

Fundamentos y límites de una economía de la justicia

Carlos Diego Martínez Cinca
Universidad Nacional de Cuyo

Abstract: The Economic Analysis of Law should be considered the most important bridge between Law and Economics at the present time. We can find its foundations in 1960's, mainly since the publication of two great economists' works: Ronald Coase (University of Chicago) and Guido Calabresi (University of Yale). Furthermore, several works of Richard Posner (University of Chicago Law School) have contributed to its diffusion beyond the frontiers of the american universities. In this paper, we show the internal structure of the *Economic Analysis of Law*, based upon the *neoclassical* model in Economics, and the main critics adressed to it from *Institutional Economics* as well as from *Legal Theory*.

Key Words: Law and Economics – School of Chicago – Liberalism - Legal Theory - Posner

El presente trabajo tiene por objeto introducir al lector en el conocimiento de una disciplina afín al Derecho y a la Economía: el *análisis económico del derecho* (AED en adelante), cuyos recientes orígenes se remontan apenas a la segunda mitad del siglo XX. Se trata de una disciplina que cuenta actualmente con más de una decena de publicaciones periódicas internacionales dedicadas específicamente al estudio y tratamiento de sus diversas problemáticas. Hacia principios de la pasada década de los 90 existían más de ochenta centros universitarios en todo el mundo que impartían cursos de grado y posgrado dedicados a la *Economía del Derecho*, y hoy, en nuestro país, existen ya varias Facultades de Derecho que han incorporado el AED entre sus asignaturas curriculares.

Para dar cabal cumplimiento al objetivo señalado, hemos proyectado este trabajo en cuatro partes. La primera aborda el problema de los *orígenes* y la *consolidación epistémica* del AED como un *paradigma* o *modelo* de las ciencias sociales. La segunda parte procura poner de manifiesto los *presupuestos teóricos* en que se basa el AED y algunos de los problemas *metodológicos* que de ellos se derivan. La tercera parte pretende sistematizar los postulados de la corriente mayoritaria dentro del AED vinculada al enfoque *positivo* de la ciencia económica. La cuarta y última parte, quizás la más importante, intenta mostrar todas las críticas que se alzan dentro y fuera del paradigma, vinculadas ya al enfoque *normativo* de la Economía como corriente minoritaria del AED, ya a la no aceptación de los presupuestos teóricos de los cuales parte el modelo en general. En este sentido, seguimos fielmente el método expositivo del catedrático español Juan TORRES LÓPEZ, Profesor de *Economía Aplicada* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, autor de una de las obras más importantes sobre el AED en lengua española¹.

I. Gestación del AED como disciplina científica

I. 1. Orígenes del AED: sus precursores

Podríamos comenzar esta sección interrogando cuáles han sido *formalmente* los puntos iniciales de contacto entre la Economía y el Derecho en Occidente. La vinculación entre Economía y Derecho fue abordada por la tradición filosófica occidental toda vez que reflexionó sobre el carácter *social* del Derecho, puesto que desde esta perspectiva fue necesario estudiar lo jurídico en su relación con los factores económicos. Así encontramos, por ejemplo, la *República* de Platón, en la que Sócrates planteaba claramente, en el Libro Segundo, el surgimiento de las ciudades o agrupaciones humanas políticamente organizadas, a partir de una necesidad económica: el intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades básicas de la vida. Aristóteles, Locke y Montesquieu, entre otros, analizaron también la relación de las leyes con el intercambio de bienes necesarios para la vida. Sin embargo Karl MARX, en pleno siglo XIX, planteó por primera vez en la historia del pensamiento la estrecha dependencia de lo jurídico respecto de lo económico al decir que las leyes y la forma de organización política de un Estado dependían de la estructura o base económica de una sociedad. Max WEBER (1864-1921), fundador de la *sociología jurídica*, planteó con posterioridad una serie de tesis que mostraban con mayor agudeza la conexión existente entre el sistema capitalista, el Estado moderno y el Derecho *racional-formal*. Este último, por el carácter general y abstracto de sus normas emanadas de órganos predispuestos por el propio Derecho y aplicada por los jueces a la resolución de los casos concretos, permitía la *previsibilidad* y *calculabilidad* de las conductas humanas, base del sistema capitalista como tal. Todos estos análisis –los de MARX y WEBER fundamentalmente- tuvieron un denominador común: pusieron de manifiesto las referencias mutuas entre el Derecho y la Economía, pero ciertamente no consideraron que su estudio fuese posible a partir de supuestos epistemológicos y metodológicos comunes. El desarrollo de este enfoque es lo que permite hablar, en un sentido *formal* y preciso, de *análisis económico* del Derecho.

Richard POSNER, Juez del Séptimo Circuito de Apelaciones en Estados Unidos de Norteamérica, Profesor en la Universidad de Chicago, y quizás el más importante teórico actual del AED, distingue el *viejo* AED del *nuevo* AED². Ambos pueden diferenciarse por las diversas materias objeto de estudio, por los diferentes métodos empleados y por la actitud de los autores respecto de las dos disciplinas científicas en juego. Así por ejemplo, el *viejo* AED se caracterizaba por una mera yuxtaposición de la Economía y el Derecho producto de la contrastación de dos planos sociales en relación permanente y recíproca. En los esfuerzos por acercar Economía y Derecho la investigación se centraba en las contribuciones que una ciencia podía hacer a la otra. Los economistas, por ejemplo, incluían en sus esquemas analíticos las consideraciones de los condicionamientos y efectos generados por las leyes, y los juristas por su parte hacían un verdadero esfuerzo por contextualizar su discurso en el ámbito social y económico *real* en que se desenvolvían las leyes (la revuelta contra el formalismo iniciada en las primeras décadas del siglo XX por el célebre juez estadounidense Oliver HOLMES, origen del movimiento conocido como

realismo jurídico norteamericano, constituyó una buena prueba de ello). En el mejor de los casos, los postulados económicos eran tenidos en cuenta para determinar el ajuste de las leyes a los objetivos por ellas perseguidos, o más precisamente, para determinar las diversas ventajas que se seguían de las alternativas presentes en la toma de decisión legal por parte del jurista. Así, en la regulación de los monopolios y los servicios públicos era inevitable atender los análisis provenientes de la ciencia económica si el legislador pretendía una solución *eficiente* para un problema estrictamente jurídico. Este enfoque del *viejo AED* se extiende en el tiempo hasta la década de 1960 aproximadamente, como veremos en seguida.

Por su parte, Juan TORREZ LÓPEZ afirma que los orígenes más remotos de este *viejo AED* podrían encontrarse en la clásica obra de Cesare Bonesana (o Bonnesana para otros autores), Marqués de Beccaria, titulada *Dei delitti e delle pene*, de 1764. En ella se encuentran las primeras vinculaciones *analíticas* entre el Derecho y la Economía. Este visionario realizó un análisis de los delitos y las penas desde la perspectiva del daño y el beneficio que proporcionaban a la sociedad, lejos de las costumbres científicas de la época. Así por ejemplo el contrabandista, teniendo presente la proporción media de objetos de contrabando decomisados por las autoridades, se preguntaba cuál era la cantidad total de bienes que debía contrabandear para quedar sin pérdida ni ganancia, razonamiento que es casi idéntico al que subyace en las modernas *curvas de indiferencia* estudiadas en Economía.

Podríamos mencionar también los análisis efectuados por John R. COMMONS, iniciador de la corriente conocida como *institucionalismo*, para quien los modelos económicos que partían de la consideración del hombre como individuo aislado eran sustancialmente incongruentes con la realidad, puesto que el hombre siempre actúa como miembro de diferentes grupos (empresas, sindicatos, partidos políticos, iglesias, etc.). En un artículo publicado en 1925³ COMMONS sostenía la necesidad de estudiar conjuntamente el Derecho y la Economía, para lo cual era indispensable sustituir el individuo como unidad del análisis económico por la *transacción*, verdadero motor de las relaciones económico-jurídicas. En su concepción existían básicamente tres tipos de *transacciones*: las laborales, las administrativas y las de regateo (que se llevaban a cabo en el mercado para intercambiar propiedades). Los enfoques de la economía *neoclásica*⁴ se centraban solamente en estas últimas, desconociendo que las transacciones en el mercado no solamente envolvían *precios* pagados por bienes y servicios, sino ante todo un intercambio del *control legal* sobre tales transacciones. Las leyes tenían para COMMONS la función de asegurar que el mercado, método de organización del intercambio, se viese *garantizado* y *complementado* por figuras contractuales adecuadas cuando la escasez y la incertidumbre pusieran en peligro la negociación. A partir de esta comprensión del Derecho denominaba a la Corte Suprema de los EE.UU. como la "*suprema Facultad de Economía Política de la Nación*".

Sin embargo, y a pesar de todos estos antecedentes, hasta fines de la década de 1950 no se había consolidado definitivamente el AED como un verdadero paradigma científico. Varios factores obstaculizaban el estudio del Derecho con herramientas del análisis económico,

principalmente la reticencia de los juristas a aplicar enfoques provenientes de las ciencias sociales ajenas al Derecho, puesta de manifiesto particularmente por esa inveterada dificultad que ha experimentado la enseñanza de la Economía en las Facultades de Derecho. Pero también existían factores determinantes por el lado de la Economía. La clarificación de algunos de ellos tendrá lugar en el punto que sigue.

I. 2. Consolidación epistémica del AED

Lo que Richard POSNER ha caracterizado como el *nuevo AED* tuvo su origen en la publicación y rápida difusión de tres célebres estudios a comienzos de la década de 1960: principalmente el artículo de Ronald COASE sobre el costo social⁵, conocido como “*Teorema de Coase*”, el de Guido CALABRESI sobre el sistema de responsabilidad civil⁶, y en menor medida el de Armen ALCHIAN sobre los derechos de propiedad⁷. A partir de estos trabajos se desarrolló una profusa literatura generalmente a favor -pero a veces en contra- de las tesis en ellos contenidas que terminaron definitivamente con la “*vieja*” forma de abordar las relaciones entre la Economía y el Derecho, y ya en los años 70 la nueva disciplina comenzó a consolidarse, principalmente con el surgimiento de centros universitarios, revistas especializadas y libros de texto que se abocaron a su estudio y enseñanza. En la tercera parte de este trabajo abordaremos el análisis más detenido de las obras de COASE y CALABRESI, por la vital importancia que tuvieron tanto en la sistematización de los presupuestos teóricos más importantes del *nuevo AED* como en la configuración también de las dos principales corrientes doctrinales que forman parte del modelo. Más arriba hacíamos mención a una serie de factores que desde dentro de la ciencia económica impidieron o al menos retrasaron la consolidación de este nuevo enfoque del Derecho. Sin duda alguna la llamada *Economía de Bienestar* jugó un papel decisivo en ello. Esta corriente había puesto en tela de juicio muchos de los supuestos teóricos del modelo neoclásico, particularmente el concepto de *óptimo paretiano* y *equilibrio de mercado*. La noción de *optimalidad* desarrollada por Wilfredo PARETO se refería fundamentalmente al grado máximo de *eficiencia* que era posible alcanzar en una sociedad, y estaba dada por aquella situación en que sólo podía obtenerse una mejora para una persona si a consecuencia o a cambio de ello otra persona sufría un perjuicio. En efecto, siendo escasos los recursos de que una sociedad dispone, la asignación *óptima* de los mismos se da cuando ya no puede mejorarse dicha asignación, por no existir recursos ociosos (o en situación de despilfarro), y sin que para ello importe la mayor o menor concentración de los mismos en determinados sujetos (variable que en todo caso incidirá en la distribución del ingreso). Pero para que se dé el *óptimo de Pareto* se requiere que los *costos sociales* de todas y cada una de las actividades que se desarrollan en el mercado sean iguales a los *beneficios sociales*, situación que podría denominarse como *equilibrio de mercado*, y hacia la cual gravitan naturalmente los recursos sin que sea necesaria una intervención ajena a las propias fuerzas del mercado. Desde la perspectiva neoclásica, en efecto, el grado máximo de eficiencia es alcanzado en el *mercado de competencia perfecta*, situación que se caracteriza por el elevado número de ofertantes y demandantes que intervienen en él –a fin de que ninguno de ellos pueda influir en

forma decisiva sobre el precio-, por la homogeneidad de los bienes que se intercambian –es decir, la no diferenciación de los mismos en virtud de factores tales como la marca o la propaganda comercial-, la libertad para entrar y salir del mercado cuando se quiera, la información plena y completa acerca de los bienes y las transacciones, etc. En tal situación de mercado –que es ante todo una hipótesis metodológica más que una realidad concreta-, el Derecho no es más que una estructura redundante, puesto que sin necesidad de él se alcanza la ansiada eficiencia social.

Sin embargo, Arthur PIGOU demostró hacia 1920 que era perfectamente posible que los costos sociales no fuesen iguales a los beneficios sociales, situación que denominó *diseconomías externas* o *externalidades*. Era precisamente esa la ocasión en que el Estado debía intervenir, a fin de corregir las “fallas” o imperfecciones del mercado, valiéndose para ello del mecanismo coercitivo del Derecho. Tal era lo que ocurría, por ejemplo, con las actividades causantes de daños o accidentes –es célebre el ejemplo de una fábrica que en su actividad productora de algún bien o servicio contamina el medio ambiente originando un efecto no previsto entre las partes afectadas-. La existencia de tales imperfecciones otorgaba al sistema jurídico una función básicamente correctora de las mismas mediante la modificación de los esquemas de intercambio en el mercado y la orientación de las transacciones hacia objetivos distintos en procura de obtener la inalcanzada eficiencia. El Estado y el Derecho quedaban de este modo configurados como mecanismos de asignación y decisión económica. Tal era –en apretada síntesis- la visión de la llamada *Economía de Bienestar* respecto de la relación entre Economía y Derecho.

El ya citado artículo de COASE intentó refutar las ideas pigouvianas mostrando la inconsistencia de no tomar en cuenta el costo social de la intervención del Estado y probando que las *externalidades* podían ser *internalizadas*, esto es, solucionadas desde el mercado sin necesidad de la intervención exógena de las leyes, dentro de ciertas condiciones que analizaremos más adelante. Lo cierto es que en *The Problem of Social Cost* COASE no afirmó categóricamente que la solución del mercado fuese siempre e irremediamente la más eficiente, sino que en todo caso había que probar que la intervención del Estado era menos costosa en términos sociales, y por ende más eficiente, que el costo social de las fallas o imperfecciones del mercado, lo que no podía afirmarse a priori sin someter cada caso a un pormenorizado análisis. En perspectiva histórica, su trabajo vino a consolidar el enfoque *neoclásico* respecto de la conducta humana, vale decir, que los sujetos siempre tienden a *maximizar* su utilidad o riqueza comportándose como agentes racionales cuyas *preferencias* son *estables* y que procurando cada uno su propio interés contribuye a alcanzar el nivel de *optimalidad* necesario para que el mercado se encuentre en *equilibrio*.

Esta particular concepción del *homo oeconomicus* dejó definitivamente sentadas las bases del *nuevo AED*, puesto que desde entonces la Economía comenzó a ser aplicada a una infinidad de materias que antes habían permanecido ajenas a sus dominios. Como Gary BECKER ha dicho, “*lo que distingue verdaderamente a la Economía como disciplina de otras disciplinas dentro de las ciencias sociales no es su temática, sino su enfoque*”⁸, y este enfoque se constituye a partir

de tres *presupuestos* indiscutidos (según el mismo autor): el *comportamiento maximizador del individuo*, el *equilibrio de mercado*, y la *estabilidad de las preferencias*. De este modo la Economía puede definirse como la ciencia de la elección que debe ser tomada en aquellas situaciones en que los recursos son escasos (normalmente la inmensa mayoría de las situaciones cotidianas de un ser humano). En efecto, cuando existe limitación en el uso de medios alternativos y en el tiempo con que se cuenta para alcanzar determinados fines, y éstos a su vez pueden ser clasificados según las preferencias, el ser humano debe necesariamente elegir, y eso es precisamente lo que la ciencia económica intenta predecir. Cualquier aspecto de la vida humana puede ser objeto de su estudio, y con mayor razón aquellos aspectos de la conducta humana que por su trascendencia social –o por su *interferencia intersubjetiva* en la expresión de COSSIO- son regulados por las leyes.

Desde la publicación de los tres trabajos ya citados en la década de 1960 la cantidad de materias “jurídicas” –por llamarlas de algún modo- que han sido analizadas a partir de este enfoque económico *neoclásico* ha ido continuamente *in crescendo*. En todas estas materias el *nuevo AED* se ha caracterizado por considerar como unidad básica de sus proyecciones al individuo que trata de alcanzar su propio interés y la maximización de su utilidad, efectuando para ello elecciones racionales conforme al criterio de *eficiencia*. Así por ejemplo puede considerarse el robo como una transacción –en el sentido ya precisado por COMMONS, es decir, como intercambio no sólo de bienes y servicios sino ante todo del *control legal* sobre ellos- en cuyo caso la adopción de medidas para su prevención o castigo conlleva la necesidad de *elegir* entre usos alternativos de recursos que son escasos (alarmas individuales o comunitarias, mayor número de efectivos policiales en las calles, agilización de los procesos penales, ampliación de las cárceles, endurecimiento de las penas, etc.). Desde esta perspectiva el AED se pregunta cuál podría ser la solución más eficiente sobre la base de considerar las penas o sanciones como el precio que debe pagar el que roba y procurando alcanzar el punto de equilibrio entre los beneficios sociales y los costos sociales en juego, no sólo desde la previsión calculadora del asaltante, sino también de todos los sujetos implicados en la transacción. La lista de aplicaciones concretas del *nuevo AED* es extensa, y sólo a modo de ejemplo mencionamos aquí algunas de ellas: la celebración del matrimonio civil, el número de hijos que una pareja proyecta tener, el divorcio, el aborto, los asuntos extramatrimoniales, el suicidio, la participación en manifestaciones callejeras, la actividad política, el funcionamiento de las democracias y la concurrencia a los comicios entre otras⁹. Como Thomas KUHN señaló en una ya clásica obra de teoría de la ciencia¹⁰, toda vez que un paradigma o modelo de la investigación científica logra consolidarse como tal, luego de un período de crisis que suele ser la antesala de una revolución científica –en nuestro caso la crisis podría asociarse al interregno que supuso la *Economía de Bienestar* en la aplicación del enfoque neoclásico-, dicho paradigma muestra su fecundidad en la resolución de una amplia gama de problemas que el modelo anterior no había podido resolver adecuadamente.

Luego de haber hecho la presentación *histórico-genética* del AED, pasaremos a continuación al análisis de los conceptos teóricos y metodológicos fundamentales en que se asienta esta disciplina.

II. Estructura interna del AED

II. 1. Presupuestos teóricos del AED

El contenido de esta segunda parte tendrá un carácter ante todo *informativo* puesto que nos limitaremos a enunciar en forma sucinta los principales presupuestos teóricos y metodológicos en que se apoya el moderno AED y que se encuentran estrechamente vinculados, como ya dijimos, al enfoque *neoclásico* de la ciencia económica aplicado a la conducta humana. La crítica y discusión de tales presupuestos tendrá lugar en la cuarta y última parte de este trabajo.

El primer gran supuesto teórico del enfoque neoclásico lo constituye la llamada **conducta racional** de los individuos. Los agentes económicos persiguen siempre, en virtud de este supuesto, la *maximización de su propio beneficio o utilidad*, lo cual no quiere decir simplemente que la única motivación sea la consecución del placer y la evitación del dolor –como si se tratase sin más de una trasliteración del utilitarismo de J. BENTHAM al AED-; más bien significa dos cosas. En primer lugar, sean cuales fueren sus preferencias, los individuos son capaces de *juzgar en qué consiste su propio bienestar*, y por consiguiente son también capaces de realizar elecciones *consistentes*, es decir, optar por aquellas alternativas que mejor conducen al logro de dicho bienestar. En segundo lugar, su comportamiento es *egoísta* pues sus juicios no dependen del bienestar de los demás individuos, con lo cual el altruismo, la caridad o filantropía son dejados de lado por razones metodológicas. Sin embargo, esto último también debe ser correctamente entendido: no se trata de un reduccionismo antropológico seguramente inaceptable para filósofos y moralistas, sino de una *hipótesis* general de trabajo que solamente afirma que cada individuo se *enfrenta* a los demás con una determinada *curva de utilidad*; los economistas no pretenden que en términos morales los individuos sean por naturaleza egoístas (lo que no quita que ciertos economistas dispuestos a filosofar así lo crean y lo expresen, como es el caso de A. SMITH) y que en este mundo no haya lugar para el amor o el altruismo, sino más bien que todo individuo *racional* actúa calculando las consecuencias de su conducta y optando por aquellos medios que mejor conducen a la obtención de sus fines sin importar el contenido de los mismos –que bien pueden ser altruistas, elevados y nobles-. Se trata de una abstracción metodológica que no busca hacer una *hermenéutica filosófica* de la realidad, sino tan sólo construir un modelo objetivo válido en el campo de las ciencias sociales. Su validez en todo caso estará dada por la capacidad que tenga de predecir el comportamiento humano, como tendremos ocasión de ver más adelante.

A partir de este supuesto se puede elaborar una de las leyes más útiles y fecundas del análisis económico aplicable al Derecho: la *ley de la utilidad marginal decreciente*. El análisis marginal comenzó a ser utilizado con éxito en Economía a partir de la década de 1870 aproximadamente (véase nota 4 de este trabajo) y se caracteriza fundamentalmente por la incorporación de la variable “tiempo” en el estudio de la conducta humana. El concepto de utilidad

o *rareté* podría sintetizarse como sigue, según la perspectiva del fundador de la Escuela de Lausana (Suiza) y “padre” del *equilibrio general* del mercado, Léon WALRAS¹¹. Las personas son capaces de ordenar sus preferencias entre cestas alternativas de bienes y servicios. El nivel de las satisfacciones que el individuo recibe por el consumo de las cestas alternativas suele denominarse *utilidad del individuo* -aunque también reciba otros nombres como *felicidad* o *bienestar*-. Todo el conjunto de gustos o preferencias relativos a las distintas colecciones de bienes y servicios de un individuo se denomina *función de utilidad*. A diferencia de otros autores - como JEVONS o DUPUIT, WALRAS prefirió utilizar el término francés *rareté* (traducible como “rareza” o escasez), a fin de denotar la variación en la utilidad total de un individuo como consecuencia de consumir una unidad adicional de cualquier bien o servicio. Quería expresar con este término particular la *intensidad* de la última necesidad satisfecha, como una función decreciente de la cantidad de dicho bien consumida por el individuo: el añadir una unidad más de un bien comporta siempre un aumento de placer o utilidad, pero la *intensidad* o *rareté* de ese último placer experimentado es cada vez menor a medida que se siguen incorporando nuevas unidades. Necesariamente vinculado al concepto de utilidad marginal aparece el de la *tasa marginal de sustitución*: se trata del cociente entre las utilidades marginales o *raretés* de dos bienes cualesquiera en la colección de un individuo, es decir, la valoración interna que realiza el individuo de cualquier bien en términos de otro que pueda mantener igual su nivel de *utilidad total* o satisfacción. Esto constituye otra elaboración teórica del modelo neoclásico, puesto que supone que *todos los bienes son sustituibles*, de manera que siempre habrá una combinación de intercambio de bienes que proporcionará idéntica satisfacción al individuo. Veamos un ejemplo: la utilidad marginal que experimenta un individuo en el consumo de un kilogramo de pan tiene para él un valor de 10, mientras que la utilidad marginal que le proporciona la consumición de un litro de leche es de 5. La tasa marginal de sustitución del pan por la leche es de 2, por el cociente verificado entre 10 y 5. Eso significa sencillamente que el individuo puede intercambiar 2 litros de leche por 1 kilogramo de pan sin alterar su nivel de *utilidad total*. La tasa marginal de sustitución disminuye a medida que se añaden nuevas unidades del primero de los bienes –en este caso el pan- al consumo del individuo, en relación con el segundo de los bienes –en este caso la leche-. Esto es así por la sencilla razón de que la *rareté* de un bien cualquiera disminuye a medida que se añaden más unidades de ese bien al consumo, en relación al resto de los bienes. Mientras más satisfecha se encuentre una necesidad, el individuo valorará en menos el bien que la satisface en relación a otro bien que sacia una necesidad mayor, debido a la menor intensidad del placer ya experimentado.

La ley de la utilidad marginal decreciente ha sido aplicada de diversas maneras en las relaciones de Derecho Privado y Público por los teóricos del AED. Un ejemplo de ello lo constituyen los contratos de larga duración, como son los de concesión de servicios públicos. Normalmente el concedente del servicio gana mucho más al principio (con el pago de los cánones iniciales y las ofertas de adjudicación o licitación), mientras que el concesionario comienza a

obtener sus ganancias a medida que transcurre el tiempo y logra amortizar los grandes costos e inversiones iniciales. Esto hace que las curvas de utilidad de las partes contratantes sigan cursos diferentes, por lo que llegará un momento de fricción en que la relación de intercambio se verá amenazada. La jurisprudencia norteamericana ha ido tomando en cuenta precisamente esta relación costo-beneficio para determinar la procedencia de diversas soluciones alternativas: rescisión del contrato, otorgamiento de un preaviso que permita la amortización del capital, obligación de indemnizar a cargo de quien puede soportar mejor la pérdida, etc., teniendo en cuenta para ello el criterio de eficiencia proporcionado por el *óptimo paretiano* ya analizado anteriormente¹².

Otro supuesto teórico importantísimo lo constituye la **estabilidad de las preferencias**. Los economistas neoclásicos sostienen que ante la *restricción presupuestaria* que todo individuo enfrenta, el carácter racional del agente hará que asigne sus recursos escasos de una manera tal que siempre obtenga el mayor grado de utilidad posible. Pero en este sentido, el economista no se interesa en absoluto por lo que *deberían ser* los gustos del individuo: simplemente acepta los gustos o *preferencias* como *ya dados* y se aboca al estudio del comportamiento maximizador o racional, dejando a la psicología o a la moral el estudio de la formación de los gustos. Así lo expresa un autor:

“De hecho , es posible explicar todo sobre la base de supuestos cambios en los gustos y preferencias. Por lo tanto, si apelamos a los cambios en los gustos para explicar cambios en el comportamiento de los individuos, acabamos por usar simples verdades evidentes o tautologías. Los economistas no tienen una teoría para explicar los cambios en los gustos. Es más, no tenemos una medida de supuestos cambios en los gustos... Por esta razón, **suponemos que los gustos son constantes** y buscamos otras características que puedan afectar el comportamiento del consumidor...”¹³

Pero aquí se encuentra probablemente el talón de Aquiles del enfoque neoclásico. Hasta qué punto sea válido un modelo explicativo en ciencias sociales lo da el grado de predicción con que dicho modelo cuenta, según dijimos anteriormente. Sin embargo, basta que las preferencias de los individuos varíen para que el modelo pierda gran parte de su poder explicativo, pues las elecciones hechas serán *inconsistentes* arrojando por la borda el concepto de *conducta racional*. La realidad muestra a veces con mayor frecuencia de la que un economista podría esperar, la variabilidad en las preferencias de los individuos. De todos modos, una valiosa muestra de este supuesto en el AED se da en el estudio de la *responsabilidad civil*. En efecto, la llamada *Teoría de la negligencia* de R. POSNER, adoptando el “criterio de HAND”, establece que el causante de un daño es culpable de negligencia y está obligado a indemnizar a la víctima si la cuantía de los

daños que provocó, multiplicado por la probabilidad de que el accidente ocurriese, excedía el costo de las precauciones que podría haber adoptado para prevenir el siniestro¹⁴. Queda de este modo constituido un *deber de diligencia* que ya no apela a un criterio tan ambivalente como el del *buen padre de familia*, aplicado mayormente por nuestros tribunales, sino por tres variables económicas: la probabilidad de que ocurra el accidente (Pr), la gravedad del daño que soportará la víctima si el accidente finalmente ocurre ($q_x \cdot Da$), y el costo de las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente ($C_x \cdot MS$). La fórmula inicial de POSNER para determinar cuándo existe negligencia (N) puede expresarse así:

Si $q_x \cdot Da \cdot Pr > C_x \cdot MS$, entonces N

La estabilidad de las preferencias hace suponer que un sujeto racional compara las variables $q_x \cdot Da$ y $C_x \cdot MS$ para saber si debe adoptar las medidas de seguridad. Supongamos por ejemplo que el propietario de un inmueble (A) decide refaccionarlo, y de la obra se desprende un ladrillo que hiere en la cabeza a un transeúnte (B) causándole un daño estimado en 1000 unidades monetarias (u.m.) en concepto de gastos de hospitalización, medicamentos, lucro cesante y daño moral¹⁵. Un cálculo estadístico bastante aproximado muestra que la probabilidad de que caiga un ladrillo en dirección a la acera justo en la cabeza de un transeúnte es del 10%, y el costo de colocar redes de protección aéreas en torno a la obra es de 10 u.m. De multiplicar $1000 \times 10/100$ (10%) obtenemos el valor 100, que es mayor a 10 (costo de las medidas de seguridad), por lo cual A es culpable de negligencia y por ello debe indemnizar a B. Los dos supuestos de *conducta racional* y *estabilidad de las preferencias* permiten predecir que A instalará las redes de protección a efectos de no correr el riesgo de una demanda judicial que lo obligue a indemnizar. Sin embargo es probable que A decida finalmente correr el riesgo dada la lentitud de los procesos judiciales y la inoperancia de los tribunales (y en determinados contextos sociales es hasta casi seguro que lo haga). Pero además, aunque diésemos por supuesta la estabilidad de las preferencias, se trata de un criterio demasiado simplista que no parece atender al criterio de *culpa concurrente*, puesto que en el ejemplo dado B podría haber evitado el accidente con un mínimo de diligencia, vale decir, con dar simplemente un paso al costado o no pasar bajo la obra en construcción; no obstante A seguiría siendo culpable de negligencia, ya que este dato no puede ingresar en ninguna de las tres variables económicas proporcionadas por la teoría de POSNER. De todos modos, no es éste el lugar todavía para realizar la crítica de los supuestos teóricos en que se apoya el AED, y más adelante veremos que a pesar de sus limitaciones, se trata no obstante de un criterio mucho más sólido que la corriente invocación por parte de jueces y abogados al patrón del *guardián diligente* o *buen padre de familia*. De hecho este criterio económico fue aplicado en forma señera por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la solución del caso *Torres, Francisco °/ Pcia. de Mendoza, por daños y perjuicios*, fallado el 4 de abril de 1989, que analizaremos más adelante.

Finalmente, otro de los más importantes supuestos es el llamado **costo de oportunidad**. Se trata de un concepto básico que vincula el problema de la escasez con las diversas

alternativas de una elección, poniendo de relieve que el valor *económico* de los recursos no siempre coincide con su valor o costo *financiero*. Si un individuo decide utilizar un recurso con un fin determinado, el *costo de oportunidad* es el precio “sombra” de dicho recurso en su mejor uso alternativo, o dicho de otro modo, los costos que se asumen al tener que renunciar a posibles usos alternativos igualmente eficientes del recurso. Los juristas hablan en general del *lucro cesante*, pero el AED procura determinar con precisión esta noción a través del costo de oportunidad, de gran utilidad a la hora de mensurar los daños resarcibles cuando se trata de actividades por las que no se percibe un ingreso salarial. De hecho actividades tales como tener un hijo, arreglar el jardín, leer en casa o dedicar tiempo a la familia, no pueden adquirirse en el mercado, pero dado que para su realización es necesario consumir bienes o dejar de producirlos, los analistas procuran determinar el *costo de oportunidad* de tales actividades cuando es necesario fijarles un valor para resarcir, por ejemplo, el llamado *daño moral* (contemplado en el art. 1078 de nuestro Código Civil)¹⁶.

Existen además otros supuestos que integran en general el núcleo del enfoque *neoclásico* aplicado al AED, pero creemos que en lo sustancial todos se reducen a los mencionados *supra*, razón por la cual analizaremos a continuación algunos de los problemas metodológicos que ha debido enfrentar el AED en su consolidación epistémica.

II. 2. Métodos y modelos del análisis económico

Anteriormente dijimos que el AED no es sino la aplicación del enfoque económico *neoclásico* al Derecho, o sea, a la conducta humana en interferencia intersubjetiva. Alfred MARSHALL, quizás el autor que más contribuyó a la consolidación del modelo *neoclásico*, decía que “*la Economía es el estudio de la humanidad en los asuntos ordinarios de la vida*”¹⁷, con lo que dejaba sentada la posibilidad de que ella proporcionase una perspectiva científica adecuada para solucionar la tensión existente entre medios escasos y fines racionales en el marco general de la elección humana. Como consecuencia de ello, el AED heredó también las discusiones metodológicas propias que han dividido a los economistas en relación a la siempre problemática cuestión del método. No es nuestro propósito tratar aquí las disputas planteadas en semejante controversia, sino tan sólo aclarar las implicancias que ellas han tenido para el moderno AED.

La controversia se ha centrado básicamente en la contraposición del llamado *análisis positivo* a las denominadas *propuestas normativas*. Aparentemente la distinción fue precisada por vez primera por John N. KEYNES en su obra *El ámbito y el método de la Economía Política*, de 1891, en la que el autor diferenciaba la *Economía Positiva* como conjunto de conocimientos sistematizados concernientes a *lo que es*, cuya finalidad es analizar y *describir* la realidad económica para elaborar categorías conceptuales que permitan *predecir* los efectos de un cambio cualquiera en las condiciones dadas, de la *Economía Normativa*, como conjunto de conocimientos que discute los criterios sobre *lo que debería ser*, y en ese sentido, proporciona *normas* para alcanzar fines determinados. Como puede apreciarse a simple vista, la distinción se basaba en una separación entre hechos y valores, muy del gusto de la época¹⁸, pero hoy en cierta medida

superada, al haberse reconocido finalmente la imposibilidad de una separación tajante entre ambos, ya que los hechos requieren como mínimo ser *interpretados*, para lo cual es necesaria una cierta valoración. Sin embargo, la literatura económica no parece dispuesta a dejar de lado tan fácilmente la cuestión, y en materia de AED, es frecuente encontrar discusiones acaloradas acerca de la verdadera finalidad de nuestra disciplina: si solamente describir y predecir, o también orientar la conducta según normas. Esto se explica por el especial carácter valorativo y práctico del Derecho que parece no resistir el *corset* de la eficiencia como criterio único de validación. De manera elocuente ha sostenido un jurista que

“nuestro interés por el Derecho no es solamente de carácter cognoscitivo, sino –y, muchas veces, sobre todo– práctico y valorativo: si nos interesa saber que en el Derecho español ...[ciertas] conductas constituyen delitos no es tanto (o no es sólo) porque de esa forma podamos entender un aspecto de la realidad... sino también (sobre todo) porque con ello podemos guiar nuestra conducta... y podemos también mostrar aprobación o rechazo frente a las acciones de quienes establecieron esas normas, de quienes las interpretan y aplican, y de quienes las cumplen o incumplen”¹⁹.

Aquellos que se inclinan por asignar al AED un enfoque meramente positivo parecen olvidar que incluso todo intento por aislar hechos a fin de describirlos y elaborar leyes que permitan predecir situaciones futuras parte de una valoración inicial, cual es la selección de aquellos hechos que se consideran relevantes para llevar adelante el análisis, selección que sólo puede hacerse en función de algún juicio de valor (por ejemplo la proposición “el hecho A es *más importante* que el hecho B para explicar la conducta humana”, comporta un juicio de valor manifestado en la expresión “*más importante*”, juicio que no siempre el científico expresa de manera manifiesta, pero que orienta claramente desde el comienzo su observación de la realidad). Sin embargo la razón los acompaña cuando sostienen que en definitiva la acribia de las predicciones, contrastada *empíricamente*, es el único criterio de validación posible de un modelo científico, dando de este modo la última palabra a los *hechos*.

La corriente mayoritaria dentro del AED, asociada a la Escuela de Chicago y embanderada en el criterio de la eficiencia, no duda en presentarlo como una rama más de la *Economía Positiva*. En este sentido ha escrito Milton FRIEDMAN que la Economía es en parte

“un lenguaje ideado para promover métodos de razonar sistemáticos y organizados y, en parte, un cuerpo de hipótesis sustantivas diseñadas para abstraer los rasgos esenciales de una realidad compleja. Considerada como un lenguaje, la **Teoría carece de contenido sustantivo**, es un conjunto de tautologías. Su función es

servir como un archivo para el material empírico organizado y facilitar nuestro conocimiento del mismo²⁰.

Por su parte el *enfoque normativo* resalta la necesidad de clasificar los diversos criterios que pueden ser usados para ordenar situaciones económicas alternativas en una escala de *mejor* o *peor*, según su capacidad para alcanzar en mayor o menor medida el bienestar social. En cierto sentido, el análisis normativo constituye la *rama ética* de la Economía en relación con la asignación de los recursos. En efecto, la meta de la eficiencia configurada por el presupuesto teórico del *óptimo paretiano* y considerada como única finalidad posible por el *enfoque positivo* no discute la cuestión de la asignación inicial de los recursos, en cuyo caso, la cuestión de cómo se encuentran éstos distribuidos en la población es “asunto de políticos y predicadores”, pero no de economistas, como sarcásticamente dice PAPANDREU²¹. El enfoque normativo abre por el contrario el espectro de los objetivos a tener en cuenta por el sistema jurídico, negando que la eficiencia sea el objetivo supremo de la elección social al margen de otros criterios que son deseados en mayor medida por los individuos, como es el caso de la *equidad* y el *trato igualitario*. Guido CALABRESI ha llevado la voz cantante de este segundo enfoque y su polémica intelectual con Richard POSNER, representante de la corriente eficientista, es la que ha generado esta particular discusión “metodológica”. Como esperamos mostrar aunque sea en forma somera en la tercera parte de este trabajo, la polémica no esconde una verdadera discusión en torno a los métodos del AED, sino una diversa comprensión del concepto de *bienestar general*, ligado en POSNER al criterio exclusivo de la eficiencia y en CALABRESI a una concepción más amplia que incluye la equidad y la justicia. En síntesis: el intento de aplicar el *enfoque económico* a la problemática *jurídica* ha generado en el seno del AED esta polémica tardía y en cierto modo ya desactualizada en la epistemología general de las ciencias sociales (hechos *versus* valores). Cualquier aproximación al Derecho tendrá que abordar siempre e inevitablemente, de una u otra forma, el problema de la justicia, y con ello su mirada no podrá detenerse ante los simples hechos.

Sin embargo, los problemas metodológicos no han terminado aquí. La resistencia que el AED ha generado entre los juristas no ha obedecido solamente al tratamiento de la justicia como un mero postulado de eficiencia u optimización en la asignación de recursos –puesto que no existe siquiera un acuerdo general aun entre juristas en torno a la noción de justicia-; ha sido más bien la polémica en torno a la *naturaleza* y la *validez de los modelos* la fuente de los mayores desacuerdos entre juristas y economistas²². Por un lado los juristas son reacios a aceptar el carácter *hedonístico*, frío y calculador que para ellos esconde el presupuesto de la *conducta racional* antes mencionado. Por otro, rechazan el método económico por su elevado nivel de abstracción, el carácter “irreal” de las hipótesis de las que parte, y la carencia de una verdadera capacidad explicativa que dé cuenta de los fenómenos jurídicos *en toda su extensión*. Pero todos estos rechazos obedecen más bien a la poca familiaridad de los juristas con el método científico y a su ancestral inclinación a la *dogmática jurídica*. La principal característica de ese saber acerca

del Derecho que suele denominarse *doctrina jurídica*, *jurisprudencia* o, con mayor frecuencia, *dogmática jurídica*, es el estudio del Derecho positivo vigente en un determinado lugar y momento histórico (los juristas que cultivan la dogmática escriben, por ejemplo, tratados de Derecho Penal *argentino*, de Derecho administrativo *provincial* o *municipal*, etc.) con lo que no pueden evitar un proedimiento *ad hoc* que contemple los casos concretos y procure deducir ciertas categorías a partir de ellos. Por esa misma razón experimentan grandes dificultades a la hora de pensar los fenómenos jurídicos a partir de ciertas relaciones determinantes, parciales en lo que hace a la *interpretación* de los hechos, pero generalísimas en lo que hace a la cantidad de casos concretos a los que pueden ser aplicadas, y además útiles para elaborar un modelo científico desde el cual sea posible predecir el comportamiento de los individuos. Ciertamente al jurista no le interesa predecir nada, sino más bien aplicar una norma general a un caso concreto *ex post facto*, y en este sentido, su observación de la realidad difiere de la del economista. Pero aun en dicha aplicación es posible dar una solución eficiente al caso y muchas otras que no lo sean, y si se trata de la actividad jurígena del legislador o incluso de los tribunales de casación, la solución tiene con mayor razón un verdadero efecto multiplicador.

Respecto a la escasa familiaridad de los juristas con el método científico, podríamos decir que ella se ve perfectamente reflejada en la pretensión de formar un modelo con hipótesis “realistas”. Muchos de ellos sostienen que la imagen del hombre manejada por el enfoque neoclásico no corresponde a la *realidad*. Pero al expresarse así parecen olvidar que un *modelo* en cuanto modelo es *irrealista* pues no pretende *describir* la realidad, las cosas tal como acontecen, sino explicar determinados fenómenos en un nivel de abstracción que, por dejar ciertos aspectos de lado para tomar en cuenta otros, *deforma* precisamente la realidad. Nadie que cuente con un mínimo de información tomaría el modelo atómico de Bohr como descripción de lo que un átomo *realmente* es, imaginando por caso que los electrones giran en torno al núcleo como los planetas alrededor del sol. Sabemos que las cosas acontecen de manera distinta en la realidad. Pero las hipótesis con las que se construye un modelo deben por fuerza ser *irrealistas*, desde que tales hipótesis son términos teóricos, no empíricos. De este modo, lo importante desde el punto de vista metodológico es preguntarse si es posible deducir implicancias que corroboren las hipótesis hechas de términos teóricos, términos que *postulan*, en definitiva, la existencia de entidades no observables. Constituye un verdadero prejuicio metodológico creer que la única manera de proceder rigurosamente en la ciencia sea “*restringirse al uso de hipótesis de carácter descriptivo, del tipo de las generalizaciones empíricas*”, tal como Gregorio KLIMOVSKY y Cecilia HIDALGO han dicho²³.

Qué límites y qué ventajas comporta el empleo del modelo neoclásico para el AED es algo que no puede resolverse con la simple alegación de un “imperialismo” por parte de la ciencia económica (en el sentido de querer imponer su método a todas las ciencias sociales, como algunos autores han sostenido²⁴). En todo caso habrá que analizar la consistencia del modelo comparándolo con otro modelo alternativo, en caso de que haya sido elaborado alguno. Sobre

este tema algo diremos en la cuarta parte de este trabajo. No obstante vale la pena citar el sincero reconocimiento formulado por uno de los más importantes teorizadores y críticos del AED:

“La estructura de los modelos tiene dos defectos. El primero es que los modelos pueden estar equivocados para la totalidad de un fenómeno como las relaciones legales, que son demasiado complejas para ser descritas en una sola representación. El segundo es que los modelos generan compartimientos dentro de los cuales uno se siente compelido a forzar situaciones que verdaderamente no encajan. Hay, sin embargo, **ventajas compensadoras**. Los juristas, precisamente porque han tendido a evitar la utilización de los modelos, han procedido a menudo de una forma *ad hoc*, contemplando los casos y viendo qué categorías se deducen de ellos. Pero esta aproximación también da solamente una visión...”²⁵

En definitiva, la correcta elaboración de un modelo científico solamente puede ser juzgada, al parecer, en términos de utilidad, es decir, en términos de comparar las ventajas y desventajas que la explicación de un determinado problema –o una esfera de problemas- tiene frente a otra forma de explicación posible. Sería un error intentar comprender el proceso de la ciencia en términos “ontológicos”, como si la ciencia pretendiese dar una respuesta a la pregunta de *qué es tal cosa*, y con ello invadiese un terreno que escapa a sus posibilidades y pertenece con toda propiedad a la filosofía.

III. Desarrollos de la corriente mayoritaria del AED

Nuestro propósito en este tercer apartado, tal como ya lo adelantáramos, es analizar los desarrollos más significativos a que ha dado lugar el moderno AED en su corriente mayoritaria, es decir, aquella que hace del *postulado de eficiencia* el objetivo supremo de la elección social, ya se trate de transacciones económicas o jurídicas. Aunque no existe rama alguna del Derecho a la que no pueda aplicarse el análisis económico que parte del enfoque *neoclásico*, han sido sin embargo las instituciones del Derecho Privado las que han concentrado el mayor interés de los analistas y las que han permitido los desarrollos más fructíferos de la nueva disciplina. Los análisis económicos del delito, por el contrario, hoy están en franco retroceso, a pesar de haber sido objeto de numerosos e importantes trabajos en la década de 1970²⁶. En cuanto a las instituciones *iusprivatistas*, el Derecho de los contratos y el sistema de responsabilidad civil constituyen las dos áreas más fecundas del moderno AED. En ellas nos detendremos particularmente, luego de estudiar los aspectos más importantes del *Teorema de Coase*, ya que no es posible comprender el alcance de los desarrollos actuales del AED sin antes analizar el contenido y el *sentido orientador* que el clásico estudio de Ronald COASE tuvo en la gestación de esta disciplina.

III. 1. El teorema de COASE: la relación entre el mercado y el Derecho

Páginas antes hicimos mención a la importancia que el llamado *Teorema de Coase* tuvo en la consolidación del enfoque neoclásico respecto a las tesis pigouvianas sobre la intervención del Estado a fin de corregir las *externalidades*. Concretamente, el trabajo de COASE constituyó el primer estudio *analítico* de las relaciones entre el mercado y el Derecho, y propuso además el marco teórico desde el cual habría de ser contemplado en adelante el papel que el sistema jurídico desempeñaba en relación a la economía. Al interpretar las fallas del mercado como consecuencia directa de los **costos de transacción**, el Derecho quedaba emplazado como una estructura cuya función primordial comprendía dos aspectos: *garantizar ante todo el modelo de competencia perfecta* reduciendo para ello los mencionados *costos de transacción*, y cuando ello no fuese posible, *proveer una solución eficiente que imitase la del mercado*, es decir, aquella a la que arribarían dos sujetos negociando con plena libertad.

COASE partió para ello de considerar los *costos de transacción* como generadores de las posibles imperfecciones del mercado a la hora de analizar todos los obstáculos que se oponen a su libre funcionamiento. De este modo no es posible entender las transacciones que se producen en el mercado sin tomar en cuenta que es indispensable

“descubrir con quién desea uno tratar, informar qué se desea intercambiar, establecer los términos en que habrán de llevarse a cabo, proceder a las negociaciones que conducirán al acuerdo, preparar los términos del contrato y comprometer la vigilancia necesaria para asegurar que sus términos están siendo observados...”²⁷

Empleando términos afines al Derecho, MATTHEWS ha definido los *costos de transacción* como “los costos derivados de la suscripción *ex-ante* de un contrato y de su control y cumplimiento *ex-post*, al contrario de los costos de producción que son los costos de la ejecución de un contrato”²⁸. MISHAN, por su parte, al analizar el problema de la contaminación ambiental, menciona entre otros, el costo de identificar a todos los sujetos que son partes en el conflicto, el de comunicarse con ellos, el costo de tener que negociar, el de persuadirlos a realizar ofertas, y el costo de alcanzar un acuerdo sobre la suma indemnizatoria que será ofrecida o aceptada²⁹. Pero lo verdaderamente significativo del análisis llevado a cabo por COASE, era que las externalidades o fallas de mercado no debían correr parejas necesariamente con la intervención del Estado, puesto que tales fallas podían ser internalizadas en muchos casos, es decir, el propio mercado podía proporcionar una segunda alternativa eficiente (lo que algunos autores llaman *the second-best*) mientras que la intervención del Estado podía generar costos sociales aun mayores. Veamos un ejemplo que ayudará seguramente a entender el problema³⁰.

Supongamos que una factoría industrial contamina el ambiente con sus humos y provoca daños en la ropa tendida al sol para su secado por los habitantes de las inmediaciones. A fin de

simplificar cuentas, supongamos también que se trata de diez viviendas, y que el daño que cada una de ellas experimenta es de 80 u. m. (unidades monetarias). De no modificarse la situación, la fábrica estará causando un daño de 800 u.m., y al no ser igual a los beneficios que la misma reporta a la sociedad –para ello cuentan otras variables que aquí dejamos de lado por razones de brevedad-, origina una diseconomía o externalidad. Si se intenta corregir este “fallo” del mercado, dos soluciones se presentan como viables: a) instalar un filtro depurador en la fábrica, cuyo costo es de 500 u.m., o b) comprar secarropas eléctricos a los pobladores, cuyo valor individual es de 60 u.m. La solución a) es la más eficiente, puesto que los secarropas comportan un costo total de 600 u.m. frente a las 500 u.m. del filtro, y es de esperar que será la opción elegida por *sujetos racionales* cuyas *preferencias son estables* y que actúan en función de la *maximización de su bienestar*. Ahora bien, el primer problema planteado por el *Teorema de Coase* es el siguiente: ¿se alcanzaría de todos modos una solución eficiente si el sistema jurídico *asignase* a los pobladores el derecho a gozar del aire puro o, por el contrario, *asignase* a la fábrica el derecho a contaminar? La respuesta de COASE es *sí*. En efecto, si el sistema jurídico reconociese a los pobladores el derecho a gozar del aire puro, la fábrica tendría dos opciones: indemnizar a los vecinos por el valor de 800 u.m., o instalar el filtro por el valor de 500 u.m.; evidentemente la fábrica **elegiría instalar el filtro**. Si el sistema reconociese en cambio el derecho de la fábrica a contaminar, los vecinos tendrían tres opciones: a) soportar cada uno los daños por el valor de 80 u.m., b) comprarse cada uno un secarropas, cuyo valor dijimos era de 60 u.m., o c) juntarse entre todos y comprar el filtro, solución que le significaría a cada vecino 50 u.m. (500/10); lógicamente, los vecinos **decidirían instalar el filtro**. Como puede apreciarse, la solución eficiente se alcanza siempre a pesar de la asignación de derechos que el sistema jurídico realice, razón por la cual es obvio concluir que *“la escasa o nula intervención del Estado es generalmente la mejor regla”*³¹. Debemos agregar sin embargo que para la corriente “crítica” del AED, asociada normalmente a proposiciones normativas que procuran tener en cuenta, además de la eficiencia, valores tales como la *justicia* o *equidad*, no es lo mismo que la fábrica o los vecinos deban afrontar la instalación del filtro, puesto que ello incidirá en la *distribución de la renta*, es decir, en el mayor o menor impacto que la solución tendrá en el bolsillo de las empresas o de las familias, tema sobre el que algo diremos en la cuarta parte de este trabajo. De todas formas, el *Teorema* en su momento marcó el declive –al menos en los foros académicos- de la *Economía de Bienestar*, puesto que demostraba la inconsistencia de las tesis de PIGOU en torno a la imposibilidad de evaluar adecuadamente *desde el mercado* los costos de una actividad dañosa, a menos que el agente productor del daño fuese legalmente responsable.

Pero el *Teorema* planteaba también un segundo problema: ¿qué ocurriría si los *costos de transacción* fuesen positivos? La solución eficiente, ¿también podía alcanzarse sin ayuda del Derecho? En el ejemplo anterior hemos dado por supuesto que no existen tales costos, cosa altísimamente improbable. Si tomamos en cuenta solamente uno de los costos de los que MISHAN habla en materia de contaminación ambiental, por ejemplo identificar las partes del conflicto y

juntarse con los demás –eso lleva aparejadas pérdidas de tiempo y de dinero, costos de peritaje, encuestamiento de datos, costos de transporte, etc.- y le asignamos un valor de 30 u.m. en relación a cada vecino, la situación varía sensiblemente. Si el sistema jurídico le reconoce a los pobladores el derecho al aire puro, la fábrica seguirá en la misma disyuntiva: 800 u.m. de resarcimiento o 500 u.m. del filtro. Pero si le reconoce a la fábrica el derecho a contaminar, la cosa cambia. Ahora los vecinos tienen tres opciones algo distintas: a) soportar el daño (80 u.m.), b) comprar un secarropas (60 u.m.), o c) juntarse y comprar el filtro, que le significará 50 u.m. a cada uno *más las 30 u.m. de los costos de transacción*. ¿Qué haría un sujeto “racional”? : comprar un secarropas. De este modo los costos de transacción han obligado a adoptar a la población una solución ineficiente desde el punto de vista social, puesto que en total las familias han gastado 600 u.m. frente a las 500 u.m. que costaba el filtro. Entonces, cuando existen costos de transacción positivos, la solución eficiente no puede alcanzarse al margen del Derecho, y aquí es donde COASE define el segundo rol del sistema jurídico: la normativa legal debe ser tal que *minimice los costos de transacción*. El Derecho puede contribuir a reducir estos costos proporcionando situaciones estándares que anticipen las contingencias que puedan producirse o incluso eviten tener que someterse a largas y complejas negociaciones. A mayores costos de transacción, mayor protagonismo del sistema jurídico.

Como conclusión de este punto, quizás sea oportuno señalar que en nuestro país los *Entes Reguladores de Servicios Públicos* responden a esta idea proveniente del AED. Una de las tantas funciones que dichas entidades están llamadas a cumplir por ley es la de actuar como intermediarias entre los prestadores del servicio y la población estableciendo un marco general de discusión de las tarifas, condiciones del servicio y solución de los conflictos que la prestación pudiese generar. Imagínese el enorme costo social que ocasionaría la demanda judicial de cada uno de los pobladores por irregularidades en el servicio, y la solución eficiente a la que llegan los Entes cuando ordenan debitar en las facturas de consumo individuales el importe correspondiente al prorrateo del perjuicio social ocasionado.

III. 2. El Derecho de los Contratos y la eficiencia

Dentro del marco teórico general proporcionado por COASE respecto a las relaciones entre mercado y Derecho, la corriente *positiva* del AED ha estudiado detenidamente las diversas funciones que el *Derecho contractual* está llamado a cumplir. La razón del interés estriba en el particular carácter que poseen los contratos, entendidos como *intercambios a futuro basados en el cumplimiento de una promesa*, a diferencia del resto de las transacciones económicas tomadas como un momento estático y de realización instantánea. El tiempo previsto por las partes para dar cumplimiento a la promesa en que se basa el contrato genera determinados costos que hacen necesaria la regulación legal a fin de reducirlos a su mínima expresión. Un ejemplo muy simple mostrará lo que queremos decir.

Supongamos que un granjero decide vender diez cabezas de su ganado y recibe dos ofertas concretas: la de su vecino que le ofrece 100 u.m. *al contado*, y la de un frigorífico que le

ofrece 200 u.m. *a futuro*, una vez faenadas y vendidas las reses. Si el granjero no contase con un adecuado respaldo legal que le asegure la posibilidad de perseguir al frigorífico en caso de que no cumpla su promesa (y calculando que el costo de la ejecución judicial no sea mayor al beneficio que obtiene por contratar con él), el granjero se vería obligado a malvender su ganado *al contado* de manera claramente *ineficiente*. Por ello un autor identifica las dos funciones específicas del *Derecho contractual* con “la *planificación racional de la transacción con cuidadosa anticipación de las numerosas contingencias previsibles y futuras*” y con la “*previsión de sanciones legales que estimulen la efectiva realidad de la prestación o que establezcan una compensación para el caso de incumplimiento*”³². Cualquier jurista pensaría en su fuero interno que esto es una verdad de perogrullo y que no era necesario un análisis económico de los contratos para arribar a una solución que las leyes ya parecen tener en cuenta. Sin embargo, bastaría echar una mirada al Código Civil argentino –y en general a cualquier Código que haya seguido las aguas del Código de Napoleón- para convencerse de que el “olfato jurídico” no siempre es acertado, y que el “sentido de justicia” del legislador conduce a veces a situaciones claramente ineficientes. Veamos un ejemplo.

Supongamos que un individuo decide vender su vehículo particular a un comerciante que se dedica al negocio de autos usados³³. El comerciante descubre luego de perfeccionada la venta un vicio oculto que torna la cosa “*impropia para su destino*” (art. 2164 del C.Civil): que el motor del automóvil está prácticamente fundido, por ejemplo. Si las partes no han establecido cláusulas especiales que restrinjan o amplíen su responsabilidad por los vicios redhibitorios en los términos del art. 2166, la normativa legal hará responsable de ellos al adquirente, pues según el art. 2170 “*el enajenante está también libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o **debía conocerlos por su profesión u oficio***”. La solución establecida por la ley es claramente ineficiente, puesto que el examen de la cosa resulta más costoso para el negociante – o eventualmente para el tercer adquirente- que deberá contratar un mecánico a fin de que revise minuciosamente el vehículo, y sin duda más barato para el particular que está en posesión y uso del automóvil, conoce su funcionamiento y tiene por consiguiente mayores posibilidades de detectar la falla.

Normalmente la ineficiencia viene dada casi como una consecuencia natural en aquellos sistemas jurídicos excesivamente *reglamentaristas* que obligan a las partes a incurrir en costos adicionales al tener que pergeñar formas contractuales específicas que se adapten mejor a su posición en el intercambio. Por ello habría que agregar, a las dos funciones ya señaladas del *Derecho de los contratos*, una tercera función, de carácter informativo, que consistiría en el establecimiento de *condiciones generales* que tiendan a evitar la negociación particular de todas las contingencias posibles cuya completa previsión resulta imposible, o sólo posible a un costo excesivamente alto. Nuestra ley nacional 24.240, de *Defensa del consumidor*, es una muestra de lo que cabe esperar del Derecho respecto de esta tercera función.

III. 3. El sistema de responsabilidad civil

Una de las razones por las cuales la corriente mayoritaria del AED ha estudiado con gran detenimiento el llamado *Derecho de daños* (*Law of Torts*, en el sistema anglosajón) es el carácter *distorsionador* del mecanismo de mercado que poseen los accidentes y actividades riesgosas en general. En efecto, el *Derecho de los contratos* constituye una garantía de la libre circulación de los recursos hacia sus usos más valiosos, y en la medida en que otorga amplia libertad a las partes para *negociar* en un marco general de estímulos al cumplimiento de las promesas y de sanciones a su incumplimiento, constituye también la vía más idónea para alcanzar la ansiada meta de la eficiencia. Pero desde una perspectiva económica, los accidentes surgen como una auténtica *diseconomía* o *externalidad*, vale decir, como un efecto “no contratado” por las partes que altera la asignación de los recursos y no permite su óptimo empleo, debiendo ser resueltas principalmente las acciones dañosas que configuran los llamados *ilícitos extracontractuales*. Nuestra ley argentina establece que “*todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio*” (art. 1109 del Código Civil); el jurista ve en esta norma la consagración de un principio elemental de justicia, formulado ya en las épocas del Derecho romano por Ulpiano (“*alterum non laedere*”), pero desde el punto de vista económico la auténtica *ratio legis* de la norma está dada por el hecho de que toda acción dañadora constituye un auténtico momento de intercambio entre el causante del daño y la víctima que genera determinados costos. El AED procura encontrar la manera más eficiente de internalizar los costos generados por el daño de manera tal que el uso eficiente de los recursos no se vea afectado por las externalidades, pero tampoco por un excesivo nivel de disuasión proveniente de leyes que intenten desalentar el desarrollo de actividades riesgosas. En este sentido el AED busca alcanzar una situación óptima a través de la minimización de tres tipos de costos: los que en forma de *pérdidas* generan los propios accidentes, los que derivan de un sistema específico de *prevención*, y los que trae aparejados la *administración* de un sistema legal de responsabilidad civil (como sería en nuestro país el costo social que origina la estructura administrativa de la *Superintendencia de Seguros de la Nación*, por ejemplo).

En el punto II.1 de este trabajo, al hablar del presupuesto teórico de la *estabilidad de las preferencias*, mencionamos de pasada una de las fórmulas más originales que ha elaborado el AED en procura de internalizar los costos de los accidentes de la manera más eficiente posible. La *Teoría de la Negligencia* de POSNER, basada en el “criterio de HAND”, constituye una respuesta analítica a dicho problema. Sin embargo, tampoco esta fórmula garantiza *siempre* una solución eficiente. En el ejemplo que brindamos al estudiar dicha fórmula se pone de manifiesto que la *conurrencia de culpas* no ingresa como una variable cuantificable, y de ese modo puede echarse por la borda la eficiencia cuando se obliga a cargar con los costos de la reparación a quien le resulte más barato, pues al mismo tiempo se corre el riesgo de relajar el cuidado y la diligencia que las personas deben poner en sus cosas, ya que aun cuando las medidas de seguridad sean menos onerosas para el dañador que para la víctima situada en el otro término de la ecuación

(probabilidad del accidente multiplicado por el daño sufrido), no obstante ciertos daños pueden evitarse con un mínimo de diligencia de parte de la víctima. La aplicación automática de la fórmula de marras podría inducir entonces a un comportamiento social claramente ineficiente. Por ello el propio POSNER propuso una ligera corrección a la fórmula adoptando el criterio de la *contributory negligence*; este último criterio establece que ha habido “contribución culposa” de parte de la víctima a la causación del daño, y por ende exime a su causante de la reparación, sólo si *el costo de la prevención del accidente por cuenta de la víctima resulta inferior al costo de prevención por parte del dañador*³⁴.

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos por cuantificar variables que permitan dar una solución eficiente al caso, los tribunales no podrán desprenderse enteramente de aquellos “criterios estándares” que de manera un tanto ambigua pretendan tipicar la conducta media de las personas (por ejemplo el modelo del *hombre prudente*, o del *diligente padre de familia*), ya que con gran frecuencia no puede dársele una respuesta en términos de costos *reales* a la cuestión de decidir si un accidente pudo ser evitado con un costo menor, pues la actividad de *medición* de tales costos traería aparejados otros de tal magnitud que desvirtuarían la pretendida eficiencia.

Por último, vale la pena recordar que en la Provincia de Mendoza su más Alto Tribunal tuvo ocasión de aplicar por vez primera el *criterio de eficiencia* en la resolución de un conflicto de gran trascendencia social por los intereses que se hallaban en juego. Puede ser ilustrativo recordar el contenido del fallo y ver de qué manera la Suprema Corte de Justicia de la provincia abrió la puerta, en cierto sentido, al AED. La causa n° 45.857, caratulada *Torres, Francisco c/ Pcia. de Mendoza, por daños y perjuicios*, fallada el 4 de abril de 1989 por interposición de recurso de casación, versaba sobre la responsabilidad del Estado en materia extracontractual. En efecto, un particular pretendía hacer responsable al Estado de los perjuicios sufridos por causa de un aluvión en su finca ribereña junto al río Mendoza, dado que consideraba culpable por omisión al Estado Provincial al no haber construido defensas aluvionales en las márgenes de dicho río, invocando para ello el art. 128, inc. 19 de la Constitución Provincial, en virtud del cual el Poder Ejecutivo “*tiene bajo su vigilancia la seguridad del territorio y de sus habitantes...*”. En los considerandos del fallo que hacen a nuestro tema, la Ministra preopinante de la Corte, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, se preguntaba si había existido un actuar omisivo *antijurídico* de parte del Estado, es decir, si podía considerarse que el Estado estaba *obligado* en virtud de alguna norma a construir las mencionadas defensas, ya que “*en la órbita [extracontractual] la antijuridicidad es el primer supuesto inexcusable del deber de responder*”. La respuesta requería de una prudencia extrema, teniendo en cuenta el carácter jurígeno de las sentencias de casación, y de ella dependía que en adelante se invocase el precedente para hacer responsable al Estado, por ejemplo, de los accidentes que pudiesen ocurrir por no mantener despejadas de nieve las carreteras en invierno, o por hechos de la naturaleza como terremotos o epidemias -ya que la mencionada norma constitucional, interpretada en este sentido, haría responsable al Estado de cualquier hecho que ponga en peligro la seguridad del territorio o de sus habitantes- o bien para eximir al Estado de su

función garantista en materia de seguridad, dejando al hombre de campo y al fruto de su trabajo, por ejemplo, en un estado de peligroso abandono. La Ministra dijo entonces:

“Lo que se exige es que el Estado se enfrente a una situación en la cual esté obligado a actuar; esa obligación no es menester que sea expresa sino que basta con que se den tres requisitos: a) la existencia de un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa; así por ejemplo, cualitativamente es interés prevaleciente la vida, la salud de las personas; en los intereses exclusivamente patrimoniales, será menester un **análisis cuantitativo**; b) la necesidad material de actuar para tutelar el interés; c) la **proporción** entre el **sacrificio** que comporta dicho actuar y la **utilidad** que se consigue en el accionar.

Fue en virtud de este último requisito, fundamentalmente, que la Corte negó responsabilidad al Estado, ya que de la comparación entre los costos altísimos que la construcción de tales defensas suponía y la exigua utilidad social que de ello se obtenía surgía claramente que la asignación más eficiente de los recursos imponía la carga de la reparación al particular. Como si fuese consciente del áspero camino que debía transitar todavía el AED en los estrados de la justicia, y de los numerosos prejuicios sociales que una *justicia eficiente* debe enfrentar aún, la Dra. Kemelmajer de Carlucci concluía sus razonamientos diciendo que

“No creo, honestamente, que pueda atacarse esta solución calificándola de injusta o de **compartir una visión exclusivamente economicista del Derecho**. Nadie puede dudar de las influencias recíprocas que existen entre Derecho y Economía, de modo que la solución jurídica no puede ser económicamente impracticable, pero a su vez, no es posible subordinar la respuesta requerida por la justicia a limitaciones económicas... Insisto una vez más: en el caso, los intereses son cualitativamente los mismos por lo que es lícito al intérprete prevalerse de **criterios cuantitativos...**”

IV. Las resistencias al enfoque *eficientista* del AED

Como esperamos haber demostrado, de manera por cierto superficial, la corriente mayoritaria del AED integra todas sus proposiciones en el objetivo de la maximización de la riqueza, valiéndose para ello del *criterio de eficiencia* como referente exclusivo de la acción jurídica. Su alta capacidad unitiva y el gran poder explicativo están fuera de toda discusión. Sin embargo, y como ya lo adelantáramos, existen fuertes críticas que se alzan desde dentro y desde fuera del paradigma, cuestionando su renuncia expresa a la consideración de cualquier otra perspectiva teleológica del Derecho y el tecnicismo de enfocar la conducta humana como un

simple mecanismo de asignación *eficiente* de recursos. El fondo del problema es, como dice TORRES LÓPEZ³⁵, una simple extrapolación al seno del AED de la discusión que ha tenido lugar originariamente en la propia ciencia económica en torno a la aceptación en mayor o menor medida del *paradigma neoclásico*, ya que al postular la necesidad de un “deber ser” diferente al desenvolvimiento autónomo del mercado, la corriente *normativa* del AED terminará al fin propugnando la existencia de un Estado en alguna medida intervencionista y de un Derecho en gran parte “corrector”.

En esta parte final de nuestro trabajo, por consiguiente, consideraremos en primer lugar los postulados centrales de la llamada *corriente normativa* del AED, vinculada en gran medida a la obra de Guido CALABRESI; en segundo lugar las posturas *neoinstitucionalistas* que discuten la validez de algunos supuestos teóricos del enfoque *neoclásico*, apartándose para ello de su procedimiento analítico aunque manteniendo en vigor el objetivo de la eficiencia con algunos matices; y en último término las posturas más radicales que desde un *enfoque axiológico* cuestionan directamente la validez de los supuestos teóricos en que se asienta el AED, pero sin proponer a cambio un modelo analítico alternativo que sirva para explicar las relaciones entre Economía y Derecho.

IV.1. CALABRESI y la *comprensión amplia* del bienestar social

Prácticamente la totalidad de los trabajos de este catedrático de la Universidad de Yale se centran en la problemática de la responsabilidad civil, dejando de lado otros aspectos del AED. Esta posición especializada es en realidad una característica común a la inmensa mayoría de los autores que se dedican al AED con excepción de R. POSNER, como ya dijimos en las líneas introductorias de este trabajo. No obstante, a partir de sus análisis de la elección individual y colectiva, de los diversos sistemas de prevención, de los costos de información y de la distribución del riesgo, CALABRESI ha logrado modelar un verdadero enfoque *interpretativo* de la conducta económica que si bien carece de la consistencia teórica y el poder *explicativo* de la corriente *eficientista* liderada por POSNER, asienta sin embargo el AED sobre bases epistemológicas más amplias que las del estrecho *conductismo* de la versión rival.

A lo largo de tres de sus más importantes obras³⁶ CALABRESI pone de manifiesto que los individuos ***no siempre*** están en condiciones de valorar adecuadamente los riesgos que asumen por su comportamiento ni de optar libremente, por consiguiente, entre las diversas medidas de seguridad. La razón de ello no es otra que la *escasa y costosa información* de que disponen, alterándose en consecuencia las condiciones básicas que hacen viable el supuesto teórico de la *conducta racional*. Al no poder evaluar correctamente la magnitud de los riesgos que se corren, la cuantía de los daños que pueden causarse ni los efectos secundarios que ciertas actividades riesgosas generan, en muchos casos es indispensable adoptar decisiones *colectivas* que sin dejar de lado la filosofía imperante en el libre mercado, asociada a la *soberanía del consumidor*, al menos se superpongan a ella y la complementen a fin de alcanzar la mejor solución posible y

socialmente deseable. En efecto, la fijación del costo de los accidentes por el mecanismo de mercado producirá una solución razonable solamente si

“...ofensores y víctimas eventuales poseen una información razonable de los riesgos y la tienen en cuenta; es decir, sólo si disponen de los datos estadísticos adecuados y actúan de conformidad con ellos; **pero...**[las víctimas] **no pueden hacer ninguna de las dos cosas...**; pueden [inclusive] estar incapacitadas psicológicamente para reconocerse como víctimas reales; pueden padecer el complejo de Fausto y elegir la buena vida presente, arrepintiéndose en el futuro; o puede que no sean los únicos en soportar el costo de los accidentes cuando se produzcan...”³⁷

CALABRESI no trata de eliminar los mecanismos decisorios del mercado, sino de incorporar otros criterios como la equidad y el trato igualitario, además de la eficiencia, que en una sociedad aun liberal como la estadounidense son asumidos como esenciales para el funcionamiento del sistema. Por ello diferencia dos grandes mecanismos capaces de reducir los costos de los accidentes, aunque ambos con grandes limitaciones. Al primero de esos mecanismos lo llama *prevención general*, y se basa en la toma de decisiones descentralizadas, es decir, llevadas a cabo por cada individuo en el mercado. Para que la *prevención general* sea viable es necesario que se cumplan ciertas condiciones, por ejemplo: a) que los individuos piensen que la prevención, aunque sea costosa, es más deseable que soportar los riesgos; b) que sea posible la negociación entre víctimas y ofensores; y c) que sea posible trasladar con precisión y exactitud el efecto negativo del accidente. Cada una de estas condiciones para CALABRESI es *irrealista*, y si bien la Economía no necesita asentarse en hipótesis de carácter descriptivo, del tipo de las generalizaciones empíricas, al menos sus enunciados predictivos deben poder ser contrastados empíricamente, cosa que un sistema de prevención general basado solamente en decisiones individuales difícilmente puede hacer. En efecto, dando por cumplidas las condiciones antes mencionadas, ¿es posible así y todo predecir que los individuos elegirán un producto seguro pero costoso antes que una variedad más barata del mismo pero de resultados inciertos? Ante esta disyuntiva, CALABRESI distingue un segundo mecanismo para reducir el costo de los accidentes, aunque también con sus propias limitaciones: la *prevención específica*, basada en el método de la decisión colectiva. Para que este segundo mecanismo sea viable se requieren también ciertas condiciones, a saber: a) que los particulares desconozcan en ciertas materias aquello que más les conviene; b) que los costos y beneficios de ciertas actividades no puedan ser reducidos a valores monetarios; c) que se acepte la legitimidad de *argumentaciones morales* a la hora de evaluar los costos de los accidentes; y d) que se acepte que sobre determinadas categorías de actividades riesgosas la *prevención general* o de mercado es ineficiente y no basta para desalentar su desarrollo (piénsese por un momento cómo ha sido necesario acudir a la

prevención específica contra la industria tabacalera, aun en los países del “primer mundo”, por resultar ineficaz la solución de mercado basada mayormente en las negociaciones de cada víctima con su agresor). Sin embargo también aquí existen fuertes limitaciones entre las cuales se destacan los errores y los abusos de quienes deben tomar decisiones que afectan la elección social y la imposibilidad de formular juicios políticos sobre todas y cada una de las cuestiones que entrañan pronunciamientos a favor o en contra de los accidentes.

En definitiva, el sentido global de la obra de CALABRESI no está dado ciertamente por su confrontación con los supuestos teóricos del enfoque neoclásico, sino ante todo por una redefinición del concepto de *bienestar general* que incluye entre sus notas el problema de la justicia. Para ello se incluye en el modelo una variable no cuantificable cuya “medición” la ciencia económica no puede llevar a cabo sin atenuar en cierto modo el *enfoque naturalista* de la corriente mayoritaria. Este sentido general del aparente *normativismo* de CALABRESI parece confirmado por la rápida réplica que POSNER le dirigió en su comentario a *The Cost of Accidents*. Allí decía el profesor de la Universidad de Chicago que la “función de justicia” propuesta por CALABRESI resultaba ser “*más bien insignificante*” según él la interpretaba, y que si se dejaban de lado las funciones no económicas y poco importantes del análisis de CALABRESI, sólo quedaban en pie las proposiciones ya elaboradas por él en su *teoría de la negligencia*³⁸.

IV.2. La crítica del enfoque *neoinstitucionalista*

Por varias razones resulta un tanto difícil esbozar una caracterización general de este enfoque particular del AED. En primer lugar, habría que responder primero a la pregunta de si constituye o no un auténtico *análisis económico* del Derecho, puesto que la mayor parte de los autores lo considera más bien un paradigma científico *interdisciplinar* que incluye en su seno variables económicas, jurídicas y sociológicas. En efecto, entre los autores que se autoproclaman *neoinstitucionalistas* no se advierte una preocupación por el análisis concreto de instituciones jurídicas específicas –excepción hecha del Derecho contractual-, sino más bien un interés por “*incorporar un enfoque tridimensional para el estudio del sistema político-jurídico-económico que explique cómo los procesos de toma de decisiones económicas, políticas y jurídicas están interrelacionados*”³⁹. Se añade a ello otra dificultad: la aproximación del enfoque *neoinstitucionalista* al Derecho es más circunstancial que analítica, ya que no penetra en el núcleo de las instituciones jurídicas que condicionan las elecciones y deciden entre las distintas asignaciones posibles de recursos; su abordaje del sistema jurídico tiene el único objeto de tomar en cuenta un elemento complementario –pero no por ello menos importante- del complejo mecanismo de decisión colectiva.

Haciendo un poco de historia, todos los autores *neoinstitucionalistas* reconocen su deuda con los planteamientos iniciales de COMMONS -mencionados en el punto I.1 de este trabajo- en torno a la *transacción* como unidad básica del análisis económico en lugar del comportamiento maximizador del individuo, y en parte también con los análisis de HAYECK sobre los procesos dinámicos de mercado. Ello explica en cierto modo otra de las coincidencias generales que se da

entre los autores que se enrolan en esta corriente: su descontento con los resultados y los métodos del enfoque neoclásico, descontento que se manifiesta mediante la incorporación de variables no cuantificables al análisis de los procesos legales aun cuando eso implique perder algo de capacidad teórico-explicativa, de rigor empírico y de consistencia interna. Esta reconocida debilidad “teórica” es una de las principales causas de su falta de sistematización y de la imposibilidad de considerar al *neoinstitucionalismo* una “escuela económica”, ya que no es posible adjudicarle –no por lo menos hasta el presente- un cuerpo unificado de enseñanzas o *teoría económica* en sentido propio. De hecho aquí reside su verdadero “talón de Aquiles”, a tal punto que ciertos libros de texto lo presentan como un mero “acopio de hechos, generalizaciones de bajo nivel... y juicios de valor, en una narración coherente”⁴⁰.

También VELJANOVSKI⁴¹ cree que hay una cierta “debilidad teórica” en el *neoinstitucionalismo* aplicado al AED, puesta de manifiesto en el uso de categorías conceptuales como “instrumentos de verificación” en lugar de la evidencia empírica. Pero menciona también otras características. En primer lugar, el enfoque institucionalista es mucho más *microanalítico* que el enfoque neoclásico, pues se orienta básicamente al estudio de las condiciones medioambientales en que se desarrollan los procesos que afectan a los individuos y a las organizaciones, y en función de las cuales la personalidad, el pequeño número, las relaciones de poder y la información imperfecta juegan un papel mucho más importante que las variables agregadas del enfoque neoclásico. En segundo lugar, el empleo de las variables es *taxonómico*, es decir, apela a juicios de valor para justificar su uso en determinados contextos sí y en otros no, dado que el número de variables que maneja este enfoque es notoriamente superior al del modelo neoclásico por considerar que los fenómenos jurídicos son mucho más complejos que la explicación brindada por este último. Y en tercer lugar tiene la ventaja de proyectar un abordaje *dinámico* de los fenómenos jurídicos, centrando su atención en las causas y efectos del desequilibrio por partir de la hipótesis de que las instituciones cambian precisamente para adaptarse al desequilibrio permanente del sistema.

Esto último es sumamente interesante, y quizás constituya la mayor fuerza del enfoque *neoinstitucionalista*. En efecto, el modelo neoclásico parte de una hipótesis teórica fundamental: el equilibrio general del mercado, esto es, la suposición de que la oferta y la demanda de bienes y servicios tienden a encontrarse en un punto coincidente si el mercado es libre y no existen factores distorsionantes. Pero el *neoinstitucionalismo*, por el contrario, toma el conflicto y no la armonía como punto de partida de su análisis. De hecho, sus contribuciones más interesantes al AED se encuentran en el estudio de los contratos que escapan a la lógica “estática” en que los sitúa la corriente mayoritaria. Para MACNEIL, uno de los principales autores *neoinstitucionalistas* dedicados al AED, POSNER parece entender los contratos bajo el simple modelo de la compraventa⁴², aun cuando las prestaciones se distancien en el tiempo, lo que lo incapacita para explicar el funcionamiento de contratos de larga duración como la franquicia, los contratos de colaboración, la unión de empresas, la concesión de servicios, etc., que son precisamente el

corazón del complejo mundo económico en que vivimos. Por ello distingue dos tipos de transacciones: por un lado aquellas que se resuelven en contratos de corta duración donde existe una escasa interacción personal y una medición relativamente fácil del objeto de intercambio –es aquí donde las proposiciones de la corriente mayoritaria del AED en todo caso pueden tener algo de valor- y por otro aquellas transacciones en las que importa sobremanera la relación que se establece entre las partes dado el largo período de vida que el contrato tiene y la difícil “mensurabilidad” de las prestaciones objeto del mismo (ejemplo paradigmático de este último tipo de transacción lo constituye la sociedad comercial en sus múltiples formas). Aquí es donde se necesitan otras herramientas analíticas diferentes a las proporcionadas por la corriente mayoritaria del AED incluso para alcanzar el objetivo de eficiencia que no se discute. Pero la complejidad de tales instrumentos hacen difícil su exposición sistemática y excede ampliamente las modestas pretensiones de este trabajo.

IV.3. Rechazos al “imperialismo” de la ciencia económica

En este último apartado mencionaremos sucintamente las reacciones que el AED ha generado en autores que no obstante interesarse por las relaciones existentes entre Economía y Derecho, rechazan sin atenuantes el modelo *neoclásico* por considerarlo incapaz de explicar aquellas relaciones. Se diferencian del *neoinstitucionalismo* en cuanto que éste admite en general el objetivo de la eficiencia que articula la totalidad del modelo, de manera que aun en los análisis de transacciones “de larga duración” la eficiencia sigue siendo para esta última corriente la meta a alcanzar, si bien debe incorporar para su estudio variables no cuantificables, como ya hemos dicho. En cambio, los autores que mencionaremos a continuación no aceptan siquiera que la eficiencia pueda constituir una explicación suficiente de la interacción existente entre la Economía y el Derecho, y le niegan expresamente el carácter de *hipótesis metodológica* aun para desentrañar la complejidad del sistema jurídico. Lo curioso es que se trata de una reacción llevada a cabo tanto por juristas y filósofos del Derecho como por economistas de profesión, de manera que no cabe pensar que se trata solamente de un lógico “mecanismo de defensa” que pretende salvar la especificidad de lo jurídico y del saber acerca de lo jurídico frente a intromisiones provenientes de disciplinas extrañas al Derecho; por ello pensamos que una exposición general de las críticas al AED no puede ignorar estas voces que sin llegar a formar una “corriente crítica” del AED manifiestan no obstante su rechazo a las posibilidades de penetración de la ciencia económica en el complejo mundo del Derecho.

Dentro de la literatura que se encuentra en los repertorios de publicaciones económicas, es frecuente encontrar una serie de artículos que llamativamente hablan del “*imperialismo*” de la ciencia económica. Así por ejemplo R. BRENNER⁴³ atribuye este calificativo a una gran dosis de afán dominador, no exento de cierto sentimiento de superioridad, propios de una ciencia que ha alcanzado ya su madurez epistemológica, llegando incluso a afirmar que las lagunas presentes en las restantes ciencias sociales han favorecido esta expansión. POSNER ha sido sin embargo más explícito y ha dicho que “*el Derecho se encuentra todavía en su estadio precientífico*”⁴⁴, de modo

que la aplicación de la teoría y el método empírico de la Economía a las instituciones centrales del sistema jurídico pueden “*eleva*r el saber jurídico a la categoría superior del pensamiento científico”⁴⁵. La reacción lógica a estas pretensiones totalizantes de la corriente mayoritaria llevaron en su momento a muchos juristas a cerrar filas frente al “invasor” y a posiciones tan fundamentalistas como la que intentaban refutar. Así, como ejemplo de ello, podríamos citar las palabras de un jurista de Harvard:

“Las ciencias sociales no jurídicas tienen, sin embargo, más que aprender de una comprensión del razonamiento jurídico de lo que pueden contribuir a tal comprensión... La experiencia jurídica no sólo proporciona una riqueza de datos para la investigación de los científicos sociales, sino que además tiene **mucho que enseñarles por lo que se refiere a la naturaleza de la Ciencia Social...**”⁴⁶

Esta polémica contribuyó, una vez superados los remezones naturales que provoca toda irrupción repentina de un nuevo paradigma en el mapa de las ciencias, a situar la discusión en sus verdaderos cauces: ¿cuál es el alcance y cuáles son los límites de un abordaje económico del Derecho? Dicho de otro modo, ¿en qué medida es posible explicar o comprender el Derecho mediante un análisis puramente económico?

Una de las respuestas más interesantes a este problema la han proporcionado aquellos autores que teniendo en cuenta la cuna de la que proviene argumentan que el AED solamente puede aplicarse en el *Common Law* anglosajón, y no en el Derecho continental (*Civil Law*) ni en los sistemas jurídicos que siguieron las aguas de la codificación⁴⁷. En el sistema del *Common Law*, como es sabido, impera la cláusula de equidad que permite al juez fallar el caso según su “sentido” de la justicia y por tanto elegir reglas económicas o el criterio mismo de eficiencia para administrar justicia. En cambio en el Derecho continental esto no sería posible al estar contemplada ya la solución en la ley misma, que no le permite apartarse al juez de los criterios a ella incorporados. El ejemplo analizado en el punto III.2 de este trabajo podría ilustrar lo que tales argumentaciones pretenden demostrar: según el Código Civil argentino (que en realidad reproduce una solución ya dada por el Código de Napoleón) el juez *debe* hacer responsable por los vicios redhibitorios a quien por su profesión u oficio debía conocerlos, solución que ata de pies y manos al juez al no permitirle buscar una alternativa más eficiente. Por consiguiente, la pretensión de aplicar el enfoque económico al Derecho continental constituiría otra manifestación del *imperialismo* norteamericano, en términos políticos, difundido en este caso a través de la *Escuela de Chicago* (cuyo campeón sería POSNER, lógicamente).

Sin embargo, esta interpretación “crítica”, más allá de sus argumentos políticos, parece no tener en cuenta que las leyes también pueden incorporar el criterio de la eficiencia –si bien es cierto que las reformas legislativas plantean otros dilemas en términos similares de costos y beneficios- y que los jueces, y particularmente los tribunales de casación, tienen una

importantísima función de creación del Derecho aun en los sistemas codificados. El ejemplo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza brindado en el punto III.3 de este trabajo es una clara muestra de ello.

Habría que mencionar, por último, el reducido grupo de economistas que dejando de lado los “intereses políticos” que habría supuestamente detrás del AED como vanguardia intelectual del *neoliberalismo de Chicago*, niegan directamente la capacidad analítica del AED e invalidan todos los presupuestos en que se asienta. Así por ejemplo H. LIEBHAFSKY se detiene en los análisis económicos del delito y muestra el total fracaso de los mismos, puesto que si se considera el delito como una transacción y la pena como el precio que el delincuente debe pagar por su intercambio con el sistema legal, la pendiente de la curva de demanda no es forzosamente negativa: es un hecho empíricamente contrastable que el endurecimiento de las penas no acarrea necesariamente una disminución en la comisión (o “demanda” en términos económicos) de delitos; tampoco se cumplen otros supuestos teóricos tales como la *conducta racional*, el *costo de oportunidad* y la *gravitación de los recursos* hacia sus usos más valiosos, con lo cual toda la construcción teórica de la *Escuela de Chicago* se derrumba⁴⁸. Ciertamente los análisis económicos del delito hoy están en franco retroceso, pero la crítica de LIEBHAFSKY es muy aguda: si en una materia tan importante del Derecho como es la conducta criminal los supuestos teóricos del AED, considerados aun como meras hipótesis científicas, resultan equivocadas, ¿a título de qué podríamos considerarlas correctas para explicar otro tipo de conductas? Podríamos ensayar una respuesta diciendo que la contrastación empírica y la capacidad de predicción de la teoría en que el AED se apoya determinarán el acierto o no de tales hipótesis, pero con ello no pretendemos entrar en una polémica sobre la que ya ha corrido mucha tinta. Creemos que nuestro propósito de tan sólo enunciar las críticas formuladas al modelo ya ha sido cumplido, y que es hora de expresar nuestra opinión personal en un balance final y conclusivo.

V. Conclusión

En las líneas introductorias de este trabajo decíamos que nuestra intención era hacer una presentación general del AED como paradigma emergente de las ciencias sociales, recordando para ello su génesis histórica, exponiendo los supuestos teóricos y metodológicos de los que parte la corriente mayoritaria y las críticas que el modelo ha recibido ya sea por la no aceptación de algunos de esos supuestos o por el rechazo completo a sus pretensiones de erigirse como enfoque “científico” del Derecho, cuestión esta última bastante problemática en la que resulta difícil emitir un juicio mesurado que ponga las cosas en su verdadero lugar.

En nuestra opinión, hay dos cuestiones fundamentales en juego cuya correcta identificación contribuirá seguramente a emitir un juicio equilibrado acerca del alcance, las posibilidades y el auténtico valor del AED.

La primera de ellas podríamos catalogarla como una “cuestión epistemológica”, y en este sentido el interrogante a responder es si el AED constituye o no una disciplina científica en sentido estricto. Para nosotros no caben dudas de que la respuesta es afirmativa. Las posibilidades

“científicas” del AED no son otras que las de la Economía como ciencia estricta, y el enfoque económico de la conducta humana es tan legítimo como el sociológico, histórico o jurídico. Que se trate en este caso de analizar económicamente la conducta jurídica apenas si constituye una dificultad más de las muchas que la Economía debe enfrentar en general, puesto que el economista no procura dar una explicación del actuar humano extraña a su competencia, y por consiguiente explicará el proceder jurídico de un hombre cualquiera en los términos de su teoría económica, lo que no impide que esa misma conducta se explique en otros términos según sea el historiador, el jurista o el sociólogo quien intente la explicación. En definitiva, el AED no es sino un caso especial de *Economía Aplicada* cuyo rápido y controvertido desarrollo es una muestra más de la madurez epistemológica del *enfoque neoclásico* en Economía, pero también de los intereses políticos que inevitablemente se esconden detrás de la ciencia. Esto tiene mucho que ver con la segunda de las cuestiones que intentamos ponderar.

En efecto, desde que MARX trabajó el concepto de *ideología* como un “fenómeno de la falsa conciencia” ya no es posible abordar el problema de la ciencia –y en realidad ninguna de las cuestiones humanas- con la ingenuidad de creer en ella como en un reino en el que imperan la pura objetividad y la neutralidad axiológica. En este sentido uno de los más importantes exponentes de la llamada *Escuela de Frankfurt*, Jürgen HABERMAS, ha explicitado algunos de los factores que intervienen en la producción de la ciencia, factores tales como las presiones comunitarias o políticas, las motivaciones psicológicas e ideológicas en conexión con la defensa de intereses sociales y posiciones políticas particulares, entre otros. Esto ayuda a entender en gran parte la segunda de las cuestiones en juego a la hora de valorar el AED, cuestión que podríamos denominar “política”. En efecto, es probable que la agria controversia en torno a la “intromisión” de la Economía en el campo del Derecho que muchos autores tildan de “imperialista” –término cuya carga semántica no puede menos que generar rechazos- obedezca a diversos intereses en juego y a pasiones humanas elementales. Muchos de los recelos que el lenguaje económico despierta en los ámbitos forenses obedecen al natural temor que provoca lo desconocido. No es una novedad la reticencia de los juristas a la “cuantificación” de los problemas o a la “matematización” del Derecho, pero esta reticencia en gran parte podría explicarse por el esfuerzo que el jurista o el hombre de leyes *no está dispuesto a hacer* para estudiar las nociones elementales de Economía a fin de caer en la cuenta de que en el fondo no existe algo así como una “matematización” de la justicia. Interiorizarse del lenguaje propio de una ciencia ajena a la que uno cultiva por profesión o vocación es una tarea por cierto ardua aunque inexcusable en los tiempos que corren. Asimismo existen intereses académicos comprometidos en la cuestión, ya que nadie puede ignorar que para enseñar AED en serio se requiere conocimientos profundos tanto de Economía como de Derecho, y pocas son las personas en nuestro medio que respondan a tal cualificación. Tampoco es novedad que nuestras Facultades funcionen en gran medida como compartimientos cerrados los unos a los otros, y que en general no es visto con buenos ojos que profesionales de otras áreas “invadan” competencias reservadas a la “corporación” de que se

trata. Lamentablemente ciertas profesiones actúan con tal espíritu de cuerpo que hacen imposible el abordaje interdisciplinar de las ciencias. A este muestrario de pasiones humanas se añade lo que LORENZETTI, en el artículo citado en la nota 12 de este trabajo, menciona de paso: la exposición “propagandística” del AED en nuestro país impulsada por aquellos que tuvieron algún contacto con el tema y se han transformado en sus divulgadores, ostentando el mérito de ser los primeros “traductores” del AED con el propósito escondido de lograr reconocimientos académicos de alguna universidad extranjera.

Pero si logramos separar ambas cuestiones y dejar de lado la problemática “política” que el AED ha generado aun en los ambientes intelectuales de nuestro país, volvemos a plantearnos el interrogante inicial: cuál es el alcance y el valor del AED como modelo de investigación científica. Aquí se juega, en nuestra opinión, su destino.

En nuestra modesta opinión, el AED no formará nunca un capítulo sustancial de los libros de texto dedicados a la *Filosofía del Derecho*. Es decir, el AED no puede ser tomado en serio como una *interpretación* o una *ontología* del Derecho. Más allá de alguna posición radicalizada de sus “doctrinarios”, las pretensiones del AED no son tan ambiciosas como para rivalizar con otros modelos *iustificativos*. A nuestro entender, el AED brinda sin embargo excelentes posibilidades a los jueces y a los legisladores de garantizar el tan ansiado *Estado de Derecho*. Una de las exigencias sustanciales del mismo es la administración imparcial de justicia, meta que se consigue en parte con un actuar transparente y racional. La *Teoría de la Negligencia* de POSNER, verdadero nudo gordiano del AED, constituye una regla valiosísima de la que pueden echar mano los tribunales siempre y cuando maten sus alcances con el análisis de las culpas concurrentes. La actividad legislativa podría simplificarse si nuestros legisladores decidiesen abandonar esa inflación legislativa crónica que afecta al sistema jurídico argentino, y procurasen promulgar menos leyes pero más eficientes, que tengan en cuenta los costos de transacción y procuren reducirlos. Al mismo tiempo el ciudadano común tendría mayores posibilidades de saber a qué atenerse y se reduciría uno de los costos sociales más altos que nuestro pueblo padece: el *costo jurídico*, es decir, el tener que acudir a los expertos en leyes para tramitar algo tan simple y elemental como es el retiro previsional, por ejemplo. En fin, las utilidades del AED son muchas y las ventajas de su empleo para jueces, legisladores y políticos están a la vista. Solamente requiere modestia de parte de tales agentes para solicitar el auxilio de economistas de profesión, y una indispensable *prudencia* que sepa integrar las diferentes visiones de un mismo objeto a fin de proporcionar una solución que por perseguir la eficiencia no deje de lado valores sociales tan importantes como la equidad y el trato igualitario.

NOTAS

¹ TORREZ LÓPEZ, Juan. *ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Panorama Doctrinal*. Madrid, Tecnos, 1987.

² Véase su artículo “*Economic Approach to Law*”, en *Texas Law Review*, 1975, n° 53, págs. 757-782, especialmente págs. 758 y 759.

³ Véase su artículo “*Law and Economics*”, en *Yale Law Journal*, 1925, n° 34, págs. 371-382.

⁴ Llamamos en general *economía neoclásica* al núcleo doctrinal más importante de la ciencia económica que se consolida a partir de la llamada *revolución marginalista* y las proposiciones analíticas de A. MARSHALL en relación a la curva de la demanda. La *revolución marginalista* supuso un cambio de enfoque en las perspectivas clásicas sustentadas desde los tiempos de Adam SMITH hasta 1870 aproximadamente, época en la cual tres economistas (W. JEVONS, L. WALRAS y C. MENGER) hacen lugar a la olvidada tradición del *valor subjetivo* y estudian su incidencia en la *utilidad* y escasez de los bienes. A partir de entonces el análisis económico corrigió el rumbo equivocado que había adoptado por obra de SMITH y RICARDO (Véase SCHUMPETER, J. A. *Historia del análisis económico*. Barcelona, Ariel, 1994, pág. 903).

⁵ COASE, R. “*The Problem of Social Cost*”, en *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, 1960, n° 3, págs. 1-44.

⁶ CALABRESI, G. “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”, en *Yale Law Journal*, 1961, n° 70, págs. 499-553.

⁷ ALCHIAN, A. *Some Economics on Property Rights*. Santa Monica, Rand Corporation, 1961.

⁸ BECKER, G.S. *The Economic Approach to Human Behaviour*. Chicago, University of Chicago Press, 1976, pág. 9

⁹ Existe una traducción al español de una interesante obra que pretende repasar las cuestiones más recurrentes en la aplicación del AED; se trata de la obra de NORTH, D. y LEROY MILLER, R. *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etcétera*. México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

¹⁰ KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1971

¹¹ Véase EKELUND, R. - HÉBERT, R. *Historia de la teoría económica y de su método*, Madrid, McGraw-Hill, ³1996, pág. 457 y ss.

¹² En similares palabras se expresa LORENZETTI, R. L. “*Análisis Económico del Derecho: valoración, crítica*”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1999, n° 21, pág. 79.

¹³ LEROY MILLER, R. *Micro-economía*. Bogotá, McGraw-Hill, 1980, pág. 112 (el subrayado es nuestro).

¹⁴ Véase POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. Boston, Little Brown and Co., 1977, pág. 122.

¹⁵ El ejemplo es similar a otro proporcionado por PAZ-ARES, C. “*La Economía Política como jurisprudencia racional*”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, n° 2, págs. 601-707, especialmente pág. 661.

¹⁶ Véase una muestra de los análisis de este tipo en BECKER, Gary. *Tratado sobre la familia*. Madrid, Alianza, 1987.

¹⁷ MARSHALL, A. *Principios de Economía*. Madrid, Aguilar, 1948, pág. 3

¹⁸ Baste recordar para ello el clásico estudio de Max WEBER, *La “objetividad” cognoscitiva de la ciencia social y de la política social*, en el que el sociólogo y economista alemán analizaba en 1904 el problema de los juicios de valor en las ciencias sociales y su incidencia en la selección de los “hechos”. Véase WEBER, M. *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1990, págs. 39-101.

¹⁹ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona, Ariel, 2001, pág. 40.

²⁰ FRIEDMAN, M. *Ensayos sobre Economía positiva*. Madrid, Gredos, 1976, pág. 13 (el subrayado es nuestro).

²¹ PAPANDREU, A. *Paternalistic Capitalism*. Toronto, Copp Clark, 1972, pág. 19.

²² Véase en este sentido BURROWS, P. – VELJANOVSKY, C. G. *The Economic Approach to Law*. London, Butterworths, 1981, pág. 13.

²³ KLIMOVSKY, G. – HIDALGO, C. *LA INEXPLICABLE SOCIEDAD. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*. Buenos Aires, A-Z editora, 1998, pág. 125.

-
- ²⁴ Por ejemplo BOULDING, K. E. *Análisis Económico*. Madrid, Editorial de la *Revista de Occidente*, 1967, pág. 8
- ²⁵ CALABRESI, G. – MELAMED, A. D. “Property Rules, Liability Rules and Inaliability: One View of the Cathedral” en *Harvard Law Review*, 1972, n° 85.6, pág. 1128 (el subrayado es nuestro).
- ²⁶ A modo de ejemplo, solamente: BLUMSTEIN, A., COHEN, J. Y NAGIN, D. (eds.). *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*. Washington, National Academy of Science, 1978; EHRLICH, I. “The Deterrence Effect of Criminal Law Enforcement” en *Journal of Legal Studies*, 1972, n° 3.1., págs. 107-164; WOLPIN, K. I. “Capital Punishment and Homicide in England: A Summary of Results” en *American Economic Review (Papers and Proceedings)*, 1978, n° 62.2, págs. 422-427, entre otros.
- ²⁷ COASE, R. “The Problem of Social Cost”, en *Journal of Law and Economics*, University of Chicago Press, 1960, n° 3, pág. 18.
- ²⁸ MATTHEWS, A. “The Economics of Institutions and the Sources of Growth” en *Economic Journal*, n° 96, págs. 903-910.
- ²⁹ MISHAN, E. J. *Cost-Benefit Analysis*. New York, Praeger, 1976, pág. 155.
- ³⁰ El ejemplo se inspira en uno similar de POLINSKI, A. M. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1985, pág. 23.
- ³¹ Véase CALABRESI, G. “Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment” en MANNE, H. G. (ed.). *The Economics of Legal Relationships*. Minnesota, West St. Paul, 1975, pág. 201.
- ³² MACAULAY, S. “Non-Contractual Relations in Business; A Preliminary Study” en *American Sociological Review*, 1968, n° 25, pág. 56.
- ³³ El ejemplo se inspira en uno “jurídicamente” similar, aunque adaptado a la normativa legal argentina, brindado por C. PAZ-ARES en el artículo citado en nota 15 de este trabajo, pág. 673.
- ³⁴ POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. Boston, Little Brown and Co., 1977, pág. 124.
- ³⁵ Véase TORRES LÓPEZ. *Op. Cit.*, pág. 71 y ss.
- ³⁶ A la ya mencionada en la nota 6 de este trabajo debemos agregar: *El costo de los accidentes*, Barcelona, Ariel, 1984 (1° edición: 1970), y *Tragic Choices* (en colab. con BOBBIT, PH.), New York, W.W.Norton and Co., 1978.
- ³⁷ CALABRESI, G. *El costo de los accidentes*, Barcelona, Ariel, 1984, pág. 103 (el subrayado es nuestro).
- ³⁸ POSNER, R. “Book Review of Calabresi’s Cost of Accidents” en *University of Chicago Law Review*, n° 37, 1970, págs. 636-648, especialmente pág. 638.
- ³⁹ GRUCHY, A.G. “Law, Politics and Institutional Economics” en *Journal of Economic Issues*, vol. VII, n° 4, 1973, pág. 623.
- ⁴⁰ Palabras de BLAUG, M. *The Methodology of Economics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1980, pág. 127.
- ⁴¹ VELJANOVSKI, C.G. *The New Law-and-Economics. A Research Review*. Oxford, Centre for Socio-Legal Studies, 1982, págs. 55-56.
- ⁴² MACNEIL, J. R. “The Many Futures of Contracts” en *Southern California Law Review*, 1974, n° 47.3, págs. 691-816, principalmente pág. 805.
- ⁴³ Véase su artículo “Economics. An Imperialist Science” en *Journal of Legal Studies*, 1980, n° 9, págs. 179-188.
- ⁴⁴ POSNER, R. “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration” en *Journal of Legal Studies*, 1973, n° 2, pág. 37
- ⁴⁵ POSNER, R. “Economic Approach to Law” en *Texas Law Review*, 1975, n° 53, pág. 759.
- ⁴⁶ BERMAN, H.S. “Razonamiento jurídico” en *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales*. Madrid, Aguilar, 1977, vol. 9, pág. 119 (el subrayado nos pertenece).
- ⁴⁷ Por ejemplo: GOODMAN, J.C. “An Economic Theory of the Evolution of the Common Law” en *Journal of Legal Studies*, 1978, n° 7, págs. 393-406; PRIEST, G.L. “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules” en *Journal of Legal Studies*, 1977, n° 6, págs. 65-82; RUBIN, H. “Why is the Common Law Efficient?” en *Journal of Legal Studies*, 1977, n° 6, págs. 51-63. El mismo POSNER, en su “manual”, admite que la eficiencia es un criterio implícito en el sistema jurídico anglosajón o *Common Law* (véase *Economic Analysis of Law*. Boston, Little Brown and Co., 1977, págs. 179-181)
- ⁴⁸ LIEBHAFSKY, H. “Price Theory as Jurisprudence: Law and Economics Chicago Style” en *Journal of Economic Issues*, 1976, n° 10, págs. 23-43.