

Law & Economics: Paradigma, Política o Filosofía^{*} / ^{**}

SUSAN ROSE-ACKERMAN^{***}

1. Introducción

¿Dónde empieza la teoría: en un intento desinteresado por entender el mundo, en un esfuerzo por justificar un programa político, o en un conjunto de creencias sobre cómo debe ser evaluada la realidad? ¿El último fin de la teoría es de naturaleza científica, política o filosófica? Parte importante de la discusión relativa al lugar de la Economía en el Derecho y del Derecho en la Economía se reduce a un debate entre los sujetos que intentan realizar un trabajo interdisciplinario y sus fines particulares. ¿Son ellos científicos sociales que buscan usar las herramientas de la teoría económica para comprender los fenómenos legales? ¿Son ellos representantes de la derecha (o izquierda), que buscan justificaciones para el *laissez-faire* capitalista y el Estado mínimo (o para el Estado de Bienestar y las regulaciones públicas)? ¿Son ellos utilitaristas, kantianos, liberales, o de otra posición, en búsqueda de estructurar sus argumentos normativos a través del uso de la teoría económica? El *law & economics* no podrá nunca ser considerado simplemente como una ciencia social abstracta. Su objeto es “el Derecho” y éste está inevitablemente vinculado tanto a la política como a la filosofía (1). De modo que, como en la mayor parte del trabajo académico de *law & economics* estas tres dimensiones se encuentran presentes en una considerable variedad de combinaciones el debate sobre el valor del *law & economics* como enfoque académico se ve complicado por la tendencia de críticos o practicantes a deslizarse entre estas distintas categorías.

En este artículo me propongo presentar dos maneras de pensar la relación entre el Derecho y la Economía: la escuela de Chicago y la que yo llamo escuela reformista (2)¹. Las dos escuelas pretender explicar y evaluar críticamente un amplio conjunto de temas legales, sin perjuicio de lo cual y producto

^{*} Título original del artículo: “Law and Economics: Paradigm, Politics, or Philosophy”, publicado en Mercurio, Nicholas (ed.), *Law and Economics*, Boston, USA, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 233-258. Traducido y reimpresso bajo la autorización y gentileza de Springer Science and Business Media.

^{**} Traducido por Santiago Montt Oyarzún. Nota del traductor: El uso de paréntesis redondos corresponde al texto original; por el contrario, las frases en inglés y comentarios entre paréntesis cuadrados los he agregado a fin de facilitar la lectura.

^{***} Susan Rose-Ackerman es Profesora Henry L. Luce de Jurisprudencia, Escuela de Derecho y Escuela de Ciencias Políticas, Yale University.

¹ Minda identifica a la escuela de “New Haven” como aquella que “ha atraído a practicantes liberales que adoptan una metodología común con la de la escuela de Chicago pero que creen que hay una necesidad más amplia de intervención estatal para remediar problemas vinculados a fallas de mercado”. Mi propia escuela reformista, si bien incorpora una parte del trabajo de algunos de mis colegas, no es lo suficientemente extendida en la Escuela de Derecho de Yale como para usar la ciudad de New Haven como etiqueta.

de distintas orientaciones filosóficas, cada una se ha enfocado en ámbitos distintos. Para enfatizar adecuadamente las diferencias metodológicas y filosóficas existentes, proporcionaré caracterizaciones más bien generales que ignoran una serie de aspectos sutiles como asimismo algunos elementos que se entrecruzan en el análisis de cada una de estas escuelas (3)². Espero poder demostrar que la apropiación de la “marca” *law & economics* por la escuela de Chicago ha distorsionado la percepción que tienen los abogados acerca del análisis económico del derecho. Por el contrario, una alternativa interdisciplinaria de naturaleza reformista es posible y promete una aproximación político-económica al Derecho que no tiene la desviación conservadora propia del trabajo de la escuela de Chicago.

Si bien es cierto que los académicos de la escuela de Chicago han escrito sobre temas tan diversos como libre competencia, derecho de familia, derecho tributario, derecho comercial y discriminación racial (4), el núcleo central de sus investigaciones es el análisis económico del *common law* que incluye las áreas de responsabilidad extracontractual, contratos y propiedad. Para estos académicos las preguntas jurídicas más interesantes surgen a partir de un número reducido de situaciones de intercambio negociado [*small-numbers bargaining situations*]. De acuerdo a esta escuela, los abogados-economistas deberían estudiar estas situaciones de intercambio negociado y no las transacciones que ocurren más comúnmente en el mercado, por cuanto los mercados generalmente se hacen cargo de sí mismos. Paradójicamente, la fe de estos académicos en el mercado implica que éste no debe ser el objeto predominante del estudio del *law & economics*. Para ellos, los mercados —cuando existen— habitualmente no fallan de una forma en la que el Derecho pueda proporcionar algún remedio; el verdadero problema es, en su concepto, que los mercados pueden no existir. Cuando los mercados no están disponibles, las reglas jurídicas resuelven las disputas entre individuos tales como las partes de un contrato, los propietarios de predios vecinos o los autores de daños y sus víctimas. Es aquí entonces, ante la inexistencia de los mercados y sus alternativas, cuando los Chicagos proponen el uso del análisis económico del Derecho.

El modelo de economía que usan los Chicagos es la síntesis microeconómica neoclásica, que parte de la suposición no-problemática que la asignación inicial de derechos de propiedad ha ocurrido antes que la producción y el intercambio tengan lugar. La actual asignación de los derechos de propiedad es un área central de estudio y puede tener implicaciones relevantes para la eficiencia del sistema económico (5). La política filosófica de los Chicagos combina un utilitarismo o una ética de la maximización de la riqueza con una creencia en el valor independiente del individualismo y de la libre elección (6). Su programa político está basado en el apoyo al *laissez-faire* capitalista y en la creencia que el Estado debe hacer poco más que definir y mantener los derechos de propiedad privada, dar cumplimiento forzado a los contratos privados y preservar el orden externo e interno.

Ahora bien, existen dos tensiones centrales en el enfoque de la escuela de Chicago. La primera se produce entre la fe en la eficiencia de los mercados y la agenda de investigación centrada en las interacciones no basadas en el mercado. Mientras más penetrante o intenso el mercado, menos importante se torna el Derecho como un medio para promover la eficiencia. Por lo mismo, mientras más se aproxime la realidad a un mundo Coasiano de transacciones de costo cero, más cerca estará la ley de jugar un rol puramente

² Kornhauser divide el campo en tres: análisis de obligaciones jurídicas, el análisis de derechos de propiedad y la perspectiva *Public Choice*. Cada una de las dicotomías que aquí planteo contiene elementos de las tres categorías de Kornhauser; la escuela de Chicago pone el énfasis en la respuesta de los individuos a las obligaciones jurídicas y a los derechos de propiedad y, en cambio, la escuela reformista incorpora el trabajo *Public Choice* como una sub-área.

distributivo (7). La segunda tensión se produce, por una parte, por la noción reformista que postula que cambios en los derechos de propiedad pueden ser usados para fomentar fines de eficiencia y, por la otra, por el plan conservador orientado a la protección del *status quo* que caracteriza a una parte importante del trabajo académico de Chicago, especialmente en consideración al fuerte énfasis que coloca en la preservación de los derechos de propiedad actualmente existentes (8).

Pero la escuela de Chicago también se presenta en una variante evolucionista-institucional. Este enfoque rechaza el análisis de equilibrios estáticos, aunque continúa apoyando la afirmación que la asignación y definición de los derechos de propiedad es el tema central del *law & economics*. Sin embargo, los sistemas de derechos de propiedad evolucionan en el tiempo en respuesta a los cambios tecnológicos y sociales. Muchos académicos que trabajan en esta tradición destacan las distintas formas de organización y las distintas asignaciones de los derechos de propiedad y estudian con particular atención las maneras en las que las organizaciones evolucionan en respuesta a los cambios socioeconómicos (9). A pesar de estos reconocimientos, una parte considerable de este trabajo evolucionista comparte la orientación política y filosófica subyacente del trabajo más estático relativo a derechos de propiedad. De hecho, algunas afirmaciones histórico-empíricas formuladas por profesores de la tradición evolucionista ayudan a resolver algunas de las tensiones de la escuela de Chicago. Entre ellas, la que ve a los derechos de propiedad en un movimiento evolutivo supuestamente consistente con una asignación cada vez más eficiente de los recursos. En consecuencia, el activismo estatal puede resultar innecesario.

Por el contrario, el enfoque de la escuela reformista está orientado hacia el derecho legislado [no al *common law*] y por ende a la acción de los legisladores y órganos del Poder Ejecutivo. En la actualidad, se trata de una escuela que está menos representada en las facultades de Derecho que la de Chicago, aunque su potencial —en mi opinión— es enorme. El estudio reformista está basado en dos extensos cuerpos de investigación que intenta combinar: por una parte, el trabajo económico sobre políticas públicas y, por el otro, el trabajo político-económico del *Public Choice*.

El primer cuerpo de investigación —el análisis de las políticas públicas— es más frecuentemente practicado por los economistas que enseñan en los departamentos de economía y políticas públicas que por los profesores de Derecho orientados a la economía. Las herramientas teóricas de esta línea provienen de la economía de bienestar, en particular del análisis de las externalidades y fallas de mercado, así como de trabajos sobre competencia imperfecta y competencia monopolística. El nivel de análisis está centrado en el mercado, y también en el análisis de costo-beneficio de la intervención estatal y sus programas públicos. La agenda política de esta escuela defiende el Estado regulador y con él los programas de gasto público que ayudan a corregir fallas de mercado. Asimismo, es posible encontrar subyacente en ella una filosofía utilitarista o de maximización de las riquezas, aunque con una seria preocupación por la promoción de la igualdad. En consecuencia, las principales diferencias entre la escuela de Chicago y el análisis de políticas públicas son metodológicas y político-filosóficas. La escuela de Chicago estudia las transacciones, centrándose en la eficiencia del sector privado y destacando el valor de la libre elección. La escuela de las políticas públicas estudia el mercado, destaca la ineficiencia de algunas transacciones privadas, y frecuentemente tiene una inclinación igualitarista. Sin embargo, ambos enfoques están dirigidos a generar una asignación eficiente de los recursos.

A medio camino entre el trabajo sobre el *common law* de la escuela de Chicago y el trabajo sobre los mercados del análisis de las políticas públicas, es posible encontrar lo que podría llamarse la investigación

“reformista del *common law*”. Este trabajo acepta el énfasis de Chicago en la responsabilidad extracontractual, en los contratos y en los derechos de propiedad, pero carece del carácter conservador, pro-*status quo* y antiestático que caracteriza a este último. A pesar de ello, esta línea de investigación ha aceptado el énfasis de los Chicagos en las transacciones individuales y no en los mercados, y si bien reconoce la intervención estatal, de todas maneras ha terminado analizando principalmente las reglas creadas por los tribunales [en vez de las reglas de legisladores y órganos administrativos]. Sin embargo, tal como intentaré destacar más adelante, existen importantes diferencias entre aquellos que forman parte de la escuela reformista del *common law* y los puristas de Chicago.

Hasta aquí he enfatizado el aspecto sustancial aportado por el análisis de políticas públicas a la escuela reformista. Pero hay un segundo nivel de investigación basado en la escuela de análisis del *Public Choice*. Este trabajo se caracteriza por aplicar los modelos económicos al sistema político (10), en donde los actores políticos son vistos como actores económicos que buscan satisfacer sus intereses propios. Un primer grupo dentro de esta escuela se centra en las negociaciones y en la teoría de juegos, y está por ello cerca de los enfoques transaccionales de la escuela de Chicago. El segundo, se centra en los sistemas de votaciones y en otros mecanismos de elección colectiva y está más cerca del estudio económico de los mercados. Sin embargo, dado que desde la perspectiva de los individuos y sus intereses propios el comportamiento estratégico es casi siempre racional, las dos aproximaciones terminan por entrecruzarse.

La visión política y filosófica de muchos estudiosos del *Public Choice* es, al igual que en el caso de los académicos de Chicago, de corte anti-estatal y pro-libertad individual. Eso sí, en vez de alabar el mercado, los seguidores del *Public Choice* se concentran en criticar el Estado. Por ello, en términos de políticas públicas, los resultados finales de ambas escuelas terminan más o menos en lo mismo. En todo caso, parte del trabajo de *Public Choice* provee de buenos argumentos a quienes critican la visión de la escuela de Chicago y su confianza irrestricta en los tribunales del *common law* vistos como preservadores y promulgadores de doctrinas legales eficientes. Esta línea de investigación demuestra que la Escuela de Chicago ha otorgado una explicación muy poco convincente de cómo la adjudicación caso a caso propia de los tribunales puede generar reglas eficientes (11).

Frente al llamado a dar con combinaciones más sofisticadas de *Public Choice* y de análisis de políticas públicas, creo que no hay nada inherentemente conservador en la investigación tipo *Public Choice*. El análisis de la toma de decisiones colectivas por las instituciones políticas no lleva necesariamente a concluir que deban preferirse en forma irrestricta los mercados o que deba aceptarse la distribución existente de los derechos de propiedad. Por ello una política-económica sofisticada del Derecho debe intentar unir estas dos tradiciones de investigación de manera de arrojar luz al estudio de las instituciones legales y del derecho sustantivo.

A continuación procedo con una explicación y crítica de la escuela de Chicago para luego seguir con un esquema básico de la alternativa presentada por la escuela reformista y su estudio político-económico del Derecho. Dado que el énfasis de este artículo está puesto en el derecho civil y en las regulaciones económicas, agrego al final una aproximación al derecho criminal para luego concluir con algunas observaciones sobre direcciones fructíferas para futuras investigaciones.

2. La escuela de Chicago

2.1. *Análisis estático*

Para algunos, el trabajo de la escuela de Chicago es sinónimo a *law & economics* (12). No obstante, la aproximación de Chicago es más bien un intento entre muchos que se basa en una visión particular del mundo y de las justificaciones normativas para la intervención estatal. Los componentes básicos de esta construcción son claramente las relaciones que nacen a partir de los derechos de propiedad bien definidos, los mercados competitivos y las transacciones privadas (13). Por su parte, las funciones esenciales del Estado son el establecimiento de un sistema de protección de los derechos de propiedad y de cumplimiento de las transacciones privadas. Por cuanto la actividad económica privada presenta un alto nivel de incertidumbre en relación a quiénes son realmente los propietarios, el Estado debe comportarse como un dictador conservador con respecto a la definición de derechos de propiedad. A fin de facilitar las decisiones económicas privadas, el proceso de decisión político-democrático debe ser restringido. Las elecciones tomadas bajo el libre mercado tienen así preferencia sobre las decisiones políticas en un régimen democrático. Por lo tanto, en estas teorías se puede apreciar implícitamente un sistema autoritario de definición de derechos de propiedad que busca establecer una promesa creíble en el sentido que no se redefinirán los derechos en forma posterior alterando las expectativas que les han dado base. Por otra parte, estos poderes dictatoriales del Estado son reducidos únicamente a establecer derechos de propiedad y sólo, a veces, a implementar leyes en contra de los monopolios (14). Toda otra forma de asignación de recursos debe ser efectuada por los individuos, motivados por la maximización de su riqueza. Para la escuela de Chicago, la elección democrática juega sólo un pequeño papel en la determinación de las políticas económicas y de la redistribución de riqueza.

No obstante lo anterior, y también con el objeto de facilitar la actividad económica privada, el Estado debe reconocer que existen diversas limitaciones en la habilidad de los individuos para participar en el mercado y reunirse alrededor de una mesa de negociaciones. Por ello, el derecho de la responsabilidad extracontractual se necesita para reducir el número de accidentes en los cuales las eventuales víctimas encontrarían muy costoso negociar *ex ante* con los eventuales autores del daño o adquirir protección contra tales daños en el mercado (15). En concreto, la responsabilidad debe ser asignada a los individuos mejor posicionados para prevenir el daño (16). Por ejemplo, si la actividad que realiza una compañía impone costos en un sinnúmero de clientes desinformados, la responsabilidad debe recaer en la compañía, no porque ésta pueda estar “en falta”, sino porque esa regla minimizará los costos de negociar una solución al problema de las externalidades impuestas a los clientes. Del mismo modo, dado que negociar tiene un elevado costo, el derecho de los contratos debe proveer un número de reglas básicas por defecto que sean efectivas salvo que las partes hayan pactado algo distinto. La indemnización de daños y perjuicios, incluido el lucro cesante [*expectation damages*], ha sido justificado como una manera de inducir a la parte que intenta incumplir el contrato a que tome en cuenta los costos de su acción (17). Finalmente, los derechos de propiedad deben ser diseñados de manera que reduzcan los costos transaccionales de las operaciones del mercado y de los acuerdos negociados. De forma que, si una firma contamina el aire y daña con ello a sus vecinos, los derechos de propiedad de los propietarios de los predios deben incluir claramente el derecho a un aire limpio, ya que esta solución minimiza los costos de transacción (18).

Estas recetas de políticas públicas han llevado a los académicos que siguen la tradición de Chicago a moverse desde la simple exigencia que el Estado debe establecer un *cierto* conjunto de derechos de propiedad hacia el argumento que el Estado debe establecer un conjunto particular de tales derechos, complementado por un derecho de responsabilidad extracontractual y por un derecho de contratos también con un contenido particular. Pero, ¿qué ocurre si las doctrinas legales actualmente existentes establecen reglas que sólo guardan una relación muy rudimentaria con aquellas otras reglas ideales que sí promoverían la conducta más eficiente de parte de los individuos? La escuela de Chicago se ve enfrentada aquí a una gran contradicción (19)³. A fin de incentivar las inversiones, el Estado debe ser conservador y por ello renuente a cambiar las reglas. Sin embargo, si las reglas promueven conductas ineficientes, necesitan ser cambiadas. Esto resulta ser aún más problemático para los académicos de Chicago, pues, ¿cómo pueden entrar al debate sobre políticas públicas, dada su creencia que uno no debe esperar que las autoridades elegidas democráticamente vean la eficiencia económica como el valor más fundamental?

La solución adoptada por ellos es negar que exista esta contradicción en la jurisprudencia anglo-americana. El primer paso en este análisis es asumir neutralidad al riesgo⁴. Si el riesgo resulta ser indiferente y sólo los valores esperados son importantes para los actores económicos, entonces la incertidumbre en sí no tiene costo, esto es, no tiene impacto sobre la conducta. En todo caso, esta premisa no destruye la suposición general en favor de los derechos de propiedad si es que la posibilidad de intervención regulatoria estatal reduce el valor esperado por los actores. Al eliminar la incertidumbre, la escuela de Chicago hace de la maximización de la riqueza un fin más factible y además logra sacar de la discusión un potente argumento utilitarista en favor de la redistribución de la riqueza (20).

La premisa de la neutralidad al riesgo, si bien intensamente utilizada por Richard Posner y por William Landes (21), no es estrictamente necesaria para muchos de los resultados de la escuela de Chicago, y de hecho, no es universalmente utilizada. No obstante, el segundo paso de este análisis es de una importancia decisiva. Los académicos de la tradición de Chicago argumentan que el *common law* es eficiente y que por ello es muy poco lo que se necesita hacer para afinar en detalle las normas del mismo. Ellos intentan demostrar que las doctrinas y relaciones de derechos de propiedad actualmente existentes en el *common law* persiguen la eficiencia económica y que han sido el resultado de la misma (22). Estas doctrinas no han sido promulgadas por cuerpos democráticamente elegidos sino por tribunales del *common law*, cuyos jueces no son directamente responsables ante el electorado. La interferencia creada por las normas legales dictadas por el Congreso desordena las expectativas privadas y anula las reglas jurídicas eficientes del *common law*. Por el contrario, las doctrinas de este último cambian a lo largo del tiempo en respuesta a los cambios del sistema económico, pero este cambio es gradual y no afecta mayormente las actuales expectativas. De modo que el dictador de los derechos de propiedad resulta ser la historia, cuyas

³ El trabajo de Calabresi no incurre en esta contradicción porque está menos preocupado con la conservación del status quo y tiene menos consideración por las transacciones privadas que el trabajo de la escuela de Chicago. Su trabajo y parte importante de lo que han hecho profesores como A.M. Polinsky y Steven Shavell forma parte de lo que yo llamo la tradición reformista-*common law*.

⁴ Un individuo es neutral al riesgo si él o ella es indiferente entre una cosa cierta y una apuesta con el mismo valor esperado. El valor esperado de una apuesta es la suma de las probabilidades de cada resultado multiplicado por el valor de ese resultado. Por lo tanto, una persona neutral al riesgo es indiferente a recibir \$100 en forma cierta o jugar al juego de recibir \$200 con un 50% de probabilidades y nada también con un 50% de probabilidades. Una persona neutral al riesgo sólo se preocupa del valor esperado y es indiferente a las variaciones o cualquier otra característica de la distribución de resultados.

reglas son interpretadas y actualizadas por un sistema descentralizado como lo es el de cientos de jueces profesionales con un profundo respeto por los precedentes.

El valor actual de la tesis de que las normas del *common law* son eficientes ha sido cuestionado por diversos académicos desde dentro y fuera del campo del *law & economics*. En este artículo no me propongo terciar en este debate pero sí llamar la atención sobre el hecho de que los profesores de Chicago no han probado su argumento (23). Más importante todavía que el estado actual del *common law* anglo-americano es la observación general de que –incluso en el caso en que los Chicago demostraran su afirmación– tal prueba no resolvería las contradicciones fundamentales en las que incurre esta escuela. Cualquier descubrimiento en el sentido de que el *common law* es eficiente está subordinado a la validez de la presuposición de la neutralidad al riesgo y al pasado y presente histórico-institucional particular de los Estados Unidos y Gran Bretaña. De forma que los académicos de la escuela de Chicago necesitan preguntarse cómo resolver en contextos más generales las contradicciones entre expectativas existentes en el presente y la creación de reglas sustantivas más eficientes. También necesitan considerar de una manera más completa el rol de instituciones políticas distintas a los tribunales del *common law* (24)⁵. Hasta que estos problemas generales de políticas sustantivas y de competencia institucional sean reconocidos y aceptados, no será posible contar con trabajos comparativos más fructíferos.

2.2. La teoría evolucionista

La investigación evolucionista-institucional provee una manera de resolver las tensiones del *law & economics* de la escuela de Chicago, pero lo logra al costo de presentar una teoría histórica excesivamente simplificada. De hecho, un sector de quienes siguen esta teoría toma una visión económico-determinista del Derecho que es incluso más fuerte que la aceptada por los académicos que se centran en los tribunales del *common law*. El argumento es que las variaciones en los regímenes legales –sea que vengan impuestos por los tribunales o por el Congreso– dan cuenta de cambios en la situación económica subyacente (25). Entre ellos, los cambios en la tecnología juegan un papel central: fue así como la invención del alambre púa permitió a los ganaderos y agricultores del Oeste de Estados Unidos definir y hacer cumplir los derechos de propiedad sobre sus predios de manera más efectiva (26). Las diferencias en la disponibilidad de los recursos también afecta el contenido de las reglas jurídicas creadas para regular los respectivos sectores. De esta manera, el derecho de aguas en el Oeste de Estados Unidos –que enfrenta un grave problema de escasez– difiere del vigente en el Este (27). A fin de promover la eficiencia en el uso de los recursos, según esta teoría el Derecho se ajustaría en concordancia con los cambios en las condiciones de la oferta y la demanda. Sin embargo, es importante destacar que no hay especial preocupación aquí por el derecho creado por los jueces, por cuanto las leyes creadas por el Congreso también reflejan las condiciones económicas subyacentes y evolucionan junto con los cambios fundamentales en las variables económicas (28). En todo caso, la investigación evolucionista carece generalmente de una teoría política, pues simplemente asume que si algo es funcional, entonces esto será producido por el Estado (29)⁶.

⁵ Algunos trabajos de Posner y Easterbrook tratan las leyes del Congreso como contratos que deben ser interpretados restrictivamente. Algunas leyes pueden servir intereses públicos amplios, pero estas son básicamente las leyes que establecen las reglas del juego necesarias para facilitar la actividad económica privada.

⁶ Algunos académicos de los derechos de propiedad, como DeAlessi y Staaf, reconocen, eso sí, que los derechos de propiedad y las instituciones no necesariamente adoptan formas eficientes.

Algunos autores reconocen que el vínculo causal puede andar en la otra dirección, esto es, que el sistema legal puede afectar la manera en que una economía se desarrolla. Así, las oportunidades derivadas de la investigación científica y tecnológica pueden ser gravemente desaprovechadas en un mundo sin regulación de patentes. O, las prohibiciones legales contra los intereses que pueden rendir los capitales pueden restringir las oportunidades de inversión (30).

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que parte importante del trabajo evolucionista se centra en los acuerdos privados más que en el Derecho y por ende no puede ser claramente asociado con la tradición de la escuela de Chicago (31). Los individuos y las compañías desarrollan maneras funcionales de tratar con los problemas económicos a pesar de los elementos formales del Derecho. El Derecho funciona como una restricción dentro de la cual los individuos actúan, y el cuerpo de doctrinas legales es influido a través del tiempo por los acuerdos privados que han sido intensamente utilizados casi al punto de reemplazar las estructuras legales existentes (32). Un claro ejemplo está constituido por las grandes compañías privadas que organizan la producción sobre la base de reglas internas informales en vez de contratos formales. La naturaleza del derecho de contratos es en sí misma afectada por el hecho de que muchas partes contratantes son grandes organizaciones. Otro ejemplo está dado por la naturaleza cambiante del derecho de patentes y *copyrights* en un mundo dominado por los computadores y por el rápido cambio de la tecnología electrónica.

2.3. Transacciones versus mercados

Aparte de la naturaleza contingente de las conclusiones obtenidas por el *law & economics* de Chicago, esta escuela encuentra una segunda dificultad que tiene la misma naturaleza contradictoria que la anterior. Los académicos de la tradición de Chicago admiran el mercado, pero no dedican mucho tiempo a estudiarlo. Por el contrario, se centran en las transacciones negociadas que involucran un número pequeño de personas, o en casos de responsabilidad extracontractual donde las partes no están unidas por contratos en un tiempo anterior a los accidentes. La eficiencia económica es el estándar usado para valorar los resultados, aunque, aparte del trabajo en librecompetencia y en mercado de valores, el análisis no tiene por finalidad perfeccionar los mercados. Incluso la investigación relativa a internalización de externalidades en el campo de las relaciones de propiedad ha sido modelada en términos de un número pequeño de negociaciones. Dada la importancia decisiva de los mercados en nuestra economía y el papel crítico de la propiedad privada como precondition para la existencia del sistema económico, esta manera de enfocar los problemas resulta insuficiente. Por cierto que la razón fundamental para pasar por alto los mercados es la creencia que el Derecho no necesita preocuparse de ellos mientras las relaciones de propiedad sean lo suficientemente claras y completas. No obstante, al hacer esta presuposición, los académicos se pierden una parte de crucial importancia de la relación entre Derecho y Economía.

De hecho, al centrarse en las transacciones individuales, la escuela de Chicago asume implícitamente, y no pocas veces, que la competencia imperfecta es usual. Esta suposición aparece especialmente clara en el derecho de contratos, la rama del *law & economics* más próximamente asociada a las transacciones de mercado. Al discutir los posibles remedios frente a un incumplimiento de contrato, el énfasis ha estado puesto en distinguir entre distintos métodos para calcular los daños. En la práctica, la importancia de

estos distintos tipos de reglas de daños y perjuicios depende de la existencia de bienes sustitutos en el mercado. Mientras más competencia exista en el mercado, menos relevantes se tornan estas distinciones, ya que todas ellas implican más o menos el mismo nivel de pagos. Si bien la cuestión del cumplimiento de la obligación por equivalencia ha sido ciertamente reconocida, por otra parte ha habido pocos intentos por realizar un análisis del derecho de contratos desde la perspectiva de la organización industrial, que considere las consecuencias competitivas de las doctrinas contractuales sobre la base de un análisis industria por industria. En efecto, hay muy pocos trabajos que busquen establecer cómo la organización industrial de los mercados en los cuales operan las partes afecta las consecuencias o resultados que las reglas contractuales ejercen sobre la conducta por (33).

Dos importantes excepciones a esta crítica general aquí formulada están constituidas por el estudio sobre cumplimiento voluntario de los contratos y por los modelos de asimetría de información en derecho de contratos (34). La investigación en el área de cumplimiento voluntario de contratos reconoce que las compañías que enfrentan presiones competitivas pueden tener incentivos para cumplir sus promesas incluso en casos en los cuales recurrir al sistema legal puede ser costoso. Este resultado es especialmente factible si tales compañías enfrentan los mismos compradores una y otra vez, o compradores que se comunican entre sí. La estructura del mercado, la naturaleza de los productos y la existencia de bienes de capital específicos a cierto tipo de empresas, son determinantes para analizar los incentivos que enfrentan las compañías. De igual modo, la investigación sobre asimetrías de información ha usado modelos basados en teoría de juegos para caracterizar la relación entre las partes y está empezando a desarrollar modelos que reproducen situaciones actuales en las cuales la renegociación es posible y en la que los tribunales afectan la conducta de las partes “sobre la marcha” [*on an ongoing basis*].

3. La Escuela Reformista

Una versión reformista del *law & economics* parte por negar la primacía de la actual distribución de derechos de propiedad. Aunque también esta escuela mantiene la premisa de un individualismo metodológico que es central al enfoque económico. Esta teoría se toma en serio a los individuos y rechaza dar estatuto divino a preceptos que vayan más allá de la razón humana. Eso sí, al situar a los seres humanos en el centro de la discusión, este enfoque rechaza tanto su idealización como el asumir más acuerdos que los que en realidad existen. Desde esta base, la política-económica del Derecho mira en dos direcciones: hacia las políticas que mejoran la operación eficiente de la economía y hacia la especificación de procedimientos que puedan resolver temas distributivos de maneras justas. La Economía, al menos como es practicada hacia fines del siglo XX, no puede responder por sí misma las preguntas fundamentales de justicia distributiva; pero los trabajos de *Public Choice* sí permiten analizar las propiedades formales de los métodos alternativos de decisión colectiva. En el presente, las dos caras de esta teoría han sido muy independientes la una de la otra. Esta separación es artificial y debe ser superada por un genuino cuerpo de investigación académica reformista que se base en ambas tradiciones y que enriquezca el estudio del derecho público. De todas formas, en esta oportunidad delinearé los aspectos básicos de cada una de estas aproximaciones.

3.1. *El esquema analítico de las políticas públicas*

El trabajo en políticas públicas es esencialmente optimista acerca de la naturaleza del Gobierno. Este enfoque ve al Gobierno como un sistema que diseña políticas para promover fines de eficiencia y equidad. Los economistas orientados a los programas públicos [*policy-oriented economists*] son considerados centrales en el desarrollo de las políticas públicas (35). Ellos utilizan el análisis de costo-beneficio así como otros ejercicios analíticos particularmente útiles para los creadores de políticas públicas [*policymakers*]. Los economistas de esta tradición son, sin embargo, parecidos a los devotos de la escuela de Chicago en el sentido que reconocen el valor de los mercados como promotores de la eficiencia y por cuanto reconocen también la importancia de los incentivos económicos en todas las áreas de la vida, sean privadas o públicas. No tratan de eliminar los incentivos, sino establecerlos en el sentido correcto.

Una diferencia metodológica fundamental entre la escuela de Chicago y el trabajo reformista en políticas públicas deriva de la visión del analista de políticas públicas del sistema económico. En vez de estudiar las transacciones y dejar que los mercados se valgan por sí mismos, los analistas centran su estudio en los mercados y virtualmente ignoran las negociaciones individuales. Para ellos, el problema básico es dar con mercados que funcionen bien de modo que las transacciones individuales promuevan la eficiencia. La diferencia en la perspectiva está estrechamente vinculada a las distintas instituciones a las que ambas escuelas dirigen su atención. La escuela de Chicago se concentra en los tribunales, los que generalmente tratan problemas surgidos en el contexto de transacciones individuales. Por cierto, la decisión en un caso puede afectar conductas futuras en situaciones similares, pero aparte de sus investigaciones en librecompetencia, el énfasis de los Chicagos sólo se centra en la conducta individual, no en reformar la estructura de los mercados. En contraste, los estudiosos de las fallas de mercado y de la economía de bienestar miran al Congreso y al Poder Ejecutivo pues consideran que esas son las instituciones políticas donde se originan los cambios en las políticas públicas. A diferencia de los tribunales, y a través de leyes y regulaciones que tienen un amplio y profundo impacto, estas instituciones pueden concentrarse en políticas que afectan la generalidad de las conductas en los mercados.

Sin embargo, el análisis de políticas públicas no va más allá de estudiar sectores individuales de la economía. Los problemas son analizados en términos de equilibrios parciales. El problema del segundo mejor [*second best*] está en el trasfondo de todo el trabajo en esta área. Asimismo, carece de una visión realista del funcionamiento del proceso político. El estudio representa el mejor consejo que un economista puede dar a un creador de políticas públicas [*policymaker*], pasando por alto la factibilidad política o, más bien, dejando al político o alto funcionario la tarea de vincular las recetas económicas con la realidad política.

3.2. *Public Choice*

La teoría del *Public Choice* intenta encontrar modelos de la política que sean realistas y asimismo encontrar métodos de decisión colectiva que tengan características mínimas aceptables. El análisis positivo intenta explicar cómo se comportan los cuerpos políticos y burocráticos bajo la condición que los actores políticos persiguen sus propios intereses y maximizan “algo” que puede ser –según los distintos modelos– votos, el presupuesto del organismo administrativo, ganancias, utilidad, etc. Este trabajo evalúa

problemas que son centrales a los gobiernos democrático-representativos y al funcionamiento de las administraciones públicas tales como el problema de la agencia y del comportamiento estratégico. El lado normativo de la teoría busca especificar elementos en los procedimientos de decisión colectiva que puedan ser considerados como necesarios desde una perspectiva normativa, y luego el investigador busca dar con procesos que satisfagan tales condiciones. Ambos enfoques –positivo y normativo– tienen múltiples puntos de encuentro, puesto que muchos de los problemas normativos abstractos de decisión colectiva se presentan también en cualquier cuerpo que tome decisiones vía agregación de preferencias individuales.

El trabajo normativo sobre decisiones colectivas empezó con el teorema de la imposibilidad de Kenneth Arrow (36). Arrow, como una especie de alquimista medieval, estaba buscando una manera de transformar las funciones de utilidad individual en una función de bienestar social sin tener que asumir una medición cardinal de utilidad ni realizar comparaciones interpersonales de utilidad. En consecuencia, su posición es radicalmente individualista y busca generar un ranking de alternativas sociales sin apelar a ningún poder superior distinto a las meras preferencias de los individuos, incluido el caso particular de un poder superior que sea simplemente un dios interpersonal utilitarista que busca maximizar la felicidad humana. Siguiendo el conocimiento convencional en Economía, Arrow se dio cuenta que la utilidad individual no puede ser agregada sin especificar una unidad común de medición y que, al mismo tiempo, cualquier unidad elegida para estos efectos depende necesariamente de algún estándar de valor externo.

A pesar de ello, Arrow esperaba encontrar una manera de agregar preferencias individuales “ordinales” [no “cardinales”] que pudiera servir de base para la determinación de una función de bienestar social con las mismas características de racionalidad que él atribuía a los individuos. De esta forma, la función buscada debería ordenar los Estados sociales del mundo de manera que tal función fuera transitiva, completa y reflexiva. Además, Arrow buscaba un procedimiento de agregación que pudiera acomodar todos los posibles órdenes de preferencias individuales sin ser dictatorial, y que satisficiera el principio de la unanimidad. Finalmente, el procedimiento debería ordenar cualesquiera dos alternativas solamente sobre la base de las preferencias relativas a esas dos alternativas. La presencia o ausencia de terceras posibilidades no debiera afectar la elección social relativa a cualquier par de alternativas. Dadas estas condiciones, este autor probó que no existe ningún procedimiento semejante. La prueba de Arrow puede ser vista como el principio del reconocimiento por parte de los economistas de que la ciencia económica no es una ciencia universal de política-económica de la vida y que por ende, no puede resolver las preguntas ancestrales de política filosófica a través de pruebas formales (37).

Sin embargo, esta línea de investigación ha producido resultados mayores de alcance más limitado. Algunos académicos con entrenamiento técnico en Economía y Matemáticas iniciaron un completo análisis de las propiedades de las diversas reglas de votación utilizadas en el pasado. Esta tarea más específica, centrada en el estudio de las propiedades de las reglas de votación, ha probado ser muy útil en la comprensión de la conducta de los cuerpos democráticos que toman decisiones colectivas y, asimismo, en la evaluación de las fuerzas y debilidades de las distintas alternativas existentes. Este estudio ha abarcado, entre otros métodos, la regla de simple mayoría, los esquemas de votación ponderados y los sistemas de revelación de preferencias (38).

Por su parte, los cientistas políticos que aceptan la premisa que políticos y burócratas se mueven buscando sus propios intereses, son los principales responsables del trabajo positivo orientado a las insti-

tuciones que modela el comportamiento de asambleas representativas y burocracias, incluyendo también el comportamiento político de los individuos (39). El trabajo original más importante en este ámbito es obra de dos economistas: Anthony Downs y Mancur Olson (40). Su punto de partida es la afirmación, común en la ciencia política, que los grupos con intereses semejantes trabajan naturalmente por satisfacerlos. Olson utiliza algunos esquemas básicos de economía para mostrar que esta percepción es falsa. Downs desarrolla el vínculo imperfecto que existe entre las preferencias de los votantes y las plataformas de los partidos políticos, y parte de la premisa que la ideología de los partidos está determinada por el deseo de éstos por ganar la reelección. Así, mientras el trabajo de Arrow y sus seguidores parte por establecer ciertas propiedades mínimas deseables para luego establecer un mecanismo de elección política, esta segunda línea de investigación acepta la premisa que el Gobierno toma la forma de una democracia representativa y pone en tela de juicio algunos de los supuestos normativos que se afirman respecto a esta forma de gobierno.

3.3. La posibilidad de síntesis

Diversas diferencias metodológicas, políticas y filosóficas han hecho hasta aquí muy difícil llevar a cabo un trabajo de síntesis que intente combinar las estructuras de las políticas públicas y las del *Public Choice*. En primer lugar, es necesario considerar aquí los aspectos metodológicos. Los análisis de costo-beneficio, caracterizados por utilizar técnicas del cálculo que asumen un mundo con funciones continuas y diferenciables [derivables conforme a las reglas del cálculo, esto es, sin cambios bruscos o discontinuos], constituyen una rama esencial de la teoría neoclásica de precios aplicada. Estas técnicas son, muy a menudo, completamente inapropiadas para aproximarse al estudio de la política. Las decisiones políticas frecuentemente dan cuenta de grandes y discontinuos cambios donde el conjunto de elecciones corresponde a un número pequeño de opciones discretas [no continuas]. Por ello, cuando economistas como Samuel Peltzman y Gary Becker (41) se aventuran en el área del análisis político, simplemente importan las técnicas del análisis de márgenes que funcionan bien en la Economía pero que resultan poco aptos para capturar una parte importante de la estructura de la política. Su enfoque, si bien arroja luz sobre ciertos elementos de la relación entre los votantes, los grupos de interés y los políticos, es incapaz de dar cuenta de los fundamentos de una teoría político-económica más general.

En contraste, la línea de investigación iniciada por el teorema de la imposibilidad de Arrow —que usa técnicas de álgebra lineal y de teoría de conjuntos— ha proporcionado enormes adelantos en el análisis de las decisiones colectivas. Desafortunadamente, estas técnicas matemáticas, a diferencia del cálculo, no son lo suficientemente conocidas por los economistas y, asimismo, poseen un nivel de abstracción excesivo, lo que ha vuelto muy difícil su integración en un trabajo aplicado sobre política sustantiva. Algunos académicos apuntan a la teoría de juegos como una fuente que pueda proveer un conjunto unificador de técnicas para el análisis político-económico (42), pero parece justo decir que, con el énfasis en las interacciones estratégicas, la teoría de juegos no puede capturar todos los aspectos esenciales del análisis de políticas públicas o de decisión colectiva. En particular, la teoría de juegos es una guía inadecuada para la evaluación normativa de las políticas sustantivas y de la estructura política.

En segundo lugar, varias diferencias en política y filosofía dificultan el desarrollo de una teoría unificada. Los economistas de las políticas públicas tienden a ser reformistas y utilitaristas. Ellos andan en

la búsqueda de políticas que sitúen a la economía en la frontera paretiana, sea o no que al final se logre efectivamente un Pareto superior respecto al *status quo*. Esto porque para el análisis de costo-beneficio el *status quo* no tiene ninguna cantidad que merezca especial respeto, sin perjuicio que la distribución existente de la riqueza puede afectar los resultados a través de su impacto en el potencial de la disponibilidad para pagar de las personas [*willingness to pay*] por iniciativas de políticas públicas. Dado su fuerte compromiso con la eficiencia económica, los analistas son frecuentemente impacientes con la realidad del proceso político y con la naturaleza excesivamente abstracta de parte del trabajo de *Public Choice*.

En contraste, muchos de los más renombrados miembros del *Public Choice* son políticamente muy conservadores. Ellos creen que el problema de las fallas de Gobierno es más serio que el problema de las fallas de mercado y apoyan sólo una intervención estatal mínima en la economía. El caso más extremo en este sentido es probablemente el de James Buchanan (43), quien modela el Gobierno como un “Leviathan” que maximiza sus propios ingresos. En todo caso, muchos otros académicos que siguen el *Public Choice* son también altamente escépticos del activismo gubernamental. Debido a que para varios de estos estudiosos el escepticismo se fundamenta en la “santidad” de las actuales distribuciones de derechos de propiedad, parte importante del trabajo en esta área parece poco hospitalario para el establecimiento de un espíritu políticamente reformista.

Sin embargo, no todos los académicos del *Public Choice* son conservadores. De hecho, no hay nada inherente a esta forma de análisis que pueda servir de base a la creencia política que defiende las distribuciones de los derechos de propiedad y del ingreso actualmente existentes o los resultados del mercado también actualmente existentes. En contraste tanto con la “escuela de Virginia” y los seguidores de James Buchanan como con los abogados y economistas de la escuela de Chicago, los que han contribuido a la teoría formal del *Public Choice* en la tradición de Arrow generalmente no son conservadores ni defensores del *status quo* (44). Muchos de los resultados de punta en esta área tratan explícitamente con modelos en los cuales el *status quo* no es acreedor de ningún tratamiento especial (45). Ahora bien, los académicos del *Public Choice* tampoco están muy dispuestos a compartir el utilitarismo instintivo de muchos de los analistas de las políticas públicas. Por el contrario, ellos están más preocupados por encontrar procedimientos colectivos justos a través de los cuales se pueda lograr elecciones distributivas apropiadas.

Mientras que el trabajo abstracto y de carácter normativo ejemplificado por académicos tales como Arrow y A. K. Sen no parece dar ningún estatus especial a la distribución actual de las riquezas o a las asignaciones generadas por mercados imperfectos, el trabajo positivo que busca explicar las conductas legislativas y administrativas es escéptico de la defensa de las formas democráticas de Gobierno. Incluso académicos que no ponen mucho acento normativo en la distribución de la propiedad producida por la historia y el mercado, son pesimistas acerca del grado de racionalidad que se puede esperar de las asambleas legislativas (46). La búsqueda de los intereses propios y la conducta maximizadora de votos que caracteriza a los políticos no parecen lo suficientemente compatibles con la promulgación de políticas que promuevan la eficiencia (47). Los que buscan influir en el proceso de adopción de políticas públicas deben entonces decidir si sus propias proposiciones de políticas públicas deben ser influidas o no por la preocupación sobre lo políticamente factible en el mundo real [decidir si alejarse o no del óptimo de eficiencia para generar un producto políticamente aceptable]. ¿Deben ser suprimidas algunas proposiciones de reforma por el miedo a que sean convertidas por el proceso político en un resultado que reduce la eficiencia? O, por el contrario, ¿debe centrarse la investigación en la búsqueda de formas de decisión

pública que sean más efectivas en vez de desarrollar propuestas políticas sustantivas que van a resultar transfiguradas y echadas a perder por el sistema político existente?

La investigación empírica reciente sugiere que el extremo pesimismo de algunos es injustificado. Varios autores han descubierto que la preocupación por el contenido de las políticas públicas, independiente de la estrechez de los intereses económicos de los grupos afectados y de los electores que apoyan a los políticos, influye sobre la conducta del Congreso (48). Pero, por otra parte, este trabajo no contradice los descubrimientos relativos a que los miembros del Congreso subestiman la tarea de redacción legislativa y de formación de coaliciones (49). Después de todo, el diseño de soluciones que minimicen los costos de los problemas sociales no parece ocupar un lugar muy destacado en la agenda de los políticos, especialmente en las áreas regulatorias donde el costo no se ve reflejado en el presupuesto nacional.

3.4. *Vínculos con la investigación jurídica*

La creación de una escuela reformista que combine el análisis de las políticas públicas y el *Public Choice* tendría mucho que aportar a quienes estudian el Derecho. De hecho, ambos campos, tomados aisladamente, ya han tenido un fuerte impacto en esta materia. El trabajo en políticas públicas está en la actualidad estrechamente vinculado al estudio de diversas áreas del derecho público, incluso partiendo de la base que el enfoque económico es aceptado únicamente por un subconjunto de los académicos legales. El *Public Choice* ha tenido una influencia más selectiva, pero incluso en este caso la literatura académica ha aumentado y el nivel de sofisticación mejora progresivamente.

El análisis de las políticas públicas ha vivido una época relativamente fácil para efectos de establecer un campamento base [*foothold*] en los ámbitos jurídicos en los que el contenido económico de las políticas públicas es manifiesto. No es de sorprenderse que los economistas llegaran primero a las escuelas de derecho para enseñar librecompetencia; este campo es, a lo menos, una parte sustancial de la auto-definición de *law & economics*. De hecho, este trabajo es llamado a veces como el “antiguo” *law & economics* para contrastarlo con el “nuevo” *law & economics* que se centra en el *common law* (50). Sin embargo, en Estados Unidos la librecompetencia, al igual que la responsabilidad extracontractual y los contratos, es un campo centrado en la actividad de los tribunales. Las leyes básicas en los Estados Unidos son en este punto muy generales y han requerido ser interpretadas, a lo largo del tiempo, por decisiones judiciales. El Poder Ejecutivo se concentra en el rol de acusar [*prosecutor*] y no en el de regular. Por eso, el estudio de la librecompetencia no es fundamentalmente distinto al estudio de los contratos, excepto en cuanto a que los objetivos legales de la librecompetencia buscan reformar la estructura completa de las industrias involucradas. El fallo judicial permanece así en el centro del análisis económico del Derecho.

Lejos de ser “antiguo” en el sentido de pasado de moda o fuera de época, la línea reformista del *law & economics* puede tener una significación contemporánea de vasta amplitud si lograra moverse más allá de ciertas áreas de políticas públicas tales como librecompetencia, donde son los tribunales los que toman las decisiones políticas sustantivas. El desarrollo del moderno Estado de bienestar es central para una comprensión del derecho americano; y para comprender el Estado de bienestar es indispensable conocer y apreciar las justificaciones económicas que sirven de fundamento a las regulaciones, como también el trabajo de *Public Choice* que busca explicar la conducta de la Administración y del Congreso.

El punto más claro de intersección entre las políticas públicas y el *Public Choice*, por una parte, y los

estudios legales por la otra, se da en el derecho administrativo y en otros campos de derecho legislado como el derecho ambiental y la regulación de la salud y la seguridad. Un número significativo de académicos ha hecho esta conexión recientemente, enriqueciendo con ello el campo del derecho administrativo (51). No obstante, hasta acá, el derecho administrativo norteamericano ha sido un campo orientado a la actividad de los tribunales. El curso típico de derecho administrativo se centra en los casos sobresalientes de la Corte Suprema que interpretan textos legales o que aplican principios constitucionales. Mientras este campo permanezca centrado en los tribunales, con los jueces evitando argumentos relativos a las políticas sustantivas, los comentaristas pueden seguir ignorando asuntos relativos a la eficiencia económica. Por ello, la conexión entre el trabajo sustantivo de las políticas públicas propio de los economistas y las preocupaciones tradicionales del derecho administrativo sigue siendo un tema difícil. Los economistas no están bien informados sobre las realidades institucionales y administrativas y son especialmente ignorantes respecto a lo que ocurre en los tribunales. Los abogados están acostumbrados a enfocarse en asuntos de procedimiento y en el rol de las demandas judiciales para producir cambios, pero tienen muy poco conocimiento de los elementos económicos subyacentes.

Incluso considerando la estrecha perspectiva tradicional del derecho administrativo, es posible afirmar que los académicos del *Public Choice* pueden proveer un análisis de las instituciones administrativas y legislativas que sea directamente relevante para los jueces preocupados por la justicia procedimental. Sin embargo, en la práctica estos lazos han sido establecidos muy pocas veces. Los jueces son reacios a evaluar la estructura del proceso legislativo, y a la hora de juzgar la conducta de los órganos administrativos, no logran escapar a la aplicación de modelos de naturaleza judicial.

Los intentos académicos por crear la síntesis antes mencionada se encuentran limitados a unos pocos esfuerzos de algunos miembros de la escuela de Chicago. La teoría *Public Choice* refuerza el énfasis de la escuela de Chicago en los tribunales, pues acentúa la imposibilidad de encontrar elecciones públicas consistentes y destaca las dificultades presentes en los procedimientos usados por asambleas y burocracias (52). El efecto es que la crítica de los tribunales como instituciones no-democráticas se minimiza si las instituciones nominalmente democráticas no resultan ser verdaderamente consistentes en reproducir las preferencias de los votantes al nivel de las políticas públicas. Pero esta crítica pasa por alto el hecho de que incluso si una institución no tuviera dificultades en producir una elección mayoritaria que representara las preferencias de los votantes, también podría violar el principio de la maximización de la riqueza de la escuela de Chicago. Una mayoría podría escoger una política que los beneficie sólo a ellos e imponga una gran carga en perjuicio de una minoría. De hecho, la mayoría no tiene incentivos para maximizar los beneficios netos totales; si tal mayoría actúa siguiendo sus propios intereses solo tratará de maximizar el beneficio neto de los miembros de la respectiva coalición. Un aspecto fundamental es entonces dar solución a la tensión que existe entre libre mercado y libre elección política. Pero este elemento es precisamente el que ha sido exitosamente vuelto difuso por los Chicanos vía enfatizar las fallas de los cuerpos legislativos y administrativos y mediante el expediente de no prestar atención a las fallas de los mercados y de los tribunales. Ahora bien, el trabajo de *Public Choice* no necesita ser parte de un programa de defensa del *common law*. Más bien, puede ser precisamente un medio para entender la operación de los Gobiernos democráticos a través de un esquema realista centrado en las interacciones que se producen entre los intereses propios de los distintos participantes y las estructuras organizativas (53).

En definitiva, aquellos que importan el pensamiento económico al derecho público se ven en la necesidad de reorientar el campo de estudio que es objeto del análisis. Por cierto que también existen

tensiones similares en el derecho de la librecompetencia y en las áreas del *common law* estudiadas por la escuela de Chicago. Pero la necesidad de cambiar la orientación es menos extrema en el derecho público, lo que se debe a que el trabajo de *law & economics* ha hecho pocos intentos por redirigir la atención lejos de la preocupación por los casos judiciales sobresalientes (54). En contraste, bajo la influencia del trabajo económico sobre fallas de mercado y de *Public Choice*, el derecho administrativo se preocupa más por la manera en la que se crean las políticas públicas y concentra sus esfuerzos en la revisión de las paradojas e inconsistencias derivadas de los procesos de elección colectiva. La atención debe centrarse menos en los individuos y sus eventuales derechos a audiencia previa en sede administrativa o en el daño que puedan recibir producto de la acción estatal, y debe centrarse más en las características del proceso político y de políticas públicas, así como en la existencia y características de los procedimientos que dan lugar a los resultados económicamente más eficientes.

4. Una nota sobre derecho y procedimiento penal

La línea argumentativa central de este artículo ha evitado toda referencia al derecho penal. Sin embargo, una de las primeras áreas en donde se aplicó la Economía al Derecho fue precisamente en la investigación empírica y teórica sobre prevención de la actividad criminal (55), y el interés académico en este campo se ha mantenido en el tiempo (56). El trabajo de *law & economics* sobre derecho penal reconoce que los niveles de actividad criminal son determinados por factores sociales y demográficos, por las oportunidades de empleo y por las probabilidades de ser aprehendido y castigado. En consecuencia, se trata de una investigación que, por una parte, es una rama de la economía laboral —que estudia directamente las opciones laborales y sus alcances— y que, por otra, no resulta muy diferente a la investigación típica de Chicago sobre responsabilidad extracontractual, pues también busca encontrar el estándar de negligencia óptimo vía balance de costos y beneficios.

Pero en contraste con el derecho de responsabilidad extracontractual anglo-americano [que es *common law*], el derecho penal es fundamentalmente derecho legislado y además está estrechamente vinculado a una enorme burocracia estatal: la policía y el sistema de cárceles. Los aspectos centrales en la definición de las políticas públicas en esta materia dependen de las soluciones que aceptemos en asuntos tales como la distinción entre ilícitos penales y civiles, la organización y financiamiento de la fuerza policial, la organización del sistema carcelario, la práctica de las declaraciones de culpabilidad negociada [*plea bargaining*] y las protecciones procesales propias del derecho criminal. Por ello, cuando los abogados y economistas de la escuela de Chicago vuelven la vista al estudio del derecho penal se pierden mucho de lo que distingue a este campo respecto a las disputas del *common law*. El análisis de Chicago se concentra aquí en ilícitos “ordinarios”, esto es, en actos tales como el robo, que son indiscutidamente categorías criminales. Así, las únicas distinciones formales que reconocen entre ilícitos penales y civiles son las posibilidades de detección —que es menos del 100% de los casos en el derecho penal— y la naturaleza de la pena impuesta —en vez de pagar daños a la parte dañada, el Estado recolecta multas y recluye a los infractores en la cárcel—.

Pero, en todo caso, el enfoque de la escuela de Chicago en ilícitos criminales “ordinarios” es inconsistente con su filosofía utilitarista. Si bien es cierto que la base utilitaria del enfoque de Chicago se aplica más fácilmente a las “faltas regulatorias”, esto es, a violaciones regulatorias que son tratadas como ilícitos penales por el sistema legal (57), este enfoque resulta inapropiado en campos tales como los crímenes ordinarios porque obliga a tomar en cuenta las consideraciones legales subyacentes a la sanción

criminal. El núcleo del análisis se mueve así desde los tribunales al legislador y a la administración, instituciones que, de acuerdo a la visión de Chicago, carecen de legitimidad.

La teoría en esta área se encuentra en una situación complicada e incómoda. Esto se debe principalmente a que el enfoque utilitarista propio de la escuela de Chicago introduce en su cálculo tanto el beneficio del infractor de la ley como el costo de la víctima y de la sociedad. En consecuencia, el nivel óptimo de crímenes, así como el nivel óptimo de ilícitos civiles extracontractuales, depende del balance de costos y beneficios. El problema radica precisamente en que la premisa que las ganancias del delincuente deban ser consideradas sólo parece ser plausible cuando la existencia de una sanción criminal es parte de una estrategia regulatoria general designada para poner límite y no necesariamente eliminar la actividad ofensiva. Los infractores de la ley son aquí, más que un mal, un factor de ineficiencia. Por el contrario, los delitos ordinarios no calzan con esta descripción. La mayor parte de las personas no son utilitaristas minuciosos que creen que la sociedad debe dar peso a los beneficios obtenidos por asesinos, violadores y ladrones. De hecho, se podría incluso ensayar una definición de delito que incluya dentro de sus elementos la circunstancia que aquellos que los cometen no tienen derecho a que sus beneficios sean considerados dentro del cálculo social. La sociedad debe entonces decidir qué acciones recibirán este estigma, y a este respecto cabe señalar que sanciones de tal naturaleza no deben, en principio, estar disponibles como una herramienta de regulación de la actividad económica, pues su uso implica aceptar la creencia que el nivel de la referida actividad debe ser cero.

Todavía se podría argumentar el hecho de que el nivel de crímenes no sea cero es el producto de una decisión social en tal sentido. Pero la causa de una verdad tan obvia como ésta no radica en un supuesto intento por balancear las ganancias de los criminales contra las pérdidas de la sociedad, sino que es el producto del costo de atrapar y acusar a los criminales y del deseo de evitar la eventual condena criminal de personas inocentes. De modo que, la decisión social relativa al nivel de prevención y disuasión delictiva trae aparejados el balance-transacción entre ciertos fines [*tradeoffs*], lo que ciertamente permite el uso del análisis económico de la relación entre costo marginal y beneficio marginal. Pero, para todos salvo para los miembros más convencidos de la escuela de Chicago, este cálculo debe ignorar los beneficios de los criminales.

Una consecuencia que se sigue de esta forma de aproximarse al derecho penal es precisamente la importancia de integrar el trabajo sobre sanciones criminales en el esquema reformista delineado más arriba. Pero aparte de unos pocos que trabajan en la economía laboral, los economistas no han tenido mucho que decir acerca del derecho penal como sanción regulatoria, y esto a pesar de que ha sido frecuentemente utilizado para regular la conducta en áreas tales como mercado de valores, protección ambiental, salud y seguridad. Muy pocos trabajos de *law & economics* han estudiado las ventajas de las penas criminales y civiles como alternativas y las consecuencias del balance entre ellas⁷.

⁷ Dado que en los Estados Unidos muchos querellados-demandados son organizaciones que no puede ser llevadas a la cárcel —a diferencia de los individuos que sí pueden ser privados de libertad—, la elección de un sistema criminal o civil de sanción es tal vez menos importante en áreas regulatorias donde el gobierno es siempre parte en los casos. La principal diferencia parece estar en el organismo de gobierno que inicia la acción judicial y las garantías procesales disponibles para el acusado.

5. Direcciones futuras

El *law & economics* ha sido fácilmente asociado con los académicos seguidores de la escuela de Chicago. Si bien estos últimos han puesto atención a un amplio rango de temas jurídicos, su análisis tiene un estrecho enfoque que no es representativo de la contribución que el pensamiento económico sofisticado puede hacer al estudio del Derecho. Por cierto que los académicos de este grupo han fomentado el sinécdoque⁸ intelectual que hace de ellos algo emblemático en este campo, y en esto han sido ayudados por sus rivales del movimiento *Critical Legal Studies*, quienes aprecian tener un conjunto de blancos tan fáciles a los cuales disparar (58)⁹. El resultado es una distorsión que ha llevado a la persistente tendencia de subestimar las posibles ventajas del enfoque reformista. Una definición más amplia del *law & economics* no sólo implica una más amplia variedad de materias sino también un grupo más diverso de técnicas de análisis y de posiciones políticas y filosóficas. Tanto los Chicagos como los reformistas siguen el interés central de los economistas por la eficiencia de Pareto y por la operación de los incentivos económicos, pero en conjunto entregan una visión más balanceada del moderno trabajo en política económica aplicado a la evaluación y reforma de las doctrinas legales y de las instituciones.

Sin embargo, todavía hay brechas importantes por superar. En mi concepto, existen cuatro áreas a las que no se ha prestado suficiente atención: 1) un trabajo reformista en derechos de propiedad, reglas de responsabilidad y doctrinas contractuales, que estudien los procesos del mercado; 2) un trabajo que combine la teoría evolucionista-institucional y de *Public Choice* con la economía de bienestar y con el análisis de las fallas de mercado; 3) un trabajo que vincule el *Public Choice* con una política activista y con una filosofía política igualitarista; y, 4) la ley del equilibrio general y la economía de las economías capitalistas.

En todo caso, una buena parte del trabajo de *law & economics* sobre el *common law* no sigue la rígida posición del enfoque de Chicago. De hecho, como lo he señalado anteriormente, uno puede definir perfectamente una categoría de investigación académica reformista-*common law* que considera la conducta de los individuos como aversos al riesgo (59) y que ve las reglas del *common law* como una entre muchas maneras de controlar la conducta privada (60). En tal enfoque, las leyes del Congreso y las doctrinas del *common law* son vistas como sustitutos intercambiables. Pero incluso este trabajo no ha tenido mucho que decir sobre aspectos de organización industrial. Al situar el análisis en casos judiciales que presentan temas económicos en el contexto de relaciones particularizadas, esta investigación generalmente evita tratar con los mercados en sí. Las pocas excepciones existentes no han sido centrales a los desarrollos de este campo (61), ya que el núcleo analítico está esencialmente dirigido a las transacciones

⁸ Nota del Traductor: De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, el significado de sinécdoque es el siguiente: "Tropo que consiste en extender, restringir o alterar de algún modo la significación de las palabras, para designar un todo con el nombre de una de las partes, o viceversa; un género con el de una especie, o al contrario; una cosa con el de la materia de que está formada, etc".

⁹ Minda, sin embargo, argumenta que los antagonismos entre *law & economics* y *Critical Legal Studies* están sobredimensionados. Tanto *law & economics* como *Critical Legal Studies* "pueden ser vistos como el ejercicio de una distinta forma de 'crítica legal'-'forma de crítica' que en ambos casos toma prestado directamente del realismo legal en oposición al pensamiento legal tradicional" (p. 100). Ambas escuelas han "tratado de desarrollar un nuevo enfoque teórico para analizar el derecho americano 'a lo ancho y a lo largo'" (p. 102).

individuales. Sin embargo, creo que una investigación que preste atención al impacto que las posiciones de las partes en el mercado producen sobre las doctrinas legales podría generar grandes avances. Este trabajo podría avocarse a la pregunta de si las reglas de responsabilidad extracontractual y de contratos deben ser modificadas para tomar en cuenta la competitividad del mercado en el cual la transacción en cuestión tenga lugar.

La investigación en políticas regulatorias sustantivas ha procedido en forma separada del trabajo positivo que intenta explicar la evolución de las reglas legales y la conducta de las instituciones políticas. Un intento por unir estas líneas de pensamiento podría dar lugar a un derecho administrativo que sería más sólido tanto en el análisis de las políticas públicas sustantivas como en la evaluación de los procedimientos estatales utilizados. Aún cuando algo ha surgido en este sentido, su influencia se ha visto limitada por la falta de un vocabulario común a las distintas disciplinas. Cada artículo parte desde el principio y se ve en la necesidad de explicar la mayoría de las ideas básicas antes de moverse a la construcción de una teoría constructiva (62). Si bien hay debilidades en cada parte del trabajo tomado separadamente, su integración es un área promisoría para la investigación.

Los filósofos políticos y legales no han enfrentado el desafío propuesto por la teoría del *Public Choice*. Mientras la visión de algunos académicos del *Public Choice* que presenta al Gobierno como un maximizador de presupuesto es demasiado simplista (63), y mientras los Congresos en la vida real encuentren maneras de evitar la circularidad en sus votaciones, las implicaciones pesimistas del *Public Choice* no han sido adecuadamente refutadas por los defensores de la democracia representativa. Este trabajo necesita ser tomado en serio por los filósofos liberales y por los activistas legales y no simplemente ser rechazado debido a la posición política conservadora de muchos de sus miembros más distinguidos.

Finalmente, los abogados-economistas necesitan incorporar una perspectiva del equilibrio general en un número mayor de ámbitos de su trabajo. En el presente, el único campo que considera las consecuencias generales existentes a lo largo del sistema es el de los impuestos. En él, gracias a la comunicación entre abogados tributaristas y economistas de las finanzas públicas, existen estimaciones sobre el impacto que los cambios en las leyes tributarias pueden producir en el equilibrio general (64). Pero los modelos usados en estos esfuerzos no tienen suficiente riqueza institucional para acomodar cambios en las doctrinas del *common law*. Ellos son, en términos similares, inadecuados para estimar el impacto de las leyes en sectores regulados. En definitiva, sin una perspectiva del equilibrio general, los académicos del *law & economics* arriesgan pasar por alto importantes efectos de las doctrinas legales que analizan.

Los patrones existentes en la investigación representan sólo un subconjunto dentro del fructífero número de combinaciones metodológicas, filosóficas y políticas posibles que pueden ser estudiadas. Necesitamos hacer algo más que que resistir la fácil asociación del *law & economics* con el *common law*, con el apoyo al *laissez-faire* y con una política conservadora. Necesitamos construir un *law & economics* genuinamente reformista que se haga cargo de los problemas del moderno Estado regulador-de bienestar.

Referencias

- (1) Cfr. Minda, Gary, "The Law and Economics and Critical Legal Studies Movements in American Law", en Mercuro, Nicholas, (ed.), *Law and Economics*, Boston, Kluwer Nijhoff, 1989, pp. 87-122; y Rowney, Charles, "Public Choice, Law and Economics", en Mercuro, *Ibid.*, pp. 123-174.

- (2) Minda, *supra* nota 1, p. 111, nota 3.
- (3) Kornhauser, Lewis, "Legal Rules as Incentives", en Mercuro, *supra* nota 1, pp. 27-56.
- (4) Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 3rd ed., 1986.
- (5) DeAlessi, Louis, y Staaf, Robert J., "Property Rights and Choice", en Mercuro, *supra* nota 1, pp. 175-200.
- (6) Para una discusión sobre las tensiones existentes en el trabajo de Richard Posner en relación con estos principios no siempre son consistentes, ver Rowley, *supra* nota 1.
- (7) Coase, Ronald, "El Problema del Costo Social", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1-44.
- (8) DeAlessi y Staaf, *supra* nota 5.
- (9) DeAlessi y Staaf, *supra* nota 5, y Schmid, A. Allen, "Law and Economics: An Institutional Perspective", en Mercuro, *supra* nota 1, pp. 57-86.
- (10) Parte importante de este es revisado por Rowley, *supra* nota 1.
- (11) Cft. Rowley, *supra* nota 1, pp. 137-141, y Cooter, Robert y Kornhauser, Lewis, "Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1982), pp. 139-163.
- (12) La presentación más amplia y completa de esta visión aparece en Posner, *supra* nota 4, Parte II. El artículo original y de mayor influencia fue escrito por Coase, *supra* nota 7. Muy importante es también el trabajo de Calabresi en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que empezó en Calabresi, G., "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", en *Yale Law Journal*, Vol. 70 (1961), pp. 499-553. La obra de Calabresi nunca ha tenido, sin embargo, la orientación de tipo laissez-faire de la escuela de Chicago y no debe ser agrupada junto con el trabajo de Chicago salvo en lo relativo a su énfasis en el campo de la responsabilidad extracontractual del *common law*.
- (13) Cft. DeAlessi y Staaf, *supra* nota 5.
- (14) Ver Posner, *supra* nota 4, Parte III, en la que discute la política de librecompetencia [*antitrust policy*] y la regulación de empresas de servicio público [*public utilities*].
- (15) Para una visión general del trabajo de dos representantes claves de la escuela de Chicago, ver Landes, W. y Posner, R., *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1987).
- (16) A este respecto, Calabresi y los académicos de la escuela de Chicago están de acuerdo en el principio aunque no respecto a cuál es la mejor regla legal. Ver Calabresi, G., *The Cost of Accidents* (New Haven: Yale University Press, 1970).
- (17) Polinsky, A.M., *An Introduction to Law and Economics* (Boston: Little, Brown and Company, 1983) pp. 25-32.
- (18) Calabresi, G., and Melamed, A.D., "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", en *Harvard Law Review*, Vol. 85 (1972), pp. 1089-1128.
- (19) El enfoque reformista-*common law* aparece bien representado en Calabresi, *supra* nota 16, Polinsky, *supra* nota 17, y Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1987).
- (20) El último punto es destacado por Balkin, J.M., "Too Good To Be True: The Positive Economic Theory of Law", en *Columbia Law Review*, Vol. 87 (1987), pp. 1447-1489.
- (21) Ver Landes y Posner, *supra* nota 15.
- (22) Ver Landes y Posner, *supra* nota 15, y Posner, *supra* nota 4.
- (23) Ver Rowley, *supra* nota 1, pp. 137-141; Cooter y Kornhauser, *supra* nota 11; Rose-Ackerman, S., "Evaluating Legal Rules", Reseña de: W. Landes and R. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard U. Press, 1987, en *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 7 (1988), pp. 726-730; Rubin, Paul, *Business Firms*

- and the Common Law: The Evolution of Efficient Rules* (New York: Praeger, 1983); Priest, G., "Selective Characteristics of Litigation", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1980), pp. 399-421; Priest, G., y Klein, B., "The Selection of Disputes for Litigation", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1984), pp. 1-20; Shavell, S., "The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 9 (1982), pp. 333-339; Geistfeld, M., y Rose-Ackerman, S., "The Divergences Between Social and Private Incentives to Sue", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 16 (1987), pp. 483-491.
- (24) Easterbrook, F., "Statutes' Domains", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 50 (1983), pp. 533-552; Easterbrook, F., "The Supreme Court 1983 Term: Foreword: The Court and the Economic System", en *Harvard Law Review*, Vol. 98 (1984), pp. 4-60, y Posner, R., "Economics, Politics, and the Reading of States and the Constitution", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 49 (1982), pp. 262-291.
- (25) Demsetz, H., "The Exchanges and Enforcement of Property Rights", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 7 (1964), pp. 11-26 y Demsetz, H., "Toward a Theory of Property Rights", en *American Economic Review*, Vol. 57 (1967), pp. 347-359. Parte importante de esta línea de investigación es revisada por Schmid, *supra* nota 9, pp. 57-85.
- (26) Anderson, T. y Hill, P.J., "The Evolution of Property Rights: A Study of the American West", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 8 (1975), pp. 163-179.
- (27) Gaffney, M., "Economic Aspects of Water Resource Policy", en *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 28 (1969), pp. 131-144.
- (28) Davis, L., y North, Douglas, *Institutional Change and American Economic Growth* (London: Cambridge University Press, 1971); y North, D. y Thomas, R., *The Rise of the Western World* (New York: Cambridge University Press, 1973).
- (29) DeAlessi y Staaf, *supra* nota 5, p. 180.
- (30) Más ejemplos en Schmid, *supra* nota 9, pp. 73-78.
- (31) Ver especialmente el trabajo de Oliver Williamson recopilado en Williamson, Oliveri, *The Economic Institutions of Capitalism* (New York: Free Press, 1985).
- (32) Macaulay, S., "Non-contractual Relations in Business", en *American Sociological Review*, Vol. 28 (1963), pp. 55-69.
- (33) Algunas excepciones, provenientes de académicos que han sido frecuentemente críticos de la escuela de Chicago, son Goetz, C.J. y Scott, R.E., "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract", en *Yale Law Journal*, Vol. 87 (1980), pp. 1315-1319; y Goetz, C.J. y Scott, R.E., "The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation", en *Virginia Law Review*, Vol. 69 (1983), pp. 967-1024; Kornhauser, L., "Unconscionability in Standard Forms", en *California Law Review*, Vol. 65 (1976), pp. 1151-1183; y Schwartz, A., "A Reexamination of of Nonsubstantive Unconscionability", en *Virginia Law Review*, Vol. 63 (1977), pp. 1053-1083. Ver también Kornhauser, *supra* nota 3.
- (34) Ver DeAlessi y Staaf, *supra* nota 5, pp. 190-191; Kornhauser, *supra* nota 3, pp. 41-42; Schwartz, A. y Wilde, L., "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, (1979), pp. 630-682; y Schwartz, A. y Wilde, L., "Imperfect Information in Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests", en *Virginia Law Review*, Vol. 69 (1983), pp. 1387-1485.
- (35) Algunos trabajos típicos en Musgrave, R. y Musgrave, P., *Public Finance* (New York: McGraw Hill, 1984); Okun, A., *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff* (Washington: The Brookings Institution, 1975); y Joskow, P. y Noll, R., "Regulation in Theory and Practice: An Overview", en Fromm, G. (ed.), *Studies in Public Regulation* (Cambridge: MIT Press, 1981), pp. 1-65.

- (36) Arrow, K., *Social Choice and Individual Values*, 2ª ed. (New Haven: Yale University Press, 1963).
- (37) Rowley, *supra* nota 1, pp. 151-154 da mayor consideración al trabajo normativo de la "escuela de Virginia" cuyo principal exponente es James Buchanan, e.g., Buchanan, James, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (Chicago: University of Chicago Press, 1975).
- (38) Para una revisión del trabajo inspirado por las contribuciones de Arrow, ver Mueller, D., *Public Choice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986); y Sen, A.K., *Collective Choice and Social Welfare* (San Francisco: Holden-Day, 1970).
- (39) Mayhew, D., *Congress: The Electoral Connection* (New Haven: Yale University Press, 1974); Fiorina, M., *Congress: Keystone of the Washington Establishment* (New Haven: Yale University Press, 1977); Ferejohn, John, *Pork Barrel Politics* (Stanford University Press, 1974); y Shepsle, K., "The Positive Theory of Legislative Institutions: An Enrichment of Social Choice and Spatial Models", en *Public Choice*, Vol. 50 (1978), pp. 135-178.
- (40) Downs, A., *An Economic Theory of Democracy* (New York: Harper and Row, 1957); Olson, N., *The Logic of Collective Action* (Cambridge: Harvard University Press, 1965); Baumol, W., *Welfare Economics and the Theory of the State*, 2ª Ed. (Cambridge: Harvard University Press, 1967); Buchanan, J. y Tullock, G., *The Calculus of Consent* (Ann Harbor: University of Michigan Press, 1962). Ver Rowley, *supra* nota 1, pp. 123-173.
- (41) Peltzman, S., "Toward a More General Theory of Regulation", en *Journal of Law and Economics*, Vol. 19 (1983), pp. 211-240; y Becker, Gary, "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", en *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98 (1983), pp. 371-400.
- (42) Ordeshook, *supra* nota 38 y Shubik, Martin, *A Game-theoretic Approach to Political Economy* (Cambridge: MIT Press, 1984).
- (43) Buchanan, *supra* nota 37; y Brennan G. y Buchanan, J., *The Power To Tax* (New York: Cambridge University Press, 1980).
- (44) Ver especialmente Sen, *supra* nota 38; y Sen, A.K., *On Economic Inequality* (Oxford: Clarendon University Press, 1972).
- (45) Ver, por ejemplo, May, K.O., "A Set of Independent, Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Rule", en *Econometrica*, Vol. 20 (1952), pp. 680-684. May impone una condición, llamada de neutralidad, que garantiza que ninguna alternativa llegue a tener un status especial dado el procedimiento utilizado.
- (46) Farber, Daniel y Frickey, Philip, "The Jurisprudence of Public Choice", en *Texas Law Review*, Vol. 65 (1987), pp. 873-927.
- (47) Ver, por ejemplo, Stigler, G., "La Teoría de la Regulación Económica", en *Bell Journal of Economics*, Vol. 2 (1971), pp. 3-21; y Rose-Ackerman, S., "Inefficiency and Reelection", en *Kyklos*, Vol. 33 (1980), pp. 287-307.
- (48) Ver, por ejemplo, Kalt, J. y Zupam, A.M., "Capture and Ideology in Economic Theory of Politics", en *American Economic Review*, Vol. 74 (1984), pp. 301-322, y Levine, M., "Revisionism Revised? Airline Deregulation and the Public Interest", en *Law and Contemporary Problems*, Vol. 44 (1981), pp. 179-195.
- (49) Ver Fiorina, *supra* nota 39, y Mayhew, *supra* nota 39.
- (50) Rowley, *supra* nota 1, p. 125, y Veljanovski, C., "The Role of Economics in the Common Law", en *Research in Law and Economics*, Vol. 7 (1985), pp. 41-64.
- (51) Ver especialmente Breyer, S., *Regulation and Its Reform* (Cambridge: Harvard University Press, 1982); Stewart, R., "The Reformation of American Administrative Law", en *Harvard Law Review*, Vol. 88 (1975), pp. 1667-1813; y Ackerman, B. y Hassler, W., *Clean Coal/Dirty Air* (New Haven: Yale University Press, 1981).

- (52) Ver, por ejemplo, Easterbrook, *supra* nota 24; Posner, *supra* nota 24; y Macey, J., "Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model", en *Columbia Law Review*, Vol. 86 (1986), pp. 223-268.
- (53) Ver Farber y Frickey, *supra* nota 46; Shepsle, Kenneth, "Institutional Arrangements and Equilibrium in Multidimensional Voting Models", en McCubbins, Matthew y Sullivan, Terry (eds.), *Congress: Structure and Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1976), pp. 346-375; y Krehbiel, Keith, "Sophisticated Committees and Structure-Induced Equilibria in Congress", pp. 376-402 en *ibid*.
- (54) Ellos estarán, por cierto, en desacuerdo respecto a qué constituye un caso judicial sobresaliente. Hay algunas excepciones aquí en el trabajo de Williamson, *supra* nota 31, y Shavell, Steven, "Liability for Harm v. Regulation of Safety", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 13 (1984), pp. 357-374.
- (55) Las fuentes esenciales son Becker, G., "Crime and Punishment: An Economic Approach", en *Journal of Political Economy*, Vol. 76 (1968), pp. 169-217; y Stigler, G., "The Optimum Enforcement of Laws", en *Journal of Political Economy*, Vol. 78 (1970), pp. 526-536.
- (56) Para una revisión de esta literatura, ver Pyle, D., *The Economics of Crime and Law Enforcement* (New York: St. Martins, 1983).
- (57) Por eso, cuando Polinsky discute sobre ilícitos penales, el ejemplo que usa es estacionarse en segunda fila, una falta que todos podemos haber cometido luego de evaluar las posibilidades de ser detectados por la policía, esto con el fin de ganar algo de tiempo. Ver Polinsky, *supra* nota 17, pp. 73-84.
- (58) Kennedy, D., "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Programs", en *Stanford Law Review*, Vol. 33 (1981), pp. 387-445, y Kelman, M., "Comment", en *Columbia Law Review*, Vol. 85 (1985), pp. 1037-1047. Pero ver Minda, *supra* nota 1, para un intento por destacar los puntos en común entre *Critical Legal Studies* y *law & economics*.
- (59) Para una revisión del impacto de la aversión al riesgo en el diseño de reglas legales eficientes, ver Polinsky, *supra* nota 17, pp. 51-72.
- (60) El trabajo de Calabresi siempre ha llamado la atención sobre este enfoque amplio. Ver *supra* nota 16.
- (61) Para la responsabilidad extracontractual, ver Calabresi, *supra* nota 12, y para contratos ver Goetz y Scott, *supra* nota 33, y Kornhauser, *supra* nota 33.
- (62) Ver, por ejemplo, Farber y Frickey, *supra* nota 46, y Macey, *supra* nota 52.
- (63) Ver Brennan y Buchanan, *supra* nota 43. Para una revisión crítica ver Rose-Ackerman, S., "A New Political Economy", en *Michigan Law Review*, Vol. 80 (1982), pp. 872-884.
- (64) Ver Strand, K., "Taxation of Income from Capital: A Theoretical Reappraisal", en *Stanford Law Review*, Vol. 37 (1985), pp. 1023-1107; Kaplow, L. y Warren, A., "An Income Tax by any Other Name: A Comment on Strand", en *Stanford Law Review*, Vol. 38 (1986), pp. 399-421; y Strand, J., "The Bankruptcy of Correct Tax Timing Wisdom is Deeper than Semantics. A Rejoinder", en *Stanford Law Review*, Vol. 39 (1987), pp. 389-417.