

**ECONOMÍA, TEORÍA Y PRÁCTICA LEGAL:  
ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES**

*Disertación del Dr. Eduardo Stordeur (h)  
en sesión privada del Instituto de Metodología de las  
Ciencias Sociales, el 29 de octubre de 2009*



# **ECONOMÍA, TEORÍA Y PRÁCTICA LEGAL: ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES**

Por el DR. EDUARDO STORDEUR (H)<sup>1</sup>

## **Introducción**

El Análisis Económico del Derecho ocupa en la actualidad un lugar de indiscutible importancia en la educación legal. Desarrollado en Estados Unidos a partir de innovadores trabajos que extendían la aplicación de los principios de Teoría de los Precios a las decisiones extra mercantiles, en los últimos años ha ganado indudable espacio también en la tradición legal continental. Cada vez más diversas facultades del derecho latinoamericanas, tanto en grado como postgrado, incorporan contenidos, materias y hasta programas completos sobre la disciplina.

---

<sup>1</sup> Profesor en la Maestría en “Derecho y Economía” de la Universidad de Buenos Aires y Profesor titular de la misma disciplina en ESEADE. Miembro del Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Recientemente fue Académico Visitante en el Programa de Derecho y Economía de la Universidad de California en Berkeley. Este artículo fue leído en la sesión privada del Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, durante Octubre de 2009. Agradezco los valiosos comentarios allí recibidos. Sin embargo, la responsabilidad del contenido del artículo es solo mía.

Este fenómeno, a su vez, es parte de un movimiento de mayor alcance que transcurre centralmente en la cultura legal americana, donde desde hace unas décadas, y en forma creciente, se está apelando a ciencias sociales y, en menor medida a disciplinas humanistas, para el examen o comprensión de diversos aspectos del sistema legal. De ese modo, el formalismo legal, aun cuando todavía dominante en la enseñanza, ha perdido notable espacio en la investigación a consecuencia de la proliferación de miradas externas provistas por diversas ciencias o disciplinas sociales o humanísticas, como la filosofía, la sociología, los estudios literarios, la historia, la psicología y, entre otras, la economía.

El empleo de otras disciplinas supone ejercer cierta “mirada externa” sobre el sistema legal, ajena a la clásica exégesis y sistematización de la ley, propias del formalismo legal y, en algunos casos, a sus valores tradicionales. De ese modo, aun cuando algunas aplicaciones contribuyan al estudio de un fenómeno tan complejo como el legal, muchas de estas miradas pueden entrar en tensión con los estudios legales tradicionales.

En este trabajo voy a intentar examinar, de un modo algo general, el grado de compatibilidad entre el formalismo o estudios doctrinales y diversas visiones morales clásicas en materia de filosofía legal con la “mirada económica” del derecho. En otros términos, quiero analizar, conforme a diversas variables y aplicaciones que creo relevantes, las relaciones entre el “derecho y economía” y la disciplina legal.

Por una cuestión de orden, voy a examinar primero aquellas aplicaciones que han resultado, en general, menos polémicas para luego examinar aquellas que han concentrado la mayor parte de las críticas. Sin embargo, en este trabajo, no me voy a ocupar de la más polémica de las afirmaciones: la tesis de que la eficiencia o alguna noción de bienestar asociada constituye el fundamento

del sistema legal<sup>2</sup>. En cambio, sobre el final, voy a hacer algo más simple pero que estimo de utilidad para el debate moral: mostrar que el uso de economía en el derecho constituye una herramienta central para la mayor parte de las visiones o posiciones filosóficas fundamentales en el pensamiento legal.

## Diversos usos del enfoque económico

El análisis económico del derecho (en adelante AED) consiste en el empleo de teoría económica al sistema legal. En otros términos, aun cuando la comprensión y conocimiento del sistema legal puede ser de enorme utilidad al economista, y es conocida la incidencia que las instituciones tienen en el crecimiento económico, el AED, lejos de la interdisciplinariedad, constituye centralmente la teoría de precios aplicada al sistema legal.

Aun cuando no siempre es simple distinguirlos en la práctica, con frecuencia se señalan distintos empleos de teoría económica en el derecho. En este sentido, usualmente se distingue, siguiendo una conocida clasificación, entre análisis económico del derecho positivo y análisis económico del derecho normativo. Mientras el primero supone emplear economía para explicar el sistema legal o predecir las consecuencias del cambio en las reglas legales, el segundo persigue sugerir cambios al sistema legal con la finalidad

---

<sup>2</sup> En este plano, hay dos propuestas centrales. La primera fue formulada hace unas décadas por Richard A. Posner. Véase, de este autor, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory" en *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp. 108 y ss. y "The Ethical and Political Basis of Wealth Maximization" en *Hofstra Law Review*, Vol. 8, 1980. La segunda, más actual, se debe la propuesta de Louis Kaplow & Steven Shavell en *Fairness vs. Welfare*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2002. Me he ocupado de examinar ambas propuestas en Eduardo Stordeur (h), "Las Desventuras de la Maximización de la Riqueza Social", *Libertas* 44, Buenos Aires, 2006 y en mi trabajo, "Eficiencia y Teorías Dentológicas: una respuesta a Kaplow & Shavell", *Ideas y Derecho*, Vol. 5, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía Legal y Social, Buenos Aires, 2005.

de lograr la eficiencia o, aun cuando menos frecuente, cualquier otra meta o resultado como por ejemplo el modo en el cual una regla legal distribuye la riqueza, el impacto que ésta puede tener en otras actividades de importancia o, por ejemplo, el logro de un estándar de política ambiental.

De modo más preciso, en el plano positivo, la economía puede ser utilizada tanto para describir o explicar el sistema legal o parte de él, o bien para predecir las consecuencias derivadas de un cambio en las reglas legales. El análisis descriptivo, normalmente, se centra en explicaciones acerca del modo en el cual diversas instituciones legales son funcionales a diversos objetivos muy generales y la forma que adoptan las instituciones legales, conforme diversas variables que pueden ser examinadas desde la teoría económica.

La economía, en tanto cuenta con una “teoría de la acción” que permite proposiciones con contenido empírico, puede ofrecer cierta explicación funcional de las instituciones apelando al examen de su estructura de incentivos. Esto es algo más general que mostrar que lleva a resultados concretos. Supone en realidad mostrar la “función” de una institución legal, o para ponerlo en términos algo más frecuentes la “racionalidad” de una institución. Se puede mostrar, por ejemplo, que la institución X lleva a situaciones donde “nadie gana” o “muchos pierden” sin especificar ese resultado en términos concretos o que, típicamente, puede describirse por medio de modelos muy generales de alto poder analítico.

De esta naturaleza son algunas proposiciones típicas que, al mismo tiempo, permiten predicciones muy generales de tendencia y recomendaciones normativas. Un ejemplo muy frecuente es la explicación de la evolución del derecho de propiedad privada como instrumento para internalizar efectos externos derivados del uso común de la propiedad. Es decir, la tesis muy aceptada de que la emergencia de la propiedad se debe a que ésta permite eliminar

costos externos asociados al mal empleo de recursos comunes de libre acceso<sup>3</sup>.

Del mismo modo es posible explicar la evolución del derecho de los contratos como instrumentos para generar promesas más creíbles que alienten la expansión de los mercados en contextos donde los intercambios son diferidos. Esto permite, por ejemplo, explicar la simplicidad del derecho de contratos en sociedades primitivas en comparación a otras ramas del derecho, como el derecho de familia o el de la responsabilidad por daños o la naturaleza en general comunal de la propiedad sobre la tierra<sup>4</sup>.

La explicación es simple: el tipo de externalidades que tanto el derecho de propiedad como el derecho de contratos permite internalizar no estaban presentes en las sociedades primitivas. Básicamente los bienes comunes era sobreabundantes, los grupos chicos y muy homogéneos, de modo que podían lidiar con las ineficiencias de la propiedad de libre acceso de manera adecuada. Respecto del derecho de contratos, el oportunismo es muy poco frecuente cuando no hay convenios a plazo diferido. Por otra parte, la teoría explica por qué otras ramas o áreas del derecho, como el derecho de familia o el de responsabilidad civil, tal como hoy las reconocemos, eran partes importantes del sistema legal.

A un nivel menos abstracto, hay muchas “funciones” de diversos institutos del derecho que pasan simplemente desapercibidos al analista, si éste no emplea economía o juegos. Por ejemplo, la idea de que la limitación de la responsabilidad de los socios por

---

<sup>3</sup> El trabajo fundamental es Harold Demsetz, “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, 1967, pp. 347-359. Es interesante que el mismo Demsetz también se ocupó de una defensa moral de la concepción económica de la propiedad en “Ethics and Efficiency in Property Rights Systems”, en Mario Rizzo ed., *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, Lexington Books, Mass. 1979, pp. 99- 123.

<sup>4</sup> Esa función del derecho de los contratos es demasiado conocida. Para un examen del derecho de contratos en sociedades primitivas consistente con la explicación general, Richard A Posner, “The Economic theory of Primitive Law” en su libro *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1981, pp. 182-183.

la deudas sociales permite colocar el riesgo del fracaso empresario en quienes pueden soportarlo más fácilmente o que uno de los fundamentos centrales de la ley de concursos es eliminar un problema de acción colectiva del tipo dilema del prisionero<sup>5</sup>.

La economía puede, en efecto, ser empleada para dotar al sistema legal de una racionalidad y una coherencia que el método tradicional de interpretación y sistematización de las fuentes del derecho no provee. La tesis es que las instituciones legales tienen funciones económicas y que el sistema legal puede ser consistentemente comprendido y examinado desde postulados analíticos muy simples y generales. Puede ofrecer incluso algunas distinciones que pueden ser muy útiles para la aplicación del derecho. De hecho es evidente que la coherencia de un sistema es importante para su aplicación<sup>6</sup>. Supongamos que un caso de daños es fronterizo entre responsabilidad contractual o responsabilidad extra contractual. En un caso como éste, contar con un sistema general puede facilitar la aplicación de las reglas a casos particulares, en tanto constituye una forma de comprender mejor el sistema legal<sup>7</sup>.

A un nivel mucho más abstracto es posible usar algunos conceptos de teoría de precios y de juegos para formular descripciones de enorme interés que tienen poder explicativo para el sistema legal. Se puede afirmar de ese modo que tal o cual problema de coordinación típico que ocupa al sistema legal constituye una clase de interacción examinada por estos cuerpos teóricos de manera consistente y no ambigua. Por analogía, por ejemplo, puede decir-

---

<sup>5</sup> Estas funciones son también muy conocidas, véase por ejemplo, Francisco Cabrillo, *Quiebra y Liquidación de Empresas, Un análisis económico del derecho Español*, Unión Editorial, Madrid, España, 1989, Capítulos I y II.

<sup>6</sup> Aun cuando en el caso del derecho, alguna disidencia que permita competencia interna de institutos legales puede ser deseable. Es decir, con incentivos correctos, los tribunales pueden con el tiempo seleccionar reglas que permitan mejor nivel de cooperación social y para eso es necesario que el sistema admita algún nivel de contradicción.

<sup>7</sup> Véase, Anthony Ogus, "What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics", *Chicago-Kent Law Review*, Vol.79, 2004, 383-402. Todo aun cuando no necesariamente la regla deba ser necesariamente "económica" o provenir de una mirada económica del sistema legal.



se que hay poder de mercado en la oferta de servicios políticos de tal o cual partido o un oligopolio de permisos para usar determinados recursos o una tragedia de la propiedad comunal que lleva al sobre uso de los tribunales para zanjar disputas.

De ese modo, muchas interacciones típicamente legales pueden ser caracterizadas y mejor comprendidas apelando a diversas clasificaciones de la teoría económica o su capítulo de teoría de juegos. Se puede afirmar, por ejemplo, que tal o cual interacción constituye un “juego de suma cero”, para caracterizar un caso donde la ganancia de algún participante es la pérdida de otro, o que alguna regla supone un probable “punto focal”, para referir a una regla general compartida de modo tácito, o que la estructura de incentivos de una interacción constituye un “juego de la gallina”, un “dilema del prisionero” o, por ejemplo, “un juego del seguro”. Estas descripciones, permiten comprender rápidamente las propiedades de un tipo de interacción, eliminar ambigüedades, y examinar el impacto del sistema legal en las propiedades relevantes del tipo de interacción bajo examen.

La segunda función positiva del empleo de teoría económica en el ámbito legal consiste en una predicción de la respuesta de individuos (que se asumen) egoístas racionales a cambios en las reglas legales. El tipo de operación que permite este análisis es muy intuitivo: del mismo modo que las personas reaccionan a cambios en los precios relativos de los bienes en el contexto del mercado, se asume que las personas también son sensibles a los premios y sanciones contenidos en el sistema legal. De ese modo, por ejemplo, se asume que una sanción más grande por incumplimiento contractual debería –todo lo demás constante– llevar a un mayor grado de cumplimiento contractual y que, por el mismo motivo, sentencias que indemnizan por debajo del nivel del daño en materia de derecho de accidentes deben llevar a los actores o agentes capaces de imponer riesgo a la sociedad a que adopten menor cantidad de prevención para evitar accidentes.

La idea central es la conocida hipótesis de que los individuos actúan o toman decisiones con la finalidad de incrementar su bienestar o utilidad esperada, lo que —simplemente expuesto— quiere decir que no desaprovechan oportunidades de obtener sus fines a menores costos. En segundo término, se asume que la ley o diversas fuentes de reglas legales, afectan los incentivos de modo análogo a los precios de mercado. De ese modo, un cambio en la ley modifica “el equilibrio” o resultado típico de las interacciones contemplado por la regla legal. Por ejemplo, si los requisitos o requerimientos legales para emplear el procedimiento del concurso preventivo para personas físicas disminuyen, este procedimiento será más empleado por los agentes de mercado que, como en cualquier otro contexto, intentan sacar provecho de las opciones que les permiten obtener sus fines al menor costo posible, medido o expresado en las demás cosas que deben resignar para obtenerlos. Se asume que también en el ámbito legal las alternativas enfrentan precios, puesto que elegir una de ellas significa resignar otras y que los cambios en las relaciones de valores derivadas de cambios en la ley permiten un examen sistemático y predecible de las decisiones.

Un ejemplo simple puede ilustrar la idea que subyace a la mayor parte del análisis típico de la economía de la ley. Supongamos 12 personas esperando en migraciones para ingresar a un país y 3 casillas que operan a igualdad de condiciones, de modo tal que las personas son indiferentes entre hacer el trámite en una u en otra. Se asume, por ejemplo, que todas operan a igual velocidad y con igualdad calidad de servicio. Es evidente que la predicción razonable es que las personas se distribuyan en tres grupos de cuatro personas por cada casilla de migraciones. Es que simplemente cualquier persona que se agrega a una cola más larga deja de aprovechar una oportunidad disponible para obtener sus fines a menores costos. Un cola donde hay cuatro personas, de hecho, es  $\frac{1}{2}$  más costosa que una donde hay dos personas y la hipótesis

de que los individuos son maximizadores de la utilidad esperada permite predecir que las personas intentarían sacar la mejor partida posible dadas las restricciones que enfrentan. Si se abre un cajero o casilla de trámites adicional, por ejemplo, es predecible que las personas se agruparan ahora en cuatro grupos de tres personas, por la simple razón de que esa es la distribución “de equilibrio”, es decir, aquella estable en tanto nadie tiene incentivos para abandonarla, salvo que cambien las condiciones o variables relevantes del tipo de interacción.

Un procedimiento análogo es muy empleado en economía de la ley. Se asume que las personas persiguen maximizar su utilidad y que por lo tanto son sensibles a los cambios en los “premios y castigos” o “precios implícitos” contenidos en la ley, de modo tal que cambios en el sistema legal llevan a nuevos equilibrios o situaciones estables que son predecibles por la teoría.

En este sentido, una forma posible y plausible de definir el derecho desde el enfoque económico de la ley, que guarda alguna familiaridad con algunas explicaciones clásicas del derecho en el contexto de la filosofía legal, es la idea de que éste constituye un sistema de gobierno social basado en incentivos. Si las personas, al menos en algún grado apreciable, efectivamente reaccionan a cambios en los precios contenidos en las reglas legales de manera determinada y predecible, entonces una forma plausible y útil de estudio del derecho es mostrar las consecuencias y propiedades del sistema legal desde el examen de los incentivos.

En cualquier caso, los abogados siempre han estado razonablemente conscientes de la importancia de los efectos de la ley. No solo el sistema legal está plagado de objetivos que requieren un examen instrumental de las reglas legales sino que algunas de las explicaciones más fundamentales del derecho han puesto el acento en las consecuencias de las reglas legales como fundamento de su última validez. Del mismo modo, otras variantes de filosofía legal, han considerado al sistema jurídico como un mecanismo

pragmático para obtener fines socialmente valiosos y es posible detenernos en varios antecedentes de esta naturaleza. Los abogados, creo, siempre han estado razonablemente preocupados por las consecuencias de las leyes solo que 200 años de teoría económica constituyen mejor herramienta que el simple sentido común para examinar consecuencias no intencionadas del sistema legal.

Creo que la economía tiene evidentes ventajas respecto del derecho, en sentido tradicional, para explicar y predecir el fenómeno legal, aun cuando también enfrenta algunas limitaciones, dependiendo del área legal bajo examen y de la finalidad con la cual se emplee la teoría.

Finalmente, la teoría económica puede emplearse en términos normativos, es decir para sugerir cambios al sistema legal. En general dichas recomendaciones operan sobre la base del objetivo de la eficiencia, pero puede emplearse economía para examinar el modo en el cual el sistema legal puede obtener otros fines distintos a la eficiencia, como el modo en el cual las reglas legales distribuyen costos entre las personas o grupos de personas o bien obtener otros resultados que sean atractivos moralmente. Sobre el final del trabajo voy a mostrar diversas aplicaciones normativas. Antes voy a comentar la utilidad que, creo, tiene la economía del derecho para el abogado y en la educación e investigación legal.

## **Economía y ejercicio del Derecho**

El empleo de teoría económica a fines positivos, es decir descriptivos o predictivos, tiene enormes ventajas sobre los estudios legales convencionales, usualmente denominados “doctrinales”, o “formalismo legal” en Estados Unidos, aun cuando los estudios de este tipo, para algunas aplicaciones, tienen también sus ventajas.

La educación legal tradicional, con su énfasis en las eternas clasificaciones y disquisiciones detallistas, tan apropiada para defender casos en los tribunales, no permite un examen positivo, es decir funcional o predictivo del sistema legal. El abogado tradicional está razonablemente entrenado en la comprensión, sistematización y empleo de la ley con fines concretos pero no cuenta con herramientas conceptuales que le permitan una predicción o explicación de sistema.

La familiaridad con la “cultura legal” y las motivaciones más frecuentes de los agentes y operadores del sistema, los antecedentes jurisprudenciales, el conocimiento de contexto, los arcanos secretos de los procedimientos y un conocimiento nominal del sistema legal, dotan al abogado tradicional de enormes ventajas, respecto de cualquier otra clase de conocimiento, al menos para la mayoría de los casos para operar el sistema legal con la finalidad de obtener resultados favorables en diversas instancias judiciales y administrativas, pero no con las herramientas adecuadas para examinar el derecho como un sistema positivo.

En otros términos: es posible que para predecir el caso o un grupo de casos el abogado tradicional esté en capacidad de brindar mejores predicciones (aunque probablemente no explicaciones) de las decisiones de tribunales y agencias del estado o el resultado o efectos puramente legales de prácticas privadas. De hecho, la formación clásica del abogado es más la de un hábil operador del sistema, capaz de maniobrar muy bien las instituciones y emplear cierto lenguaje y argumentos receptados por los actores para obtener resultados favorables o predecir el tipo de resoluciones para casos concretos que la de un analista del sistema legal, en el sentido científico del término.

Es difícil conocer con precisión la naturaleza del razonamiento legal y de hecho no hay demasiado consenso acerca de qué procedimientos analíticos son los típicamente legales y, desde luego, no pretendo examinar un tema tan complejo en estas breves

páginas que tienen otra finalidad. Pero hay cierta “cultura” compartida entre los miembros de la profesión legal que les permite comprender de modo rápido y preciso las motivaciones de sus miembros y les coloca en una situación inmejorable para predecir resultados concretos de casos o un grupo limitado de casos.

Es probable que la “teoría general del derecho” del abogado practicante, que en general desdeña la teoría general del derecho y otros esfuerzos análogos, sean las doblemente milenarias categorías del derecho civil, un sistema “teórico” ciertamente modesto, si se le compara con la sofisticación de la economía, pero altamente orientativo para practicar el derecho entre abogados litigantes<sup>8</sup>. A nivel analítico es probable que los abogados empleen una serie compleja de operaciones difíciles de establecer con precisión, donde se confunde el tradicional silogismo legal; el razonamiento por analogía; el peso relativo de los precedentes; las propias preferencias sociales de los jueces y/o agente que deciden; la demanda social por determinados resultados normativos; la influencia política; ciertas pautas morales compartidas; y otras variables difíciles de precisar, las que probablemente tengan menor o mayor peso dependiendo de la materia, el contexto, la clase de pleito, la naturaleza de las partes, la claridad con la cual está formulada la solución legal, la inexistencia o existencia de lagunas legales y otras variables relevantes.

En materia práctica, entonces, quizás el elemento relevante para juzgar el grado potencial de empleo de material económico en el trabajo del abogado litigante sea, al menos en parte, el grado de persuasión que el examen de las consecuencias tiene en las decisiones de los tribunales y agencias del estado. Se ha juzgado, en este sentido, que para el caso de los Estados Unidos, el éxito y mayor recepción de la economía en comparación con otras disciplinas sociales es la capacidad de transformar proposiciones deri-

---

<sup>8</sup> Debo esto a un comentario de Ricardo Guibourg. Pero la responsabilidad de su inclusión en este trabajo, naturalmente, es enteramente mía.

vadas de la economía en argumentos persuasivos<sup>9</sup>. Sin embargo, es evidente que su recepción en materia de litigios es limitada y que un estudio más a fondo debería distinguir cuáles propiedades de los pleitos hacen más permeables los argumentos basados en teoría económica.

Este asunto es complejo y requiere más de lo que puedo hacer en este trabajo, de modo que sólo voy a enunciar algunas distinciones que creo tienen sentido para evaluar la eventual fuerza persuasiva de las consecuencias en el campo de las decisiones judiciales y administrativas<sup>10</sup>.

Para comenzar, es evidente que hay áreas del derecho obviamente más sensibles que otras al razonamiento económico, como sucede con el derecho de la defensa de la competencia, el derecho de los impuestos o el financiero, donde el sistema legal tiene fuerte impacto en el sistema económico. En materia impositiva, por ejemplo, un examen serio de si un impuesto es confiscatorio, requiere de un examen agregado del tipo más afín a los economistas que al tipo de análisis normativo de los abogados, aun cuando las metas o reglas de los impuestos sean legales o políticas. Y aun cuando el empleo de teoría económica en campos donde las conexiones con la economía son evidentes, datan desde los inicios de siglo y no constituyen ninguna novedad teórica, los refinamientos del enfoque económico del derecho desarrollados durante las últimas décadas pueden mostrar nuevos resultados en estas áreas de práctica más permeables a la argumentación económica.

Por otra parte, es probable que la tradición legal tenga un peso especial en las fuentes de la decisión judicial. En este sentido, es probable que la influencia utilitarista y pragmática en la cultura legal americana y el sistema basado en precedentes hagan

---

<sup>9</sup> Véase, Jack M. Balkin y Sanford Levinson, "El derecho y las humanidades: una relación incómoda", publicado originalmente en inglés en 2006 y traducido en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 9, n 1, 2008, p. 223 y ss.

<sup>10</sup> No puedo comentar y menos aún elaborar sobre teoría de la decisión judicial en este espacio.

más permeable el uso de teoría económica en el derecho común americano, por ejemplo, que en nuestro sistema legal<sup>11</sup>. Y esto no sólo por cuestiones de cultura legal sino además por cuestiones estructurales. Es posible que el mandato constitucional de “aplicar leyes” en general escritas, con independencia de las lagunas y ambigüedades de los textos, limite el peso o valor argumental de las consecuencias en las decisiones judiciales. Sin embargo es probable que el cálculo de las consecuencias afín al enfoque económico tenga especial peso, aun en nuestro sistema legal continental, en casos de lagunas legales, casos de ambigüedad o bien donde hay conflictos de derechos o donde por la naturaleza del caso las consecuencias del fallo son socialmente importantes<sup>12</sup>.

Es probable, además, que en ambas tradiciones los jueces sean más propensos a tomar en cuenta elementos de teoría económica en aquellos casos donde las decisiones tienen fuerte contenido de “bien público”, en el sentido que afectan el bienestar de muchas personas y dejen de lado este tipo de consideraciones para aquellos casos donde la sentencia es un bien típicamente privado donde el bienestar comprometido es sólo o fundamentalmente el de las partes. En este sentido por ejemplo, es evidente el fuerte contenido económico que tienen los típicos fallos de emergencia de los tribunales superiores, aun cuando no siempre el análisis es explícito<sup>13</sup>.

Por otra parte, es probable que la mayor demanda y activismo requerido a los Tribunales en nuestros días hagan cada vez más permeable el empleo de economía en “el derecho de todos

---

<sup>11</sup> Para este tema, véase, Horacio Spector, “Fairness and Welfare from a Comparative Law Perspective”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.79, 2004, p. 521-39.

<sup>12</sup> Para un examen del espacio para las consecuencias en las decisiones judiciales, véase, Martín Diego Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 12 y ss.

<sup>13</sup> Véase, Eduardo Stordeur (h), “Poder de Policía y Eficiencia: Análisis de los Fundamentales Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Capítulo VI del libro, Martín Krause y otros, *Análisis Económico del Derecho. Aplicación a Fallos Judiciales*. La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 115-189.



los días”, en particular, desde luego, en aquellos casos y materias donde los efectos externos de las sentencias son importantes. Por ese motivo es probable que los Tribunales superiores empleen, en promedio, más consideraciones basadas en las consecuencias que los Tribunales inferiores. El peso del formalismo legal, creo, debería ser más grande en casos de menor importancia social que en aquellos donde los efectos de las decisiones, como en los casos de derechos de tercera generación o de derecho de la emergencia, tienen incidencia sobre muchas personas.

Los casos difíciles donde hay conflictos de derecho sin una resolución clara y cuyo contenido es socialmente sensible pero al mismo tiempo privado, constituyen casos más ambiguos. Es probable que la economía deba competir con otras formas de mirar el derecho, en particular con las intuiciones morales más compartidas<sup>14</sup>.

De modo que, tal como están las cosas, es probable que para la generalidad de los casos cotidianos la teoría económica no sea de utilidad directa para el abogado litigante. La mayor parte de los casos son simples, no generan demasiados efectos externos de importancia, las soluciones son claras y se llevan adelante ante Tribunales inferiores y jueces formados en la tradición formalista. Sin embargo, el abogado formado en economía de derecho cuenta todavía con una poderosa herramienta analítica que le permite conocer mejor los problemas y, si logra traducir sus conclusiones al lenguaje formal, puede ganar en persuasión y tomar mejores decisiones estratégicas.

El aporte de la economía del derecho a las capacidades analíticas del abogado práctico constituye un tema que requiere un trabajo por separado. Pero, el abogado de litigios puede usar economía, por ejemplo, para comprender los elementos conflictivos

---

<sup>14</sup> No creo que nuestros Tribunales hagan uso explícito de filosofía legal o política contemporánea. Por otra parte la filosofía del derecho local se ocupa de temas no demasiado relacionados con las decisiones de los Tribunales.

y cooperativos de un problema legal, explotando ambos a favor de su cliente. Puede también mostrar problemas de consistencia interna de una regla legal, aun cuando los términos empleados no sean económicos; argumento al cual un Juez formalista, por propia formación, debería ser especialmente sensible. Puede mostrar que determinada regla legal no es consistente con sus propios fines u otras reglas desde un punto de vista funcional, entre otras funciones analíticas que deberían incrementar el potencial analítico y por lo tanto persuasorio del abogado litigante, aun en casos “privados”.

La economía, como todas las disciplinas formales o con contenidos formales, puede ordenar el razonamiento del abogado de un modo que le permita pensar mejor problemas legales. Es evidente, por ejemplo, una vez que el abogado conoce economía del litigio, que la conveniencia de llevar un pleito a juicio depende del valor probable de la sentencia, la probabilidad de ganar el pleito, los costos del arreglo judicial, las diversas variables que conforman el costo de litigar, el tiempo y la tasa de interés, entre otros de menor importancia. Conocer formalmente estas relaciones permite al abogado ofrecer mejores predicciones aun cuando las consideraciones que emplee para valorar esas variables sean internas o formalistas. La teoría económica, en suma, permite ordenar contenidos provenientes del conocimiento detallado del derecho y ofrecer mejores argumentos aun en casos donde el peso de las consecuencias no debería ser tan importante a las decisiones judiciales.

De modo que para el abogado litigante, siempre para casos particulares de carácter privado donde es necesaria mucha información que el modelo de la teoría económica omite y que con frecuencia es tomada en cuenta por la detallista y algo simplona doctrina legal, es probable que las viejas categorías ofrezcan mejores predicciones que las elegantes formulaciones de la teoría económica, siempre respecto de las decisiones judiciales o administra-

tivas en el corto y mediano plazo. Con las excepciones y límites destacados, es probable que la teoría económica constituya, sobre todo en nuestra tradición legal, una mirada demasiado “externa” al tipo de motivaciones y elementos que permiten una buena predicción del caso o de casos donde el contexto y el manejo de muchas variables es de importancia, como sucede con frecuencia en “el derecho de todos los días”.

De hecho, aun cuando se ha destacado el empleo de teoría económica en la argumentación legal en Estados Unidos, en los hechos, aun la más receptada de las ideas de la economía del derecho como la regla o fórmula de Hand que permite establecer con precisión la noción de negligencia empleando economía, no ha sido aplicada con mucha frecuencia por los tribunales americanos y aun en aquellos casos en los cuales ha sido aplicada, lo ha sido sólo a fines analíticos y no directamente operativos. Es decir, solo como una herramienta que permite, por analogía, pensar mejor la regla de la negligencia, pero no como una regla de la cual se sigue necesariamente la imputación de la responsabilidad legal para esta clase o tipo de casos.

El Juez Posner, por ejemplo, en *Mc Carty Vs. Pheasant Run. Inc.*<sup>15</sup> afirmaba que no hay diferencias sustanciales entre el formulismo usual que define algo vagamente la negligencia como la “falta de cuidado razonable” y la regla de Hand. Para Posner, esta última pone en términos económicos el test convencional para establecer la negligencia. En este sentido, ausencia de cuidado razonable puede ser entendida como la falta de adoptar precauciones, cuyos beneficios evitando accidentes es mayor que el costo de la precaución. Sugiere que la regla reproduce de manera más precisa los elementos que usualmente los tribuna-

---

<sup>15</sup> United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 1987, 826 F.2d 1554. La regla o fórmula de Hand define a la negligencia en terminos de una simple desigualdad. Afirma que ésta ocurre cuando el costo en prevención es marginalmente menor a la probabilidad de ocurrencia del hecho dañoso multiplicado por la cuantía esperada del accidente.

les tienen en cuenta cuando determinan la negligencia. Pero el mismo Juez Posner admite en ese fallo que la regla no es directamente operativa<sup>16</sup>.

De modo que para el abogado litigante la utilidad de la teoría económica debería depender de diversas variables entre las que cuentan la tradición legal, el área del derecho materia del litigio, el tipo de caso, la naturaleza “pública o privada” del pleito, la existencia de lagunas del derecho o problemas de interpretación derivados de la “textura abierta del lenguaje”, la existencia de conflictos de derechos, la ausencia de un paradigma o regla moral predominante y la cantidad de efectos externos potenciales de las sentencias. Por ese motivo debería ser más probable el empleo, aunque sea indirecto, del enfoque económico o cualquier otra forma análoga de examen de las consecuencias o funciones generales del sistema legal por parte de tribunales superiores y en materias reguladas, ajenas al derecho de fondo clásico. Algunos de estos elementos, sugieren que el creciente activismo judicial a campos regulatorios y el consiguiente abandono de categorías clásicas del derecho debería dar lugar también a una creciente recepción de argumentos y demostraciones de la economía en el campo de las decisiones judiciales.

## **Economía y legislación**

Aun cuando el abogado tradicional puede predecir mejor que nadie la probabilidad de obtener determinados resultados en tribunales o en una agencia, y esa mirada puede extenderse a una serie de casos análogos, el tipo de análisis tan contextual y la ausencia de una teoría de la acción le impide generar teorías o explicaciones generales acerca del sistema legal.

---

<sup>16</sup> Véase, Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics. Cases, Materials and Behavioral Perspectives*, West Group, 2002, p. 348.

De hecho, es probable que el abogado como micro operador y analista del sistema, no esté mucho mejor dotado que el odontólogo dotado de buen sentido y correctamente informado, para efectuar explicaciones y recomendaciones generales acerca del modo en el cual evolucionan, cambian y funcionan los sistemas legales. De hecho las reglas legales tienen una incidencia enorme en la vida social que se extiende mucho más allá de las decisiones de los tribunales, agencias y el pequeño ámbito del conflicto. Las reglas legales generan incentivos en la vida social en general del cual el campo de litigio constituye un subconjunto muy menor. De hecho es probable que buenas reglas legales debieran evitar conflictos eliminando el dispendio privado y social de los juicios.

La educación legal está más orientada al examen de este pequeño subconjunto de reglas. Es decir se ocupa más de la excepción, el litigio, pero en tanto basada (al menos en nuestro país) tan fuertemente en el formalismo o doctrina, no cuenta con modelos ni herramientas teóricas capaces para comprender el modo en el cual funciona el sistema legal en un contexto más amplio, es decir, el derecho como sistema de gobierno social. El litigio es sólo un subconjunto muy pequeño del sistema legal cuya finalidad, entre otras, es establecer reglas que permitan arribar a patrones de conductas predecibles y deseables. Y el abogado formalista no cuenta con herramientas analíticas que le permitan examinar de manera sistemática las funciones y efectos del sistema legal.

De hecho, solo en un sentido muy laxo del término los abogados o la “dogmática” legal cuentan con teoría en el sentido científico del término. En general son proposiciones normativas o bien explicaciones demasiado contextuales de baja elaboración teórica como para ser tenidas como tales. Muchas de estas teorías no son más que juicios normativos elaborados o sistematizaciones de la misma ley, pero en general sin contenido empírico y de baja elaboración abstracta o generalidad en la aplicación.

Pero es evidente que el abogado no sólo desarrolla actividades en materia de litigio. Se ocupa también de asesorar a cuerpos legislativos, escribir doctrina donde valora la ley en general y asesora organismos privados y públicos que bien ejercen peso en las leyes y reglamentos. En este ámbito es fundamental conocer el impacto de la ley y su consistencia funcional con otras ramas o reglas del sistema legal. Y es por lo tanto en esta función donde el enfoque económico de la ley constituye una enorme ventaja respecto de la formación doctrinaria tradicional. El ámbito donde probablemente más útil es la economía del derecho al abogado practicante es el campo legislativo o de producción de reglas en general<sup>17</sup>.

En estos casos, comprender los efectos de las reglas legales y su consistencia y operatividad es de vital importancia, no sólo porque muchas de ellas buscan metas generales y a veces concretas, sino que la misma validez o grado de validez de la regla depende de que esté afincada correctamente en incentivos. La teoría económica permite además verificar el modo en el cual las reglas logran diversas metas que normalmente son muy aceptadas en materia legislativa, con independencia del peso que muchas veces puede tener la eficiencia. Un buen ejemplo, en este campo, es el enorme éxito del empleo de mecanismos de mercado para cumplir metas medioambientales, tal como muestra la experiencia de las últimas tres décadas<sup>18</sup>.

De hecho hay algunas legislaturas que han adoptado test de costo-beneficio y se sabe el enorme empleo que esta técnica tiene

---

<sup>17</sup> Véase por ejemplo el comentario de James M. Buchanan al libro de texto de Posner, donde se centra fuertemente en esta distinción para valorar el aporte del “Derecho y Economía”. J. M. Buchanan, “Good Economics - Bad Law”, *Virginia Law Review*, Vol. 60, n. 3, 1974, pp. 483-492.

<sup>18</sup> Son las mismas razones que hacen admisible el enfoque económico normativo a nivel “débil” e “instrumental” –que examinamos más adelante– las que hacen tan atractivo el enfoque económico en el ámbito legislativo. En este campo el análisis positivo y normativo se confunde con facilidad.

en las agencias gubernamentales americanas. Es que la actividad legislativa, lo mismo que la judicial en los casos propicios, requieren de cierta mirada “externa” a las motivaciones de los agentes del sistema, que les permita “mirar más allá del expediente”. Las reglas legales no sólo sirven para resolver disputas, sino fundamentalmente para eliminarlas generando mejores incentivos para la cooperación social. La resolución de las disputas, que tanto ocupa a nuestra educación legal tradicional, es solamente una parte muy menor y estrecha de las funciones que tiene el derecho en la vida social.

Por último, es probable que el enfoque económico sea de gran utilidad analítica a los jueces en casos de “bienes públicos” o donde las resoluciones potenciales tienen fuertes efectos negativos y positivos en la comunidad, y demás elementos que hemos comentado con anterioridad. En este sentido, como se ha señalado, es probable que para los Tribunales superiores sea de vital importancia contar con una visión más sistemática y general de los efectos de la ley, en casos donde las consecuencias son de importancia y donde sean varias las partes potencialmente afectadas por la decisión judicial.

En estos casos donde los efectos externos de las decisiones son muy grandes, como sucede con los derechos de “tercera generación” por ejemplo, es probable que, contar con una descripción acerca del modo en el cual funciona el sistema legal y cuáles son las consecuencias probables de las decisiones, sea de enorme utilidad para adoptar buenas soluciones normativas.

De modo que aun para el abogado “práctico” no interesado en explicaciones científicas el enfoque económico es de alta utilidad. El tema es demasiado extenso para examinarlo en este breve contexto, pero parece claro que los estudiantes pueden obtener una comprensión del conjunto del sistema legal que puede mejorar ampliamente su desempeño particular. Si los jueces se toman en serio las consecuencias, y en general se las toman,

el abogado capacitado en economía de la ley puede incrementar notablemente su capacidad argumental. Al mismo tiempo, puede comprender los incentivos que subyacen a diferentes interacciones logrando mejores resultados en su práctica, en tanto puede anticipar la naturaleza de las relaciones que enfrenta con otros actores legales. El potencial de la economía de la ley se incrementa enormemente para el caso del abogado dedicado a temas públicos o áreas del sistema legal donde el sistema de la ley puede ser muy importante para comprender los casos. Por esos mismos motivos, conocer economía de la ley y economía en general, es central para el abogado legislador, asesor de agencias y políticas públicas en general y Juez en temas de alto contenido sistemático o allí donde los efectos externos de las resoluciones son importantes. No es por tanto extraño que las principales escuelas de derecho de Estados Unidos, usualmente tan centradas en la práctica, ofrezcan cursos específicos de economía de la ley, además de las cada vez más frecuentes aplicaciones a materias particulares. El motivo es simple: aun cuando la buena doctrina es insustituible, la economía, probablemente más que otras miradas externas, permite al abogado práctico argumentos en capacidad de persuadir.

## **Economía y academia legal**

Donde el derecho mantiene algún grado de autonomía es en el campo de la educación e investigación legal en el cual se han registrado los cambios más importantes durante las últimas décadas. Las facultades de derecho en los Estados Unidos, hasta el reciente empleo de economía y otras ciencias o disciplinas sociales, eran fundamentalmente escuelas de artesanos antes que centros de formación universal donde se privilegie la investigación o un conocimiento general y sistemático del Derecho. Los profesores



destinaban sus trabajos a jueces y abogados antes que a miembros de la comunidad académica y su producción era fundamentalmente de consumo local. En otros términos, eran trabajos artesanales para artesanos del derecho, generando cierta armonía entre los trabajos doctrinales y la enseñanza y práctica del derecho. Como en el caso local, los profesores en su mayoría se ocupaban de temas de “doctrina” que tenían por finalidad explicar la ley, mirar su consistencia y sugerir nuevas aplicaciones a casos dudosos<sup>19</sup>.

Durante las últimas décadas, sin embargo, el dominio del formalismo legal se ha resentido significativamente en la investigación con el creciente empleo de “otras miradas” provenientes de disciplinas sociales y humanistas al campo legal. En las escuelas de derecho de los Estados Unidos cada vez son más los estudiosos del sistema legal que emplean otras disciplinas, tales como la economía, la sociología, la psicología evolutiva, la filosofía, la literatura y otros para el examen o comprensión del sistema legal. Es probable que las “miradas externas” más influyentes sean aquellas provenientes de la economía y las frecuentes aplicaciones de filosofía normativa al sistema legal de creciente aplicación desde la conocida revitalización de la filosofía política a la publicación de “Una Teoría de la Justicia”. Aun cuando la más extendida de las ciencias aplicadas al derecho, en la actualidad, es probablemente la economía<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Por ese carácter artesanal, en generar las universidades requerían cierta experiencia en la práctica profesional a los profesores, y el impacto de sus investigaciones eran inherentemente locales y especializadas a determinadas áreas del derecho. A diferencia de la mayoría de las demás disciplinas universitarias eran poco frecuentes la existencia de comunidades académicas y revistas especializadas de alcance más bien internacional. Véase, Thomas S. Ulen, “The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship.” *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 79, 2004, p. 411-3.

<sup>20</sup> Para Ulen, Derecho y Filosofía, es también un área de enorme importancia, facilitada por la familiaridad de los abogados con el tipo de análisis en prosa que emplean los filósofos. Tiene la ventaja de que tiene tradición académica, pero el problema es que los mismos filósofos no se ponen muy de acuerdo respecto del marco teórico y en general sus hipótesis no son demostrables por medio de datos. Thomas S. Ulen, “The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship.” *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 79, 2004, p. 411-3.

Economistas y abogados entrenados en economía compiten de este modo con filósofos normativos y especialistas inspirados en otras ciencias para encontrar una explicación “externa” más general y consistente del sistema legal. De ese modo, mientras conocidos trabajos han intentado mostrar la racionalidad económica del derecho de daños como mecanismo para disminuir el costo que enfrenta la sociedad a consecuencia de los accidentes, los filósofos han intentado mostrar, aun con cierta ausencia de paradigma, el modo en el cual ciertos criterios de justicia o principios análogos pueden explicar las reglas fundamentales del derecho de daños<sup>21</sup>.

En otro terreno, por ejemplo, mientras los economistas del derecho compiten por mostrar el modo en el cual derechos de propiedad bien definidos en contextos de bajos costos de transacción permiten eliminar conflictos de uso de la propiedad, otros movimientos han puesto énfasis en las reglas y prácticas sociales antes que en los incentivos. Por otro lado, por ejemplo, el conocido movimiento de los Estudios Legales Críticos ha negado la posibilidad de que exista un método irreductible para arribar a soluciones o decisiones legales correctas, en la idea de que el derecho constituye un singular terreno de la ideología política.

Todos estos movimientos, en suma, han contribuido a explicaciones “externas” al sistema legal y probablemente a la idea de que el derecho no constituye un área de estudios completamente independiente. Cada vez son más los profesores doctorados y con dedicación completa que emplean métodos “no legales” para examinar el derecho y que se rigen por estándares tradicionalmente más frecuentes en ámbitos académicos especializados<sup>22</sup>. Con este movimiento,

---

<sup>21</sup> Para ilustraciones muy interesantes de este asunto, Horacio Spector, “Fairness and Welfare from a Comparative Law Perspective”, op. cit. Nota 10.

<sup>22</sup> En tanto la enorme recepción de las Escuelas de Derecho a otras ciencias sociales, Ulen cree que las Facultades de Derecho pueden operar como centros donde se estudien problemas sociales desde enfoques interdisciplinarios. Mientras las otras Escuelas o Facultades están dominadas por un solo enfoque, en las Escuelas de Derecho hay buena base para la discusión interdisciplinaria. Véase, Thomas S. Ulen, *The Impending Train Wreck in Current Legal Education: How We*

además, un tipo o perfil de investigador profesor más afín al de las ciencias en general se ha hecho presente en las grandes escuelas de derecho americanas<sup>23</sup>. La alta especialización, la publicación en revistas internacionales y la participación en destacados congresos y seminarios, la formación interdisciplinaria y la alta originalidad en los contenidos, son algunos síntomas de este fenómeno.

Dejando, por ahora, de lado el eventual aporte de otros enfoques, es en el ámbito académico donde el enfoque económico de la ley obtiene enormes ventajas respecto de los estudios legales tradicionales<sup>24</sup>. Los abogados tradicionales, educados para el litigio, razonablemente no cuentan con herramientas analíticas capaces de examinar ese complejo de reglas de gobierno social que es el derecho desde una perspectiva positiva con capacidad de ofrecer predicciones y explicaciones con contenido empírico. Solo pueden comprender o examinar la consistencia, más bien nominal (no empírica) del sistema y operar con enorme habilidad en diversas partes del mismo. Pero puestos a evaluar el sistema en su conjunto, es probable que el abogado tradicional no esté mucho mejor preparado que el hombre de sentido común informado.

El abogado tradicional, tanto como el académico “doctrinario” o “dogmático”, no cuentan con una teoría de la acción, una hipótesis simple de las motivaciones de los agentes y operadores del sistema legal que les permita ofrecer predicciones y explicaciones. No cuentan, por formación y vocación, con herramientas

---

*Might Teach Law as the Scientific Study of Social Governance*, U. Saint Thomas, Vol. 6, 2009, pp. 302.

<sup>23</sup> Las humanidades, por su parte, dejando de lado probablemente a la filosofía, no han tenido tanta aceptación como las ciencias sociales. Véase, Jack M. Balkin y Sanford Levinson, “El derecho y las humanidades: una relación incómoda”, publicado originalmente en inglés en 2006 y traducido en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 9, 1, 2008, p. 197-228. Para una defensa del valor de las humanidades en el campo de los estudios legales, Martin Bohmer, “On the Other Hand, Comentario a Balkin y Levinson” en la misma revista, pp. 235-242.

<sup>24</sup> Para un examen de las ventajas de la economía sobre otras ciencias sociales, véase, Reuven Brenner, “Economics - An imperalist Science?”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, n. 1, 1980, pp. 179-188.

analíticas que les permitan examinar sistemas en tanto su formación está lejos del empleo de modelos y herramientas afines al examen positivo de fenómenos sociales.

Para examinar las funciones del sistema legal es imprescindible contar con alguna teoría de la acción, alguna descripción básica del modo en el cual las personas responden a cambios en el sistema legal. Este es, de hecho, probablemente, el gran aporte de la economía a la teoría legal.

En este sentido, al menos a este nivel, creo que hay una buena división del trabajo entre el teórico y abogado tradicional y su “dogmática” y el economista de la ley. El primero se ocupa de examinar las variables relevantes “internas” al modelo de toma de decisiones del sistema legal. En otros términos, se ocupa de las categorías y posibles motivaciones que de hecho tienen los operadores del sistema, lo que le permite buenos resultados y le hace insustituible como operador concreto del sistema legal<sup>25</sup>.

Puesto en términos más claros, el buen abogado tradicional es capaz de buenas predicciones del caso, pero no del sistema, puesto que no está en capacidad de examinar de manera sistemática los efectos de las reglas en general, sino para el caso, en tanto puede “medir” la probabilidad de los decisiones de los tribunales y resultados legales privados, probablemente mejor que nadie. Aun cuando cierto nivel de conocimiento de las reglas y procedimientos es seguramente insustituible en este ejercicio, hay también, sin dudas, mucho de arte y experiencia. Es posible, en este sentido, que otros operadores con diferente formación a la legal tradicional, pero expuestos a la misma experiencia, puedan en algunas áreas del derecho o tipo de casos ofrecer, en promedio, al menos tan buenas predicciones como los abogados. Un médico legista en asuntos de mala praxis o un economista en temas de defensa de la

---

<sup>25</sup> Al menos hasta que no haya un cambio de paradigma. Pero no quiero examinar ahora hasta qué punto el AED cuenta con propiedades que le hacen o no atractivo como paradigma del derecho práctico.

competencia, son los dos ejemplos que se me ocurren ahora. Pero el gran operador institucional es el abogado, es quien durante años de formación y práctica desarrolla una adecuada mirada práctica “interna” de las decisiones legales.

Y aun cuando hay campos del sistema legal teóricamente más consistentes que otros, los estudios “doctrinales”, creo, ofrecen un mar de contradicciones, lagunas, explicaciones vagas, soluciones “del caso” y, en general, poca consistencia y voluntarismo en buena parte de sus “teorías”.

La “mirada externa”, aun cuando inevitablemente paga su costo de oportunidad, tiene la gran ventaja de ofrecer una hipótesis o modelo simplificador que extiende el poder predictivo y explicativo introduciendo al campo del derecho el método y herramientas de las ciencias. Aun cuando no es muy claro hasta qué punto esa mirada “externa” puede ser empleada con éxito respecto de “casos particulares”, ofrece herramientas teóricas que permiten buenas explicaciones y predicciones, de un modo más análogo al de las ciencias maduras. De ese modo, mientras los abogados tradicionales se ocupan de examinar, con fines en general prácticos, la consistencia interna e interpretación de partes del sistema legal, otro nuevo tipo de académicos, en particular los economistas y abogados que piensan como economistas, están más preocupados por introducir las técnicas y modos de las ciencias en el examen del sistema legal.

No voy ahora a contestar la difícil pregunta de hasta qué punto el AED puede potencialmente reemplazar las viejas categorías milenarias del sistema legal. Es una pregunta difícil y la respuesta depende del contexto y cultura legal. Es probable que, más allá del esfuerzo de los teóricos generales del derecho por dotar de precisión al sistema legal, en los hechos la “teoría general” de los abogados de la calle, aquella que permite ordenar y pensar la dogmática, sean los principios generales de derecho civil, esa vieja construcción teórica legada por lo romanos. No es muy claro

que sea posible “abandonar” una cultura y, en el caso que fuese posible, sea deseable o aun eficiente. Puesto en términos de la moderna teoría de los juegos, puede haber demasiados equilibrios del “gran juego legal” que podrían ser afectados con enorme pérdida de excedentes para la sociedad<sup>26</sup>.

Una cultura común consiste en muchas reglas de coordinación que permite ajustar exitosamente las expectativas de los operadores y por lo tanto, con independencia de sus propiedades analíticas, puede ser deseable mantener dos mil años de “teoría general del derecho de corte civil” aun cuando en el ámbito de los estudios legales probablemente la dogmática, una técnica agotada y pobremente dotada, pierda rápidamente interés en los centros académicos de estudios avanzados, frente las novedosas técnicas de la economía de la ley<sup>27</sup>. Conviene entonces comentar las ventajas analíticas más evidentes que ofrece la teoría económica respecto de los estudios legales que podrían explicar, al menos en parte, la creciente aceptación del “Derecho y Economía” en la comunidad académica.

## **Economía e Investigación Legal**

Un estudio completo del tema debería examinar con algún detalle las causas de la importante aceptación de la economía aplicada en los ámbitos universitarios, fundamentalmente en la investigación legal. Sólo me voy a ocupar, por lo tanto, de comentar dos

---

<sup>26</sup> En cualquier caso, un cambio de paradigma debe operar de modo gradual y es probable que la misma naturaleza del razonamiento normativo deje espacio considerable para el examen de consistencia e interpretación de reglas, en sentido tradicional.

<sup>27</sup> Esto ya está sucediendo en Estados Unidos. Es difícil, por ahora, la predicción de tendencia para el caso argentino o latinoamericano. Pero la monografía erudita, tan frecuente en el campo de los estudios legales, según creo, debería dejar paso a los estudios más sistemáticos, creativos y rigurosos.

probables causas que han sido destacadas por la literatura y que están obviamente relacionadas: la declinación del derecho como disciplina autónoma y las enormes ventajas analíticas de la economía aplicada respecto de otros estudios legales<sup>28</sup>.

Es posible que haya alguna relación entre la declinación del derecho como disciplina autónoma y la creciente aceptación de otras ciencias y disciplinas, incluida la economía. La autonomía del derecho sugiere que los asuntos legales pueden ser examinados de modo completo por personas instruidas en derecho. Esa creencia, relativamente fuerte en los años sesenta en Estados Unidos, fue paulatinamente perdiendo peso en la cultura legal americana.

Según Posner, este fenómeno tiene varias causas tales como la creciente ausencia de consenso político en los Estados Unidos, el fracaso de reformas judiciales lideradas por abogados, la creciente aceptación del método científico en la cultura académica, el enorme y creciente peso de la legislación por sobre la jurisprudencia y, entre otras, cierto agotamiento de la técnica del “doctrinarismo” que lleva a las mentes más curiosas a otros campos de estudio. Adicionalmente, para este autor, se destaca también el desarrollo de otras ciencias sociales, en particular la economía, que permiten mejores herramientas para examinar el sistema legal.

Es posible, además, que buena parte de la crisis del derecho, como señala el mismo autor, y fue advertido por otros en diversas oportunidades, tenga origen en la creciente politización del sistema legal. Una vez que las decisiones legales deben versar sobre contenidos altamente políticos, las tradicionales reglas y procedimientos establecidos por siglos, son completamente inútiles frente al voluntarismo o la simple ideología del intérprete. La lenta y relativamente sistemática evolución del derecho o sistema legal dejan paso a la más veloz pero más caprichosa solución contextual

---

<sup>28</sup> En tanto no cuento con datos para Argentina, voy a centrarme en Estados Unidos y dejo al lector su propio examen de que hasta qué punto aquellas variables tienen incidencia probable en el futuro de la educación e investigación legal en el país.

de las urgencias políticas. Los Tribunales luego deben despacharse sobre temas distributivos que están lejos de su competencia y coloca al sistema legal y al derecho como disciplina lejos de su ámbito de competencia.

Por otra parte, el Derecho, al menos en algunas de sus manifestaciones, tiene un innegable contenido político y la ausencia de consenso lleva a opiniones contradictorias y poco estables que erosionan la idea de un sistema legal consistente. En Argentina, donde cada gobierno típicamente instaure su propia agenda y no hay continuidad en los planes de gobierno, la incidencia de esta variable debería ser aún mayor. Creo que un repaso de los principales fallos de la Corte Suprema, en el largo plazo al menos, mostraría algunos cambios algo vertiginosos de nuestro máximo tribunal respecto de temas centrales como la vigencia del derecho de propiedad, facultades del estado y derecho de la emergencia en general. La estabilidad es una propiedad típica de una disciplina más o menos madura. Salvo que el “Derecho” esté en “otra” parte, lejos de las decisiones de los jueces. Pero en ese caso necesitamos criterios externos y entonces se hace atractiva la idea de una racionalidad ajena al sistema legal.

El derecho, en suma, se ha politizado en exceso y es hoy frecuente, tanto en Estados Unidos como en Argentina, encontrar respetables profesores ofreciendo soluciones completamente distintas sobre temas sustantivos, en muchos casos con propuestas completamente ajenas a la estructura legal y soluciones tradicionales. Un breve repaso mental muestra cómo algunos autores argentinos ofrecen propuestas normativas completamente extrañas a la tradición legal republicana y al sistema del derecho civil tradicional. Tanto en el mundo académico americano como local hoy es perfectamente posible encontrar soluciones muy distintas (a nivel normativo) en profesores perfectamente “respetables” y “moderados”.

La disputa académica sobre la constitucionalidad de cortar



rutas como protesta social, por ejemplo, es una muestra local de esta disparidad de opiniones<sup>29</sup>. En otros términos, es posible que el sistema legal esté extremadamente politizado y que la ausencia de un paradigma normativo compartido haga del debate normativo en el campo legal, al menos en casos difíciles, simple ideología. Si ese fuese el caso, es razonable que miradas externas vayan ganando peso como herramientas para explicar y comprender el sistema legal.

Otros creen que la enorme ventaja de AED es la introducción de las técnicas de las ciencias en el campo del derecho. No voy a discutir completamente esta tesis en esta oportunidad, aun cuando es evidente que hay enormes ventajas en el empleo de teoría económica respecto del enfoque tradicional de los abogados, siempre que nos interese conocer del sistema legal desde un punto de vista científico.

Para comenzar, la teoría económica permite juicios con contenido empírico. Un juicio del tipo: “un sistema de responsabilidad objetivo supone mayores costos para una industria X que un sistema de responsabilidad por negligencia” o “los costos de litigar tienen incidencia positiva en la cantidad de litigios” son juicios que, más allá de su simplicidad admiten la forma de una proposición que puede ser contrastada en los hechos. Las interminables búsquedas de “sentido” o los debates sobre la “naturaleza jurídica” de los institutos legales, no permiten proposiciones verificables y por lo tanto, con independencia de su eventual plausibilidad argumental, tampoco procedimientos muy claros para definir la verdad de estas proposiciones.

---

<sup>29</sup> Algunos autores, por ejemplo, han considerado que los cortes de rutas violan los derechos de quienes no participan en la protesta, debilitando además la autoridad de la ley. Véase, por ejemplo, Gregorio Badeni, “La Convivencia Democrática”, *Diario La Ley*, Buenos Aires, 19-9-01, LXV, n. 179, pp. 1 -2. Otro autores, en cambio, han considerado que los cortes de rutas son constitucionales, en tanto constituyen ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de reclamar a las autoridades. Véase, por ejemplo, Roberto Gargarella, “Ruta 1: expresión cívica y “cortes de ruta,” en su libro *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Editorial Ad Hoc, cap. I., Buenos Aires, 2005.

Aun en el terreno de las explicaciones la economía del derecho ofrece proposiciones con contenido empírico que pueden ser falseadas por la experiencia. La más extendida explicación del origen del derecho de propiedad que sugiere que la misma emerge para limitar efectos negativos externos derivados del sobreempleo de la propiedad comunal, por ejemplo, puede ser sujeta al test de la historia. De hecho, esa tesis sobre el origen de la propiedad fue aceptada no solo porque es consistente con la teoría económica sino porque varios ejemplos históricos fueron mostrando ese resultado en los más diversos contextos. Luego, con independencia del derecho de propiedad, otras prácticas muy extendidas a nivel de grupo fueron también explicadas, para un gran número de casos, apelando al mismo cuerpo de teoría.

En este sentido, probablemente, una de las ventajas más evidentes de la teoría económica es que transcurre en el más simple contexto positivo donde la verdad de las proposiciones puede simplemente mostrarse por correspondencia. En otros términos, a diferencia de lo que sucede en el ámbito normativo donde milenarias discusiones solo han logrado establecer cierto nivel de escepticismo, en el campo de la ciencia positiva solo se aceptan demandas respaldadas en buena teoría, donde el juez final, con independencia de las preferencias políticas de los analistas, son los hechos interpretados por medio de buena teoría. En economía de la ley, como en otras ciencias maduras, hay “estados del arte” o conclusiones provisorias de la literatura que son generalmente aceptadas y que solo pueden ser cuestionadas apelando a una “mejor teoría”.

Una mejor teoría, en economía del derecho, no es la aceptada por los Tribunales o por la opinión pública o aquella que los jueces emplean en un momento determinado, sino aquella que reúne dos requisitos distintivos de la ciencia en general: la sólida articulación precisa de teoría empíricamente verificable y su posterior verificación. En este sentido, Ulen cree que el principal

aporte del “D & E” es la introducción de un método científico de investigación en el derecho, es decir, un compromiso mayor con la teorización abstracta y la comprobación empírica de las teorías legales. Los límites de la dogmática legal para la teorización abstracta son enormes y es poco frecuente que las teorías en el campo legal sean permeables a comprobación empírica<sup>30</sup>.

Una ventaja metodológica importante del enfoque económico de la ley es que en principio permite emitir juicios empíricamente contrastables respecto del sistema legal, tal como por ejemplo, la idea de que una industria sometida a un sistema de responsabilidad objetiva incrementa el costo de una industria y por lo tanto los precios al consumidor, respecto de un régimen de responsabilidad subjetiva o por negligencia. O la tesis de que un menor costo de pleitear debería incrementar la tasa de litigios o el planteo de que un sistema de propiedad de bienes comunales tiende a generar sobreempleo de los recursos.

Con independencia de las dificultades de la dogmática legal para formular hipótesis empíricamente contrastables, siquiera es frecuente encontrar datos en libros de derecho donde la variable empírica es fundamental desde el punto de vista de la política legal, como sucede en el pobre campo de la discusión en materia de derecho penal.

Otra ventaja evidente es la existencia de un marco teórico muy general consensuado entre los economistas, ausente en la mayoría de las ciencias sociales, incluyendo las teorías del derecho que pretenden explicaciones de más largo alcance que la instrumental y simple dogmática. Ésta es, por ejemplo, una ventaja indudable de la economía del derecho respecto de la filosofía del derecho y otros movimientos análogos que emplean otras disciplinas al sistema legal. De hecho, la economía no solo ha penetrado

---

<sup>30</sup> Thomas Ulen, “The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship”, Op. Cit., p. 415.

con éxito en el campo del derecho, sino también en el ámbito de las ciencias políticas, sociología, historia, y otras disciplinas sociales, al punto que en un sentido constituye más un método muy general de investigación en ciencias sociales que una disciplina con objeto delimitado.

En el campo de los estudios legales no doctrinarios hay una sola certeza: enorme ausencia de consenso respecto del objeto y método. De hecho, muy diversas corrientes de investigación examinan el sistema legal desde un punto de vista más general y teórico y con mayores pretensiones de consistencia que la “dogmática” pero muchas de ellas emprenden, bajo el igual rótulo, diversos proyectos que difieren altamente en contenido y método. De ese modo no hay mecanismos altamente aceptados de qué consiste investigar en materia legal y de hecho menos aún mecanismos aceptados por la comunidad jurídica en general que permitan establecer la verdad de las proposiciones. Muchos de estos estudios, que en algunos casos constituyen propuestas normativas de larga tradición pero escaso anclaje empírico o teórico, transcurren en el complejo terreno del deber ser, donde no hay mecanismos aceptables o aceptados por la mayoría de la comunidad para definir la verdad de las proposiciones.

En materia normativa, no hay mucho consenso si la justicia, “principal virtud de instituciones”, constituye el justo medio entre valores contrapuestos, el resultado de un procedimiento justo, la satisfacción de determinados requerimientos distributivos hipotéticamente elegidos detrás de un pesado velo de la ignorancia, una virtud, una propiedad de reglas o decisiones que llevan a resultados plausibles o simplemente un convencionalismo impuesto por la clase dominante, entre otras definiciones, algunas tan vacías de contenido como “dar a cada uno lo suyo”.

En cambio, la teoría de los precios y su importante capítulo de juegos aplicados, cuenta con enorme aceptación entre los miembros de la comunidad académica. Esto permite al menos tra-

bajar sobre la base de otros trabajos incrementando el grado de especialización y disponer de un mecanismo de aceptación general para establecer acuerdos en la disciplina. A diferencia de otras ciencias sociales, cada investigador puede comenzar allí donde otros dejaron el asunto y profundizar aprovechando los avances de la comunidad de expertos. Eso evita eternas discusiones inconducentes sobre presupuestos básicos y el sentido y empleo de algunos supuestos, tan frecuentes en otras disciplinas, con frecuencia fracturadas en escuelas que presentan alto nivel de divergencia en sus postulados centrales de investigación<sup>31</sup>.

Por otra parte, si bien se han discutido recientemente algunos supuestos centrales de la economía de la ley, como el supuesto de racionalidad o el peso que las reglas y la costumbre tienen en las decisiones, el mismo método científico imperante en la ciencia económica aplicado al derecho, ha generado cuerpos de teoría e investigaciones destinadas a profundizar en estos problemas y/o encontrar aplicaciones que puedan incorporar, cuando sea relevante, las objeciones al enfoque más general, al cuerpo central de la teoría económica aplicada.

Otro capítulo importante, derivado en parte del paradigma compartido, es la mayor precisión y ausencia de ambigüedad entre los miembros de la profesión económica extensiva a la economía de la ley. Otro capítulo aún más fundamental refiere a las enormes ventajas asociadas al empleo de herramientas formales. No puedo ahora mostrar hasta qué punto éstas llevan una mejor teoría económica del derecho, en un sentido sustantivo. Probablemente una forma más simple de ver este asunto sería examinar cuáles de los más importantes aportes en la disciplina han sido sentados empleando métodos matemáticos. Desde luego no puedo ahora examinar las eventuales ventajas en un sentido amplio, pero creo que muchos practicantes del derecho y economía, al menos, estarían

---

<sup>31</sup> Claro que hay desde luego disputas sobre aspectos centrales en economía, pero con frecuencia éstas son dejadas para los especialistas en el área.

de acuerdo en que la misma permite: a) introducir mayor precisión eliminando ambigüedades; b) establecer relaciones que no pueden ser mostradas de modo simple empleando prosa; y c) comunicar de manera más efectiva y rápida, sobre todo con el empleo de gráficos, relaciones entre variables.

De ese modo se sustituyen largos y equívocos discursos en prosa por sintéticas y precisas formulas, gráficos o juegos capaces de mostrar propiedades que muchas veces son difíciles de exponer en prosa. Sin ingresar en un tema tan complejo, se puede afirmar que el uso de las matemáticas permite, al menos, mayor rigurosidad en el planteo de los supuestos y en el razonamiento deductivo, sin incurrir en muchos problemas de ambigüedad presentes en las exposiciones en prosa. Por otra parte, mucho se podría añadir, pero es un capítulo aparte que no podemos comentar aquí, la enorme utilidad del empleo de diversas variantes de teoría de juegos en el campo del derecho, un campo potencialmente muy atractivo y actualmente de gran uso en ciencias sociales en general.

Esto desde luego, no quiere decir, y menos cuando la mayor parte de la investigación y enseñanza del derecho y economía transcurre en las escuelas de derecho, que “todo” deba ser expuesto matemáticamente. De hecho, hay notables trabajos que hacen muy poco o nulo empleo de herramientas formales y han introducido aportes sustanciales a la disciplina. Análogamente es frecuente encontrar largos trabajos plagados de ecuaciones que expresan ideas muy simples las que perfectamente podrían haber sido expuestas en prosa, de manera inequívoca y con ventajas para la audiencia.

Finalmente, pocos autores probablemente crean que los aspectos distributivos y otros elementos del sistema legal, como las reglas que establecen derechos inalienables, tengan poca importancia, aun cuando en muchos casos la economía de la ley enfrenta algunos problemas para examinarlos de manera adecuada. Pero mientras no se conozca más acerca de la “justicia” parece conveniente ocuparse seriamente de las consecuencias de las reglas le-

gales, en un ámbito neutro de discusión académica. Sin embargo, en lo que sigue, voy a mostrar la enorme utilidad de la economía del derecho en el campo normativo, aun para el razonamiento moral de fondo.

## Aplicaciones normativas en general

El empleo de teoría económica en el plano positivo no debería resultar demasiado controvertido, en tanto constituye, después de todo, un instrumento valioso para el estudio del derecho. Éste permite mostrar la estructura y consecuencias probables de las reglas legales y en general todas las posiciones filosóficas del derecho, tanto como el hombre razonable, creo, deberían aceptar la enorme utilidad de conocer las consecuencias o efectos de las reglas legales, con independencia de si éstas son las que determinan el valor final o si contribuyen a la “justicia” de las decisiones o instituciones legales.

Pero el empleo de economía en el ámbito normativo podría resultar, dependiente del tipo de aplicación, tal vez más polémica en tanto ahora se emplea teoría económica para sugerir cambios al sistema legal<sup>32</sup>. Sin embargo, hay diversas aplicaciones normativas de la economía en el campo del derecho, algunas de las cuales deberían ser, también, de fácil aceptación por el abogado tradicional. En lo que sigue quiero distinguir diversas aplicaciones normativas de la economía en el derecho.

---

<sup>32</sup> Para una crítica a la inicial propuesta normativa de Posner que sugería que la riqueza era el fundamento del derecho, véase el número 8 de *Hofstra Law Review* de 1980, en particular, Jules L. Coleman, “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, Ronald Dworkin, “Why Efficiency?”, Lewis A. Kornhauser, “A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law”, Mario J. Rizzo, “The Mirage of Efficiency”, Lawrence G. Sager, “Pareto Superiority, Consent, and Justice”, entre otros. Es fundamental en el debate, también, “Is Wealth a Value?” de Ronald Dworkin, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, p 191, 1980, Antony Kronman, “Wealth Maximization as a Normative Principle”, *Journal of Legal Studies*, Vol 9, 1979, p. 227.

## La normatividad débil

Una primera aplicación es la que, siguiendo a Posner, podemos denominar “normatividad débil”<sup>33</sup>. En este empleo, probablemente el más frecuente entre los economistas del derecho, se recomiendan cambios al sistema legal sobre la base de la eficiencia, en la idea de que ésta constituye al menos un valor social importante. Este uso de la economía no resulta moralmente controvertido en tanto el analista no sugiere que la eficiencia sea la base o fundamento del sistema legal, sino simplemente efectúa recomendaciones condicionales a la aceptación de la eficiencia como un valor importante del sistema legal o institución bajo análisis.

Se supone de este modo que la eficiencia tiene al menos algún valor, quizás parcial y no excluyente de otros, tal vez instrumental a otros fines valiosos, que desde luego no excluye la idea de justicia. Creo que asumir que la eficiencia tiene al menos “algún” valor no resulta demasiado controversial. Todo lo demás constante, incluyendo la regla de distribución “justa” que el analista prefiera, puede validamente considerarse preferible una sociedad que contenga instituciones que lleven a un grado mayor de satisfacción de preferencias.

El menos controvertido, y por cierto el más generalizado uso de la economía en el derecho, procede en realidad de este modo, donde simplemente se asume que la eficiencia es un valor sin especificar, probablemente un medio para otras cosas valiosas, como por ejemplo la eliminación relativa de la pobreza o el incremento de la utilidad, pero no excluyente de otros valores ni constitutivo de justicia.

En un mundo de recursos escasos parece poco intuitivo, en igualdad de condiciones, valorar más reglas alternativas que incitan al desperdicio o la mala asignación de recursos, en vez

---

<sup>33</sup> Véase, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory” en *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, p. 103.



de aquellas que promueven la eficiencia. De hecho, a igualdad de propiedades normativas, un analista debería elegir aquellas reglas que maximizan el bienestar de los individuos. Simplemente una elección contraria no tendría sentido.

Este tipo de normatividad tiene menos problemas en principio: de algún modo a cualquier teoría del derecho o de la justicia le pedimos, en algún grado, cierto nivel de consecuencias plausibles y la economía puede colaborar, quizás más que otras disciplinas, a identificar las consecuencias de las leyes, costumbres, principios y decisiones que pueblan el mundo jurídico. De hecho no es muy claro que aun algunas formas características de deontologismo moral desdeñen por completo las consecuencias, aun cuando probablemente las consideren de un modo diferente al tipo de análisis que desarrolla el consecuencialismo. Quizás una regla que condene a todo el mundo a la inanición, por ejemplo, no sea una regla en capacidad de constituirse en la “máxima kantiana”<sup>34</sup>. Por demás, el analista económico del derecho en esta aplicación solo se limita a sugerir el modo en el cual las reglas legales o determinada institución puede alcanzar la eficiencia, dejando la cuestión final de la “justicia” a la filosofía moral, jurídica o política.

Una cuestión importante es que la eficiencia no refiere a mayor productividad sino a un estado del mundo o resultados sociales que son preferidos por las personas implicadas. De ese modo, la eficiencia constituye un concepto normativamente atractivo para la mayor parte de las situaciones sociales. De hecho, en la mayor parte de los casos, las soluciones normativas apoyadas por los criterios de eficiencia son coincidentes con las soluciones tradicionales del derecho civil y el derecho común tradicional de base jurisprudencial. En otros términos, las recomendaciones y soluciones normativas basadas en la eficiencia satisfacen, en la mayor parte de los casos, nuestras más compartidas intuiciones

---

<sup>34</sup> Véase, Martín, Michael, “A Utilitarian Kantian Principle,” *Philosophical Studies*, 21, 1970, pp. 90. También, R. M. Hare, *Could Kant Have Been a Utilitarian?*, 5 *Utilitas*, 1993, p. 2.

respecto de la justicia aun cuando permiten recomendaciones marginales de alto valor para la mejora del derecho desde el punto de vista de la eficiencia.

En este orden de ideas, por ejemplo, la mayor parte de los sistemas legales adoptan la propiedad privada en contextos de escasez donde las decisiones de los propietarios no causan prejuicios sustantivos a terceras personas (externalidades negativas) y los bienes son susceptibles de apropiación. De igual modo, un examen de los sistemas legales más importantes muestran que aquellos bienes públicos que no pueden ser razonablemente financiados por privados son de propiedad estatal y que la propiedad comunal o libre acceso a los recursos es frecuente cuando los bienes son sobreabundantes.

Del mismo modo, la eficiencia recomienda un amplio grado de validez de los convenios particulares, con la sola limitación del daño significativo a terceros, o cuando hay transferencias forzosas, tales como las basadas en el fraude, la fuerza, la incapacidad de algunas de las partes o el error bilateral sobre las condiciones fundamentales de contratación, cierta clase de errores unilaterales o bien la imposibilidad. En materia de sanciones por incumplimiento contractual, por ejemplo, la eficiencia también sugiere soluciones normativas afines a la tradición legal y nuestras intuiciones de justicia, en general mandando a dejar a la víctima de incumplimiento en igual situación que si el contrato se hubiese cumplido y, cuando la naturaleza única de los bienes así lo recomienda, mandando al cumplimiento específico de las prestaciones.

En materia de daños, también hay fuerte coincidencia central entre la tradición legal y las soluciones normativas que recomienda la eficiencia. En general la eficiencia requiere que se haga cargo del costo del accidente a la parte que puede evitar el mismo a menores costos. Esa regla lleva a asignar responsabilidad objetiva en actividades peligrosas donde una parte casi en forma unilateral puede trasladar costos en forma de accidentes a

terceros y emplear la responsabilidad subjetiva para casos donde ambas partes tiene control de la probabilidad de ocurrencia de los accidentes. Con independencia de muchas otras variables que no podemos comentar aquí, hay también en esta importante área del sistema legal alto grado de compatibilidad entre la eficiencia y las soluciones legales. La regla de la reparación integral, por ejemplo, que manda a dejar a la víctima de un accidente en igual posición de bienestar que se encontraba antes del hecho dañoso, constituye no solo una de amplia aceptación en nuestra tradición y la del derecho común, sino además la solución más eficiente para que las personas adopten un nivel adecuado de precaución y niveles o cantidad de actividad en sus actividades riesgosas.

Esta coincidencia entre áreas importantes de los sistemas legales y las recomendaciones normativas más usuales basadas en la eficiencia constituye, creo, un test de plausibilidad interesante para la economía del sistema legal. Es evidente que con independencia del aporte innovador una teoría debe dar cuenta, al menos en grado apreciable, de nuestras prácticas más tradiciones en el ámbito que se quiere explicar. En el caso de la economía del derecho, además, una explicación general para esta “feliz coincidencia” es la ambiciosa tesis de que el derecho común de base jurisprudencial, en general y con independencia de la finalidad de los jueces, tiende a la eficiencia<sup>35</sup>. La idea central es que las reglas buenas tienden a desplazar a las demasiado costosas, que las eficientes se disputan menos en los tribunales y que además son las que subyacen a buenas prácticas cooperativas y que por lo tanto son las que tienden a ser elegidas por las personas<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> La tesis de la eficiencia del Derecho común fue inicialmente sugerida por Posner en su “Análisis Económico del Derecho”, publicado en 1972 con edición en castellano por Fondo de Cultura de México. También son interesantes los trabajos de William Landes, “An Economic Analysis in the Courts”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 14, 1971, p. 61 y ss. Véase también Paul H. Rubin, “Why is Common Law Efficient?”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, 1985, pp. 53 y ss.

<sup>36</sup> En general, es más probable encontrar eficiencia en instituciones que han evolucionado a lo largo del tiempo y que han pasado por el tamiz de la experiencia y son luego recogidas en contextos competitivos por la jurisprudencia que en aquella parte del derecho que tiene origen legislativo,

La eficiencia sin embargo, puede también efectuar grandes aportes para mejorar el sistema legal siempre que las consecuencias sean, desde luego, importantes para el analista. Quiero decir: con independencia de cierta muy general correspondencia entre las soluciones legales tradicionales y las soluciones recomendadas de la eficiencia, hay varios campos del sistema legal, en particular aquellos derivadas de la legislación, que pueden mejorar sustantivamente, siendo ejemplos evidentes, el campo de las ineficientes regulaciones laborales que en general perjudican a las personas más pobres; las reglas de justicia distributiva o equidad que frecuentes en los sistemas legales, en general perjudican a los más pobres o bien la insistencia del sistema criminal con las penas de prisión cuando multas correctamente administradas podrían disuadir ciertos delitos a muy bajos costos de implementación y con ingresos para Estado<sup>37</sup>. En cualquier caso, este tipo de aplicaciones normativas de la economía en el campo del derecho son simplemente condicionales y es probable que el valor eficiencia sea tenido en cuenta por muchos analistas legales<sup>38</sup>.

## **Economía y otros valores diferentes a la eficiencia**

Sin embargo, y con independencia del lugar que corresponde a la eficiencia como valor en el sistema legal, el enfoque económico puede constituir un auxiliar importante para el debate

---

donde los intereses de grupo y la redistribución puede hacerse de manera más general y más simple.

<sup>37</sup> Creo que es más frecuente la ineficiencia de los sistemas legales en aquellas áreas donde la legislación tiene más peso que la jurisprudencia, los códigos y la costumbre legal, simplemente porque en general no han pasado por el proceso competitivo de la experiencia. Pero no puedo desarrollar este punto ahora, aun cuando es una tesis conocida.

<sup>38</sup> Es probable que en algunos ámbitos del derecho la eficiencia como valor instrumental sea más plausible que en otros, pero no puedo desarrollar este tema en esta oportunidad.

normativo. Es decir, más allá de que consideremos o no a la utilidad o riqueza social o cualquier valor compatible con el empleo de economía como el fundamento último del derecho, es indudable que el análisis económico puede colaborar al debate filosófico y normativo en razón de que para valorar la norma siempre resulta una herramienta auxiliar de importancia tener en cuenta los efectos o consecuencias de las mismas.

El uso de la economía como medio técnico para conocer en qué medida determinadas instituciones permiten alcanzar la eficiencia y, además, cualquier otro fin valioso permite un uso normativo del Análisis Económico del Derecho aun cuando no se considere a la eficiencia como fin valioso y menos aún como fundamento mismo del derecho y las instituciones. De ese modo, el análisis económico puede ser útil a muchos fines normativos aun desde las más diversas concepciones filosóficas del derecho. En otros términos, el AED contribuye como una fundamental herramienta auxiliar de la filosofía del derecho o moral y aplicaciones legales en particular.

Por ejemplo, muchos abogados y filósofos del derecho consideran que la igualdad es un valor jurídico fundamental, en el caso, supongamos, no la clásica visión liberal de igualdad abstracta ante la ley, sino la idea de igualdad de resultados o posibilidades de acción. Frente a esta idea, son muchos también los abogados que argumentan la necesidad de leyes laborales que impongan restricciones a la libre contratación, como por ejemplo el salario mínimo. Pero, la economía puede informar que el establecimiento de un salario superior al de mercado implica necesariamente desempleo e incentivos para la formación de un mercado negro<sup>39</sup>. En cualquier caso, el análisis positivo de los efectos de las normas es una herramienta auxiliar de importancia para el debate filosófico.

---

<sup>39</sup> Para un estudio empírico, véase, por ejemplo, Edward Lazear, "Job security provisions and employment" *Quarterly Journal of Economics*, Vol. CV, No. 3, Agosto de 1990.

De ese modo, aun aquellos analistas que no estén convencidos de que la eficiencia constituya una meta valiosa o lo suficientemente valiosa o bien que sea solo valiosa en algunas áreas del sistema legal, como el derecho de los seguros o los mercados de capitales, pero no otras, como el derecho de familia o el derecho penal. O simplemente que el lector tenga preocupaciones redistributivas muy fuertes, de modo tal que esté más preocupado en cómo se reparte el pastel que en el tamaño del mismo. La economía puede también ser de enorme utilidad en estos casos, en tanto no solo permite recomendar soluciones eficientes sino también mostrar el modo en el cual las reglas legales obtienen otros resultados, como ejemplo, quiénes son los que se llevan más parte del pastel cuando cambian las reglas legales<sup>40</sup>.

Es que muchos de los efectos redistributivos de las reglas legales son bastante sutiles y pueden ser mejor expuestos en términos de costos y beneficios. Cuando una actividad abandona una regla de responsabilidad de accidentes basada en la negligencia a una regla de responsabilidad de tipo objetiva, por ejemplo, todas las potenciales víctimas han sido favorecidas con independencia de que les ocurra o no un accidente. Simplemente, la responsabilidad objetiva implica una especie de seguro por accidentes que “*ex ante*” beneficia a las víctimas potenciales. La misma regla, sin embargo, normalmente lleva a mayores costos y por lo tanto afecta el tamaño y beneficios de la actividad con incidencia en otros sectores y grupos. En la generalidad de los casos los abogados solo examinan los costos y beneficios de una manera muy explícita, visible y con relación a una actividad directa, pero no cuentan con herramientas para examinar los efectos sutiles que ocurren en esa misma actividad o su efecto en otras relacionadas.

---

<sup>40</sup> Es evidente que en muchas de estas aplicaciones no es simple distinguir el empleo normativo del positivo. En muchos casos se tratan de implicancias normativas del uso positivo de la economía. En cualquier caso esto no es un problema sino una fortaleza: no creo que se puedan hacer propuestas normativas plausibles que no sean viables en los hechos. En otros términos, que no lleven a un equilibrio.

Pero además no sólo puede examinarse el sistema legal desde algún criterio de eficiencia sino que también puede apelarse a teoría económica para verificar otros resultados que el analista pueda eventualmente considerar valiosos, como cierta concepción de la igualdad o la manera en la cual el sistema legal distribuye costos entre determinados individuos. Se podría utilizar teoría económica –por ejemplo– para verificar si se cumple o no el principio de la diferencia de Rawls: podría mostrar por ejemplo, si un cambio en la ley satisface la condición de que la perspectiva de los más aventajados sea mejorada<sup>41</sup>. Es evidente que para examinar esa condición es conveniente examinar de modo sistemático el modo en el cual la ley distribuye costos y beneficios. Quiero decir, es posible que al sentido común estos efectos pasen desapercibidos o el análisis sea incompleto o inadecuado.

La teoría económica, por ejemplo, puede contribuir a mostrar el mejor modo, es decir disminuyendo los costos sociales, de alcanzar metas externas al criterio de eficiencia, como por ejemplo el logro de algún estándar de contaminación ambiental, frecuentes en las regulaciones, como han demostrado muchas aplicaciones exitosas en varios países del mundo. En otros términos la economía no solo se puede emplear para buscar resultados eficientes, sino para lograr otros objetivos a menores costos que sean convencionalmente adoptados por los reguladores o las personas en general.

### **Descripción de problemas normativos, definición de “estándares” y metas del propio sistema legal**

La economía puede ser empleada también para ilustrar cuestiones de coordinación que llevan a problemas normativos, aun

---

<sup>41</sup> Refiero a la conocida condición establecida por el John Rawls en *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971.

cuando, por el peso de otros valores, se resuelva emplear otros criterios distintos a la eficiencia para su solución. Este empleo de teoría económica, por ejemplo, es muy frecuente en aplicaciones de teoría de juegos. Aun cuando en los hechos es una explicación o predicción de resultados, contiene valiosa información para el análisis normativo.

Nuevamente, para esta aplicación, podemos emplear el ejemplo del medio ambiente. Los problemas asociados a los contaminantes en el agua, atmósfera, aire o tierra se explican en parte porque las personas pueden eliminar desechos en propiedad comunal y buena parte de estos problemas son, finalmente, de incentivos. De hecho, una forma frecuente de ilustrar estos problemas es apelando a la “tragedia de la propiedad comunal” que con frecuencia son ilustrados, mas formalmente, apelando a una versión de dilema del prisionero de muchos jugadores. Aun cuando las autoridades resuelvan emplear otros criterios, como el desarrollo sostenible en el empleo de los recursos, contar con una descripción de la naturaleza de los incentivos sirve para lograr otros objetivos de una manera adecuada, aun cuando la finalidad no sea la eficiencia.

Otro empleo de enorme utilidad de la teoría económica en el ámbito del derecho consiste en introducir mayor precisión en estándares que adjudican responsabilidad o derechos y que con frecuencia son demasiado ambiguos en materia legal. Un ejemplo muy conocido es la regla o fórmula de Hand en materia de negligencia. Aun cuando esta formula difícilmente sea directamente operativa permite pensar mejor la regla y utilizarla siempre que el analista esté de acuerdo con una finalidad apreciable del derecho de daños que debe ser minimizar el costo de los accidentes, logrando minimizar la suma del costo de prevención más el valor esperado de los accidentes y los costos asociados a administrar los sistemas de responsabilidad.

Por otra parte, en muchos casos es el mismo sistema legal el que pide determinados objetivos y en este caso la teoría económica



puede emplearse para lograr estos objetivos mostrando los costos asociados al empleo de diversas políticas y permitiendo buenas recomendaciones para lograr estos objetivos. Una regla muy general en materia de concursos y quiebras, por ejemplo, es la igualdad de los acreedores frente al patrimonio común del concurso o de la masa, y la teoría económica puede contribuir al logro de este objetivo de un modo mucho más eficaz que el simple sentido común. Un examen de la legislación mostraría que ésta muchas veces persigue fines o resultados empíricos para los cuales es conveniente apelar a teoría económica.

## **Eficiencia y “valores legales”**

Asociada a este empleo normativo, en muchos casos la meta de la eficiencia se adopta a fines que parecen poco controversiales y que son, con frecuencia, parte del sistema legal en general. En otros términos, muchos modelos de la teoría económica de la ley adoptan fines que provienen de valores compartidos de la sociedad y de los miembros de la comunidad legal. En este sentido, la mirada de la economía normativa, muchas veces, no es del todo “externa” a los fines de los operadores usuales del derecho.

En materia de procedimientos por ejemplo, la eficiencia en general, pide que se minimice la suma de los costos administrativos asociados a los procedimientos y el costo del error. Aun cuando la mayor parte de los casos, ésta parece ser la lógica interna de los procedimientos, en tanto normalmente se piden más procedimientos cuanto mayor es el costo del error, esta meta de eficiencia parece bastante razonable en términos de los valores legales convencionales. Es por ese motivo, por ejemplo, que usualmente, estamos de acuerdo que en materia penal las pruebas sean más exigentes que en materia civil y que un desalojo tenga un derecho

de defensa más amplio que el acarreo de un auto mal estacionado. Simplemente, el costo de administración del proceso, que tiene costo de oportunidad, está relacionado con la magnitud esperada del costo del error, para cada uno de estos casos.

En otros términos: la eficiencia adopta formas más concretas en aplicaciones más específicas y en general éstas (que en general piden minimizar el costo social) adoptan valores muy compartidos por la comunidad legal y, hasta, por el sentido común. Nadie en su sano juicio, con independencia de otros valores asociados a los procedimientos, buscaría formas procesales que incrementen los costos y la probabilidad del error del mismo modo que nadie buscaría gastar mucho en prevención incrementando al mismo tiempo el costo esperado del delito o de los accidentes, sólo para dar algunos ejemplos.

Es que, a diferencia de otras visiones externas del sistema legal, el enfoque económico de la ley, asume en buena medida, al menos en aplicaciones particulares, que buena parte de los valores usuales que están presentes en el sistema legal son los correctos y por lo tanto las variables que usualmente ingresan en los modelos de minimización del costo social u otros arreglos similares, son compartidas por la comunidad legal o por lo menos compatibles con sus objetivos más explícitos. Estas aplicaciones de la eficiencia “de contexto” constituyen un enorme aporte de la economía en el ámbito normativo del derecho.

Otro ejemplo es la idea, no controversial, de que deberíamos a los menores costos posibles, incluyendo el empleo de fuerza física, lograr la menor cantidad de delito en una sociedad. La economía puede ofrecer muchas recomendaciones en esta dirección no controvertida mostrando, por ejemplo, el tipo de elasticidad o sensibilidad a las penas en diversos tipos o clases de delitos y efectuando recomendaciones sobre base empírica. La conocida buena experiencia con las multas progresivas según patrimonio y gravedad del delito de gran empleo en Europa, por ejemplo, cons-

tituye un buen ejemplo de este empleo de la eficiencia en casos particulares, donde ésta adopta una función casi instrumental a valores que están presentes en la cultura legal y que parecen difícilmente controvertibles.

## **Eficiencia y diversas posiciones morales**

Pero hay otra forma de utilizar economía en sentido normativo, mucho más ambiciosa, que sugiere que algún criterio de eficiencia o de bienestar asociado al análisis económico constituye el fundamento último sobre el cual deben tomarse las decisiones de manera excluyente o principal en los más diversos ámbitos sociales como jurídicos. En otros términos, que son consideraciones de eficiencia o bienestar derivado del análisis económico el fundamento de las decisiones en el plano normativo y más específicamente en el delicado ámbito de la justicia.

En este último caso la pretensión moral de la teoría es mucho mayor: mientras admitir que la eficiencia implica, al menos, algún valor (o bien que es instrumental a otros valores) no parece muy controvertido, más complicado sería quizás aceptar que la eficiencia constituye “el valor” o el fundamento mismo sobre el cual se deben tomar las decisiones sociales y más precisamente la base racional sobre la cual se deben tomar las decisiones judiciales.

Claramente, una posición normativa de esta naturaleza abandona el papel de disciplina auxiliar del derecho para ingresar en el complejo ámbito de la filosofía moral, jurídica o política, y en consecuencia debe competir con otras explicaciones alternativas. En otros trabajos me he ocupado con anterioridad de las principales propuestas morales del análisis económico del derecho y un

estudio del tema requiere otro trabajo adicional. De modo que en este último título quiero mostrar, de modo breve y de manera algo general, el grado de compatibilidad entre las principales concepciones morales en el campo del derecho y el empleo de teoría económica. Quiero ilustrar de modo breve que, en principio, la economía debería ser de enorme utilidad para la mayor parte de las posiciones respecto de la moral en el campo legal.

Es que es evidente que el grado de aceptación relativa de la teoría económica debería estar relacionado con el tipo de teoría ética y legal del analista. Probablemente un utilitarista, para quienes la “corrección moral” o “admisibilidad” o “moral” de los actos y reglas dependen de sus consecuencias, debería ser más permeable al análisis económico. Esto, claro está, dependiendo del tipo de regla de utilidad que entiende apropiada y su grado de compatibilidad con la regla de la eficiencia. En el extremo, motivos económicos pueden justificar al menos parte del sistema legal. Se puede argumentar, de esta forma, que los contratos no tienen valor por sí mismos y que solo deben cumplirse porque llevan a buenos resultados sociales o que las reglas básicas de la moral constituyen resultados evolutivos derivados de estrategias conjuntas para evitar problemas de coordinación del tipo que ilustra el dilema del prisionero.

Hay diversos tipos de utilitarismos y no puedo ahora examinar cuál es el más consistente con el análisis económico del derecho. Pero algunos partidarios de la mayor utilidad podrían considerar que la eficiencia es el fundamento final del sistema legal o al menos de parte de él. Otros podrían hacer un uso selectivo según el grado de compatibilidad entre la regla de utilidad que entienden apropiada y el modo en el cual el criterio de eficiencia captura esos elementos. En el extremo algunos podrían válidamente considerar que, al menos, la eficiencia constituye un valor fundamente del derecho en ámbitos particulares.

Otros podrían considerar que la eficiencia es un concepto aproximado del tipo de utilidad a que adhiere y que actúa como un

buen falso blanco en tanto la mayor facilidad de medir la utilidad cuando media el dinero y los más precisos criterios de la eficiencia. En mérito al extenso uso que hacen muchos utilitaristas de criterios afines al análisis económico, como la regla de Pareto, por ejemplo, una solución de este tipo no sería nada extraña.

Aun cuando creo que alguna forma de utilitarismo constituye una buena estrategia general para fundar moralmente el análisis económico del derecho, o al menos mejor de las que se han empleado hasta ahora, un problema serio (que no voy a comentar ahora) es ligar aplicaciones de la eficiencia con la utilidad, en casos donde hay perdedores. Es decir, en muchos casos las soluciones eficientes requieren cambios en las reglas sobre la base de los que ganan lo hacen en mayor medida de los que pierden, los que no necesariamente son compensados. En este sentido, por ejemplo, levantar una regla de prohibición de exportación de granos, para citar un clásico, es eficiente siempre que las ganancias de los consumidores consecuencia del menor precio sea mayor que la pérdida de los productores locales perjudicados por la competencia y los menores precios. Estos cálculos se hacen sobre la base de la voluntad de pago de las personas y la voluntad de pago de las personas no es una variable independiente de otras reglas legales que adjudican derechos. De ese modo no es muy claro que se pueda conectar, tan fácilmente, muchas decisiones con la utilidad, aun cuando hay muy buenas explicaciones y mecanismos para hacerlo, que no puedo comentar en este trabajo.

Por último, es evidente que si en este nivel de normatividad se pretende fundar el empleo normativo fuerte de la economía de la ley basada en el utilitarismo, el analista debería contestar algunas de las clásicas objeciones a esta forma de valorar las instituciones y decisiones sociales. Todo aun cuando, probablemente, si adopta la eficiencia pueda ahorrarse algunos problemas. Por último y por cuestiones de consistencia, creo que este ejercicio puede hacerse mejor apelando al utilitarismo de reglas antes que al de actos, a al-

gunas forma de espectador imparcial o bien algún expediente análogo, como la economía constitucional. Creo que algunas de estas variantes pueden escapar a algunas clásicas objeciones planteadas contra el AED, comenzando con el problema de conectar riqueza con utilidad y el problema de los derechos fundamentales.

Para quienes adoptan teorías fundadas en metas valiosas diferentes a la de la utilidad, o teorías híbridas que combinan diferentes resultados, como es muy frecuente hoy en día, es posible, también, apelar al análisis económico en tanto puede informar acerca de los medios necesarios para obtener tales fines. Alguien podría, por ejemplo, suponer que el pleno empleo es una meta valiosa fundada en otro principio más general de su sistema, tal como una idea de igualdad en el sentido positivo. El análisis económico puede informar, probablemente mejor que cualquier otra disciplina, cuáles son los mecanismos que mejor permiten obtener tal finalidad. Alguien podría también, como la Corte Argentina en 1922, cuando falló a favor del congelamiento de alquileres, argumentar que es necesaria mayor oferta de inmuebles para provocar una disminución del precio de los alquileres. Sin embargo, el más elemental análisis económico habría puesto en evidencia que un precio político por debajo del precio de mercado implica una reducción de la oferta y de la inversión en tal mercado.

De un modo muy general también el análisis económico puede resultar útil para quienes sostienen teorías fundadas en el contrato, en tanto se asume que quienes contratan deben tener, en cualquier marco de restricciones, una teoría acerca de las consecuencias de las reglas sobre las cuales están contratando, o al menos la debe tener el analista. Esta regla se sigue tanto si los contratantes ideales lo hacen con la finalidad de maximizar su utilidad o bien si persiguen obtener otros resultados, como sucede en el conocido caso de “Una teoría de la Justicia”. Debe asumirse cierto nivel de conocimiento de las reglas que se siguen del pacto, sea por parte del analista o de los contratantes o ambos. Pero la

teoría económica resulta insustituible para elaborar de modo satisfactorio elecciones condicionales plausibles. De hecho, teoría de la decisión y teoría de juegos cooperativos han tenido enorme empleo a la hora de examinar las características y propiedades de contratos hipotéticos, hoy tan frecuentes en filosofía política, de tanta razonable influencia en materia de filosofía legal.

Para quienes de algún modo sugieren que no hay concepciones del bien o de lo correcto más allá de las simples preferencias individuales, el análisis económico constituye una herramienta de primer orden y quizás muy admisible para pensar el derecho. Después de todo si el derecho se reduce a preferencias y reglas, siempre es conveniente que dichas reglas se adapten al tipo de consecuencias que el analista, por simples cuestiones emotivas o las que fuera, ajenas a la moral, prefiere. Es posible que el analista tenga preferencia por determinados resultados y el empleo de técnicas de economía para su verificación constituye una herramienta de importancia. Si adopta, como es probable, el *punto de vista moral* que requiere alguna forma de imparcialidad e igualdad, tiene aún más incentivos para examinar si las normas o reglas legales, en la práctica, satisfacen dicho criterios.

Aun quienes mantienen posiciones de tipo “sociológicas” de la moral o validez del derecho es evidente que requieren de un instrumento a los fines de examinar la demanda social por determinados resultados normativos. De modo que la teoría económica debería resultar una herramienta insustituible para quienes sostienen estas visiones del derecho. No solo las reglas legales tienen consecuencias que no son obvias sino que, como ha mostrado los estudios de elección pública, diversos intereses e incentivos pueden influir en el dictado y aplicación de las reglas.

Quienes tengan posiciones deontológicas por las cuales el valor moral de las acciones o reglas no depende de las consecuencias siempre, les puede resultar de algún valor conocer las consecuencias de la aplicación de las reglas o principios del sistema. Se

ha sugerido que la misma máxima kantiana no debería prescindir de un examen de las consecuencias y es probable que reglas que llevan a resultados muy adversos no serían buenas candidatas para integrar la ley natural<sup>42</sup>. En el extremo la teoría económica puede, al menos, informar respecto del “costo de la moralidad”.

## Conclusiones

En este trabajo he intentado examinar las relaciones entre el “Derecho y Economía” y la “Teoría Legal Tradicional”, según diversas aplicaciones y contextos. En otros términos, he intentado mostrar a un nivel muy general la utilidad del enfoque económico del derecho según diversos empleos de la teoría.

Inicialmente, he distinguido la predicción de las consecuencias, muchas veces no intencionadas de las reglas, de la predicción de las decisiones de tribunales y agencias de gobierno destacándose el papel central que respecto del segundo objetivo tiene la dogmática o estudio tradicional del sistema legal, sobre todo a corto plazo y para casos particulares. Mientras la economía del derecho puede ilustrar mejor las primeras, el dominio del derecho tradicional se extiende a las segundas.

Sin embargo las consecuencias pueden tener peso en las decisiones judiciales dependiendo de las propiedades de los juicios según clases de casos. En este sentido, he sugerido que la utilidad del enfoque económico para el abogado litigante está relacionada positivamente con la naturaleza pública de las sentencias, el área de práctica, la tradición legal, la existencia o no de lagunas del de-

---

<sup>42</sup> R. M. Hare cuestiona la clásica disyuntiva presentada en todos los manuales de ética por los cuales inmediatamente se contraponen a Kant con el utilitarismo. Sugiere que Kant aunque no lo fuera podría haber sido utilitarista. *Ordenando la Ética*, Ariel Filosofía, Barcelona, 1999, pp. 163-182.



recho o de conflictos entre derechos, la vaguedad de la ley y –entre otras– el origen de la norma en discusión<sup>43</sup>. De modo que a medida que estas variables están presentes con mayor intensidad, mayor debería ser el peso argumental del análisis de las consecuencias y probablemente menor el de las categorías formalistas o doctrinarias del derecho. En ese caso el enfoque económico del derecho puede ser de gran utilidad directa para el abogado litigante u operador del sistema legal.

En este último sentido, he sugerido además que la importancia práctica del análisis de las consecuencias debería ser creciente a medida que se incrementa el ámbito de las regulaciones por sobre el derecho tradicional y los jueces adoptan, como sucede, papeles cada vez más activos en la formulación de reglas generales.

He sugerido, sin embargo, que el análisis positivo de las consecuencias de las reglas y decisiones que pueblan el sistema legal pueden tener enorme interés para el abogado asesor legislativo y regulatorio. La economía permite conocer las consecuencias de las reglas y el modo en el cual esas reglas pueden funcionar en los hechos respecto de otros valores o metas que usualmente los legisladores reconocen valor.

Finalmente, he intentado mostrar las enormes ventajas que el empleo de teoría económica tienen sobre los estudios legales tradicionales y otras formas de examinar los sistemas legales actualmente vigentes y los distintos modos en los cuales puede ser utilizado a fines normativos. He sugerido, en este sentido, que el enfoque económico constituye una muy potente herramienta de análisis del sistema legal, en tanto permite predicciones de tendencia y explicaciones con contenido empírico, sobre la base de principios simples y de gran alcance analítico.

---

<sup>43</sup> Desde luego no he intentado examinar el peso relativo de cada una de estas variables. Sin embargo, naturalmente que la extensión y gravedad de los efectos externos, en particular negativos, deberían tener especial prominencia.

Por ultimo, he destacado diversos empleos de la teoría económica en el campo normativo. Esto es relevante en tanto el lugar que ocupa el ambiguo termino “justicia” en la cultura legal. En este sentido, con independencia del atractivo que la mayor utilidad o riqueza pueda tener por sí misma, la teoría económica permite examinar otros resultados normativos que algunos analistas puedan encontrar intuitivos como fundamento de la justicia. Además, en la generalidad de los casos, los modelos más frecuentes persiguen maximizar objetivos que usualmente tiene consenso social y forman parte de valores del mismo sistema legal y en otros, simplemente, permiten conocer si la mismas reglas o decisiones permiten alcanzar, y en qué modo y a qué costos, sus propios objetivos. En este caso, por ejemplo, puede mostrar el modo en el cual un objetivo determinado, como una meta ambiental, puede obtenerse a menores costos. Por último, he intentado mostrar de manera muy general que aun cuando la recepción del enfoque económico como criterio normativo fuerte es obviamente más simple para utilitaristas, el examen sistemático de las consecuencias de la leyes puede ser de utilidad para la mayoría de las posiciones filosóficas en el ámbito normativo.

## Bibliografía

- Badeni, Gregorio, “La Convivencia Democrática”, *Diario La Ley*, Buenos Aires, 19-9-01.
- Balkin, Jack M. y Levinson, Sanford, “El derecho y las humanidades: una relación incómoda”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 9, n. 1, 2008.
- Bohmer, Martín, “On the Other Hand, Comentario a Balkin y Levinson”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Vol. 9, n. 1, 2008.
- Brenner, Reuven, “Economics - An imperislist Science?”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, n. 1, 1980.
- Buchanan, James M., “Good Economics - Bad Law”, *Virginia Law Review*, Vol. 60, n. 3, 1974.
- Cabrillo, Francisco, *Quiebra y liquidación de empresas, un análisis económico del derecho español*, Unión Editorial, Madrid, España, 1989.
- Coleman, Jules L, “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”, *Hofstra Law Review* Vol. 8, 1980.
- Demsetz, Harold, “Toward a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, 1967.
- Dworkin, Ronald, “Why Efficiency”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8, 1980.
- \_\_\_\_\_ “Is Wealth a Value?”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 1979.
- Farrell, Martín Diego, *Filosofía del Derecho y Economía*, *La Ley*, Buenos Aires, 2006.
- Gargarella, Roberto, “Ruta 1: expresión cívica y “cortes de ruta,” en, del mismo autor, *El derecho a la protesta. El*

- primer derecho*, Editorial Ad Hoc, cap. I. , Buenos Aires, 2005.
- Hare, R. M., Could Kant Have Been a Utilitarian?, *Utilitas*, Vol. 5, 1993.
- Harrison, Jeffrey L., *Law and Economics. Cases, Materials and Behavioral Perspectives*, West Group, 2002.
- Kaplow, Louis & Shavell, Steven, *Fairness vs. Welfare*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2002.
- Kornhauser, Lewis A., “A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law”, *Hofstra Law Review*, Vol. 8, 1980.
- Kronman, Antony “Wealth Maximization as a Normative Principle”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 1979.
- Landes, William, “An Economic Analysis in the Courts”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 14, 1971,
- Lazear, Edward, “Job security provisions and employment” *Quarterly Journal of Economics*, Vol. CV, n. 3, 1990.
- Michael, Martin, “A Utilitarian Kantian Principle,” *Philosophical Studies*, Vol. 21, 1970.
- Ogus, Anthony, ‘What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics’, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.79, 2004,
- Posner, Richard A., véase, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory” en *Journal of Legal Studies* 103, 1979,
- \_\_\_\_\_ “The Ethical and Political Basis of Wealth Maximization” en *Hofstra Law Review*, 1980.
- \_\_\_\_\_ “The Economic theory of Primitive Law” en su libro *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1981 , pp. 182-183.

Rawls, John, en *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971.

Rubin, Paul H., “Why is Common Law Efficient?”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, 1985.

Sager, Lawrence G., “Pareto Superiority, Consent, and Justice”, *Hofstra Law Review* Vol. 8, 1980.

Spector, Horacio, “Fairness and Welfare from a Comparative Law Perspective”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.79, 2004.

Stordeur (h), Eduardo, “Las desventuras de la maximización de la riqueza social”, *Libertas 44*, Buenos Aires, 2006.

\_\_\_\_\_ “Eficiencia y teorías dentológicas: una respuesta a Kaplow & Shavell”, Buenos Aires, *Ideas y Derecho*, vol. 5, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 2005.

\_\_\_\_\_ “Poder de Policía y Eficiencia: Análisis de los Fundamentales Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Capítulo VI del libro, Martín Krause y otros, *Análisis Económico del Derecho. Aplicación a Fallos Judiciales*. La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 115-189.

Ulen, Thomas S., “The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship.” *79 Chicago-Kent Law Review*, 2004.

\_\_\_\_\_ *The Impending Train Wreck in Current Legal Education: How We Might Teach Law as the Scientific Study of Social Governance*, 6 U. Saint Thomas, 2009.