, se puede indicar que lo característico del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación y comprensión de los fenómenos jurídicos.²⁹

- Es la aplicación de las teorías y métodos de la economía al sistema legal. Se basa en la tríada maximización-mercado-eficiencia (bajo un enfoque costo-beneficio social), busca maximizar (eficiencia de) los recursos en un mundo de bienes y servicios escasos, brindándonos un argumento económico para reforzar, corregir o completar el argumento legal (pero no lo excluye).
- Se inicia con el convencimiento de que hay que tener en cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, sino que es esencial considerar los efectos (económicos) que tales instituciones tienen sobre la sociedad y qué resultados generan para los ciudadanos. La institución se entiende, en la corriente institucional y neoinstitucional —en el campo económico— como aquello que establece las reglas del juego en la sociedad, dentro de una perspectiva general.
- Es fundamentalmente social. El principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a

²⁸ Alegría, Héctor y Mosset, Jorge, *op. cit.*, nota 22, p. 15.

²⁹ *Idem.*

formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgo.

- Se fundamenta que entre el derecho y la economía existe un elemento central: la eficiencia (en una de sus acepciones: producir al coste o coto más bajo). Al enfrentar, tanto la economía como el derecho, el problema de la escasez de recursos y como asignarlos, se busca siempre una solución eficaz socialmente.
- Se diseña una imagen del derecho y de la práctica jurídica, que toma el principio económico como único estándar; de esta manera, se integra la economía del comportamiento social, en especial la participación de las instituciones jurídicas y sus funcionarios
- Se opera una importante reducción ideológica y finalística. Los nuevos conceptos jurídicos son admisibles únicamente en la medida en que satisfacen el objetivo de la eficiencia de la práctica jurídica.
- Consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico. Es un método o un enfoque que se aplica a un objeto distinto de aquel para el cual fue concebido (el sistema económico) sustituyéndolo por el sistema jurídico.
- La función principal de la responsabilidad civil bajo la concepción del AED es la de reducir la suma de costes de los accidentes y de los costes de evitarlos.
- El primer coste (“primario”) es la reducción del número y de la gravedad de los accidentes, lográndose mediante la prevención general o método de mercado y la prevención específica o método colectivo.
- El segundo coste (“secundario”) que no afecta ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los costes sociales derivados de los mismos, lográndose a través del método del riesgo y el método de la buena bolsa.
- El tercer coste (“terciario”) de administrar el tratamiento de los accidentes, cuyo objetivo es el de reducir los costes primario y secundario.
- Se trata en suma de la aplicación del método de razonamiento económico al derecho. No reemplaza al razonamiento jurídico, sino lo complementa. El método aplicado es una mezcla de lógica deductiva y empirismo.
- Allí donde haya alternativas, escasez y, en su virtud, elección, allí serán aplicables los métodos del análisis económico, llegándose a la conclusión de que no hay aspecto de la vida humana que no pueda ser incluido en el análisis económico.

- Este enfoque económico gira con base en tres premisas: el análisis de los efectos de las leyes, el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y la estabilidad de las preferencias de los individuos.
- Sobre el análisis de los efectos de las leyes no es posible entender las instituciones únicamente con argumentos legales, sino que es esencial considerar los efectos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y qué resultado genera el crear modelos tendientes a evaluar rigurosamente los efectos de todo tipo producido por las leyes.
- El derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad del mercado, y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención.
- El comportamiento maximizador y el análisis del derecho es uno de los elementos esenciales del enfoque económico en que se basa el análisis económico del derecho, puesto que los sujetos tienden a maximizar algo, ya sea riqueza o utilidad, en condiciones que deben corresponderse con los parámetros establecidos de racionalidad en sus elecciones.
- El derecho y el equilibrio en el mercado se refieren a la finalidad de alcanzar la eficacia social mediante la búsqueda de la máxima eficacia a través del intercambio homogéneo, libre y confiable de todos los agentes en relación con el uso de bienes y factores productivos.
- El derecho, en caso de observar errores que corregir en el tráfico del libre mercado de la economía, de ser útil lo enmendará por medio de procedimientos sancionatorios; asimismo, si existen factores que alcancen la eficacia en el mercado deberá ser el derecho el que establezca las condiciones en que pueda efectivamente alcanzarse; buscando con su accionar llevar el equilibrio al mercado.
- Para cumplir con los objetivos primordiales del bien común y paz social a que aspira el derecho, tiene que velar por el intercambio confiable y ético en relación con el uso de bienes y factores productivos, por lo que el derecho debe garantizar la seguridad y la libertad del mercado, y si la inconsistencia de este muestra “fallos” que enmendar, el Estado tendrá que corregirlos a través del mecanismo coercitivo del derecho.

Un primer planteamiento que se presenta en la concepción económica del derecho es el aparente conflicto entre eficiencia y equidad, pudiéndose presumir que en la concepción citada, el mismo se dirime en favor de la eficiencia con indiferencia respecto de la “inequidad” que sus soluciones puedan importar.

Al respecto, y siguiendo a Mitchell Polinsky, cuando se trate de conceptualizar las nociones del análisis económico del derecho (AED), la eficiencia alude a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costos totales de la misma, mientras que la equidad se refiere a la distribución de la renta —los beneficios— entre los individuos. Así, en principio, podríamos decir que una acción es eficiente cuando aumenta los beneficios totales y disminuye los costos totales de una determinada situación, mientras que será equitativa en la medida en que disminuya la diferencia entre los beneficios distribuidos a cada miembro de la comunidad.

El conflicto entre ambas nociones se plantea en aquellos casos en los cuales el aumento de beneficios totales trae aparejado que los mismos sean distribuidos de manera inequitativa; es decir, que habrá una importante diferencia entre la porción de beneficios que se asignará a cada individuo. Si se quisiera privilegiar la eficiencia por sobre la equidad, se decidirán acciones que aumenten la suma total de beneficios aunque ello acreciente la diferencia numérica entre lo distribuido a los individuos —los que reciben más beneficios los verán aumentados y los que reciben menos los verán disminuidos—; en caso contrario, se preferirá no aumentar e incluso reducir la suma total de beneficios en pos de lograr un reparto más equitativo. El conflicto se produce cuando la redistribución de la renta genera costos, ya que si la misma no los produjera siempre sería preferible la opción más eficiente, por cuanto siempre sería preferible aumentar los beneficios totales, dado que quienes menos reciben en la anterior situación al menos tienen asegurada la misma asignación de renta en la nueva. Los partidarios del análisis económico del derecho entienden que la redistribución de la renta debe ser un objetivo del sistema fiscal; es decir, del sector público del derecho, porque de esa manera se logra en forma más barata y precisa, mientras que el derecho privado debe buscar la solución más eficiente; esto es, aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios.

Además, se puede agregar lo siguiente:

- Amplia utilización de los instrumentos analíticos de Coase.
- Evaluación de las conductas humanas y de las relaciones económicas con base en criterios de valor y de eficiencia.

Por eficiencia se entiende la explotación de los recursos económicos, de tal manera que se maximice el valor; y por valor, se propone que sea la satisfacción humana medida en forma del valor agregado que los consumidores estén dispuestos a pagar por los bienes y servicios obtenidos con los recursos económicos.

- Análisis estático, pues el estudio económico se focaliza en la distribución de los recursos en un momento dado, evadiendo el análisis dinámico de largo alcance.
- Esencialmente, este enfoque de la escuela económica de Chicago (se recuerda también la relevancia en las ciencias sociales de la escuela sociológica de Chicago) es conservador, *pro status quo*.³⁰

Enfoque de Ricard Posner

Este autor afirma que la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.

Se parte del supuesto del ser humano como ser racional, que tratará de aumentar al máximo su interés propio, lo cual implica que las personas responden a los incentivos.

De esos supuestos derivan los tres principios de la economía:

La ley de la demanda. Se da una relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada.

Costo de oportunidad. En la dimensión del AED, se aplica el *teorema de Coase*, que en forma simplificada señala que si las transacciones no cuestan nada, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará el uso final de la propiedad.

El mercado. Los recursos tienden a gravitar hacia sus usos más valiosos si se permite el intercambio voluntario en este espacio económico.³¹

6. *El derecho en la óptica del AED*

El derecho común, cuando se contempla desde el punto de vista económico, tiene tres partes:

El derecho de propiedad, que se ocupa de la creación y la definición de los derechos de propiedad, que son derechos para el uso exclusivo de recursos valioso.

El derecho de los contratos, que se ocupa de la facilitación del movimiento voluntario de los derechos de propiedad hacia aquellos que los valúan más, y

El derecho de los cuasidelitos, que se ocupa de la protección de los derechos de propiedad, incluido el derecho de la integridad personal.³²

³⁰ Kluger, Viviana *et al.*, *op. cit.*, nota 15, p. 21.

³¹ Posner, Richard, *op. cit.*, nota 17, pp. 25-34.

³² *Ibidem*, p. 67.

Posner analiza el aspecto del derecho penal; por ejemplo, sostiene que el modelo para analizar el comportamiento del delincuente indicaría que una persona comete un delito porque los beneficios esperados del él superan a los costos esperados.

Los beneficios son las diversas satisfacciones tangibles (en el caso de los delitos de ganancia pecuniarias) o intangibles (en el caso de los llamados delitos pasionales) derivadas del acto criminal.

Los costos incluyen diversos gastos pecuniarios (para comprar armas de fuego, herramientas para cometer el delito, máscaras, etcétera), los costos de oportunidad del tiempo del delincuente y los costos esperados del castigo penal.

Los costos de oportunidad del delito podrían aumentarse, y por ende reducirse la incidencia del delito, disminuyendo el desempleo, lo que aumentaría las ganancias del trabajo legal.

La noción del delincuente como un calculador racional parecerá poco realista a muchos lectores, dice Posner, sobre todo cuando se aplica a delincuentes que tienen poca educación o a delitos que no se cometen por una ganancia pecuniaria. Pero como destacamos en el capítulo I, una prueba mejor de una teoría que el realismo de sus supuestos es su potencia predictiva.

Una creciente producción de literatura empírica sobre el delito ha revelado que los delincuentes responden a los cambios de los costos de oportunidad, de la probabilidad de la aprehensión, de la severidad del castigo y de otras variables relevantes como si fueran en efecto los calculadores racionales del modelo económico, y esto independientemente de que el delito se cometa por la ganancia pecuniaria o por impulso pasional, o por personas bien educadas o poco educadas, o aun por menores.³³

VI. CONCLUSIÓN

El enfoque del AED es polémico, tanto por sus supuestos metodológicos como por sus efectos en la realidad.

En este trabajo se pretende haber realizado una presentación, entre otras posibles, con el fin de indagar en esta perspectiva.

Partir del supuesto de la racionalidad de los actores que intervienen en el mercado capitalista, responde a los criterios del racionalismo heredado de René Descartes (1596-1650), aceptado por Adam Smith (1723-1790) fundador de la escuela clásica en economía, y sostenido por la escuela neoclásica, los liberales y neoliberales.

³³ Posner, Richard, *op. cit.*, nota 17, pp. 349 y 350.

Sostengo, en términos relativos que la falta de información sobre los bienes y servicios del mercado, la manipulación a cargo de la propaganda, el poder de los medios de manipulación y desinformación, la dominación ideológica del sistema educativo, de las iglesias de los diversos credos, las familias, etcétera, convierten a los seres humanos en objetos del control ideológico.

Considero que se debe poner atención en dos ideas, entre otras del AED:

Al derecho le es relevante que si existen costos de transacción, se deben hacer esfuerzos por buscar el óptimo económico con eficiencia, mediante la elaboración y aplicación de normas jurídicas que tiendan hacia ese objetivo.

Si se acepta, lo cual es voluntario, que las instituciones jurídicas tienen un fundamento económico, que consiste en abaratar los costos de transacción, el derecho que regula la propiedad, los contratos, las responsabilidades civiles, administrativas y penales, debe estar bien estructurado y aplicado.

Esta relación de la economía y el derecho, me parece que es fructífera, como lo ha probado el camino recorrido por el AED durante medio siglo. Por supuesto que esta relación va más allá de la perspectiva del AED, siendo relevantes los demás enfoques que se realizan a partir de economistas y de juristas, recíproca y respectivamente.

La jurisprudencia nacional que he citado, relativa a la responsabilidad objetiva, principalmente la de los fraudes electrónicos, es muy llamativa, máxime si se toma en cuenta que estas sentencias van de la mano del desarrollo cibernético, regulando la citada responsabilidad objetiva; en este caso, de los bancos estatales (aunque, por supuesto, la misma jurisprudencia se puede aplicar a bancos privados). Al terminar de escribir esta investigación (enero de 2009) hay más de 200 expedientes haciendo fila para ser resueltos en el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, teniendo como base el fraude electrónico o cibernético en sede bancaria.

Es probable que los antecedentes a favor de los clientes de los bancos sirvan para proteger los intereses de la parte débil en la relación contractual con las entidades bancarias.

Por lo que respecta a la Sala Primera del Poder Judicial, ésta resolvió en 2009 que los bancos están obligados a reintegrar a sus clientes la totalidad de los dineros que les sean sustraídos de sus cuentas bancarias por estafas electrónicas (periódico extra, 1 de agosto del 2009: Marcelino Rivera, Bancos deben reintegrar la plata robada por internet). Esta sentencia confirma que ya existen criterios jurisprudenciales que protegen a los clientes de los bancos en lo referente a las estafas electrónicas. Con anterioridad a estas sentencias, los bancos se negaban a reconocer su responsabilidad objetiva en estas estafas.

En los ejemplos que hemos indicado, argentina y Costa Rica, la ley de protección al consumidor juega un papel relevante en la esfera del cliente, usuario o consumidor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, Héctor y MOSSET, Jorge, “Derecho y economía”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, núm. 21, 1999.
- AYALA ESPINO, José, *Instituciones y economía. Una introducción al neoinstitucionalismo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BACCINI, Alberto y GIANNETTI, Renato, *Clometría*, Barcelona, Crítica, 1997.
- BANCO NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO, *Revista de Comercio Exterior*, México, CD, enero 2001.
- BANNOCK, Graham *et al.*, *Dictionary of Economics*, New Jersey, The Economist, 2003.
- BARRANTES GAMBOA, Jaime Eduardo, *Ley No. 7472 de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, anotada con jurisprudencia y dictámenes*, Medellín, Díké, 2003.
- BEJARANO ÁVILA, Jesús Antonio, “El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos”, *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, Universidad del Externado, núm. 1, 1999.
- BERNIER, Bernard, *La pensée économique contemporaine*, Paris, Dunod, 2001.
- BLAUG, Mark, *Teoría económica en retrospectiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BULMER, Martin, *The Chicago School of Sociology*, Chicago, The University of Chicago Press, 1984.
- CANTERBERY, Ray, *A Brief History of Economics*, New Jersey, World Scientific, 2001.
- COLSON, Jean-Philippe, *Droit Public Économique*, Paris, 1997.
- COOTER, Robert y ULEM, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Estudios sobre Constitución y economía*, México, UNAM, 2003.
- DOWNES, John y GOODMAN, Elliot, *Dictionary of Finance and Investment Terms*, Barron, 1998.

- FLORIANO CORRALES, Carlos, *Derecho y economía. Una aproximación al análisis económico del derecho*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 1998.
- GONZÁLEZ NIEVES, Cristina, *Análisis económico del derecho ambiental*, Buenos Aires, Heliasta, 2008.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, “El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación”, *Revista Doxa*, Alacante, núm. 15-16, 1994.
- GUZMÁN AGUILERA, Patricia, *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*, Bogotá, Universidad del Externado, 2006.
- HARRISON, Jeffrey y HARRISON, MacCabe, *Law and Economics in a Nutshell*, West Publishing Co., 2007.
- HENDERSON, David, *Enciclopedia Fortune de Economía*, Barcelona, Folio, 1998.
- HODGSON, Geoffrey, “Enfoque de la economía institucional”, *Revista de Comercio Exterior*, México, Banco Nacional de Comercio Exterior de México, 2003.
- JAMES, Emile, *Historia del pensamiento económico en el Siglo XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- KALMANOVITZ KRAUTER, Salomon, *La cliometría y la historia económica institucional. Reflejos latinoamericanos*, Bogotá, 2004.
- KLUGER, Viviana *et al.*, *Análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006.
- KUPER, Adam y KUPER, Jessica, *The Social Science Encyclopedia*, London, Routledge, 1999.
- LANDA ARROYO, César, “Constitución económica del Perú”, *Revista Justicia Constitucional*, Lima, Palestra, 2008.
- LEGUIZAMÓN, William, *Derecho económico*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2002.
- LUCHNTENSZTEJN, Samuel, “Pensamiento económico que influyó en el desarrollo Latinoamericano en la segunda mitad del siglo veinte”, *Revista de Comercio Exterior*, México, Banco Nacional de Comercio Exterior de México, febrero de 2001.
- MARSHALL, Gordon, *Oxford Dictionary of Sociology*, New York, Oxford University Press, 1998.
- MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MICEL, Thomas, *The Economic Approach to Law*, California, Stanford University Press, 2004.

- MONTALVO ROMERO, María, *El nuevo derecho económico en el contexto de la globalización*, México, Arana, 2005.
- MORALES ALZATE, John, *Derecho económico constitucional colombiano*, Bogotá, Ibáñez, 2005.
- NORTH, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- OBREGÓN DÍAZ, Carlos, *Institucionalismo y desarrollo*, México, Pensamiento Universitario Iberoamericano, 2008.
- PÉREZ, Alejandro, *Constitución y economía*, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- PINZÓN CAMARGO, Mario, *Aproximaciones al análisis económico del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Responsabilidad civil*, Medellín, Díké, 2001.
- ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- ROJAS, Ricardo *et al.*, *Programa de análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2006.
- SALINAS SÁNCHEZ, Javier, *Economía política constitucional de los presupuestos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993.
- SÁNCHEZ PEREYRA, Adolfo, *Economía y derecho*, México, Eds. Coyoacán, 2006.
- SECKLER, David, *Thorsten Veblen y el institucionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.
- SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004.
- SPECTOR, Horacio, *Elementos de análisis económico del derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- STREET, James y JAMES, Dilmus, “Institucionalismo, estructuralismo y dependencia en América Latina”, *Revista de Comercio Exterior*, México, Banco Nacional de Comercio Exterior de México, 1882.
- THOMAS, William, *On Social Organization and Social Personality*, Chicago, The Chicago University Press, 1966.
- TORRES MANRIQUE, Jorge, “Acerca del análisis económico del derecho”, *Revista de Derecho*, Perú, Scribas, 1997.
- TULLOCK, Gordon, “Imperialismo económico”, *Revista de Estudios Públicos*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Estudios Públicos, núm. 1, 1980.

URÍAS, Homero y CORREA, Eugenia, “Pensamiento económico: una reflexión oportuna”, *Revista de Comercio Exterior*, México, Banco Nacional de Comercio Exterior de México, diciembre 2000.

VEBLEN, Thorstein, *Teoría de la clase ociosa*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge Alberto, *Derecho de la competencia en América*, Santiago, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2000.

_____, *Reglas de origen en los tratados de libre comercio suscritos por México*, México, LXIV Congreso Nacional de Agentes Aduaneros, 2003.

_____, *El área de libre comercio de las Américas*, México, UNAM, 2004.

_____, *Introducción al derecho económico*, México, McGraw-Hill, 2005.

_____, *El amparo económico*, México, UNAM, documento de trabajo IIJ, 2009.