
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: COMENTARIOS SOBRE TEXTOS BASICOS

Jesús Antonio Bejarano

Andrés Roemer (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, F.C.E., México. Nicholas Mercurio y Steven G. Medema (1977). *Economics and the Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey. José Ramón Cossío Díaz (1997). *Derecho y Análisis Económico*, F.C.E., México. Robert Cooter y Thomas Ulen (1998). *Derecho y Economía*, F.C.E., México. Carlos Floriano Corrales (1998). *Derecho y Economía: una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*, Universidad Extremadura, Badajoz, España.

En las últimas tres décadas, las relaciones entre el derecho y la economía se han ampliado desde lo que inicialmente fue un campo estrecho y más o menos esotérico, hacia un sustancial movimiento que ha contribuido no sólo a redefinir los fundamentos del estudio del derecho sino a decisivas implicaciones respecto de la consideración del ambiente legal en la construcción de la teoría económica.

Denominado en los términos de la cultura anglosajona como *law and economics* el análisis económico del derecho define un campo de aplicación de la teoría económica (principalmente la microeconomía y las bases conceptuales de la economía del bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales.

La ley y la economía interactúan en formas diferentes, pero aquí lo que interesa destacar es que la convergencia del derecho y la economía tiene importantes consecuencias no solamente para las disciplinas económicas y jurídicas en cuanto tales sino para disciplinas contiguas como la ciencia política y la sociología. Varias escuelas de pensamiento compiten en lo que Mercurio y Medema llaman un amplio mercado de ideas, incluyendo la escuela de Chicago, la escuela del *Public Choice*, las dos escuelas institucionalistas del análisis económico (es decir el neoinstitucionalismo y el institucionalismo como tal) así como la escuela de New Haven (Mercurio y Medema, 1997, cap. 1).

Como indican Mercurio y Medema, la significación actual de la interrelación entre el derecho y la economía se evidencia a través de varios indicadores. Primero, hay un surgimiento relativamente reciente de asociaciones como la American Law and Economics Association, la Canadian Law and Economics Association

y la European Association of Law and Economics. En América Latina existe la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía desde 1994. En segundo lugar existe un significativo número de importantes publicaciones dedicadas a las contribuciones académicas de este campo, incluidas el *Journal of Law and Economics*, el *Journal of Legal Studies*, el *Journal of Law, Economics and Organization*, el *Public Choice*, *Constitutional Political Economy*, y el *International Review of Law and Economics* por mencionar sólo las más conocidas.

Por otra parte, las revistas jurídicas y económicas registran de manera creciente la publicación de artículos en ese campo. La extensión y significación de esta literatura se reflejan en el hecho de que en 1991 el *Journal of Economic Literature* reconoció al campo del análisis económico del derecho como tema separado dentro de su sistema de clasificación de las disciplinas económicas. El tercer indicador de la relevancia del campo es la existencia de programas de análisis económico del derecho dentro de las principales universidades, sobre todo en Estados Unidos. En Colombia, la Universidad Externado viene desarrollando un programa de posgrado en análisis económico del derecho desde 1997.

De hecho, el surgimiento del análisis económico del derecho se sitúa tanto en el cuadro del llamado “imperialismo de la ciencia económica” cuyo representante más conspicuo es Gary Becker, como en el amplio proceso de hibridación de las ciencias sociales experimentadas en las últimas tres décadas, hibridación de la que surgen nuevas disciplinas como el *public choice* o elección pública y la socioeconomía, entre otras. El imperialismo al que acaba de aludirse se apoya siguiendo a Cossío Díaz (1997, pp. 13 y ss.) en las siguientes causas:

- Un punto de partida común a las ciencias sociales (o al menos a varias de ellas) en cuanto a la necesidad de fragmentar al individuo en ámbitos (*homo economicus*, *homo sociológicus*) a fin de hacerlo comprensible.
- La común pretensión de esas ciencias, de explicar al individuo mediante la asignación de un sentido a sus conductas.
- La formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignarle sentido a un universo muy extenso de conductas.
- La progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas
- La fortaleza de esas disciplinas para la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas.

Siguiendo esta línea del “imperialismo de la economía” es fácil advertir que la aplicación de la teoría económica al ámbito del derecho tiene su origen en dos trabajos aparecidos a principios de los años sesentas, uno de un economista, Ronald Coase (Premio Nobel, 1991), y otro de un jurista, Guido Calabresi. Estos trabajos son considerados por todos los practicantes del análisis económico del derecho como pilares básicos de la emergencia de la disciplina. El trabajo de Coase gira en torno a un tema específicamente económico; la cuestión del tratamiento del costo social o, en otros términos, los efectos externos producidos por las actividades económicas. Estos efectos –externalidades, en el lenguaje de los economistas– son las premisas fundamentales del acercamiento de la economía al derecho, poniendo de relieve, por un lado, el concepto de externalidad para una teoría económica de las instituciones, y de otro lado, el lugar central que ha de tener el problema del costo del derecho en el análisis de la realidad jurídica¹.

¹ Ronald Coase. “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 3, October, 1960, pp. 1-44.

Por otro lado, la introducción del análisis costo-beneficio en el proceso de toma de decisiones legales significa, para la teoría jurídica, la posibilidad de hablar en un lenguaje compatible con el de los economistas y de recurrir al aparato analítico de estos para examinar y cuantificar los efectos del derecho. En efecto, el artículo de Calabresi emplea la teoría económica para examinar el alcance que pueden tener los distintos significados implícitos en la noción de distribución del riesgo. Para Calabresi esta última noción es el criterio de imputación de responsabilidad que permite informar a todo el derecho de daños².

Teniendo en perspectiva estos dos trabajos es posible entonces tomar dos vías para el desarrollo de reflexiones acerca de la economía y el derecho.

En efecto, las relaciones entre el derecho y la economía pueden plantearse como aproximaciones alternativas según se considere una conducta jurídica susceptible de explicarse desde un punto de vista económico, o según se considere una conducta económica para la cual las normas jurídicas sean sólo el ámbito o contexto donde la maximización del objetivo de aquella conducta se lleve a cabo.

Lo primero induce al examen de los incentivos para el seguimiento y acatamiento de las conductas jurídicas, y lo segundo implica el examen de la ley como contexto limitante en el examen de las decisiones económicas. De modo más preciso, en el primer caso tendríamos como objeto de estudio una conducta calificada como jurídica, es decir, como realizada por un sujeto que actúa por razones derivadas de una norma; en la segunda se partiría del presupuesto de que el sujeto de la acción tuvo la pretensión de maximizar su utilidad, para posteriormente determinar el contexto específico en que tal maximización se llevó a cabo, contexto que puede tener un carácter jurídico³.

En el desarrollo del análisis económico del derecho como disciplina autónoma se produce un punto de inflexión en los años 70, más concretamente en 1973, cuando Richard Posner publica el manual titulado *Economic Analysis of Law* donde se hace un estudio sistemático de la mayoría de los campos del sistema jurídico americano desde la perspectiva del análisis económico⁴. Por primera vez aparecen incluidas en un trabajo las aplicaciones de la teoría económica a todos los ámbitos de la teoría jurídica, desde las ramas tradicionales del *common law* (propiedad, contrato, responsabilidad civil y penal) hasta los más variados temas de su aplicación como la legislación fiscal, la *antitrust*, el proceso judicial y la misma Constitución.

A partir del análisis de Posner, el análisis económico del derecho pasa a convertirse en una teoría institucionalizada dentro de la cultura jurídica contemporánea. Según Roemer (1994) dicha institucionalización se expresa específicamente en:

– A nivel académico en la integración del análisis económico del derecho en los planes de estudio de las escuelas de leyes de las más importantes universidades americanas aunque con diferentes grados de énfasis.

– A nivel teórico, su influencia más importante es la introducción de un vocabulario y de unas temáticas específicas en el diálogo ordinario de los juristas y en el diálogo entre los juristas y los economistas y en una nueva corriente: el neoinstitucionalismo en economía.

² Guido Calabresi. "Some Thoughts on Risk, Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, Vol. 68, 1961, pp. 499 ss.

³ Véase Cossio Díaz, capítulo I para ampliar el examen de este enfoque de las dos conductas.

⁴ Richard Posner. "Economic Analysis of Law", *Little Brown*, Boston/Toronto, 1973.

– A nivel práctico, tanto jurídico como político, la influencia del análisis económico del derecho ha sido uno de los fenómenos que más sorprende, ya que sus argumentos y contribuciones teóricas han sido y son utilizados con profusión en los tribunales, en los que sin duda la obra de Posner ha tenido una influencia importante.

En lo que sigue, se intenta examinar las interacciones entre la economía y el derecho en dos direcciones: de un lado, la manera como la economía ha contribuido al análisis del derecho y a su transformación, y de otro, la manera como el derecho ha contribuido a transformar el análisis económico, particularmente desde la perspectiva institucionalista. Subrayemos que lo primero supone el uso del instrumental de la teoría económica, especialmente la microeconomía, a los aspectos centrales de la elaboración y aplicación de la ley, al análisis del proceso legal y a la elaboración de una teoría económica del crimen, entre otros temas⁵. Lo segundo supone, especialmente en la dirección de la economía institucional, el análisis de los efectos de la ley y de la existencia de reglas en la estructura de los incentivos, en el entorno institucional y en general de las decisiones del comportamiento económico. Se ponen de relieve allí, entre otros temas, los derechos de propiedad, los costos de transacción y la teoría del contrato como los pilares del neoinstitucionalismo⁶.

1. DE LA ECONOMÍA AL DERECHO

Se ha sugerido ya que la economía ha cambiado la naturaleza de los estudios legales, el entendimiento común de las reglas y de las instituciones legales e incluso la práctica del derecho⁷. Por supuesto, el impacto de este nuevo campo va más allá de las universidades. Afecta la práctica del derecho y la definición y ejecución de políticas públicas. La economía, de hecho, proporcionó los fundamentos intelectuales del movimiento de la desregulación en los años 80 y también son evidentes sus políticas públicas en el ámbito jurídico, tales como la reforma del régimen de las sentencias penales dentro del sistema judicial americano.

En su primera fase predominaron los enfoques de la Escuela de Chicago cuyo más eximio representante ha sido Posner. También pueden identificarse corrientes como la tendencia liberal reformista liderada por Calabresi, en la que se incluiría una diversidad de autores como A. M. Polinsky, B. Ackerman y otros; y finalmente una tercera vía que ha sido llamada por Veljanovski la tendencia neoinstitucionalista y que incluiría entre sus más representativas figuras a Warren, J. Samuels y Nicolas Mercurio, entre otros. Estos últimos se reclaman como herederos del institucionalismo americano en economía, y en especial de autores como Veblen y Commons en el entendimiento de la ciencia económica, así como de la manera como estos autores interpretaron las relaciones entre el sistema económico y el sistema jurídico (véase, Mercurio y Medema, cap. 2).

Ahora bien, el centro de esta aproximación de la utilización de la teoría económica al análisis del derecho radica en que la economía ofrece una “teoría

⁵ El texto de Floriano Corrales enfatiza esta dirección.

⁶ El texto de Roemer es más afín con este último acercamiento.

⁷ Para una reseña de las aplicaciones, más recientes y de los enfoques véase Mercurio y Medema, capítulo 6.

científica” para pronosticar los efectos de las normas legales sobre el comportamiento. Para los economistas las sanciones son como los precios, y se supone que los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden a los precios, es decir, consumiendo menos del bien más caro, de modo que, en teoría, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada. Así, la ley funciona más que en el marco de la sanción, en el de los incentivos para el cumplimiento de normas. La economía ofrece entonces una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría, dicen Cooter y Ulen (p. 14) rebasa la intuición propia de los juristas, así como la ciencia rebasa al sentido común.

Además de su teoría del comportamiento, la economía ofrece también un criterio normativo útil para la aplicación del derecho a las políticas públicas. En efecto, los instrumentos de la economía permiten pronosticar los efectos de las políticas sobre la eficiencia. Este criterio de eficiencia es relevante para la elaboración de las leyes, ya que es siempre preferible el logro de cualquier política a un costo menor.

En esas circunstancias la economía brinda al derecho una perspectiva más fundamentada y con mayor capacidad de predicción. Casi todo el mundo contempla el derecho únicamente en su papel de proveedor de justicia. Sin embargo, por lo que queda dicho, el análisis económico del derecho permite considerar las leyes como incentivos para el cambio del comportamiento de los individuos y como instrumento para el logro de los objetivos de las políticas públicas (eficiencia y distribución). La renovación de la ciencia jurídica a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinaria, mediante la utilización de técnicas como el análisis de costo-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura del discurso jurídico a la cuestión de las consecuencias económico-sociales del derecho o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico son, entre otros, signos evidentes de esa innovación que el análisis económico le ha aportado al derecho.

El núcleo teórico del análisis económico del derecho que comparten todos los juristas-economistas, como se advirtió más atrás, es la tesis que afirma que la teoría económica es capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas. En efecto, las normas del derecho son una suerte de fijación de precios para determinadas conductas, como la multa por una infracción de tráfico. La teoría económica predice que los actores motivados únicamente por su propio interés elegirán su conducta en función de este precio. Desde esa perspectiva es posible examinar el ámbito de la responsabilidad civil, los criterios de imputación de la responsabilidad, los incentivos a la inseguridad y los costos de administrar el sistema de responsabilidad civil. También se puede aplicar al derecho penal, es decir, a las conductas imputables penalmente, a la comisión de delitos, al carácter disuasorio del castigo, así como a la aplicación de justicia, esto es, a los costos judiciales, a los juicios y acuerdos y otros temas propios de la ciencia jurídica⁸.

⁸ Un examen general de la aplicación de la economía al derecho en el ámbito del derecho civil, del derecho penal y del proceso legal en Floriano Corrales, capítulos V, VI y VIII, también Cossio Díaz y Cooten y Ulen.

Cooter y Ulen son quienes de manera más extensa elaboran aplicaciones de la economía a temas relevantes del derecho. Entre estos temas, y a título de ilustración, se encuentra la aplicación de la teoría económica a los ilícitos culposos. Según Cooter y Ulen, en lugar de definir el ilícito culposo identificando sus elementos esenciales, el análisis económico permite modelar más bien los efectos de diversas reglas de responsabilidad, las que pueden explicar mucho más que las definiciones de dogmática jurídica⁹. Aplican también la teoría económica a la responsabilidad de los ilícitos culposos que puede inducir a los victimarios a internalizar los costos que imponen a otras personas. Así, se pueden minimizar los costos sociales de los accidentes, se pueden identificar incentivos a la precaución según la responsabilidad estricta y según la ausencia de la responsabilidad, o incentivos para la precaución según la regla de negligencia, etc. En consecuencia, Cooter y Ulen reformulan la meta del derecho de los ilícitos culposos como sigue: en un sistema de mercado de seguros completos y competitivos, las reglas de la responsabilidad por ilícitos culposos debería estructurarse de tal modo que se minimice la suma de los costos de la precaución y del seguro¹⁰.

Cooter y Ulen hacen extensas aplicaciones de la teoría económica al proceso legal (cap. 10), a efectos de la evaluación de diferentes reglas y prácticas procesales que implican una medición de los costos sociales para poder resolver un aspecto decisivo de las reformas legales; esto es, definir si el proceso legal es innecesariamente complicado y costoso. Repasan, entre otros aspectos, las implicaciones del hecho de que la mayoría de las disputas privadas no se resuelven en los tribunales; establecen las condiciones bajo las cuales conviene demandar según los daños que causan las disputas, el costo de presentación de una reclamación, y el valor esperado de la reclamación; examinan así mismo las implicaciones de la oferta de servicios legales, la eficiencia de la aplicación de la justicia y exploran el mercado de los servicios legales como un juego de agencia en la perspectiva de los incentivos de los abogados para ofrecer información y esfuerzos a sus clientes.

Establecen igualmente las implicaciones de un arreglo en la etapa inmediatamente anterior al juicio, y aplican de manera extensa la teoría económica a cuestiones pertinentes del juicio, tales como el asunto de si debiera el perdedor pagar todos los costos del juicio, las cuestiones de responsabilidad conjunta y alternativa, la carga de la prueba, la corrección de errores, la eficiencia del mercado de litigantes, etc.

Por supuesto, los costos sociales del proceso legal varían de un país a otro y nadie sabe cuánto cuesta a una sociedad las disputas legales. En todo caso Cooter y Ulen desarrollan una teoría apropiada para el análisis de la eficiencia de un proceso legal, abordan una medida simple de los costos sociales, distinguiendo el proceso legal por etapas y modelando los efectos de incentivos de diferentes reglas en cada etapa. Por sí sola, como advierten los autores, la teoría no contesta la pregunta de si el proceso legal es innecesariamente complicado y caro en algunos países. Sin embargo, la teoría desarrollada aquí provee la base para que futuros estudios empíricos promocionen una crítica al proceso legal.

Otro capítulo importante del libro de Cooter y Ulen se refiere a la teoría económica del delito y del castigo. Después de definir los delitos y su

⁹ Análisis similares pueden verse en Floriano Corrales.

¹⁰ Cooter y Ulen, p. 412. Véase también A. Polinsky. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 1985.

diferenciación respecto a las ofensas civiles, repasan las estadísticas generales de la oleada criminal de los Estados Unidos examinando modelos económicos de los comportamientos de los delincuentes y las sentencias que se aplican, revisando algunas cuestiones importantes como la pena capital, el control de armas, las drogas ilegales y el efecto disuasivo de las sanciones penales. En efecto, la teoría tradicional del derecho penal ofrece algunas razones de las características de un delito y distingue entre las prosecutions penales y las disputas penales, pero no ofrece ningún modelo que pueda predecir el comportamiento penal ni propone un modelo claro para el derecho penal. La teoría económica del delito tiene alcances predictivos importantes, lo que permite proponer una meta simple para el análisis del derecho penal: el derecho penal debe minimizar el costo social del delito. Este costo es igual a la suma del daño que cause y los costos de su prevención (p. 561).

La esencia de la teoría económica del comportamiento delictivo sostiene que los delincuentes racionales comparan los beneficios del delito con el castigo esperado del sistema de la justicia penal. Utilizando esta teoría, elaboran una teoría económica del castigo óptimo basado en la meta de la minimización de la suma del daño social causado por el delito y el costo de su disuasión, mostrando cómo se determina el nivel óptimo de la disuasión y cómo se asignan en forma óptima los recursos de la sociedad entre métodos alternativos de disuasión del delito. Floriano Corrales, por su parte, hace una extensión al caso del tráfico de drogas entre otros temas de utilidad.

2. DEL DERECHO A LA ECONOMÍA

Se señaló más atrás que el fenómeno del imperialismo de las ciencias económicas, es decir la extensión de éstas a campos tales como el derecho o la ciencia política, en principio ajenos a su propio objeto de estudio, se desarrolló paralelamente a otro proceso que se produce en la dirección contraria: la incorporación de conceptos de análisis de otras disciplinas al análisis económico para considerar el contexto de los procesos de tomas de decisiones de naturaleza económica.

Así las instituciones jurídicas y políticas como variables se incorporarán de modo progresivo al análisis económico. Mercurio y Medema, en su capítulo 4, trazan las coordenadas históricas de la aproximación institucional al análisis económico del derecho. Ésta tiene sus raíces en la obras de economistas como Henry Carter Adams y T. Richard. Ely respecto de las relaciones de propiedad, y los contratos respecto a la distribución de la riqueza; en la obra de John R. Commons, respecto a los fundamentos legales del sistema económico, en Wesley Mitchell, Veblen y otros economistas americanos. Por supuesto, la base de la perspectiva del análisis económico del derecho y de la incorporación de las formas legales y las instituciones jurídicas a la ciencia económica está el revolucionario artículo de Coase publicado en 1960. Éste dio paso, como se señaló atrás, a un nuevo enfoque en el tratamiento tanto económico como jurídico del problema de las externalidades.

La tesis de Coase es que todo los agentes involucrados en un problema de externalidades llegarán en un momento dado a negociar entre sí el efecto externo, alcanzando una solución óptima que beneficie a las dos partes. Ahora bien, esa solución negociada óptima sólo será posible cuando se den dos condiciones

fundamentales (el enfoque básico de la negociación se extiende, por supuesto, a las transacciones de mercado).

La primera de esas condiciones es que exista una precisa asignación de derechos sobre el uso de los recursos. Es decir, que exista una perfecta delimitación de derechos sobre los recursos escasos, tanto respecto a su titularidad como a su contenido. Para llegar a un acuerdo es necesario definir quiénes son los titulares de los derechos en conflicto y qué usos de estos derechos están o no permitidos.

La segunda condición para una solución negociada óptima es que todos los costos de transacción sean nulos. Los costos de transacción son todos los costos necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma, es decir, no externa, de sus relaciones contractuales. Los costos de transacción serán los costos de saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes qué se quiere contratar, de conducir las negociaciones, delinear el contrato y exigir su cumplimiento.

Satisfaciendo estas dos condiciones, la externalidad se internalizaría a través de una negociación que reasignará los derechos sobre los recursos de una forma eficiente. Extendiendo esta proposición al análisis de mercado se concluye que este asigna en forma óptima los recursos cuando los derechos de propiedad están bien definidos y cuando los costos de transacción son cero¹¹.

Estas ideas de Coase apuntan a la afirmación de que el problema del costo social es un mito, o una “panacea” –como la llama Steven S. Cheung– justificadora de la intervención estatal en la corrección de las imperfecciones del mercado. Frente a ello, Coase afirma que el mercado y las instituciones de derecho privado que la sustentan son un instrumento eficaz para la resolución de conflictos. Pero parte del problema está en que los mercados no pueden funcionar por la existencia de costos de transacción derivados de intervenciones gubernamentales. No es el mercado el que falla sino la estructura institucional del Estado la que provoca los efectos externos.

La relación entre el derecho y la función económica de la ley respecto de la reducción de costos sociales y la maximización de producto es, como se advirtió, la que se recoge en lo que hoy se conoce como el teorema de Coase¹². Según éste, en una situación en que los costos de transacción son nulos o insignificantes, la solución de los problemas de externalidades será siempre eficiente a través de un proceso de negociaciones de todos los objetos implicados en ella. Cuando no existen costos de transacción la asignación lograda mediante el ordenamiento jurídico de los derechos sobre los recursos es indiferente para la consecución del objetivo de eficiencia. En esas condiciones es irrelevante puesto que siempre es posible “modificar mediante transacciones en el mercado la delimitación inicial de derechos. Y naturalmente si esas transacciones no engendran costos, esa reordenación tendría siempre lugar si conduce a un aumento del valor de la producción”. En el caso de que los costos de transacción sean positivos, lo que sucede en la mayoría de los casos reales, la solución eficiente¹³ no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida respecto de la delimitación de derechos establecidos.

¹¹ Para una exposición del teorema de Coase véase Cossio Díaz y Cooter y Ulen.

¹² Para las diversas versiones del teorema de Coase, véase *New Palgrave* “Coase Theorem”.

¹³ Ronald Coase. “El problema del costo social”, *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

Esto implica entonces introducir en el análisis la utilización de las técnicas patrimoniales del derecho privado tradicional (propiedad, contrato, responsabilidad civil) con el objeto de diseñar una estructura de negociación y solución de conflictos que sea fiel traducción de la decisión del mercado y que tendría como bases:

3. UN SISTEMA DE DERECHOS DE PROPIEDAD EFICIENTES

Un derecho de contratos con la función de facilitación del mercado debe establecer una disciplina para el intercambio de derechos de propiedad a fin de que éste consiga el resultado eficiente, que no es más que la asignación de la titularidad de los derechos a aquellos que más los valoren, a aquellos que están dispuestos a pagar más por su uso en un proceso de negociación.

Un sistema de responsabilidad civil para los casos en los que el mercado no puede funcionar por la existencia de externalidades provocada por altos costos de transacción y a través del cual se resuelvan los conflictos de derechos termina adoptando una decisión en sustitución del mercado.

Así, si el derecho de propiedad es el instrumento de constitución del mercado, el contrato, su mecanismo de facilitación y la responsabilidad civil el sustituto que garantiza su cumplimiento, no es de extrañar que el sistema jurídico se convierta en una especie de metamercado institucional con una función instrumental explícita de asignación y distribución de recursos de acuerdo con las exigencias de la eficiencia económica.

En la fase del Estado liberal la función del derecho en lo económico se concebía como una garantía autónoma externa. Esta idea se basaba en el presupuesto de que había zonas de la vida social independientes (en este último caso, el ámbito económico) respecto a las cuales el derecho sólo asumiría un papel de mero sostenimiento, asegurando las condiciones generales del ejercicio de las relaciones económico-sociales fundadas en la libertad individual. La tradicional interpretación de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico en la época del *laissez faire*, ponía el acento en una función del sistema jurídico donde éste aparecía como mecanismo de registro y sanción de los resultados del mercado, que por naturaleza es del ámbito privado. En esta visión, la propiedad privada es considerada una idea económica y no jurídica, y en ese contexto las normas de derecho privado son garantía de las apropiaciones y distribuciones de la riqueza, determinadas externamente a la regla jurídica. El derecho de propiedad es así un conjunto de límites negativos a la posible intromisión de los poderes públicos en la esfera individual¹⁴.

Las relaciones entre derecho y economía planteadas de esa manera contribuyeron a que los estudios jurídicos se centraran predominantemente en la función protectora y represiva del derecho. Frente a ella, el análisis económico del derecho proclama la función directa de asignación y distribución de recursos por parte del sistema jurídico. En la realidad de un mundo complejo, donde los costos de transacción impiden el funcionamiento de los mercados de competencia perfecta, el sistema institucional asume un papel económico determinante en la asignación eficiente de los recursos.

¹⁴ Véase Roemer para extensiones de este punto.

Para verlo con claridad concentrémonos brevemente en los conceptos básicos de derechos de propiedad, costos de transacción y teoría económica del contrato. Tanto Cooter y Ulen como Floriano Corrales abundan en precisiones sobre estos temas.

4. DERECHOS DE PROPIEDAD, COSTOS DE TRANSACCIÓN Y CONTRATOS

Los derechos de propiedad proveen el marco legal para la asignación de recursos y la distribución de la riqueza. Las cuestiones fundamentales acerca de los derechos de propiedad son:

- ¿Cómo se establecen los derechos de propiedad?
- ¿Qué puede ser objeto de la propiedad privada?
- ¿Qué pueden hacer los dueños con su propiedad?
- ¿Qué soluciones existen para la violación de los derechos de propiedad?

Desde el punto de vista legal, la propiedad es un conjunto de derechos los cuales describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad. En principio, pueden proveer, usar, transformar, transferir o excluir a otros de su propiedad. Esos derechos no son inmutables, por ejemplo pueden cambiar de una generación a otra.

Ahora bien, conforme al teorema de Coase, cuando los costos de transacción son nulos, para alcanzar la eficiencia en el intercambio no tenemos que preocuparnos por especificar las reglas legales referentes a la propiedad. La negociación privada se ocupará de cuestiones tales como las cosas que pueden ser objeto de la propiedad; lo que los propietarios pueden o no hacer con su propiedad, etc. Al especificar las circunstancias en las cuales carecen de importancia los derechos de propiedad para la asignación eficiente de los recursos el teorema de Coase especifica implícitamente en qué condiciones es importante el derecho a la propiedad. De manera más precisa, del teorema de Coase se desprende que cuando los costos de transacción son los suficientemente elevados como para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera como se asignen los derechos de propiedad. Para comprender esta proposición es necesario decir algo sobre los costos de transacción.

Los costos de transacción son los costos del intercambio y éste tiene tres pasos descritos de manera elemental:

- Debe localizarse un socio para el intercambio lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender o vender lo que se quiere comprar.
- Deberá llegarse a un arreglo entre las partes que intercambian. Este arreglo se logra mediante una negociación exitosa, lo que podría incluir la redacción de un contrato.
- Una vez realizado un contrato, éste deberá ejecutarse. La ejecución implica hacer el seguimiento del cumplimiento de las partes y castigar las violaciones al acuerdo.

A las tres formas de los costos de transacción, correspondientes con estos tres pasos de un intercambio, podemos definirlos como:

1. Costos de búsqueda
2. Costos de arreglo
3. Costos de la ejecución.

Aunque los costos de transacción pueden ser endógenos o exógenos en el sentido en que las reglas legales pueden disminuir los obstáculos existentes para la negociación privada, el teorema de Coase sugiere que la ley puede estimular la negociación, reduciendo los costos de transacción¹⁵. Así la reducción de los costos de transacción lubrica la negociación; una forma muy importante en que la ley puede hacer esto es la definición de derechos de propiedad simples y claros; es más fácil negociar cuando los derechos legales son simples y claros que cuando son complicados e inciertos. De allí puede deducirse la formulación de un nuevo teorema, llamado por Cooter y Ulen “teorema normativo de Coase”, esto es, “estructurar la ley de tal modo que se eliminen los incentivos, los impedimentos para los acuerdos privados”. En principio este teorema es normativo porque ofrece una guía a los legisladores y se inspira en el teorema de Coase porque supone que el intercambio privado puede asignar eficientemente los derechos legales.

Además de estimular la negociación, el sistema legal trata de minimizar los desacuerdos y la falta de cooperación, que son costos para la sociedad. Otro de los aspectos importantes se refiere a la manera como la ley puede proteger los derechos de propiedad, lo que remite a algunos aspectos eminentemente jurídicos como los pagos de daños y mandatos judiciales, los remedios eficientes, etc.¹⁶.

Por otra parte, en tanto el derecho de propiedad es un instrumento para facilitar la negociación privada y minimizar el daño resultante de la incapacidad para llegar a acuerdos privados, el derecho a la propiedad crea, protege y fortalece la estructura transaccional de los intercambios voluntarios. El intercambio voluntario transfiere derechos de propiedad de una persona a otra de modo que los propietarios deberán ser protegidos mediante mandato judicial cuando ello genere bajos costos de transacción en la negociación privada, en tanto que deberían ser protegidos en la forma de pago de daños cuando los costos de transacción elevados impiden la negociación privada.

Por último, consideremos la teoría económica del contrato¹⁷. La teoría del contrato remite a las siguientes cuestiones: qué promesas deberían ser legalmente exigibles. Conforme a la teoría estándar de la negociación, una promesa es legalmente exigible cuando se formula como parte de una negociación, de modo que no todas las promesas son legalmente exigibles. En consecuencia, la teoría requiere una especificación exacta de las condiciones necesarias y suficientes para que pueda concluirse que hubo una negociación. La teoría del contrato, por el contrario, considera en general que la evidencia económica requiere el cumplimiento forzoso de una promesa si el promitente y el receptor deseaban

¹⁵ Para ejemplos abundantes véase Cooter y Ulen, pp. 118 ss.

¹⁶ Cooter y Ulen destacan que si bien el teorema de Coase remite a una teoría económica de la propiedad eficiente algunos críticos de la economía estándar creen que es la distribución el objeto de la economía y no la eficiencia. Ello abre una discusión importante sobre la relación entre la distribución y la eficiencia, en particular respecto de cómo la modificación de los derechos de propiedad en aras de la redistribución tiene costos de eficiencia relevantes además de distorsiones para la economía en mayor medida que la tributación progresiva en el largo plazo. “Por estas y otras razones los economistas que están en favor de la redistribución y los que no lo están, bien pueden convenir en que afectar el derecho de propiedad es por lo general el camino errado para buscar la justicia distributiva; desafortunadamente estos hechos no son apreciados por muchos abogados que no han estudiado economía”. Cooter y Ulen, p. 151.

¹⁷ Véase especialmente Floriano Corrales.

ese cumplimiento cuando se hizo esa promesa. Por supuesto la mayoría de los intercambios ocurren de manera instantánea y simultánea, como cuando un comprador paga en efectivo los bienes que compra en la tienda y en un intercambio simultáneo instantáneo hay escasa razón para prometer nada. Por lo general la formulación de promesas hace referencia a los intercambios diferidos, es decir, a las transacciones que requieren el paso del tiempo para su terminación, circunstancia en la cual es relevante la teoría del contrato.

El paso del tiempo entre el intercambio de promesas y su cumplimiento crea incertidumbres y riesgos que generan obstáculos para el intercambio y la cooperación. El contrato promueve, pues, el intercambio y estimula la cooperación al reducir la incertidumbre y el riesgo. Para desarrollar esta idea los teóricos suelen describir una situación llamada el juego de la agencia, que surge a menudo en la actividad comercial. En este juego un jugador decide si pondrá un activo valioso bajo el control del segundo jugador y este último decidirá si coopera o se apropia del activo. Así, la cuestión del contrato remite a las condiciones para incentivar la cooperación, es decir, para convertir un juego de solución no cooperativa en un juego de solución cooperativa. En este sentido Cooter y Ulen enuncian y explican en detalle un conjunto de proposiciones que definen y resumen la teoría económica del contrato. Aquí nos limitamos a enunciar las proposiciones, para cuya comprensión detallada debemos remitir al texto.

– El primer propósito del derecho de los contratos es permitir que los individuos cooperen, convirtiendo los juegos de solución no cooperativos en juego de soluciones cooperativas.

– El segundo propósito del derecho de los contratos es obtener el compromiso óptimo de cumplir. El promitente tiene incentivos eficientes para cumplir cuando la responsabilidad internaliza los costos de incumplimiento, así el pago perfecto del perjuicio (en función de las expectativas) crea incentivos para el cumplimiento y el incumplimiento eficientes.

– El tercer propósito del derecho de los contratos es asegurar una confianza óptima.

– El cuarto punto del derecho de los contratos es la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual, mediante la provisión de términos de omisión eficientes.

– Finalmente el quinto propósito de derecho de los contratos es corregir las fallas del mercado mediante la regulación de los términos del contrato.

Desde esa perspectiva, el objetivo de la teoría del contrato es cumplir con los requisitos para la elaboración de un contrato perfecto, es decir, un contrato completo donde se prevean todas las contingencias sobre el riesgo asociado a la negociación, se asigne eficientemente entre las partes toda la información relevante y ésta se comunique, de modo que nada puede salir mal.

Así, un contrato perfecto es también eficiente; esto es, cada recurso se asigna a la parte que lo valore más, cada riesgo se asigna a la parte que pueda asumirlo al menor costo y los términos del contrato maximizan las posibilidades de una ganancia mutua por cooperación entre las partes.

Por supuesto, las partes de un contrato perfecto necesitan que el Estado haga cumplir el acuerdo en sus términos, pero nada más. Específicamente no es necesario, por su propia naturaleza, que el Estado prevea términos de omisión para subsanar lagunas o regular los términos explícitos de un contrato perfecto.

¿En que circunstancias entonces, pues, negociarán las partes un contrato perfecto?

De acuerdo con el teorema de Coase, las partes racionales elaborarán un contrato perfecto cuando los costos de transacción sean nulos. En este caso el contrato será completo porque la negociación de términos adicionales no cuesta nada. Cuando los costos de transacción son nulos el contrato será asignado a la parte que lo valore más y cada riesgo se asigna a la parte que puede asumirlo al menor costo.

En el caso de un contrato perfecto la regulación estatal que descarte o modifique sus términos creará ineficiencias. En general, la regulación de los términos contractuales negociados por individuos racionales causa ineficiencias cuando los costos de transacción son nulos; en cambio los contratos son imperfectos cuando las partes son irracionales o los costos de transacción son positivos, por lo que se requerirían medidas para resolver las imperfecciones de los contratos.

En definitiva, el derecho de los contratos y los tribunales ayudan a promover la cooperación de los individuos al hacer cumplir las promesas, lo que permite que los individuos asuman compromisos creíbles de cooperar entre sí. A su turno, al hacer cumplir las promesas en una forma óptima, los tribunales generan incentivos para la cooperación eficiente; específicamente los tribunales reducen los costos de negociación de los contratos proveyendo términos de omisión eficientes. Al regular los contratos, los tribunales pueden corregir las fallas del mercado. Al corregir las fallas del mercado, el derecho reduce la amenaza del comportamiento oportunista, y favorece la disposición de los individuos a hacer compromisos recíprocos. Por último, el derecho a los contratos ayuda a resolver el problema de la cooperación con una utilización mínima del aparato estatal.

Las cuestiones abiertas al análisis económico del derecho en las dos direcciones que se han señalado constituyen un programa de investigación que está proporcionando instrumentos analíticos de fundamentación al derecho y a la llamada dogmática jurídica, y al mismo tiempo está proporcionando realismo a la economía y a la teoría de la asignación de recursos. Por supuesto que estos ámbitos del análisis están siendo desarrollados desde la perspectiva empírica (véase Mercurio y Medema, cap. 7). Sin embargo, debe reconocerse que todavía hay muchos aspectos nebulosos respecto del análisis de los derechos de propiedad y de los costos de transacción y, en general, de todo el cuerpo de las relaciones entre lo económico y lo jurídico.

La evidencia es aún insuficiente para admitir o refutar muchos aspectos de la teoría; una de los mayores obstáculos, por supuesto, se refiere a las enormes dificultades de cuantificación. En esta área es necesario ahondar en metodologías apropiadas. Es aún muy pronto como para indicar la magnitud de los efectos de la economía sobre el derecho o del derecho sobre la economía. Pese a todas las limitaciones, el análisis económico del derecho es un campo de trabajo novedoso para economistas y abogados. Mercurio y Medema cierran su texto con una frase que conviene retener: "Lo que sabemos no es mucho, lo que no sabemos es inmenso y hay un inmenso espacio por recorrer".