

## I. LA NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO ECONÓMICO

Este libro se ha escrito con la convicción de que la economía es una herramienta poderosa para el análisis de un gran conjunto de cuestiones legales, pero que la mayoría de los abogados y los estudiantes de derecho —incluso algunos muy brillantes— tienen dificultad para conectar los principios económicos con problemas legales concretos. Un estudiante toma un curso de teoría de los precios y aprende lo que ocurre con el precio del trigo cuando baja el precio del maíz, y con el precio de la tierra de pastos cuando aumenta el precio de la carne, pero no entiende qué tienen que ver estas cosas con el derecho de libre expresión o los accidentes o los delitos o la Regla Contra las Perpetuidades o las escrituras de una gran empresa. Este libro se propone fijar la discusión de la teoría económica en cuestiones legales concretas, numerosas y variadas; la discusión de la teoría económica en abstracto se limita a este capítulo.

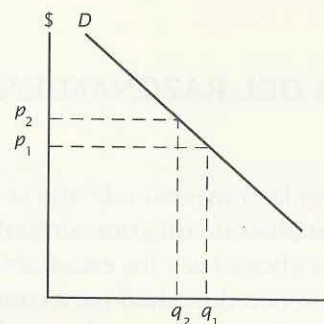
### § I.1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Muchos abogados creen todavía que la economía es el estudio de la inflación, el desempleo, los ciclos económicos y otros fenómenos macroeconómicos misteriosos alejados de las preocupaciones diarias del sistema legal. En realidad, el campo de la economía es mucho más amplio. Tal como se concibe en este libro, la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo —nuestro mundo— donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.<sup>1</sup> La tarea de la economía, así definida, consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre<sup>2</sup> procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su “interés propio”. La maximización racional no debe confundirse con el cálculo consciente. La economía no es una teo-

<sup>1</sup> Véase Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976), y una crítica de una definición tan amplia de la economía en Ronald H. Coase, “Economics and Contiguous Disciplines”, 7 *J. Leg. Stud.*, 201 (1978).

<sup>2</sup> Y también las mujeres, por supuesto. A lo largo de este libro se usan los pronombres “masculinos” en un sentido de especie más bien que de género. El libro dedica más espacio a cuestiones que interesan particularmente a las mujeres (véase, por ejemplo, el capítulo v) que lo acostumbrado en los análisis económicos del derecho.





GRÁFICA 1.1

ría de la conciencia. El comportamiento es racional cuando se conforma al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien escoge (véase más adelante el § 1.3, por lo que toca al significado de “racional” en economía). Y el interés propio no debe confundirse con el egoísmo; la felicidad (o la miseria) de otra persona puede formar parte de nuestras satisfacciones. A fin de evitar esta confusión, los economistas prefieren hablar de “utilidad” (que se discutirá en la siguiente sección de este capítulo) antes que de interés propio. Para este libro es fundamental el supuesto adicional de que el hombre se esfuerza por aumentar racionalmente al máximo la utilidad en *todas* las áreas de la vida, no sólo en sus asuntos “económicos”; es decir, no sólo cuando se ocupa de la compra y la venta en mercados explícitos. Ésta es una idea que proviene de Jeremy Bentham en el siglo XVIII, pero que recibió poca atención de los economistas hasta la obra de Gary Becker en los decenios de 1950 y 1960.<sup>3</sup>

El concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así. De esta proposición derivan los tres principios fundamentales de la economía.

El primero es la relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada (la ley de la demanda). Si el precio de la carne de res aumenta en 10 centavos por libra, y otros precios permanecen constantes, una libra de carne de res le costará ahora más que antes al consumidor, relativamente. Ya que es racional e interesado en sí mismo, el consumidor reaccionará investigando la posibilidad de sustituir los bienes que prefería menos

<sup>3</sup> Véase Becker, nota 1 anterior, cap. 1 (1976); Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, 54-57 (2001).

cundo la carne de res estaba a su antiguo precio pero que ahora resultan más atractivos porque son más baratos en relación con la carne de res. Muchos consumidores continuarán comprando tanta carne de res como antes; para ellos, otros bienes son sustitutos pobres aunque tengan precios relativos algo menores. Pero algunos compradores reducirán sus compras de carne de res y las sustituirán con otros tipos de carnes (u otros alimentos, o productos enteramente diferentes), con el resultado de que la cantidad total demandada por los compradores, y por ende la cantidad producida, disminuirá. Esto se muestra en la gráfica 1.1. En el eje vertical se representan dólares y en el eje horizontal se representan unidades de producción. Un aumento del precio, de  $p_1$  a  $p_2$ , se traduce en una disminución de la cantidad demandada, de  $q_1$  a  $q_2$ . Igualmente podríamos imaginar que la cantidad ofrecida baja de  $q_1$  a  $q_2$ , y observar que el efecto fue la elevación del precio del bien de  $p_1$  a  $p_2$ . ¿Puede entender por qué la causalidad opera en ambas direcciones?

Este análisis supone que el único cambio que ocurre en el sistema es el cambio del precio relativo<sup>4</sup> o de la cantidad. Pero si, por ejemplo, la demanda estuviera aumentando al mismo tiempo que aumenta el precio, es posible que no bajara la cantidad demandada y ofrecida; incluso podría aumentar. ¿Puede graficar un aumento de la demanda? Si no puede hacerlo, vea la gráfica IX.5 en el capítulo IX.)

El análisis ignora también el posible impacto de un cambio del precio relativo sobre los ingresos. Tal cambio podría tener un efecto de retroalimentación sobre la cantidad demandada. Supongamos que una disminución del ingreso de una persona la llevará a comprar más de algún bien.<sup>5</sup> Entonces un aumento del precio de ese bien tendrá dos efectos inmediatos sobre los consumidores del bien: 1) los sustitutos se volverán más atractivos; 2) la riqueza de los consumidores disminuirá porque el mismo ingreso compra ahora menos bienes. El primer efecto disminuye la demanda del bien, pero el segundo (bajo el supuesto de que se trata de un bien inferior) aumenta su demanda y podría superar al primer efecto, lo que es concebible.

<sup>4</sup> Si el nivel de los precios está aumentando para todos los bienes (es decir, si hay inflación), no habrá ningún efecto sobre la cantidad (¿por qué no?).

<sup>5</sup> Éste sería lo que los economistas llaman un bien “inferior”. Técnicamente, un bien es inferior si una disminución en el ingreso del consumidor no tendrá un efecto proporcionalmente negativo sobre su compra del bien. Un consumidor puede cambiar la composición de sus alimentos en favor de las papas y en contra del caviar si su ingreso baja; pero, especialmente si su ingreso baja mucho, es posible que no compre efectivamente más papas que antes. Un bien “normal” es aquel cuya demanda es proporcional al ingreso, y un bien es “superior” si una disminución (un aumento) del ingreso causa una disminución (un aumento) proporcionalmente mayor en el consumo del bien.



ble aunque poco probable.<sup>6</sup> Es improbable que los efectos sobre la riqueza de un cambio en el precio de un solo bien sean tan grandes que tengan un impacto de retroalimentación más que insignificante sobre la demanda; en otras palabras, los efectos de sustitución de un cambio del precio superan de ordinario a los efectos sobre el ingreso o la riqueza. En consecuencia, estos últimos pueden por lo general ignorarse.

La ley de la demanda no opera sólo en los bienes que tienen precios explícitos. Los maestros impopulares tratan a veces de aumentar el número de sus alumnos elevando la calificación media en sus cursos, con lo que reducen el precio del curso para los estudiantes. Se dice que el delincuente condenado que ha purgado su sentencia "ha pagado su deuda a la sociedad", y esta metáfora le parecería adecuada a un economista. Por lo menos desde el punto de vista del delincuente (¿por qué no desde el punto de vista de la sociedad, a menos que el castigo asuma la forma de una multa?), el castigo es el precio que cobra la sociedad por una ofensa criminal. El economista pronostica que un aumento de la severidad del castigo o de la probabilidad de su imposición elevará el precio del delito y por lo tanto reducirá su incidencia. El delincuente se sentirá estimulado para realizar otra actividad en lugar del delito. Los economistas llaman a los precios no pecuniarios "precios de sombra".

Supusimos que los consumidores de nuestro ejemplo de la carne de res —y el delincuente— estaban tratando de maximizar su utilidad (felicidad, placer, satisfacciones).<sup>7</sup> Lo mismo ocurre presumiblemente con los productores de carne de res, aunque en el caso de los vendedores hablamos de ordinario de la maximización de la ganancia antes que del aumento al máximo de la utilidad. Los vendedores tratan de aumentar al máximo la diferencia existente entre sus costos y sus ingresos por ventas; pero por el momento sólo nos interesa el precio más bajo que cobraría un vendedor racional interesado en sí mismo. Ese mínimo es el precio que tendrían los recursos consumidos en la elaboración (y la venta) del producto del vendedor en su siguiente uso mejor: el precio alternativo. Eso es lo que los economistas entienden por el costo de un bien, y sugiere la razón por la que (sujeto a algunas excepciones que no nos interesan aquí) un vendedor racional no vendería por debajo de su costo. Por ejemplo, el costo de fabricación de una podadora de césped es el precio que el fabricante debe pagar por el capital, la mano de obra, los materiales y otros recursos consumidos en su fabrica-

<sup>6</sup> Ésta es la paradoja de Giffen; pero no se ha encontrado ningún ejemplo del mundo real, bien documentado, de un "bien de Giffen".

<sup>7</sup> En la siguiente sección examinaremos el concepto de utilidad más críticamente.

ción. Ese precio debe superar el precio al que podrían haberse vendido los recursos a quien pague más por ellos en segundo término, porque si el fabricante no hubiese estado dispuesto a pagar ese precio no habría sido el mayor posterior y no habría obtenido los recursos. Pospondremos la complicación que se introduce cuando los vendedores de un recurso le asignan un precio mayor que su precio alternativo.

Un corolario de la noción del costo como un precio alternativo es que se incurre en un costo sólo cuando se le niega a alguien el uso de un recurso. Dado que puedo respirar cuanto aire desee sin privar a nadie de nada del aire que desee, nadie me pagará por renunciar a mi aire en su favor, de modo que el aire no tiene ningún costo.<sup>8</sup> Lo mismo ocurre con un bien que tenga sólo un uso. (¿Puede entender por qué?) Para el economista, el costo es "costo de oportunidad": el beneficio sacrificado al emplear un recurso en una forma que impide su uso por alguien más. He aquí otros dos ejemplos del costo de oportunidad: 1) El costo mayor de la educación superior son los ingresos sacrificados que el estudiante tendría si estuviera trabajando en lugar de asistir a la escuela; este costo supera al costo de la colegiatura. 2) Supongamos que los costos de la mano de obra, el capital y los materiales de un barril de petróleo ascienden a sólo dos dólares, pero en virtud de que el petróleo de bajo costo se está agotando rápidamente, se espera que la producción de un barril de petróleo cueste 20 dólares dentro de 10 años. El productor que pueda conservar su petróleo durante tanto tiempo podrá venderlo entonces por 20 dólares. Esos 20 dólares son un costo de oportunidad de la venta del petróleo ahora, aunque no un costo de oportunidad neto, pues si el productor espera para vender su petróleo perderá el interés que habría ganado vendiendo ahora e invirtiendo el dinero. Pero supongamos que el precio actual del petróleo es sólo de cuatro dólares el barril, de modo que si el productor vende ahora obtendrá una ganancia de sólo dos dólares. Si invierte los dos dólares, es improbable que esa suma aumente a 30 dólares (menos el costo de producción entonces) dentro de 10 años. Por lo tanto, el productor se encuentra en mejor situación si deja el petróleo en el subsuelo. Entre más escaso se espere que sea el petróleo en el futuro, mayor será el precio futuro y, por lo tanto, más probable será que el petróleo se deje en el subsuelo, lo que tendrá el efecto de aliviar una escasez futura.

Esta discusión del costo podría ayudar a despejar una de las falacias más tenaces acerca de la economía: que se ocupa del dinero. Por el contrario, la economía se ocupa del uso de los recursos, siendo el dinero sólo un

<sup>8</sup> Eso no quiere decir que el aire limpio no tenga ningún costo: véase más adelante el § m.7.



derecho sobre los recursos.<sup>9</sup> El economista distingue entre las transacciones que afectan al uso de los recursos, independientemente de que el dinero cambie de manos o no, y las transacciones puramente pecuniarias: los pagos de transferencia. El trabajo doméstico es una actividad económica, aunque quien trabaje en la casa sea un cónyuge que no recibe ninguna compensación pecuniaria, si tal actividad implica un costo: primordialmente el costo de oportunidad del tiempo de quien trabaja en la casa. El sexo es también una actividad económica. La búsqueda de una pareja sexual (así como el acto sexual mismo) toma tiempo y así impone un costo medido por el valor de ese tiempo en el siguiente mejor uso. El riesgo de una enfermedad de transmisión sexual o de un embarazo no deseado es también un costo del sexo: un costo real, aunque no primordialmente pecuniario. En cambio, la transferencia por la tributación de 1 000 dólares míos a una persona pobre (o a una persona rica) no sería costosa *en sí misma*; es decir, independientemente de sus efectos secundarios sobre sus incentivos y los míos, los (otros) costos de su ejecución, o cualesquiera diferencias posibles en el valor de un dólar entre nosotros. Esa transferencia no disminuiría el acervo de recursos. Disminuiría mi poder de compra, pero aumentaría en la misma cantidad el poder de compra del receptor. Dicho de otro modo, sería un costo privado, pero no un costo social. Un costo social disminuye la riqueza de la sociedad; un costo privado reordena esa riqueza.

La competencia es una fuente abundante de externalidades “pecuniarias”, por oposición a las “tecnológicas”; es decir, de transferencias de riqueza de los individuos sin su consentimiento por oposición a la imposición de un costo a tales individuos. Supongamos que A abre una gasolinera frente a la gasolinera de B y en consecuencia atrae ingresos de B. Dado que la pérdida de B es la ganancia de A, no hay ninguna disminución de la riqueza global y, por ende, no hay ningún costo social, aunque B se vea perjudicado por la competencia de A e incurra por lo tanto en un costo privado.

La distinción entre los costos de oportunidad y los pagos de transferencia o, en otras palabras, entre los costos económicos y los contables, nos ayuda a demostrar que el costo es para un economista un concepto orienta-

<sup>9</sup> Quienes no son economistas otorgan al dinero una importancia mayor que los economistas. Uno de los grandes logros de Adam Smith en *La riqueza de las naciones* fue la demostración de que el mercantilismo, la política de tratar de aumentar al máximo las reservas de oro de un país, empobrecería, en lugar de enriquecer, al país que la aplicara. Otras concepciones erradas acerca de la economía, que son comunes y que este libro tratará de corregir, son que se ocupa primordialmente de los negocios o los mercados explícitos, que está a favor de los empresarios, que es despiadada, que olvida los costos no cuantificables, y que es inherentemente conservadora.

do hacia adelante. Los costos “sembrados” (incurridos) no afectan las decisiones de un actor racional sobre el precio y la cantidad. Supongamos que la fabricación de un elefante de porcelana blanco de tamaño natural cuesta 1 000 dólares (siendo éste el costo alternativo de los insumos que absorbió su producción), pero, una vez fabricado, nadie pagará más de 10 dólares por el elefante. El hecho de que se hayan “sembrado” 1 000 dólares en la fabricación no afectará el precio de su venta, siempre que el vendedor sea racional. Porque si el fabricante adopta la postura de que no debe vender el elefante por menos de lo que le costó fabricarlo, el único resultado será que en lugar de perder 990 dólares perderá mil.

Esta discusión de los costos sembrados (*sunk costs*) debe ayudarnos a explicar el énfasis que hacen los economistas en la perspectiva *ex ante* (antes del hecho) en vez de la perspectiva *ex post* (después del hecho). Las personas racionales basan sus decisiones en expectativas del futuro antes que lamentarse del pasado. Estas personas tratan el pasado como pasado. Si se permite que las lamentaciones deshagan las decisiones, se verá perjudicada la capacidad de las personas para forjar sus destinos.<sup>10</sup> Si se permite que una de las partes para quien resultó malo un contrato que celebró libremente revise los términos del contrato *ex post*, se harán pocos contratos.

La aplicación más famosa del concepto de costo de oportunidad en el análisis económico del derecho es el teorema de Coase.<sup>11</sup> Este teorema, ligeramente simplificado —por lo que toca a las precisiones necesarias, véase más adelante el § III.6—, dice que si las transacciones no cuestan nada, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará el uso final de la propiedad. Supongamos que un granjero es propietario de su tierra y que la propiedad lo faculta para impedir la destrucción de los cultivos que siembra en esa tierra a causa de las chispas que salen de las locomotoras de un ferrocarril adyacente. El cultivo vale 100 dólares para él. El valor para el ferrocarril: el uso expedito de su derecho de vía, es mucho mayor, pero a un costo de 110 dólares puede instalar bloqueadores de chispas que eliminarán el riesgo de incendios y entonces podrá operar cuantos trenes desee sin dañar el cultivo del agricultor. Bajo estos supuestos, el valor real del cultivo para el agricultor no es de 100 dólares, sino alguna suma entre 100 y 110 dólares, porque a cualquier precio por debajo de 110 el ferrocarril preferiría comprar el derecho de propiedad del agricultor antes que instalar blo-

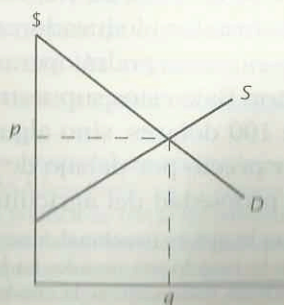
<sup>10</sup> No es la emoción del lamento lo que es irracional, sino el hecho de actuar con base en la emoción en lugar de dejar que lo pasado sea pasado. La lamentación es una forma de la autoevaluación que resulta provechosa para mejorar la conducta futura (“no volveré a hacer esto porque ya sé que lo lamentaría”).

<sup>11</sup> Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, *3 J. Law & Econ.*, 1 (1960).



queadores de chispas. El agricultor puede obtener el valor más alto del cultivo sólo vendiendo su derecho de propiedad al ferrocarril; el agricultor hará esto y, en consecuencia, su tierra será destinada a algún uso que no sea dañado por el fuego, justo como si el ferrocarril hubiese sido su propietario. De igual modo, si el ferrocarril tiene inicialmente el derecho al uso expedito de su derecho de vía, pero el agricultor que cultiva un producto genera más valor que el costo de los bloqueadores de chispas, el agricultor comprará el derecho de uso de su tierra libre del daño de las chispas y de nuevo la tierra será destinada a su uso más productivo independientemente de la asignación inicial de los derechos.

Las fuerzas de la competencia tienden a hacer del costo de oportunidad el precio máximo y también el precio mínimo. (¿Puede entender por qué nuestro ejemplo del agricultor y el ferrocarril es una excepción a esta generalización?) Un precio por encima del costo de oportunidad es un imán que atrae recursos hacia la producción del bien hasta que el aumento de la producción baje el precio, por la ley de la demanda, hasta el nivel del costo (¿por qué la competencia no empujará el precio más abajo del costo de oportunidad?). Este proceso se ilustra en la gráfica 1.2.  $D$  representa la lista de la demanda del bien en cuestión y  $S$  representa el costo de oportunidad de la provisión de una unidad del producto a diversos niveles de la producción. Otro nombre para  $S$  es el de curva del costo marginal de la industria. El costo marginal es el cambio de los costos totales generado por un cambio de la producción en una unidad; en otras palabras, es el costo que se evitará produciendo una unidad menos. (En los capítulos IX y X se explora más a fondo el costo marginal.) Esta definición deberá ayudar a entender por qué la intersección de  $D$  y  $S$  es el precio de equilibrio y la cantidad de equilibrio en condiciones de competencia. "Equilibrio" significa un punto estable; es decir, un punto en el que, si no cambian las condiciones de la



GRÁFICA 1.2

demanda o de la oferta, no habrá ningún incentivo para que los vendedores alteren el precio o la producción. ¿Por qué cualquier punto situado a la izquierda o a la derecha de la intersección representaría un nivel inestable, de desequilibrio, del precio y la cantidad?

Aun en el equilibrio competitivo a largo plazo no hay seguridad de que se realizarán todas las ventas a precios iguales a los costos de oportunidad de los bienes vendidos. Esto está implícito en la pendiente positiva de la curva de oferta en la gráfica 1.2. El hecho de que el costo de producción del bien aumente con la cantidad producida implica que su producción requiere algún recurso que es inherentemente muy escaso en relación con la demanda, como ocurre con la tierra fértil o bien ubicada. Supongamos, por ejemplo, que la mejor tierra puede producir maíz a un costo de un dólar por bushel, consistiendo el costo total en los costos directos de la producción del maíz (mano de obra, fertilizantes, etc.) y el valor de la tierra en su siguiente mejor uso, y que el precio de mercado del maíz producido en esa tierra sería igual a 10 dólares el bushel si no se produjera más maíz. Es claro que habrá incentivos para expandir la producción, y dado que la tierra buena no puede expandirse, la tierra inferior se desplazará hacia la producción de maíz: la tierra que requiere mayores insumos de mano de obra, fertilizantes, etcétera, para la producción de la misma cantidad de maíz. Este proceso de reasignación continuará hasta que el precio y el costo marginal se igualen, como ocurre en la gráfica 1.2. En este punto, el precio de mercado será igual al costo del productor marginal. Supongamos que el costo es 2.50 dólares. Todos los productores de maíz estarán vendiendo el maíz a 2.50 dólares el bushel, pero quienes exploten la tierra mejor estarán incurriendo en un costo de oportunidad (social) de sólo un dólar.

La diferencia existente entre los ingresos totales de la industria representados en la gráfica 1.2 (es decir,  $p \times q$ ) y el total de los costos de oportunidad de la producción (el área bajo  $S$  a la izquierda de  $q$  se llama renta económica) no debe confundirse con la renta pagada. Para nuestros propósitos, la renta es una diferencia (positiva) entre los ingresos totales y el total de los costos de oportunidad. ¿Quién se queda con las rentas en la gráfica 1.2? No son los productores del maíz, sino los propietarios de la tierra buena (por supuesto, pueden ser la misma persona, pero los papeles de propietario y de productor son distintos); la competencia entre los productores eliminará todas las rentas del productor, dejando toda la renta en manos de los propietarios de los recursos que las generan. Si la cantidad de tierra ideal pudiera aumentarse sin costo, la competencia eliminaría la escasez que genera las rentas, y con ello las rentas mismas. Así pues, bajo la compe-



tencia sólo ganan rentas los propietarios de los recursos que no pueden aumentarse rápidamente y a bajo costo para satisfacer una demanda incrementada de los bienes en cuya producción se usan.

Los ingresos muy elevados que ganan unos cuantos cantantes, atletas y abogados incluyen rentas económicas generadas por la escasez inherente de los recursos controlados por estas personas: una excelente voz de cantante, la habilidad y determinación atléticas, las habilidades analíticas y forenses del abogado exitoso. Sus ingresos pueden superar ampliamente a sus mayores ingresos potenciales en una ocupación alternativa aunque vendan sus servicios en un mercado enteramente competitivo. Una clase diferente de renta económica, discutida en el capítulo ix, es la que gana el monopolista que crea una escasez *artificial* de su producto.

Volviendo al concepto de equilibrio, imaginemos que el gobierno ha establecido un precio tope para el bien representado en la gráfica 1.2 y que el tope se encuentra por debajo del precio de equilibrio (de otro modo sería ineficaz), desplazando así forzosamente a la línea de guiones  $p$  hacia abajo. En consecuencia,  $p$  intersectará ahora a la curva de oferta a la izquierda de la curva de demanda, lo que significa que la oferta será menor que la demanda. La razón es que el precio menor reduce el incentivo de los productores para fabricar el bien al mismo tiempo que aumenta el deseo de los consumidores de comprarlo. El resultado es una deficiencia. ¿Cómo se restablece el equilibrio? Utilizando otro método que no sea el precio para repartir la oferta entre la demanda. Por ejemplo, podría exigirse a los consumidores que hagan cola por el producto; el costo de su tiempo determinará la longitud de la cola. Las colas son comunes en los mercados donde están regulados los precios, y en este libro discutiremos algunos ejemplos. La eliminación de la regulación del precio reduce invariablemente y de ordinario elimina las colas: como han aprendido en los últimos años los habitantes de los antiguos países comunistas de Europa central y oriental. (Como un ejercicio, haga la gráfica de una saturación causada por un precio mínimo, y discuta sus consecuencias.)

El tercer principio básico de la economía es que los recursos tienden a gravitar hacia sus usos más valiosos si se permite el intercambio voluntario: un mercado. ¿Por qué el fabricante de podadoras de césped de un ejemplo anterior paga más por la mano de obra y los materiales que los usuarios rivales de estos recursos? La respuesta es que el fabricante pensaba que podría usar tales recursos para obtener por su bien terminado un precio mayor que el que podrían obtener los demandantes rivales; los recursos valían más para él. ¿Por qué el agricultor A ofrece comprar la granja de B a un pre-

cio mayor que el precio mínimo de B por la propiedad? Porque la propiedad vale más para A que para B, lo que significa que A puede usarla para producir un bien más valioso medido por los precios que los consumidores están dispuestos a pagar. Mediante un proceso de intercambio voluntario, se desplazan los recursos hacia los usos en los que su valor para los consumidores es el más alto, medido por su disposición a comprar. Cuando los recursos se están usando donde su valor es el más alto, o lo que es lo mismo, cuando ninguna reasignación aumentaría su valor, decimos que se están empleando eficientemente.

Un supuesto metodológicamente útil, aunque poco realista, es que no hay oportunidades de ganancias (en el sentido de las rentas, no del costo del capital social) inexplotadas. Una oportunidad de ganancia es un imán que atrae recursos hacia una actividad. Si el imán no funciona, el economista toma esto como una indicación no de que la gente es estúpida o tiene gustos raros o ha dejado de ser un maximizador racional, sino de que hay algunas barreras para el libre flujo de los recursos. La barrera podría ser la existencia de altos costos de información, las externalidades, las escaseces inherentes como en nuestro ejemplo de la renta de la tierra, u otras condiciones económicas que se discuten en este libro. Si no existen estas barreras, entonces en el mercado representado en la gráfica 1.2 cada vendedor confrontará una curva de demanda horizontal (como se muestra en la gráfica 1.3) igual a  $p$ , aunque el mercado en conjunto afronte una curva de demanda de pendiente negativa (la que puede verse como la suma de un número muy grande de curvas de demanda de empresas individuales, cada una de las cuales tiene una pendiente sólo trivialmente negativa; es decir, es aproximadamente horizontal, pero cuya suma es marcadamente descendente).<sup>12</sup> La significación de una curva de demanda horizontal es que si el vendedor aumenta su precio, por poco que sea, por encima del precio del mercado, sus ventas bajarán a cero, porque al elevar su precio y abrir así una brecha entre el precio y el costo marginal este vendedor creará una oportunidad de ganancia que otro vendedor le arrebatará de inmediato.

<sup>12</sup> Sin embargo, no es necesario suponer que haya un número infinitamente grande de vendedores en el mercado, sino que la entrada es instantánea si el precio supera al costo marginal. Este punto se explica en el capítulo x. Adviértase en la gráfica 1.3 que la curva del costo marginal de la empresa aparece con una pendiente positiva, justo como la curva de la industria en la gráfica 1.2. Las mismas cosas que hacen aumentar el costo marginal de la industria harán aumentar el costo marginal de la empresa individual; una consideración adicional es el costo creciente de la información y el control a medida que una empresa se vuelve más grande y compleja. Véase más adelante el § xiv.1. Adviértase que si una empresa no encontrara costos marginales crecientes en algún punto, su nivel de producción sería indeterminado. La relación existente entre los costos y la demanda se discute más extensamente en el capítulo xii.



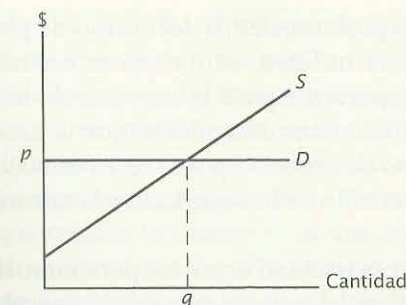
## § 1.2. VALOR, UTILIDAD, EFICIENCIA

La sección anterior reunió algunas palabras muy rimbombantes —*valor*, *utilidad*, *eficiencia*— acerca de las cuales debemos ser más precisos. El valor económico de algo es lo que alguien esté dispuesto a pagar por ello o, si ya lo tiene, la cantidad de dinero que pide para privarse de ese algo. Éstas no son siempre las mismas cantidades, y esta circunstancia puede causar algunas dificultades, las que consideraremos más adelante.

La palabra *utilidad* se emplea en economía en dos sentidos muy diferentes. Primero, se emplea en el análisis del valor de un costo o un beneficio inciertos por oposición a uno seguro; la utilidad (más precisamente la “utilidad esperada”) en este sentido se liga al concepto de riesgo. Supongamos que le preguntan si preferiría que le dieran un millón de dólares o una oportunidad de 10% de tener 10 millones de dólares. Es probable que prefiriera lo primero, aunque el valor esperado de las dos elecciones sea el mismo: un millón de dólares ( $= .10 \times 10$  millones de dólares). Es probable entonces que sienta aversión por el riesgo. La aversión por el riesgo es un corolario del principio de la utilidad marginal decreciente del dinero, lo que significa simplemente que entre más dinero tenga obtendrá menos felicidad adicional de otro dólar. La utilidad marginal decreciente se ilustra más claramente con bienes menos versátiles que el dinero; es fácil representarla en el contexto de, digamos, las sillas o las lámparas o las mascotas. Sin embargo, la reflexión debe hacer evidente que otro dólar significará también menos para una persona a medida que aumenta su riqueza. Supongamos que tiene un patrimonio neto de un millón de dólares. ¿Estaría dispuesto a apostarlo con probabilidades de 50-50 para ganar dos millones? Si no está dispuesto, ello significa que su primer millón vale más para usted de lo que valdría un segundo millón.

La aversión al riesgo no es un fenómeno universal; los juegos de azar ilustran su opuesto, la preferencia por el riesgo (¿puede entender por qué?). Pero los economistas creen, con ciertas pruebas (en particular la popularidad de los seguros y el premio de las acciones: el rendimiento esperado mayor de las acciones comunes que de los bonos), que la mayor parte de la gente siente aversión por el riesgo la mayor parte del tiempo, aunque veremos que las respuestas institucionales a la aversión por el riesgo, tales como el seguro y la corporación, pueden hacer que la gente se vuelva efectivamente neutral al riesgo en muchas situaciones.

El uso de las palabras *valor* y *utilidad* para distinguir entre 1) un costo o beneficio *esperados* (es decir, el costo o el beneficio en dólares multiplicado



GRÁFICA 1.3

por la probabilidad de que se materialice efectivamente), y 2) lo que valen el costo o el beneficio esperados para alguien que no es neutral al riesgo oscurece una distinción más dramática. Tal es la distinción entre 1) el valor en un sentido económico amplio, que incluye la idea de que una persona que siente aversión por el riesgo “valúa” un dólar más que una probabilidad de 10% de obtener 10 dólares, y 2) la utilidad en el sentido usado por los filósofos del utilitarismo, que significa la felicidad (aproximadamente).

Supongamos que el extracto pituitario tiene una oferta muy escasa en relación con la demanda, de modo que es muy caro. Una familia pobre tiene un hijo que será enano si no obtiene algo del extracto, pero esta familia no puede pagar el precio y ni siquiera podría pedir prestado con la garantía de los ingresos futuros del niño como una persona de estatura normal, porque el valor presente de esos ingresos netos del consumo es menor que el precio del extracto. Una familia rica tiene un hijo que crecerá hasta una estatura normal, pero el extracto añadirá unos cuantos centímetros más, y sus padres deciden comprarlo para él. En el sentido del valor empleado en este libro, el extracto pituitario es más valioso para la familia rica que para la familia pobre porque el valor se mide por la disposición a pagar; pero el extracto conferiría mayor felicidad en las manos de la familia pobre que en las manos de la familia rica.

Como lo demuestra este ejemplo, el término de “eficiencia”, cuando se emplea como en este libro para denotar la asignación de recursos en la que se maximiza el valor, tiene limitaciones como un criterio para la toma de decisiones sociales. El concepto de utilidad en el sentido utilitario tiene también graves limitaciones, y no sólo porque sea difícil medir cuando se abandona la “disposición a pagar” como unidad de medida. Primero, la mayoría de la gente no cree —y no hay manera de probar que no tenga razón— que la maximización de la felicidad, o del contento, o de la alegría, o



de la satisfacción de las preferencias, o del exceso de placer sobre el dolor, o alguna otra versión de la utilidad, es o debiera ser nuestro objetivo en la vida. La felicidad es importante para la mayoría de la gente, pero no lo es todo. ¿Estaría dispuesto a tomar una píldora que le pondría en un trance de felicidad beatífica, como de ensueño por el resto de su vida, aunque estuviese absolutamente convencido de la seguridad y la eficacia de la píldora y del trance?

Segundo, al agregar la utilidad entre las personas, el utilitarismo trata a las personas como células del organismo social general, antes que como individuos. Ésta es la fuente de muchos barbarismos bien conocidos de la ética utilitarista, como el sacrificio deliberado de los inocentes para maximizar la cantidad total de felicidad en la sociedad (o en el mundo, o en el universo); o el "monstruo de la utilidad", cuya capacidad para el placer sádico excede tanto la capacidad de sus víctimas para experimentar dolor que sólo se maximizaría la utilidad permitiéndole cometer violaciones y homicidios. Los defensores del utilitarismo tratan de desviar tales críticas señalando que la falta de confianza en los funcionarios derrotaría cualquier esfuerzo para dotar al Estado de poder para intentar maximizar la utilidad caso por caso. El único régimen que maximizaría la utilidad en el mundo real sería una forma de utilitarismo regulado que limitara el poder del gobierno. Pero las objeciones prácticas contra las implicaciones lógicas del utilitarismo les parecen erradas a los críticos, quienes consideran repulsiva a la lógica misma. Aun si se suponen inexistentes todos los problemas de la aplicación, resultados como la inducción de trances de beatitud por funcionarios totalmente benignos, democráticamente sensibles y el sacrificio de inocentes en aras del mayor bien resultan profundamente inquietantes.

Por supuesto, es posible que las objeciones prácticas a las implicaciones lógicas del utilitarismo sea lo que se encuentra detrás de la "repulsión" de tales implicaciones; es decir, es posible que los sentimientos morales tengan una base pragmática, concebiblemente económica.

Pero, en tercer lugar, el utilitarismo no tiene principios limitantes, excepto quizá la capacidad de sentir. Los animales sienten dolor, y con mayor claridad lo sienten los extranjeros, de modo que el utilitarismo choca con intuiciones poderosas en el sentido de que nuestras obligaciones sociales son mayores para la gente de nuestra propia sociedad que para los forasteros, y mayores para los seres humanos que para los (otros) animales.

Las objeciones contra el utilitarismo y, por ende, contra la adopción del concepto de la eficiencia a la ética utilitaria han llevado a muchos economistas a una definición de la eficiencia que confina el término a los resulta-

dos de las transacciones voluntarias. Supongamos que A vende a B un adorno de madera en 100 dólares, que ambas partes tienen información plena y que la transacción no afecta a nadie más. Entonces se dice que la asignación de los recursos que se produce por la transacción es superior en el sentido de Pareto a la asignación de recursos existente antes de la transacción. Una transacción superior en el sentido de Pareto (o "mejoramiento de Pareto") es aquella que mejora la situación de una persona por lo menos, y que no empeora la situación de nadie. (En nuestro ejemplo, la transacción mejora la situación de A y de B y, por hipótesis, no empeora la situación de nadie.) En otras palabras, el criterio de la superioridad de Pareto es la unanimidad de todas las personas afectadas.

¿Quién podrá disputar la unanimidad como un criterio de la elección social? Bien, un liberal en el sentido del siglo XIX —alguien que cree, como John Stuart Mill, que toda persona debiera tener derecho a la máxima libertad consistente con la no infracción de la libertad de nadie más— podrá disputarla. El problema surge cuando la gente tiene preferencias acerca del consumo de los demás. Imaginemos una sociedad integrada por dos individuos (o dos grupos homogéneos, para volverla un poco más realista). A, un protestante, no quiere que B, un católico, lea la Biblia católica. A preferiría que la Biblia católica fuera proscrita. Su segunda elección es que él, A, lea la Biblia, ya que se considera suficientemente inoculado contra la herejía católica. Su última elección es que B lea el libro. La primera elección de B es que se obligue a A a leer la Biblia católica —él la necesita más que nadie, siendo un protestante— y su segunda elección es que sólo se permita leerla a él mismo, B. Su última elección, obviamente, es que el libro sea proscrito. Así que lo único en que convienen A y B es en que es mejor que se permita a A leer el libro y no que se permita a B leerlo.<sup>13</sup> Por lo tanto, ésta es la elección superior en el sentido de Pareto. Pero es también una elección contraria a la posición liberal, porque implica la prohibición de que B lea un libro que desea leer.<sup>14</sup>

Otra objeción contra la superioridad del criterio de Pareto es que tiene pocas aplicaciones en el mundo real porque la mayoría de las transacciones (y si no una sola transacción, entonces una serie de transacciones semejantes) tiene efectos sobre terceros, aunque sólo sea porque cambian los precios de otros bienes (¿cómo?). En el concepto menos austero de la eficiencia

<sup>13</sup> Si "a" significa que sólo A lea el libro, "b" significa que sólo B lo lea, y "n" significa que ninguno de los dos lo lea, el orden de preferencia de A será n-a-b, mientras que el de B será a-b-n; entonces ambos convienen —y sólo en eso convienen— en que "a" es preferible a "b".

<sup>14</sup> Véase Amartya Sen, "The Impossibility of a Paretian Liberal", 78 *J. Pol. Econ.*, 152 (1970).



empleado principalmente en este libro —llamado el concepto de la eficiencia de Kaldor-Hicks, o de maximización de la riqueza—, si A valúa el adorno de madera en 50 dólares y B lo valúa en 120 dólares, de modo que a cualquier precio entre 50 y 120 dólares, la transacción creará un beneficio total de 70 dólares (a un precio de 100 dólares, por ejemplo, A se considera 50 dólares más rico y B se considera 20 dólares más rico), se tratará de una transacción eficiente, siempre que el daño (si hay alguno) causado a terceros (menos cualquier beneficio otorgado a ellos) no exceda de 70 dólares. La transacción no sería superior en el sentido de Pareto, a menos que A y B compensaran a los terceros por cualquier daño que sufrieran. El concepto de Kaldor-Hicks se llama también, sugerentemente, la superioridad potencial de Pareto. Los ganadores podrían compensar a los perdedores, independientemente de que lo hagan o no en realidad.

Las condiciones necesarias para la superioridad en el sentido de Pareto no se satisfacen casi nunca en el mundo real, pero los economistas hablan mucho acerca de la eficiencia; la definición operativa de la eficiencia en la economía no debe ser una superioridad en el sentido de Pareto. Cuando un economista dice que el libre comercio o la competencia o el control de la contaminación o cualquier otra política o Estado del mundo es eficiente, nueve veces de cada diez se estará refiriendo a la eficiencia de Kaldor-Hicks.

La dependencia en la distribución de la riqueza, incluso el concepto de eficiencia de la superioridad en el sentido de Pareto, dado que la disposición a pagar, y por ende el valor, es una función de esa distribución, limita más aún a la eficiencia como un criterio final del bien social. Podemos ilustrar esto con el ejemplo anterior en el que A vende a B un adorno de madera. Es posible que A haya valuado el adorno en sólo 70 dólares y B lo haya valuado en 120 dólares, no porque a A le guste el adorno menos que a B —es posible que le guste mucho más— y no porque haya ningún concepto imperativo de merecimiento al que B pueda apelar para validar su derecho a ser capaz de comprar el adorno. Es posible que simplemente A esté en la inopia y tenga que vender su adorno a fin de comer, y que B, aunque no sea un apasionado de los adornos de madera —supongamos que en efecto le son indiferentes— desea diversificar su enorme riqueza manteniendo una gama de colecciones. Estas circunstancias (una variante del ejemplo anterior del mercado de extracto pituitario) no son en modo alguno inconsistentes con el hecho de que la venta mejore la situación de A y de B; por el contrario, explican *por qué* mejora la situación de ambos. Pero tales circunstancias minan los fundamentos morales de un sistema social orientado hacia la superioridad de Pareto, ya no digamos hacia la superioridad po-

tencial de Pareto. Aun después de hacer que todas las instituciones de la sociedad se conformen a los requerimientos de la eficiencia, el patrón del consumo y de la producción derivará de una distribución de la riqueza subyacente. Si esa distribución es injusta, el patrón de las actividades económicas derivado de ella no tendrá una fuerte justificación para ser considerado como justo tampoco. Y en la medida en que la distribución de la riqueza se determina ella misma por el mercado, la justicia del mercado no puede derivar de alguna noción independiente de la distribución justa.

Gran parte de la desigualdad de la riqueza refleja indudablemente la pura suerte, aun si nuestra dotación natural de carácter e inteligencia se considera un derecho antes que un producto de la selección aleatoria de los genes. Existe la suerte de haber nacido en un país rico y no en un país pobre; la suerte de ser un beneficiario o una víctima de los cambios impredecibles que ocurren en los mercados de demandas de los consumidores y de la mano de obra, la suerte de la herencia, la suerte de los mercados financieros; la suerte de conocer a ciertas personas, y la suerte de la capacidad y la disposición de tus padres para invertir en tu capital humano. Los deterministas piensan que todo es suerte, que el merecimiento no tiene nada que ver con la riqueza o la pobreza de nadie. Entre mayor sea el papel de la suerte en la distribución de la riqueza y las oportunidades económicas, más difícil será defender la distribución como justa en un sentido fuerte (¿cuál podría ser un sentido débil defendible de lo "justo" en este contexto?).

Un sistema de mercado tiende efectivamente a *magnificar* las diferencias existentes en materia de la capacidad innata, metiendo una cuña entre la lotería natural y el ingreso. La causa es el fenómeno de la "superestrella".<sup>11</sup> Consideremos a dos pianistas concertistas, uno de los cuales (A) es ligeramente mejor que el otro (B). Supongamos que la mayor parte del ingreso de un pianista concertista no deriva ahora de la actuación o la enseñanza sino de la grabación. Dado que las grabaciones de la misma pieza de música son sustitutos cercanos, un consumidor no tiene ninguna razón para comprar las grabaciones hechas por B en lugar de las grabaciones de A, a menos que haya una diferencia considerable en el precio, y esto no ocurrirá necesariamente; aun si A recibe una regalía mayor que la de B por su contrato con la compañía grabadora, el costo adicional para la compañía grabadora puede ser contrarrestado por las economías de una producción mayor. Por lo tanto, A podría terminar con un ingreso muy sustancial derivado de la grabación, y B con un ingreso de cero derivado de la grabación,

<sup>11</sup> Véase Sherwin Rosen, "The Economics of Superstars", 71, *Am. Econ. Rev.*, 845 (1981).



a pesar de que A podría ser un pianista sólo 2% mejor que B y que la diferencia de calidad sólo podría ser percibida por un pequeño porcentaje del público melómano. No tiene que haber nada "injusto" en este resultado, pero tampoco puede imputarse a la diferencia existente en la calidad de los individuos. Esto ejemplifica, más bien, la *arbitrariedad* moral de muchas de las diferencias de la riqueza entre los individuos.

El hecho importante es simplemente que, si el ingreso y la riqueza se distribuyeran de un modo distinto, el patrón de las demandas podría ser diferente también, y la eficiencia requerirá una disposición diferente de nuestros recursos económicos. La economía no responde al interrogante de si la distribución del ingreso y la riqueza existente es buena o mala, justa o injusta, aunque puede decirnos mucho acerca de los costos de una modificación de la distribución existente, así como acerca de las consecuencias distributivas de diversas políticas. Tampoco responde al interrogante final acerca de si una asignación eficiente de los recursos sería social o éticamente deseable. Ni puede tampoco decirnos el economista si, suponiendo que sea justa la distribución del ingreso y la riqueza existente, la satisfacción del consumidor debiera ser el valor social preeminente. Muchos filósofos y científicos sociales, incluidos algunos economistas, dudan de la autenticidad de muchas de las creencias y los deseos que determinan las elecciones de los consumidores y de otros individuos. Estos conductistas sostienen que ciertas rarezas cognoscitivas impiden que la gente se comporte racionalmente (véase más adelante el § 1.4); a lo largo de este libro consideraremos algunos ejemplos.

Por todas estas razones, es limitada la competencia del economista en una discusión del sistema legal. Puede pronosticar el efecto de las reglas legales sobre el valor y la eficiencia en sus sentidos técnicos estrictos, y sobre la distribución del ingreso y la riqueza existente, pero no puede expedir prescripciones obligatorias para el cambio social. Pero esto resulta ser una desventaja menor de lo que podría parecer para el uso normativo del análisis económico. Los economistas pueden apelar de ordinario a una meta generalmente aceptada, como la maximización del valor de la producción, en lugar de tener que defender esa meta. Al mostrar la forma en que un cambio de una política económica o de ciertos arreglos nos haría avanzar hacia esa meta, los economistas pueden formular una declaración normativa sin tener que defender sus premisas fundamentales. Los economistas pueden mantener el debate al nivel técnico, en el que el razonamiento se ocupa de los medios antes que de los fines. Pueden demostrar, por ejemplo, que la creación de cárteles conduce a una disminución del valor de la producción

(véanse los capítulos ix y x), y puesto que la maximización de ese valor es una meta generalmente aceptada de una sociedad comercial, su demostración provee, si no otra cosa, una justificación inicial para la prohibición de los cárteles.

La calificación de "inicial" es importante. Quienes se oponen a las propuestas de reforma económica están prestos a postular metas rivales de la eficiencia o la maximización del valor. Así ocurre en particular cuando los economistas incursionan en áreas que no son tradicionalmente económicas, lo que ocurre a menudo en el análisis económico del derecho. Decir que un área no es tradicionalmente considerada "económica" significa que las sugerencias de orientación hacia la eficiencia u otras variables económicas tenderán a provocar discordancias, porque se supone que los valores no económicos dominan en las cuestiones que no son explícitamente económicas. ¿Y entonces qué deberá hacer el economista? ¿Podrá decir algo más que simplemente demostrar que la política X aumentará la eficiencia pero que no puede hablar acerca de su mérito final? Ésta es una cuestión que deberá tenerse en mente a lo largo de este libro.

Una cuestión importante en el análisis económico del derecho, a la que ya hemos aludido, es si puede decirse con confianza que un intercambio *involuntario* aumentará la eficiencia y en qué medida. Aun cuando no se define la eficiencia como algo que sólo puede crear una transacción voluntaria —aun si se utiliza en cambio el concepto de Kaldor-Hicks—, la disposición a pagar puede determinarse confiadamente sólo si se observa efectivamente una transacción voluntaria. Cuando los recursos se desplazan luego de tal transacción, podemos estar razonablemente seguros de que el desplazamiento implica un aumento de la eficiencia.<sup>16</sup> La transacción no habría ocurrido si ambas partes no hubiesen esperado que su situación mejorara. Esto implica que los recursos transferidos son más valiosos en las manos de sus nuevos dueños. Pero muchas de las transacciones afectadas o efectuadas por el sistema legal son involuntarias. La mayoría de los delitos y de los accidentes son transacciones involuntarias, y lo mismo ocurre con una sentencia legal de pagar daños o una multa. ¿Cómo podremos saber cuándo aumentan la eficiencia tales transacciones y cuándo la disminuyen? Si insistimos en que una transacción sea verdaderamente voluntaria antes de que pueda decirse que es eficiente —verdaderamente voluntaria porque todos los perdedores potenciales han sido plenamente compensados—, ten-

<sup>16</sup> Sin embargo, no podemos estar completamente seguros, porque ello requeriría que todos los afectados por la transacción fueran parte de ella, y (repetimos) este requerimiento no se satisface casi nunca.



dremos pocas ocasiones para formular juicios de eficiencia, porque pocas transacciones son voluntarias en ese sentido. Un enfoque alternativo, utilizado abundantemente en este libro, consiste en tratar de adivinar si una transacción voluntaria habría ocurrido en caso de haber sido viable. Si, por ejemplo, se tratara de saber si el agua limpia era más valiosa como un insumo en la producción de papel que en la navegación, podríamos tratar de determinar, empleando cualesquiera datos cuantitativos o de otra clase que estuviesen disponibles para ayudarnos, si en un mundo de cero costos de transacción compraría la industria papelera a los navegantes el derecho de usar el agua.

Este enfoque trata de reconstruir los términos probables de una transacción de mercado en circunstancias en las que ocurrió, por el contrario, un intercambio forzado: en otras palabras, trata de imitar o simular al mercado. Un intercambio forzado, con el sistema legal tratando posteriormente de adivinar si el intercambio aumentó o disminuyó la eficiencia, es un método menos eficiente para la asignación de los recursos que una transacción de mercado, cuando son viables las transacciones del mercado. Pero a menudo no lo son, y entonces la elección se plantea entre un sistema inevitablemente burdo de intercambios forzados legalmente regulados y las ineficiencias mayores aún de la prohibición de todos los intercambios forzados, lo que podría significar todos los intercambios, ya que todos ellos tienen algunos efectos para terceros.

Las dos partes de una transacción de mercado son compensadas para que intervengan en ella; si una de las partes no fuese compensada, la transacción no sería voluntaria ni siquiera en un sentido laxo. Pero cuando, por ejemplo, invocando el concepto de "perjuicio" el sistema legal ordena a una persona que cese algún uso de su tierra porque crea menos valor que la disminución que genera en el valor de las tierras vecinas, no se compensa al demandado. Una transacción legalmente impuesta tiene menos probabilidades de aumentar la felicidad que una transacción de mercado porque las miserias de los perdedores (no compensados) podría superar a la alegría de los ganadores. Y si los esfuerzos legales para simular los resultados del mercado no promueven la felicidad, ¿cómo podrán defenderse? ¿Cuáles, en suma, la base ética del concepto de Kaldor-Hicks, correspondiente al utilitarista, o la base ética referente a la preferencia, de la superioridad de Pareto? Nuestra respuesta es que las cosas que la riqueza vuelve posibles —no sólo ni principalmente los bienes de lujo, sino también el ocio, la comodidad, la medicina moderna y las oportunidades para la autoexpresión y la autorrealización— son ingredientes de la felicidad de la mayoría de las

personas, de modo que la maximización de la riqueza es instrumental para la maximización de la utilidad. Esta respuesta conecta a la eficiencia con el utilitarismo. En los capítulos VIII y XVI se discuten las respuestas que relacionan la eficiencia con otros conceptos éticos.

El enfoque de Kaldor-Hicks o de maximización de la riqueza se enfrenta a un problema especial de dependencia de la asignación eficiente de los recursos frente a la distribución del ingreso y de la riqueza existente en aquellos casos en los que el objeto de la transacción es una gran parte de la riqueza de una de las partes. Supongamos que rechazo una oferta de 100 000 dólares por mi casa, pero luego el gobierno la confisca, pagándome 50 000, que es su valor de mercado. El gobierno estaría feliz de venderme la casa por 100 000 dólares —vale menos que eso para el gobierno, aunque más de 50 000—, pero yo no tengo ni puedo obtener prestado 100 000 dólares. ¿En las manos de quién vale más la casa, en las mías o en las del gobierno? Al considerar este enredo, recordemos que la *riqueza*, tal como la entienden los economistas, no es un concepto contable; se mide por lo que la gente *pagaría* por las cosas (o por lo que pediría a cambio por renunciar a las cosas que posee) no por lo que *paga* efectivamente por ellas. Así, el ocio tiene valor y forma parte de la riqueza, aunque no se compre ni se venda. Podemos decir que el ocio tiene un precio implícito o de sombra (¿cómo se computa?). Aun los mercados explícitos crean valor por encima del precio de los bienes que allí se venden. Regrese a la gráfica 1.2 y advierta que si la cantidad vendida fuese menor, el precio sería mayor; evidentemente, los consumidores estarían dispuestos a pagar más por algunas unidades del producto. Por lo tanto, los consumidores deben obtener valor por el hecho de ser capaces de comprar tales unidades al precio competitivo. Este valor, llamado excedente del consumidor (véase más adelante el § IX.3), forma parte también de la riqueza de la sociedad.

### § 1.3. EL REALISMO DE LOS SUPUESTOS DEL ECONOMISTA

El lector que no esté familiarizado con la economía podría tener problemas con lo que parecen ser los supuestos gravemente poco realistas que se encuentran detrás de la teoría económica. El supuesto básico, que el comportamiento humano es racional, parece refutado por las experiencias y las observaciones de la vida diaria. La contradicción es menos aguda cuando entendemos que el concepto de racionalidad empleado por el economista es objetivo, antes que subjetivo, de modo que no sería una incongruencia



hablar de una rana racional. Racionalidad significa, para un economista, una disposición a escoger, consciente o inconscientemente, un medio apto para cualesquiera fines que tenga quien escoge. En otras palabras, la racionalidad es la capacidad y la inclinación para usar el razonamiento instrumental a fin de desenvolverse en la vida. No supone la conciencia; ciertamente no supone la omnisciencia. A lo largo de este libro se suponen costos de información positivos. (Estos costos son de dos clases: costos de adquisición de la información y costos de la absorción o el procesamiento de la información.)<sup>17</sup> Aun con estas reservas, los supuestos de la teoría económica son unidimensionales y pálidos cuando se contemplan como descripciones del comportamiento humano, especialmente el comportamiento de "actores" económicos tan poco convencionales como el juez, el litigante, el padre, el violador y otros personajes que encontraremos en el análisis del derecho. Pero la abstracción es la esencia de la investigación científica, y la economía aspira a ser científica. La ley de Newton de los cuerpos que caen es poco realista en su supuesto básico de que los cuerpos caen en el vacío, pero sigue siendo una teoría útil porque pronostica con razonable precisión el comportamiento de una gran variedad de cuerpos que caen en el mundo real. De igual modo, una teoría económica del derecho no captará toda la complejidad, la riqueza y la confusión de los fenómenos —criminales o políticos o maritales o lo que sea— que trata de iluminar. Pero su falta de realismo en el sentido de la totalidad descriptiva lejos de invalidar la teoría es una condición de la teoría. Una teoría que tratara de reproducir fielmente la complejidad del mundo empírico en sus supuestos no sería una teoría —una explicación— sino una descripción.

Un peligro mayor para la economía positiva en general, y para la teoría positiva de la economía del derecho que se expone en muchos lugares de este libro (especialmente en la segunda parte) en particular, es lo opuesto al reduccionismo: llamémosle complicacionismo. Cuando el analista económico trata de volver más complejo un modelo económico muy simple, por ejemplo incluyendo la aversión al riesgo y los costos de la información (como lo haremos muchas veces en este libro), corre el riesgo de encontrarse con demasiados grados de libertad; es decir, con un modelo tan flexible que ninguna observación empírica puede refutarlo, lo que significa que ninguna observación puede apoyarlo tampoco.

Con todo esto no se quiere sugerir que el analista pueda elegir libre-

<sup>17</sup> Algunos economistas utilizan el término "racionalidad constreñida" para describir la racionalidad de las personas racionales que afrontan costos positivos en el uso de la información disponible para que ellas tomen decisiones.

mente sus supuestos. Una prueba importante de una teoría es su capacidad para explicar la realidad. Si hace un trabajo miserable, ello puede deberse al hecho de que sus supuestos son insuficientemente realistas, pero no necesitamos tratar de evaluar los supuestos directamente a fin de evaluar la teoría. Juzgada por la prueba del poder explicativo, la teoría económica es un éxito significativo (aunque sólo parcial), de modo que quizá el supuesto de que los individuos son maximizadores racionales de sus satisfacciones no es tan poco realista como podría creer a primera vista quien no es economista. La teoría económica puede explicar un gran número de fenómenos del mercado y de fuera del mercado, tales como la correlación inversa, mencionada en la primera sección de este capítulo, entre los topes de precios y las colas; la correlación inversa entre el control de rentas y el acervo de viviendas; la correlación positiva en los mercados financieros entre el riesgo y el rendimiento esperado; la relación existente entre los precios de futuros y los precios de los mercados presentes; la dependencia de la inscripción universitaria frente a los rendimientos financieros de una educación universitaria; el hecho de que los mejores bienes tiendan a enviarse a lugares remotos, mientras que los peores bienes se consumen en casa, y muchos otros. Gran parte de este libro se ocupa de la proposición de explicaciones económicas para fenómenos legales modelados en términos económicos.

Otra prueba de una teoría científica es su poder de predicción, y también aquí ha tenido algunos éxitos la teoría económica, sobre todo en los últimos años. Los efectos de la desregulación, por ejemplo, de la industria aeronáutica en los Estados Unidos, y más dramáticamente la desregulación de las economías comunistas de Europa central y oriental, han tenido los resultados pronosticados por los economistas. En particular, lo ocurrido después del comunismo ha producido repetidas confirmaciones de los pronósticos del análisis económico, como que la regulación de los precios genera la formación de colas, mercados negros y escasez, mientras que la competencia y el libre comercio promueven la productividad, y la propiedad privada estimula la inversión.

Otra prueba más de una teoría científica es su capacidad para apoyar las intervenciones eficaces en el mundo de la acción. El ejemplo más dramático es el de la bomba atómica, que demostró que la teoría atómica moderna no era simplemente una especulación hábil más acerca de las entidades invisibles. También en este sentido, la economía ha tenido algunos éxitos, aunque más modestos que las ciencias naturales. Los economistas han creado nuevos métodos para la determinación de los precios de pro-



ductos financieros y de otras clases, nuevas estrategias para la actividad financiera, y métodos nuevos para la compensación de empleados y ejecutivos, así como métodos novedosos de regulación como las subastas de las ondas aéreas y los derechos de contaminación vendibles. Estas intervenciones han funcionado, lo que sugiere que la teoría económica es algo más que mera matemática elegante.

#### § 1.4. IRRACIONALIDAD E HIPERRACIONALIDAD; LA TEORÍA DE LOS JUEGOS

El modelo de la elección racional que se encuentra detrás del análisis económico ortodoxo ha sido cuestionado en varios puntos, además de la observación superficial de que no describe cómo piensan los individuos acerca de sus actividades o cómo las describen. Otra objeción superficial, como hemos visto, es que los individuos carecen de la información necesaria para actuar racionalmente. Los individuos no son omniscientes, pero las decisiones tomadas con base en información incompleta son racionales cuando los costos de adquirir más información superan los beneficios probables de la capacidad de tomar una decisión mejor. ¡Una decisión plenamente informada en tales circunstancias —la clase de acción que realiza una persona que no puede establecer prioridades entre sus tareas— sería irracional! Otra objeción superficial contra el modelo de la elección racional es que algunos individuos no son plenamente racionales y que todos nosotros nos alejamos en ocasiones de la racionalidad. La economía se ocupa de explicar y pronosticar tendencias y agregados, antes que el comportamiento de cada persona individual, y en una muestra razonablemente grande las desviaciones aleatorias del comportamiento racional normal se cancelarán recíprocamente.

Una objeción más seria es que, quizá porque nuestro cerebro evolucionó bajo condiciones sociales diferentes de las que existen en la vida moderna, el comportamiento humano exhibe alejamientos *sistemáticos* de la realidad. Economistas como Richard Thaler,<sup>18</sup> así como algunos psicólogos, han obtenido algunas pruebas de que la mayoría de nosotros somos proclives a la “falacia de los costos sembrados”, o de echar dinero bueno al malo. Es decir, al tomar decisiones no podemos olvidar los costos que, habiéndose causado ya, no pueden ser modificados por la decisión. Observan estos autores que nos inclinamos a sucumbir ante el “efecto de la dotación”; o sea, valorar lo que tenemos en más de lo que valoraríamos la misma cosa si no la

<sup>18</sup> Véase Richard H. Thaler, *Quasi Rational Economics* (1991).

tuviéramos. Por ejemplo, podríamos negarnos a vender en 100 dólares un reloj por el que no pagaríamos más de 90 dólares.<sup>19</sup> También incurrimos en un “descuento hiperbólico”; es decir, ponderamos los dolores y los placeres presentes en mayor medida que los futuros hasta un punto irracional, como cuando comemos de más (placer presente) sabiendo que pronto lo lamentaremos (dolor futuro).<sup>20</sup> También otorgamos una ponderación indebida a las impresiones vívidas inmediatas, por comparación con las impresiones acerca de lo que leemos (la “heurística de la disponibilidad”).

Algunos de estos alejamientos aparentes de la racionalidad pueden explicarse en términos de la elección racional. El efecto de la dotación podría ser una consecuencia de alguna combinación de 1) efectos de riqueza (nuestras preferencias cambian cuando cambia nuestra riqueza, y somos más o menos ricos dependiendo de que seamos o no dueños del bien en cuestión); 2) el excedente del consumidor (véase antes el § 1.2) (una mirada a la gráfica 1.2 hará recordar al lector que todos quienes son dueños de un bien, excepto su comprador marginal, lo valúa por encima del precio de mercado; por lo tanto, los propietarios del bien como una clase lo valúan en promedio más que quienes no son sus propietarios); 3) la preferencia de adaptación racional, el hecho de que nos adaptamos a lo que tenemos e incurriríamos en costos nuevos para adaptarnos a algo nuevo.<sup>21</sup> Una persona que queda ciega en un accidente debe incurrir en ciertos costos para adaptarse a su ceguera; pero un ciego que por la negligencia de un médico no puede reco-

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, Elizabeth Hoffman y Matthew L. Spitzer, “Willingness to Pay Vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications”, 71, *Wash. U. L. Q.*, 59 (1993).

<sup>20</sup> Más sutilmente, nuestras tasas de descuento son excesivas en relación con nuestro riesgo de mortalidad. Un individuo racional escoge entre acciones posibles usando una tasa de descuento para disminuir los costos y los beneficios futuros, siempre que se esperen, hasta un valor presente, lo que permite una comparación entre los estados futuros y entre esos estados y el presente. La imparcialidad entre el consumo presente y el futuro implica el descuento de los costos y los beneficios futuros a una tasa igual a la probabilidad de estar vivo todavía cuando llegue el estado futuro en cuestión. Para la mayoría de los individuos en casi todas las edades, esta probabilidad es mucho mayor que la que está implícita en una tasa de descuento de 2 a 4%, el rango común de las estimaciones de la tasa de descuento real sin riesgos (esto es, ajustada por la inflación). El valor presente de un dólar que se recibirá dentro de 40 años es de sólo 21 a 45 centavos a tasas de descuento de 2 a 4%. Esto implicaría, bajo el supuesto de la imparcialidad entre el consumo presente y el futuro, que el individuo típico de 30 años de edad tendría una probabilidad de sólo 21 a 45% de vivir hasta los 70 años. Esta probabilidad es en realidad de 75%. Una posible explicación de esta discrepancia es que el yo de 40 años de edad, orientado hacia el futuro, es incapaz de dominar a su yo orientado hacia el presente, es incompletamente altruista hacia el yo futuro del individuo de 70 años de edad, o ambas cosas. Por lo que toca al individuo como un sitio de diferentes yos, véase más adelante este texto, y Richard A. Posner, “Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy”, 3 *Leg. Theory*, 23 (1997).

<sup>21</sup> Véase en el § 11.14 otra explicación del efecto de la dotación compatible con la racionalidad.



brar la vista se ha adaptado ya a su ceguera, de modo que su pérdida de la vista (en perspectiva) es menos costosa que la pérdida de la vista para una persona que no era ciega.

El descuento hiperbólico podría explicarse postulando que la persona es una sucesión de "yo" separados, que "comparten por tiempo" el mismo cuerpo; cada yo es racional, pero cada uno tiene sus propios intereses, los que no son idénticos entre todos los "yo" (véase más adelante el § VI.12). Sin embargo, como en este ejemplo los alejamientos aparentemente sistemáticos de la racionalidad son, por lo menos, un reto para el teórico de la elección racional, para que piense con más cuidado acerca de la naturaleza del comportamiento racional.

La economía tradicional suponía generalmente (excepto cuando especulaba acerca del comportamiento del cártel, y en otros pocos casos) que los individuos toman decisiones sin considerar las reacciones de otros. Si el precio de algún producto baja, los consumidores compran más sin preocuparse de que al actuar así pueden hacer que el precio aumente de nuevo. La razón por la que no se preocupan es que el efecto de la decisión de cada consumidor sobre el precio es probablemente insignificante (el consumidor es un "tomador de precios"), mientras que los costos para los consumidores de la coordinación de sus acciones serían prohibitivos. En algunas situaciones, sin embargo, un individuo racional que decide cómo actuar considerará las reacciones probables de otros; en otras palabras, actuará estratégicamente. Éste es el dominio de la teoría de los juegos que utilizan mucho los economistas actuales a causa de la importancia del comportamiento estratégico en muchas áreas que interesan a los economistas, incluidos los analistas económicos del derecho.

La teoría de los juegos exhibe un contraste notable con los retos al modelo de la elección racional que examinamos antes, ya que supone, por lo menos en su forma más pura, un grado de racionalidad mayor incluso que el postulado por la economía ortodoxa. Consideremos el "juego" siguiente (es decir, una situación estratégica). Un monopolista afronta la perspectiva de la entrada de otra empresa. Si el monopolista cobra un precio por debajo de su costo (y presumiblemente el costo de la empresa entrante), disuadirá esa entrada obligando al nuevo ingresante a perder dinero. Pero el monopolista perderá mucho dinero en el proceso de repeler la entrada vendiendo su producto por debajo de su costo. En efecto, es posible —y supongamos que así ocurre— que pierda más dinero que el que perdería si mantuviera el precio de monopolio, disminuyera su producción, y se repartiera efectivamente el mercado con el recién ingresado.

Supongamos que el mercado tiene lugar sólo para dos empresas. ¿Podría el monopolista reducir su precio de todos modos, pensando: "si cobro un precio por debajo del costo, el ingresante sabrá que no estoy 'blofearlo' (aparentando solamente), porque advertirá que aunque perderé dinero a corto plazo estaré haciendo una inversión rentable en el desarrollo de una reputación que desalentará a otros retadores de mi posición monopolística"? Resulta que ésta puede no ser una preocupación racional que el monopolista imputara a un posible ingresante. Supongamos que hay 10 ingresantes posibles. Aunque los primeros nueve abandonaran toda idea de ingresar a este mercado frente a la amenaza del monopolista de fijar su precio por debajo del costo, el décimo no lo haría porque advertiría que cuando hay un solo ingresante en perspectiva estará el monopolista en una situación mejor compartiendo el mercado que cobrando un precio por debajo del costo. Recordemos que el precio por debajo del costo tenía sentido para el monopolista sólo cuando estaba comprando una reputación utilizable contra ingresantes futuros. Cuando ya no hay más ingresantes futuros —cuando el único ingresante posible ha entrado—, el monopolista ya no tiene nada que ganar invirtiendo en una reputación para disuadir la entrada, de modo que no cobrará un precio por debajo del costo. Sabiendo esto, el último ingresante posible entrará, pero lo mismo hará el primero. Porque el primero sabe que el monopolista, previendo el colapso de su plan cuando entra el último, no tendrá ningún incentivo para emplear el plan contra el noveno (porque con la entrada del décimo garantizada, no hay nada que ganar forjando una reputación para batir al noveno), y por lo tanto contra el octavo, y así sucesivamente hasta llegar al primero. (Esta manera de resolver un problema de teoría de los juegos, empezando con la última movida del juego, recibe el nombre de "inducción hacia atrás".)

Lo notable de este ejemplo, algo común en la teoría de los juegos, es su sensibilidad ante el supuesto de que cada uno de los participantes no sólo se comporta con una racionalidad completa sino que además supone, correctamente, que todos los demás involucrados se comportarán igualmente con una racionalidad completa. La teoría económica ortodoxa no depende de tal hiperracionalidad. Pero tampoco lo hacen todas las aplicaciones de la teoría de los juegos. Consideremos este ejemplo familiar: la ley federal prohíbe que las universidades entreguen a un empleador potencial las calificaciones de un estudiante sin el permiso de éste. Tal permiso no se niega casi nunca. La teoría de los juegos puede ayudarnos a entender la razón. Supongamos que ningún estudiante otorgara su permiso; entonces un empleador que afrontara una solicitud de un estudiante universitario supon-



dría que tal estudiante tiene calificaciones medias —¿qué otra cosa podría suponer?—. Cualquier estudiante con calificaciones por encima del promedio se vería perjudicado por este supuesto, de modo que estos estudiantes empezarían a otorgar su permiso para que las universidades entregaran su registro de calificaciones. Finalmente, todos los estudiantes con calificaciones por encima del punto medio otorgarían tal permiso. Por lo tanto, cuando un empleador recibiera una solicitud de un estudiante que no hubiese entregado sus calificaciones supondría que el estudiante se encontraba por debajo del promedio de la *mitad inferior* de la distribución de calificaciones, porque todos los que se encontraran en la mitad superior habrían revelado sus calificaciones. Así que todo estudiante en el tercer cuartil (es decir, en la mitad superior de la mitad inferior de la distribución de calificaciones) estaría en desventaja al no revelar, y revelaría sus calificaciones. Finalmente, sólo el estudiante con las calificaciones más bajas no tendría nada que ganar con la revelación, y su ausencia de revelación revelaría su lugar tan fehacientemente como si lo hubiera revelado. La teoría simple de los juegos indica así por qué la ley de privacidad de las calificaciones ha sido ineficaz. Este ejemplo ilustra lo que los teóricos de los juegos llaman un "equilibrio combinado" en el que (por oposición a un "equilibrio separado") el comportamiento estratégico impide que los individuos con preferencias diferentes actúen de manera diferente. El proceso de razonamiento requerido para alcanzar un equilibrio combinado en el caso de la transcripción de las calificaciones del estudiante no es tan elaborado que requiera la hiperracionalidad.

Volvamos ahora al ejemplo del precio por debajo del costo y supongamos que cada uno de los 10 ingresantes potenciales es igualmente capaz de entrar en primer lugar. Cada uno de ellos tendrá un incentivo para retraerse sabiendo que el vendedor existente puede tener un incentivo para vender por debajo del costo cuando entre el primer ingresante a fin de demostrar que "está dispuesto a luchar". Esto es como el caso de una persona que tiene seis balas en su pistola y se enfrenta a 10 asaltantes. Es posible que ninguno de los asaltantes esté dispuesto a atacar primero, de modo que es posible que no haya ningún ataque, aunque el ataque triunfaría seguramente. En realidad, éste es un caso más claro que el del precio por debajo del costo: quien se defiende no tiene nada que perder si dispara contra los primeros seis asaltantes, de modo que quienquiera que ataque primero *sabe* que el atacado disparará.

Cuando definimos la economía como la teoría de la elección racional, y dado que la teoría de los juegos es la teoría del comportamiento estratégi-

co racional, la teoría de los juegos pasa a formar parte de la teoría económica. Y es una parte con muchas aplicaciones potenciales al derecho, porque gran parte del derecho se ocupa del comportamiento estratégico, no sólo en los ejemplos del combate al monopolio y la privacidad del estudiante que acabamos de presentar, sino también en las negociaciones contractuales, el litigio y el arreglo, y muchas otras áreas. Sin embargo, este libro no pretende dar una instrucción sistemática en la teoría de los juegos. La teoría de los juegos implica métodos analíticos complejos y, como hemos empezado a adivinar, un vocabulario especializado, de modo que requiere un libro de texto propio.<sup>22</sup> Pero un libro de texto sobre la economía del derecho no puede evitar los encuentros frecuentes con el comportamiento estratégico, y cuando esto ocurra emplearemos conceptos simples de la teoría de los juegos para informar el análisis y preparar al lector para un estudio más sistemático de esta técnica analítica tan importante.

#### LECTURAS RECOMENDADAS

- Becker, Gary S., "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior", 101 *J. Pol. Econ.*, 395 (1993).
- Decision Making: Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions* (David E. Bell, Howard Raiffa y Amos Tversky [comps.], 1988).
- Demsetz, Harold, "Rationality, Evolution, and Acquisitiveness", 34 *Econ. Inquiry*, 484 (1996).
- Friedman, Milton, "The Methodology of Positive Economics", en su *Essays in Positive Economics*, 3 (1953).
- Harsanyi, John C., "Interpersonal Utility Comparisons", en *The World of Economics: The New Palgrave* 361 (John Eatwell, Murray Milgate y Peter Newman [comps.], 1991).
- Hausman, Daniel M., *Essays on Philosophy and Economic Methodology* (1992).
- Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, cap. 12 (1990).
- Public Choice and Public Law: Readings and Commentary* (Maxwell L. Stearns [comp.], 1997).
- Radin, Margaret Jane, *Contested Commodities* (1996).
- Shafir, Eldar, y Robin A. Leboeuf, "Rationality", 53 *Am. J. Psych.*, 491 (2002).

<sup>22</sup> Un libro de texto excelente sobre la teoría de los juegos para los abogados es el de Douglas G. Baird, Robert H. Gertner y Randal C. Picker, *Game Theory and the Law* (1994).



## PROBLEMAS

1. ¿Valdría la pena estudiar economía si los recursos no fuesen escasos? ¿Podría describirse a la sociedad estadounidense actual como una sociedad de escasez? De tiempo en tiempo se afirma que hay escasez de médicos, o de gasolina, o de alguna otra cosa. ¿En qué difieren estos episodios de la escasez de todos los bienes valiosos?

2. ¿Qué determina los deseos humanos? ¿Es ése un interrogante económico? ¿Son insaciables los deseos humanos? ¿Por qué es relevante este interrogante para el análisis económico?

3. Supongamos que todos los individuos fuesen no egoístas, benevolentes y altruistas. ¿Sería entonces el análisis económico menos relevante para el ordenamiento social? ¿Cómo asigna sus recursos el individuo benevolente? ¿Emplearía al mercado —es decir, le vendería a quien pague más— en lugar de regalar sus bienes? ¿Por qué?

4. El mercado es sólo uno de los métodos de determinación de la asignación de los recursos entre diversos usos. Otro método podría ser el de las decisiones administrativas de un organismo gubernamental. ¿En qué esperaría que difirieran estos métodos?

5. Uno de los costos del castigo del soborno es el de los salarios más altos para los empleados gubernamentales. Explique esto.

6. Explique cómo un bufet de alimentos en un restaurante ilustra el concepto de costo marginal.

7. Se afirma a menudo que el litigio cuesta demasiado y que hay demasiados litigios. ¿Bajo cuáles supuestos pueden ser ciertas ambas proposiciones sin violar la lógica económica?

8. Hay 25 leones (rationales) y un cordero en una isla. Todos los leones conocen el número de leones y el número de corderos, pero no saben dónde se encuentra el cordero. Cualquier león que se coma al cordero se quedará dormido durante una hora, en cuyo lapso puede ser devorado por cualquier león que lo encuentre. ¿El primer león que encuentre al cordero se lo comerá? Sería diferente tu respuesta si hubiese 11 leones en lugar de 25? ¿Si hubiera 24 en lugar de 25?

9. Continuando con interrogantes de animales, supongamos que le encanta el lechón rostizado. Cierta noche, encuentra un restaurante que sirve el lechón rostizado y lo pide. El mesero le informa que hay varios lechones en la cocina, y le gustaría que escogiera uno para que lo mataran y lo rostizaran para usted. Supongamos que el sacrificio y el rostizado se tardan sólo 20 minutos. Rechaza la invitación, sabiendo que si ve vivo al lechón no tendrá corazón para comérselo. ¿Está actuando irracionalmente al estar dispuesto a comerse el cerdo siempre que no tenga que verlo vivo? ¿Sería irracional si, habiendo visto al cerdo, no pudiera comérselo?

## II. EL ENFOQUE ECONÓMICO DEL DERECHO

## § II.1. SU HISTORIA

Hasta cerca de 1960, el análisis económico del derecho era casi sinónimo del análisis económico del derecho antimonopólico, aunque ya se había llevado a cabo algún trabajo económico sobre el derecho tributario (Henry Simons), el derecho corporativo (Henry Manne), el derecho de las patentes (Arnold Plant), el derecho de los contratos (Robert Hale), y la regulación de los servicios públicos y los transportes comunales (Ronald Coase y otros). Los registros de los juicios antimonopólicos proveyeron una rica mina de información acerca de las prácticas empresariales, y los economistas, que en esa época se preocupaban por la cuestión del monopolio, se dieron a la tarea de descubrir las justificaciones y las consecuencias económicas de tales prácticas. Por supuesto, sus descubrimientos tuvieron implicaciones para la política legal, pero básicamente lo que estaban haciendo no era diferente de lo que han hecho tradicionalmente los economistas: tratar de explicar el comportamiento de los mercados económicos explícitos.

El análisis económico del derecho antimonopólico, y de otras regulaciones legales de los mercados económicos explícitos, sigue siendo un campo próspero que recibe una atención considerable en este libro. Sin embargo, la marca distintiva del “nuevo derecho y economía” —el derecho y la economía que han surgido desde 1960— es la aplicación del análisis económico al sistema legal en su conjunto: a campos del derecho común; como los cuasidelitos, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al proceso civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la aplicación de la ley y la administración judicial, e incluso al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho del almirantazgo, el derecho familiar y la jurisprudencia.

El nuevo derecho y economía se inició con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los cuasidelitos y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social.<sup>1</sup> Estos fueron los primeros esfuerzos modernos<sup>2</sup> para aplicar

<sup>1</sup> Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, 70 *Yale L. J.*, 499 (1961); Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *J. Law & Econ.*, 1 (1960).

<sup>2</sup> En el siglo xviii y principios del xix, Beccaria y Bentham realizaron algún trabajo impor-



sistemáticamente el análisis económico a áreas del derecho que no regulan explícitamente las relaciones económicas. Podemos encontrar asomos anteriores de un enfoque económico a los problemas del derecho de los accidentes y de los perjuicios que examinaron Calabresi y Coase,<sup>3</sup> especialmente en la obra de Pigou,<sup>4</sup> quien proveyó un marco para el análisis de Coase; pero el trabajo inicial había causado escaso impacto sobre el pensamiento legal.

El artículo de Coase introdujo el teorema de Coase que encontramos en el capítulo 1 y, más ampliamente, estableció un marco para el análisis de la asignación de los derechos de propiedad y la responsabilidad en términos económicos, abriendo así un vasto campo de la doctrina legal al análisis económico fructífero.<sup>5</sup> Una característica importante del artículo de Coase, aunque pasó inadvertida durante cierto tiempo, era su implicación para el análisis económico positivo de la doctrina legal. Coase sugirió que el derecho inglés de los perjuicios tenía una lógica económica implícita. Algunos autores posteriores han generalizado esta idea y sostenido que muchas de las doctrinas e instituciones del sistema legal se entienden y se explican mejor como esfuerzos de promoción de la asignación eficiente de los recursos, lo que constituye un tema principal de este libro.

Cualquier lista de los fundadores del “nuevo” derecho y economía estaría gravemente incompleta sin el nombre de Gary Becker. La insistencia de Becker en la relevancia de la economía para un conjunto sorprendente de comportamientos fuera del mercado (incluidos la caridad, el amor y la adicción), así como sus contribuciones específicas al análisis económico del de-

tante sobre la economía del derecho penal, el que todavía vale la pena leer: Cesare Beccaria, *On Crimes and punishments* (Henry Paolucci [trad.], 1963); Jeremy Bentham, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, en *Works of Jeremy Bentham* 1, 81-154 (John Bowring [comp.], 1843); Bentham, “Principles of Penal Law”, en *id.*, 365. Otros precursores se estudian en Ian Ayres, “Discrediting the Free Market”, 66 *U. Chi. L. Rev.*, 273 (1999); Charles K. Rowley, “Law-and-Economics From the Perspective of Economics”, en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, 474-476 (Peter Newman [comp.], 1998); Barbara Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement* (1998); Neil Duxbury, “Robert Hale and the Economy of Legal Force”, 53 *Modern L. Rev.*, 421 (1990); Izhak Englard, “Victor Mataja’s Liability for Damages From an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort”, 10 *Intl. Rev. Law & Econ.*, 173 (1990), y Herbert Hovenkamp, “The First Great Law & Economics Movement”, 42 *Stan. L. Rev.*, 992 (1990).

<sup>3</sup> Véanse algunos ejemplos en William M. Landes y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, cap. 1 (1987).

<sup>4</sup> A. C. Pigou, *The Economics of Welfare*, cap. 9 (4ª ed., 1932).

<sup>5</sup> Sin embargo, la bibliografía moderna sobre los derechos de propiedad refleja también la influencia de la importante obra anterior de Frank Knight, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, 38 *Q. J. Econ.*, 582 (1924); véase más adelante el § 5.1.

lito, la discriminación racial y el matrimonio y el divorcio, abrieron para el análisis económico grandes áreas del sistema legal no alcanzadas por los estudios de Calabresi y de Coase sobre los derechos de propiedad y las reglas de la responsabilidad.<sup>6</sup>

## § 0.2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO POSITIVO Y NORMATIVO DEL DERECHO

Los capítulos subsecuentes mostrarán la forma en que las ideas de los pioneros han sido generalizadas, empíricamente verificadas, e integradas a las ideas del “antiguo” derecho y economía para crear una teoría económica del derecho dotada de poder explicativo y apoyo empírico. La teoría tiene aspectos normativos y positivos. Aunque el economista no puede decir a la sociedad si debe tratar de limitar el robo, sí puede mostrar que sería ineficiente permitir un robo ilimitado; así, puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuánto de un valor —la eficiencia— debe sacrificarse para alcanzar otro. O bien, tomando como dada una meta de limitación del robo, el economista debe ser capaz de demostrar que los medios por los cuales ha tratado la sociedad de alcanzar dicha meta son ineficientes: que la sociedad podría obtener mayor prevención, a un costo menor, empleando métodos diferentes. Si los métodos más eficientes no perjudicaran a otros valores, aquellos serían socialmente deseables, aunque la eficiencia ocupara un lugar bajo en el tótem de los valores sociales.

Por lo que hace al papel positivo del análisis económico del derecho —el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores—, veremos en los capítulos subsecuentes que muchas áreas del derecho, sobre todo, pero no únicamente, los grandes campos del derecho común de la propiedad, los cuasidelitos, los delitos y los contratos, ostentan la marca del razonamiento económico. Es cierto que pocas opiniones judiciales contienen referencias explícitas a los conceptos económicos. Pero es frecuente que las bases verdaderas de la decisión

<sup>6</sup> Por lo que toca al carácter de las contribuciones de Becker a la economía, véase Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976); Becker, *A Treatise on the Family* (ed. ampliada, 1991); Becker, *Accounting for Tastes* (1996).

El nuevo derecho y economía es ahora el tema de una bibliografía extensa; además de las porciones pertinentes de este libro, los libros que tratan de este tema incluyen a Robert Cooter y Thomas Ulen, *Law and Economics* (4ª ed., 2004); William M. Landes y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (2ª ed., 1989); Richard A. Posner, *The Economics of Justice* (1981); Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (1987).



legal estén ocultas antes que iluminadas por la retórica característica de las opiniones. En efecto, la educación legal consiste primordialmente en aprender a hurgar debajo de la superficie retórica para encontrar tales bases, muchas de las cuales pueden tener un carácter económico. (Recordemos cuán ampliamente se definió la economía en el capítulo 1.) No sería sorprendente descubrir que muchas doctrinas legales se fundamentan en acercamientos inarticulados hacia la eficiencia. Muchas doctrinas legales datan del siglo XIX, cuando la corriente del *laissez-faire* basada en la economía clásica era la ideología dominante de las clases educadas. Con la caída del comunismo ha habido un fuerte resurgimiento de la ideología del libre mercado en los Estados Unidos y en gran parte del mundo.

Lo que podríamos llamar la teoría de la eficiencia del derecho común no es que *toda* doctrina y decisión del derecho común sea eficiente. Eso sería muy improbable, dada la dificultad de las cuestiones a las que se enfrenta el derecho y la naturaleza de los incentivos de los jueces. La teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) como un sistema para la maximización de las riquezas de la sociedad. El derecho estatutario y el constitucional, por oposición a los campos del derecho común, tienen menores probabilidades de promover la eficiencia, pero aun ellos, como veremos más adelante, están impregnados de preocupaciones económicas e iluminados por el análisis económico. Tal análisis es útil también para explicar las características institucionales del sistema legal, como el papel del precedente y la repartición de las responsabilidades del cumplimiento forzoso de la ley entre las personas privadas y las dependencias públicas.

Pero podríamos preguntar: ¿no es cierto que el abogado y el economista enfocan el mismo caso en formas tan diferentes que se garantiza una incompatibilidad básica entre el derecho y la economía? X es baleado por un cazador descuidado, Y, y demanda. Lo único que interesa a las partes y a sus abogados, y lo único que el juez y el jurado decidirán, es si el costo de la lesión debiera desplazarse de X a Y; es decir, si es “justo” o “equitativo” que X reciba una compensación. El abogado de X alegará que es justo que X sea compensado, puesto que Y incurrió en falta y X no tuvo ninguna culpa. El abogado de Y podría alegar que X también fue descuidado, de modo que sería justo que la pérdida permaneciera sobre X. No sólo son la justicia y la equidad términos no económicos, sino que al economista no le interesan (según creemos); la única cuestión que interesa a la víctima y a su abogado es ¿quién deberá solventar los costos de *este* accidente? Para el economista, el accidente es un capítulo cerrado. Los costos que inflige están sembrados.

Al economista le interesa la prevención de los accidentes futuros que no se justifiquen por los costos y, por lo tanto, la reducción de la suma de los costos de los accidentes y de su prevención. Las partes del litigio pueden no tener ningún interés por el futuro. Su único interés puede ser el de las consecuencias financieras de un accidente pasado.

Sin embargo, esta dicotomía es exagerada. La decisión de este caso afectará al futuro, de modo que deberá interesar al economista porque establecerá o confirmará una regla para la orientación de los individuos que realizan actividades peligrosas. La decisión es una prevención en el sentido de que si nos comportamos de cierto modo y se produce un accidente, tendremos que pagar una compensación (o no podremos obtener una compensación, si somos la víctima). Al modificar así el precio de sombra (del comportamiento riesgoso) que afronta la gente, la prevención podría afectar su comportamiento y, por ende, los costos de los accidentes.

En cambio, el juez y, por ende, los abogados no pueden olvidarse del futuro. La decisión legal será un precedente que influya sobre la decisión de casos futuros. Por lo tanto, el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento futuro de la gente que realiza actividades que pueden originar la clase de accidentes que está conociendo. Por ejemplo, si el fallo favorece al demandado porque es una persona “meritoria”, aunque descuidada, la decisión alentará a individuos similares a ser descuidados, un tipo de comportamiento costoso. Por lo tanto, una vez que se expande el marco de referencia más allá de las partes inmediatas del caso, la justicia y la equidad asumen significados más amplios de lo que es simplemente justo y equitativo entre este demandante y este demandado. El problema se convierte en la determinación de lo que sea justo y equitativo para una *clase* de actividades, y no puede resolverse sensatamente sin tener en consideración el efecto futuro de reglas alternativas sobre la frecuencia de los accidentes y el costo de las precauciones. Después de todo, la perspectiva *ex ante* no es ajena al proceso legal.

No deben confundirse la “teoría económica del derecho” y la “teoría de la eficiencia del derecho común”.\* La primera trata de explicar el mayor número posible de fenómenos legales mediante el uso de la economía. La se-

\* La “ley común”, en Inglaterra y los países anglosajones, es el cuerpo de leyes desarrolladas en Inglaterra principalmente durante el siglo XVIII, para tomar decisiones judiciales fundamentadas en la costumbre y en el precedente, y constituye también la base para todo el sistema legal de los Estados Unidos; con excepción del estado de Louisiana, que por su tradición francesa sigue en sus leyes estatales el sistema de derecho romano, además de que su división civil se basa en “parishes” o parroquias y no en “counties” o condados como en los demás estados (son el equivalente a nuestros municipios). [T.]



gunda (que está incluida en la primera) postula una meta económica específica para un subconjunto limitado de reglas e instituciones legales. La distinción será clara en el capítulo xi, donde se sostiene que la ley federal del trabajo administrada por la Junta Nacional de Relaciones Laborales, aunque es explicable en términos económicos, no es un sistema para la maximización de la eficiencia; su meta, que es económica pero no eficiente, es el aumento de los ingresos de los miembros de los sindicatos mediante la conformación de un cártel de la oferta de mano de obra en mercados particulares.

### § II.3. CRÍTICAS DEL ENFOQUE ECONÓMICO

El análisis económico del derecho ha suscitado considerable antagonismo, y no sólo entre los abogados académicos a quienes no les gusta la idea de que la lógica del derecho pudiera ser la economía. Ya hemos examinado las críticas de que la economía es reduccionista (una crítica que no se limita por supuesto al análisis económico del derecho) y que los abogados y los jueces no hablan su lenguaje. Otra crítica común es que los fundamentos normativos del enfoque económico son tan repulsivos que resulta inconcebible que el sistema legal pueda aceptarlos. Podría parecer que esta crítica confunde el análisis positivo y el normativo, pero no es así. El derecho refleja y aplica normas sociales fundamentales, ¿y cómo podrían ser esas normas inconsistentes con el sistema ético de la sociedad? ¿Pero es el concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks realmente tan diferente de dicho sistema? Además de lo que se dijo en el primer capítulo, veremos en el capítulo viii que sólo bajo la condición de que este concepto sea *un* componente de nuestro sistema ético, aunque no necesariamente el único ni el más importante, es posible que sea el que domine al derecho tal como lo administran los tribunales, dada la incapacidad de estos últimos para promover eficazmente otras metas. Con la misma salvedad, dos usos normativos de la economía ya mencionados —la aclaración de conflictos de valores y el señalamiento de la vía más eficiente a seguir para lograr fines sociales determinados— quedan fuera del debate filosófico.

Además, el análisis económico del derecho no debe rechazarse sólo porque no estemos convencidos sobre la versión más efectiva de ese análisis. Podríamos creer que la economía explica sólo unas cuantas reglas e instituciones legales, y que podría usarse para mejorar o explicar muchas de ellas, pero que eso es lamentable porque la economía es una guía inmoral para la política legal, o pensar incluso que el análisis económico del derecho tiene

escasa importancia para explicar o mejorar, pero que resulta intelectualmente fascinante: en cualquiera de estos casos ¡no desearíamos cerrar este libro todavía!

Otra crítica recurrente del enfoque económico del derecho —aunque se describe mejor como una razón del disgusto con el que se considera el tema en algunos lugares— es que manifiesta un sesgo político conservador.<sup>1</sup> Veremos más adelante que sus practicantes han descubierto que la pena capital disuade, que la legislación diseñada para proteger a los consumidores acaba perjudicándolos con frecuencia, el seguro del auto sin falta es ineficiente, y la regulación de los valores puede ser quizás una pérdida de tiempo. Hallazgos como éstos proveen municiones para quienes apoyan la pena capital y para quienes se oponen a las otras políticas mencionadas. Pero raras veces se afirma que la investigación económica que provee apoyo para las posiciones liberales exhiba un sesgo político. Por ejemplo, la teoría de los bienes públicos (véase más adelante el § xvi.4) podría verse como uno de los fundamentos ideológicos del Estado benefactor, pero no se la considera de esa manera; una vez que un punto de vista se vuelve dominante, cesa de percibirse como dotado de un carácter ideológico. La crítica omite también varios hallazgos del análisis económico del derecho que se discutirán en capítulos subsecuentes de este libro —los que se ocupan del derecho a la asesoría y de la norma probatoria en los juicios penales, la fianza, la responsabilidad de los productos, la aplicación de la Primera Enmienda a la radiodifusión, los costos sociales del monopolio, los daños en los casos de lesiones personales, la regulación del sexo y muchos otros—, los cuales apoyan posiciones liberales. Es posible que la mejor prueba de que el análisis económico del derecho es ideológicamente neutral, o balanceado, sea el considerable número de sus practicantes prominentes que son decididamente liberales, tales como Ian Ayres, Guido Calabresi, John Donohue, Gillian Hadfield, Jon Hanson, Christine Jolls y Daniel Rubinfeld.

Se critica al enfoque económico del derecho porque se olvida de la “justicia”. Debemos distinguir entre los diferentes significados de esta palabra. A veces significa la justicia distributiva; el grado apropiado de la igualdad económica. Aunque los economistas no pueden decirle a la sociedad cuál es ese grado, tienen mucho que decir acerca de los grados efectivos de la desigualdad existentes en diferentes sociedades y épocas, acerca de la diferen-

<sup>1</sup> Aunque no lo suficiente para algunos gustos! Véase, por ejemplo, James A. Buchanan, “Good Economics-Bad Law”, 60 *Va. L. Rev.*, 483 (1974); Richard A. Epstein, “A Theory of Strict Liability”, 2 *J. Legal. Stud.*, 151, 189-204 (1973).



cia existente entre la desigualdad económica real y las desigualdades del ingreso pecuniario que sólo contrarrestan las diferencias de los costos o reflejan posiciones diferentes en el ciclo vital, y acerca de los costos del logro de una igualdad mayor. En el capítulo xvi discutiremos estas cuestiones.

Otro significado de la justicia, quizá el más común, es el de la eficiencia. Veremos más adelante, entre otros ejemplos, que cuando la gente describe como injusta la condena de una persona sin un juicio, la confiscación de la propiedad sin una compensación justa, o el hecho de que el automovilista negligente no pague los daños a la víctima de su negligencia, esto no significa más que esa conducta desperdicia recursos (véase más adelante el § viii.6). Aun el principio del enriquecimiento injusto puede derivarse del concepto de la eficiencia (§ iv.14, más adelante). Y con un poco de reflexión, no resultará sorprendente que en un mundo de recursos escasos se considere inhumano el desperdicio.

Pero las nociones de justicia son algo más que una preocupación por la eficiencia. No es obviamente ineficiente que se permitan los pactos suicidas; que se permita la discriminación privada por razones raciales, religiosas o sexuales; que se permita matar y comerse al pasajero más débil del salvavidas en circunstancias de desesperación genuina; que se obligue a los individuos a declarar en contra de sí mismos; que se azote a los prisioneros; que se permita la venta de bebés para adopción; que se permita el uso de fuerza mortal en defensa de un interés puramente propietario; que se legalice el chantaje, o que se haga elegir a los delincuentes condenados entre la prisión y la participación en peligrosos experimentos médicos. Pero todas estas cosas ofenden el sentido de justicia de los estadounidenses modernos, y todas son ilegales en mayor o menor (de ordinario mayor) medida. En este libro trataremos de explicar algunas de estas prohibiciones en términos económicos, pero la mayoría de ellas no pueden ser explicadas de ese modo; la justicia es algo más que economía, lo que el lector deberá tener presente al evaluar los juicios normativos de este libro.

La primera edición de este libro se publicó hace tres decenios. Aun si se considerara que esa fecha marca el inicio del análisis económico del derecho —lo que sería demasiado tarde, pues ya existía entonces una bibliografía académica considerable—, el campo ha sobrevivido ahora al realismo legal, al proceso legal y todos los demás campos nuevos del academismo legal del siglo xx, excepto los que son demasiado recientes para haber alcanzado su apogeo. Y no da señales de abatirse. Como algunos de los otros campos, es posible que algún día se entreteja tan estrechamente con la urdimbre del derecho que deje de ser visible como un campo distinto. Por

ahora, sin embargo, convendrá estudiarlo como un cuerpo de ideas y técnicas de análisis fructífero, interesante e influyente.

#### LECTURAS RECOMENDADAS

- Chicago Lectures in Law and Economics* (Eric A. Posner [comp.], 2000).  
 Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", 3 *J. Law & Econ.*, 1 (1960).  
 Coleman, Jules L., *Markets, Morals, and the Law* (1988).  
 Demsetz, Harold, "The Primacy of Economics: An Explanation of the Comparative Success of Economics in the Social Sciences", 35 *Econ. Inquiry*, 1 (1997).  
 Hodgson, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, cap. 5 (1995).  
 Tibbels, *Economics, and the Law*, 24 *Nomos* (1982).  
 Friedman, David D., *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters* (2001).  
*Foundations of the Economic Approach to Law* (Avery Wiener Katz [comp.], 1998).  
 Kennedy, Duncan, "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique", 33, *Stan. L. Rev.*, 387 (1981).  
 Landes, William L., y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, cap. 1 (1987).  
 Leff, Arthur Allen, "Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism", 60 *Va. L. Rev.*, 451 (1974).  
 Miceli, Thomas J., *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation* (1997).  
 "Symposium on Efficiency as a Legal Concern", 8 *Hofstra L. Rev.*, 485, 811 (1980).  
 "Symposium: Economists on the Bench", 50 *Law & Contemp. Probs.*, 1 (otoño de 1987).  
 "Symposium on Post-Chicago Law and Economics", 65 *Chicago-Kent L. Rev.*, 3 (1989).